

# Datenschutzrecht in Bund und Ländern

Kommentar

von

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff, Dr. Stefan Brink, Prof. Dr. Marion Albers, Prof. Dr. Matthias Bäcker, Prof. Dr. Benedikt Buchner, Carolyn Eichler, Prof. Dr. Nikolaus Forgó, Prof. Dr. Christoph Gusy, Dr. Stefan Hanloser, Corinna Holländer, Prof. Dr. Gerrit Hornung, Meike Kamp, Dr. Moritz Karg, Prof. Dr. Jürgen Kühling, PD Dr. Kai von Lewinski, Prof. Dr. Josef Franz Lindner, Dr. Daniel Meltzian, Dr. Flemming Moos, Eva-Maria Paulus, Dr. Sabine Quaas, Prof. Dr. Karl Riesenhuber, Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch, Dr. Peter Schantz, Dr. Fabian Scheffczyk, PD Dr. Stephanie Schiedermaier, Hans-Hermann Schild, Stephan Schmidt, Dr. Florian Schmidt-Wudy, Prof. Dr. Jens-Peter Schneider, Sebastian Schulz, Prof. Dr. Wolfgang Spoerr, Prof. Dr. Jutta Stender-Vorwachs, Prof. Dr. Marie-Theres Tinnefeld, Dr. Dirk Uwer, Edgar Wagner, Dr. Christoph Worms

1. Auflage

[Datenschutzrecht in Bund und Ländern – Wolff / Brink / Albers / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Datenschutz- und Melderecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 64797 0

BDSG iVm § 33 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BDSG, nach dem das Auskunftsrecht nicht besteht, wenn die Daten nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach, namentlich wegen des überwiegenden rechtlichen Interesses eines Dritten (hier des Mandanten), geheim gehalten werden müssen (Weichert NJW 2009, 550 (552)).

Darüber hinaus ist der zur Verschwiegenheit Verpflichtete auch nicht dazu verpflichtet, Dritte nach **§ 33 BDSG** über die Speicherung ihrer personenbezogenen Daten zu informieren (Brisch KammerMitteilungen RAK Düsseldorf 2008, 275 (276); Härting ITRB 2009, 138 (139); Sassenberg/Schulz AnwBl 2007, 769 (770); Schneider AnwBl 2004, 618 (621); Wessels Kammer-Report 4/2011 der RAK Hamm; Roßnagel/Abel Kap. 7.11 Rn. 24; Abel/Redeker Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 2. Aufl. 2003, § 3 Rn. 64 ff.). Auch dies folgt unmittelbar aus dem Vorrang der berufrechtlichen Verschwiegenheitspflicht, der aber auch die Ausnahmeregelung des § 33 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BDSG dient. 24

Schließlich verletzt der zur Verschwiegenheit Verpflichtete durch die **Erhebung von Daten Dritter** beim Mandanten auch nicht seine Pflicht aus § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG, personenbezogene Daten beim Betroffenen zu erheben. Auch hier würde es der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht über die Wahrnehmung der Interessen des Mandanten zuwider laufen, wenn der Anwalt den Dritten auffordern müsste, ihm bestimmte Daten zu übermitteln. Zum selben Ergebnis führt aber auch die Anwendung der Ausnahmeregelung des § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2a) BDSG, da es der Zweck der anwaltlichen Tätigkeit erforderlich macht, die Daten beim Mandanten zu erheben (Abel/Redeker Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 2. Aufl. 2003, § 3 Rn. 39). 25

#### IV. Keine Auskunftsansprüche der Datenschutzaufsichtsbehörden

Auch gegenüber der Aufsichtsbehörde ist der zur Verschwiegenheit Verpflichtete nicht nach § 38 Abs. 3 S. 1 BDSG zur Auskunft verpflichtet. 26

##### 1. Keine Ansprüche nach § 38 Abs. 3 BDSG

Die freiberufliche Verschwiegenheitspflicht wird zwar grds. durch gesetzliche Auskunftsansprüche und -pflichten eingeschränkt (→ Rn. 6 ff.). Dies gilt nach § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG aber gerade nicht für solche nach dem BDSG, weil die Geheimhaltungspflichten insoweit „unberührt“ bleiben, also durch das BDSG nicht eingeschränkt werden, sondern ihm vorgehen (Redeker NJW 2009, 554 (556); s. dazu bereits oben → Rn. 14). **Gesetzliche Auskunftsansprüche und -pflichten** können die Verschwiegenheitspflicht daher nur dann einschränken, wenn sie ihre Grundlage **nicht im BDSG** finden. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BDSG (so aber Weichert NJW 2009, 550 (551)), da sich diese Vorschrift des Zweiten Abschnitts des BDSG als Rückausnahme zu § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG nur auf die Datenverarbeitung der öffentlichen Stellen und dort nur auf die Kontrolle des BfDI bei den öffentlichen Stellen des Bundes bezieht. 27

Dass das KG in dem oben (→ Rn. 17) zitierten Beschluss die Auskunftspflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit abgelehnt hat, ist folglich im Ergebnis richtig (zustimmend Albrecht Juris-Praxis-Report v 21.1.2011; Breinlinger CR 2011, 188 (189); Härting AnwBl 2011, 50 (51); Lampe Juris-Praxis-Report v 20.10.2010; Wagner BRAK-Mitt 2011, 2 (4); Wessels Kammer-Report 4/2011 der RAK Hamm; Schaffland/Wiltfang BDSG § 38 Rn. 10b; bereits zuvor Brisch KammerMitteilungen RAK Düsseldorf 2008, 275; Redeker NJW 2009, 554; Härting ITRB 2009, 138 (139)). Der Rückgriff auf § 38 Abs. 3 S. 2 BDSG iVm § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit der Begründung, der Auskunftspflicht stehe die mögliche Strafbarkeit des Rechtsanwalts wegen Verletzung des Mandatsgeheimnisses entgegen (zustimmend Härting AnwBl 2011, 50 (51); Lampe Juris-Praxis-Report v. 20.10.2010; für den medizinischen Bereich v. Lewinski MedR 2004, 95 (103)), ist hierzu jedoch nicht erforderlich, da die **Auskunftspflicht insgesamt nicht gilt, soweit die Verschwiegenheitspflicht reicht** (Redeker NJW 2009, 554 (557); GWG/Zuck Anwaltliches Berufsrecht § 43a BRAO/§ 2 BORA Rn. 30). 28

## 2. Keine Abwägung im Einzelfall

- 29 Demgegenüber vertritt das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz in Schleswig-Holstein (Weichert NJW 2009, 550 (553); Leowsky DuD 2011, 412) die Auffassung, dass soweit sich die durch die BRAO geschützten Interessen des Mandanten und das durch das BDSG zu wahrende Recht eines Dritten auf informationelle Selbstbestimmung gegenüberstehen, im Rahmen einer Gesamtabwägung im Einzelfall zu prüfen sei, „welchem Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ bei widerstreitenden Interessen der Vorrang zu geben sei. Die berufrechtliche Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts führe nicht automatisch dazu, dass das Recht eines Dritten auf informationelle Selbstbestimmung gegenstandslos werde. Die Auskunftspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde sei im Einzelfall nur dann zu verneinen, wenn die anwaltliche Vertrauensbeziehung unverhältnismäßig beeinträchtigt würde (Weichert NJW 2009, 550 (553); Leowsky DuD 2011, 412 (414); DKWW/Weichert BDSG § 38 Rn. 11), zB wenn die Datenschutzkontrolle erkennbar der Beeinflussung des Rechtskonflikts dient, für den der Anwalt mandatiert worden ist (Weichert NJW 2009, 550 (553)).
- 30 Diese Auffassung ist abzulehnen. Sie verkennt die Bedeutung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht und missachtet ihren in § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG niedergelegten Vorrang gegenüber dem Datenschutzrecht. Die Formulierung, dass die Verpflichtung zur Wahrung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht „unberührt“ bleibt, lässt **keinen Raum für eine Güterabwägung im Einzelfall**. Insbes. soll nach § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG nicht beispielsweise nur ein „Kernbereich der anwaltlichen Vertrauensbeziehung zum Mandanten“ unberührt bleiben, sondern die Verschwiegenheitspflicht insgesamt, unabhängig davon, welche Informationen herausverlangt werden, mit welcher Intention und welche Auswirkungen dies im Einzelfall auf das Mandatsverhältnis hat. Dies würde nämlich dazu führen, dass die Datenschutzaufsichtsbehörden auf das Mandatsverhältnis Einfluss nehmen könnten, und dies nicht nur ohne gesetzliche Grundlage, sondern auch gegen die ausdrückliche gesetzliche Anordnung des Vorrangs der Verschwiegenheitspflicht vor dem BDSG. Das von Leowsky zitierte Urteil des BVerfG NJW 2010, 2937 gibt für eine Güterabwägung im Einzelfall im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG nichts her, da es das Verhältnis der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht zu datenschutzrechtlichen Auskunftsansprüchen Dritter und Auskunftspflichten gegenüber Aufsichtsbehörden gar nicht betraf.

## 3. Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber den Kammern

- 31 Nicht überzeugend ist es außerdem, die rechtspolitische Forderung der Bundesrechtsanwaltskammer (Pressemitteilung 28/2006 v 28.9.2006, im Internet abrufbar unter [www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2006/presseinformation-28-2006/](http://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2006/presseinformation-28-2006/) (Stand: 10.1.2012)) nach einer (ausdrücklichen) Übertragung der datenschutzrechtlichen Aufsicht über die Rechtsanwälte allein auf die Rechtsanwaltskammern als Argument dafür zu verwenden, dass so wie die Rechtsanwälte künftig den Kammern sie schon jetzt den Datenschutzaufsichtsbehörden auskunftsverpflichtet seien (Leowsky DuD 2011, 412 (414 f.)). Völlig **ungeklärt** sind zum jetzigen Zeitpunkt nämlich die Ausgestaltung einer solchen **datenschutzrechtlichen Kammeraufsicht** durch den Gesetzgeber und die Begründung einer Auskunftspflicht gegenüber dieser überhaupt. In Aufsichts- und Beschwerdesachen besteht eine Auskunftspflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer nach § 56 Abs. 1 S. 2 BRAO derzeit nur, soweit der Rechtsanwalt dadurch seine Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht verletzen würde (ebenso bei Wirtschaftsprüfern (§ 62 Abs. 2 WPO), Steuerberatern (§ 80 Abs. 1 S. 2 StBG) und Patentanwälten (§ 49 Abs. 1 S. 2 PAO)). Außerdem sind die Vorstandsmitglieder nach § 76 Abs. 1 S. 1 BRAO über alle Angelegenheiten, die ihnen bei ihrer Vorstandstätigkeit über Rechtsanwälte und andere Personen bekannt werden, selbst zur Verschwiegenheit gegenüber jedermann verpflichtet.
- 32 Schließlich steht nicht grds. in Frage, dass die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts auf gesetzlicher Grundlage eingeschränkt werden kann, wie dies in vielen Gesetzen schon heute der Fall ist (→ Rn. 7) und auch künftig zugunsten der Kammeraufsicht vorgesehen werden könnte. Nicht zulässig ist jedoch, aus solchen künftigen Regelungen darauf zu

schließen, dass dies entgegen dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG schon heute zugunsten der Datenschutzaufsicht so sein muss.

#### 4. Keine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht

Weiterhin taugt auch das Beispiel von einem Mandanten, der eine unzulässige Weitergabe 33 personenbezogener Daten durch seinen Anwalt bei der Datenschutzaufsicht anzeigt (Leowsky DuD 2011, 412 (415)), nicht zur generellen Begründung einer Auskunftspflicht. Denn in dieser Konstellation ist die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts gar nicht iSd § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG berührt, weil das Verhalten des Mandanten nur so verstanden werden kann, dass er den Anwalt gegenüber der Datenschutzaufsicht zur Klärung der in der Anzeige erhobenen Vorwürfe von seiner Verschwiegenheitspflicht entbindet (Redeker NJW 2009, 554 (555)). Eine solche Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht liegt aber im Fall des Auskunftersuchens eines Dritten oder der Aufsicht in der Regel gerade nicht vor, und deswegen hat die Verschwiegenheitspflicht nach § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG Vorrang.

#### 5. Kein Auskunftsrecht kraft Analogie

Schließlich bezieht sich die Auskunftsbefugnis der Datenschutzbehörden nach § 38 Abs. 3 34 BDSG auch nicht deswegen auf von der Verschwiegenheitspflicht umfasste Umstände, weil sich die Kontrollbefugnis der Aufsichtsbehörden wegen des Verweises von § 38 Abs. 4 S. 3 BDSG auf § 24 Abs. 6 BDSG und § 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BDSG auch auf personenbezogene Daten, die einem Berufsgeheimnis unterliegen, erstrecke (Weichert NJW 2009, 550 (553); Leowsky DuD 2011, 412 (415 f.); Beschluss des DüK v. 8./9.11.2007). Für die allein in § 38 Abs. 3 BDSG geregelte Auskunftsbefugnis fehlt eine Verweiskette auf § 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BDSG, so dass es nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes beim Vorrang des Berufsgeheimnisses aus § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG bleibt (KG Berlin BeckRS 2010, 22034, zustimmend Albrecht Juris-Praxis-Report v. 21.1.2011; Breinlinger CR 2011, 188 (189); bereits zuvor Redeker NJW 2009, 554 (556)). Dafür spricht auch, dass eine **Ausnahme zum Vorrang des Berufsgeheimnisses** eindeutig zu regeln und **eng auszulegen** ist (Lampe Juris-Praxis-Report v 20.10.2010; Rüpke AnwBl 2003, 19 (21)). Die Kontrollbefugnisse nach § 38 Abs. 4 BDSG (Betretungs-, Prüfungs- und Einsichtsrechte) stehen zwar im sachlichen Zusammenhang mit der Auskunftsbefugnis nach § 38 Abs. 3 BDSG. Sie sind jedoch nicht so eng miteinander verknüpft, dass sich die Auskunftsbefugnis gegen den Wortlaut und die Systematik des § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG und des § 38 Abs. 3 BDSG auf Berufsgeheimnissen unterliegende Umstände erstrecken müsste (so aber Leowsky DuD 2011, 412 (416)).

#### 6. Keine sonstigen Aufsichtsbefugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden

Im Übrigen umfassen aber auch die Kontrollbefugnisse nach § 38 Abs. 4 BDSG nicht 35 Berufsgeheimnissen unterliegende Umstände (Hinweis: Widerspruch zur Kommentierung in § 38). § 38 Abs. 4 S. 3 BDSG verweist zwar über § 24 Abs. 6 BDSG auf § 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BDSG. Das Ergebnis dieser doppelten Verweisung führt jedoch zu systematischen Unstimmigkeiten, die im Hinblick auf den **Sinn und Zweck des § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG**, der **freiberuflichen Verschwiegenheitspflicht Vorrang** vor datenschutzrechtlichen Eingriffsbefugnissen einzuräumen, zu korrigieren sind (im Ergebnis ebenso Redeker NJW 2009, 554 (557); Rüpke AnwBl 2003, 19 (21 f.); Schöttle AnwBl 2005, 740 (741 f.); v. Lewinski MedR 2004, 95 (103); aA Simitis/Petri BDSG § 38 Rn. 25 sowie aus aufsichtsbehördlicher Sicht → BDSG § 38 Rn. 73, der lediglich einen technisch missglückten Verweis annimmt).

An diesem Ergebnis ist zum einen als unsystematisch zu kritisieren, dass sich die Auskunftsbefugnis nach § 38 Abs. 3 BDSG trotz ihrer im Vergleich zu Betretungs-, Prüfungs- und Einsichtsrechten geringeren Eingriffsintensivität nicht auf der Verschwiegenheit unterliegende Daten bezieht, die Betretungs-, Prüfungs- und Einsichtsrechte nach § 38 Abs. 4 BDSG, die noch stärker in die Rechte des Einzelnen eingreifen, hingegen schon. Die **Duldungs- und Mitwirkungspflichten** nach § 38 Abs. 4 BDSG können daher **nur in den Grenzen** bestehen, in denen der Rechtsanwalt **zur Auskunft nach § 38 Abs. 3 BDSG verpflichtet** ist (KG Berlin BeckRS 2010, 22034). Zum anderen würden den Datenschutzaufsichtsbehörden 36

den in Bezug auf der Verschwiegenheitspflicht unterliegende Informationen Betretungs-, Prüfungs- und Einsichtsrechte zugestanden, obwohl diese Informationen nach § 97 StPO nicht einmal der Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft unterliegen.

- 37 Da den Datenschutzaufsichtsbehörden also weder die Aufsichtsbefugnisse nach § 38 Abs. 3 BDSG noch die nach § 38 Abs. 4 BDSG zustehen, sie also weder Auskunft verlangen noch sich sonst Informationen über die Verarbeitung mandatsbezogener Informationen beschaffen können, ist auch eine Aufsicht der Datenschutzbehörden in diesem Bereich im Übrigen abzulehnen. Ohne die genannten Zugriffsmöglichkeiten auf Daten, die der anwaltlichen Schweigepflicht unterliegen, ist eine solche Aufsicht ein „zahnloser Tiger“ und aufgrund des Nachrangs des BDSG in Bezug auf diese Daten auch aus fachlicher Sicht nicht erforderlich.
- 38 An deren Stelle **führen allein die berufsständischen Kammern die Aufsicht** (Breinlinger CR 2011, 188 (189); Rüpke AnwBl 2003, 19 (22); Schöttle AnwBl 2005, 740 (742); Wagner BRAK-Mitt 2011, 2 (4); vgl. auch Roßnagel/Abel Kap. 7.11 Rn. 38; v. Lewinski MedR 2004, 95 (102)). Dies ist angemessen, zumal der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung auch grundrechtlich abgesichert ist (BVerfG NJW 2004, 1305 (1307)). Nur indem die Aufsicht über die Verarbeitung mandatsbezogener Daten ausschließlich durch die Rechtsanwaltskammern ausgeübt wird, kann eine Einflussnahme staatlicher Behörden auf die Mandatsbearbeitung verhindert und kann dem Mandanten zur Verwirklichung seines Grundrechts auf Rechtsgewährung verholfen werden. Auch im medizinischen Bereich ist das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt bzw. Apotheker für die Behandlung und damit für das Gesundheitssystem insgesamt unerlässlich (v. Lewinski MedR 2004, 95 (102)). Da dieses Vertrauensverhältnis ohne die Wahrung des Berufsgeheimnisses nicht bestehen kann (BVerfG NJW 1972, 1123 (1124)), scheidet auch hier eine Kontrollbefugnis der staatlichen Aufsichtsbehörden im Bereich der Verschwiegenheitspflicht aus.
- 39 Auch wenn die Datenschutzaufsichtsbehörden in Umsetzung des Urteils des EuGH v 9.3.2010 (NJW 2010, 1265) nunmehr unabhängig sind und nicht mehr ministerieller Aufsicht unterliegen, sind es nach wie vor staatliche Behörden (Härtig AnwBl 2011, 50 (51)). Die Selbstverwaltungskörperschaften der Angehörigen der freien Berufe unterscheiden sich von diesen in Struktur, Besetzung und Zielrichtung ihres Handelns. Da sie ohnehin mit der Aufsicht über die Einhaltung der berufsrechtlichen Pflichten ihrer Mitglieder betraut sind, ist es nur sachgerecht und konsequent, bei ihnen auch die Aufsicht über die Verarbeitung mandatsbezogener Daten anzusiedeln (Filges NJW 2010, 2619 (2621)). Dies ist schließlich auch deswegen sinnvoll, weil den Berufskammern gegenüber den beschränkten Reaktionsmöglichkeiten nach dem BDSG (Anordnungen und Untersagungsverfügungen nach § 38 Abs. 5 BDSG, Geldbußen nach § 43 BDSG sowie Geld- oder Freiheitsstrafen nach § 44 BDSG) ein wesentlich differenzierteres Sanktionsinstrumentarium zur Verfügung steht (s hierzu oben → Rn. 9). § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG schließt daher die Aufsicht der Datenschutzaufsichtsbehörden insgesamt in Bezug auf Daten, die der anwaltlichen oder einer anderen berufsrechtlichen Schweigepflicht unterliegen, aus.

## 7. Kein Vollzugsdefizit

- 40 Demgegenüber wird die Datenschutzaufsicht über die einem Berufsgeheimnis unterliegenden Daten auch deswegen für erforderlich gehalten, weil sich die Anwaltskammern nicht als glaubhafte Wahrer des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erwiesen. Den Anwaltskammern fehle das Personal, das auch nur ansatzweise die technischen Risiken informationstechnischer Systeme bewerten könne. Außerdem träten die **Kammern als Interessenwahrer ihres Berufsstands** und nicht als neutrale Aufsichtsinstanz auf (Weichert NJW 2009, 551 (552)). Die Kritik von Weichert geht schon deswegen fehl, weil sie sich im Wesentlichen auf Fälle zu beziehen scheint, in denen ein Mandant oder Patient eine Verletzung der anwaltlichen/ärztlichen Verschwiegenheit beanstandet. Wird dieser Fall vom Mandanten oder Patienten vor die Datenschutzaufsicht gebracht, steht deren Zuständigkeit wegen der insoweit erfolgenden Entbindung des Anwalts oder Arztes von seiner Schweigepflicht außer Frage, und die Datenschutzbehörden können alle ihnen zur Wiederherstellung und zum Schutz der anwaltlichen/ärztlichen Verschwiegenheit erforderlich erscheinenden Maß-

nahmen ergreifen (s hierzu noch unten → Rn. 74 f.). Was die daneben bestehende Zuständigkeit der Kammern angeht, ist ein Vollzugsdefizit nicht zu erkennen; Schweigepflichtverletzungen werden sowohl von den Rechtsanwaltskammern als auch von den Strafgerichten geahndet (Redeker NJW 2009, 554, (555)).

Demgegenüber sind in den hier behandelten Fällen die Rechtsanwaltskammern allein **41** zuständig, weil die betroffenen Daten einem Berufsgeheimnis unterliegen oder die verantwortliche Stelle sich auf ein solches Berufsgeheimnis beruft. Es handelt sich also insbes. um Fälle eines Auskunftsbegehrens oder einer Beanstandung einer Datenverarbeitung durch einen Dritten. Dass in diesen Fällen die berufsständischen **Kammern** wegen der Betroffenheit des Berufsgeheimnisses **in besonderem Maße qualifiziert** sind, die Aufsicht zu führen, steht außer Frage. Zweifel an ihrer diesbezüglichen Fachkompetenz wirken nahezu anmaßend. Dass von Dritten erhobene Beanstandungen aufgrund mangelnder Sachkunde unzureichend bearbeitet würden, ist nicht belegt, jedenfalls benennt Weichert hierzu kein Verfahren. Das von ihm beklagte „Vollzugsdefizit“ dient offensichtlich vielmehr der Begründung eines umfassenden Kontrollanspruchs der Datenschutzaufsichtsbehörden, für den es aber wegen der Vorschrift des § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG keine Rechtfertigung gibt. Gleichzeitig will Weichert wohl der von der Bundesrechtsanwaltskammer erhobenen rechtspolitischen Forderung nach einer vollständigen Verlagerung der Datenschutzaufsicht auf die Kammern (→ Rn. 76 ff.) entgegenzutreten.

## 8. Keine Aufsicht der Landesdatenschutzbeauftragten über die Notare

Das Vorstehende gilt in besonderem Maße für die Notare. Die Notare unterstehen – **42** neben der Aufsicht durch die Notarkammern (§ 67 Abs. 1 S. 2, § 74, § 75 BNotO) (s hierzu Dickert MittBayNot 1995, 421 (422)) – der Aufsicht der Landgerichts- und Oberlandesgerichtspräsidenten und der Landesjustizverwaltung (§ 92 BNotO), die die ordnungsmäßige Erledigung der Amtsgeschäfte des Notars prüfen (§ 93 Abs. 2 S. 1 BNotO). Die Prüfung umfasst nach § 93 Abs. 2 S. 2 BNotO auch die Führung und Aufbewahrung der Bücher, Verzeichnisse und Akten sowie die ordnungsgemäße automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten. Die Vorschrift regelt damit die **notarielle Aufsicht** über die Verarbeitung solcher personenbezogener Daten, die der **notariellen Verschwiegenheitspflicht** unterliegen, erstreckt sie darüber hinaus aber auch auf die Verarbeitung aller personenbezogenen Daten. Die Aufsicht betrifft damit das gesamte Spektrum datenschutzrechtlicher Verpflichtungen der Notare, auch soweit diese – wenn § 18 BNotO nicht vorrangig ist – aus den Landesdatenschutzgesetzen resultieren (vgl. BGH NJW 1991, 568, 569; Mihm NJW 1998, 1591 (1594)).

Der Notar ist nach § 93 Abs. 4 BNotO verpflichtet, den Aufsichtsbehörden Akten, **43** Verzeichnisse und Bücher sowie die in seiner Verwahrung befindlichen Urkunden zur Einsicht vorzulegen und auszuhändigen sowie Zugang zu den Anlagen zu gewähren, mit denen personenbezogene Daten automatisiert verarbeitet werden. Diese Pflicht bezieht sich auf personenbezogene Daten, die dem Berufsgeheimnis unterfallen, darüber hinaus aber wiederum auch auf alle anderen personenbezogenen Daten. § 93 Abs. 4 BNotO ist insofern eine gesetzliche Ausnahme zu § 18 Abs. 1 BNotO (Schippel/Bracker/Herrmann BNotO § 93 Rn. 2).

Neben dieser sehr weitgehenden Aufsichtskompetenz der staatlichen Notaraufsicht, die **44** im Unterschied bspw. zur Kammeraufsicht über die Rechtsanwälte (§ 56 Abs. 1 S. 2 BRAO, → Rn. 31) auch die Auskunft über und die Einsichtnahme in der Verschwiegenheit unterliegende Daten betrifft, ist **kein Raum für eine parallele Aufsichtskompetenz der Landesdatenschutzbeauftragten**. Dies gilt jedenfalls für die der Verschwiegenheit unterliegenden Daten (Watoro NotBZ 2003, 187 (189 f.); Abel/Maaß Datenschutzrecht in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 25 ff.; Roßnagel/Abel Kap. 7.11 Rn. 73; aA Mihm NJW 1998, 1591 (1595 f.)). Dagegen spricht, dass eine Doppelkontrolle unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit nicht erforderlich ist und auch dem die Amtsführung der Notare prägenden Grundsatz widersprechen würde, Umstände, an deren Geheimhaltung die Beteiligten ein Interesse haben, nur im geringstmöglichen Umfange preiszugeben (Seiler DNotZ 2002, 693 (701) mwN; Watoro NotBZ 2003, 187 (191)).

## 9. Keine Eingriffsbefugnisse der Landesdatenschutzbeauftragten gegenüber Notaren

- 45 Außerdem ist die Aufsicht der Landesdatenschutzbeauftragten auch nicht in gleicher Weise wie die Notaraufsicht zur Überprüfung der Verarbeitung personenbezogener Daten, die der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, geeignet. Den Landesdatenschutzbeauftragten **fehlen** die für eine solche Aufsicht erforderlichen **Kontrollbefugnisse** (Watoro NotBZ 2003, 187 (189 f.); BGH NJW 1991, 568 (569)), da die landesgesetzlichen Auskunfts- und Aufsichtsrechte der Landesdatenschutzbehörden im Bereich der notariellen Verschwiegenheitspflicht nicht greifen. Nach den Landesdatenschutzgesetzen obliegt den Landesdatenschutzbeauftragten zwar generell die Überwachung der Einhaltung der Landesdatenschutzgesetze sowie „anderer Vorschriften über den Datenschutz“ (s zB § 22 Abs. 1 S. 1 NRWDSG). Den Landesdatenschutzbeauftragten stehen zur Erfüllung ihrer Aufgaben grds. auch Auskunftsrechte zu (zB § 22 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 NRWDSG). Dies gilt jedoch nicht, soweit die notarielle Verschwiegenheitspflicht reicht (so im Ergebnis auch Roßnagel/Abel Kap. 7.11 Rn. 72; Seiler DNotZ 2002, 693 (699 ff.) mwN).
- 46 Dies ergibt sich in Sachsen-Anhalt und Rheinland-Pfalz bereits unmittelbar aus den Landesdatenschutzgesetzen (vgl. § 2 Abs. 7 S. 2, § 28 Abs. 1 RhPfDSG; § 3 Abs. 3 S. 2, § 23 Abs. 1 DSG LSA). Aber auch in den übrigen Bundesländern, in denen sich die Landesdatenschutzgesetze entweder nicht ausdrücklich zum Verhältnis von Verschwiegenheitspflicht und Auskunftsrecht erklären (Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland) oder gar bestimmen, dass ein Berufsgeheimnis dem Auskunftsrecht nicht entgegengehalten werden kann (§ 28 Abs. 2 S. 1 BWDSG; Art 30 Abs. 2 S. 1 BayDSG; § 28 Abs. 2 BlnDSG; § 26 Abs. 3 BbgDSG; § 23 Abs. 5 S. 3 HmbDSG; § 22 Abs. 2 S. 2 NRWDSG; § 27 Abs. 1 S. 2 SächsDSG; § 41 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 DSG SH; § 37 Abs. 2 S. 1 ThürDSG), besteht **kein Auskunftsrecht der Landesdatenschutzbeauftragten** (s insbes. zur thüringischen Regelung Watoro NotBZ 2003, 187 (190); wohl ebenso für Bayern Sorge MittBayNot 2007, 25 (27)).
- 47 Dies folgt aus dem **Vorrang der bundesgesetzlich in § 18 BNotO normierten Schweigepflicht**, die nach Art 31 GG entgegenstehendes Landesrecht bricht. Der Bundesgesetzgeber hat auch nicht den Willen zum Ausdruck gebracht, dass § 18 Abs. 1 BNotO durch die Landesdatenschutzgesetze eingeschränkt werden könne. Dies folgt insbes. nicht aus § 24 Abs. 2 Nr. 2 iVm Abs. 6 BDSG (Seiler DNotZ 2002, 693 (700 f.)), nach dem sich die Kontrolle des BfDI auch auf Daten, die einem Berufsgeheimnis unterliegen, erstreckt und dies auch für die Datenschutzkontrollbehörden der Länder gelten soll. Zum einen gilt § 24 Abs. 2 Nr. 2 iVm Abs. 6 BDSG für die Landesdatenschutzbehörden nur, soweit diese Bundesrecht (also das BDSG) ausführen, **nicht** aber zur **Erweiterung landesrechtlicher Auskunftsansprüche** (vgl. § 12 Abs. 2 Nr. 1 BDSG; Seiler DNotZ 2002, 693 (700); Simitis/Dammann BDSG § 24 Rn. 28; Watoro NotBZ 2003, 187 (190)). Zum anderen verfolgte der Gesetzgeber mit der Einfügung der Vorschrift das Ziel, die Finanzbehörden der Aufsicht der Landesdatenschutzbeauftragten zu unterstellen, die sich diesen gegenüber zuvor unter Berufung auf das Steuergeheimnis der Offenlegung ihrer Daten verweigert hatten (Seiler DNotZ 2002, 693 (700)), nicht aber die notarielle Schweigepflicht einzuschränken, zumal wegen der staatlichen Notaraufsicht in diesem Bereich (§ 93 Abs. 4 S. 1 BNotO) auch gar kein Regelungsbedarf besteht.

## C. Verhältnis des Berufsrechts insgesamt zum Datenschutz

- 48 Für alle anderen Fälle der freiberuflichen Datenverarbeitung, in denen nicht der Verschwiegenheitspflicht unterliegende personenbezogene Daten wie zB Personaldaten verarbeitet werden, stellt sich ebenfalls die Frage, inwieweit das Berufsrecht und das Datenschutzrecht der jeweils relevante Maßstab sind.

### I. Grundsatz der Subsidiarität des Datenschutzrechts nach § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG

- 49 Die für das Verhältnis der beiden Rechtsbereiche zentrale Vorschrift ist § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG. Danach gehen andere Rechtsvorschriften des Bundes den Vorschriften des BDSG vor, soweit sie auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind.

## 1. Rechtsvorschriften des Bundes

Zu den Rechtsvorschriften des Bundes iSd § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG zählen alle Gesetze im formellen Sinn (Simitis/Dix BDSG § 1 Rn. 164). Zu diesen gehören die BRAO, die WPO, das StBerG, die PAO und das BNotG. Erfasst sind daneben aber auch Gesetze im (nur) materiellen Sinn wie Rechtsverordnungen und Satzungen bundesunmittelbarer Körperschaften (Taeger/Gabel/Schmidt BDSG § 1 Rn. 32 mwN; (→ BDSG § 1 Rn. 79; → BDSG § 4 Rn. 13). Zu den bundesunmittelbaren Körperschaften gehören auch die **Berufskammern**, soweit diese durch Bundesgesetz errichtet wurden, wie die Bundesrechtsanwaltskammer, die Wirtschaftsprüferkammer, die Bundessteuerberaterkammer, die Bundesnotarkammer und die Patentanwaltskammer. Deren **Satzungen** sind daher Rechtsvorschriften des Bundes. Erfasst sind daher auch die dort normierten Verschwiegenheitspflichten. Eigenständige Bedeutung hat dies freilich nur, wenn diese und andere Berufspflichten nicht ohnehin Gegenstand gesetzlicher Regelung sind (so für Rechtsanwälte § 43a Abs. 2 BRAO, für Wirtschaftsprüfer § 43 Abs. 1 WPO, für Steuerberater § 57 Abs. 1 StBerG, für Patentanwälte § 39a Abs. 2 PAO sowie für Notare § 18 BNotO, für die es im Übrigen an einer berufsrechtlichen Vorschrift zur Verschwiegenheit fehlt).

Demgegenüber ist das **Berufsrecht im medizinischen Bereich** nicht bundesgesetzlich normiert, sondern in den Satzungen der jeweiligen Landeskammern, die öffentlich-rechtliche Körperschaften der Länder sind (→ BDSG Syst. L Rn. 17). Diese orientieren sich zwar idR an Musterberufsordnungen der Bundeskammern (→ Rn. 2), die aber nur unverbindliche Richtlinien sind. Aus diesem Grund fallen die Satzungen der jeweiligen Landeskammern von Ärzten, Zahnärzten, Apothekern und Psychotherapeuten nicht unter den Begriff der Rechtsvorschriften des Bundes iSd § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG (v. Lewinski MedR 2004, 95).

## 2. Anwendbarkeit auf personenbezogene Daten

Soweit die berufsrechtlichen Vorschriften der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe 50 also grds. geeignet sind, dem BDSG vorzugehen, kommt es jedoch entscheidend darauf an, inwieweit diese tatsächlich auf personenbezogene Daten (gemeint ist wohl auf den Umgang mit personenbezogenen Daten, vgl. Breinlinger CR 2011, 188 (189)) anzuwenden sind. Aus der Formulierung „soweit sie (...) anzuwenden sind“ geht hervor, dass es auf die Datenschutzrelevanz einzelner Rechtsvorschriften und nicht von Gesamtregelungskomplexen ankommt (Schaffland/Wiltfang BDSG § 1 Rn. 44). Die Prüfung nach § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG besteht nicht darin, ob „das Berufsrecht“ dem BDSG vorgeht oder nicht vorgeht, sondern ob einzelne berufsrechtliche Vorschriften auf den Umgang mit personenbezogenen Daten anzuwenden sind und gegenüber den einzelnen Vorschriften des BDSG, die den entsprechenden Fragenkomplex ebenfalls regeln, vorrangig sind.

Daher ist es zumindest missverständlich, wenn über den Wortlaut des § 1 Abs. 3 S. 1 53 BDSG hinaus verlangt wird, dass es sich bei den anderen Rechtsvorschriften, die auf personenbezogene Daten anzuwenden sind, um „bereichsspezifische Sonderregelungen“ handeln müsse (so die Formulierung des AG Tiergarten NJW 2007, 97; vgl. auch Gola/Schomerus BDSG § 1 Rn. 24). Es ist nicht erforderlich, dass die anderen Rechtsvorschriften einen mit Ziel und Schutzzweck des BDSG vollständig übereinstimmenden Regelungsgehalt haben, denn der Wortlaut des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG gibt für diese zusätzlichen Anforderungen nichts her. Vielmehr gehen die anderen Rechtsvorschriften dem BDSG schon dann vor, wenn sie – auch in einem Teilbereich – gleich aus welchem Grund und mit welchem Ziel den Umgang mit personenbezogenen Daten regeln. Der Vorrang beschränkt sich dann eben auf diesen Teilbereich (Sassenberg/Schulz AnwBl 2007, 769 (770); Gola/Schomerus BDSG § 1 Rn. 24).

## 3. Kein identischer Normzweck erforderlich

Zu weitgehend ist es demgegenüber, wenn verlangt wird, dass nur eine deckungsgleiche, 54 tatbestandskongruente Norm mit demselben Normzweck dem BDSG vorgehen kann (Simitis/Dix BDSG § 1 Rn. 170; aA → BDSG § 4a Rn. 22; → BDSG Syst. L Rn. 2; s. auch → BDSG § 32 Rn. 16; → BDSG § 1 Rn. 77 ff.). Denn eine sich vom BDSG unterschei-



dende Regelung zu den Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten kann ja gerade darauf beruhen, dass diese einen anderen Normzweck verfolgt als das BDSG. Abgesehen davon, dass diese Ansicht im Wortlaut des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG keine Stütze findet, würde die Forderung nach dem identischen Normzweck den Kreis der dem BDSG vorrangigen Rechtsvorschriften sehr stark einschränken und überhaupt nur gleichbedeutende, wenn nicht sogar gleichlautende Vorschriften als vorrangig zulassen. Deren Vorrang käme aber dann keine eigenständige Bedeutung zu, und § 3 Abs. 3 S. 1 BDSG liefe leer.

- 55 Dass Normzweck zB der BRAO allein der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant, nicht aber auch der Schutz von Gegnern und sonstigen Dritten ist, ist somit noch kein Grund, den Vorschriften der BRAO den Vorrang gegenüber dem BDSG abzuspochen (so aber Simitis/Dix BDSG § 1 Rn. 170). Vielmehr kommt es darauf an, ob einzelne Vorschriften zB der BRAO zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant die Verarbeitung personenbezogener Daten (oder einen Teilbereich dessen) überhaupt regeln. Ist dies der Fall, ordnet § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG den Vorrang dieser Vorschriften vor dem BDSG an, auch um **deren Normzweck Geltung zu verschaffen** (ähnlich Gola/Schomerus BDSG § 1 Rn. 24).

#### 4. Subsidiaritätsklauseln der Landesdatenschutzgesetze

- 56 Auch bei den Notaren verdrängt das Berufsrecht das Datenschutzrecht trotz abweichender gesetzlicher Grundlagen (→ Rn. 18 f.) nicht vollständig. Die in den Datenschutzgesetzen der Länder enthaltenen Subsidiaritätsklauseln unterscheiden sich nicht grundlegend von § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG. Auch § 2 S. 1 BNotO, wonach Notare ausschließlich den Vorschriften der BNotO unterstehen, führt zu keinem Totalvorrang des Berufsrechts, da die landesdatenschutzrechtlichen Regelungen kein spezifisches notarielles Berufsrecht beinhalten (Mihm NJW 1998, 1591 (1592); Abel/Maaß Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 6 mwN). Soweit einzelne datenschutzrechtliche Fragestellungen jedoch eine berufsrechtliche Kodifikation erfahren haben, gehen diese wegen Art 31 GG bzw. wegen der landesdatenschutzrechtlichen Subsidiaritätsklauseln vor (s. Brambring/Jerschke/Starke Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, Kap L Rn. 106 f.; vgl. auch Rüpke NJW 1991, 548 f.).

#### 5. Vorrangige berufsrechtliche Vorschriften über die Handaktenführung

- 57 Berufsrechtliche Vorschriften, die auf den Umgang mit personenbezogenen Daten vorrangig vor dem BDSG anzuwenden sind, sind insbes. die über die Handaktenführung (Rüpke NJW 2008, 1121 (1122); Beschluss des DvK v. 8./9.11.2007). Insbes der Rechtsanwalt hat oftmals mit streitigen Sachverhalten zu tun und speichert zur Wahrung der Interessen seines Mandanten daher unter Umständen auch Informationen des Mandanten oder Dritter, insbes. des Prozessgegners, deren Richtigkeit ungewiss ist oder vom Dritten bestritten wird. Wäre der Rechtsanwalt nach § 35 Abs. 4 BDSG verpflichtet, diejenigen personenbezogenen Daten zu sperren, deren Richtigkeit vom Betroffenen bestritten wird oder sich nicht feststellen lässt, könnte er seinen anwaltlichen Verpflichtungen zur Wahrung der Interessen seines Mandanten nicht mehr nachkommen. **§ 35 Abs. 4 BDSG** findet daher **keine Anwendung** (Brisch KammerMitteilungen RAK Düsseldorf 2008, 275 (277); ebenso Wessels Kammer-Report 4/2011 der RAK Hamm aus Gründen der Verschwiegenheitspflicht; Roßnagel Hdb Datenschutzrecht/Abel Kap 7.11 Rn. 10; Abel/Redeker Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 2. Aufl. 2003, § 3 Rn. 86 ff.).
- 58 Im **ärztlichen Bereich** dient die Dokumentationsverpflichtung ua Beweis Zwecken (Laufs/Kern/Schlund Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 55 Rn. 5, 8 mwN). So sind prozessuale Folgen bis hin zur Beweislastumkehr an die Erschwerung oder Vereitelung des Beweises durch den Arzt geknüpft (vgl. BGH NJW 1972, 1520). Dies hat den **Ausschluss einer Berichtigung oder Sperrung** der Daten nach § 35 BDSG zur Folge. Dem Patienten steht stattdessen der Anspruch zu, eine Gegendarstellung zu verfassen (MAH MedR/Woltersheim, 2009, MedR § 5 Rn. 142).