

Berliner Anwaltsblatt

Neu:
Berliner Anwaltsblatt
APP
für iOS Apple, Android-
und Amazon-Geräte
sowie als Browserversion
im Internet

HEFT 4/2018 APRIL 67. JAHRGANG
HERAUSGEBEN VOM BERLINER ANWALTSVEREIN E.V.
www.BerlinerAnwaltsblatt.de

ANWALTSCHAFT 4.0

Abschied von der
Präsenzkultur

DAVIT & BAV

Fragen an die BRAK
zum beA

UNTREUE

Fälle gegenüber
älteren Menschen



Eigenes Denken gelegentlich erwünscht



Berliner **Anwalts** Verein e.V.

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

DATENSCHUTZ IN DER RECHTSANWALTSKANZLEI

Was gilt ab dem 25. Mai 2018?



Dr. Dominik Lück

I. EINFÜHRUNG

Am 25.5.2018 endet die zweijährige Vorbereitungsfrist, die Unternehmen und öffentliche Institutionen für die Vorbereitung auf das neue Datenschutzrecht haben. Ab dann gilt die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) europaweit, einheitlich und unmittelbar¹.

Ihre Vorgaben sind auch von Rechtsanwälten zu beachten. Das allein ist nichts Neues, denn auch die Regelungen des aktuell geltenden BDSG müssen sowohl im Hinblick auf die Büroorganisation und grundsätzlich auch in Bezug auf die anwaltliche Beratung berücksichtigt werden.

Im Hinblick auf die DSGVO gilt: Sie bedeutet für das deutsche Datenschutzrecht eine Evolution, aber keine Revolution. Mit ihr sind jedoch Neuerungen verbunden, die schon angesichts des erhöhten Bußgeldrahmens bei Verstößen Beachtung finden sollten.

Der folgende Beitrag stellt deshalb einige zentrale, sich aus der DSGVO für die Berufspraxis ergebende, Änderungen dar und verdeutlicht, welche Aufgaben Anwaltskanzleien bis Ende Mai 2018 zu erledigen haben.

II. ZUKÜNFTIGER DATENSCHUTZRECHTLICHER REGELUNGSRAHMEN

Die DSGVO wird ohne weitere Umsetzungsakte Bestandteil der deutschen Rechtsordnung². Ihr kommt Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht zu.³ Soweit bestehendes deutsches Datenschutzrecht in Widerspruch zur DSGVO steht, darf es deshalb ab deren Geltungsbeginn nicht mehr zur Anwendung kommen. Die DSGVO sieht allerdings zahlreiche Öffnungsklauseln vor, die Bundes- und Landesgesetzgebern einen Gestaltungsspielraum für abweichende, inhaltlich mit dem

Schutzziel der Öffnungsklauseln übereinstimmende, Regelungen eröffnen⁴.

Der Bundesgesetzgeber hat bereits reagiert. Das am 30.6.2017 beschlossene BDSG wird zum Geltungsbeginn der DSGVO am 25.5.2018 in Kraft treten⁵. Für Rechtsanwälte wird es zukünftig neben den Vorgaben von BRAO und BORA ergänzend zur DSGVO Anwendung finden.

III. DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE

1. Notwendigkeit der Bestellung?

Anwaltskanzleien müssen zukünftig nach Art. 37 Abs. 1 DSGVO immer dann einen Datenschutzbeauftragten bestellen, wenn ihre Kerntätigkeit entweder in der Durchführung umfangreicher, regelmäßiger und systematischer Überwachungen von betroffenen Personen⁶ oder in der umfangreichen Verarbeitung von personenbezogenen Daten über strafgerichtliche Verurteilungen, Straftaten und Sicherungsmaßnahmen⁷ besteht.

Zwar ist die eigentliche Kerntätigkeit eines Rechtsanwalts die unabhängige Beratung und Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten, gleichwohl kann – etwa wenn neben den Mandantendaten regelmäßig auch Daten Dritter (bspw. Gegner, Berufskollegen, Insolvenzverwalter) verarbeitet werden – die Datenverarbeitung zur Kerntätigkeit des Rechtsanwalts werden. Auch die übrigen Voraussetzungen können im Einzelfall je nach Kanzleiausrichtung erfüllt sein⁸.

Für größere Praxen wird indes ohnehin oft die Regelung des § 38 Abs. 1 S. 1 BDSG 2018 greifen. Danach ist ein Datenschutzbeauftragter zu bestellen, wenn in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind. Da ein relevanter Umgang mit personenbezogenen Daten bereits bei schlichter E-Mail-Kommunikation angenommen wird⁹, sind neben den Berufsträgern auch Rechtsanwaltsfachangestellte, IT-Mitarbeiter, Referendare und wissenschaftliche Mitarbeiter darunter zu fassen.

2. Voraussetzungen an die Eignung der Person des Datenschutzbeauftragten

Nach Art. 37 Abs. 5 DSGVO muss der Datenschutzbeauftragte eine ausreichende Qualifizierung für seine Tätigkeit vorweisen. Seine Benennung erfolgt auf Grundlage seiner beruflichen Qualifikation und insbesondere des

1 Art. 99 Abs. 2 DSGVO

2 Vgl. Schaffland/Holthaus, in: Schaffland/Wiltfang, DS-GVO, Lieferung 2/17, Synopse BDSG/DS-GVO, Kennzahl 0190.

3 Sydow, in: Europäische Datenschutzgrundverordnung, 1. Auflage 2017, Einleitung Rn. 36.

4 Beispiele für Öffnungsklauseln sind: Art. 4 Nr. 7 DSGVO; Art. 26 Abs. 1 DSGVO; Art. 37 Abs. 4 DSGVO sowie Art. 83 Abs. 7 DSGVO.

5 BGBl. 2017 I S. 2132.

6 Art. 37 Abs. 1 b) DSGVO.

7 Art. 37 Abs. 1 c) DSGVO.

8 Vgl. Kazemi, NJW 2018, 443, 443.

9 Moos, in: BeckOK DatenschutzR, BDSG, 22. Edition Stand: 1.5.2017, § 4f Rn. 10.

Fachwissens, das er auf dem Gebiet des Datenschutzrechts und der Datenschutzpraxis besitzt.

Jenseits dieser weichen Kriterien formuliert die DSGVO dagegen keine weiteren Anforderungen¹⁰. Damit ist weder die Ablegung einer gesonderten Prüfung noch die nachgewiesene Teilnahme an Schulungen ausdrückliche Voraussetzung für die Benennung einer Person als Datenschutzbeauftragter.

Anerkannt ist jedoch, dass nur Personen Datenschutzbeauftragte werden dürfen, die persönlich für die Aufgabe geeignet sind. Personen, die selbst in der Vergangenheit Daten missbraucht haben, scheiden deshalb von vornherein aus. Zum Datenschutzbeauftragten dürfen auch nicht Personen benannt werden, die durch die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter in ihrer Arbeit beeinträchtigt würden¹¹. Praktisch bedeutet dies, dass etwa Managing Partner, Büroleiter oder aber auch Leiter der IT-Abteilung auf Grund eines angenommenen Interessenkonfliktes mit ihrer Haupttätigkeit keine Datenschutzbeauftragte sein können¹².

3. Ausweg: Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten

Für all jene Kanzleien, die sich deshalb schwertun, einen internen Datenschutzbeauftragten zu benennen, besteht nach Art. 37 Abs. 6 DSGVO die Möglichkeit, einen Externen mit den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten zu betrauen. Hierbei ist im entsprechenden Dienstvertrag seine unabhängige Aufgabenerfüllung durch entsprechende Kündigungsfristen, Zahlungsmodalitäten, Haftungsfreistellungen und Dokumentationspflichten abzusichern¹³.

IV. UMGANG MIT MANDANTENDATEN

Eine zulässige Verarbeitung von Mandantendaten setzt regelmäßig gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 a) DSGVO dessen Einwilligung voraus. Darüber hinaus bestehen nach Art. 13 DSGVO umfassende Informationspflichten. Den Mandanten muss insbesondere klar und unmissverständlich erläutert werden, was mit ihren Daten passiert und wie lange diese verarbeitet und gegebenenfalls gespeichert werden.

1. Anforderungen an die Einwilligung

Eine Einwilligung muss entsprechend der Definition des Art. 4 Nr. 11 DSGVO freiwillig, für einen bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich durch Willensbekundung in Form einer Erklärung oder eine sonstige eindeutige bestätigende Handlung abgegeben werden.

Das Merkmal der Freiwilligkeit verlangt, dass der Betroffene hinsichtlich der Einwilligung in der Lage sein muss, eine echte Wahl zu treffen ob, wann, unter welchen Umständen und wem er die Nutzung seiner Daten gestattet¹⁴. Insoweit unterscheiden sich die Anforderungen

der DSGVO nicht von der geltenden Rechtslage: Auch weiterhin darf die Übernahme des Mandats nicht von der Einwilligung in die Datennutzung abhängig gemacht werden.

Dem Grundsatz der Fallbezogenheit ist Genüge getan, wenn die Einwilligung für einen bestimmten Fall abgegeben wird. Im Umkehrschluss sind pauschale Einwilligungen gerade auch im „Blanko-Format“ unzulässig¹⁵.

Anders als bislang im deutschen Datenschutzrecht üblich, fordert die DSGVO für die Einwilligung keine Schriftform. Gem. Art. 7 Abs. 1 DSGVO muss der Verantwortliche aber nachweisen können, dass die betroffene Person eingewilligt hat. Diese Nachweispflicht führt dazu, dass in der Praxis weiterhin schriftliche Einwilligungen zu empfehlen sind.

Auch die Verwendung von vorformulierten Einwilligungserklärungen zusammen mit anderen vertraglichen Regelungen des Mandatsverhältnisses in den AGB des Anwaltsvertrages ist nach Art. 7 Abs. 2 DSGVO möglich. Insoweit ist allerdings zu beachten, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung dann zum einen in verständlicher und leicht zugänglicher Form sowie in einer klaren und einfachen Sprache und zum anderen so zu erfolgen hat, dass sie von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist; also besonders hervorgehoben wird¹⁶.

2. Weitergabe von Mandantendaten an Dritte

Die Einwilligung muss auch die mögliche Übermittlung personenbezogener Daten der Mandanten an Dritte erfassen. Zwar wird der Begriff der Übermittlung in der DSGVO nicht mehr eigenständig definiert, er wird jedoch unter den Sammelbegriff der Verarbeitung des Art. 4 Nr. 2 DSGVO gefasst.

Neben der notwendigen Übermittlung von Mandantendaten an Gerichte, Behörden etc. ist dabei regelmäßig auch der Anbieter von anwaltlicher Software mit in die Einwilligungserklärung aufzunehmen. Denn bei gängigen Anbietern von Kanzleisoftware erhalten die Mitarbeiter des Kundenservice unter bestimmten Umständen (z. B. im Falle einer Fernwartung) Zugang zu den elektronischen Akten der Kanzleien.

3. Lösungsansprüche

Nach Art. 17 Abs. 1 a) DSGVO hat ein Mandant grundsätzlich einen Anspruch auf unverzügliche Löschung seiner personenbezogenen Daten, wenn sie für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet worden sind, nicht mehr notwendig sind. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn das Mandat beendet wurde.

Da diese Lösungsansprüche in Widerspruch zur Pflicht des Rechtsanwaltes aus § 50 Abs. 1 S. 2 BRAO stehen, seine Handakten für die Dauer von sechs Jahren

¹⁰ Vgl. von dem Busche, in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016 Art. 37 Rn. 11.

¹¹ Niklas/Faas, NZA 2017, 1091.

¹² Vgl. Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Die Datenschutzbeauftragten in Behörde und Betrieb – Info 4, 12. Aufl. 2017, S. 15.

¹³ Vgl. Kazemi, NJW 2018, 443, 444.

¹⁴ Erwägungsgrund Nr. 5 der VO (EU) 2016/679.

¹⁵ Erwägungsgrund Nr. 32 der VO (EU) 2016/679.

¹⁶ Ernst, in: Paal/Pauly, DSGVO, 2. Auflage 2018, Art. 4 Rn. 85.

aufzubewahren, wird das Recht auf Löschung für den Mandanten so lange ausgeschlossen sein¹⁷.

4. Informations- und Auskunftspflichten

Auch soweit die Art. 14 und 15 DSGVO weitergehende Informations- und Auskunftspflichten des Verantwortlichen normieren, finden diese im Anwalt-Gegner-Verhältnis keine Anwendung. Denn sowohl Art. 14 Abs. 5 d) als auch Art. 15 Abs. 5 d) DSGVO schließen die Anwendung auf Berufsgeheimnisträger ausdrücklich aus¹⁸.

Auch die weitreichenden Untersuchungsbefugnisse, die Art. 58 DSGVO den Aufsichtsbehörden verleiht, finden gegenüber Rechtsanwälten grundsätzlich keine Anwendung. Denn § 29 Abs. 3 BDSG 2018 hat die Inanspruchnahme der Untersuchungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden für den Fall, dass sie zu einem Verstoß gegen die Geheimhaltungspflichten von Berufsgeheimnisträgern führen würden, ausgeschlossen¹⁹.

V. BÜROORGANISATION

1. Beschäftigtendatenschutz in der Kanzlei

Die DSGVO enthält keine konkreten, bereichsspezifischen Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz. Er richtet sich vielmehr nach den allgemeinen – für jedes Rechtsverhältnis geltenden – Regelungen der DSGVO. Allerdings enthält Art. 88 Abs. 1 der DSGVO eine Öffnungsklausel für den Beschäftigtendatenschutz von der der Bundesgesetzgeber durch Erlass von § 26 BDSG 2018 Gebrauch gemacht hat. Die getroffene Regelung entspricht weitgehend der bisherigen Regelung des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG.

Für Anwaltskanzleien gilt damit weiterhin, dass die Veröffentlichung von Mitarbeiterdaten auf der Homepage der Kanzlei nur nach ausdrücklicher Einwilligung zulässig ist. Für Portraitfotos ist zusätzlich eine Einwilligung nach § 22 KUG notwendig.

Dazu sollten klare Regelungen zur Nutzung von Telefon, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz für private Zwecke getroffen werden. Denn der Arbeitgeber ist grundsätzlich auch nach dessen Ausscheiden an das Fernmeldegeheimnis des § 88 TKG gebunden, weshalb ein Zugriff auf das auch privat genutzte E-Mail-Postfach ausgeschlossen ist.

2. Datensicherheit

Datensicherheit war sowohl in Bezug auf Mandantendaten als auch in Bezug auf Mitarbeiterdaten schon nach dem BDSG zu gewährleisten.

Zukünftig trifft auch Rechtsanwälte nach Art. 25 Abs. 1 DSGVO die generelle Pflicht zum Datenschutz durch

Technik („privacy by design“), etwa durch Pseudonymisierung einer Person in einer Weise, dass sie nur unter Zuhilfenahme eines besonderen aufbewahrten Schlüssels identifizierbar ist. Dazu tritt gem. Art. 25 Abs. 2 DSGVO die Pflicht zu datenschutzfreundlichen Voreinstellungen („privacy by default“), die verhindern soll, dass personenbezogene Daten durch Voreinstellungen ohne Eingreifen des Betroffenen einer unbestimmten Zahl von natürlichen Personen zugänglich gemacht werden. Vor dem Hintergrund dieser neuen Vorgaben sollten Rechtsanwaltskanzleien deshalb sowohl die bestehenden Sicherheitsmaßnahmen und -konzepte als auch die verwendete Kanzleisoftware einer Überprüfung unterziehen.

VI. BUSSGELDER

Bußgelder bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorgaben sah auch schon § 43 BDSG vor. Durch die Regelung des Art. 83 DSGVO wird die Verhängung von Geldbußen durch die Aufsichtsbehörden aber auf eine neue Ebene gehoben.

Art. 83 Abs. 1 DSGVO betont ausdrücklich, dass die Verhängung von Geldbußen in jedem Einzelfall nicht nur wirksam und verhältnismäßig, sondern auch „abschreckend“ sein soll. Damit Geldbußen diese Wirkung entfalten, ist bei der Bemessung der Bußgelder im Einzelfall neben den Kriterien des Art. 83 Abs. 2 a)–k) DSGVO die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit der Verantwortlichen einzubeziehen²⁰. Je nach Art des Verstoßes drohen Bußgelder von bis zu 10.000.000 EUR oder 20.000.000 Euro bzw. 2 oder 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres eines Unternehmens.

Diese Bußgeldregelungen gelten auch für Rechtsanwaltskanzleien. Während die Regelung des Art. 83 Abs. 7 für Behörden und öffentliche Stellen ausdrücklich eine Öffnungsklausel vorsieht, von der der Bundesgesetzgeber in § 43 Abs. 3 BDSG 2018 auch Gebrauch gemacht hat und Geldbußen ausschließt, gibt es eine solche Regelung für Rechtsanwaltskanzleien nicht.

Es ist derzeit nicht absehbar, wie die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden mit den Bußgeldregelungen umgehen werden. Da – gerade bei geringen Verstößen – die Aufsichtsbehörden anstelle einer Geldbuße auch eine Verwarnung erteilen können²¹ und die Höhe der Bußgelder ebenfalls im Ermessen der Aufsichtsbehörden steht, geben die neuen Bußgeldregelungen keinen Grund zur Panik. Sie laden freilich auch nicht dazu ein, das Thema Datenschutz in der Rechtsanwaltskanzlei stiefmütterlich zu behandeln.

Dr. Dominik Lück, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
mit dem Schwerpunkt Datenschutzrecht,
Partnerschaft Dombert Rechtsanwälte mbB, Potsdam, www.dombert.de

17 Insofern greift die Öffnungsklausel des Art. 17 Abs. 3 b) DSGVO.

18 Schmidt-Wudy, in: BeckOK DatenschutzR, DS-GVO, 22. Edition Stand: 1.5.2017, Art. 14 Rn. 105.

19 Der Bundesgesetzgeber macht insofern von der Öffnungsklausel des Art. 90 DSGVO Gebrauch und garantiert in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, U. v. 12.4.2005 –

2 BvR1027/02) damit, dass das Mandatsgeheimnis nicht mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird, BT-Drs. 18/11325, S. 101.

20 Holländer, in: BeckOK DatenschutzR, DS-GVO, 22. Edition Stand: 1.5.2017, Art. 83 Rn. 22.

21 Erwägungsgrund Nr. 148 der VO (EU) 2016/679.