



Beschränkung der Datenschutzkontrolle bei Berufsgeheimnisträgern nach § 29 Abs. 3 BDSG-neu ist grundrechtswidrig

Stand: 22.05.2017

Inhalt

Inhalt	1
1 Abstract	2
2 Die Regelung.....	2
2.1 Kurze Geschichte.....	2
2.2 Der Wortlaut.....	3
2.3 Gesetzesbegründung.....	3
3 Auslegungsversuche des § 29 Abs. 3 BDSG	4
4 Datenschutzkontrolle im Verfassungsrecht	6
5 Verfassungswidrigkeit von § 29 Abs. 3 S. 1 BDSG	8
Abkürzungen	11

Karin Schuler

Kronprinzenstr. 76
53173 Bonn
schuler@netzwerk-datenschutzexpertise

Thilo Weichert

Waisenhofstr. 41
24103 Kiel
weichert@netzwerk-datenschutzexpertise
www.netzwerk-datenschutzexpertise.de

1 Abstract

Am 25.05.2018 tritt ein neues Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in Deutschland in Kraft. Es hat den Anspruch, die Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) umzusetzen, die von diesem Zeitpunkt an direkt anwendbar sein wird. In einem § 29 Abs. 3 BDSG wird geregelt, dass die Kontrollbefugnis der Datenschutzaufsichtsbehörden im Anwendungsbereich von Berufsgeheimnissen nach § 203 StGB eingeschränkt wird. Der vorliegende Text stellt die neue Regelung vor, erörtert deren Auslegung und kommt bei einem Abgleich mit übergeordnetem Recht zu dem Ergebnis, dass die Regelung gegen europäisches und nationales Verfassungsrecht verstößt.

2 Die Regelung

2.1 Kurze Geschichte

Am 27.04.2017 beschlossen der Deutsche Bundestag in zweiter und dritter Lesung und am 12.05.2017 der Bundesrat ein **neues Bundesdatenschutzgesetzes** (BDSG), das Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU (DSAnpUG-EU). Hinter diesem bürokratisch klingenden Namen verbirgt sich nichts anderes als ein Artikelgesetz, mit dem die nationale Umsetzung der wesentlichen Vorgaben der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), der Verordnung (EU) 2016/679, erfolgen soll. Die mediale Resonanz zu diesem für die Wahrung der digitalen Grundrechte in Europa wichtigen Gesetz tendierte gegen Null. Auch die fachliche Resonanz hielt sich in Grenzen. Soweit es Kommentierungen gab, waren diese eher freundlich, verbunden mit dezenter Kritik, etwa des Berufsverbands der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD)¹ oder der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI)². Kritisch äußerte sich die Deutsche Vereinigung für Datenschutz (DVD) mit einer Rundumkritik.³ Einer von deren Kritikpunkte ist: „Die Kontrollbefugnisse der **Datenschutzaufsicht im Bereich der Berufsgeheimnisse** werden bis zur Wirkungslosigkeit eingeschränkt.“

Gemäß den §§ 19 Abs. 1, 40 Abs. 1 **BDSG 1977** hatten der Bundesbeauftragte für den Datenschutz sowie die Aufsichtsbehörden der Länder eine unbeschränkte Kontrollbefugnis über „die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz“. Nachdem es immer wieder zu Konflikten bei der Prüfung von Stellen kam, die meinten, sich wegen ihrer besonderen Geheimhaltungspflichten der Datenschutzkontrolle entziehen zu können, wurde in § 24 Abs. 2 S. 1 **BDSG 1990** ausdrücklich klargestellt, dass sich die Kontrolle auch „auf personenbezogene Daten, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis, insbesondere dem Steuergeheimnis nach § 30 der Abgabenordnung, unterliegen“, erstreckt.⁴ Doch die Kontrollbefugnis blieb umstritten. Dies betraf nicht nur gesetzlich geregelte Bereiche wie die geheimdienstliche Tätigkeit, etwa im Hinblick auf die

¹ BvD, <https://www.bvdnet.de/presse/verabschiedung-des-kuenftigen-datenschutzgesetz-verstaerkt-planungssicherheit/>,

² BfDI, Licht und Schatten: Bundestag verabschiedet neues Datenschutzrecht, https://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Pressemitteilungen/2017/10_BDSG_neu_April.html.

³ DVD, Datenschutzvereinigung nennt neues Bundesdatenschutzgesetz einen Rückschritt, <https://www.datenschutzverein.de/wp-content/uploads/2017/04/2017-04-26-PE-DVD-BDSG-neu-Bundestag.pdf>.

⁴ Falsch deshalb Herbst in Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017 Art. 90 Rn. 25.

Post- und Telekommunikationsüberwachung oder Sicherheitsüberprüfungen (§ 24 Abs. 2 S. 3 BDSG 1990). Insbesondere Anwälte wehrten sich gegen die möglichen Prüfungen, obwohl solche in der Praxis nur in ganz wenigen Ausnahmefällen stattfanden.⁵ Widerstand kam gelegentlich auch aus dem medizinischen Bereich, wobei diese Kritik zunehmend leiser wurde, weil sich zeigte, dass mit der Datenschutzkontrolle keine Beeinträchtigung, sondern eher eine Stärkung der Arzt-Patienten-Vertrauensbeziehung einhergeht.

Nachdem nun in **Art. 90 Abs. 1 DSGVO** geregelt ist, dass die Mitgliedstaaten die Befugnisse von Datenschutzaufsichtsbehörden in Bezug auf Berufsgeheimnisse abweichend regeln dürfen, „soweit dies notwendig und verhältnismäßig ist“, waren und sind Berufsverbandsvertreter wieder animiert, gegen die Datenschutzkontrolle Lobbypolitik zu betreiben, an allererster Stelle die Anwaltsverbände und -kammern. Obwohl es weiterhin praktisch keine Anwendungsfälle für einen Konflikt zwischen anwaltlicher Schweigepflicht bzw. Mandantengeheimnis und Datenschutzkontrolle gab, enthielt schon der erste Referentenentwurf für eine Umsetzung der DSGVO eine sehr weitgehende Privilegierung.⁶ Diese wurde zwar modifiziert, aber im Wesentlichen bis zum Kabinettsentwurf vom 01.02.2017 fortgeschrieben. Dies stieß auf die einvernehmliche Kritik aller Datenschützer in Aufsichtsbehörden wie auch in Datenschutzorganisationen.⁷

Bei der **Anhörung des Bundestags-Innenausschusses** am 27.03.2017 wurde die geplante Regelung von Peter Schaar von der EAID kritisiert: „Datenschutzbehörden müssen zukünftig draußen bleiben“.⁸ Außer den Stellungnahmen der EAID und der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) äußerten sich alle anderen Gutachter in den dem Bundestag vorgelegten Stellungnahmen zum Thema entweder gar nicht oder kommentierten den Vorschlag positiv, so etwa der Rechtsanwalt Piltz, die Wirtschaftsprüfer, der Arbeitgeberverband BDA oder die Deutsche Krankenhausgesellschaft.⁹ Der Bundestag sah daher offensichtlich keine Veranlassung, eine Änderung vorzunehmen.

2.2 Der Wortlaut

Bundestag und Bundesrat beschlossen folgende Regelung des § 29 Abs. 3 BDSG-neu: *Gegenüber den in § 203 Absatz 1, 2a und 3 des Strafgesetzbuches genannten Personen oder deren Auftragsverarbeitern bestehen die Untersuchungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden gemäß Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe e und f der Verordnung (EU) 2016/679 nicht, soweit die Inanspruchnahme der Befugnisse zu einem Verstoß gegen die Geheimhaltungspflichten dieser Personen führen würde. Erlangt eine Aufsichtsbehörde im Rahmen einer Untersuchung Kenntnis von Daten, die einer Geheimhaltungspflicht im Sinne des Satzes 1 unterliegen, gilt die Geheimhaltungspflicht auch für die Aufsichtsbehörde.*

2.3 Gesetzesbegründung

Als Gesetzesbegründung wurde Folgendes ausgeführt: „Absatz 3 Satz 1 macht von der Öffnungsklausel des Artikels 90 der Verordnung (EU) 2016/679 Gebrauch, ihr entspricht Erwägungsgrund 164 der

⁵ Dazu ausführlich Weichert NJW 2009, 550 ff. m. w. N.

⁶ Kritisch hierzu schon Weichert, Datenschutz – Rechtsanwälte künftig ohne Datenschutzaufsicht? Schleswig-Holstein-Ztg. 18.06.2016.

⁷ Z. B. DVD-Stellungnahme v. 01.02.2017, S. 10 f.; <https://dvd-ev.de/pm/BDSGRegE-St>.

⁸ EAID, <https://www.eaid-berlin.de/?p=1718>.

⁹ Sämtliche Stellungnahmen sind zu finden unter <http://www.bundestag.de/ausschuesse18/a04/anhoerungen/110-sitzung-inhalt/499100>.

Verordnung. Nach Artikel 58 Absatz 1 Buchstaben e und f der Verordnung (EU) 2016/679 haben die Aufsichtsbehörden die Befugnis, von dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter Zugang zu erhalten zu allen für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen personenbezogenen Daten und Informationen sowie zu den Geschäftsräumen, einschließlich aller Datenverarbeitungsanlagen und -geräte. Artikel 90 Absatz 1 Verordnung (EU) 2016/679 eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Befugnisse der Aufsichtsbehörden im Sinne des Artikels 58 Absatz 1 Buchstaben e und f gegenüber Geheimnisträgern zu regeln. Mit Absatz 3 Satz 1 wird diese Möglichkeit insbesondere dergestalt umgesetzt, dass eine Aufsichtsbehörde entgegen Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe e der Verordnung (EU) 2016/679 dann keinen Zugang zu Daten und Informationen hat, soweit dadurch die Geheimhaltungspflicht verletzt würde. Ohne eine Einschränkung der Befugnisse der Aufsichtsbehörden käme es zu einer Kollision mit Pflichten des Geheimnisträgers. Gerade bei den freien Berufen schützt die berufsrechtliche Schweigepflicht das Vertrauen des Mandanten und der Öffentlichkeit in den Berufsstand. Nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung darf das Mandatsverhältnis nicht mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet sein (vgl. BVerfG, Urteil vom 12. April 2005 – 2 BvR 1027/02). Absatz 3 Satz 2 verlängert die Geheimhaltungspflicht auf die Aufsichtsbehörde. Berufsgeheimnisträger bedienen sich vermehrt externer IT-Dienstleister und verpflichten diese als Auftragsverarbeiter vertraglich zur Verschwiegenheit. Um zu vermeiden, dass die Auftragsverarbeiter vertragsbrüchig werden, wenn sie die ihnen anvertrauten Daten gegenüber den Aufsichtsbehörden offenlegen müssten, umfasst Absatz 3 auch den Auftragsverarbeiter.¹⁰

3 Auslegungsversuche des § 29 Abs. 3 BDSG

Absatz 3 privilegiert die in § 203 Abs. 1, 2a u. 3 StGB genannten **berufsausübende Personen**. Dabei handelt es sich nicht nur um Ärzte und Rechtsanwälte, sondern auch um Zahnärzte, Apotheker, Angehörige eines anderen Heilberufs, Berufspsychologen, Patentanwälte, Notare, weitere Verteidiger, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Mitglieder eines Organs einer Rechtsanwalts-, Patentanwalts-, Wirtschaftsprüfungs-, Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, Ehe-, Familien-, Erziehungs- und Jugendberater, Berater für Suchtfragen und für Schwangerschaftskonflikte, staatlich anerkannte Sozialarbeiter oder Sozialpädagogen, Angehörige einer privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen Verrechnungsstelle, Beauftragte für den Datenschutz, Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer sowie um berufstätig tätige Gehilfen und die Personen, die bei Berufsgeheimnisträgern zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind. Sämtliche der genannten Personen bzw. Berufsgruppen setzen in zunehmendem Maße elektronische Datenverarbeitung ein und nutzen offene Kommunikationsnetze bei der Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten.

Die Einbeziehung von **Auftragsverarbeiter** in die Privilegierung ist äußerst pikant: Die Regelung geht damit davon aus, dass diese berechnigte Empfänger von Berufsgeheimnissen seien. Gemäß der Gesetzesbegründung sollen die Auftragsverarbeiter vertraglich zur Beachtung der Berufsgeheimnisse verpflichtet werden. Dies ist rechtlich wegen der vorrangigen Gesetzeslage überhaupt nicht möglich. Zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses des BDSG-neu gelten für Auftragsverarbeiter keine Berufsgeheimnisse.¹¹ Der Gesetzgeber bringt mit der neuen Regelung zum Ausdruck, dass er

¹⁰ BR-Drs. 110/2017, S. 101.

¹¹ Weichert in Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 9 Rn. 149 m. w. N.

Auftragsverarbeiter, für die nach aktueller Rechtslage weder eine Geheimhaltungspflicht noch eine spezielle Geheimhaltungsbefugnis gilt, in Bezug auf Berufsgeheimnisse für vertrauenswürdiger ansieht als die staatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden, die umfassend zur Geheimhaltung befugt und verpflichtet sind.

Seit langem gefordert, befindet sich derzeit eine Regelung in einem Gesetzgebungsverfahren, wonach nicht nur die Verantwortlichen selbst und die bei diesen tätigen Personen privilegiert werden, sondern auch deren Auftragsverarbeiter. Der Umstand, dass für diese bisher noch nicht der Schutz und die Pflicht zur Einhaltung des Berufsgeheimnisses gilt, soll sich noch vor Ablauf der Legislaturperiode im Herbst 2017 ändern. In einem vom Bundeskabinett am 15.02.2017 beschlossenen „Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“¹² werden Personen ähnlich Berufsgeheimnisträgern unter einen rechtlichen Schutz gestellt, die bei Berufsgeheimnisträgern „an ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirken, soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist“. Diese Regelungsabsicht ist aus Datenschutzsicht sehr zu begrüßen.

Ausgeschlossen werden in § 29 Abs. 3 BDSG-neu die in Art. 58 Abs. 1 lit. e u. f DSGVO geregelten Befugnisse der Aufsichtsbehörden. Dies sind der **„Zugang zu allen personenbezogenen Daten und Informationen“** sowie der „Zugang zu den Geschäftsräumen, einschließlich aller Datenverarbeitungsanlagen und -geräte“. Ausgeschlossen wird also nicht nur die Nutzung der Berufsgeheimnisse für datenschutzrechtliche Kontrollzwecke, sondern schon der Zugang zu diesen und damit auch die Prüfung, ob es sich dabei überhaupt um Berufsgeheimnisse handelt.

Die Kontrollprivilegierung des Abs. 3 besteht nur, „soweit die Inanspruchnahme der Befugnisse zu einem **Verstoß gegen die Geheimhaltungspflichten** dieser Personen führen würde“. Diese Beschränkung der Privilegierung macht ratlos: Eine Durchbrechung von Geheimhaltungspflichten liegt in jeder Form der Offenbarung. Ein Verstoß liegt dabei gem. § 203 StGB nicht vor, wenn die Offenbarung gerechtfertigt ist. Die Regelung des BDSG-neu gibt für eine solche Rechtfertigung keine Hinweise.

Eine Rechtfertigung kann in einer wirksamen **Einwilligung**, einer **Schweigepflichtentbindung** des Betroffenen, also z. B. des Mandanten oder des Patienten, liegen. Eine solche bezieht sich aber nur auf die diesen selbst betreffenden Daten. Regelmäßig erfassen die Datensätze aber nicht nur Angaben über einen Betroffenen, sondern auch zu weiteren Person. Erteilt z. B. ein Mandant eines Rechtsanwalts über eine Kontrollbitte bzw. Beschwerde bei einer Datenschutzaufsichtsbehörde eine „Einwilligung“ in die Offenbarung seiner Daten, so erstreckt sich diese Einwilligung nicht auf die weiteren in dem Vorgang erfassten Personen, die ebenso wie der Mandant durch die berufliche Schweigepflicht geschützt werden. Eine Trennungsmöglichkeit bei der Datenschutzkontrolle ist erst recht nicht möglich, wenn, was bei Berufsgeheimnisträgern und deren Auftragsverarbeitern üblich ist, die Speicherung von Daten nicht (ausschließlich) nach Personenbezug getrennt, sondern in nach Vorgängen oder Aktenzeichen geordneten Datenbeständen erfolgt. Eine Einwilligung einer betroffenen Person könnte daher den Zugriff auf einen so geordneten Daten(teil)bestand nie rechtfertigen, da außer dem Petenten immer auch andere Personen betroffen sein können, die keine

¹² BR-Drs. 163/17 v. 17.02.2017; BT-Drs. 18/11936 v. 12.04.2017.

Einwilligung erteilt haben. Der Zugang zu deren Daten wird durch Abs. 3 ausgeschlossen und damit zwangsläufig auch der Zugang zu den Daten eines Einwilligenden (z. B. des Beschwerdeführers).

Jenseits von Einwilligungen können Offenbarungen nach § 203 StGB durch eine **Interessenabwägung** auf gesetzlicher Grundlage gerechtfertigt sein. Die einzige hier in Betracht kommende Rechtfertigung ist die Datenschutzkontrolle. Diese wird durch die Regelung aber gerade eingeschränkt. Wir haben es also bei § 29 Abs. 3 BDSG mit einer typischen **Zirkelverweisung**, also mit einer Verweisung auf sich selbst zu tun: Eine Datenschutzkontrolle nach Art. 58 DSGVO könnte die Offenbarung nach § 203 StGB rechtfertigen; mit ihr wäre aber in jedem Fall ein Verstoß gegen die Geheimhaltungspflichten des Geheimnisträgers verbunden. Die Regelung ist unklar und gibt weder dem Kontrollierten noch den Kontrollierenden Vorgaben, wann ein Verstoß gegen Geheimhaltungspflichten gegeben ist.

In der **Gesetzesbegründung** wird ausschließlich auf das Mandantengeheimnis Bezug genommen. Eine Beschränkung des Kontrollprivilegs auf diesen Bereich wird aber durch den weiten und offenen Gesetzeswortlaut, der sogar Auftragsverarbeiter einbezieht, ausgeschlossen. Auch der Verweis der Gesetzesbegründung auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 12.04.2005, der sich mit strafrechtlichen Ermittlungen bei Rechtsanwältinnen und Steuerberatern befasst, gibt keine weiteren Hinweise auf eine mögliche Auslegung der Regelung.¹³ In diesem Beschluss wird der Zugriff auf Daten nicht vollständig ausgeschlossen, sondern nur deren umfassende staatsanwaltschaftliche Sicherstellung und Beschlagnahme. Er bezieht sich auf Besonderheit, die bei einem Rechtsanwalt und Steuerberater vorliegen können, nicht aber auf sämtliche Berufsgeheimnisträger oder auf Geheimnisträger generell (s. u. 4).

Dass die Zielrichtung des § 29 Abs. 3 BDSG-neu in der Behinderung der Datenschutzkontrolle besteht und nicht im Schutz der beruflichen Vertrauensbeziehungen, zeigt sich in dessen Satz 2, der davon ausgeht, dass die Aufsichtsbehörden trotz der Kontrollbeschränkungsmöglichkeit Berufsgeheimnisse zur Kenntnis bekommen. In diesen Fällen sollen bei der Aufsichtsbehörde die **Geheimnispflichten fortdauern**. Es sollen also zusätzlich zur gesetzlich geregelten Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsbehörden (Art. 54 Abs. 2 DSGVO) die jeweiligen Geheimhaltungspflichten der ursprünglichen Berufsgeheimnisträger gelten.¹⁴ Es stellt sich die Frage: Wenn dies geregelt werden kann, weshalb sollen dann die Aufsichtsbehörden nicht jedes Berufsgeheimnis zur Kenntnis erlangen können?

4 Datenschutzkontrolle im Verfassungsrecht

Die Datenschutzkontrolle ist in **Art. 8 Abs. 3 Europäische Grundrechte-Charta** (GRCh) ausdrücklich vorgesehen: „Die Einhaltung dieser Vorschriften wird von einer unabhängigen Stelle überwacht“. Eine Einschränkung hinsichtlich Berufsgeheimnisse enthält die Regelung nicht. Art. 8 Abs. 3 GRCh fordert ein effektives Datenschutzkontrollsystem, unabhängig davon, ob Berufsgeheimnisse verarbeitet werden oder nicht.¹⁵ Hierfür ist es nötig, dass die Kontrollstellen Untersuchungsbefugnisse erhalten,

¹³ BVerfG B. v. 12.04.2005, 2 BvR 1027/02, NJW 2005, 1917.

¹⁴ Diese Regelung begründet nicht nur einen unsinnigen Doppelschutz, sondern auch, dass nicht nur § 203 Abs. 1, 2a, 3 StGB auf Aufsichtsbehörden anwendbar wird, sondern für diese zudem die Spezialregelungen gelten, also z. B. § 2 BORA, § 43a Abs. 2 BRAO oder Landesrecht wie z. B. § 9 MBOÄ.

¹⁵ Brühmann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. Bd. 1 2015, Art. 16 AEUV Rn. 76.

die sie jederzeit, d. h. nicht nur bei Vorliegen eines konkreten Verdachts und bezüglich jeder Form der Verarbeitung benötigen.¹⁶

Das Untersuchungsrecht der Kontrollstellen setzt nicht einmal eine belegbare personenbezogene Datenverarbeitung voraus; es genügt der **konkrete Verdacht** aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte, dass personenbezogene Daten verarbeitet werden.¹⁷ Nur wenn erkennbar ist, dass keine personenbezogene Datenverarbeitung erfolgt, besteht keine Auskunftspflicht und kein Kontrollrecht. Für die Überprüfung bedarf es keines konkreten Anlasses, z. B. eines Verdachts eines Datenschutzverstoßes.¹⁸

Auch nach **nationalem Verfassungsrecht** ist eine wirksame aufsichtsbehördliche Kontrolle zwingend. Zwar bedarf es hierfür generell nicht, wie im sicherheitsbehördlichen Bereich, turnusgemäßer Pflichtkontrollen.¹⁹ Wohl aber müssen situative aufsichtsbehördliche Kontrollen uneingeschränkt möglich sein. Es darf keinen kontrollfreien Raum geben. Personenbezogene Daten müssen den Datenschutzkontrollinstanzen in praktikabler Weise zugänglich sein und auswertbar zur Verfügung gestellt werden.²⁰

Gerade bei **tief in die Privatsphäre eingreifenden Maßnahmen** der Datenverarbeitung ist eine aufsichtsbehördliche Kontrolle sowohl auf der Ebene des Gesetzes als auch der Verwaltungspraxis von großer Bedeutung.²¹ Die Verarbeitung von Berufsgeheimnissen ist eine derart einschneidende bzw. sensitive Maßnahme.²²

Zweifellos erfolgen über Datenschutzkontrollen bei Berufsgeheimnisträgern, ähnlich wie über strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, **Eingriffe in die Grundrechte** sowohl des Berufsgeheimnisträgers als auch der von der Verarbeitung betroffenen Person, insbesondere in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG (Art. 6 GRCh) und in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (Art. 8 GRCh). Auch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG, Art. 15 GRCh) ist bei der Datenschutzprüfung zu beachten. Bei Eingriffen ist die berufliche Sphäre von Rechtsanwälten oder von Steuerberatern und damit zudem die objektive Bedeutung der „freien Advokatur“ bzw. die Organstellung in der Steuerrechtspflege zu berücksichtigen.²³ Dies darf aber nicht zu einer vollständigen Verhinderung der datenschutzrechtlichen Kontrolle führen. Vielmehr muss eine Prüfung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgen.

Als Eingriffsgrundlagen sind allgemeine **gesetzliche Regelungen** zulässig, die eine staatliche Kontrolle erlauben. Eine nähere gesetzliche Eingrenzung ist wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte oft nicht möglich und auch verfassungsrechtlich nicht geboten.²⁴ Die Befugnisse der Art. 58 Abs. 1 lit. e,

¹⁶ Brühann Art. 16 AEUV Rn. 80.

¹⁷ Vgl. AG Kiel, RDV 1998, 93; AG Trier, RDV 1988, 154; OLG Celle, RDV 1995, 244; Herb, CR 1992, 111.

¹⁸ Körfner in Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 58 Rn. 10; Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, 1997, Art. 28 Rn. 8.

¹⁹ BVerfG U. v. 20.04.2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 266, NJW 2016, 1799; BVerfG U. v. 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, Rn. 217, NJW 2013, 1517.

²⁰ BVerfG U. v. 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, Rn. 215, NJW 2013, 1516; BVerfG U. v. 20.04.2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 141, NJW 2016, 1799.

²¹ BVerfG U. v. 20.04.2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 140, NJW 2016, 1789.

²² Weichert in Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 9 Rn. 14 ff.,

²³ BVerfG B. v. 12.04.2005, 2 BvR 1027/02, Rn. 94 ff., NJW 2005, 1919.

²⁴ In Bezug auf die strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse gem. §§ 94 ff. StPO BVerfG B. v. 12.04.2005, 2 BvR Beschränkung Datenschutzkontrolle bei Berufsgeheimnisträgern grundrechtswidrig

f DSGVO genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an hoheitliche Ermittlungsmaßnahmen. In Bezug auf den Schutz von Berufsgeheimnisträgern ist in jedem Fall eine Abwägung im Einzelfall erforderlich.²⁵

Prüfungen bei Berufsgeheimnisträgern müssen dem Gebot der „**strengen Begrenzung auf die Ermittlungszwecke**“ erfolgen.²⁶ Zwar dürfen die im Rahmen einer Ermittlung erlangten Informationen zur Kenntnis genommen werden. Doch dürfen die überschießenden, für die Datenschutzkontrolle nicht erforderlichen Daten nicht weiterverarbeitet werden. Soweit eine Trennung von ermittlungsbezogenen von nicht-ermittlungsbezogenen Daten möglich ist, ist diese vorzunehmen. Relevant können gerade bei der datenschutzrechtlichen Bewertung die Struktur des Datenbestands und die technisch-organisatorischen Rahmenbedingungen der Verarbeitung sein. Dies setzt aber eine Durchsicht der vorhandenen Daten voraus. Der jeweilige Eingriff im Rahmen der Kontrolle kann dabei von der Bedeutung der Kontrolle für den Schutz informationeller Selbstbestimmung und der Schwere eines aufzuklärenden Verstoßes abhängig gemacht werden.²⁷

Die verfassungsrechtlichen Bewertungen auf **nationaler und auf europäischer Ebene** entsprechen sich vollständig. Auch Art. 90 DSGVO erlaubt keinen gänzlichen Ausschluss der Untersuchungsbefugnisse in konkreten Situationen.²⁸

5 Verfassungswidrigkeit von § 29 Abs. 3 S. 1 BDSG

Angesichts dessen hält § 29 Abs. 3 BDSG einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand. Dadurch, dass gemäß der Regelung der Datenschutzkontrolle schon der Zugang zu Räumlichkeiten und Datenbeständen vorenthalten werden kann, wird von vornherein eine **Kontrolle vollständig ausgeschlossen**. Ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter kann eine Kontrolle verweigern, ohne dass es der Datenschutzaufsicht ermöglicht wird, diese auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen, da für eine solche Prüfung zumindest eine äußere Sichtung der zu kontrollierenden Datenbestände nötig ist. Es ist der Datenschutzaufsicht nicht zuzumuten, bei jedem Konfliktfall eine gerichtliche Klärung herbeizuführen. Bis zur gerichtlichen Klärung könnten prüfrelevante Änderungen durch den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter vorgenommen und damit Nachweise für Datenschutzverstöße beseitigt werden. Datenschutzverstöße im besonders sensiblen Geheimnisbereich blieben unaufgeklärt und ohne Sanktion. Dies hätte zur Folge, dass gerade in einem Bereich, in dem die Beachtung des Datenschutzes von größter Bedeutung ist, ein noch stärkeres Vollzugsdefizit als bisher entstünde. Es wäre auch nicht im Sinne des Grundrechtsschutzes, bei Feststellung von Datenschutzverstößen durch die Aufsichtsbehörde die Weitergabe der relevanten Informationen an die Strafverfolgung auszuschließen.²⁹

1027/02, Rn. 97 ff., 102, NJW 2005, 1920.

²⁵ BVerfG U. v. 20.04.2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 258, NJW 2016, 1799 = DVBl 2016, 779; vgl. EuGH U. v. 08.04.2014, C-293 u. C-594/12, Rn. 58, DVBl 2014, 711.

²⁶ BVerfG B. v. 12.04.2005, 2 BvR 1027/02, Rn. 104, NJW 2005, 1920

²⁷ BVerfG B. v. 12.04.2005, 2 BvR 1027/02, Rn. 104, NJW 2005, 1920 f.

²⁸ So aber Piltz in Gola, DS-GVO, 2017, Art. 90 Rn. 10.

²⁹ So aber Bundesärztekammer, Stellungnahme v. 21.03.2017 zu DSAnpUD-EU, Ausschussdrucksache 18(4)826, S. 19.

Die **Unbestimmtheit der Regelung** provoziert geradezu Kontroversen über die Kontrollbefugnis. Angesichts der begrenzten Ressourcen der Datenschutzkontrollinstanzen kann die Unbestimmtheit der Regelung dazu führen, dass wirksame Prüfungen im Geheimnisbereich unmöglich würden.³⁰

Dies hätte zur Folge, dass eine **effektive Prüfung** der Verarbeitung personenbezogener Daten bei den in § 203 StGB genannten Personen bzw. Stellen **verhindert** würde. Eine Prüfung würde gerade dort eingeschränkt, wo wegen des Umfangs und der Sensibilität der Daten eine besondere Gefährdung für den Datenschutz bzw. für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung besteht, also in Krankenhäusern, ambulanten Arztpraxen, bei privaten Versicherungen, Steuerberatern oder sozialen Beratungsstellen.³¹

§ 29 Abs. 3 BDSG unterstellt fälschlich, dass es eine strukturell angelegte Konfliktlage zwischen dem Berufsgeheimnissen und dem Datenschutz gäbe. Die Regelung gibt im Konfliktfall den Berufsgeheimnissen vor dem Datenschutz den Vorrang.³² **Berufsgeheimnisse sind spezifische Datenschutzregelungen**, deren Einhaltung zu prüfen insbesondere Aufgabe der Aufsichtsbehörden ist. Andere hoheitliche Kontrollstellen, etwa die Staatsanwaltschaften oder die Berufskammern, sind – aus unterschiedlichen Gründen – für eine wirksame umfassende Kontrolle nicht geeignet.³³ Die strafrechtliche oder die standesrechtliche Ahndung von Datenschutzverstößen erfolgt bisher sehr selektiv und verfolgt ausschließlich eine repressive Funktion, die die präventive Schutzfunktion der Datenschutzaufsichtskontrolle nicht ersetzen kann.

Berufsgeheimnisse und berufliche Vertrauensverhältnisse bestehen vorrangig im Interesse der betroffenen Kunden, Mandanten oder Patienten und erst in zweiter Linie im Interesse der Geheimnisträger und schon gar nicht deren Interesse an einer kontrollfreien Tätigkeit. Das Vertrauensverhältnis zwischen Geheimnisträger und den **betroffenen Menschen** würde eher dadurch beeinträchtigt, dass die Betroffenen befürchten müssten, dass ihre Geheimnisse bei den Berufsgeheimnistägern mangels hinreichender Kontrolle nicht ausreichend geschützt sind.

Die Regelung des § 29 Abs. 3 BDSG lässt sich auch nicht mit der **Öffnungsklausel** des Art. 90 DSGVO in Einklang bringen. Diese erlaubt eine Einschränkung der Befugnisse der Aufsichtsbehörden nur, nur soweit dies „notwendig und verhältnismäßig ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Pflicht zur Geheimhaltung in Einklang zu bringen“. Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass die vorgesehene Regelung weder geeignet noch angemessen ist, um den gewünschten Zweck zu erreichen.

Als **vertretbare und hinreichende Schutzmaßnahme** i. S. v. Art. 90 DSGVO zugunsten des Berufsgeheimnisses genügt eine Regelung, wonach die Aufsichtsbehörde selbst einer Geheimhaltungspflicht unterworfen wird.³⁴ Auch in Bezug auf den Prüfanlass sind bei

³⁰ Dies gilt auch für den Regelungsvorschlag der BfDI, wonach eine aufsichtliche Zugangsbefugnis zu Berufsgeheimnissen nur dann zulässig sein, wenn die „zur Ausübung der Datenschutzaufsicht unabdingbar ist“, Stellungnahme v. 03.03.2017, GeschZ. 11-100/044#0115, Entwurf eines DSAnpUG-EU, Ausschussdrucksache 18(4)788, S. 13 f.

³¹ Ebenso Stellungnahme der EAID zum DSAnpE-EU v. 22.02.2017, S. 5.

³² So aber Redeker NJW 2009, 556, 558; Piltz in Gola, DS-GVO, 2017, Art. 90 Rn. 9.

³³ Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) schlug in ihrer Stellungnahme Nr. 41/2016, Dezember 2016, S. 11 f. eine spezielle Kontrollstelle für Rechtsanwälte vor.

³⁴ So schon bisher §§ 23 Abs. 4, 5, 8, 39 BDSG-alt.

Berufsgeheimnissen gesetzliche Einschränkungen vorstellbar, etwa dass der Anlass für die Kontrollen näher definiert wird oder dass der Umfang von anlasslosen Kontrollen auf Stichprobenprüfungen beschränkt wird.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass § 29 Abs. 3 BDSG gegen das grundrechtlich begründete **staatliche Gebot des Schutzes personenbezogener Daten** verstößt und deshalb aufgehoben werden muss. Sollten Berufsgeheimnisträger unter Verweis auf diese Regelung eine Datenschutzkontrolle verweigern, so ist die Datenschutzaufsichtsbehörde gut beraten, die Kontrolle mit den bestehenden aufsichtsbehördlichen Mitteln dennoch durchzusetzen und eine höchstgerichtliche Klärung der Verfassungskonformität der Regelung frühestmöglich anzustreben.

Abkürzungen

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B.	Beschluss
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BfDI	Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BvD	Berufsverband der Datenschutzbeauftragten
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DSGVO	Europäische Datenschutz-Grundverordnung
DSAnpUG-EU	Datenschutz-Anpassungs- und –Umsetzungsgesetz EU
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVD	Deutsche Vereinigung für Datenschutz
EAID	Europäische Akademie für Informationsfreiheit und Datenschutz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f/f.	(fort-) folgende
GG	Grundgesetz
GRCh	Europäische Grundrechte-Charta
grds.	grundsätzlich
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IT	Informationstechnik
lit.	Buchstabe
MBOÄ	(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz
StGB	Strafgesetzbuch
U./u.	Urteil/und
v.	von
z. B.	zum Beispiel