

- Beglaubigte Abschrift -



AGH I ZU (SYN) 11/2016 (I-6)

Anwaltsgerichtshof
in der Freien und Hansestadt Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In der verwaltungsrechtlichen Anwaltssache

der Rechtsanwältin [REDACTED]

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

die Hanseatische Rechtsanwaltskammer Hamburg, vertreten durch den Präsidenten

Rechtsanwalt Otmar Kury, Valentinskamp 88, 20355 Hamburg,

- Beklagte -

Deutsche Rentenversicherung Bund, Ruhrstrasse 2, 10709 Berlin

- Beigeladene -

hat der Anwaltsgerichtshof in der Freien und Hansestadt Hamburg, I. Senat,
durch die Richter

Rechtsanwalt Dr. Soehring

als Vorsitzender

Rechtsanwalt Dr. Witthohn
Rechtsanwalt Prof. Dr. Seibt
zer

als anwaltliche Beisitz-

VRI'inOLG Scholz
RIOLG Brauer
zer

als richterliche Beisitz-

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2017 für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, trägt die Klägerin.
3. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.
4. Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin ist seit Februar 2008 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen, zunächst in Nordrhein-Westfalen, dann in Berlin und seit dem 19.05.2011 in Hamburg.

Seit dem 01. Mai 2011 ist die Klägerin bei der [REDACTED]
(nachstehend: [REDACTED] in Hamburg als „Consultant Datenschutz und IT-

Compliance“ angestellt. Auf ihrer Internetseite [REDACTED] beschreibt [REDACTED] ihr Leistungsangebot wie folgt: „[REDACTED] berät Sie mit tiefgreifender Expertise in den Themenfeldern Datenschutz, Datenschutzbeauftragter, IT-Sicherheit und IT-Forensik“; die angebotenen Leistungen werden in Datenschutz, Datenschutzbeauftragter, Datenschutzgrundverordnung, IT-Sicherheit und IT-Forensik unterteilt. Die Klägerin ist als externe Datenschutzbeauftragte für Kunden von [REDACTED] tätig.

Mit Antrag vom 22.09.2011 begehrte die Klägerin bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (nachstehend: DRV) gemäß § 6 Abs. 1 SGB VI die Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung. Diese lehnte den Antrag ab, wogegen die Klägerin beim Sozialgericht Hamburg Klage erhob. Mit Urteil vom 26. November 2014 hob das Sozialgericht den ablehnenden Bescheid nebst Widerspruchsbescheid auf und verpflichtete die DRV, die Klägerin von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung zu befreien. Hiergegen legte die DRV Berufung ein, woraufhin das Landessozialgericht Hamburg am 23. März 2016 das angefochtene Urteil aufhob und die Klage abwies. In der mündlichen Verhandlung über die von der Klägerin eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde ordnete das Bundessozialgericht auf die insoweit übereinstimmenden Anträge der Klägerin und der DRV mit Beschluss vom 21. November 2016 (Az.: B 5 RE 24/16) im Hinblick auf die im vorliegenden Rechtsstreit anhängige Klage das Ruhen des Verfahrens an.

Mit Schreiben vom 23. Februar 2016 beantragte die Klägerin gemäß § 46a BRAO bei der Beklagten neben der bereits bestehenden Anwaltszulassung hinsichtlich ihres Arbeitsverhältnisses bei der [REDACTED] zusätzlich die Zulassung als Syndikusrechtsanwältin. Dem Antrag lagen ein Original des Anstellungsvertrages bei sowie eine undatierte Ergänzung zum Dienstvertrag, die wie folgt lautet: „Frau [REDACTED] nimmt die ihr übertragene Aufgabe als externe Datenschutzbeauftragte in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes vereinbarungsgemäß fachlich unabhängig wahr“. Zur Begründung führte die Klägerin aus, dass sie in einer Vielzahl von Fällen auf der Grundlage eines jeweils zwischen ihrem Arbeitgeber und dessen Kunden geschlossenen Vertrages zur externen Datenbeauftragten des Kunden bestellt sei. Als sol-

che wirke sie auf die Einhaltung der Voraussetzungen des Datenschutzes nach dem BDSG und anderen Vorschriften über den Datenschutz hin. Zu Beginn ihrer Tätigkeit führe sie jeweils zunächst einen Datenschutzscheck bei dem jeweiligen Kunden durch, der als Ist-Aufnahme alle datenschutzrelevanten Prozesse und Systeme vor Ort erfasse, analysiere und bewerte. Anschließend sei vorrangig der Beratungsauftrag zu sehen. Die Beratung zieler auf die Betriebsleitung, die Mitarbeiter sowie mögliche Kunden und Lieferanten ab und umfasse neben der rechtlichen auch die technische Seite der Datenverarbeitung. Sie berate den Kunden ihres Arbeitgebers umfassend mit dem Ziel eines effizienten, an den betrieblichen Erfordernissen, dem Geschäftserfolg sowie an der Unternehmenskultur orientierten Datenschutzes. In dieser Funktion erbringe sie Beratungsleistungen zur Optimierung der technischen und organisatorischen Abläufe der Datenerhebung und -verarbeitung, der Durchsetzung unternehmerischer Entscheidungen und Mitarbeiterschulung sowie der betrieblichen Weiterbildung. Darüber hinaus nehme sie auch Auskunft- und Registeraufgaben wahr, d.h. sie erteile Auskunft gegenüber Betroffenen, verwalte Verzeichnisse für diejenigen betrieblichen Bereiche der [REDACTED] Kunden, die personenbezogene Daten verarbeiten, oder erfülle etwaige Meldepflichten. Grundsätzlich gelte, dass sie als externe Datenschutzbeauftragte in der Ausübung ihrer Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes sowohl seitens ihres Arbeitgebers als auch seitens der [REDACTED] Kunden weisungsfrei sei.

Diese Weisungsfreiheit begründet nach Ansicht der Klägerin auch das Merkmal „anwaltlicher Tätigkeit“ im Sinne von § 46 Abs. 2 und Abs. 3 BRAO. In Ausübung ihrer Fachkunde auf dem Gebiet des Datenschutzes prüfe sie Rechtsfragen, einschließlich der Aufklärung von Sachverhalten, und erarbeite und bewerte Lösungsmöglichkeiten. Sie habe die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme zu überwachen, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen. Zur ihrer Tätigkeit gehöre es auch, die Geschäftsleitung des Kunden entweder vor Ort, telefonisch oder schriftlich auf Haftungsrisiken hinzuweisen, Handlungsalternativen für die Umsetzung von Datenschutzmaßnahmen aufzuzeigen oder bei der Implementierung von datenschutzrechtlichen Vorgaben im jeweiligen Unternehmen mitzuwirken. Sie berate die Kunden ihres Arbeitgebers dahingehend, welche Informationen an Dritte herausgegeben

werden dürfen, welche Maßnahmen einem Beweisverwertungsverbot unterliegen oder welche Sanktionen bei Wettbewerbsverstößen (fehlender Hinweis Datenschutz, Einsatz Google-Analytics / Facebook-Like-Button, Datenhandel, unverlangte Telefonanrufe oder Spam-Mails) drohen. Hierunter fielen auch mit der Datenspeicherung bzw. Löschung oder Sperrung gemäß § 35 Abs. 3 Nr. 1 BDSG häufig zusammenhängende Fragen, beispielsweise zu Archivierungspflichten nach HGB oder AO und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung oder zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen. Daneben kämen, soweit Betriebsräte vorhanden sind, auch mitbestimmungsrechtliche Fragestellungen nach dem Betriebsverfassungsgesetz in Betracht. Des Weiteren führe sie für die Kunden ihres Arbeitgebers mit Dienstleistern und Vertragspartnern oder gegnerischen Anwälten Vertragsverhandlungen, beispielsweise über die Umsetzung der Vorgaben nach § 11 BDSG. Ferner gehöre zu ihren Aufgaben das Prüfen, Erstellen, Anpassen und Verhandeln von Verträgen, Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Datenschutzhinweisen (Gewinnspiele, Werbemaßnahmen), Betriebsvereinbarungen mit datenschutzrechtlichem Bezug, Arbeitsverträgen (§ 5 BDSG / § 17 UWG) oder der Entwurf von Nutzungsvereinbarungen (zum Beispiel für Smartphones oder E-Mail- und Internetnutzung). Sie vertrete auch die Kunden ihres Arbeitgebers eigenständig nach außen. Dies gelte in Bezug auf Anfragen und Prüfungen durch die Datenschutzbehörden, im Rahmen von Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Unternehmen, in Bezug auf Nachkontrollen, Dienstleistungskontrollen und hinsichtlich des Entwurfs innerbetrieblicher datenschutzrelevanter Vereinbarungen. Ferner mache sie die Mitarbeiter der Kunden ihres Arbeitgebers mit dem Datenschutz vertraut, führe Schulungen durch und berate hinsichtlich datenschutzrechtlicher Risiken und Vorgaben besondere Abteilungen wie Personal (Bewerbungsverfahren, AGG), Einkauf (Outsourcing), Marketing (Werbemaßnahmen) und IT (Wahrung Fernmeldegeheimnis etc.). Schließlich habe sie die Geschäftsführung der Kunden ihres Arbeitgebers regelmäßig über gesetzliche und technische Entwicklungen und Vorgaben in Bezug auf den Datenschutz zu unterrichten und die daraus resultierenden Konsequenzen zu vermitteln.

In der von der Klägerin und dem Vorstand ihres Arbeitgebers unterschriebenen Tätigkeitsbeschreibung heißt es: „In der Stellung von externen betrieblichen Da-

tenschutzbeauftragten ist [REDACTED] bundesweit einer der führenden Anbieter. Auch Frau [REDACTED] berät Kunden von [REDACTED] als externe betriebliche Datenschutzbeauftragte und führt daneben datenschutzrechtliche Prüfungen durch."

Mit Bescheid vom 04. Mai 2016 wies die Beklagte den Antrag der Klägerin zurück. Zur Begründung führte sie aus, dass diese zwar die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz habe und ein Zulassungsversagungsgrund nach § 7 BRAO nicht vorliege. Sie sei jedoch im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses nicht entsprechend § 46 Abs. 2 bis 5 BRAO für ihren Arbeitgeber anwaltlich tätig. Die Befugnis des Syndikusrechtsanwalts zur Beratung und Vertretung beschränke sich auf die Rechtsangelegenheiten seines Arbeitgebers; bei einer anwaltlichen Tätigkeit der Klägerin in Rechtsangelegenheiten seiner Kunden sei für eine analoge Anwendung von § 46 Abs. 5 Nr. 2 BRAO kein Raum.

Mit Schreiben vom 06. Juni 2016 legte die Klägerin gegen den ihr am 12. Mai 2016 zugegangenen Bescheid Widerspruch ein. Diesen begründete sie damit, dass § 46 Abs. 5 Nr. 2 BRAO auf ihren Fall analog anwendbar sei. Die Stellung als externer Datenschutzbeauftragter sei vergleichbar mit der eines Rechtsanwaltes, der in einem Verband tätig ist und gegenüber den Mitgliedern des Verbandes tätig wird. Es handele sich um eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage. Aufgrund der Unabhängigkeit des externen Datenschutzbeauftragten sei weder das Verbot der Fremdkapitalbeteiligung gefährdet noch sei ein Interessenkonflikt zu befürchten. Aufgrund der in § 4f Abs. 3 BDSG gesetzlich normierten Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten, die in gleicher Weise für den externen Datenschutzbeauftragten Geltung habe, bestehe keine potentielle Gefährdung des Fremdkapitalverbots und damit der anwaltlichen Unabhängigkeit. Des Weiteren sei ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG bei der Rechtsberatung als externer Datenschutzbeauftragter im Vergleich zur der gleichen Tätigkeit des bei einer Rechtsanwaltskanzlei angestellten Rechtsanwalts nicht ersichtlich. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts könne das Unabhängigkeitskriterium zur Rechtfertigung von Berufsverböten ohnehin nur in Ausnahmefällen herangezogen werden. Auch spiele bei dem Erwerb der Fachanwaltsbezeichnung das Kri-

terium der Unabhängigkeit keine Rolle mehr, da selbst bei einer Fallbearbeitung als Syndikus eine rechtsanwaltliche Tätigkeit bejaht werde. Auch sei ein großer Teil der Rechtsanwälte nicht in eigener Kanzlei selbständig und unabhängig tätig. Dieser Umstand könne aber bei einem Vergleich im Sinne des Art. 3 GG nicht außer Betracht bleiben. Nach der Rechtsprechung des BGH müssten sich auch niedergelassene Rechtsanwälte in eine erhebliche Abhängigkeit begeben, um ihre Zulassung zu behalten, wenn sie zum Beispiel in Vermögensverfall geraten seien. Eine Gefährdung der Rechtssuchenden scheide nach der Rechtsprechung des BGH in solchen Fällen aus.

Mit Widerspruchsbescheid vom 02. September 2016 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Zur Begründung wiederholte sie, dass eine analoge Anwendung von § 46 Abs. 5 Nr. 2 BRAO nicht möglich sei. Das Gesetzgebungsverfahren zeige, dass dem Gesetzgeber die Möglichkeit der Beratung externer Dritter durch den Syndikusanwalt bewusst war. Es sei die Schaffung einer Regelung in Erwägung gezogen worden, aufgrund derer sich ein Nichtanwalt vertraglich zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen hätte verpflichten dürfen. Der Gesetzgeber habe sich jedoch bewusst gegen die Aufnahme einer solchen Regelung ins Gesetz entschieden. Auch sei trotz Bezugnahme auf das RDG in § 46 Abs. 5 Nr. 2 BRAO keine diesbezügliche Regelung für den Syndikusrechtsanwalt geschaffen worden. Die von der Klägerin geforderte verfassungskonforme Auslegung widerspreche dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers und dem Wortlaut der Norm.

Mit Schriftsatz vom 30. September 2016, am gleichen Tage per Telefax beim Anwaltsgerichtshof eingegangen, erhob die Klägerin gegen den ihr am 06. September 2016 zugestellten Widerspruchsbescheid Klage. Sie **b e a n t r a g t**,

den Bescheid vom 4.5.2016 und den Bescheid vom 2.9.2016 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Klägerin als Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin) für ihre Tätigkeit als „Consultant Datenschutz und ITCompliance“ bei der [REDACTED] zuzulassen.

Die Klägerin wiederholt ihr bisheriges Vorbringen und verweist hinsichtlich der anwaltlichen Prägung ihrer Tätigkeit ergänzend auf eine Reihe von Rechtsvor-

schriften auch außerhalb des BDSG, die im Rahmen ihrer Tätigkeit als Datenschutzbeauftragte zu berücksichtigen seien. Auch zeige § 14k Nr. 4 der Fachanwaltsordnung, dass das Recht des Datenschutzes und der Sicherheit der Informationstechnologien geeignet sei, eine anwaltliche Prägung aufzuweisen.

Die Beklagte **b e a n t r a g t**,

die Klage abzuweisen.

Sie ergänzt ihren bisherigen Vortrag dahingehend, dass eine anwaltliche Prägung der Tätigkeit der Klägerin nicht vorliege. Dies betreffe sowohl die Quantität als auch die Qualität der juristischen Tätigkeit. Nicht jede nach dem RDG zulässige Rechtsberatung könne die Voraussetzungen für eine Zulassung als Syndikusrechtsanwalt erfüllen. Im Hinblick auf Art. 12 GG liege schon kein Eingriff in die Berufsfreiheit der Klägerin vor, jedenfalls wäre ein solcher aber gerechtfertigt.

Mit Beschluss vom 21. November 2016 hat der Vorsitzende die DRV notwendig beigeladen und die Akten des Rechtsstreits der Klägerin gegen die Beigeladene vor dem Bundessozialgericht - Az.: B 5 RE 24/16 R - nebst Beschluss über die der Anordnung des Ruhens des Verfahrens zur Einsichtnahme beigezogen. Hierauf, auf die ebenfalls beigezogenen Verfahrens- und Personalakten der Beklagten sowie auf die von den Beteiligten gewechselten Schriftsätze wird wegen weiterer Einzelheiten ihres Vorbringens gemäß § 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 117 Abs. 3 Satz 2 VwGO Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist nicht begründet. Die Beklagte hat den Zulassungsantrag der Klägerin als Syndikusrechtsanwältin zu Recht zurückgewiesen. Deren Tätigkeit als Angestellte von [REDACTED] entspricht nicht den Anforderungen des § 46 Abs. 2 bis 5 BRAO. Dabei lässt der Senat die nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung im Antrag enthaltene Beschreibung ihrer Tätigkeit als „Consultant Datenschutz und ITCompliance“ außer Betracht. Er stellt damit gem. § 88 VwGO im Wege der interessengerechten Auslegung des gestellten Antrags auf ihr ei-

gentliches Klagebegehren ab. Nach dem einvernehmlich mit der DRV am 21. November 2016 erwirkten Beschluss über das Ruhen des Verfahrens vor dem Bundessozialgericht kommt es ihr im vorliegenden Rechtsstreit darauf an, für ihr Anstellungsverhältnis bei [REDACTED] als Syndikusrechtsanwältin zugelassen zu werden, um anschließend auf der Grundlage dieser Zulassung von der DRV die ihr vom Landessozialgericht Hamburg versagte Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht gem. § 6 Abs. 1 und § 231 SGB VI zu erlangen. Eine Zulassung, welche die Bezeichnung ihrer Tätigkeit bzw. Stellenbeschreibung als „Consultant Datenschutz und ITCompliance“ beinhaltet, kann sie von Gesetzes wegen nicht beanspruchen. Wollte man sie insoweit am Wortlaut ihres Antrags festhalten, so wäre dieser ohne weitere Sachprüfung abweisungsreif.

1. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin bei [REDACTED] wird nicht durch die Merkmale anwaltlicher Tätigkeit gemäß § 46 Abs. 3 BRAO geprägt. Nach der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift (BT Drucksache 18/5201, Seite 29, Absatz 3) liegt dann eine Prägung vor, wenn das Anstellungsverhältnis durch die in § 46 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 BRAO genannten Merkmale und Tätigkeiten beherrscht wird. Durch die Verwendung „prägen“ soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der ganz eindeutige Schwerpunkt der im Rahmen des Anstellungsverhältnisses ausgeübten Tätigkeiten und der bestehenden vertraglichen Leistungspflichten im anwaltlichen Bereich liegen muss.

Diese Voraussetzung liegt nicht vor. Zwar umfasst der Beruf des Datenschutzbeauftragten – möglicherweise auch in einem nicht geringen Umfang – Tätigkeiten, welche die Merkmale anwaltlicher Tätigkeit erfüllen. Diese stellen aber nicht den ganz eindeutigen Schwerpunkt der Leistungspflichten der Klägerin als externe Datenschutzbeauftragte dar.

- a) Der Beruf des Datenschutzbeauftragten umfasst neben rechtlichen Fragestellungen auch in einem nicht unerheblichen Umfang Aufgaben in anderen Bereichen. So setzt die gemäß § 4f Abs. 2 S. 1 und S. 2 BDSG - je nach dem Umfang der Datenverarbeitung der verantwortlichen Stelle und dem Schutzbedürfnis der personenbezogenen Daten - erforderliche Sachkunde des Datenschutzbeauftragten neben Rechtskenntnissen unter

anderem voraus: Kenntnisse der Informations- und Telekommunikationstechnologie (physische Sicherheit, Kryptografie, Netzwerksicherheit, Schadsoftware und Schutzmaßnahmen etc.), betriebswirtschaftliche Grundkompetenz (Personalwirtschaft, Controlling, Finanzwesen, Vertrieb, Management, Marketing), Kenntnisse der technischen und organisatorischen Struktur sowie deren Wechselwirkung in der zu betreuenden verantwortlichen Stelle (Aufbau- und Ablaufstruktur bzw. Organisation) und Datenschutzmanagement (z.B. Durchführung von Kontrollen, Beratung, Strategieentwicklung, Dokumentation, Verzeichnisse Lockfile-Auswertung, Risikomanagement, Analyse von Sicherheitskonzepten, Betriebsvereinbarungen, Videoüberwachungen, Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat etc. (vgl. den Beschluss des „Düsseldorfer Kreises“ vom 24./25. November 2010; Conrad, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage 2016, § 34 Rn. 331 ff.; LG Ulm, CR 1991, 103). Eine genaue Gewichtung, in welchem der vorgenannten Bereiche ein Mehr oder ein Weniger an Beratungsleistung anfällt, ist nicht erforderlich. Für das gesetzliche Anforderungsprofil des Datenschutzbeauftragten kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass der ganz eindeutige Schwerpunkt seiner Leistungspflichten im rechtlichen Bereich liegen muss, und dass die rechtliche Beratung des Datenverpflichteten seine Tätigkeit beherrscht und die Aufgaben in den anderen Wissensgebieten nur einen geringen Umfang haben.

- b) Unabhängig davon erreicht die von einem Datenschutzbeauftragten zu erbringende Leistung im rechtlichen Bereich weder die erforderliche fachliche Tiefe noch die erforderliche fachliche Breite, um den Anforderungen der in § 46 Abs. 2 und Abs. 3 BRAO geforderten anwaltlichen Tätigkeit zu genügen.

aa) Der Maßstab ist auch insoweit das objektive Berufsbild eines Datenschutzbeauftragten. Eine mögliche weitergehende Tätigkeit der Klägerin, die über den gesetzlich normierten gewöhnlichen Aufgabenbereich eines Datenschutzbeauftragten hinausgeht und die sie wegen ihrer Befähigung zum Richteramt fachlich zu leisten in der Lage ist, wäre nicht zu berücksichtigen. Ohne die

bereits bestehende Anwaltszulassung der Klägerin würde sie einen Verstoß gegen das Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen darstellen.

bb) Die Zuordnung einer Leistung in den anwaltlichen Bereich setzt eine gewisse Breite und Tiefe der rechtlichen Tätigkeit voraus. Diese können von einem Datenschutzbeauftragten nicht gefordert und nicht erbracht werden. Dies folgt zum einen aus der gesetzlichen Beschränkung, dass sich die rechtliche Tätigkeit lediglich auf die Gesetze zum Datenschutzrecht beziehen kann und darf. Das Datenschutzrecht ist aber trotz aller Überschneidungen mit anderen Rechtsgebieten ein äußerst kleiner Teil der gesamten Rechtsordnung. Dies wird durch den Hinweis der Klägerin auf § 14k Nr. 4 FAO, dass der Datenschutz eins von insgesamt neun Themengebieten im Rahmen der Fachanwaltschaft für Informationsrecht ist, eher bestätigt als widerlegt.

Zum anderen kann der Beruf des Datenschutzbeauftragten von jedem ausgeübt werden, der über ausreichende Rechtskenntnisse der bereichsspezifischen Datenschutzregelungen im privaten und öffentlichen Recht verfügt. Es gibt weder eine staatlich anerkannte Ausbildung, noch einen juristischen Studienabschluss noch werden allgemeine Rechtskenntnisse, geschweige denn die Befähigung zum Richteramt, vom Gesetzgeber verlangt. Deswegen bieten zahlreiche Anbieter (z.B. TÜV Nord, TÜV Süd, DEKRA usw.) im Internet drei- bis viertägige Seminare mit einer anschließenden Prüfung und Zertifikat an, wobei das Vorhandensein von Vorkenntnissen nicht vorausgesetzt wird. Gegenstand dieser Seminare sind neben den relevanten Rechtsvorschriften alle weiteren oben unter Ziffer a) angeführten Wissensbereiche. Selbst wenn ein Datenschutzbeauftragter sich nicht mit einem solchen drei- bis viertägigen Seminar begnügen, sondern statt dessen einen umfangreicheren Kurs wählen und Fortbildungsveranstaltungen besuchen sollte, ist es ausgeschlossen, dass er auch nur annähernd Rechtskenntnisse erlangt, die mit denen eines Rechtskundigen, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, vergleichbar sind.

c) Diese Rechtsauffassung entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (DStRE 2003, 1159), nach der es sich bei dem Datenschutzbeauftragten um ein eigenständiges Berufsbild handelt, dass nicht mit der Tätigkeit

eines „beratenden Betriebswirts“ oder eines anderen, den Katalogberufen ähnlichen Berufs im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG vergleichbar ist. Die Beratungstätigkeit eines Datenschutzbeauftragten erstreckt sich weder auf alle noch auf einen Hauptbereich der Betriebswirtschaft. Sie ist vielmehr eine Beratungsleistung auf interdisziplinären Wissensgebieten. Entsprechendes gilt für die rechtliche Beratung des Datenverpflichteten durch einen als Datenschutzbeauftragter tätigen Zulassungsbewerber als Syndikusrechtsanwalt; auch seine Beratungsaufgaben und -tätigkeiten umfassen weder alle noch nur einen Hauptbereich des allgemeinen oder besonderen privaten oder öffentlichen Rechts.

d) Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses ausschließlich als externe Datenschutzbeauftragte tätig ist oder noch andere Arbeiten für ihren Arbeitgeber verrichtet, worauf die Stellenbeschreibung in ihrem Arbeitsvertrag als „*Consultant Datenschutz und IT Compliance*“ hinweist, ferner die arbeitsvertragliche Regelung, dass sie auch andere angemessene Arbeiten zu leisten habe, und die Tätigkeitsbeschreibung ihres Arbeitgebers, nach der sie neben der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragte auch datenschutzrechtliche Prüfungen durchführe. Ebenfalls kommt es nicht darauf an, ob es sich bei den einzelnen in der Tätigkeitbeschreibung aufgeführten Arbeiten um eine Rechtsdienstleistung oder nur um eine Rechtsanwendung handelt, die nicht von den Merkmalen anwaltlicher Tätigkeit geprägt ist (vgl. zur Unterscheidung BGH NJW-RR 2016, 1056 Rdn. 45) und in welchem zeitlichen Verhältnis diese unterschiedlichen Tätigkeiten zueinander stehen.

2. Die für die Zulassung als Syndikusrechtsanwältin erforderliche fachliche Unabhängigkeit der Berufsausübung der Klägerin (§ 46 Abs. 4 S. 2 BRAO) ist ebenfalls weder vertraglich noch tatsächlich gewährleistet.

a) Der gesetzlich normierte Schutz der fachlichen Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten greift nicht zu Gunsten der Klägerin. § 4f Abs. 3 Satz 3 BDSG gewährleistet zwar die fachliche Unabhängigkeit des internen (betriebszugehörigen) Datenschutzbeauftragten; dieser darf wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden. Noch weiter gehen § 4f Abs. 3 S. 5 und S. 6 BDSG, wonach der interne Datenschutzbeauftragte während der Dauer seiner

Bestellung und innerhalb eines Jahres nach Abberufung nur aus wichtigem Grund gekündigt werden darf. Diese Vorschriften finden aber für die Klägerin als externe Datenschutzbeauftragte keine Anwendung; sie gelten vielmehr ausschließlich im Verhältnis des Datenschutzbeauftragten zum Datenverpflichteten. Sie gelten nicht im Verhältnis des Arbeitgebers der Klägerin zu seinen Kunden und sie gelten auch nicht im Verhältnis der Klägerin zu ihrem Arbeitgeber inter-soft.

b) Ein *vertraglich* vereinbarter Schutz liegt ebenfalls nicht vor.

aa) Aufgrund des fehlenden gesetzlichen Schutzes wird bei externen Datenschutzbeauftragten gefordert, dass sie eine Mindestvertragslaufzeit von 4 Jahren, bei Erstverträgen wegen der Notwendigkeit der Überprüfung der Eignung von 1 bis 2 Jahren, erhalten. Zusätzlich sollen besondere, den externen Datenschutzbeauftragten sichernde Zahlungsmodalitäten, Haftungsfreistellungen und Dokumentationspflichten vertraglich geregelt werden (Düsseldorfer Kreis, Beschluss vom 24./25. November 2010; Moos, in: Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 18. Edition, Stand 01.05.2015, § 4 f BDSG, Rn. 77). Diese Voraussetzungen erfüllt der Arbeitsvertrag der Klägerin nicht. Er sieht eine Kündigungsfrist von 6 Wochen zum Monatsende und bei längerer Betriebszugehörigkeit die entsprechend längeren gesetzlichen Fristen vor. Auch gibt es keine besonderen Zahlungsmodalitäten oder Haftungsfreistellungen, welche die Unabhängigkeit der Klägerin als externe Datenschutzbeauftragte sichern.

bb) Die (undatierte) Ergänzung zum Dienstvertrag, die besagt, dass die Klägerin „die ihr übertragene Aufgabe als externe betriebliche Datenschutzbeauftragte in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes vereinbarungsgemäß fachlich unabhängig wahrnimmt“, gewährleistet ihre fachliche Unabhängigkeit ebenfalls nicht. Hier wird lediglich der Gesetzestext wiederholt. Insbesondere lässt die Erklärung offen, ob die fachliche Unabhängigkeit auch gegenüber ihrem Arbeitgeber gelten soll und welche Schutzmechanismen zu Gunsten der Klägerin bestehen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass [REDACTED] als Arbeitgeber der Klägerin – anders als z.B. die Angehörigen einer Rechtsanwalts-, Steuerberater- oder Wirtschaftsprüfersozietät – kei-

nem Berufsrecht unterliegt, dass ihn selbst zur fachlichen Unabhängigkeit verpflichtet.

3. Schließlich wird die Klägerin auch nicht gemäß § 46 Abs. 5 S. 1 BRAO in Rechtsangelegenheiten *ihres Arbeitgebers* tätig.

a) Die Aufgabe eines externen Datenschutzbeauftragten bei Dritten ist keine Rechtsangelegenheit ihres Arbeitgebers. Das gilt auch, wenn dieser die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten gewerblich anbietet und gegenüber Dritten dessen Leistungen durch die Klägerin als seine Angestellte ausführen lässt.

c) Es liegt auch keiner der in § 46 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 bis 3 BRAO geregelten Tatbestände vor. Die von der Klägerin vertretene verfassungskonforme Auslegung, dass ihre Situation als angestellte externe Datenschutzbeauftragte mit einem der in § 46 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 geregelten Fälle vergleichbar und deswegen gleich zu behandeln sei, ist nicht möglich. Zunächst widerspräche eine solche Auslegung dem Wortlaut der Norm und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers (BVerfG NJW 2004, 1305). Zum anderen sind die Sachverhalte aber auch nicht vergleichbar. § 46 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BRAO betrifft den Fall gleichgerichteter Interessen zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern, die sicherstellen, dass der Rechtsrat nicht durch andere wirtschaftliche Erwägungen beeinflusst wird (vgl. BT Drucksache 18/5201, S. 31, Absatz 1). Derartige gleichgerichtete Interessen bestehen zwischen dem Arbeitgeber der Klägerin und seinen Kunden nicht.

§ 46 Abs. 2 Nr. 3 BRAO betrifft solche Arbeitgeber, die ihrerseits durch ihr eigenes Berufsrecht zur Unabhängigkeit verpflichtet sind. Diese Regelung steht entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundverfassungsgerichts, nach der die berufsrechtliche Unabhängigkeit der Rechtsanwälte einer Sozietätsbildung mit Apothekern und Ärzten nicht entgegensteht (BVerfG NJW 2016, 700) und auch eine Mehrheitsbeteiligung und/oder Leitungsmacht von Patentanwälten an bzw. in einer aus Rechtsanwälten gemeinsam geführten Sozietät möglich ist (BVerfG NJW 2014, 613). Die tragende

Begründung in diesen beiden Entscheidungen ist, dass sowohl Apotheker, wie auch Ärzte und auch Patentanwälte nach ihrem eigenen Berufsrecht der beruflichen Unabhängigkeit unterworfen sind und daher eine Gefährdung der beruflichen Unabhängigkeit der Rechtsanwälte nicht vorliegt. Eine solche durch beruflich oder durch andere Normen begründete berufliche Unabhängigkeit besteht bei [REDACTED] als Arbeitgeber der Klägerin hingegen nicht.

4. Schließlich ist auch eine Verletzung von Art. 12 GG nicht ersichtlich. Es ist nicht erkennbar und wurde von der Klägerin auch nicht vorgetragen, dass die Versagung ihrer zusätzlichen Zulassung als Syndikusrechtsanwältin sie hinsichtlich ihrer Tätigkeit als angestellte Rechtsanwältin von [REDACTED] oder als von dieser bei ihren Kunden eingesetzte externe Datenschutzbeauftragte einschränken würde. Soweit es der Klägerin um die Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht geht, muss sie sich entgegenhalten lassen, dass es nach der Rechtsprechung des BVerfG einen grundrechtlichen Schutz zur optimalen Altersversorgung nicht gibt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31.08.2004 - 1 BvR 285/01 - Ziff. 5 a, zitiert nach juris; ebenso LSG Niedersachsen, Urteil vom 29.04.2015 - L 2 R 507/14 -, BeckRS 2015, 68998).

5. Die Kosten des Rechtsstreits sind von der Klägerin als unterliegender Partei zu tragen. Hiervon ausgenommen sind die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen (§§ 112c Abs. 1 BRAO, 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO).

6. Die Berufung gegen dieses Urteil war wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nach §§ 112 e S. 1 BRAO, 124 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen. Die Zulassung bedarf von Gesetzes wegen keiner näheren Begründung. Außerdem ist die grundsätzliche Bedeutung vorliegend für alle Zulassungsbewerber offenkundig, die - wie die Klägerin - von einem gewerblichen Arbeitgeber bei seinen Kunden als externe Datenschutzbeauftragte eingesetzt werden und nach Ablehnung ihres Zulassungsantrags gegen die zuständige Rechtsanwaltskammer Klage nach § 46 a BRAO erhoben haben. Über diesen Kreis hinaus gewinnt der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung allerdings mit dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 15. Dezember 2016 - B 5 RE 7/16 R (AnwBl 2017, Heft 5, S. 780) zusätzliches Gewicht, und zwar für alle an-

gestellten Unternehmensjuristen, die Kunden ihres Arbeitgebers in diese betreffenden Rechtsangelegenheiten in abhängiger Beschäftigung anwaltlich beraten, bereits als Rechtsanwalt zugelassen sind oder die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt anstreben. Für einen in dieser Weise tätigen, bei einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft angestellten Rechtsanwalt hat der 5. Senat des Bundessozialgerichts in dem genannten Urteil - vorbehaltlich der notwendigen tatsächlichen Feststellungen durch das Bayerische Landessozialgericht - die in den früheren Urteilen vom 03.04.2014 - B 5 RE 13/14 R, B 5 RE 9/14 R und B 5 RE 3/14 R - vertretene Auffassung, die ihrerseits Anlass war für das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte, nicht mehr aufrechterhalten: Unabhängige anwaltliche Berufsausübung in der äußeren Form der abhängigen Beschäftigung soll nach dem Urteil vom 15.12.2016 - anders als nach den Urteilen vom 03.04.2016 - nicht mehr generell unmöglich sein. Diese Änderung der Rechtsprechung kann die Notwendigkeit für die Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte (vgl. BT-Drucksache 18/5201 vom 16.06.2015, S. 13 ff), ganz oder teilweise infrage stellen. Sie hat damit über den vorliegenden Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung für den Vollzug des am 01.01.2016 in Kraft getretenen entsprechenden Gesetzes und seine vom Gesetzgeber bis zum 31.12.2018 vorgesehene Evaluierung (vgl. BT-Drucksache 18/5201, S. 47).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann innerhalb eines Monats nach Zustellung der vollständigen Ausfertigung Berufung bei dem

Anwaltsgerichtshof in der Freien und Hansestadt Hamburg, Sievekingplatz 2, 20355 Hamburg

eingelegt werden. Die Berufungsschrift muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils ist die Berufung zu begründen. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit der Berufungsschrift vorgelegt worden ist, bei dem

Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe,
einzureichen.

Vor dem Anwaltsgerichtshof und dem Bundesgerichtshof müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte ver-

treten lassen. Das gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesgerichtshof eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ein nach dem Vorstehenden Vertretungsberechtigter kann sich selbst vertreten; es sei denn, dass die sofortige Vollziehung einer Widerrufsverfügung angeordnet und die aufschiebende Wirkung weder ganz noch teilweise wiederhergestellt worden ist. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf § 67 Abs. 4 und 5 VwGO in Verbindung mit § 112 e BRAO verwiesen.

Dr. Soehring

Dr. Witthohn

Prof. Dr. Seibt

durch Urlaubsabwesenheit
an der Unterschrift verhindert

Scholz

Brauer

durch Urlaubsabwesenheit
an der Unterschrift verhindert

Beglaubigt

Justizsekretärin

Urkundsbekanntgeber der Geschäftsstelle

