

# Database Marketing in der Anwaltskanzlei

## -Methodik und rechtliche Grenzen-

Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

### Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>I</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>VII</b>
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<i>I. Von der Informationsfreiheit zum Informationsverbot .....</i>	<i>5</i>
1. Tradition der Informationsfreiheit.....	6
a) Meinungsfreiheit als Ausdruck der Informationsfreiheit.....	6
b) Traditionelle Beschränkungen .....	6
2. Die Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	7
3. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	11
a) Grundsatzurteil zum Volkszählungsgesetz.....	11
b) Maschinelle Datenverarbeitung .....	12
<i>II. Datenschutzrecht .....</i>	<i>14</i>
1. Öffentlich-rechtliche Grundlagen .....	14
a) Internationale Abkommen und EG-Richtlinien .....	14
b) Zivilrechtliche Instrumente des Datenschutzes.....	15
2. Das Bundesdatenschutzgesetz als datenschutzrechtliche Zentralnorm.....	15
a) Historie.....	15
b) Zweck.....	16
c) Systematik (Verbot mit Legalausnahmen) .....	18
<i>III. Rechtsanwalt und Marketing.....</i>	<i>19</i>
<b>B. Database Marketing in der Anwaltskanzlei .....</b>	<b>22</b>
<i>I. Marketing-Methodik .....</i>	<i>23</i>
1. Der Begriff des Marketing .....	23

a) Geschichte des Marketing .....	25
b) Die Phasen des Marketing .....	26
aa) Produktorientierung .....	27
bb) Verkaufsorientierung .....	27
cc) Marketingorientierung .....	27
dd) Strategisches Marketing .....	28
2. Aktuelles Marketing .....	28
a) Der Prozess der Kundenorientierung .....	30
b) Theoretische Ansätze einer modernen Kundenorientierung .....	31
aa) Relationship Marketing .....	32
bb) 1:1 Marketing .....	32
c) Der Begriff des Kunden als Zielobjekt des Marketing .....	33
d) Der Schlüsselkunde .....	35
aa) Ausgangslage .....	35
bb) Wichtige/Unwichtige Kunden .....	36
(1) Kundenziele .....	37
(2) Kriterien der Kundenbedeutung .....	39
<i>II. Kundensteuerung durch Database Marketing .....</i>	<i>40</i>
1. Kundendatenbank .....	40
a) Grunddaten .....	41
b) Potentialdaten .....	42
c) Aktions- und Reaktionsdaten .....	42
2. Kundenanalyse .....	43
a) Methoden der Kundenwertanalyse .....	44
b) Ausgewählte Modelle im Überblick .....	46
aa) Kunden-ABC-Analyse .....	46
bb) Kunden-Portfolio-Analyse .....	48
cc) Scoring-Modelle .....	52
3. Maßnahmenplanung .....	54
<i>III. Marketing für Rechtsanwälte .....</i>	<i>54</i>
1. Der Anwaltsmarkt .....	55
a) Innere Konkurrenz .....	55
b) Konkurrenz von außen .....	58

c) Wegfall von Standesschranken .....	59
d) Trend zur fortschreitenden Kommerzialisierung .....	62
aa) Interne Organisation .....	62
bb) Außenverhältnis .....	63
2. Der Stand des Anwaltmarketing .....	64
3. Empfehlungen für anwaltliches Marketing .....	67
a) Kanzleistrategie .....	68
b) Marketingstrategie .....	70
c) Marketingmaßnahmen .....	70
d) Database Marketing im Anwaltsbüro .....	72
aa) Datenerhebung .....	72
(1) Informationsquellen im anwaltlichen Geschäftsbetrieb .....	73
(2) Marktforschung .....	74
(a) Primäre Marktforschung .....	75
(b) Sekundäre Marktforschung .....	75
(3) Organisation der „Informationsflut“ .....	76
bb) Kundenwertanalyse im Anwaltsbüro .....	78
cc) Kundensegmentierung .....	79
dd) Datenbank .....	79

## **C. Informationsverwertungsschutz und Datenschutzrecht in der Anwaltskanzlei 81**

1. Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes auf den anwaltlichen Bereich	83
a) Anwendungsbereich .....	83
b) Die Subsidiarität des Bundesdatenschutzgesetzes .....	89
aa) Zur Subsidiarität im Allgemeinen .....	89
bb) Die Subsidiaritätsvorschrift des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG .....	89
(1) Anwendungsbereich .....	89
(2) Meinungsstreit .....	91
cc) Bereichsspezifisches Sonderrecht der Anwaltschaft .....	94
(1) Gesetzliche Geheimhaltungspflichten, § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG .....	94
(2) Anwendbarkeit des Strafgesetzbuches .....	96
(a) Der Regelungsgehalt des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB .....	97
(b) Der Regelungsgehalt des § 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs., 1.- 5. Alt. BDSG .....	101

(c) Rechtsgutidentität des §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 Abs. 1 StGB mit dem der §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. BDSG im Hinblick auf die Erhebung, Speicherung, Veränderung und subsidiärer Nutzung von Daten .....	102
(3) Anwaltliches Berufsrecht .....	107
(a) § 43 a Abs. 2 BRAO .....	108
(b) § 43 b BRAO .....	109
(c) §§ 50 Abs. 1 und 5, 56 Abs. 1 BRAO .....	110
(4) Der Begriff der Handakte.....	111
(5) Verpflichtung zur Führung von Handakten.....	112
(6) Speicherberechtigung .....	112
(7) Mandatsbezogene Handaktendaten .....	113
(8) Ergebnis .....	114
2. Zulässigkeit des Database Marketing nach dem Bundesdatenschutzgesetz ....	115
a) Verbot der Datenverarbeitung gem. § 6 a BDSG .....	116
aa) Zweck des § 6 a BDSG .....	116
bb) Anwendbarkeit des § 6 a BDSG.....	117
b) Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, § 4 Abs. 1 BDSG	120
aa) Erlaubnis der Datenverarbeitung aufgrund anderer Rechtsvorschriften ..	120
bb) Einwilligung des Betroffenen, § 4 a BDSG .....	123
(1) Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung .....	124
(a) Unterrichtung.....	125
(b) Freiwilligkeit .....	125
(c) Kopplungsverbot .....	126
(d) Ausdrückliche und formgerechte Erklärung .....	127
(e) Formulareinwilligung .....	130
(f) Widerruf der Einwilligung.....	131
(2) Zulässigkeit der Einwilligung im Hinblick auf die Bewertung und Analyse personenbezogener Daten sowie die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen .....	131
cc) Die Erlaubnisnorm des § 28 BDSG.....	134
(1) Erlaubnis der Datenverarbeitung gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG .....	134
(2) Erlaubnis der Datenverarbeitung gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG	140

(3) Erlaubnis der Datenverarbeitung gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG .....	142
dd) § 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 BRAO als spezielle Erlaubnisnorm für die Erhebung und Speicherung von personenbezogenen Daten .....	147
ee) Normenkonkurrenz .....	148
(1) Teleologische Auslegung .....	151
(2) Systematische Auslegung.....	153
3. Funktion des Datenschutzrechts im verfassungsrechtlichen Kontext .....	155
a) Funktion des Datenschutzes im nicht-öffentlichen Bereich .....	155
b) Die Regelungspflicht des Gesetzgebers .....	157
c) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im nicht-öffentlichen Bereich .....	158
d) Freiheit der Datenverarbeitung und verfassungsrechtliche Grenzen.....	160
aa) Meinungsäußerungs- und -verarbeitungsfreiheit.....	161
bb) Informationsverarbeitungsfreiheit.....	163
cc) Berufsfreiheit.....	164
(1) Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG .....	165
(2) Geschützte Dimensionen der Berufsfreiheit.....	165
dd) Eigentumsgarantie.....	169
<i>II. Ergebnis.....</i>	<i>170</i>
<b>D. Kontrolle und Vollzug .....</b>	<b>177</b>
<i>I. Kontrollinstanzen in Bezug auf den datenverarbeitenden Rechtsanwalt.....</i>	<i>177</i>
1. Betroffenenkontrolle.....	177
2. Institutionelle Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten und die Aufsichtsbehörde .....	180
a) Verhältnis der beiden zueinander.....	180
b) Der Datenschutzbeauftragte in der Anwaltskanzlei .....	182
aa) Subsidiaritätsfragen.....	182
bb) Die Bestellung des Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei .....	182
cc) Zur Person des Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei.....	183
dd) Aufgaben des Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei.....	185

c) Befugnisse der Aufsichtsbehörde gegenüber dem datenverarbeitenden Anwalt unter Berücksichtigung des in § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG niedergelegten Subsidiaritätsprinzips .....	186
<i>II. Auswirkungen der fehlenden wirksamen Kontrollmöglichkeit der Anwaltschaft auf die Verfassungsmäßigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes .....</i>	<i>188</i>
1. Defizite bei der Umsetzung von Gesetzen.....	189
a) Zu den Vollzugsdefiziten im Allgemeinen .....	189
aa) Begriffsbestimmung.....	189
bb) Ursachen für das Auftreten von Vollzugsdefiziten .....	190
cc) Gesetzgeberische Maßnahmen zur Überwindung von Vollzugsdefiziten.	191
b) Verfassungswidrigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes im Hinblick auf die Anwaltschaft .....	194
2. Eigene Ansicht.....	196
a) Verfassungswidrigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG .....	199
aa) Schutzrichtung des allgemeinen Gleichheitssatzes.....	199
bb) Systemgerechtigkeit.....	201
cc) Auswirkung der Vollzugsmängel auf die Verfassungsmäßigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes.....	203
b) Verfassungswidrigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes aufgrund Verletzens einer Schutzpflicht .....	206
aa) Herleitung und Grundlage .....	207
bb) Inhalt und Umfang der Schutzpflicht.....	210
cc) Einklagbarkeit der Schutzpflicht.....	212
dd) Anwendung im Hinblick auf den datenschutzrechtlichen Sachverhalt.....	212
<i>III. Ergebnis.....</i>	<i>214</i>
<b>E. Fazit: Rechtspolitische Erwägungen .....</b>	<b>216</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>224</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	der Artikel
Art.	die Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes
Begr.	Begründung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAK-Mitt.	BRAK-Mitteilungen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BR-Drucks.	Bundesrat-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
BStatG	Bundesstatistikgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise

CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
d.h.	das heißt
DSLR	Datenschutzrichtlinie
DuD	Datenschutz und Datensicherung
Einf.	Einführung
EuGRZ	Europäische Grundrechte - Zeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HdB StR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber
Halbs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.R.d.	im Rahmen der/des(sen)
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kd.	Kunden
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KündSchG	Kündigungsschutzgesetz

LG	Landgericht
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
MDSStV	Mediendienste-Staatsvertrag
m.E.	meines Erachtens
MMR	Multimedia und Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
NJW-RR	Rechtssprechungsreport der Neuen Juristischen Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.g.	oben genannte/r
OLG	Oberlandesgericht
RegE	Regierungsentwurf
RichtlIRA	Richtlinien für Rechtsanwälte
RDV	Recht der Datenverarbeitung
S.	Seite/Satz
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Schufa/SCHUFA	Schutzvereinigung für das allgemeine Kreditwesen
SGB	Sozialgesetzbuch
SigG	Signaturgesetz
Sp.	Spalte
sog.	sogenannte/r/n
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Tab.	Tabelle
TKG	Telekommunikationsgesetz
TDSV	Telekommunikations-Datenschutzverordnung
TDDSG	Teledienstschutzgesetz
u.a.	unter anderem/und andere
UPR	Umwelt- und Planungsrecht

UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
usw.	und so weiter
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
WISU	Das Wirtschaftsstudium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil
z.Z.	zur Zeit
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## **A. Einleitung**

Der immens gestiegene Umfang von Informationssammlungen und -verarbeitungen in privater Hand in Gestalt der neuen Technologien kennzeichnet die datenschutzrechtlichen Probleme der heutigen Zeit<sup>1</sup>. Die weltweit vernetzten Systeme auf dem Informations- und Telekommunikationssektor schaffen völlig neue Möglichkeiten im Umgang mit personenbezogenen Daten. Nicht nur die Menge der Daten, sondern auch deren Kombinierbarkeit und Nutzbarkeit bergen neuartige Gefahrenpotentiale für die informationelle Selbstbestimmung des Bürgers<sup>2</sup>. Während staatliche Datenerhebung und -verarbeitung einem relativ strengen Datenschutzregime unterworfen sind, entwickeln sich die privatwirtschaftlich betriebenen personenbezogenen Datenbanken beinahe unreglementiert<sup>3</sup>. Bei Informations-, Finanz- beziehungsweise sonstigen Dienstleistungsunternehmen oder bei großen Versandhändlern werden Daten über Konsumgewohnheiten, über Bonität oder sonstige, teilweise sehr private Sachverhalte systematisch gesammelt und unter verschiedenen Gesichtspunkten ausgewertet und genutzt<sup>4</sup>. Die auf unterschiedlichen Wegen erhobenen personenbezogenen Daten werden von privaten Wirtschaftsunternehmen verknüpft, um Persönlichkeitsprofile von Kunden und potentiellen Interessenten zu erhalten<sup>5</sup>.

In jeder Anwaltskanzlei gehört der Umgang mit Daten zum Arbeitsalltag. Ob der Anwalt die vom und über den Mandanten erlangten Informationen nutzen kann, um mittels eines strategischen Konzepts die gesetzten Unternehmensziele zu erreichen, soll im Folgenden den Gang der Darstellung bestimmen.

---

<sup>1</sup> Joachim Jakob (Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz), 18. Tätigkeitsbericht 1999-2000 (DSB-Tätigkeitsbericht 2000), verfügbar im Internet unter: <http://www.bfd.bund.de/information/berichte.html> (Zugang: 02.02.2003), S. 19.

<sup>2</sup> DSB-Tätigkeitsbericht 2000, S. 19.

<sup>3</sup> DSB-Tätigkeitsbericht 2000, S. 19.

<sup>4</sup> DSB-Tätigkeitsbericht 2000, S. 19.

<sup>5</sup> Petra Wittig, Die datenschutzrechtliche Problematik der Anfertigung von Persönlichkeitsprofilen zu Marketingzwecken, RDV 2000, 59.

Aufmerksamkeit verdient insbesondere der Einsatz der modernen elektronischen Datenverarbeitung, die spätestens mit der Entwicklung und Vermarktung sogenannter „Anwaltssoftware“<sup>6</sup> auch in solche Kanzleien Einzug hält, die bislang mit traditionellen Mitteln wie Schreibmaschine, Karteikasten und Kassenbuch ihre Arbeit verrichteten<sup>7</sup>. Mit Hilfe dieser Mittel ist eine nahezu exakte Bestimmung des Kundenwertes<sup>8</sup> möglich. Datenbankgestützte Kundenwertanalysen, die von gewerblichen Unternehmen anderer Branchen bereits seit einiger Zeit eingesetzt werden, eignen sich für den anwaltlichen Bereich in besonderem Maße, sind aber, da eine Vielzahl von personenbezogenen Daten gespeichert und verarbeitet werden, um den gewünschten Erfolg zu erzielen, rechtlich nicht unbedenklich.

Durch das Zusammenführen von Daten in Dateien erhält man über die Summe der Einzelinformationen einer Person ein detailliertes, umfassendes und realitätsgetreues Bild ihrer (Konsumenten-) Persönlichkeit<sup>9</sup>. Ein solches Profil lässt sich zu Marketingzwecken – zu Zwecken der Absatzsteigerung – verwenden. So können etwa bei Einführung eines neuen Produkts potentielle Käufer auf Grund ihres bisherigen Konsumverhaltens gezielt beworben werden. Für Betriebswirte wird durch das datenbankgestützte Marketing (Database-

---

<sup>6</sup> Darunter sind an die spezifischen Bedürfnisse und typischen Anforderungen in Anwaltskanzleien angepasste Lösungen zu verstehen, die teilweise einzeln oder als Gesamtpaket angeboten werden. Vgl. den Überblick von Anbietern in: Josef Ruby, Aufbau und Errichtung einer Anwaltskanzlei, bei: *Manfred Brüning/Ralf Abel* (Hrsg.), Die moderne Anwaltskanzlei - Gründung, Einrichtung und rationelle Organisation, 3. Auflage, Bonn 2001, § 1 Rdnr. 160.

<sup>7</sup> Anke Zimmer-Hartmann/Marcus Helfrich, Datenschutzrechtliche Pflichten des Anwalts, CR 1993, 104.

<sup>8</sup> Der Kundenwert ist eine Messgröße, die den (relativen) Wert eines Kunden für ein Unternehmen widerspiegelt. Man unterscheidet zwischen monetären und nicht-monetären Kundenwert-Größen. Bei den monetären differenziert man nochmals zwischen umsatzbezogenen und erfolgsbezogenen sowie rein vergangenheitsbezogenen und mit Erwartungswerten operierende Kundenwert-Größen. Als Rechnungsgrößen werden im einfachsten Fall generierte Umsätze, verursachte Kosten, der Informationswert, d.h. sowohl der Wert von über den Kunden bekannten Informationen als auch der Wert von durch den Kunden eingebrachten Informationen, der Wert möglicher Weiterempfehlungen und der zu erwartende Wert möglicher Folgekäufe herangezogen.

<sup>9</sup> Wittig, RDV 2000, 59.

Marketing<sup>10</sup>) „ein alter Traum des Marketing“ wahr. Mit seiner Hilfe kann im Zeitalter des Massen-Marketing wieder jeder einzelne Kunde individuell angesprochen werden<sup>11</sup>. Es werden etwa Einzeldaten über Mütter, die über den Versandhandel Waren beziehen, in Dateien zusammengeführt, um ein möglichst genaues Bild von ihnen als Konsumentinnen zu erhalten<sup>12</sup>, um so eine langfristige Kundenbeziehung aufzubauen. Entsprechend werden Betroffene (nur) dann mittels Werbebriefen, Katalog- beziehungsweise Prospektzusendungen angesprochen, wenn auf Grund dieser Persönlichkeitsbilder zu erwarten ist, dass ein Produkt voraussichtlich Kaufinteresse wecken wird. Ziel des datenbankgestützten Marketing ist es allgemein, „dem richtigen Kunden zum richtigen Zeitpunkt mit den richtigen Argumenten ein maßgeschneidertes Angebot zu machen“<sup>13</sup>. Der Anreiz für nach Gewinnmaximierung strebende Unternehmen, die Vorteile moderner Informationstechnologie im Rahmen des Individualmarketing zu nutzen, ist also groß. Euphorisch wird angeraten, Kundenprofile zu erstellen, die „unter Umständen Hunderte von Merkmalen“ umfassen. Weiter wird festgestellt, dass die strategische Bedeutung dieses „Kunden-Know-how“ gar nicht hoch genug eingeschätzt werden könne<sup>14</sup>. Dabei besteht die Gefahr, zu übersehen, dass der einzelne Kunde auch im Wirtschaftsverkehr nicht lediglich eine Zielperson von Marketingmaßnahmen, ein auszubeutendes lebendes Datenkonglomerat ist, sondern ein Träger von Grundrechten, dessen Daten nach

---

<sup>10</sup> Zu den unterschiedlichen Aspekten des Datenbankgestützten Marketing vgl. Jörg Link/Dieter Brändli/Christian Schleuning/Roger E. Kehl (Hrsg.), Handbuch Database Marketing, Ettlingen 1997.

<sup>11</sup> Jörg Link/Volker Hildebrand, Grundlagen des Datenbankgestützten Marketing, in: Link/Brändli/Schleuning/Kehl (Hrsg.), Handbuch Database Marketing, 1997, S. 16 (19).

<sup>12</sup> Diesbezüglich sei auf das Beispiel einer häufig beziehenden und offensichtlich finanzkräftigen Kundin mit Präferenz für ökologisch unbedenkliche Produkte, die zwei Kinder im Vorschulalter hat, hingewiesen.

<sup>13</sup> Link/Hildebrand, in: Link/Brändli/Schleuning/Kehl (Hrsg.), Handbuch Database Marketing, 1997, S. 16 (19). Weiter heißt es: „Die Kunst besteht darin, den erfolgversprechendsten Kunden zu identifizieren und mit den jeweils am besten geeigneten Maßnahmen der Kommunikations-, Produkt-, Preis- und Distributionspolitik eine langfristige, profitable Kundenbeziehung aufzubauen und zu pflegen.“

<sup>14</sup> Link/Hildebrand, in: Link/Brändli/Schleuning/Kehl (Hrsg.), Handbuch Database Marketing, 1997, S. 16 (21).

kontinentaleuropäischem Verständnis keine bloße Handelsware sind<sup>15</sup>.

Neue Techniken verändern stets nach dem Maße ihrer Bedeutung auch die Rechts- und Gesellschaftsordnung<sup>16</sup>. So wie die Erfindung der Dampfmaschine, mit der die Entwicklung der Industriegesellschaft begann, alle Staaten Europas zur Entwicklung eines ihre zivilrechtlichen Kodifikationen ergänzenden Arbeitsrechts, mithin zur Lösung der sozialen Arbeiterfrage zwang, führen neue Informationstechniken zu einer wahren „Gesetzgebungsflut“, die dem somit erhöhten Schutzbedürfnis Rechnung zu tragen versucht. Die Vorstellung vom „gläsernen Bürger“ gibt dem ihre Legitimation und schafft in der öffentlichen Meinung das Problembewusstsein für einen verstärkten Daten- und Informationsschutz.

Die Freiheit, sich über andere ungehindert Informationen zu beschaffen, diese zu verwerten, weiterzugeben und – seitens des Empfängers – zu empfangen, und weiter sich auf dieser Grundlage seine Meinung frei zu bilden und diese verbreiten zu dürfen – die Freiheit zur Information also – bleibt trotz dieser Entwicklung wesentliche

---

<sup>15</sup> Vgl. auch die kritische Betrachtung der Problematik und Struktur privatwirtschaftlicher Betätigung auf dem Gebiet moderner Werbestrategien insgesamt bei Adalbert Podlech/Michael Pfeifer, Die informationelle Selbstbestimmung im Spannungsverhältnis moderner Werbestrategien, RDV 1998, 139 ff. Diese befürchten, dass der Verbraucher „als Ressource und als betriebswirtschaftliche Größe der Gewinnmaximierung durch Individual-Marketing erkannt und markiert“ werde, und dass er in „letzter Konsequenz dem Schicksal seiner völligen Ausbeutung und Auszehrung durch die Wirtschaft“ gegenüberstehe, die ihrerseits ihr betriebswirtschaftliches Risiko minimiere, „weil eben diese betriebswirtschaftliche Größe, der Verbraucher, zuvor psychographisch exakt analysiert wurde und damit berechenbar wird“. Besondere Gefährdungen für den Datenschutz entstehen auch durch das Internet (vgl. Alfred Büllesbach, Datenschutz und Datensicherheit als Qualitäts- und Wettbewerbsfaktor, RDV 1997, 239 [242]). In diesem Zusammenhang spielen die Begriffe Data Mining (gezielte Recherche nach personenbezogenen Daten zwecks Anlegung von personenbezogenen Kundenprofilen, vgl. Peter Gola, Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 1997/1998, NJW 1998, 3750 [3756]) und Data Warehouse zunehmend eine Rolle. Die mit den technischen Entwicklungen des Internet zusammenhängenden datenschutzrechtlichen Fragen können an dieser Stelle nicht aufgearbeitet werden.

<sup>16</sup> Horst Ehmann, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP 188 (1988), 230 (259 ff.).

Voraussetzung einer funktionierenden Wirtschaft, was die Notwendigkeit der Bewahrung oder Herstellung eines Informationsgleichgewichts verdeutlicht. Werden Daten erhoben und verarbeitet, wie dies auch beim datenbankgestützten Marketing der Fall ist, so ist dies Ausdruck eben dieser Informationsfreiheit<sup>17</sup>.

Da die Rechtsordnung die Informationsfreiheit ebenso zu schützen verpflichtet ist wie die Persönlichkeitssphäre, besteht für den Informationsverkehr der Bürger ein Spannungsbogen zwischen den extremen Polen eines absoluten Informationsschutzes auf der einen Seite und vollkommener Informationsfreiheit auf der anderen. Die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses ist Aufgabe des einfachgesetzlichen Datenschutzrechts in einem weiten, über das Bundesdatenschutzgesetz hinausgehenden Sinne. Aus diesem Grunde erscheint es unabdingbar, zunächst unter Berücksichtigung der Historie der Informationsordnung die jeweiligen Positionen herauszuarbeiten und in den derzeitigen Stand der Gesetzgebung einzuführen, bevor die Einzelproblematik der anwaltlichen Datenverarbeitung näher beleuchtet werden kann.

### **I. Von der Informationsfreiheit zum Informationsverbot**

Die herkömmliche Informationsordnung war vom Prinzip der Informationsfreiheit ausgegangen und hatte den größten Bereich des erforderlichen Informationsschutzes den Regeln des Takts, der Sitte und der Moral überlassen<sup>18</sup>. Jeder durfte grundsätzlich nach seinem Willen hören, sehen, sich merken, aufschreiben, auch reden, seine Kenntnisse verwenden oder vergessen, soweit er damit nicht die

---

<sup>17</sup> Frank Büser, Rechtliche Probleme im Rahmen der Datenübermittlung beim Franchising, BB 1997, 213 (214 f.).

<sup>18</sup> Vgl. dazu ausführlich Ehmman, AcP 188 (1988), 230 (232 ff., insbesondere 237).

Rechte anderer oder durch Gesetz anerkannte spezielle Geheimnisbereiche verletzt<sup>19</sup>.

## **1. Tradition der Informationsfreiheit**

### **a) Meinungsfreiheit als Ausdruck der Informationsfreiheit**

Ausdrücklich wird die Meinungsfreiheit, wozu auch die Informationsbeschaffungsfreiheit<sup>20</sup> und das Recht gehört, die Wahrheit hören, sagen und zu seinem Zwecke nutzen zu dürfen<sup>21</sup>, verfassungsrechtlich gewährleistet. Die Einschränkung dieser Meinungs- und Informationsfreiheit (vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG) war traditionell rechtlich sehr begrenzt. Solange nicht altherwürdige Geheimnisbereiche (vor allem Beichtgeheimnis, Arztgeheimnis, Briefgeheimnis usw.) durchbrochen wurden, durfte ein Bürger grundsätzlich alle zugänglichen Informationen erheben und sie auch weiter verbreiten, solange er damit nicht die Ehre anderer verletzt oder durch die Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen oder rechtswidriger Meinungsäußerungen den Kredit anderer gefährdete.

### **b) Traditionelle Beschränkungen**

Somit waren rechtliche Regelungen grundsätzlich nur dort erforderlich, wo das ethische Minimum verletzt wurde, also strafwürdiges oder deliktisches Handeln vorlag. Folglich beschränkte sich der Rechtsverkehr auf die „Aufstellung einzelner Schutzinseln im freien Meer des Informationsverkehrs“. Dazu zählten die strafrechtlichen

---

<sup>19</sup> Ehmman, Prinzipien des deutschen Datenschutzrechts - unter Berücksichtigung der Datenschutz-Richtlinie der EG vom 24.10.1995 - (1. Teil), RDV 1998, 235 (236 f.).

<sup>20</sup> Margit Langer, Informationsfreiheit als Grenze informationeller Selbstbestimmung – Verfassungsrechtlicher Vorgaben der privatrechtlichen Informationsordnung, Berlin 1992, S. 117 ff.

<sup>21</sup> Ehmman, RDV 1998, S. 235 (237).

Schutzgesetze, die rechtstechnisch über § 823 Abs. 2 BGB<sup>22</sup> zu zivilrechtlichen deliktischen Schutztatbeständen gemacht wurden. Freilich ist insbesondere an den Ehrenschatz der §§ 185 ff. StGB sowie die geschützten Geheimnisbereiche des Hausfriedens (§ 123 StGB), des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (§§ 202, 206 StGB) sowie der speziellen Berufsgeheimnisse der Heil- und Rechtspflegeberufe (Arztgeheimnis, Anwaltgeheimnis, § 203 StGB) und von alters her auch des Beichtgeheimnisses zu denken.

Darüber hinaus wurde ein zivilrechtlicher Informationsschutz nur über § 824 BGB bei wahrheitswidrigen kreditgefährdenden Behauptungen oder wenn die schützenswerten Interessen als absolut geschütztes Rechtsgut im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB (zum Beispiel des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) anerkannt oder über § 826 BGB, wenn mit Schadensabsicht gegen die guten Sitten verstoßen wurde<sup>23</sup>. Abgesehen von den Bereichen der Schutzgesetze und den Fällen des § 826 BGB waren damit bis zur Anerkennung des vertragsrechtlich fundierten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Wesentlichen nur die gewerbliche Geheimsphäre und sonstige vermögenswerte Interessen rechtlich geschützt.

## **2. Die Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

In Deutschland hat man sich – anders als in Frankreich, der Schweiz und den USA – mit der Anerkennung von Persönlichkeitsrechten zunächst schwer getan.<sup>24</sup> Das Bürgerliche Gesetzbuch mit seinem § 253 und der Enumeration des Rechtsgüterschutzes in § 823 BGB verhinderten geradezu eine Entwicklung, die zur Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts führte<sup>25</sup>. Für die nicht-

---

<sup>22</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 42), i.d.F. vom 13.09.2001 (BGBl. I 2376).

<sup>23</sup> Vgl. zu alledem Ehmann, AcP 188 (1988), 230 (237 f. m.w.N.).

<sup>24</sup> Jürgen von Gerlach, Persönlichkeitsschutz und öffentliches Informationsinteresse im internationalen Vergleich, AfP 2001, 1 (4).

<sup>25</sup> von Gerlach, AfP 2001, 1 (4).

vermögensrechtliche Privatsphäre fehlte bis zur Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein der gewerblichen Sphäre entsprechender rechtlicher Schutz gegen wahre und unwahre Informationen, soweit nicht in den strafrechtlich geschützten Bereich spezieller Geheimnisse (zum Beispiel Hausfrieden, Briefgeheimnis, Arztgeheimnis) eingegriffen wurde oder die Tatsachen ehrverletzend waren oder ihre Ermittlung, Verbreitung oder Verwendung gegen die guten Sitten verstieß. Zwar wurde bereits vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches<sup>26</sup>, spätestens als Fotoreporter in das Sterbezimmer Otto von Bismarcks eindringen<sup>27</sup>, erkannt, dass die rechtlichen und moralischen Instrumente des Persönlichkeitsschutzes in der sich mit der Industrialisierung entwickelnden Industriegesellschaft nicht mehr genügten. Jedoch hat erst das moderne Pressewesen, insbesondere durch die Entwicklung der Rundfunk- und Fernsehtechnik, eine Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes erforderlich gemacht, der in Deutschland mit der Anerkennung des sogenannten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB erfolgte<sup>28</sup>. Dessen rechtswidrige und schuldhaftige Verletzung wurde als Delikt begriffen und berechtigte den Verletzten auch zur Geltendmachung des daraus entstandenen immateriellen Schadens (Schmerzensgeld) gemäß § 847 BGB a.F.<sup>29</sup>. Inhalt und Grenzen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestimmte der Bundesgerichtshof in einer Folge von Entscheidungen nach sogenannten Schutzsphären (zum Beispiel Geheim-, Privat- und Individualsphäre des Einzelnen)<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Ehmann, AcP 188 (1988), 230 (242 f.).

<sup>27</sup> Vgl. RGZ 45, 170 (Bismarck).

<sup>28</sup> Vgl. die Rspr. BGH, NJW 1965, 685 (Soraya); dazu BVerfGE 34, 269; BGHZ 26, 349 (Herrenreiter); BGHZ 35, 363; BGHZ 39, 124; BGHZ 30, 7 (Catharina Valente); BGHZ 20, 345 (Paul Dahlke); BGHZ 13, 334 (Schachtbrief); BVerfGE 54, 208 (Böll/Walden); OLG Stuttgart, JZ 1977, 684; BVerfGE 54, 148 (Eppler); BGHZ 128, 1 (Caroline von Monaco); BGH, MDR 1975, 371 (Gretna Green); BGH, NJW 1965, 2395 (Mörder unter uns); BVerfGE 35, 202 (Lebach).

<sup>29</sup> BGHZ 26, 349 (Herrenreiter); BGH, NJW 1965, 685; BVerfGE 34, 69 (Soraya); zuletzt BGHZ 128, 1 (Caroline von Monaco).

<sup>30</sup> Marie-Theres Tinnefeld/Eugen Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 2. Auflage, München-Wien 1994, S. 31.

Das Bundesverfassungsgericht nahm den Sphärengedanken zunächst in abgewandelten Formen auf und leitete aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG den Anspruch des einzelnen Bürgers auf Respektierung eines privaten Lebensbereiches ab<sup>31</sup>. In der Mikrozensus-Entscheidung<sup>32</sup> gestand es dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Innenraum zu, „in dem er sich selbst besitzen kann und keinerlei Zugriffe dulden muss“. Demzufolge sprach das Gericht dem Staat das Recht ab, den Menschen zwangsweise in seiner Persönlichkeit zu erfassen.

Der Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist freilich nur schwer zu definieren<sup>33</sup>. Letztlich ist er ein Blankettbegriff, mittels dessen die Rechtsprechung sich selbst ermächtigte, die seit eh und je bestehenden Regeln des Takts, des Anstands, der Sitte und der Moral unter Berücksichtigung der veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall nach sorgfältiger Abwägung zu verrechtlichen<sup>34</sup>. Dieses Allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches die Weiterentwicklung des Rechts der Achtung der Privatsphäre darstellt<sup>35</sup>, ist Gegenstand verschiedener Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>36</sup> gewesen, in denen das Gericht die Bedeutung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in einzelnen Lebensbereichen näher konkretisiert hat. Den Hintergrund bildet die Überlegung, dass insbesondere die modernen Entwicklungstendenzen auf technischem Gebiet zunehmend die engere persönliche Lebenssphäre des Einzelnen berühren und gefähr-

---

<sup>31</sup> BVerfGE 6, 32 (41); BVerfGE 27, 344 (350 ff.); BVerfGE 33, 367 (378).

<sup>32</sup> BVerfGE 27, 1 (6).

<sup>33</sup> Ehmann, Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, 193 (195 f.).

<sup>34</sup> Ehmann, RDV 1998, 235 (238).

<sup>35</sup> Dieses Recht auf Achtung der Privatheit ist in folgenden Fällen konkretisiert worden: BVerfGE 27, 1 (6 ff.) (Mikrozensus); BVerfGE 27, 344 (350 ff.); BVerfGE 32, 373 (378 ff.).

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 35, 202 (218 ff.) (Lebach); BVerfGE 39, 1 (43); BVerfGE 44, 353 (372); BVerfGE 54, 148 (153, 155) (Eppler); BVerfGE 56, 37 (43); BVerfGE 63, 131 (142) (Gegendarstellung).

den und deshalb die in diesem Bereich anzusiedelnden Verhaltensformen einen stärkeren Schutz benötigen als sonstige Verhaltensweisen, die bereits von den traditionellen Freiheitsgarantien abschließend erfasst werden<sup>37</sup>. Aufgabe des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist es, eine Sphäre der Intimität für den Einzelnen sowie entsprechende Grundbedingungen zu gewährleisten, um damit Bereiche abzudecken, die mit den traditionellen konkreten Freiheitsrechten nicht abschließend erfasst werden können<sup>38</sup>. Um das zu verwirklichen, sind über die Sphäre persönlicher Lebensgestaltung hinaus insbesondere die persönliche Ehre<sup>39</sup>, das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person<sup>40</sup>, das Recht am eigenen Bild<sup>41</sup> und am nicht öffentlich gesprochenen Wort<sup>42</sup> und der Schutz vor Unterschlebung nicht getaner Äußerungen<sup>43</sup> vom Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfasst.

Der durch die Rechtsprechung entwickelte Persönlichkeitsschutz war zwar im Vergleich zum zuvor geltenden Recht ein beachtlicher Fortschritt, aber trotzdem nicht ausreichend zur Befriedigung des mit dem Aufkommen der elektronischen Datenverarbeitung entstehenden informationellen Schutzbedürfnisses. Dieses beruht vor allem auf den technischen Möglichkeiten der Speicherung nahezu unendlicher Datenmassen in Datenbanken, der Möglichkeit der Vernetzung<sup>44</sup> aller Datenbanksysteme mit der weiteren Möglichkeit der blitzartigen Übermittlung und Auswertung aller Daten zum Zwecke der Erlangung neuer Erkenntnisse, die mit herkömmlichen Methoden nicht oder jedenfalls so schnell nicht gewonnen werden konnten.

---

<sup>37</sup> Stefanie Mayer, Datenschutz und Europol, Neusäss 2001, S. 3 f.

<sup>38</sup> BVerfGE 54, 148 (153) (Eppler).

<sup>39</sup> BVerfGE 54, 208 (217); BVerfGE 54, 148 (154) (Eppler).

<sup>40</sup> BVerfGE 35, 202 (220) (Lebach); BVerfGE 54, 148 (154) (Eppler).

<sup>41</sup> BVerfGE 34, 238 (245 f.); BVerfGE 54, 148 (154) (Eppler).

<sup>42</sup> BVerfGE 34, 238 (246).

<sup>43</sup> BVerfGE 54, 148 (155) (Eppler); BVerfGE 54, 208 (217).

<sup>44</sup> Mit der Schaffung des Internets hat das Problem eine neue Dimension erlangt. Zudem führen weitere technische Neuerungen (Multimedia, Telearbeit, Chipkarten, Gendateien, Globalisierung des Wirtschaftssystems) zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit von Datenschutz.

Demnach war es Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes, die in seiner bisherigen Rechtsprechung entwickelten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte weiter zu konkretisieren.

### **3. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung**

Die Kette der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes zu Inhalt und Grenzen des Persönlichkeitsrechts mündete in dem sogenannten *Volkszählungsurteil* vom 15. Dezember 1983<sup>45</sup>. Darin entnimmt das Gericht dem Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) das Recht des Einzelnen, über die eigene „soziale Rolle“ in der Gesellschaft selbst zu bestimmen. Unter Aufgabe der Sphärentheorie spricht das Gericht mit Blick auf die moderne Informations- und Kommunikationstechnologien von einem informationellen Selbstbestimmungsrecht. Die einfachgesetzliche Konkretisierung dieses Rechts ist das Datenschutzrecht.

#### **a) Grundsatzurteil zum Volkszählungsgesetz**

In seinem *Grundsatzurteil zum Volkszählungsgesetz* hat das Bundesverfassungsgericht auf die Gefahr der Erstellung partieller oder weitgehend vollständiger Persönlichkeitsbilder, deren Richtigkeit und Verwendung der Betroffene nicht zureichend kontrollieren kann, hingewiesen und daraus folgend den notwendigen Schutz für die freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet. Dies bildet die Grundlage für das Recht des Einzelnen, selbst über die Verwendung seiner Daten zu bestimmen. Dieses aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG entnommene informationelle Selbstbestimmungsrecht<sup>46</sup> erstreckt sich auf alle personenbezogenen Daten, wobei harmlose und sensitive Daten, persönliche und höchstpersönliche Daten, Daten der Individual- und der Intim-

---

<sup>45</sup> BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählung).

<sup>46</sup> BVerfGE 65, 1 (Volkszählung).

sphäre (in unterschiedlicher Schutzdichte<sup>47</sup>) umfasst werden. Danach gibt es im Rahmen der automatisierten Datenverarbeitung keine belanglosen Daten. Folglich kann nur durch den Schutz aller Daten ein wirksamer Datenschutz gewährleistet, insbesondere das uneingeschränkte Zusammenfügen von Einzeldaten zu vollständigen Persönlichkeitsbildern verhindert werden. Deutlich wird somit, dass die bisherige Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht in dem Sinne fortgesetzt wird, dass das Gericht dieses Recht unter den Bedingungen der modernen Informationstechnologie konkretisiert, um es den dadurch entstehenden neuen Herausforderungen anzupassen.

## **b) Maschinelle Datenverarbeitung**

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht keine explizite Aussage zu der Frage getroffen, ob und wann ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht bei der maschinellen Datenverarbeitung vorliegt<sup>48</sup>, jedoch genügt nach *Auffassung des Gerichts* allein die Gefährlichkeit der Datenverarbeitung, um bei jeder Form der Datenverarbeitung die Notwendigkeit eines Gesetzesvorbehaltes zu begründen<sup>49</sup>. Demnach stellt jede Erhebung, Verarbeitung, Verwendung und Übermittlung personenbezogener Daten gegen den Willen des Betroffenen im Zusammenhang mit automatisierter Datenverarbeitung einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht dar<sup>50</sup>. Nach anderer Ansicht<sup>51</sup> besteht durch die Informationserhe-

---

<sup>47</sup> BVerfGE 72, 1 (7) (Mikrozensus); BVerfGE 80, 367 (Tagebuch).

<sup>48</sup> Klaus Vogelgesang, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 1987, S. 61.

<sup>49</sup> BVerfGE 65, 1 (43) (Volkszählung).

<sup>50</sup> BVerfGE 65, 1 (43) (Volkszählung); BVerfGE 100, 313 (366); ebenso Otto Mallmann, in: Spiros Simitis/Ulrich Dammann/Hansjörg Geiger/Otto Mallmann/Stefan Walz, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 1992, § 3 Rdnr. 106; Walz, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 2.

<sup>51</sup> Vogelgesang, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 1987, S. 146 ff.

bungs- beziehungsweise -verarbeitungsmaßnahme die Möglichkeit der Gefährdung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung oder eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Die Annahme eines Eingriffs hängt mithin nach den unterschiedlichen Auffassungen von folgendem ab<sup>52</sup>: Bei einer zwanghaften Abgabe personenbezogener Informationen ist ein Eingriff nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gegeben<sup>53</sup>. Nach anderer Ansicht<sup>54</sup> wird dieser jedoch durch eine Einwilligung des Betroffenen kompensiert<sup>55</sup>. Des Weiteren ist ein Eingriff dann zu bejahen, wenn die Daten zweckentfremdet verwendet werden<sup>56</sup>, so dass eine Weitergabe und Verarbeitung innerhalb des Erhebungszweckes möglich und gewollt ist<sup>57</sup>. Zudem ist nach der Art und Weise der geplanten Informationsverarbeitung zu unterscheiden. Dient sie zur Aufbewahrung der Daten, so sind an den Eingriff höhere Anforderungen zu stellen als an die Maßnahme der Übermittlung. Letztlich ist ein Eingriff auch immer dann gegeben, wenn die Informationserhebungs- beziehungsweise Informationsverarbeitungsmaßnahme heimlich erfolgt. Im Ergebnis ist dort, wo die Grenze der kundenorientierten Werbung hin zur Bildung von Persönlichkeitsprofilen überschritten wird, der Kern des informationellen Selbstbestimmungsrechtes berührt<sup>58</sup>. Deutlich wird, dass die Gefährlichkeit der elektronischen Datenverarbeitung selbst zur Begründung eines Eingriffs in den grundrechtlich verbürgten Schutzbereich genügt, was gesetzliche Regelungen zum Schutz des Betroffenen erforderlich macht. Diese Regelungen kann man unter dem Begriff des Datenschutzrechts zu-

---

<sup>52</sup> Vgl. im einzelnen zur Systematik: Mayer, Datenschutz und Europol, 2001, S. 30 ff.

<sup>53</sup> BVerfGE 65, 1 (46) (Volkszählung).

<sup>54</sup> Christoph Gusy, Informationelle Zusammenarbeit zwischen Sicherheitsbehörden, CR 1989, 628.

<sup>55</sup> Inwiefern das im Rahmen eines sogenannten Grundrechtsverzichts möglich ist, ist anhand des Verständnisses von Grundrechten zu erörtern, soll hier aber vernachlässigt werden.

<sup>56</sup> BVerfGE 65, 1 (46).

<sup>57</sup> Mayer, Datenschutz und Europol, 2001, S. 31.

<sup>58</sup> DSB-Tätigkeitsbericht 2000, S.183.

sammenfassen, über dessen Ausprägungen nachfolgend ein Überblick vermittelt wird.

## **II. Datenschutzrecht**

### **1. Öffentlich-rechtliche Grundlagen**

#### **a) Internationale Abkommen und EG-Richtlinien**

Lediglich völkerrechtliche Wirkungen und damit keinen unmittelbaren Einfluss auf zivilrechtliche vertragliche Beziehungen haben die Richtlinien der Vereinten Nationen betreffend personenbezogene Daten in automatisierten Dateien<sup>59</sup>, die Empfehlung des Rates der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung über Leitlinien für den Schutz des Persönlichkeitsbereichs und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten<sup>60</sup> und schließlich auch das Übereinkommen des Europarates zum Schutze des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten (Europäische Datenschutzkonvention)<sup>61</sup>.

Für einige datenschutzrechtlich relevante Bereiche<sup>62</sup> wurden internationale Empfehlungen verabschiedet, wie zum Beispiel die Empfehlung des Europarates zum Schutz personenbezogener Daten für Beschäftigungszwecke<sup>63</sup> und zum Schutz personenbezogener Daten, die für Zahlungszwecke oder andere damit im Zusammenhang stehende Geschäfte verwendet werden<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Richtlinien vom 4. Dezember 1990.

<sup>60</sup> Empfehlung vom 23. Dezember 1980, Bundesanzeiger Nr. 215 vom 14.11.1981.

<sup>61</sup> Übereinkommen vom 28. Januar 1981.

<sup>62</sup> Vgl. den Überblick etwa bei Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 3. Auflage, München-Wien 1998, S. 94 ff., 283 ff., 514 ff.

<sup>63</sup> Abgedruckt bei: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Dokumentation zum Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden, Stand: Juni 2001, D 3.9 und in RDV 1990, 41 ff.

<sup>64</sup> Empfehlung des Europarates vom 13. September 1990 zur Ergänzung des Datenschutzübereinkommens des Europarates von 1981/1985, abgedruckt bei:

## **b) Zivilrechtliche Instrumente des Datenschutzes**

Zivilrechtlich leiten sich Ansprüche auf die Bewahrung mitgeteilter personenbezogener Daten, soweit sie nicht die in § 203 Abs. 1, 3 StGB genannten Berufsgruppen betreffen, entweder aus Vertrag oder aus Delikt (i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB) ab. Der deliktsrechtliche Schutz wird für die in § 203 Abs. 1, 3 StGB erwähnten Berufsgruppen über § 823 Abs. 2 BGB, generell über § 823 Abs. 1 BGB (Verletzung des Persönlichkeitsrechts) vorgenommen. Mit dem Bezug zum Persönlichkeitsschutz wird die Brücke zum Bundesdatenschutzgesetz geschlagen.

## **2. Das Bundesdatenschutzgesetz als datenschutzrechtliche Zentralnorm**

### **a) Historie**

Mit dem Aufkommen der automatisierten Datenverarbeitungstechnik ist nicht bloß ein stärkerer Persönlichkeits- und Informationsschutz erforderlich geworden, es hat sich auch die „juristische Technik“ des Informationsschutzes grundlegend verändert. Die Juristen haben sich dabei die technische und begriffliche Trennung des Informationsprozesses in die dargelegten Phasen bei der Ausarbeitung der Regelungen der Datenschutzgesetze zu eigen und zu nutze gemacht. Die Speicherung, Übermittlung, Auswertung und Löschung von Daten wurde zum Begriff der Datenverarbeitung zusammengefasst und der speziellen Regelungen der Datenschutzgesetze unterworfen. Die Datenerhebung und die Datennutzung blieben zunächst außerhalb des Begriffs der Datenverarbeitung und jedenfalls in den ersten Datenschutzgesetzen auch außerhalb der Regelungen des Datenschutzrechts<sup>65</sup>. In Umsetzung der Datenschutzrichtlinie wurde

---

Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Dokumentation zum Bundesdatenschutzgesetz, D 3.10 und in RDV 1991, 91 ff.

<sup>65</sup> Siehe dazu Bundesdatenschutzgesetz 1977.

auch die Datenerhebung und Datennutzung in den Begriff der Datenverarbeitung und damit in den Geltungsbereich des Datenschutzrechts einbezogen. Die Datenverarbeitung und später auch die Datennutzung und die Datenerhebung wurden auf Grund des Prinzipienwechsel von der Informationsfreiheit zum Informationsverbot einem grundsätzlichen Verbot mit Legalausnahmen unterworfen (§ 4 Abs. 1 BDSG). Für den Bereich nicht-öffentlicher Stellen enthält § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG eine die Datenverarbeitung rechtfertigende Generalklausel. Dagegen wird die Datenverarbeitung im öffentlichen Bereich von dem Grundsatz beherrscht, dass diese nur im Rahmen der durch die Zuständigkeit bestimmten Kompetenz einer Behörde zulässig ist. Deutlich wird, dass das Bundesdatenschutzgesetz dem Grundsatz der freien Datenverarbeitung eine eindeutige Absage erteilt. Die Datenverarbeitung unterliegt einem Regel-Ausnahme-Vorbehalt. Der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen genießt danach regelmäßig Vorrang, kann aber mit Blick auf die Rechte des Informationsverarbeiters zurücktreten (vergleiche unter anderem § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG).

## **b) Zweck**

Zweck des Bundesdatenschutzgesetzes ist es, „den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird“ (§ 1 Abs. 1 BDSG)<sup>66</sup>. Das Datenschutzrecht ist also vorverlagertes Persönlichkeitsschutzrecht<sup>67</sup>. Die Datenschutztatbestände sind gewissermaßen vergleichbar „abstrakten Gefährdungsdelikten“ hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes. Gemäß § 1 Abs. 1 BDSG erschöpft sich Datenschutz nicht – wie der Wortlaut des Begriffes vermuten

---

<sup>66</sup> Im Gegensatz dazu hat § 1 BDSG 1977 den Regelungszweck des Gesetzes sehr unklar mit der Aufgabe bestimmt, mit dem Schutz personenbezogener Daten vor Missbrauch der Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Betroffenen entgegenzuwirken.

<sup>67</sup> Ehmann, RDV 1998, 235 (239).

lässt – im Schutz von Daten, sondern dient vielmehr dem Schutz des einzelnen Betroffenen, der vor den Gefahren, die die Datenverarbeitung für ihn mit sich bringt, geschützt werden soll. Die Schutzvorschriften des Datenschutzrechts greifen jedoch nicht erst ein, wenn die Persönlichkeitsrechte einer Person verletzt werden oder konkret verletzt zu werden drohen, sondern versuchen den Umgang mit personenbezogenen Daten so zu regeln, dass konkrete Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts erst gar nicht eintreten können (vorverlagerter Persönlichkeitsschutz). Gegenstand des Datenschutzes ist somit der rechtmäßige Umgang mit personenbezogenen Daten und nicht nur die Verhinderung vorwerfbar Fehlverhaltens<sup>68</sup>.

Das Bundesdatenschutzgesetz unterscheidet insoweit zwischen der sogenannten technischen Datensicherung nebst Anlage mit Regelungen über Zugangskontrolle, Datenträgerkontrolle, Speicherkontrolle, Benutzerkontrolle, Zugriffskontrolle, Übermittlungskontrolle, Eingabekontrolle (§ 9 BDSG) sowie dem eigentlichen Datenschutzrecht mit den Regelungen über die Datenerhebung, Datenspeicherung, Datenübermittlung, Datenauswertung (Datenveränderung), Datenlöschung und Datensperrung sowie über die Datennutzung. Die Datenverarbeitung betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen personenbezogene Daten erhoben, gespeichert, übermittelt, gelöscht, ausgewertet, gesperrt und genutzt werden dürfen. Die begriffliche Zerlegung ist den technischen Vorgängen nachgebildet.

---

<sup>68</sup> Alfred Bülesbach, Das neue Datenschutzgesetz, NJW 1991, 2593 (2595).

### **c) Systematik (Verbot mit Legalausnahmen)**

Bei dem hier besprochenen Sachverhalt handelt es sich um eine Datenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich. Dafür gelten die Vorschriften des allgemeinen Teils der §§ 1 ff. und die §§ 27 ff. BDSG. § 4 Abs. 1 BDSG verbietet den Umgang mit personenbezogenen Daten grundsätzlich. Die Arbeit mit personenbezogenen Daten ist danach nur zulässig, wenn das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies ausdrücklich erlaubt beziehungsweise anordnet oder soweit der Betroffene unter den Voraussetzungen des § 4 a BDSG eingewilligt hat. § 4 Abs. 1 BDSG ordnet somit ein präventives Verbot des Umgangs mit geschützten Daten an. Da die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten allein von der Erfüllung einschlägiger Erlaubnisnormen abhängt, handelt es sich systematisch um ein von einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, bei dem die Durchbrechung des Verbots von der vorherigen administrativen Prüfung und Genehmigung der Vorgänge abhängt, zu unterscheidendes präventives Verbot mit Legalausnahmen.

Unter der Voraussetzung einer Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes ergibt sich somit ein grundsätzliches Verbot für den Rechtsanwalt, Daten zu Marketingzwecken zu verwenden. Dass Anwälte dennoch ein erhebliches Interesse an einer marketingorientierten Verarbeitung haben, das sogar noch über das Verarbeitungsinteresse der gewerbetreibenden Wirtschaft hinaus geht, belegt die wirtschaftliche Situation der Anwaltschaft unter Berücksichtigung der durch Landesrecht eingeschränkten Möglichkeiten der Kundenansprache.

### III. Rechtsanwalt und Marketing

Die Zahl der Rechtsanwälte in Deutschland steigt unaufhörlich. Die Anwaltschaft droht mit 117.000 Mitgliedern<sup>69</sup> langsam „aus den Nähten zu platzen“<sup>70</sup>. Aber auch andere Berufszweige (wie Steuerberater, Insolvenzverwalter, Verbände, Banken) streiten mit der Anwaltschaft um Marktanteile<sup>71</sup>. Mit jeder weiteren Zulassung wird der Konkurrenzdruck größer. Gleichzeitig schwindet die früher in den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts geforderte Kollegialität. Große Kammerbezirke wie Frankfurt am Main und München haben schon seit langem jeweils mehr als 10.000 Mitglieder. Dadurch ist jeder Rechtsanwalt gefordert, sich mit den Erkenntnissen der Marketing- und Managementlehre zu beschäftigen<sup>72</sup>. Marketing ist notwendig, um Mandanten zu gewinnen beziehungsweise zu halten<sup>73</sup>. Professionelles Management hilft Kosten zu senken und den Gewinn zu erhöhen<sup>74</sup>. Marketing und Management sind also neben der anwaltlichen Leistung selbst für den beruflichen Erfolg eines Rechtsanwalts von Wichtigkeit<sup>75</sup>. Interessant ist ein Vergleich: Konsumgüter-Marken wie Coca-Cola geben etwa sieben Prozent ihres Jahresumsatzes für Marketingmaßnahmen aus, US-amerikanische Anwaltskanzleien dagegen in der Regel zwei Prozent und in Deutschland investieren große Sozietäten derzeit gerade einmal 0,2 Prozent des Jahresumsatzes<sup>76</sup>. Im Hinblick darauf wird das kommende Jahrzehnt gerade für die deutsche Anwaltschaft das „Jahrzehnt des Marketing“, denn

---

<sup>69</sup> Martin W. Huff, Marktentwicklung der deutschen Anwaltschaft 1991-2001, BRAK-Mitt. 2002, 3.

<sup>70</sup> Georg Büschgens, Folgemandate und gesunder Mandantenstamm. Aber wie?, Die Kanzlei 2000, 157.

<sup>71</sup> Büschgens, Die Kanzlei 2000, 157.

<sup>72</sup> Wolfgang Hartung, Der Anwaltsberuf im Wandel, MDR 1999, 1301 (1303); Benno Heussen, Geleitwort, in: Brüning/Abel (Hrsg.), Die moderne Anwaltskanzlei - Gründung, Einrichtung und rationelle Organisation, 2001, S. 5.

<sup>73</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 (1303).

<sup>74</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 (1303).

<sup>75</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 (1303).

<sup>76</sup> Sabine Vöhringer, Anwaltsmarketing - Der Weg zu Transparenz, Die Kanzlei 2000, 17 (18).

sie ist am wenigsten auf den Zustand „totaler Konkurrenz“<sup>77</sup> vorbereitet, so dass hier verstärkt innovative Angebote entwickelt werden müssen. Demnach ist es nicht verwunderlich, dass die anwaltliche Literatur sich mehr und mehr mit diesen Erkenntnissen befasst und ihnen eine bisher nicht gekannte Aufmerksamkeit widmet<sup>78</sup>. Gleichwohl steht die Anwaltschaft in Bezug auf das Marketing und Management erst am Anfang einer Entwicklung, die mit dem Inkrafttreten des § 43 b BRAO<sup>79</sup> im Jahre 1994 begonnen hat und von der noch nicht gesagt werden kann, wo sie endet<sup>80</sup>. Werden aber, was sich abzeichnet<sup>81</sup>, die Marketing- und Managementkenntnisse, die Betriebswirtschaftler in der Vergangenheit für gewerbliche Unternehmen gewonnen haben, auch für die Anwaltskanzlei genutzt, erfordert dies ein hohes Maß an Anpassungsfähigkeit und Flexibilität, mithin die Abkehr von dem früheren Berufsbild des Rechtsanwalts<sup>82</sup>. Neben laut werdenden Besorgnissen, dass dem Rechtsanwalt die notwendige Distanz zum Mandanten verloren gehen könnte und dass der Umgangston zwischen den Rechtsanwälten „rauer“ werde<sup>83</sup>, steht auch die Befürchtung, dass der Anwalt die ihm anvertrauten Daten zu kommerziellen Zwecken nutzt.

---

<sup>77</sup> Anton Meyer, Die turbulente Zukunft der freien Berufe, Harvard Business Manager 4/1988, 42.

<sup>78</sup> Vgl. z.B. Petra Blümel,/Frank E. Diem/Ulrich Hocke, Qualitätsmanagement und Zertifizierung - Leitfaden für Rechtsanwälte, Köln 1998; Andreas Krämer/Reinhold Mauer/Anton Braun, Erfolgreiche Anwaltswerbung, Köln 1999; Hartung/Rachelle Römermann (Hrsg.), Marketing- und Management-Handbuch für Rechtsanwälte, München 1999; Mauer/Krämer, Marketingstrategien für Rechtsanwälte, München 1996; Mauer/Krämer/Rolf Becker, Unternehmensführung für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe, München 1997; Wolfgang, Schiefer/Ulrich Hocke, Marketing für Rechtsanwälte, Bonn 1996; Fritz Unger/Matthias Wolf, Erfolgreiches Anwaltsmarketing - Strategien für Rechtsanwälte, Heidelberg 1993.

<sup>79</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung vom 01.08.1959 (BGBl. I S. 565), i.d.F. vom 21.06.2002 (BGBl. I 2144).

<sup>80</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 (1303).

<sup>81</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 (1303).

<sup>82</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 (1303).

<sup>83</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 (1303).

Umso notwendiger scheint es, dem „verdrängten Thema“<sup>84</sup> „Datenschutz im Anwaltsbüro“ Auftrieb zu verschaffen. Die Auseinandersetzung mit der Auslegung und Systematik von Anwaltsrecht und Datenschutzrecht in ihrem Verhältnis zueinander wird umso wichtiger, je mehr der Rechtsanwalt sich zur Bearbeitung seiner Mandate automatisierter Datenverarbeitung bedient<sup>85</sup>. Es geht dabei nicht nur um die Abwicklung bürotechnischer Aufgaben, wie Adressenverwaltung, Terminplanung oder Buchhaltung, sondern gerade auch um die eigentlichen Geistesprodukte beruflicher Tätigkeit, die in Schriftsätzen, Aktenvermerken, Vertragsentwürfen, Literaturrecherchen oder Rechtsprechungsübersichten ihren Niederschlag finden und die - mit geeigneter Software - im Personal Computer bearbeitet, sortiert und ausgewertet werden können<sup>86</sup>, mithin auch zu Marketingzwecken. Wenn schon das Datenschutzrecht der Betroffenen im gewerblichen Bereich nicht ausreicht<sup>87</sup>, ist der Schutz des Einzelnen vor einer kommerziellen Nutzung seiner Daten durch den Anwalt umso fraglicher.

Der Zwang zur Rentabilität und die Notwendigkeit einer Umorientierung, deren erste Auswirkung, nämlich der Wandel des beruflichen Selbstverständnisses, bereits jetzt deutlich wird, wird Anwälte bereits in naher Zukunft dazu zwingen, die Möglichkeiten moderner Informationsverarbeitung, wie sie nachfolgend im Teil B dargestellt werden, zu nutzen. Inwieweit dies derzeit gesetzlich zulässig ist (Teil C), wird sodann im Anschluß besprochen, um letztlich daraus rechtspolitische Forderungen abzuleiten (Teil E).

---

<sup>84</sup> Florian Edinger, Datenschutz im Anwaltsbüro, NJW-CoR 6/1991, 26.

<sup>85</sup> Giselher Rüpke, Anwaltsrecht und Datenschutzrecht, NJW 1993, 3097.

<sup>86</sup> Rüpke, NJW 1993, 3097.

<sup>87</sup> DSB-Tätigkeitsbericht 2000, S. 19.

## **B. Database Marketing in der Anwaltskanzlei**

Geht man davon aus, dass auch die Anwaltskanzlei als Wirtschaftsunternehmen zu betrachten ist, rechtfertigt dies im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten die Anwendung betriebswirtschaftlicher Grundsätze, also auch des Problemlösungskonzepts „Marketing“ auf den anwaltlichen Geschäftsbetrieb. Was ökonomisch nicht erst seit Anerkennung der sozialwissenschaftlichen Systemtheorie unstreitig ist, das heißt seit der Erkenntnis, dass zum erfolgreichen Überleben des Unternehmens die ständige und rechtzeitige Anpassung an externe Veränderungen erforderlich ist<sup>88</sup>, muss nun auf Grund der Veränderungen des Marktes für Rechtsberatungen auch die Anwaltschaft akzeptieren. Betrachtet man nun den Anwalt losgelöst vom Berufsbild des § 2 BRAO als Dienstleister<sup>89</sup>, so stellen sich für ihn prinzipiell dieselben allgemeinen Probleme des Wettbewerbs wie für andere Anbieter von Dienstleistungen oder Verkäufer von Waren, für deren erfolgreiche Überwindung durch Wettbewerbsvorteile Link<sup>90</sup> folgende Übersicht aufstellt:

---

<sup>88</sup> Link, Database Marketing und Computer Aided Selling, München 1993, S. 12.

<sup>89</sup> Vgl. zu den Merkmalen anwaltlicher Dienstleistung, Wolfgang Schiefer, Marketing und Kanzleiimage, in: Brüning/Abel, Die moderne Anwaltskanzlei - Gründung, Errichtung und rationelle Organisation, 2001, § 3 Rn. 2 ff.

<sup>90</sup> Link, Database Marketing und Computer Aided Selling, 1993, S. 13.

Tabelle 1: Unternehmenskontext und Wettbewerbsvorteile

Unternehmenskontext	Wettbewerbsvorteil
<u>Diversität</u> : Unterschiedlichkeit der Kundenanforderungen	Individualisierung
<u>Variabilität</u> : Änderungsgeschwindigkeit, z.B. Verkürzung der Marktzyklen	Schnelligkeit
<u>Komplexität</u> : Vielschichtigkeit, Beherrschbarkeit, z.B. Verlängerung der Entwicklungszyklen	Lernfähigkeit
<u>Preisbewusstsein</u> : Bedeutung des Preises innerhalb aller Kaufkriterien	Kostenvorteile
<u>Konkurrenzintensität</u> : Zahl und Stärke der Wettbewerber	Innovationsfähigkeit

Sind somit die grundsätzlichen Probleme wettbewerblich orientierter Unternehmen und die korrespondierenden Wettbewerbsvorteile bekannt, stellt sich die Frage nach dem optimalen Weg zur Vorteilserreichung, das heißt nach der richtigen Methodik, also der Marketingstrategie.

## **I. Marketing-Methodik**

Befasst man sich mit Marketingstrategie, ist zunächst der Begriff des Marketing zu klären, um sodann vor der geschichtliche Entwicklung auf einzelne Methoden einzugehen.

### **1. Der Begriff des Marketing**

Marketing ist ein aus dem angelsächsischen Sprachgebrauch übernommener Begriff, der zu Beginn des 20. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten aufkam und seit dem Zweiten Weltkrieg auch Eingang in die deutsche Sprache gefunden hat. Gegenstand und Interpretation des Begriffs Marketing waren in der Vergangenheit zahlreichen Wandlungen unterlegen.

Ursprünglich, das heißt Mitte der fünfziger Jahre, wurde Marketing schlicht mit dem deutschen Wort „Absatz“ erklärt. Marketing in diesem Sinne bedeutete nichts anderes als die Vermarktung von Gütern, für die eine ausreichende Nachfrage bestand. Zentraler Aspekt des Marketing-Begriffs in seiner ursprünglichen Form war mithin eine reine Distributionsfunktion<sup>91</sup>. Mit dem allmählichen Übergang vom Verkäufer- zum Käufermarkt waren die Unternehmen in zunehmendem Maße gezwungen, ihre Absatzmärkte systematisch zu erschließen und zu bearbeiten. Zunehmend trat eine zusätzliche Verbraucher-, Handels-, Wettbewerbs-, und Umweltorientierung ein. Bedingt durch die sich ständig ändernden und an Bedeutung gewinnenden wirtschaftlichen und sozialen Aspekte ist Marketing daher inzwischen zur Unternehmensphilosophie und zu einer Unternehmensführungskonzeption geworden. Das Primat des Marketing verlangt, sämtliche Funktionsbereiche der Unternehmung auf die Erfordernisse des Absatzmarktes auszurichten<sup>92</sup>. In diesem Sinne definiert Meffert<sup>93</sup> Marketing als „Planung, Koordination und Kontrolle aller auf die aktuellen und potentiellen Märkte ausgerichteten Unternehmensaktivitäten. Durch die dauerhafte Befriedigung der Kundenbedürfnisse sollen die Unternehmensziele im gesamtwirtschaftlichen Güterversorgungsprozess verwirklicht werden.“

Auf diesem Boden ist Database Marketing ein Marketing- und Verkaufssystem, das fortwährend Informationen und Daten erfasst, verfeinert und verwendet, um für jeden Kunden relevante Marketingbeziehungsweise Verkaufsprogramme zu entwickeln, so dass poten-

---

<sup>91</sup> Heribert Meffert, Marketing, 9. Auflage, Wiesbaden 2000, S. 27, 29 weist darauf hin, dass die Märkte seit jeher an den Ausgangspunkt aller unternehmerischer Erwägungen gestellt werden. Die eigentliche Unternehmensleistung habe immer schon darin bestanden, vorhandene und laufende Bedürfnisse zu befriedigen, d.h. Produkte und Dienste zur Erfüllung von Käuferbedürfnissen am Markt anzubieten. Insoweit habe die Verwendung des Begriffs Marketing zunächst nichts Neues beinhaltet.

<sup>92</sup> Robert Nieschlag/Erwin Dichtl/Hans Hörschgen, Marketing, 16. Auflage, Berlin 1991, S. 13.

<sup>93</sup> Meffert, Marketing, 2000, S. 31.

tielle Kunden angesprochen, Neukunden erfasst und bisherige Kunden verstärkt an das Unternehmen gebunden werden. In Abgrenzung zum Direktmarketing (= Strategie) meint Database Marketing eine Organisationsstruktur, die die Bereiche der Marktforschung, der Produktentwicklung und des Kundenservice umfasst.

### **a) Geschichte des Marketing**

Da auch der Begriff des Marketing in der Vergangenheit zahlreiche Wandlungen erfahren hat, ist zum Verständnis der heutigen Situation und damit der Entwicklung von Perspektiven zunächst der Werdegang des Marketing näher zu beleuchten. Die folgende Abbildung verdeutlicht in kurzer Übersicht die typischen Kennzeichen der jeweiligen Entwicklungsphasen und die Stellung des Marketing im gesamten Unternehmen.

Tabelle 2: Entwicklungsphasen des Marketing

Konzept der Absatzpolitik	Ausgangssituation	Merkmale <sup>94</sup> Stellung des Marketing	Slogan
Produktorientierung (50er Jahre)	Verkäufermarkt (hohe Nachfrage nach Produkten)	Kapazität als Engpass keine Marketingstelle	Dieses Produkt ist alles, was der Kunde braucht und bekommt!
Verkaufsorientierung (60er Jahre)	Übergang zum Käufermarkt	Kunde als Engpass Stelle im Vertrieb oder Abteilung neben Vertrieb	Wir verkaufen, was wir herstellen!
Marketingorientierung (70/80er Jahre)	Zunehmende Verbrauchermacht und Überfluggesellschaft	Kunden- und Konkurrenzorientierung Hauptabteilung Marketing	Wir produzieren, was sich verkaufen lässt!
Kundenindividuelles Marketing (ab 90er Jahre)	Globalisierung, verkürzte Marktzyklen, stagnierende Märkte	Marktorientierte Unternehmensführung Marketing als Denken	Wir verkaufen erst, dann produzieren wir!

Diese hier nur im Überblick skizzierten Gedanken sollen im Folgenden aufgegriffen und anhand der Entwicklungsstufen des Marketing näher dargestellt werden.

## b) Die Phasen des Marketing

Vergleichbar einem gewerblichen Produkt unterliegt auch Marketing einem gewissen Lebenszyklus, der in jeder Phase eine höhere Entwicklungsstufe erreicht.

<sup>94</sup> Siehe auch Peter Schütz, Die Lebenszyklen des Marketing, Absatzwirtschaft Sondernummer Oktober 1994, S. 34.

### **aa) Produktorientierung**

In der Vorphase des Marketing dominierte im Unternehmen die Produktorientierung, die durch die damalige Verkäufersituation am Markt geprägt war. Die Nachfrage war stets hoch, so dass besondere Anstrengungen im Bereich der Absatzpolitik nicht erforderlich waren. Primär konzentrierten sich die Unternehmen auf den Aufbau von Kapazitäten, so dass die Zielsetzung des Betriebes darauf ausgerichtet war, Engpässe zu beseitigen und Kosten zu senken. Eine Marketingabteilung war demnach nicht erforderlich. Es genügte ein leistungsstarker Versand.

### **bb) Verkaufsorientierung**

Der Wandel vom Verkäufer- zum Käufermarkt führte in den 60er Jahren zur Entwicklung des klassischen Konsumgütermarketing. Erste Sättigungserscheinungen in den Märkten hatten erste Ansätze der Verkaufsorientierung zur Konsequenz. Der Kunde, und nicht die Kapazität, war nunmehr der Engpass. Die Betriebe versuchten, durch aktiven Verkauf und intensive Werbemaßnahmen, das heißt über aggressive Preispolitik und intensive Medienwerbung ihre Erzeugnisse abzusetzen. Ziel war es, den Absatz „gegebener“ Produkte zu fördern und Umsätze zu maximieren<sup>95</sup>.

### **cc) Marketingorientierung**

Erst in der Zeit des „klassischen“ Marketing in den 70er Jahren wurde der Ansatz, dass der Markt nicht den End-, sondern den Ausgangspunkt aller Aktivitäten darstellen sollte, gefunden. Auslöser dieser Überlegungen war die zunehmende Verbrauchermacht und

---

<sup>95</sup> Link, Database Marketing und Computer Aided Selling, 1993, S. 9.

Überflusgesellschaft. Demnach zeigte sich der Wille, die Massenproduktion nicht an Kundenwünschen vorbei, sondern bedürfnisgerecht zu lenken. Zur Identifizierung der Bedürfnisse wurden Marktforschungsinstrumente und Marktsegmentierungsverfahren eingesetzt, die in den 70er Jahren zu einer Hinwendung zum differenzierten Marketing führte. Der Marktforschung wuchs damit die Schlüsselrolle zu, so dass sich die Unternehmensaktivitäten auf Markterfordernisse ausrichteten. Marketing wurde mithin zur Führungskonzeption<sup>96</sup>.

#### **dd) Strategisches Marketing**

Vor dem Hintergrund des mit der Globalisierung einsetzenden Verdrängungswettbewerbes wurden differenzierte Produkte ergänzend beziehungsweise als Alternative zu Massenprodukten angeboten. Verkürzte Marktzyklen, stagnierende Märkte führten dazu, dass Marketing sich verstärkt auf die Sicherung zukünftiger Erfolgspotentiale im Sinne von Produkten, Kunden und Märkten fokussierte. Das Denken und Handeln wurde zunehmend strategisch. So entwickelte sich Marketing in den neunziger Jahren weiter von einer bloßen Funktion im Organigramm hin zur Leitidee der marktorientierten Unternehmensführung<sup>97</sup>.

## **2. Aktuelles Marketing**

Diese Gedanken müssen kontinuierlich weiterentwickelt werden, um den sich ständig ändernden Bedingungen Rechnung zu tragen. In einem sich immer schneller verändernden Markt ist ein kundenorientiertes Management für das Überleben des Unternehmens notwendige Voraussetzung. Ein Unternehmen ist allein durch den Aufbau eines soliden Kundenstamms in der Lage, sein Überleben langfristig

---

<sup>96</sup> Link, Database Marketing und Computer Aided Selling, 1993, S. 10.

<sup>97</sup> Schütz, Die Lebenszyklen des Marketing, Absatzwirtschaft Sondernummer Oktober 1994, S. 34.

zu sichern<sup>98</sup>. Nach dem Ergebnis einer Befragung von 2000 amerikanischen Vorständen und Geschäftsführern wachsen Unternehmen mit hoher Kundenorientierung doppelt so schnell wie der Durchschnitt, erzielen um neun Prozent höhere Preise und haben größere Marktanteile als andere.

In vielen Marketing-Konzepten gehört das Akquirieren neuer Kunden zu den selbstverständlichen Zielsetzungen. Erfahrungen haben jedoch gezeigt, dass die einseitige Konzentration auf Neukundengewinnung bei gleichzeitiger Abwanderung von Stammkunden auf Dauer negative Folgen für ein Unternehmen mit sich bringt<sup>99</sup>. Kundenakquisition verursacht regelmäßig hohe Kosten, demnach stellt es eine Ressourcenverschwendung dar, einmal gewonnene Kunden nicht als künftige Stammkunden weiter zu pflegen. Der Absatz an bereits bekannte Kunden kostet weniger Zeit, Geld und Aufwand als die Akquisition neuer Kunden. In diesem Zusammenhang sind Kosten, die durch aktive Kundenbindung verursacht werden, als Investition in die Zukunft zu betrachten. Nach Schätzungen aus der Praxis beansprucht die Pflege loyaler Kundenpotentiale nur 15 bis 20 Prozent der Aufwendungen, die für eine vergleichbare Gewinnung neuer Kunden entstehen würden<sup>100</sup>. Zwar kann auf die Akquisition neuer Kunden nicht völlig verzichtet werden, da allein durch natürliche Fluktuation dem Unternehmen ständig Kunden verloren gehen und durch neue ersetzt werden müssen. Ziel muss es jedoch sein, einmal gewonnene Kunden stärker an das Unternehmen zu binden. Aufgabe eines zeitgemäßen Marketing ist es daher, rentable Kunden zu hal-

---

<sup>98</sup> S. Scheiter/C. Binder, Kennen Sie Ihren rentablen Kunden, Harvard Business Manager 2/1992, 17.

<sup>99</sup> Anton Meyer/Dirk Oevermann, Kundenbindung, in: Bruno Tietz/Richard Köhler/Joachim Zentes, Handwörterbuch des Marketing, 2. Auflage, Stuttgart 1995, Sp. 1340.

<sup>100</sup> Wolfgang Müller/H. Riesenbeck, Wie aus zufriedenen Kunden auch anhängliche Kunden werden, Harvard Business Manager 3/1991, 67.

ten und interessante Neukunden zu gewinnen<sup>101</sup>, vereinfacht gesagt, Kundenorientierung herzustellen.

### **a) Der Prozess der Kundenorientierung**

Der Begriff der Kundenorientierung ist nicht neu. Spätestens seit das Marketing vor 50 Jahren mit der Philosophie der Führung des Unternehmens vom Markt her Einzug in die Wirtschaft gehalten hat, bemühen sich die Unternehmen verstärkt um den Kunden<sup>102</sup>. Hinsichtlich des Individualisierungsgrades der jeweils vorherrschenden Produktangebote kann man in den letzten 100 Jahren einen u-förmigen Verlauf entdecken. Individualisierung gab es bereits vor der Einführung des Massenmarketing, als das Verhältnis zwischen Kunde und Händler noch sehr persönlich war (Tante-Emma-Laden, Maßschneider und so weiter)<sup>103</sup>. Bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts konnten Kunden fast ausschließlich Unikate erwerben. Mit der Industrialisierung sank jedoch der Individualisierungsgrad dramatisch, da die Grundbedürfnisse der Bevölkerung am effizientesten mit Hilfe der Massenproduktion befriedigt werden konnten.

In den fünfziger Jahren hatte Kundenorientierung nur als Funktion seinen Platz, das heißt Marketing blieb auf einen bestimmten Bereich mit entsprechendem Instrumenteneinsatz beschränkt. Der Kunde mit seinen individuellen Bedürfnissen spielte eine eher untergeordnete Rolle. Kundenorientierung war daher mehr eine Floskel, denn Denken und Handeln waren noch produktionsorientiert bestimmt. In der Zeit des klassischen Marketing bedeutete Kundenorientierung, die Bedürfnisse der Kunden zu identifizieren, um die eigenen Produkte

---

<sup>101</sup> Ralf T. Kreutzer, Database Marketing – Erfolgsstrategie für die 90er Jahre, in: Heinz Dallmer, Handbuch Direct-Marketing, 7. Auflage, Wiesbaden 1997, S. 626.

<sup>102</sup> Peter Hanser, Kundenorientierung: Reif für die Kulturrevolution?, Absatzwirtschaft 5/1994, S. 71.

<sup>103</sup> Philip Kotler/Friedhelm Bliemel, Marketing-Management, 10. Auflage, Stuttgart 2001, S. 409 ff.

herstellen zu können. Die Kundenorientierung richtete sich zu dieser Zeit jedoch auf ein Marktsegment anstatt auf einen einzelnen Kunden. Diese Art des traditionellen Massenmarketing beinhaltete noch nicht die Individualität der Unternehmenskommunikation und -maßnahmen.

Bereits in den 90er Jahren waren Kunden jedoch zunehmend weniger bereit, auf eine undifferenzierte Massenansprache zu reagieren<sup>104</sup>. Bedingt durch technologische Entwicklungen und verändertes Konsumentenverhalten zeigt sich eine neue Tendenz hin zu individualisierten Produkten (Individualisierungs-Spin-Off). Der Kunde von heute möchte als Individuum angesprochen und respektiert werden. Es gilt die Devise: "Marketing for Everybody is Marketing for Nobody". Die zunehmende Individualisierung der Kunden kann somit als weitere Entwicklungsstufe des Marketing angesehen werden.

Seither ist der Individualisierungsgrad weiter angestiegen. Die Anwendung dieses Ansatzes auf einen Massenmarkt mit Millionen von Kunden und die Bewältigung des damit verbundenen Grades an Detailliertheit<sup>105</sup> kennzeichnet diese Entwicklung. Die neue Kundenorientierung besitzt somit im Gegensatz zur alten die Möglichkeit der individualisierten Ansprache trotz des Massenmarktes.

## **b) Theoretische Ansätze einer modernen Kundenorientierung**

In der Literatur finden sich eine Vielzahl verschiedener Begriffe, welche die Auseinandersetzung um die neue Kundenorientierung prägen. Ein Beleg dafür sind die zahlreichen Bindestrich-Marketing-Begriffe. Value-Marketing, Reverse-Marketing, Integriertes-

---

<sup>104</sup> Kreutzer, Database Marketing - Erfolgsstrategie für die 90er Jahre, in: Dallmer, Handbuch Direct-Marketing, S. 624.

<sup>105</sup> Torsten Tomczak, Marktsegmentierung für Kundennähe, Thexis 3/1995, St. Gallen, S. 1.

Marketing, 1:1-Marketing, Loyalty-Marketing, Database Marketing, Direkt Marketing, Relationship-Marketing, Kundenstamm-Marketing, Customer-orientated-Marketing sind nur einige wenige Beispiele für die verschiedenen Bezeichnungen neuer Kundenstrategien. Bei genauem Hinsehen stellt man jedoch fest, dass es sich trotz neuer Überschriften weitgehend um althergebrachte Marketing-Konzepte handelt.

### **aa) Relationship Marketing**

Relationship Marketing oder Beziehungsmarketing zielt auf den Aufbau einer soliden Partnerschaft, so dass Akquisitionskosten geringer werden und Wiederverkäufe zu höheren Gewinnen beitragen<sup>106</sup>. Diller<sup>107</sup> definiert Beziehungsmanagement demnach als die „Gesamtheit der Grundsätze, Leitbilder und Einzelmaßnahmen zur langfristigen Anbahnung, Steuerung und Kontrolle von Geschäftsbeziehungen“. Eine solche Stabilisierung der Geschäftsbeziehung haben auch individuelles Marketing beziehungsweise dialogisches Marketing zum Inhalt. Anstatt den Verbraucher als Masse oder Marktsegment zu betrachten, werden individuelle Beziehungen geschaffen<sup>108</sup>.

### **bb) 1:1 Marketing**

Das 1:1 Marketing-Konzept folgt dem Ansatz, dass eine Konzentration auf jeweils einen einzelnen Kunden unter der Zielsetzung einer dauerhaften individuellen Anbieter-Nachfrager-Beziehung den Erfolg des Unternehmens und nicht der Absatz an möglichst viele Kunden

---

<sup>106</sup> Irmtrud Munkelt, Wenn der Kunde es wert ist, Absatzwirtschaft 10/1995, 102.

<sup>107</sup> Hermann Diller/M. Kusterer, Beziehungsmanagement - Theoretische Grundlagen und explorative Befunde, Marketing 3/1988, 211 (212) .

<sup>108</sup> R.C. Blattberg/J. Deighton, Die neue Dimension: Immer enger, mein Kunde, mit Dir, Harvard Business Manager 1/1993, 96.

bemisst<sup>109</sup>. Beim 1:1 Marketing zählen nicht Markt-Anteile, sondern Kundenanteile. Die Ausrichtung des gesamten Unternehmens auf den Kunden hin ist die Grundvoraussetzung für die Überlebenssicherung und damit für den Erfolg des Unternehmens. Die Definition des „Kunden“ wurde daher zunehmend wichtiger. Der Grundstein für eine Analyse des „Kunden“ war gelegt.

### **c) Der Begriff des Kunden als Zielobjekt des Marketing**

Die Definition des Kundenbegriffs lässt viele Interpretationsmöglichkeiten zu. Dabei kann die Bestimmung der Faktoren, die einen Kunden charakterisieren, in mehr oder weniger extensiver Art und Weise erfolgen und von Unternehmen zu Unternehmen variieren.

Im allgemeinen gilt als Kunde jeder tatsächliche Abnehmer von bestimmten Leistungen eines Unternehmens innerhalb eines gewählten Betrachtungszeitraums<sup>110</sup>. Jedoch gibt es auch hier definitorische Differenzen. Man kann Kunden nach der Auftragswahrscheinlichkeit einordnen und dann selektieren, welche für das Unternehmen wichtig sind.

Nach richtiger Ansicht genügt es jedoch nicht, sich nur auf aktive Kunden zu konzentrieren. Damit werden Marktpotentiale vernachlässigt und unter Umständen der Konkurrenz überlassen<sup>111</sup>. Zu „Kunden“ sind nach richtiger Ansicht auch diejenigen zu zählen, welche noch nie gekauft haben, aber potentiell als Käufer in Frage kommen könnten<sup>112</sup>. So existiert im weiteren Sinne schon vor dem ersten Ver-

---

<sup>109</sup> Don Peppers/Martha Rogers, Strategien für ein individuelles Kundenmarketing. Die 1:1 Zukunft, München 1996, S. 42.

<sup>110</sup> P. Götz/Diller, Die Kunden-Portfolio-Analyse – Ein Instrument zur Steuerung von Kundenbeziehungen, Nürnberg 1991, S.1.

<sup>111</sup> Sigmund Kiener, Databased Marketing - ein zentraler Erfolgsfaktor, Marktforschung & Management, Thema: Databased – Marketing 3/1993, S. 98.

<sup>112</sup> Heinz Weinhold-Stünzi, Kundenstamm-Marketing - ein Fall für Thexis, Thexis 2/1987, S. 1.

kauf eine gewisse Beziehung zwischen Unternehmen und Interessenten. Bereits potentielle Verwender können damit als Kunden definiert werden. Selbst innerhalb der Gruppe der aktiven Kunden ergeben sich mehrere Differenzierungsmöglichkeiten, denn der Kundestamm ist keine homogene Menge von Kunden<sup>113</sup>. Es gibt regelmäßige und unregelmäßige, zufriedene und unzufriedene Kunden. Weiterhin gibt es solche, die den größten Teil ihres Bedarfs bei der Konkurrenz eindecken beziehungsweise solche, die trotz geringen Bedarfs ausschließlich im eigenen Unternehmen kaufen. Differenzieren kann man Kunden auch hinsichtlich der Beziehung des Kunden zum Unternehmen, also in treue und weniger treue Kunden<sup>114</sup>.

Ein individuelles Marketing für alle Kunden bedeutet aber einen erhöhten Aufwand, der sich amortisieren muss. Die Individualisierung muss daher unter Berücksichtigung der Investitionswürdigkeit des Kunden stattfinden. Dies erfordert, das Unternehmen nicht nur auf Kundennähe auszurichten, sondern auch Abschied vom wenig profitablen Kunden zu nehmen. Nicht nur die Zufriedenheit des Kunden ist von Bedeutung, auch der Wert des einzelnen trägt entscheidend zum Erfolg des Unternehmens bei. Kundenorientierung heute bedeutet auch Ertragsorientierung<sup>115</sup>. In Zeiten des erhöhten Ertragsdrucks müssen Investitionen sinnvoll eingesetzt werden. Modernes Marketing richtet sich folglich an diejenigen Kunden, die langfristig einen Beitrag zum Erfolg des Unternehmens leisten können, um dann dementsprechend einzelne Kundenbeziehungen durch gezielte Maßnahmen langfristig ertragsstark gestalten zu können<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Heinz Weinhold-Stünzi, Grundsätze des Kundestamm-Marketing, Thexis 2/1987, S. 8.

<sup>114</sup> Link, Database Marketing und Computer Aided Selling, 1993, S. 33.

<sup>115</sup> Schütz, Die Lebenszyklen des Marketing, Absatzwirtschaft Sondernummer Oktober 1994, S. 34.

<sup>116</sup> A. J. Slywotzky/B. P. Shapiro, Neues Marketingdenken – Der loyale Kunde zählt, nicht die schnelle Mark, Harvard Business Manager 2/1994, 85 (90).

#### **d) Der Schlüsselkunde**

Demnach muss sich das Unternehmen an den Kunden orientieren, die besonders attraktiv erscheinen und mit denen sich langfristig Gewinne erzielen lassen - also Kunden, die rentabel sind<sup>117</sup>. Solche Kunden nennt man Schlüsselkunden.

#### **aa) Ausgangslage**

Die Identifikation von bedeutenden Kunden wurde in einer Studie zum Management von Kundenbeziehungen von 52 Prozent der befragten Führungskräfte als wichtigster Problembereich angesehen<sup>118</sup>. Eine Umfrage des Vereins deutscher Ingenieure (VDI) fand heraus, dass Unternehmen nur 65 Prozent ihrer Kunden als gewinnbringend einstufen würden. Bei 23 Prozent der Kunden addierten sich Kosten und Erträge zu null, bei 12 Prozent würden sogar Verluste verzeichnet<sup>119</sup>. Eine weitere Studie des VDI zeigte, dass 54 Prozent der Folgekäufer und nur 74 Prozent der Stammkunden gewinnbringend seien. Jedoch führten erfolgreiche Unternehmen, deren Betriebsergebnis in den letzten drei Jahren gestiegen ist, zu 82 Prozent auf ihre Stammkunden zurück. Weniger erfolgreiche Unternehmen dagegen verfügen nur über 50 bis 60 Prozent profitabler Stammkunden. Dies verdeutlicht, dass die Pflege der Kundenbeziehung zwar ein wesentliches Erfolgskriterium ist, jedoch die Maßnahmen im Hinblick auf den Vertriebs Erfolg auch gezielt eingesetzt werden müssen. Auch längerfristige Geschäftsbeziehungen sollten mit Hilfe moderner Controllinginstrumente analysiert, bewertet und gestaltet werden. Ziel ist es daher, dem richtigen Kunden zum richtigen Zeitpunkt ein maßgeschneidertes Informations- und Leistungsangebot zu machen. Kern-

---

<sup>117</sup> Diller, Kundenmanagement, in: Tietz/Köhler/Zentes (Hrsg.), Handwörterbuch des Marketing, Sp. 1363.

<sup>118</sup> Christian Belz/Christoph Senn, Kernprobleme und Reserven im Key-Account-Management, Key Account Management 1993, 50 (52).

<sup>119</sup> Herbert Müller, Wo und wie geht es zum Kunden?, Blick durch die Wirtschaft 20/1998, S. 2.

element ist dabei der Einsatz computergestützter Informations- und Kommunikationssysteme in Verbindung mit Datenbanken, denn erst durch die Verknüpfung von zielbezogenen Kundenmerkmalen mit der Selektion relevanter Zielgruppen anhand verschiedener Bewertungssysteme gelingt es, Marketingaktivitäten zielgerecht einzusetzen. Jedem einzelnen Kunden muss je nach Potential ein individuell angemessener Marketingeinsatz zugeordnet werden. Besonders aussichtsreiche Kunden rechtfertigen auch hohe Aufwendungen, zum Beispiel in Form einer intensiven Betreuung, exklusiven Leistungs- und Serviceangeboten oder Sonderkonditionen<sup>120</sup>.

### **bb) Wichtige/Unwichtige Kunden**

Sind somit nicht alle Kunden für das Unternehmen von gleicher Bedeutung, so kann und muss innerhalb des existierenden Kundenstamms der wichtige von den weniger wichtigen Kunden unterschieden werden<sup>121</sup>. Aus dieser Sicht sind solche Kunden für das Unternehmen von geringerer Bedeutung, die die Aufmerksamkeit des Unternehmens von dessen Kernmission ablenken, indem sie an den jeweiligen Speziabereichen vorbei Leistungen nachfragen. Dies erfordert einen hohen Kostenaufwand, der in keinem Zusammenhang mit den zu realisierenden Erlösen steht. Dennoch ist der Kostenaufwand für die Frage wichtig/unwichtig nicht bedeutsam, soweit sich diese Investitionen später amortisieren. Trotz jetziger hoher Kosten ist der Kunde dann in der Gesamtbetrachtung als wichtig einzustufen. Unwichtig sind daher nur Kunden, die auch unter langfristiger Betrachtung unprofitabel sind, das heißt Potential zum wichtigen Kunden zu werden, nicht vorhanden ist.

---

<sup>120</sup> Link/Hildebrand, Mit IT immer näher zum Kunden, Harvard Business Manager 3/1995, 30 (32).

<sup>121</sup> Christian Belz/Christoph Senn, Richtig umgehen mit Schlüsselkunden, Harvard Business Manager 2/1995, 45.

Wichtige Kunden, also jene, die an Kernkompetenzen des Unternehmens anknüpfen, sind dagegen entscheidend für den Unternehmenserfolg. Sie zu verlieren kann sich das Unternehmen nicht leisten, da ihnen gegenüber einer hohen Ressourcenabhängigkeit besteht. Investitionen sind dementsprechend indiziert. Solche Schlüsselkunden, deren Bedeutung durchaus bekannt ist<sup>122</sup>, bezeichnete die Praxis als Key Accounts<sup>123</sup>. Folgerichtig hat sich vor über dreißig Jahren das Konzept des Key Account Management als eine Organisationsform des Vertriebs herauskristallisiert, das die Bedeutung solcher Schlüsselkunden erkannt hat. Die Unterscheidung in wichtige und unwichtige Kunden ist daher in der Konsequenz zumindest auch eine Fortsetzung des bereits beschriebenen Trends zur Spezialisierung.

### **(1) Kundenziele**

Die moderneren Marketingansätze erschöpfen sich nicht darin, nur bestimmte Kunden zu binden und zu fördern. Vielmehr geht es darum, einen selbständigen Prozess in Gang zu setzen, der darauf abzielt, solche Personen in die Pyramide der wichtigen Kunden einzu beziehen, mit denen entweder noch gar kein Kontakt (sogenannte Suspects) oder lediglich ein Anfangskontakt besteht (sogenannte Prospects), deren langfristiges Entwicklungspotential es aber rechtfertigt, sie bereits zum jetzigen Zeitpunkt als wichtig einzustufen<sup>124</sup>. Danach ist nicht die Umsatzgröße, sondern der Kunde selbst. Dieser Ansatz erlaubt das Setzen von Kundenzielen, also der erklärten Absicht des Unternehmens, diesen als wichtig oder unwichtig eingeschätzten Kunden in einem bestimmten Zeitraum messbar an eine bestimmte Position innerhalb einer Kundenpyramide zu brin-

---

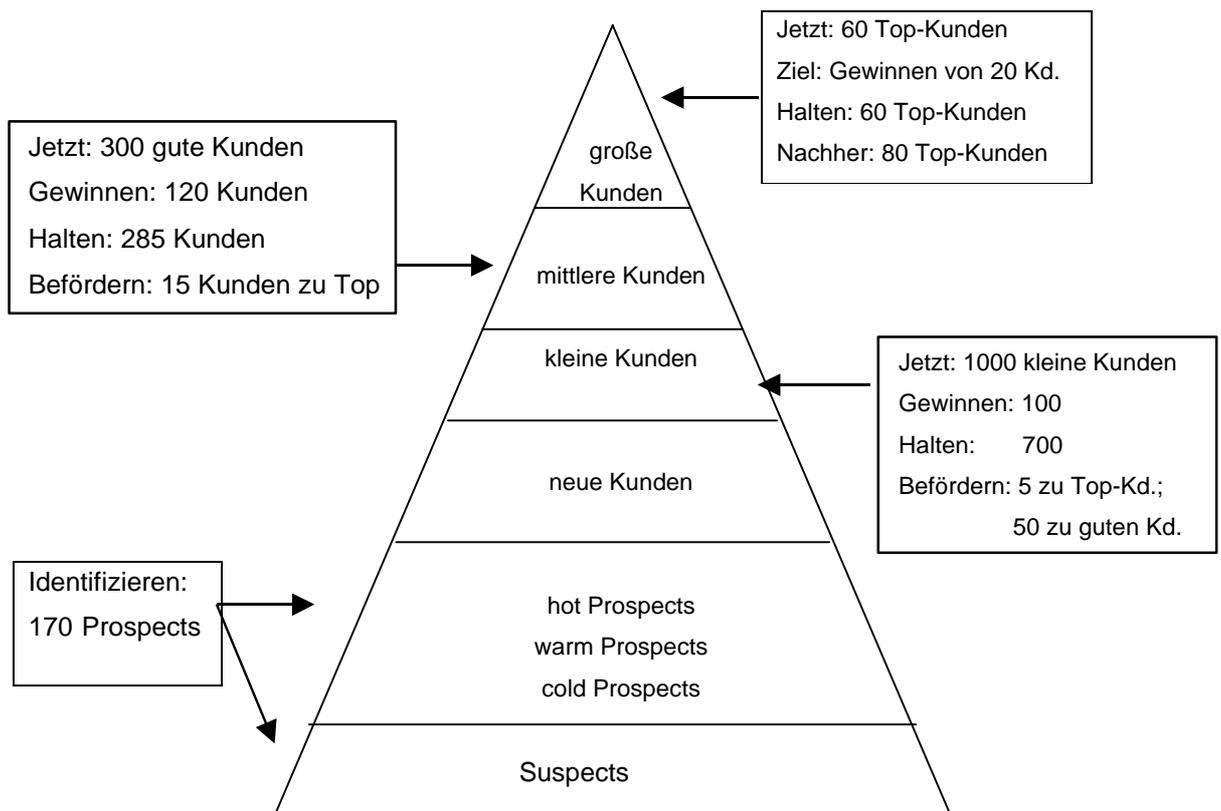
<sup>122</sup> Diller, Key-Account-Management auf dem Prüfstand, in: W. Irrgang (Hrsg.), Vertikales Marketing im Wandel, München 1993, 49 (49).

<sup>123</sup> Belz/Senn, Key Account Management 1993, 50.

<sup>124</sup> Weinhold-Stünzi, Grundsätze des Kundenstamm-Marketing, Thexis 2/1987, S. 8.

gen (siehe Abbildung). Diese Sicht bedingt die Einsicht, dass Schlüsselkunde auch derjenige sein kann, der zur Zeit noch gar kein Kunde ist, sich aber entsprechend entwickelt. So können jetzige Prospects durch gezielte Investitionen eine wichtige Kundengruppe darstellen.

Abbildung 1: Kundenziele



Zum anderen sollen Kunden im engeren Sinne, also solche die bereits im Kundenstamm enthalten sind, durch gezielte Maßnahmen derart gefördert werden, dass eine langfristige Loyalität erreicht werden kann. Das Ergebnis einer solchen Ausrichtung, auch auf den potentiellen Kunden, besteht idealerweise darin, dass der Kundenstamm planbar wird. Durch die Steuerung des Kundenstamms wiederum wird eine ständige Aufwertung des Kundenstamms erreicht. Die Kunden werden immer „besser“, also wichtiger. Customer Marke-

ting erreicht somit eine Aufwärtsbewegung in der Kundenpyramide und damit verbunden auch bei den Unternehmensgewinnen.

## **(2) Kriterien der Kundenbedeutung**

Da es nach dem eben dargestellten nicht genügt, mit Hilfe der Größen Umsatz und Intuition wichtige Kunden ausfindig zu machen, stellt sich die Frage nach einer exakten Möglichkeit der Messung der Kundenbedeutung. Während im klassischen Key Account Management regelmäßig der Umsatz als Kriterium ausgewählt wird und die Kunden entsprechend gelistet werden, wodurch die umsatzstärksten Kunden zugleich auch die wichtigsten Kunden darstellen, treten dem heute verstärkt verwendete mehrdimensionale Ansätze entgegen. Sie gehen davon aus, dass ein Kriterium, wie beispielsweise der Umsatz, bei weitem nicht genügt, um die tatsächliche Bedeutung des Kunden festzulegen. Vielmehr sei eine Verbindung zwischen den Kriterien erforderlich, um den komplexeren Anforderungen eines individualisierten Marketing Rechnung zu tragen. Bei den zu definierenden Kriterien zur Beurteilung des Kundenwertes kann zwischen quantitativen und qualitativen Kriterien unterschieden werden. Quantitative Kriterien legen meist ein metrisches Skalenniveau zugrunde und sind somit messbar. Neben solchen ökonomischen Größen bieten qualitative Kriterien die Möglichkeit, Kunden anhand von zusätzlichen Informationen zu beurteilen, die einen weiteren Aufschluss über dessen Bedeutung geben können.

Die folgende Abbildung zeigt einige Kriterien, die versuchen, die Bedeutung des einzelnen Kunden zu messen, erhebt jedoch mit Rücksicht auf die zu bewahrende Übersichtlichkeit keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern erfolgt auf Grund der häufigsten Nennung in der Literatur. An dieser Stelle sei nochmals auf die mehrdimensionalen Ansätze verwiesen, die eine Messung durch Verbindung der ein-

zelen Kriterien vornehmen, um so ein Gesamtbild des Kunden zu gewinnen.

Tabelle 3: Selektion der Kriterien - Übersicht

Quantitative Kriterien	Qualitative Kriterien <sup>125</sup>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Umsatz</li> <li>○ Deckungsbeitrag</li> <li>○ Cash-Flow</li> <li>○ Kapazitätsauslastung</li> <li>○ Größe des Kunden bzw. Wachstumsrate des Kunden</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Entwicklungspotentiale</li> <li>○ Kooperationspotentiale</li> <li>○ Know-How-Potentiale</li> <li>○ Innovationspotentiale</li> <li>○ Kundenloyalität</li> </ul>

## **II. Kundensteuerung durch Database Marketing**

In einigen Bereichen hat sich die Erkenntnis, Kundenprofile zu bilden, bereits durchgesetzt: Die Hälfte der Banken in den USA erstellen Rentabilitätsprofile und ziehen für die Kundinnen und Kunden entsprechende Konsequenzen. Bevor aber eine rechtliche Überprüfung erfolgt, sollen die Möglichkeiten eines datenbankgestützten Marketingmodells kurz dargestellt werden.

### **1. Kundendatenbank**

Unabdingbare Voraussetzung für die erfolgreiche Umsetzung einer Kundenbewertung ist eine umfassende Informationsbasis über den Kundenbestand. Am Anfang einer Kundenanalyse steht daher denknotwendig die Erhebung relevanter Daten, das heißt solcher, deren Inhalt geeignet ist, die Bewertung von Kunden zu ermöglichen. Die Bedeutung des Kunden ist nur dann zu messen, wenn möglichst vie-

---

<sup>125</sup> Wulff Plinke, Kundenanalyse, in: Tietz/Köhler/Zentes (Hrsg.), Handwörterbuch des Marketing, 1995, Sp. 1331 ff.

le relevante Informationen über ihn vorhanden sind und folglich ausgewertet werden.

Grundsätzlich sollten in einer Database alle Informationen gesammelt werden, die für spezifische Marketingaktivitäten gegenüber dem einzelnen Kunden von Bedeutung sind<sup>126</sup>. Demnach sind solche Informationen von Interesse, die eine Aussage über den Wert oder die Investitionswürdigkeit des Kunden treffen können<sup>127</sup>. So könnte das Potential jedes einzelnen Kunden je nach spezifischer Unternehmenssituation durch den Lebenszeitwert, das Umsatzpotential, relevante demographische Merkmale, Lebensstil oder psychographische Eigenheiten ermittelt werden. Neben der Erfassung und Speicherung von Merkmalen aktueller Kunden, ist es ebenfalls von Interesse, ständig Informationen über potentielle Neukunden zu erhalten. So sind in einer Datenbank alle Kategorien von Kunden (zum Beispiel Mehrfach-, Wiederholungs-, Erstkäufer, potentielle Kunden mit beziehungsweise ohne Kauf-/Produktinteresse) erfasst. Allgemein kann innerhalb des Informationsspektrums zwischen Grund-, Potential-, Aktions- und Reaktionsdaten unterschieden werden.

### **a) Grunddaten**

Zu den Grunddaten gehören vor allem längerfristig gleich bleibende und weitgehend produktionsunabhängige Kundendaten<sup>128</sup>. Dazu zählen zunächst alle für die konventionelle Kundenkontaktierung und Kundenidentität erforderlichen Daten wie Name, Telefon, Bankverbindung und Adresse, jedoch auch Profildaten, die die Grundmerkmale von Mandanten widerspiegeln. Dies können geographische

---

<sup>126</sup> Link/Hildebrandt, Verbreitung und Einsatz des Database Marketing und CAS, München 1994, S. 5.

<sup>127</sup> Ralf T. Kreuzer, Zielgruppen-Management mit Kunden-Datenbanken, DBW 3/1992, S. 325-340.

<sup>128</sup> Link/Hildebrandt, Verbreitung und Einsatz des Database Marketing und CAS, 1994, S. 6

(zum Beispiel Wohnortgrößen), soziodemographische Merkmale (Alter, Geschlecht, Familienstand, Haushaltsgröße, Ausbildung, Beruf, Einkommen, soziale Schicht und so weiter) als auch psychographische Kriterien (Meinungen, Einstellungen) oder unternehmensbezogene Angaben über Branche, Rechtsform, Geschäftszweig, Leistungsprogramm unter anderem sein. Die Datenbasis enthält daneben wichtige Informationen wie etwa die Namen und Eigenschaften der verantwortlichen Personen, damit bei Aktionen der richtige Ansprechpartner gewählt wird.

### **b) Potentialdaten**

Das Potential eines Kunden lässt sich aus einer Kombination von Informationen über bisherige eigene Lieferanteile, eigene kundenbezogene Marktanteile und Anteile der Konkurrenz erkennen. Steigende Umsätze können zum Beispiel erst bewertet werden, wenn gleichzeitig das Verhältnis Marktanteil - Beratungsanteil, das heißt wie erfolgreich das eigene Unternehmen im Vergleich zu den Wettbewerbern gewesen ist, einbezogen wird.

### **c) Aktions- und Reaktionsdaten**

Ferner dienen Aktions- und Reaktionsdaten der Erfolgskontrolle und der gezielten Planung zukünftiger Programme. Solche Aktionsdaten erfassen kundenspezifische Kommunikations-Aktivitäten nach ihrer Art, Intensität, Häufigkeit und ihrem Zeitpunkt, sowie möglicherweise nach ihren Kosten. Hierzu zählen sämtliche Aktionen, die an den jeweiligen Kunden gerichtet sind, wie zum Beispiel Außendienst-Besuche, Mailings oder Telefon-Marketing-Aktionen. Die Erfassung dieser Aktionen dient der Erfolgskontrolle und der Planung zukünftiger Maßnahmen. Reaktionsdaten umfassen alle Merkmale über die Verhaltensweisen eines Kunden, das heißt dessen Reaktion auf An-

gebote. So kann analysiert werden, welche Marketingschritte einen Interessenten veranlasst haben, ein Kunde zu werden. Sie geben damit Aufschluss über die Wirksamkeit dieser Maßnahmen und erweisen sich daher als hilfreicher Indikator zukünftiger Aktivitäten. Die genaue Kenntnis der Erfolgswirkung aller Marketingaktivitäten dient auch dazu, potentielle „Abspringer“ rechtzeitig mit Hilfe gezielter Marketingprogramme an das Unternehmen zu binden<sup>129</sup>. Zur späteren Beurteilung der Wirtschaftlichkeit sollten auch finanzwirtschaftliche Zahlen erfasst sein. So ist neben dem Umsatz auch die Kosten- seite zu überprüfen. Daneben sind auch die sogenannten RFM-Faktoren<sup>130</sup> im Marketing von Bedeutung, da besonders die Regelmäßigkeit der Nachfrage von Leistungen den Maßstab für die Kontinuität der Beziehungen darstellt<sup>131</sup>.

Aus diesen verschiedenen Informationen entsteht schließlich ein Kundenprofil, das Hunderte von Merkmalen umfassen kann<sup>132</sup>. Die Merkmalsprofile aktueller und potentieller Kunden bilden dann den Ausgangspunkt für die Kundenanalyse.

## **2. Kundenanalyse**

Die Selektion des Kunden steht wie schon mehrmals erwähnt vor dem Hintergrund, dass nicht jede Kundenbeziehung für das Unternehmen gleich wichtig ist, da jeder Kunde einen unterschiedlichen Beitrag zum Erfolg liefert<sup>133</sup>. Kundenbewertungsanalysen beschäftigen sich mit der Frage, ob, wie und wie viel ein einzelner Kunde zum Unternehmenserfolg beiträgt.

---

<sup>129</sup> Kreutzer, Database Marketing - Erfolgsstrategie für die 90er Jahre, in: Dallmer, S. 627.

<sup>130</sup> Recency bezeichnet das letzte Kaufdatum, Frequency die Anzahl der Käufe im letzten Kalenderjahr und Monetary Value steht für den ausgegebenen Betrag.

<sup>131</sup> Weinhold-Stünzi, Grundsätze des Kundenstamm-Marketing, Thexis 2/1987, S. 8.

<sup>132</sup> Link/Hildebrand, Harvard Business Manager 3/1995, 30 (32).

<sup>133</sup> B. Hentschel, Beziehungsmarketing, WISU 1/1991, 25 (26).

### **a) Methoden der Kundenwertanalyse**

Zu den Meßmethoden des Kundenwertes werden einerseits Instrumente gezählt, mit deren Hilfe sich die Kundenselektion durchführen lässt, das heißt welche die Identifizierung derjenigen Kunden ermöglichen, die für das Unternehmen als gewinnbringend und investitionswürdig erscheinen. Dabei handelt es sich um Methoden zur Analyse der Geschäftsbeziehungen sowie zur kontinuierlichen Überprüfung der Erfolgsträchtigkeit einer Anbieter-Nachfrager-Beziehung im Sinne eines Monitoring. Diese Meßmethoden kann man in monetäre und nicht-monetäre Gruppen unterteilen.

Tabelle 4: Methoden zur Kundenwertbestimmung

<p align="center"><b><u>Monetäre Methoden</u></b></p> <p>(Liefern als Ergebnis eine monetäre Größe, z.B. Euro)</p>	<p align="center"><b><u>Nicht-Monetäre-Methoden</u></b></p> <p>(Liefern als Ergebnis eine nicht-monetäre Größe, z.B. Kunde mit hohem Wiederkaufswert, Starkunde, hoher informatorischer Wert)</p>
<p><b><u>Kunden-ABC-Analyse monetärer Kriterien (Umsatz, Deckungsbeitrag):</u></b></p> <p>Kunde wird vergangenheitsorientiert anhand seines aktuellen Umsatzes bewertet und entsprechend klassifiziert</p>	<p><b><u>Kunden-ABC-Analyse nicht-monetärer Kriterien (z.B. informatorischer Kundenwert):</u></b></p> <p>Kunde wird vergangenheitsorientiert anhand seiner Verbesserungsvorschläge bewertet und entsprechend klassifiziert</p>
<p><b><u>Kundendeckungsbeitragsrechnung:</u></b></p> <p>Kundenwert drückt sich vergangenheitsorientiert in seinem aktuellen Deckungsbeitrag aus</p>	<p><b><u>Loyalitätsleiter:</u></b></p> <p>Kunde wird anhand seiner Loyalität hinsichtlich Kundenbindung und Wiederkaufswahrscheinlichkeit bewertet</p>
<p><b><u>Methoden der Investitionsrechnung:</u></b></p> <p>Kundenwert wird über die Summierung der auf ihn entfallenden Aufwendungen und Erträge über seine Kundenlebensdauer hinweg bestimmt</p>	<p><b><u>Scoring-Modell (z.B. RFMR-Modell):</u></b></p> <p>Kunde wird anhand bestimmter Faktoren ein Punktwert zugeordnet (Score). Die Höhe des Punktwertes drückt den Kundenwert aus</p>
<p><b><u>Markov-Modell (Umsatz):</u></b></p> <p>Kundenwert ergibt sich aus der Zusammenführung von Wiederkaufswahrscheinlichkeiten und prognostiziertem Umsatz</p>	<p><b><u>Kundenportfolio-Analyse:</u></b></p> <p>Kunde wird anhand verschiedener Dimensionen bewertet und in einer zweidimensionalen Matrix positioniert (Einteilung in Klassifikation)</p>
<p>Zusammenführen der monetären und nicht-monetären Methoden zu einer Gesamtgröße</p>	

## **b) Ausgewählte Modelle im Überblick**

Im Folgenden soll kurz auf einige praxisrelevante Bewertungsmodelle eingegangen werden. Dies sind vor allem die Kunden-ABC-Analyse, die Portfolio-Analyse und das Scoring-Modell.

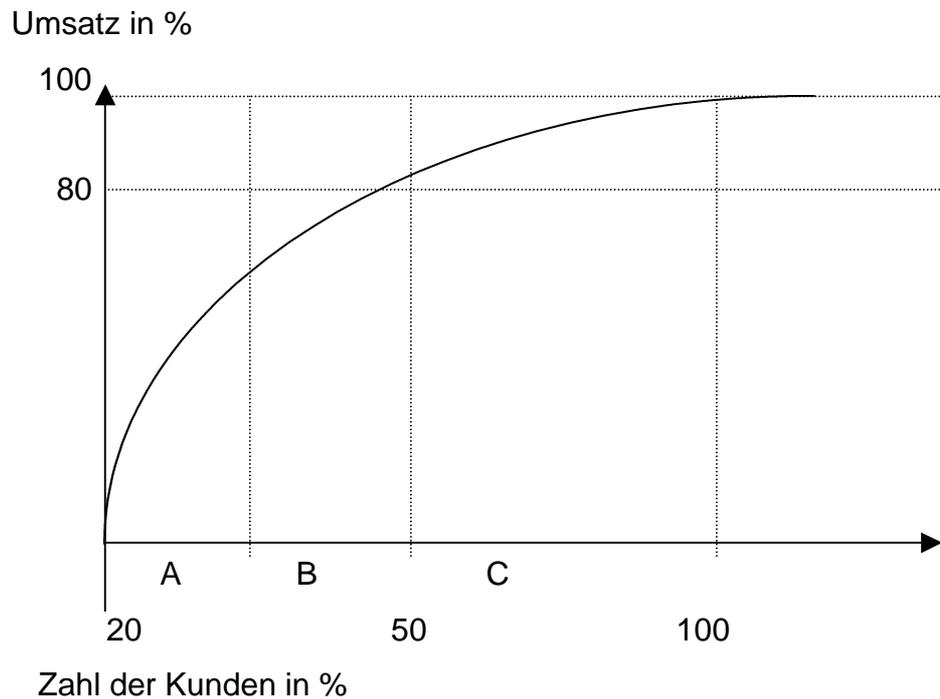
### **aa) Kunden-ABC-Analyse**

In der Praxis wird häufig die ABC-Methode zur Identifikation bedeutender Kunden angewandt. Hierbei handelt es sich um ein Verfahren zur Beurteilung bestehender Kundenstrukturen auf der Grundlage vergangenheitsbezogener Daten. Auf der Basis von Umsatz oder Deckungsbeitrag, die bei diesem Analyseverfahren als Bewertungskriterien dienen könnten, werden allen Kunden drei Klassen (A, B, C) zugeteilt. Ziel ist die Veranschaulichung der Umsatz- beziehungsweise Erfolgskonzentration. So werden zum Beispiel Umsätze je nach der Höhe ihres Beitrages geordnet, um einen schnellen Überblick über die gegenwärtige Beziehungsattraktivität zu erhalten<sup>134</sup>. Neben dem getätigten Umsatz erkennt man den Umsatzrang, also den prozentualen Anteil des Kundenumsatzes am Gesamtumsatz. Weiterhin lassen sich Informationen ableiten, wie viel Prozent der Kunden wie viel Prozent des Umsatzes verursachen und ob bestimmte Größenklassen von Kunden existieren.

---

<sup>134</sup> Hentschel, WISU 1/1991, 25 (26).

Abbildung 2: Kunden-ABC-Analyse



Die bekannte Faustregel, dass 80 Prozent des Umsatzes auf 20 Prozent der Kunden entfallen, wird in den meisten Fällen bestätigt. Kunden mit niedrigen Umsätzen oder Deckungsbeiträgen sind grundsätzlich eliminationsverdächtig, da die Konzentration zukünftiger Marketingmaßnahmen auf A- und B-Kunden liegen würde.

Das Vorgehen einer solchen ABC-Analyse ist aus methodischer Sicht aber relativ anspruchslos, denn es wird lediglich ein Ranking der Kunden nach absteigender Höhe eines Kriteriums, etwa dem Umsatz, erstellt<sup>135</sup>. Wenngleich die ABC-Analyse auf Grund ihrer Einfachheit sehr weit verbreitet ist, reicht sie als Instrument zur Kundenanalyse nicht aus, da immer nur ein Kriterium zur Beurteilung herangezogen wird<sup>136</sup>. Die Orientierung an vergangenheitsorientierten Daten lässt weiterhin zukünftige Entwicklungen außer Acht. Kunden, die momentan geringe Umsätze aufweisen, langfristig aber beste

<sup>135</sup> Götz/Diller, Die Kunden-Portfolio-Analyse, 1991, S. 3.

<sup>136</sup> Link, Welche Kunden rechnen sich?, Absatzwirtschaft 38/1995, S. 108.

Aussichten auf positive Umsatz- und Ertragsbeiträge erwarten lassen, würden durch die Anwendung dieser Methode sofort als „uninteressante Kunden“ ausgesondert, nur weil die zukünftige Perspektive nicht beachtet wurde. Auch eine Erweiterung der ABC-Analyse um nicht-monetäre Aspekte wie Kundenattraktivität oder informatorischer Wert des Kunden, könnte diese einseitige Betrachtungsweise unzureichend verbessern.

### **bb) Kunden-Portfolio-Analyse**

Neben eindimensionalen Bewertungsverfahren gewinnt im Zusammenhang mit der Bewertung und Selektion von Zielpersonen der Portfolio-Ansatz zunehmend an Bedeutung<sup>137</sup>. Diese werden in der Literatur am häufigsten als Mittel der Kundenanalyse genannt. Sie sind dabei eine Abwandlung des Marktwachstums relativer Marktanteil-Portfolios der Boston Consulting Group. Kundenportfolios sind ein methodisches Hilfsmittel zur Steuerung vielfältiger Aktivitäten gegenüber dem Kunden<sup>138</sup>. Beispielsweise können mit dessen Hilfe Verkaufsaktivitäten auf einzelne Kunden optimal verteilt werden oder eine neue Aufteilung von Verkaufsgebieten vorgenommen werden.<sup>139</sup>

Die Portfolio-Analyse ist eine Gesamtbetrachtung, die alle Kunden eines Unternehmens nach bestimmten Kriterien bewertet und das Ergebnis in einer Vier- oder Neun-Felder-Matrix festhält. Die Felder werden dabei ihrer Bedeutung entsprechend mit Kunden besetzt. Sie zeigt auf, wo Ressourcen freigesetzt werden und je nach Attraktivität der Kunden wieder investiert werden könnten. So könnte auch festgestellt werden, dass trotz gegenwärtig positiver Gewinnsituation die Zukunft unsicher erscheint, da eventuell langfristig keine rentablen

---

<sup>137</sup> Link, Welche Kunden rechnen sich, Absatzwirtschaft 38/1995, S. 110.

<sup>138</sup> Götz/Diller, Die Kunden-Portfolio-Analyse, 1991, S. 1.

<sup>139</sup> Michael Velte, Steuern Sie ihre Kunden-Besuche erfolgsorientiert, Marketing - Journal 2/1987, S. 129.

Kunden zur Verfügung stünden, in die investiert werden könnte<sup>140</sup>. Kundenportfolios sollten nicht nur auf der Basis struktureller Kundenmerkmale (Profilmerkmale des Kunden) oder auf Grund rein ökonomischer (Umsatz, Kosten, Gewinn, usw.) Kriterien vorgenommen werden, sondern auf eine prozessuale Betrachtung der Kundenbeziehung übergehen<sup>141</sup>.

Im Folgenden wird jedoch nur das gebräuchlichste Kundenportfolio, das „Kundenattraktivitätsrelative Wettbewerbspositions-Portfolio“, vorgestellt. Danach wird jeder Kunde hinsichtlich seiner Investitionswürdigkeit anhand zweier unterschiedlicher Dimensionen, Kundenattraktivität und eigener Wettbewerbssituation bewertet. Die Kundenattraktivität weist aus, wie interessant der Kunde ist. In der eigenen Wettbewerbssituation zeigt sich die eigene Erfolgssituation beim Kunden im Vergleich zur Konkurrenz. Bei der Anwendung dieses Portfolios gilt es als erstes, diejenigen Faktoren zu identifizieren, die die Kundenattraktivität beziehungsweise Wettbewerbssituation exakt beschreiben können (siehe folgende Tabelle). Zur Bewertung der Kundenattraktivität sind neben finanziellen Indikatoren, auch Fakten über das Verkaufspotential sowie das Wachstumspotentials eines Kunden zu berücksichtigen. Zentrale Aspekte der Wettbewerbssituation sind vertragliche Vereinbarungen, persönliche Beziehungen, aber auch der Mangel an Alternativen wie zum Beispiel fehlende Konkurrenz.

---

<sup>140</sup> Velte, Steuern Sie ihre Kunden-Besuche erfolgsorientiert, Marketing - Journal 2/1987, S. 129.

<sup>141</sup> Diller/Kusterer, Marketing 3/1988, 211.

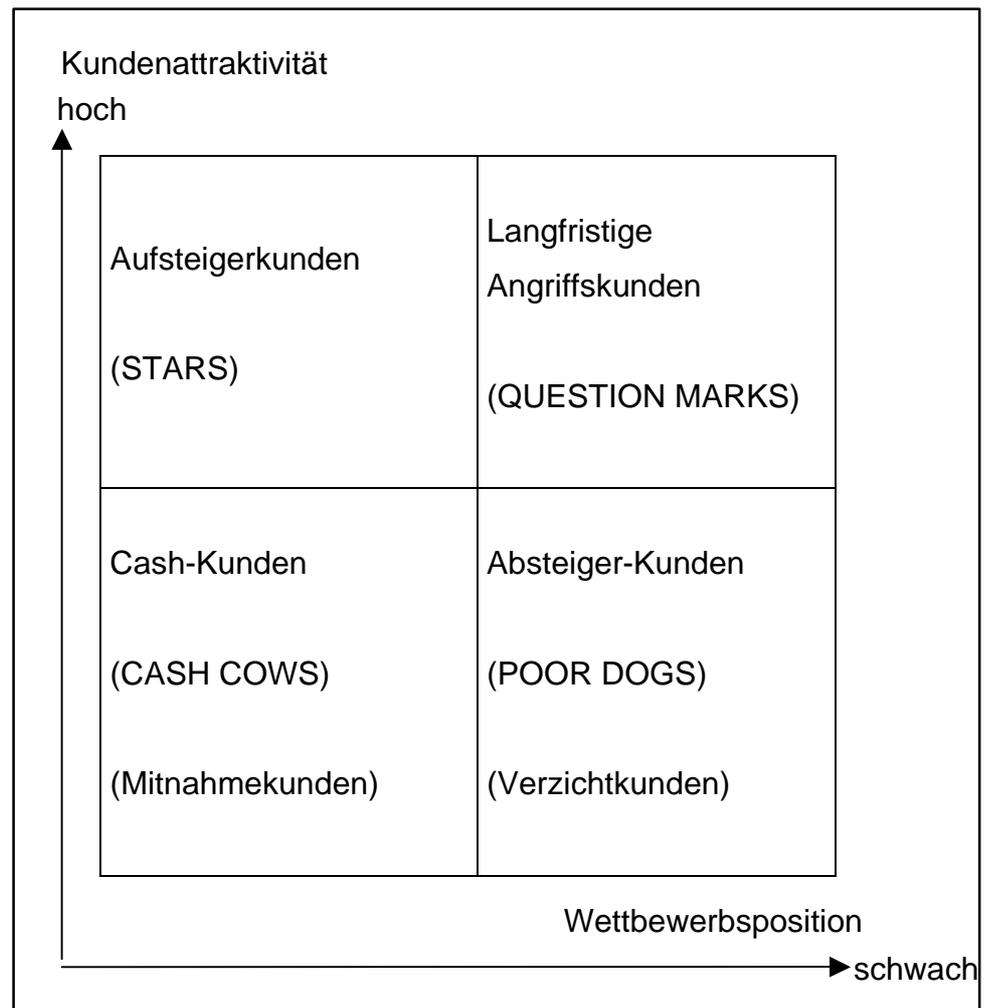
Tabelle 5: Kriterien zur Bewertung von Kundenattraktivität und Wettbewerbssituation<sup>142</sup>

Kundenattraktivität	Wettbewerbssituation
○ Umsatzhöhe (z.B. gegenwärtiger Umsatz)	○ Verhältnis zum Kunden
○ Verkaufsfläche	○ eigener Lieferanteil (Anteil der eigenen Produkte am Gesamtabsatz dieser Produkte beim Kunden)
○ Zahlungsverhalten	○ Kooperationsbereitschaft des Kunden
○ Marktposition oder Wachstum des Geschäfts	○ Reaktion auf eigene Marketing-Maßnahmen
○ Dauer der Geschäftsbeziehung	○ geographische Nähe eines Kunden
○ Umsatzsteigerungsmöglichkeiten	○ Produkt- und Firmenimage beim Kunden
○ Kostenreduzierungsmöglichkeiten	○ vertragliche Vereinbarungen

Die Vorgehensweise zur Auswahl und Definition der Kriterien wurde bereits erläutert, so dass hier nicht näher darauf eingegangen wird. Die Kriterien werden je nach Unternehmenssituation ausgewählt, die dann nach einer gut überlegten Auswahl aus Gründen der Rechen- und Durchführbarkeit auf einige wenige reduziert werden. Die Ergebnisse, die pro Kunde bei den zwei Kriteriengruppen erreicht werden, werden anschließend in eine Portfolio-Matrix eingetragen (siehe folgende Abbildung). Die Kundenwerte werden dabei in hoch/niedrig beziehungsweise stark/schwach eingeordnet.

<sup>142</sup> Velte, Steuern Sie ihre Kunden-Besuche erfolgsorientiert, Marketing - Journal 2/1987, S. 130.

Abbildung 3: Kunden-Portfolio-Matrix<sup>143</sup>



Aus der Aufteilung des Portfolios lassen sich zunächst allgemeine Handlungsempfehlungen ableiten. Aufsteigerkunden zeichnen sich durch eine hohe Attraktivität aus sowie durch eine gute Wettbewerbsposition bei diesem Kunden. Diese Kunden sind die interessantesten Investitionsobjekte, da deren Wachstumspotential gut genutzt werden kann. Cash-Kunden sind wegen ihrer starken Wettbewerbsposition attraktiv, jedoch sind ihre Zukunftsaussichten weniger interessant. Die Strategie für solche Kunden liegt darin, die Position zu halten, jedoch keine zusätzlichen Marketingprogramme zu star-

<sup>143</sup> Siehe auch Kreutzer, Database Marketing - Erfolgsstrategie für die 90er Jahre, in: Dallmer, S. 634 und Velte, Steuern Sie ihre Kunden-Besuche erfolgsorientiert, Marketing-Journal 2/1987, S. 131.

ten, eher die Betreuung nach und nach zu reduzieren. Langfristige Angriffskunden sind durch ihre guten Zukunftsaussichten potentiell attraktiv. Problematisch ist jedoch die eigene schwache Wettbewerbsposition, die durch weitere Analysen potentieller Chancen näher identifiziert müsste. Würden keine Chancen zur Stärkung der Wettbewerbsposition identifiziert, so sollten Verkaufsaktivitäten reduziert werden. Absteiger-Kunden sind durch ihre schwache Wettbewerbsposition und ihre geringe Kundenattraktivität uninteressant für das Unternehmen. Um Verluste zu reduzieren sollten die Marketingaktivitäten reduziert beziehungsweise die Kunden völlig aufgegeben werden.

### **cc) Scoring-Modelle**

Solche Scoring-Modelle (Punktbewertungsmodelle) sind eine weitere Möglichkeit zur Messung des Kundenwertes. Grundsätzlich können alle Kriterien einfließen, die für das jeweilige Unternehmen von Bedeutung sind. Die Bewertung der konkreten Ausprägung jedes Kunden bei jedem Kriterium wird mit einer vorher definierten Punktzahl innerhalb einer Skala von beispielsweise 1-5 oder 0-1000 Punkten erzielt, wobei die Höhe der Punktzahl der Stärke dieses Kriteriums bei dem einzelnen Kunden entspricht. Die Kriterien sind schließlich ihrer Bedeutsamkeit nach zu gewichten und in eine entsprechende Reihenfolge zu bringen (Ranking)<sup>144</sup>. Der Kunde erhält durch die Addition aller gewichteten Ausprägungen einen bestimmten Gesamtwert, der dem anderer Kunden verglichen und zur Entscheidung über weitere Maßnahmen herangezogen wird.

Das RFMR Modell ist eines der ältesten und bekanntesten Scoring-Modelle, das zum Teil heute noch eingesetzt wird<sup>145</sup>. RFMR steht

---

<sup>144</sup> Götz/Diller, Die Kunden-Portfolio-Analyse, 1991, S. 18.

<sup>145</sup> Der Ursprung liegt in den 20er und 30er Jahren des 20. Jahrhunderts. Dort wurde das Modell von amerikanischen Versandhandelsunternehmen entwickelt und eingesetzt, um die Qualität der Kunden zu bewerten.

dabei für Recency (Zeitpunkt des letzten Kaufes), Frequency (Kaufhäufigkeit) und Monetary Ratio (Wert des Kaufes). Da nicht alle Kunden eines Unternehmens die gleiche Kaufwahrscheinlichkeit aufweisen, ist durch eine entsprechende Klassifizierung ein effizienterer Einsatz der Werbeinstrumente möglich. Je höher die Punktzahl eines Kunden, umso höher ist dessen Bedeutung für das Unternehmen und umso günstiger sind die Erfolgsaussichten eines Kaufes. Umgekehrt gilt: Je niedriger das Punktkonto, umso geringer ist die Kaufwahrscheinlichkeit. Der Einsatz der verschiedenen Kommunikationsmittel lässt sich nach einem vorher festgelegten Punktintervall steuern. Je höher dabei die aktuelle Punktzahl des Kunden ist, umso persönlicher wird die Werbemethode (zum Beispiel Besuch des Außendienstes) sein. Die Regelung der Punktberechnung basiert auf einem Ausgangspunktwert und der Vergabe beziehungsweise dem Abzug weiterer Punkte, die sich am Kaufverhalten des Kunden orientieren.

Tabelle 6: Berechnung der Punkte am Beispiel der RFMR-Methode<sup>146</sup>

	Punktzuschläge hoch	Punktzuschläge niedrig	Punktabzüge
Recency	Kunde hat vor kurzem bestellt	Kunde hat seit längerer Zeit nicht bestellt	Kunde schickt bestellte Ware zurück
Frequency	Kunde bestellt innerhalb einer Periode mehrmals	Kunde bestellt innerhalb einer Periode einmal	Investitionen in den Kunden (Zuschicken eines Kataloges)
Monetary Ratio	Kunde mit hohem Umsatz pro Bestellung	Kunde mit niedrigem Umsatz pro Bestellung	

<sup>146</sup> Link, Database Marketing und Computer Aided Selling, 1993, S. 49.

### **3. Maßnahmenplanung**

Kennt man nun die Kundenbedeutung, also die Position des Kunden in der Kundenpyramide, können Marketingmaßnahmen geplant werden. Dabei ist das eingesetzte Marketingtool umso effektiver, je persönlicher es ist. Es ist aber auch kostenintensiver pro einzelnen Kontakt. Die persönlichsten, effektivsten und damit teuersten Mittel sollten bei Kunden eingesetzt werden, die eine intensive Betreuung rechtfertigen beziehungsweise bei besonders schwierigen Aufgaben, insbesondere bei Kundengewinnung und -beförderung auf eine höhere Stufe in der Pyramide. Eine Auswahl wird dahingehend getroffen, dass wichtige Kunden besonders intensiv gefördert werden.

### **III. Marketing für Rechtsanwälte**

In den letzten zwei Jahrzehnten hat sich ein grundlegender Wandel von sogenannten „Verkäufer“- zu „Käufermärkten“ vollzogen. Dies gilt in gleichem Maße für den Markt anwaltlicher Dienstleistungen. Daraus ergeben sich weit reichende Konsequenzen für den anwaltlichen Berufsstand. In dieser Situation ist es für Anwälte zwingend notwendig, den richtigen Mandanten zu identifizieren, da sie wesentlichen Restriktionen im operativen Bereich<sup>147</sup> in Bezug auf Preisbildung<sup>148</sup>, Werbung<sup>149</sup> und Organisation<sup>150</sup> ausgesetzt sind, das die relativen Kosten der werblichen Ansprache des (potentiellen) Mandanten erhöht. Für ihn wird die strategische Unternehmensführung ein Hauptmerkmal anwaltlicher Wappnung für den Wettbewerb sein.

---

<sup>147</sup> Operative Maßnahmen dienen der Umsetzung festgelegter Strategien. Dazu zählen bei Anwälten z.B. die Kostenabschätzung für eine Zeitungsanzeige, der Gestaltung einer Praxisbroschüre usw.

<sup>148</sup> Lutz Michalski/Volker Römermann, Preiswettbewerb unter Rechtsanwälten?, AnwBl 1996, 241; Ludwig Koch, Anwaltswerbung mit dem Honorar, AnwBl 1996, 264; Krämer/Regina Kohn-Lehnhof, Pricing für Rechtsanwälten, AnwBl 1997, 306.

<sup>149</sup> Susanne Mälzer, Die Werbemöglichkeiten von Rechtsanwälten in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft, AnwBl 1993, 481; Joachim Bornkamp, Die Grenzen anwaltlicher Werbung, WRP 1993, 643 (644 ff.).

<sup>150</sup> Zur Zulässigkeit der Anwalts-GmbH vgl. Thomas Mayen, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, NJW 1995, 2317 (2320).

## 1. Der Anwaltsmarkt

Ausgangspunkt von Marketingmaßnahmen ist dabei die Situationsanalyse, das heißt die Identifikation des relevanten Marktes.

### a) Innere Konkurrenz

Die deutsche Anwaltschaft befindet sich in einem Wandlungsprozess, der durch zunehmende Dynamik und Intensität gekennzeichnet ist. In den letzten Jahren zeigte sich verstärkt die Notwendigkeit, sich im Konkurrenzkampf zu behaupten. Die Anzahl der zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte wächst derzeit jährlich in Deutschland um etwa 6.500<sup>151</sup>. Schon in den 80er Jahren war eine Zunahme der zugelassenen Rechtsanwälte zu verzeichnen. So stieg die Zahl in der Bundesrepublik Deutschland von 33.517 im Jahr 1978 auf 54.108 im Jahr 1989; das bedeutet eine Zunahme von über 60 Prozent<sup>152</sup>. Bereits damals wurde von einer „Anwaltsschwemme“ gesprochen. Aber die Neuzulassungen nahmen in den folgenden Jahren weiter stark zu, so dass im Laufe des Jahres 1999 die „magische“ Grenze von 100.000 Rechtsanwälten überschritten wurde<sup>153</sup>. Derzeit sind rund 117.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zugelassen<sup>154</sup>. Diese Zahl spricht für das schwierige Berufsumfeld. Zur Verdeutlichung werden die Zahlen der letzten Jahre herangezogen: Zum 31. Dezember 1998 waren 97.876 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland zugelassen. Dies entsprach einer Steigerung zum Vorjahr von 6,95 Prozent. Zwischen 1989 und 2000 ergab sich für Deutschland nochmals eine Steigerung von 92 Prozent<sup>155</sup>. Hierbei muss zwar beachtet werden, dass die BRAK-Statistiken seit 1993 die Rechtsanwälte in den neuen Bundes-

---

<sup>151</sup> Krämer/Roland Berger & Partner, Neue Anforderungen an das anwaltliche Marketing, AnwBl 2000, 337 (338).

<sup>152</sup> Alexandra Schmucker, Der Generalist im Aus?, Die Kanzlei 2000, 175.

<sup>153</sup> Schmucker, Die Kanzlei 2000, 175.

<sup>154</sup> Huff, BRAK-Mitt. 2002, 3.

<sup>155</sup> Schmucker, Die Kanzlei 2000, 175.

ländern mit erfassen. Berechnet man die Steigerung zwischen 1989 und 2000 nur für die alten Bundesländer (2000 einschließlich ganz Berlins), dann ergibt sich immer noch eine erhebliche Zunahme der Anwaltschaft um 75 Prozent<sup>156</sup>. Dieses Anwachsen der Anwaltschaft steht in keinem Verhältnis zur Bevölkerungsentwicklung. Betrachtet man die Anzahl der Rechtsanwälte, die auf 10.000 Einwohner in Deutschland kommen, dann wird deutlich, dass auch hier ein erheblicher Anstieg zu verzeichnen ist. Während 1985 nur 7,68 Rechtsanwälte auf 10.000 Einwohner kamen, betrug diese Relation 1994 bereits 8,7 für die gesamte Bundesrepublik<sup>157</sup>. Diese Zunahme ist besonders beachtlich, da zu diesem Zeitpunkt die Anwaltsdichte in den neuen Bundesländern lediglich zwischen 2,7 und 4,0 lag<sup>158</sup>. Bis 1999 nahm die Anwaltsdichte nochmals deutlich auf 11,92 Rechtsanwälte pro 10.000 Einwohner zu<sup>159</sup>. Seit Mitte bis Ende 1994 ist der durch die Wiedervereinigung entstandene Bedarf für Volljuristen im Staatsdienst<sup>160</sup> sowie in der Wirtschaft absolut gesättigt. Zur Zeit werden im Staatsdienst insgesamt nur ca. 2000 Assessoren jährlich übernommen<sup>161</sup>.

Hierfür sind folgende Faktoren ausschlaggebend: Einerseits hat sich in den Rezessionsphasen das Angebot an qualifizierten Ausbildungsberufen stark reduziert, so dass insgesamt mehr Abiturienten ein Studium aufnehmen. Andererseits ist in Phasen wirtschaftlicher Krisen auch bei der Studienwahl eine stärkere Orientierung der Abiturienten an den akademischen Berufen zu erkennen, die eine relativ hohe soziale und finanzielle Absicherung versprechen<sup>162</sup>. Neben diesen allgemeinen Umsatz- und Einkommensentwicklungen sind die

---

<sup>156</sup> Schmucker, Die Kanzlei 2000, 175.

<sup>157</sup> Schmucker, Die Kanzlei 2000, 175.

<sup>158</sup> Schmucker, Die Kanzlei 2000, 175.

<sup>159</sup> Schmucker, Die Kanzlei 2000, 175.

<sup>160</sup> Richter, Staatsanwälte sowie Verwaltung.

<sup>161</sup> Nachweise bei Mauer/Krämer, Marketing- Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 102 (S. 55).

<sup>162</sup> Sigrun Krüger-von Elsner, Studienführer Rechtswissenschaft, 2. Auflage, München 1992, S. 24 und 55.

nachfolgenden Trends zu beobachten: Die Prozesstätigkeit wird pro Anwalt durchschnittlich zurückgehen, da mit einer Stagnation der absoluten Anzahl der Prozesse zu rechnen ist. Ursache hierfür ist zunächst eine wachsende Kostenscheu der Bürger vor Gerichts-, Anwalts- sowie Sachverständigenkosten auf Grund der oftmals un-absehbaren Prozessrisiken. Ein weiterer Faktor, der ein Anwachsen der Prozesszahlen in Deutschland verhindert, ist die sich immer noch verlängernde durchschnittliche Prozessdauer, die aus Sicht der Bürger das Anstreben eines Prozesses als ultima ratio erscheinen lässt und zu einer außergerichtlichen Konfliktlösung drängt<sup>163</sup>. Die Zahlen sprechen für sich: Die Schadensfälle nahmen von etwa 2 Mio. auf 3,6 Mio. zu, also um 75 Prozent. Setzt man die Schadensfälle in Relation zur Anzahl der Risiken, so ergibt sich folgender Zusammenhang: Lag der Anteil der Schadensfälle an den Risiken 1978 noch bei 13,6 Prozent, so nahm dieser bis 1993 kontinuierlich bis auf 12,4 Prozent ab. Darin drückt sich eine durchschnittlich abnehmende Bereitschaft der Versicherungsnehmer aus, anwaltliche Leistungen in Anspruch zu nehmen. Genauso wie bei den übrigen Kennziffern, lässt sich auch bei den Versicherungsleistungen ein Anstieg beobachten. Dieser war mit 2,54 Prozent im Beobachtungszeitraum deutlich höher als bei den Schadensfällen. Das bedeutet, dass die Kosten je Schadensfall anstiegen, und zwar von 392 DM (1978) auf 790 DM (1993). Die Wachstumsraten beim Abschluss von Rechtsschutzversicherungen (Anzahl der Risiken) verlangsamten sich. Während sie Ende der 70er Jahre noch bei ca. 7-8 Prozent jährlich lagen, sind derzeit nur noch Zuwächse von circa 4 Prozent zu beobachten. Unter der Prämisse, dass der Anteil der Gerichtskosten sowie sonstiger Leistungen außerhalb der Anwaltshonorare vernachlässigbar gering sind, lässt sich aus den Versicherungsleistungen in Relation zum Gesamtumsatz der Rechtsanwälte der „Marktanteil der Rechtsschutzversicherungen“ ableiten. Dieser verzeichnete im Beobachtungszeitraum einen Anstieg von 14,6 Prozent auf 17,6 Prozent.

---

<sup>163</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 123 (S. 73).

In absehbarer Zukunft dürfte sich die Situation kaum verändern<sup>164</sup>. Ergebnisse der Anwaltsforschung belegen deutlich, dass fast drei Viertel aller Absolventen ihre Chance letztlich in der Anwaltschaft suchen müssen<sup>165</sup>. Zwar sind Anwälte eine exponierte Gruppe innerhalb der freien Berufe, jedoch werden die freien Berufe wiederum den andauernden Tertiärisierungsprozess dominieren. Dort finden sich die höchsten Zuwachsraten. In der Zeit von 1989 bis 1995 wiesen die freien Berufe einen Zuwachs von 40 Prozent auf<sup>166</sup>. Dieses Wachstum führt zu einem steigenden Nachwuchs- und Konkurrenzdruck, wobei die geringe Aufnahmefähigkeit von Wirtschaft und Verwaltung sowie die zunehmende Internationalisierung eine Verschärfung dieser Situation bewirkt. Verinnerlicht man diese extreme Konkurrenzsituation, so erscheint der Ausblick auf eine „turbulente Zukunft der freien Berufe“<sup>167</sup> nicht unrealistisch.

## **b) Konkurrenz von außen**

Neben dieser „inneren“ Konkurrenz hat die Anwaltschaft auch vermehrt „externe“ Konkurrenten<sup>168</sup> abzuwehren. Banken, Versicherungen, Steuer- und Unternehmensberater sowie Verbraucherzentralen und viele andere, die juristische Dienstleistungen anbieten, um Klienten zu gewinnen<sup>169</sup>, besetzen das einst der Anwaltschaft zugerechnete Terrain<sup>170</sup>.

Fasst man die Tendenzen zusammen, erhält man das Bild eines von vielen Anbietern stark umkämpften Marktes für rechtliche und rechts-

---

<sup>164</sup> Schmucker, Die Kanzlei 2000, 175.

<sup>165</sup> Swen Walentowski, Zukunft des Anwaltsberufs?, Die Kanzlei 2000, 275.

<sup>166</sup> Quelle: Institut für Freie Berufe Nürnberg.

<sup>167</sup> Meyer, Harvard Business Manager 4/1988, 42.

<sup>168</sup> Damit sind sowohl professionelle (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer), semiprofessionelle Anbieter (Banken, Versicherungen, Verbraucherzentralen) als auch Laien gemeint.

<sup>169</sup> Walentowski, Die Kanzlei 2000, 275 (276).

<sup>170</sup> Dazu Martin Henssler, Anwaltschaft im Wettbewerb, AnwBl 1993, 541.

verwandte Dienstleistungen<sup>171</sup>. Insbesondere im Bereich der einfachen außergerichtlichen Rechtsberatung, dem „Massengeschäft“, werden vor allem die semiprofessionellen Anbieter<sup>172</sup>, das heißt Banken, Versicherungen und so weiter einen Marktanteilszuwachs verzeichnen. Hauptsächlich die auf ihrem Dienstleistungssektor professionellen Anbieter wie Banken und Versicherungen haben erkannt, dass eine Produktdiversifizierung durch Aufnahme von rechtsberatender Tätigkeit Marktanteile nicht nur in ihrem Kernmarkt sichert, sondern auch im Rechtsberatungsmarkt schafft<sup>173</sup>. Unvermeidbare Konsequenz ist ein radikaler Verdrängungswettbewerb, der mit einem ebenso radikalen Preiskampf innerhalb der außergerichtlich beratenden Anwaltschaft im einfachen Beratungssektor einhergeht. Der Anwalt, der nicht in der Lage ist, seine Klienten dauerhaft an seine Kanzlei zu binden, läuft folglich Gefahr, diese an andere Anwälte oder konkurrierende Rechtsberater zu verlieren.

### **c) Wegfall von Standesschranken**

Zeitlich parallel zum zunehmenden Wettbewerbsdruck auf die Anwaltschaft ist eine starke Liberalisierung des Berufsrechts zu beobachten. Die Reform von Bundesrechtsanwaltsordnung und Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung<sup>174</sup> eröffnet erstmals ernstzunehmende Möglichkeiten einer aktiven Werbung und Preisgestaltung für den Anwalt. Die Bundesrechtsanwaltsordnung wurde bereits mit dem Ziel auf den Weg gebracht, den „Rechtsanwälten ein zeitgemäßes Berufsrecht an die Hand zu geben, das es ihnen ermöglicht, im Wett-

---

<sup>171</sup> Walentowski, Die Kanzlei 2000, 275 (276).

<sup>172</sup> Hierzu zählen alle beratenden Institutionen und Individuen, die ihre mehr oder minder qualifizierte Rechtsberatung als Serviceleistung neben ihren genuinen Leistungen anbieten, angefangen von staatlichen Behörden über Verbrauchermagazine, Fernsehzeitungen, Fernsehmagazine und sämtliche sonstige Medien.

<sup>173</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 117 f. (S. 68).

<sup>174</sup> Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte vom 26.07.1957 (BGBl. I S. 907), i.d.F. vom 21.08.2002 (BGBl. I 3344).

bewerb mit ausländischen Rechtsanwälten und anderen beratenden Berufen ihre Aufgaben wirksam und zukunftsorientiert zu erfüllen“<sup>175</sup>. Hinzu kommen neue Rechtsformen für Anwaltskanzleien und die schrittweise Abschaffung der Niederlassungsbeschränkungen, so dass die jüngere Rechtsprechung den Abbau der Regulierung anwaltlicher Tätigkeit beschleunigt <sup>176</sup>. Folglich steht die Anwaltschaft zu Beginn des zweiten Jahrtausends moderner Zeitrechnung in ihrer mindestens ebenso langen Geschichte an einem Wendepunkt. Der Berufsstand und auch das Berufsbild des Rechtsanwalts sind im Begriff, sich grundlegend zu verändern<sup>177</sup>.

Ausgelöst wurde diese Entwicklung durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.07.1987<sup>178</sup>, die zur Aufhebung des bis dahin geltenden anwaltlichen Werbeverbots führte. Seither ist eine sogenannte „Informationswerbung“ für Anwälte zulässig. Diese ist dann gegeben, wenn über das Dienstleistungsangebot sachlich informiert wird, die Werbung also nicht irreführend und aufdringlich erfolgt (§ 43 BRAO<sup>179</sup> und §§ 1, 3 UWG<sup>180</sup>). Auch die Berufsordnung für Rechtsanwälte<sup>181</sup> gibt hierzu Anweisungen (konkret in § 6 bis 10 BORA). Vermutlich waren sich die Verfassungsrichter der Tragweite ihrer Entscheidung nicht bewusst, zumal ihre Überlegungen, die sie zur Aufhebung des Werbeverbots und der bis dahin geltenden

---

<sup>175</sup> BR-Drucks. 93/93 vom 12.02.1993, auszugsweise abgedruckt in: AnwBl 1993, 215 (216).

<sup>176</sup> Vgl. BVerfG vom 14.07.1997 zu § 43 BRAO a.F.; BGH vom 18.09.1989 (BGHZ 108, 290 = ZIP 1989, 1265 = NJW 1989, 2890) zur „überörtlichen Sozietät“, was zu § 59a BRAO führte; BVerfG vom 04.11.1992 (BVerfGE 87, 287 = NJW 1993, 317), die sog. Zweitberufsentscheidung zu § 7 Nr. 8 BRAO a.F., das die Neuformulierung des § 45 BRAO nach sich zog; BayOLG vom 24.11.1994 zur Anwalts-GmbH.

<sup>177</sup> Hartung, MDR 1999, 1301.

<sup>178</sup> BVerfGE 76, 196 = MDR 1988, 111 = NJW 1988, 191.

<sup>179</sup> Der konkrete Wortlaut ist allerdings noch auslegungsfähig und geht an den Realitäten der Kommunikationsforschung weit vorbei: „Werbung ist dem Rechtsanwalt nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall gerichtet ist“ (§ 43 b BRAO).

<sup>180</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 07.06.1909 (RGBL. S. 499), i.d.F. vom 23.07.2002 (BGBl. I 2850).

<sup>181</sup> Berufsordnung für Rechtsanwälte i.d.F. der Bekanntmachung vom 01.11.2001.

Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts in toto veranlassten, vorwiegend formelles Recht betrafen. Gleichwohl war die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes für viele Rechtsanwälte ein Signal<sup>182</sup>. Sie wirkte wie ein Aufruf, sich auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG<sup>183</sup> garantierte Freiheit der Berufsausübung zu besinnen und sich stärker als bisher bewusst zu werden, dass der Rechtsanwalt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen unterliegt<sup>184</sup>.

Noch 1987, als die berühmt gewordene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes veröffentlicht wurde, waren der Anwaltschaft Begriffe wie Marketing und Management für die eigene Kanzlei unbekannt<sup>185</sup>. Das hat sich geändert. Die juristische Literatur widmet sich mehr und mehr dem anwaltlichen Marketing und Management<sup>186</sup>. Beides sind Begriffe, die inzwischen vielen Rechtsanwälten geläufig sind. Auch wenn die Mehrheit der Rechtsanwälte derzeit noch unverändert in der überlieferten Vorstellung lebt, dass der Rechtsanwalt sich um Marketing und Management nicht zu kümmern braucht und nur eine kleine Minderheit der Rechtsanwälte die Erkenntnisse der Marketing- und Managementlehre nutzt<sup>187</sup>, wird der Konkurrenzdruck der Anwaltschaft keine andere Wahl lassen, als sich der veränderten Wirklichkeit anzupassen.

---

<sup>182</sup> Hartung, MDR 1999, 1301.

<sup>183</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 (BGBl. S. 1), i.d.F. vom 26.11.2001 (BGBl. 3219).

<sup>184</sup> BVerfGE 50, 16 (29) = NJW 1979, 1159; BVerfGE 63, 266 (284) = MDR 1983, 726 = NJW 1983, 1535; BVerfGE 76, 171 (188) = MDR 1988, 110 = NJW 1988, 191.

<sup>185</sup> Koch, AnwBI 1996, 264.

<sup>186</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 m.w.N.

<sup>187</sup> Hartung, MDR 1999, 1301.

#### **d) Trend zur fortschreitenden Kommerzialisierung**

Der Durchschnittsanwalt in Deutschland muss sich in diesem veränderten Umfeld behaupten. Wachsende Konkurrenz und zunehmend engere Märkte stellen seine wirtschaftliche Existenz in Frage. Der erfolgreiche Anwalt wird sich vom erfolglosen zukünftig in immer stärkerem Maße dadurch unterscheiden, dass er wirtschaftlich zu denken in der Lage ist. Er darf nicht, wie bisher vielfach üblich, passiv in seiner Kanzlei verharren und darauf warten, dass er von den Firmen, die er vertritt, um Rat gebeten wird, sondern muss aktiv auf seine Mandanten zugehen<sup>188</sup>. Auch und besonders für ihn gelten die (allgemeingültigen) „Erfolgskriterien 2010: Innovation, Marketing und Wachstum“. Die Situation einer zunehmenden Konkurrenz wie auch der vorgenannten Tendenz einer sich an diese Gegebenheiten anpassenden rechtlichen Deregulierung hat bereits zu einem „Trend“ zur fortschreitenden Kommerzialisierung der Anwaltschaft innerhalb der letzten zehn Jahre geführt. Die bisherigen Organisationsstrukturen der „klassischen Anwaltschaft“ beginnen sich aufzulösen.

#### **aa) Interne Organisation**

Die Arbeit mehrerer Anwälte an einem Mandat, Qualität und Quantität der Rechtsberatung sowie der sonstigen Leistungen werden durch die Bedeutung dieser Faktoren für das „Unternehmen Anwaltskanzlei“ beeinflusst. Daneben ist im Verhältnis zur bisherigen Entwicklung eine fortschreitende Spezialisierung zu verzeichnen, die sich insbesondere durch eine horizontale sowie absolute Ausweitung der Fachanwaltsbezeichnungen auswirkt. Der Trend zur Spezialisierung hat verschiedene Gründe. Einerseits erfolgt eine Qualitätssteigerung durch Wiederholung und Vertiefung des Fachwissens. Ande-

---

<sup>188</sup> Willi Oberlander, Freie Berufe auf dem Weg ins dritte Jahrtausend, verfügbar im Internet unter: <http://www.uni-erlangen.de/docs/FAU/anstalten/IfFB/infos/infotram.htm> (Zugang: 20.02.2001).

rerseits tritt eine nicht zu unterschätzende Erhöhung der Arbeitsgeschwindigkeit durch Wiederholungs- und Lerneffekte des Anwalts sowie die Möglichkeit des Einsatzes von Standardisierungsprogrammen, insbesondere im Bereich der EDV, ein. Die hiermit verbundenen Standardisierungs- und Bearbeitungsvorteile führen auch zu erheblichen Kostensenkungen durch Arbeitsentlastung und Steigerung der Bearbeitungsgeschwindigkeit. Anwaltskanzleien können durch den Einsatz eines EDV-Systems Zeitersparnis, Kostensenkung, gesteigerte Mitarbeitermotivation, höhere Produktivität, verbesserte Arbeitsqualität, geringeren Aktenumlauf und Aktualitätsgewinn erwarten<sup>189</sup>. 80 Prozent der Kanzleien sind daher mit moderner EDV ausgestattet.

## **bb) Außenverhältnis**

Im Außenverhältnis werden unmittelbar die einzelnen Elemente des operativen Marketing, des sogenannten Marketing-Mixes<sup>190</sup>, betroffen. So werden die Rahmenbedingungen von sogenannten „externen“ Rechtsberatungsdienstleistern, welche Produkte als rechtliche Beratungsdienstleistung neben oder mit dem Kernprodukt Rechtsberatung anbieten, erhöht. Den freien Berufen steht eine große Vielfalt an Strategien und Mechanismen zur Verfügung, die sowohl einzelnen Berufsträgern als auch der Berufsgruppe insgesamt eine verbesserte Anpassung an die veränderten Rahmenbedingungen ermöglichen. Solche Anpassungsmaßnahmen und -strategien reichen von der Entwicklung von neuen (Rechts-) Formen der Berufsausübung, insbesondere von neuen (auch berufsübergreifenden sowie überregionalen) bis hin zu internationalen Kooperationsformen über Rationalisierungsmaßnahmen und Einsatz neuer Informations- und

---

<sup>189</sup> Michael Germ, EDV-Organisation, Handbuch für Rechtsanwälte und Notare, Düsseldorf 1990, S. 211.

<sup>190</sup> Zur Darstellung des anwaltlichen Marketing-Mixes siehe: Unger/Wolf, Erfolgreiches Anwaltsmarketing, 1993, S. 34 (Tab. 1).

Kommunikationstechnologien, Entwicklung des Informationsmanagements, Modernisierung der Büroorganisation bis zur Erschließung neuer Märkte beziehungsweise Klientengruppen unter Nutzung von Instrumentarien der Markterschließung<sup>191</sup> und Entwicklung neuer Wettbewerbsparameter. Hier wird die Bedarfsorientierung an den zunehmend umfassenderen Beratungserwartungen der Patienten, Klienten oder Mandanten sowohl in fachspezifischen, vor allem auch in betriebswirtschaftlichen Fragen steigende Bedeutung erlangen.

## **2. Der Stand des Anwaltmarketing**

Betrachtet man nunmehr parallel zur oben dargestellten geschichtlichen Entwicklung des Marketing die Entwicklung des Angebots an Rechtsberatung, so wird deutlich, dass das Bewusstsein der Erforderlichkeit einer Marktorientierung zwar heute bereits vorhanden ist, die Anwaltschaft aber erst am Anfang der Entwicklung steht. Die Phase der „Produktorientierung“, also das Anbieten von Qualität in der passiven Erwartung, der Kunde werde schon auf den Anwalt zukommen, ist trotz erkennbarer Entwicklungstendenzen nicht abgeschlossen. Dagegen hat sich die Wandlung vom Verkäufermarkt hin zu einem Käufermarkt bereits vollzogen. Es sind auch bereits einige Ansätze erkennbar, sich dem in dieser Schärfe neu entstandenen Wettbewerb zu stellen. Der Eintritt in die dritte Phase, in die Phase der Marktforschung und der starken Diversifizierung<sup>192</sup> steht jedoch der Masse der Anwälte noch bevor<sup>193</sup>. Gleichwohl steht die Anwaltschaft in Bezug auf das Marketing und Management erst am Anfang einer Entwicklung, die mit dem Inkrafttreten des § 43 b BRAO im Jahre 1994 begonnen hat und bei der noch ungewiss ist, wo sie endet<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> Büschgens, Die Kanzlei 2000, 157 (162).

<sup>192</sup> Vgl. aber die steigende Anzahl von Fachanwälten, Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 106 (S. 60) mit Schaubild.

<sup>193</sup> Vgl. zu den Entwicklungen auf dem amerikanischen Markt Meyer, Harvard Business Manager 4/1988, 42.

<sup>194</sup> Hartung, MDR 1999, 1301 (1303).

Die Erkenntnis der Notwendigkeit einer marketingorientierten Kanzleiführung setzt sich immer mehr durch<sup>195</sup>. Die Wandlung des Selbstverständnisses jedoch wird auch eine Wandlung der Kanzleiführung nach sich ziehen. Instrumentarien, die aus dem gewerblichen Bereich längst bekannt sind, werden Einzug auch in die „Anwaltsunternehmen“ halten. Im Hinblick auf den Anwalt sind dabei als Marketingtools Honorargestaltung, Werbeanzeigen in Zeitschriften, deren Bezueher zur Zielgruppe der Kanzlei gehören, wie zum Beispiel Verbandszeitschriften, Fachzeitschriften, Wahrnehmung wiederkehrender Ereignisse, zum Beispiel Feiern, Praxisjubiläen usw., Herausgabe regelmäßiger Infodienste, die über Rechtsprechung und Gesetzgebung berichten, aus aktuellem Anlass oder um Beratungsbedarf zu wecken, Mandantenbriefe, die an die Kanzlei erinnern und so die Mandantenbeziehung festigen, Kanzleibroschüren, Vorträge, Seminarveranstaltungen, Workshops usw.<sup>196</sup> zu nennen. War vor einigen Jahren eine GmbH mit anwaltlicher Dienstleistung als Geschäftsgegenstand noch undenkbar, so ist sie heute bereits etabliert<sup>197</sup>. Noch vor wenigen Jahren hätte sich niemand eine „Anwalts-Hotline“<sup>198</sup> oder eine Rechtsberatung im Internet vorstellen können, die das Bild des Anwalts als „Verkäufer von Zeit“<sup>199</sup> verdeutlicht. Der Durchbruch in diesem Bereich wird spätestens dann erzielt sein, wenn die Betrachtung der Kanzlei als Unternehmen so selbstverständlich geworden ist, dass etwa die Inanspruchnahme von Unternehmensberatungen nicht mehr ausgeschlossen ist. Die betriebswirtschaftliche Methodik moderner Unternehmensstrategien steht dann auch Anwalts-

---

<sup>195</sup> Oberlander, Freie Berufe auf dem Weg ins dritte Jahrtausend, verfügbar im Internet unter: <http://www.uni-erlangen.de/docs/FAU/anstalten/lfb/infos/infotram.htm> (Zugang: 20.02.2001).

<sup>196</sup> Büschgens, Die Kanzlei 2000, 157 (162).

<sup>197</sup> Vgl. die gesetzliche Regelung in §§ 59c ff. BRAO.

<sup>198</sup> Zur Zulässigkeit der Anwalts Hotline vgl. BGH 1. Zivilsenat, 26.09.2002, I ZR 44/00 und I ZR 102/00, verfügbar im Internet unter: <http://www.bundesgerichtshof.de>.

<sup>199</sup> Eberhard Fedtke, Wirtschaftsunternehmen Anwalts- und Notarkanzlei, Köln 1993, 3.2 (S. 30).

kanzleien zur Verfügung. Der Schritt von der Markt- zur Marketingorientierung ist getan.

Der Wegfall von Standesschranken gibt diesem Wandel eine steigende Dynamik. So ist es nicht verwunderlich, dass die anwaltliche Literatur sich mit diesen Erkenntnissen befasst und ihnen eine bisher nicht gekannte Aufmerksamkeit widmet<sup>200</sup>. Für denjenigen, der diese Veränderungen nicht nur als Risiko oder gar Bedrohung ansieht, sondern als Chance begreift, stellt sich die Frage, wie er den Prozess der Veränderung selbst aktiv mitgestalten kann, um nachhaltige Wettbewerbsvorteile zu erzielen und zu sichern<sup>201</sup>. Will die Anwaltschaft sich auf ihre Märkte zu bewegen, so muss sie zukünftige Felder ihres beruflichen Handelns durch aktive Marktforschung zunächst definieren, um sie im Sinne einer aktiven Marktentwicklung zu erschließen<sup>202</sup>. Gefordert sind Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, nicht reaktives und defensives Verhalten<sup>203</sup>. Die Anwaltschaft wird sich mit Marketing professionell beschäftigen müssen, um sich auf dem Rechtsberatungsmarkt gegen andere Anbieter zu behaupten, die, wie zum Beispiel Unternehmensberater und gewerbliche Dienstleistungsanbieter, durch keine berufsrechtlichen Schranken gehindert sind<sup>204</sup>.

---

<sup>200</sup> Vgl. z.B. Blümel/Diem/Hocke, Qualitätsmanagement und Zertifizierung, 1998; Krämer/Mauer/Braun, Erfolgreiche Anwaltswerbung, 1999; Hartung/Römermann, Marketing- und Managementhandbuch für Rechtsanwälte, 1999; Mauer/Krämer, Marketingstrategien für Rechtsanwälte, 1996; Mauer/Krämer/Becker, Unternehmensführung für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe, 1997; Schiefer/Hocke, Marketing für Rechtsanwälte, 1996; Unger/Wolf, Erfolgreiches Anwaltsmarketing - Strategien für Rechtsanwälte, 1993.

<sup>201</sup> Mauer, Vorwort, in: Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, S. V.

<sup>202</sup> Christoph Hommerich, in: Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 128 (S. 74 ff.)

<sup>203</sup> Mauer, in: Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, S. I.

<sup>204</sup> Wolfgang Schiefer, in: Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 21 (S. 14).

### 3. Empfehlungen für anwaltliches Marketing

Angesichts der dargestellten Entwicklung ist die Übernahme der Methoden des strategischen Marketing ein notwendiger Schritt. Die Anwendung von Marketing-Methoden ist teuer und belasten das Kanzleibudget enorm. Bezieht man etwa in die Kostenberechnung für die Planung, Ausarbeitung und Durchführung einer Fachveranstaltung zur Kundenbindung und -gewinnung die internen Kosten ein, so ergibt sich, verglichen mit der Massenansprache der gewerblichen, nicht den Restriktionen des anwaltlichen Berufsrechts<sup>205</sup> unterliegenden Wirtschaft ein deutlich höherer Werbeaufwand pro gewonnenem Kunden. Diese besondere, über den Rahmen des sonst im wirtschaftlichen Bereich aufgewendeten hinausgehende Ausgabe rentiert sich für den Anwalt nur, wenn die wenigen (potentiellen) Kunden, die er durch diese Werbemaßnahme erreicht, sich später als besonders rentabel erweisen. Die Marketingweisheit, dass man wisse, dass 50 Prozent der Werbung überflüssig sei, man aber nicht wisse, welche 50 Prozent, gilt für den Anwalt daher um so mehr. Für ihn ist es von besonderer Bedeutung, gerade den richtigen Kunden anzusprechen. Kennt er diesen richtigen, oder besser den „wichtigen“ Kunden, kann er diesen im Rahmen des § 43 b BRAO Zulässigen bewerben.

Demzufolge geben drei Leitfragen dem anwaltlichen Marketing seine Struktur: Wie gewinnt man neue Mandate? Wie stellt man Mandanten durch eine perfekte rechtliche Dienstleistung zufrieden? Wie kann man Mandanten langfristig binden?<sup>206</sup> Aus der Formulierung dieser Fragen ergibt sich, dass Marketing nicht nur ein kurzfristiges Werbekonzept sondern eine langfristig angelegte Führungs- und Steuerungsaufgabe ist.

---

<sup>205</sup> Hier ist beispielsweise an § 43 b BRAO zu denken.

<sup>206</sup> Siehe zur Fragestellung auch: Schiefer/Hocke, Marketing für Rechtsanwälte, 1996, S. 27.

## a) Kanzleistrategie

Voraussetzung für erfolgreiches Anwaltsmarketing ist die Formulierung einer klaren Kanzleistrategie<sup>207</sup>. Grundlage der Formulierung einer Kanzleistrategie ist das Setzen von Kanzleiziele, da sie den tatsächlichen Konsens der Kanzlei-„Mitglieder“ und damit die Grundlage der Unternehmenspolitik bilden<sup>208</sup>. Demnach ist Grundlage für die Festlegung von Zielen eine umfassende Analyse des Leistungspotentials der Kanzlei<sup>209</sup> und des Umfeldes<sup>210</sup>. Mit anderen Worten: Jede Kanzlei muss dem Markt mitteilen, wofür sie steht. Das Leistungspotential einer Kanzlei beruht folglich auf Anwaltsprofilen, Gebührenaufkommen, Arbeitsaufwand und Mandantendaten. Im Weiteren gehören dazu das Image, der Bekanntheitsgrad, die Ausstattung der Kanzlei und die Mitarbeiterqualifikation, die Finanzkraft, der Standort sowie bestehende Geschäftsverbindungen und fachliche Kompetenz. Demgegenüber wird das Kanzleiumfeld durch die Konkurrenzsituation und das Marktpotential bedingt, d. h. nach der Durchführung der einzelnen Analyseverfahren sollten die folgenden Punkte geklärt sein<sup>211</sup>:

- Festlegung der eigenen derzeitigen Marktposition
- Festlegung der derzeitigen Marktposition der Konkurrenten
- Stärken-Schwächen-Vergleich zwischen der eigenen Kanzlei und den Konkurrenzkanzleien

---

<sup>207</sup> Hommerich, Anwaltliches Marketing, verfügbar unter: [http://www.marktplatz-recht.de/homepage/hp\\_marketing.php](http://www.marktplatz-recht.de/homepage/hp_marketing.php) (Zugang: 09.05.2002).

<sup>208</sup> Dazu ausführlich: Mauer/Krämer, Braucht eine Kanzlei Ziele?, AnwBl 1998, 113 ff.

<sup>209</sup> Zur Situationsanalyse siehe: Mauer/Krämer: Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 201 ff. (S. 113 ff.). Dort wird eingehend auf die Stärken-Schwächen-Analyse (Rn. 202 ff., S. 114 ff.), die Lebenszyklusanalyse (Rn. 205 ff., S. 116 ff.), die Erfahrungskurvenanalyse (Rn. 210 ff., S. 118) und die Portfolioanalyse (Rn. 212 ff., S. 120 ff.) eingegangen.

<sup>210</sup> Siehe dazu eingehend: Unger/Wolf, Erfolgreiches Anwaltsmarketing, 1993, S. 77-98.

<sup>211</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 235 (S. 131 f.).

- Beurteilung der einzelnen Beratungsleistungen hinsichtlich ihrer Position im Produktlebenszyklus
- Orientierung hinsichtlich Spezialisierungsmöglichkeiten und damit verbundenen Kosteneinsparungspotentialen anhand der Erfahrungskurvenanalyse
- Nutzung der Portfolioanalyse zur Optimierung des Produktsortiments und der Kundenzufriedenheit.

Auf Grund dessen sind folgende Strategien<sup>212</sup> denkbar, nämlich die der vollständigen Produkt-Markt-Abdeckung, welche auf einem umfassenden Angebot an Rechtsberatungsleistungen auf allen Märkten basiert. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die überörtliche, allerdings auf einige Landgerichtsbezirke beschränkte, Sozietät, die sämtliche Rechtsberatungsleistungen anbietet oder auch der einzelne Anwalt, der nicht auf eine bestimmte Klientenschicht beschränkt ist. Die entgegengesetzte Strategie ist die der Produkt/Markt-Spezialisierung. Diese Strategie setzt eine Spezialisierung in zweifacher Hinsicht voraus, und zwar einmal in Bezug auf das Produkt und weiterhin auf den zu bearbeitenden Markt. Hierbei empfiehlt es sich, bestimmte Schwerpunktbereiche zu benennen, in denen die Kanzlei besonders erfolgreich tätig ist oder aber tätig werden will<sup>213</sup>. Möglich wäre demnach die Ausrichtung auf bestimmte Zielgruppen, auf Rechtsgebiete oder bestimmte Lebenssachverhalte, auf einzelne Branchen oder auch auf die Versorgung bestimmter (regionaler) Räume. Des Weiteren ist die Strategie der Produktspezialisierung denkbar, bei der nur eine eindimensionale Spezialisierung auf ein Produkt erfolgt, das jedoch auf sämtlich verfügbaren Märkten angeboten wird. Im Gegensatz dazu ist auch die Strategie der Marktspe-

---

<sup>212</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 239-242 (S. 132 f.) mit Schaubild.

<sup>213</sup> Andreas R. J. Schnee-Gronauer, Kompetenz und Vertrauen - Interview mit den Herren Rechtsanwälten Dr. Werner und Dr. Kobabe, verfügbar im Internet unter: <http://www.juracafe.de/Kanzlei/management/indrwerner.htm> (Zugang: 09.05.2002).

zialisierung möglich, diesmal jedoch bezogen auf einen bestimmten Markt, statt auf ein spezielles Produkt.

## **b) Marketingstrategie**

Auf der Grundlage eines solchen Leistungsprogramms kann eine Marketingstrategie formuliert werden, die eng mit der eigentlichen Dienstleistung einer Anwaltsfirma zusammenhängt. Dabei sind die Möglichkeiten der Bekanntmachung des Programms und der Herstellung von Mandantenzufriedenheit von entscheidender Bedeutung. Erfolgversprechend ist eine Marketingstrategie dann, wenn die Anwälte und darüber hinaus alle nicht anwaltlichen Mitarbeiter eine konsequente Kundenorientierung zur zentralen Leitlinie ihres Handelns machen. Hierzu gehört, den Kontakt zum Mandanten auch dann zu halten, wenn ein einzelner Fall abgeschlossen ist (sogeannter „After-Sales-Service“)<sup>214</sup>. Schließlich bietet die kundenorientierte Sichtweise auch die Möglichkeit, neue „Beratungsprodukte“<sup>215</sup> zu entwickeln<sup>216</sup>.

## **c) Marketingmaßnahmen**

An Empfehlungen, wie anwaltliche Kommunikationsmaßnahmen gestaltet werden könnten, mangelt es nicht. In der anwaltlichen Literatur finden sich bereits vielfältige Vorschläge<sup>217</sup>. Einige Ausformun-

---

<sup>214</sup> Siehe dazu: Hommerich, After-Sales-Service-Beziehungsmarketing der Anwälte, *Anwalt* 4/2002, 18.

<sup>215</sup> Als populäres Beispiel ist das der Mediation zu nennen.

<sup>216</sup> Krämer/Berger & Partner, *AnwBI* 2000, 337 (340).

<sup>217</sup> Mauer/Krämer, *Marketing-Strategien für Rechtsanwälte*, 1996, Rn. 285 ff. (S. 156 ff.); Schiefer/Hocke, *Marketing für Rechtsanwälte*, 1996, S. 53 ff.; Unger/Wolf, *Erfolgreiches Anwaltsmarketing*, 1993, S. 105 ff.; Schiefer, in: Brüning/Abel (Hrsg.), *Die moderne Anwaltskanzlei - Gründung, Errichtung und rationale Organisation*, 2001, § 3 Rn. 8 ff.

gen sind auch bereits durch die Rechtsprechung entschieden<sup>218</sup>. Sie reichen von einfach umzusetzenden Methoden wie der Einführung eines speziellen Beschwerde- und Betreuungsmanagements zur Betreuung der als Kunden verstandenen Mandanten über die Durchführung von Mandantenbefragungen, um die Bedürfnisse der Kunden noch besser zu erkennen und zu befriedigen, wozu auch Fragebögen<sup>219</sup> eingesetzt werden sollen, bis hin zur Werbung mit dem Honorar<sup>220</sup>. Wichtige Kunden sollen ein besonderes Entgegenkommen dadurch erfahren, dass ihnen auch zeitlich günstige Faktoren eingeräumt werden, wie zum Beispiel Besprechungen zu später Stunde oder an Wochenenden. Es könnten Hausbesuche gemacht, Termine kurzfristig und bevorzugt für den wichtigen Mandanten vergeben, die Bearbeitungsgeschwindigkeit bei wichtigen Kunden erhöht und Beratungsgespräche ausführlicher gestaltet werden. Ebenfalls aus dem gewerblichen Bereich übernommen ist die Idee, Rundschreiben an Mandanten zu versenden<sup>221</sup>, um eine Kundenbeziehung zu stabilisieren und in eine dauerhafte Vertrauensbeziehung umzuwandeln. Hierzu, aber auch der Gewinnung neuer Mandanten, dient die Durchführung von Fachveranstaltungen<sup>222</sup> oder auch das Sponsoring<sup>223</sup>. Nicht zuletzt gehört zum erfolgreichen Anwaltsmarketing ein erstklassig gestalteter Außenauftritt einer Kanzlei (sogenannte „Corpora-

---

<sup>218</sup> Zu nennen ist in diesem Zusammenhang das anwaltliche Rundschreiben ohne Anlass im Hinblick auf potentieller Kunden. Siehe dazu: EGH Schleswig, NJW 1993, 1340 = EWiR 1993, 41 und OLG Stuttgart, BB 1997, 1279 = NJW 1997, 2529 = AnwBI 1997, 497 = BRAK-Mitt 1997, 988; a.A.: BVerfG NJW 1992, 1614 = BRAK-Mitt 1992, 111; OLG Düsseldorf, NJW-RR 199, 136; OLG Brandenburg, AnwBI 1998, 157 = MDR 1998, 310 = WRP 1998, 215; LG Schwerin, BRAK-Mitt 1998, 50.

<sup>219</sup> Zur Möglichkeit der Gestaltung eines Fragebogens vgl. Krämer/Mauer, BRAK-Mitt 1996, 141 ff.

<sup>220</sup> Eine Werbung mit dem Honorar wird nunmehr in der Regel als zulässig angesehen. Vgl. dazu: Koch, AnwBI 1996, 264 (265); Krämer/Kohn-Lehnhof, AnwBI 1997, 306 (307 f.); Krämer, Akzeptanz unterschiedlicher Honorargestaltungen bei Rechtsanwälten, AnwBI 1998, 371.

<sup>221</sup> Thomas Wedel, Anwaltliche Werbung durch Rundschreiben, Die Kanzlei 2000, 14.

<sup>222</sup> Wolfgang Stückemann, Fachveranstaltung als Marketinginstrument, Die Kanzlei 2000, 288.

<sup>223</sup> BVerfG, NJW 2000, 3195 = BRAK-Mitt 2000, 137.

te Identity“), das die gesamte Inneneinrichtung einer Kanzlei ebenso wie die Gestaltung sämtlicher Kommunikationsmittel umfasst.

#### **d) Database Marketing im Anwaltsbüro**

Um aber den richtigen Mandanten mit der richtigen Marketingmaßnahme anzusprechen, ist es von Bedeutung, den für die Kanzlei wichtigen Mandanten ausfindig zu machen. Kommunikationsmaßnahmen können somit je nach Rentabilität und Wert des Kunden effektiv und kosteneffizient eingesetzt werden. Dazu ist das aus dem gewerblichen Bereich bekannte Database Marketing auch für die Führung einer Kanzlei relevant. Im Folgenden ist dies auf die Anwaltschaft an Hand des Organisationsablaufs der Datenerhebung in der Kanzlei zu übertragen.

#### **aa) Datenerhebung**

Für die Analyse, welcher Mandant der richtige ist, um zum Kunden zu werden, ist die Erhebung von Daten unabdingbare Voraussetzung. Sie beruht als investigative Tätigkeit auf dem Erschließen zahlreicher Informationsquellen. Erleichtert wird sie dadurch, dass regelmäßig bereits Informationen über den Mandanten vorhanden sind beziehungsweise im Rahmen der Erstanfrage und der darauf folgenden Besprechung erfragt werden müssen, um das Mandat zu betreuen. Zu unterscheiden sind demnach Informationsquellen, die sich im Rahmen der Mandatsbetreuung erschließen und solchen die ihrer Art aus dem gewerblichen Sektor bekannt und auf den Anwaltsbetrieb übertragbar sind.

## **(1) Informationsquellen im anwaltlichen Geschäftsbetrieb**

Bereits der gewöhnliche Geschäftsbetrieb einer Anwaltskanzlei bringt eine Fülle verwertbarer Daten hervor, denn eine umfangreiche Information des Anwalts über die Verhältnisse des Mandanten, des Gegners und dritter Personen ist regelmäßig Voraussetzung zur erfolgreichen Mandatsführung. So kann zunächst davon ausgegangen werden, dass regelmäßig die Erstanfrage seitens des Mandanten telefonisch erfolgt. Dabei wird üblicherweise gefragt, wer der Mandant und wer der Gegner ist. Sodann wird auf den Sachverhalt eingegangen, um sicherzustellen, dass man als Anwalt zur Mandatsübernahme gewillt ist. Danach werden die Daten des neuen Mandanten notiert und erforscht, wer den Anwalt beziehungsweise die Kanzlei empfohlen hat. Nach der Aufnahme der entsprechenden Daten ruht die Mandatsbearbeitung bis zu dem Zeitpunkt, indem der Mandant persönlich vorspricht oder schriftliche Unterlagen einreicht.

Im Rahmen der Erstbesprechung fertigt der Rechtsanwalt Akten- und Gesprächsnotizen an. Spätestens im Anschluss an dieses Gespräch erfolgt die Speicherung der Angaben zu Mandant und Gegner. In der Regel diktiert der Rechtsanwalt im Anschluss daran die Namen von Zeugen und anderen Beteiligten auf ein Tonband, das durch eine Sekretärin oder einen Sekretär mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung in das Datenverarbeitungssystem eingegeben werden, um einen schnellen und unkomplizierten Zugriff zu ermöglichen. Die auf diesem Wege erhobenen Daten können je nach Mandat detailreiche Rückschlüsse auf den „Kundenwert“ dieser Personen ermöglichen und erlauben eine zielgenaue Ansprache dieser „Suspects“ zu Akquisitionszwecken.

Wird der Anwalt beispielsweise mit der Betreuung einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit betraut, so kann er aus dem Mandat wichtige Informationen über den Arbeitgeber erfahren. So ist es auf Grund des

Kündigungsschutzgesetzes<sup>224</sup> erforderlich zu wissen, wie viele Arbeitnehmer im Unternehmen beschäftigt sind, wie viele davon in Teilzeit arbeiten oder in 325 €-Verhältnissen stehen. Weiter wird bekannt, welcher Unternehmensgegenstand betrieben wird, wer Geschäftsführer und wer Ansprechpartner innerhalb der jeweiligen Unternehmensbereiche ist. Forscht man weiter, so ist es möglich, in Erfahrung zu bringen, ob das Unternehmen wirtschaftlich gut situiert ist, wie sich der Umsatz entwickelt und wer die wesentlichen Kunden sind. Auf diese Weise ergibt sich aus dem arbeitsrechtlichen Mandat nicht nur ein Mandantenprofil, sondern auch ein Profil des Gegners, das in ein Kundenbewertungssystem eingestellt und analysiert werden kann. Auch das familienrechtliche Mandat liefert eine Reihe marketingrelevanter Daten, deren Erlangung im Vergleich in der gewerblichen Wirtschaft einen erheblichen Kostenaufwand verursacht. Mitgeteilt werden in dem Rahmen der eigene Verdienst, der Beruf und das Einkommen des Ehepartners, die Anzahl der Kinder sowie das gesamte Vermögen. Diesbezüglich erfährt man, ob Grundbesitz und Immobilien vorhanden sind. Weitere Informationen werden durch den Mandatsgegner sowie von Dritten, wie beispielsweise durch das Grundbuchamt und das Handelsregister, geliefert. Auch diese Daten können in einen neuen Zusammenhang gebracht und ausgewertet werden.

## **(2) Marktforschung**

Wie im kommerziellen Bereich stellt die Marktforschung die elementare Grundvoraussetzung auch für das anwaltliche Marketing dar<sup>225</sup>. Dabei wird zunächst in innerbetriebliche und außerbetriebliche Erfor-

---

<sup>224</sup> Kündigungsschutzgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 25.08.1969 (BGBl. I 1317), i.d.F. vom 23.07.2001 (BGBl. I 1852).

<sup>225</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 174 (S. 100).

schung von Sachverhalten unterschieden<sup>226</sup>. Eine weitere Differenzierung bezieht sich auf primäre und sekundäre Marktforschung<sup>227</sup>.

### **(a) Primäre Marktforschung**

Unter primärer Marktforschung versteht man das Ermitteln neuer, bisher unbekannter Zusammenhänge. Bezüglich dessen werden Daten systematisch mittels Fragebögen erhoben<sup>228</sup>, das vor allem für den Anwaltsbereich von Interesse ist. Auch Banken bedienen sich dieser Methoden: Beim Update ihrer Online Banking Software hat beispielsweise die Bank „Credit Suisse“ gleichzeitig einen Fragebogen zu den Familienverhältnissen, der beruflichen Situation, der Ausbildung und so weiter ausfüllen lassen.

### **(b) Sekundäre Marktforschung**

Sekundäre Marktforschung meint die gezielte Auswertung bereits vorhandener Materialien im Hinblick auf eine fokussierte Fragestellung. Bei einer Differenzierung in „Desk Research“ und „Field Research“ zielt das Begriffspaar auf den gleichen Sachverhalt hin<sup>229</sup>. Die Sekundärforschung wird für den Anwaltsbereich „aus Gründen der Aufwandsreduzierung“ ausdrücklich empfohlen<sup>230</sup>. Die wichtigsten Informationsquellen stellen für Anwälte die Buchhaltungsunterlagen, Klientenstatistiken (Anzahl insgesamt, Art der Klienten, Informationen aus der Klientenkartei und so weiter), frühere Kundenbefragungen sowie Umsatz- und Kostenentwicklungen dar<sup>231</sup>. Des weite-

---

<sup>226</sup> Heymo Böhler, Marktforschung, 2. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln 1992, S. 23 ff.

<sup>227</sup> Ludwig Berekoven/Werner Eckert/Peter Ellenrieder, Marktforschung - Methodische Grundlagen und praktische Anwendung, 5. Auflage, Wiesbaden 1991, S. 30.

<sup>228</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 189 (S. 107).

<sup>229</sup> Berekoven/Eckert/Ellenrieder, Marktforschung - Methodische Grundlagen und praktische Anwendung, 1991, S. 30.

<sup>230</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 180 (S. 103).

<sup>231</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 180 (S. 103).

ren bilden die Auswertung der Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes beziehungsweise der Statistischen Landesämter, der Bundesrechtsanwaltskammer, des Deutschen Anwaltvereins, von Informationsdiensten, Beraterfirmen und Marktforschungsinstituten sowie Publikationen von Banken, wie zum Beispiel „Wer gehört zu wem?“ der Commerzbank AG, Publikationen einschlägiger Verlage zum Anwaltsmarkt und so weiter eine einschlägige Grundlage für die Sekundärforschung<sup>232</sup>. Besondere Erwähnung findet dabei die Möglichkeit Datenbanken zu nutzen, welche derzeit zumindest von der Anwaltschaft in geringem Maße wahrgenommen, in absehbarer Zukunft jedoch zu einer der wichtigsten Informationsquellen heranwachsen wird<sup>233</sup>. Die Einrichtung solcher Datenbanken, die Mandantendaten enthalten, ist auch im Hinblick auf die „Fusionswelle“ der Anwaltskanzleien notwendig.

Aus all den verschiedenen Informationen entsteht schließlich ein Kundenprofil, mithin ein Mandantenprofil, das zahlreiche Merkmale umfassen kann. Die Merkmalsprofile aktueller und potentieller Kunden bilden dann den Ausgangspunkt für eine nähere Analyse und sind Grundlage weiterer, ökonomisch orientierter Entscheidungen.

### **(3) Organisation der „Informationsflut“**

Diese Vielfalt von Informationen ist nur dann brauchbar, wenn sie in einer Weise strukturiert und organisiert wird, die erlaubt im Bedarfsfalle rasch und unkompliziert relevante Informationen aufzufinden. Denn unauffindbare Information hat denselben Wert wie nicht vorhandene, nämlich keinen. Somit setzt eine zweckmäßige Ablage eine systematische Erfassung voraus. Hierfür bietet sich ein übergeordnetes Prinzip an, zum Beispiel in Form einer numerischen, auf einer 4- oder 5-stelligen Systematik. Darüber hinaus sollte die Infor-

---

<sup>232</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 183 (S. 103).

<sup>233</sup> Mauer/Krämer, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, 1996, Rn. 183 (S. 103).

mation in einer EDV-gestützten Datei erfasst werden. Zwar ist dies anfänglich mit zeitlichem Mehraufwand verbunden, jedoch ergeben sich später deutliche Zeitgewinne. Zudem macht die technische Entwicklung den Aufbau solcher eigenen Datensammlungen beziehungsweise Datenbanken immer leichter<sup>234</sup>. Neben der elektronischen Erfassung ist natürlich auch die klassische karteimäßige Erfassung möglich, die aber im Ergebnis weit weniger auswertbar als eine elektronische Datei und daher kaum sinnvoll ist<sup>235</sup>. Des Weiteren kommen in der Anwaltskanzlei neben den traditionellen Informationsträgern zunehmend neue Medien zur Anwendung, wobei die Entwicklung der weiteren Nutzung dieser Medien keineswegs am Ende, sondern erst an ihrem Beginn steht. In diesem Zusammenhang sind Microfiches und Datenbanken zu nennen. Bei Microfiches werden große Informationsmengen auf dem genannten Medium verfilmt, sind aber in ihrer Anschaffung kostenintensiv und in ihrer Handhabung nicht sehr praktisch. Anders verhält es sich hingegen mit elektronischen Datenbanken, deren Nutzung in Anwaltskanzleien rasant zunimmt. Dabei ist grundsätzlich zwischen zwei Systemen zu unterscheiden: Den Offline-Datenbanken einerseits, bei denen Informationen in einem externen Rechner gespeichert sind und von der Kanzlei aus über ein Zusatzgerät (Modem) und das Telefonnetz direkt angewählt werden; und den Offline-Datenbanken andererseits, die komplett auf Datenträgern (Festplatte, Diskette oder CD-Rom) abgespeichert sind, sich in der Kanzlei selbst befinden und auf der kanzleii internen Datenverarbeitungsanlage betrieben werden. Diese bieten sich, wie im weiteren unten zu zeigen ist, insbesondere im Rahmen des Database Marketing an.

---

<sup>234</sup> Vgl. Christoph Mohrmann, Dateiarchivierung - einfach und effektiv, NJW-CoR 4/2000, 223.

<sup>235</sup> Schiefer, in: Brüning/Abel (Hrsg.), Die moderne Anwaltskanzlei - Gründung, Errichtung und rationelle Organisation, 2001, § 8 Rn. 35.

## bb) Kundenwertanalyse im Anwaltsbüro

Wie private Wirtschaftsunternehmen haben auch Anwälte ein kommerzielles Interesse, auf unterschiedlichen Wegen erhobene personenbezogene Daten zu verknüpfen, um so ein detailliertes, umfassendes und realitätsgetreues Bild der Mandantenpersönlichkeit einer Person zu erhalten<sup>236</sup>. Der Anreiz für gewinnorientierte Anwälte, die Vorteile moderner Informationstechnologie im Rahmen des Individual-Marketing zu nutzen, ist groß und wird im Hinblick auf die oben dargestellten Tendenzen auch für Anwälte eine ernst zu nehmende Vision. Solche Systeme, die eine systematische Konzentration auf den Kunden ermöglichen, stellt die betriebswirtschaftliche Lehre und Praxis zur Verfügung. Ihre Übertragung speziell auf den Anwaltsbereich wird in jüngerer Zeit verstärkt erwogen<sup>237</sup>. Dabei wird auf die Möglichkeit der Kundenanalyse auch und gerade für Freiberufler hingewiesen<sup>238</sup> und in der einschlägigen Literatur den Anwälten ausdrücklich anempfohlen, wenngleich die Vorschläge sich noch auf die vergleichsweise einfach darstellende ABC-Analyse beschränken<sup>239</sup>. Möglich ist aber auch den Kundenwert eines Mandanten nach den oben dargestellten Analysemethoden aus dem betriebswirtschaftlichen Bereich zu ermitteln.

Für die Kundenwertanalyse sind wie im gewerblichen Bereich monetäre und nichtmonetäre Aspekte entscheidend<sup>240</sup>. Zuerst wird das Ertragspotential des Mandanten festgestellt, das sich aus dem Umsatz und den mandatsbezogenen Kosten ergibt. Danach erfolgt die

---

<sup>236</sup> Wittig, RDV 2000, 59.

<sup>237</sup> Vgl. Rachele Römermann/Henning Schröder, Die rentable Kanzlei - 1x1 der Kosten und Gewinne, *Anwalt* 1/2000, 24 (25); Römermann/Schröder, Prioritäten setzen - ABC-Analyse in der Anwaltskanzlei, *Anwalt* 4/2001, 32 (33 ff.), die mit Hilfe einer Kosten- und Leistungsrechnung versuchen, rentable Kunden zu identifizieren.

<sup>238</sup> Vgl. Dieter Lutz/Michael App, Strategische Planung des Anwaltsmarketings, *MDR* 1998, 332, die auch die ABC-Analyse vorschlagen.

<sup>239</sup> Römermann/Schröder, *Anwalt* 4/2001, 32 (34); Lutz/App, *MDR* 1998, 332.

<sup>240</sup> Hommerich, *Anwalt* 4/2002, 18 (19 f.).

Einschätzung des Entwicklungspotentials des Mandanten. Eingestellt wird zudem das Weiterempfehlungsverhalten, da dies die zentrale Akquisitionsquelle einer Kanzlei ist. Letztlich wird das Informations- und Kooperationspotential eines Mandanten eingeschätzt, um daran bedarfsorientiert das Leistungsangebot der Kanzlei auszubauen.

### **cc) Kundensegmentierung**

Ist der Kundenwert ermittelt, so erfolgt die Kundensegmentierung, das heißt die Einteilung der Mandanten in sogenannte Schlüsselkunden (Key Account Mandant) und in andere Mandanten. Bezüglich Schlüsselmandanten wird sodann ein spezielles Betreuungsangebot unter Bereitstellung von Informationsangeboten, die das Interesse des Mandanten an der Inanspruchnahme der Kanzlei wecken, entwickelt. Dazu können die bereits oben dargestellten Kommunikationsmaßnahmen herangezogen werden, jedoch unter der Prämisse, dass diese Maßnahmen auf den entsprechenden Mandanten speziell abgestimmt sind. Demgegenüber sollen andere Mandanten zur bedarfsmäßigen Inanspruchnahme der Kanzlei und zur Weiterempfehlung motiviert werden. Dazu dienen laienmäßig aufbereitete Mandantenbriefe, die entsprechende Informationen zur entsprechenden Berufsgruppe enthalten.

### **dd) Datenbank**

Im Unterschied zur Vergangenheit bestehen heute wesentlich größere Einheiten im anwaltlichen Bereich. In sogenannten Großkanzleien fallen die Aufgaben der Mandatsakquisition und -bearbeitung in verschiedene Zuständigkeiten. Dies führt dazu, dass die Kanzleiführung ihre Mandanten nicht mehr kennen kann, wenn nicht ein besonderes System den Informationsfluss sicherstellt. Weiß der Einzelanwalt noch sehr genau, welcher seiner Mandanten „rentabel“ ist, so ist diese wichtige Information verloren, wenn in größeren Kanzleien dersel-

be Mandant von verschiedenen Spezialisten betreut wird, die wiederum mit der Abrechnung des Honorars nicht betraut werden. Die stärkere Arbeitsteilung und der große, unübersichtliche Mandantentstamm führen dazu, dass dieser analysiert werden muss, um rentable Mandanten zu erkennen und durch Maßnahmen zu binden. Insofern verhält es sich wie in der gewerblichen Wirtschaft: „Tante Emma“ benötigt kein PC-gestütztes System, die Supermarktkette dagegen schon. Die großen Kanzleien haben wie große Firmen das Problem zu lösen, dass eine Effizienzsteigerung durch Arbeitsteilung erreicht werden soll, aber strategische Entscheidungen zentral getroffen werden, woraus sich ein Auseinanderfallen von Information (auf der Sachbearbeiterebene) und Entscheidung (Partner) ergibt. Dies gilt nicht nur für die „global law firms“, sondern auch für Berater der mittelständischen Wirtschaft. Diese nehmen auch Privatmandate an, beraten umfassend in allen Rechtsgebieten. Umso wichtiger ist die Frage der Organisation des Informationsflusses. Das kann nur gelingen, wenn klare Datenerfassungsanweisungen an den einzelnen Sachbearbeiter gegeben werden.

Insofern besteht bei großen Sozietäten schon auf Grund ihrer Struktur die Notwendigkeit, eine Datenbank anzulegen, um anhand der vorhandenen Daten entscheiden zu können, welche der oben dargestellten operativen Maßnahmen (Werbung, Fachveranstaltung usw.) für den jeweiligen Kunden die passende ist. Ist jedoch eine solche Datenbank erst vorhanden, liegt angesichts der bereits bestehenden EDV-Ausstattung die Möglichkeit nahe, vorhandene oder extra erhobene Daten auszuwerten, das heißt „Mandantenprofile“ zu errichten. Aus diesen Profilen ergibt sich ein Gesamtbild, das es der „Strategieabteilung“ ermöglicht, zu entscheiden, ob und welche organisatorische Maßnahmen ergriffen werden sollten. Dem gemäß ist Database Marketing auch für die Anwaltschaft eine ernstzunehmende Alternative, um dem Konkurrenz- und Wettbewerbsdruck des Anwaltsmarktes standzuhalten.

### **C. Informationsverwertungsschutz und Datenschutzrecht in der Anwaltskanzlei**

Den nachfolgend zu untersuchenden rechtlichen Rahmenbedingungen des Einsatzes von datenbankgestützten Marketing in der Anwaltskanzlei stehen Trends und Entwicklungen in der Praxis gegenüber, die sowohl für das Unternehmen als auch für die betroffenen Personen Gefahren und Risiken beinhalten. Die immer weiter fortschreitende Ansammlung von Daten und die immer stärker ausdifferenzierten Auswertungsmöglichkeiten können Einzelne in die Lage versetzen, andere umfassend zu überwachen und zu kontrollieren. Unternehmen, die Kundenanalysekonzepte einsetzen, stellen einen wesentlichen Teil dieser Entwicklung dar. Sie tragen dazu bei, das Bild eines „gläsernen Konsumenten“ entstehen zu lassen. Kunden und Klienten fürchten sich davor, Opfer von Manipulationen zu werden.

In einer in den Vereinigten Staaten durchgeführten repräsentativen Umfrage haben 75 Prozent der Befragten die Überzeugung geäußert, dass Unternehmen zu viele persönliche Informationen bearbeiten<sup>241</sup>. Hinzu kommt, dass mit dem Konzept der Datennutzung zu Marketingzwecken das Informationsgewicht eindeutig zu Gunsten der Unternehmen verschoben wird. Diese erhalten nicht nur die Möglichkeit, das Angebot auf eine bestimmte Person auszurichten, sondern ebenso - durch Zusatzinformationen – die Möglichkeit, eine bestimmte Person von einem Angebot auszuschließen. Durch die Kundenbewertung wird – wie bereits dargestellt – ermittelt, welchen Nutzen der Kunde dem Unternehmen bisher gebracht hat, respektive welcher potentielle Nutzen in der Zukunft zu erwarten ist<sup>242</sup>. Dabei kennt der Kunde weder „seinen Wert“ noch die Daten und Informationen, die zu diesem Wert geführt haben. Das Verhalten des Unter-

---

<sup>241</sup> Joel R. Reidenberg, Lex Informatica: The formulation of Information Policy Rules through technology, Texas Law Review 76 (1998) No. 3, 554 (561).

<sup>242</sup> Vgl. hierzu: Frank Möller, Quo vadis Datenschutz? – Neues von den Demoskopen, DuD 1998, 554 (557 ff.).

nehmens ihm gegenüber kann sich deshalb auf Grund von Daten, die - von bestimmten Annahmen ausgehend - ausgewertet wurden, ändern. So hat beispielsweise eine Fluggesellschaft schon seit einigen Jahren ihre „Top 1000“ Kunden identifiziert, die jederzeit auch ohne Ticket an einen Schalter kommen können und einen Platz erhalten werden<sup>243</sup>. Diese Bevorzugung der „guten“ Kunden korrespondiert zwangsläufig mit einer Diskriminierung der „schlechten“. Eine solche Diskriminierung kann besonders problematisch sein, wenn sie von einem Rechtsanwalt ausgeht. Der Rechtsanwalt betreibt gerade kein Gewerbe (§ 2 Abs. 2 BRAO), sondern ist Organ der Rechtspflege (§ 2 Abs. 1 BRAO), dessen Beziehungen zum Mandanten durch ein besonderes, rechtlich abgesichertes Vertrauensverhältnis geprägt ist (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB<sup>244</sup>).

Das Interesse des Mandanten ist beeinträchtigt, wenn personenbezogene Daten zu seinem Nachteil verwendet werden. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Analyse gesammelter Daten ergäbe, dass der Mandant „unrentabel“ sei, was die Ablehnung der Übernahme einer erneuten Mandatierung zur Folge haben könnte. Darüber hinaus betrifft die Problematik auch die an dem Rechtsstreit beteiligten Dritten, wie Prozessgegner, Vertrags- und Verhandlungspartner, Zeugen und sonstige Außenstehende, die allein auf Grund einer Kundenwertanalyse in das Interesse des in Wettbewerbsfragen versierten Rechtsanwalts geraten, ohne von der Erhebung und Speicherung ihrer personenbezogenen Daten Kenntnis zu haben. Die rechtliche Problematik, die mit dem Einsatz von datenbankgestützten Kundenbewertungssystemen durch Rechtsanwälte verbunden ist, liegt auf der Hand. Die Frage der Zulässigkeit von datenbankgestützten Kundenbewertungssystemen in der Rechtsanwaltskanzlei ist nicht einfach zu beantworten.

---

<sup>243</sup> Möller, DuD 1998, 554 (557).

<sup>244</sup> Strafgesetzbuch vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), i.d.F. vom 22.08.2002 (BGBl. I 3390).

## **I. Datenschutz im Anwaltsbüro**

Der Datenschutz hat im Anwaltsrecht schon immer eine zentrale Rolle gespielt. Zwar bestehen im Verhältnis des Anwalts zu seinem Mandanten Ansprüche auf Abgabe von Auskünften gemäß §§ 675, 666 BGB, § 50 BRAO. Es entspricht jedoch sämtlichen hergebrachten Grundsätzen, dass ein Anwalt im Übrigen zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Das klassische Anwaltsgeheimnis ist eine traditionelle datenschutzrechtliche Norm, die in § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB ihre strafrechtliche Absicherung erfahren hat. Danach ist es dem Anwalt verboten, ohne Einwilligung seines Mandanten oder ohne irgendeine andere Befugnis ihm bekannt gewordene Geheimnisse Dritten zu offenbaren. Standesrechtlich geht diese Verpflichtung sogar noch weiter (§ 43 a Abs. 2 BRAO). Als Grundsatz lässt sich festhalten, dass ein Anwalt ohne Einwilligung seines Mandanten keinerlei Informationen an Dritte weitergeben darf, die er im Rahmen seiner Berufsausübung erhalten hat. Daneben existiert seit etwa 30 Jahren das Bundesdatenschutzgesetz.

### **1. Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes auf den anwaltlichen Bereich**

#### **a) Anwendungsbereich**

Im Anwendungsbereich unterscheidet das Bundesdatenschutzgesetz zwischen dem öffentlichen und dem nicht-öffentlichen Bereich. Bei den Regelungen des Datenschutzes im privaten Bereich wird differenziert zwischen Unternehmen und sonstigen Stellen, die die Verarbeitung geschützter Daten als Hilfsmittel für die Erfüllung ihrer eigentlichen Geschäftszwecke und Ziele einsetzen (§ 28 BDSG), und solchen, die geschützte Daten für fremde Zwecke, meist kommerziell verarbeiten (§§ 29, 30, 11 Abs. 4 Nr. 2 BDSG). Anders als noch in §§ 22 und 31 BDSG 1977 erfolgt keine systematische Trennung, jedoch ist eine dahingehende Unterscheidung festzustellen.

Demnach finden die Vorschriften der §§ 27 ff. BDSG dann Anwendung, wenn eine nicht-öffentliche Stelle oder ein öffentliches Wettbewerbsunternehmen des Bundes oder Landes personenbezogene Daten in oder aus Dateien verarbeitet, nutzt oder dafür erhebt, um berufliche oder gewerbliche oder geschäftsmäßige Zwecke zu erfüllen.

aa) *Normadressaten* sind die in § 2 Abs. 4 BDSG definierten Stellen, das heißt alle natürlichen Personen, die Zusammenschlüsse solcher Personen, namentlich die juristischen Personen des Privatrechts<sup>245</sup>. Jede einzelne natürliche sowie jede juristische Person, Gesellschaft oder andere Personenvereinigung des privaten Rechts, die personenbezogene Daten für die in § 27 Absatz 1 genannten Zwecke verarbeitet, unterliegt dem Bundesdatenschutzgesetz. Daraus folgt, dass Personengemeinschaften, die diese Qualifikation nicht aufweisen, nicht Normadressat und damit nicht selbständige speichernde Stelle im Sinne des Gesetzes sein können. Nicht zu den Normadressaten zählen mithin Abteilungen eines Unternehmens, unselbständige Zweigstellen sowie rechtlich unselbständige soziale Einrichtungen von Unternehmen<sup>246</sup>. Werden Daten in der Anwaltskanzlei nicht mehr wie bisher in Aktenform gehalten, sondern als Datei der automatisierten Verarbeitung zugänglich gemacht, so ist der Anwalt nicht-öffentliche Stelle im Sinne des § 2 Abs. 4 BDSG<sup>247</sup>. Folglich können sowohl der Einzelanwalt als auch die in einer privaten Personenvereinigung oder juristischen Person zusammengeschlossene Rechtsanwälte Normadressat der §§ 27 ff. BDSG sein.

---

<sup>245</sup> Siehe die Übersicht in: Tinnfeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 1994, S. 194.

<sup>246</sup> Peter Gola/Rudolf Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 7. Auflage, München 2002, § 27 Rn. 3.

<sup>247</sup> Zimmer-Hartmann/Helfrich, CR 1993, 104.

bb) Weiterhin ist das Gesetz gem. § 3 Abs. 1 BDSG nur anwendbar, wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet und genutzt werden. *Personenbezogene Daten* sind alle „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person“, also solche, die Informationen über den Betroffenen selbst oder über einen auf ihn beziehbaren Sachverhalt enthalten<sup>248</sup>. Der Gesetzgeber hat es abgelehnt, bestimmte elementare Daten (zum Beispiel Name, Anschrift, Familienstand, Geburtsdatum, Beruf) beziehungsweise offenkundige Daten (zum Beispiel Kfz-Halterdaten) als „freie Daten“ aus dem Schutzbereich des Bundesdatenschutzgesetzes auszuklammern oder umgekehrt nur besonders „sensitive“ Daten (wie zum Beispiel Gesundheitszustand, Vorstrafen, Einkommensverhältnisse) zu schützen<sup>249</sup>. Die für Marketing interessanten Daten sind deshalb in der Regel personenbezogenen Daten.<sup>250</sup> Dies gilt aber nur, soweit Profile von natürlichen Personen erstellt werden. Demgegenüber sind Daten juristischer Personen oder sonstiger Personengesellschaften (zum Beispiel Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts, offene Handelsgesellschaften) keine personenbezogenen Daten, es sei denn Daten über die juristische Person stellen einen Bezug zu der dahinterstehenden natürlichen Person her (zum Beispiel Ein-Mann-GmbH oder Einzelfirma)<sup>251</sup>. Somit sind Daten, die zu einem Persönlichkeitsprofil zusammengefügt werden, personenbezogene Daten im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG.

Weiterhin ist zu klären, welche *datenschutzrechtlich relevante Maßnahme* durch das Erstellen von Persönlichkeitsprofilen betroffen ist. Grundsätzlich ist bei der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen die

---

<sup>248</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 3 Rn. 3, 4.

<sup>249</sup> Vgl. dazu Dammann, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, BDSG, 1992, § 3 Rn. 8.

<sup>250</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 3 Rn. 3, in Bezug auf zu Werbezwecken gespeicherten Daten; § 3 Rn. 10 in Bezug auf Erstellung von sog. Random Stichproben.

<sup>251</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 3 Rn. 11.

Maßnahme des Erhebens personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 3 BDSG betroffen. Fraglich ist, ob die Verknüpfung von personenbezogenen Daten zu einem Persönlichkeitsprofil eine datenschutzrechtlich relevante Verarbeitung (§3 Abs. 4 BDSG) oder Nutzung (§ 3 Abs. 5 BDSG)<sup>252</sup> ist. In Betracht kommt eine Speicherung und Veränderung personenbezogener Daten. Speicherung ist nach § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung und Nutzung. Werden Daten zur Mandantenanalyse erhoben, um sodann ein Mandantenprofil zu erstellen, ist die datenschutzrechtliche Maßnahme der Speicherung ebenso betroffen, da die Speicherung der Zusammenfügung zu einem Persönlichkeitsprofil regelmäßig vorgeht. Veränderung ist nach § 3 Abs. 4 Nr. 2 BDSG das inhaltliche Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten. Eine solche Umgestaltung ist zu bejahen, da bei Persönlichkeitsprofilen definitionsgemäß Daten nicht nur gesammelt und summiert, sondern zusammengeführt werden, um Kunden- und Interessentenprofile – respektive Mandantenprofile – für Marketingmaßnahmen zu gewinnen. Eine Veränderung liegt vor, da die Gesamtinformation mehr ist als die Summe der Teilinformationen<sup>253</sup>. Dies gilt für den privaten Bereich aber nur dann, wenn dabei entweder Datenverarbeitungsanlagen eingesetzt oder die Daten in oder aus manuellen Dateien verwendet werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG). In Umsetzung der Datenschutzrichtlinie bezieht das Gesetz neben Textdaten auch automatisiert erarbeitete Bild- und Tondaten mit ein<sup>254</sup>. Auf Grund des veränderten Anwendungsbereiches fallen nun auch Daten, die „offensichtlich aus einer automatisierten Verarbeitung ent-

---

<sup>252</sup> Nutzen gemäß § 3 Abs. 5 BDSG ist jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung im eigentlichen Sinne handelt. Damit kommt dieser Phase eine Art Auffangfunktion zu.

<sup>253</sup> Dammann, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, BDSG, 1992, § 3 Rn. 141.

<sup>254</sup> Art. 3 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie; Erwägungsgründe 4-17 Datenschutzrichtlinie.

nommen worden sind“ (§ 27 Abs. 2 BDSG), unter das Gesetz<sup>255</sup>. Demnach handelt es sich bei einer datenbankgestützten Mandantenanalyse unproblematisch um einen datenschutzrechtlich relevanten Umgang mit personenbezogenen Daten. Betroffen sind dabei die Maßnahmen des Erhebens, Speicherns, Veränderns und subsidiär des Nutzens.

cc) Allein im nicht-öffentlichen Bereich macht § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG eine *Ausnahme* von der sachlichen Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes. Ausgenommen sind hiernach solche Datenverarbeitungen, die eine natürliche Person aus nicht automatisierter Verarbeitung personenbezogener Daten ausschließlich zur Ausübung persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vornimmt. Alle übrigen Datenverarbeitungen durch nicht-öffentliche Stellen werden daher vom Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes erfasst, das heißt wenn die personenbezogenen Daten „geschäftsmäßig“ oder für berufliche oder gewerbliche Zwecke erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (§§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 27 Abs. 1 S. 1 BDSG). Obwohl es sich bei der Mandantenanalyse zu Marketingzwecken in der Anwaltskanzlei vornehmlich um interne Datenverarbeitung handelt, dient sie den unternehmerischen Interessen des Anwalts, Mandanten zu binden und neue zu akquirieren, um auf der Basis dessen den beruflichen Erfolg zu maximieren. Eine nicht-automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten zu persönlichen oder familiären Zwecken liegt nicht vor.

Zusammenfassend sei festgehalten, dass es sich bei der Datennutzung zur Durchführung der Mandantenanalyse um eine Datenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich handelt. Dafür gelten die Vorschriften des allgemeinen Teils der §§ 1 ff. und die §§ 27 ff. BDSG. Danach ist die Verarbeitung nur möglich, wenn das Bundesdaten-

---

<sup>255</sup> Tinnefeld, Die Novellierung des BDSG im Zeichen des Gemeinschaftsrechts, NJW 2001, 3078 (3081).

schutzgesetz oder ein anderes Gesetz dies erlaubt oder soweit der Betroffene eingewilligt hat, §§ 4 und 4 a BDSG. Die Erhebung, Speicherung, Veränderung und Nutzung von Daten für eigene Zwecke ist in § 28 Abs. 1 BDSG geregelt. Eine Verarbeitung (vergleiche § 3 Abs. 4 BDSG) ist hiernach im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertrages oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses erlaubt, soweit es zur Wahrung der Interessen der speichernden Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden. Dabei ist § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG im Verhältnis Anwalt-Mandant anwendbar, für die Verarbeitung von Daten Dritter kann dagegen nur die Regelung des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG einschlägig sein, da hier ein Vertragsverhältnis gerade nicht besteht. Bevor aber die Anwendung einzelner Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit von Mandantenanalysen untersucht werden kann, ist zu bedenken, dass das Bundesdatenschutzgesetz als grundlegende Norm des Datenschutzrechts ein Auffanggesetz ist. Es ist gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG subsidiär<sup>256</sup>. Andere Rechtsvorschriften des Bundes, die auf personenbezogene Daten anzuwenden sind, gehen den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vor<sup>257</sup>. Ausdrücklich „unberührt“ bleibt „die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungsverpflichtungen oder von Berufs- oder von besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen“ (§ 1 Abs. 3 S. 2 BDSG)<sup>258</sup>. Entscheidende Frage ist zunächst die nach der Wirkung der Vorschrift des § 1

---

<sup>256</sup> Zu den vorrangigen Rechtsvorschriften vgl. Ralf B. Abel, in: ders. (Hrsg.), Datenschutz und Datensicherheit in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, München 1998, § 1 Rn. 5.

<sup>257</sup> Zur Entstehungsgeschichte des in ihm festgelegten Subsidiaritätsprinzips Simitis, in: ders./Ulrich Dammann/Otto Mallmann/Hans-Joachim Reh, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, Baden-Baden 1981, § 45 Rn. 1 ff. Missverständlich Walz, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, BDSG, 1992, § 1 Rn. 281, insoweit er Spezialität als Voraussetzung der Vorrangigkeit annimmt; auch der Fall bloßen Überschneidens der Anwendungsbereiche wird erfasst.

<sup>258</sup> § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG hat selbständige Bedeutung für Geheimhaltungspflichten, die nicht auf Bundesrecht beruhen, insbesondere werden durch S. 2 von der Rspr. entwickelte Grundsätze sowie standesrechtliche Bestimmungen erfasst.

Abs. 3 S. 1 BDSG. Zu klären ist, welche Folge die Anwendung des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG auslöst. Einerseits wäre denkbar, dass aufgrund der Vorschrift des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG das Bundesdatenschutzgesetz in Kollisionsfällen von seiner Anwendung gänzlich ausgeschlossen ist. Andererseits bestünde die Möglichkeit, dass das Bundesdatenschutzgesetz, selbst in Fällen in denen eine Bestimmung wie in § 4 Abs. 1 BDSG fehlt, nur insoweit verdrängt wird, als speziellere Normen Platz greifen.

## **b) Die Subsidiarität des Bundesdatenschutzgesetzes**

### **aa) Zur Subsidiarität im Allgemeinen**

*Subsidiarität* ist die Nachrangigkeit (der Geltung). Soll eine Rechtsnorm nur subsidiär gelten, so bedeutet dies, dass eine Vorschrift nur unter der Voraussetzung anwendbar ist, als den zu regelnden Sachverhalt nicht schon eine andere Vorschrift behandelt.

### **bb) Die Subsidiaritätsvorschrift des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG**

#### **(1) Anwendungsbereich**

In § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG ist das Prinzip der Subsidiarität des Bundesdatenschutzgesetzes, sein Charakter als „Auffanggesetz“ wiedergegeben. Von der Vorrangigkeit des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG werden ausschließlich Vorschriften des Bundes erfasst, dem die Gesetzgebungskompetenz im nicht-öffentlichen Bereich zusteht. Diese ergibt sich durch den Rückgriff auf die dem Bund zustehenden Gesetzgebungskompetenzen für verschiedene Bereiche, die für den Datenschutz von Bedeutung sind<sup>259</sup>. Im Anwendungsbereich der öffentlichen Verwaltung folgt die Kompetenz aus der sogenannten An-

---

<sup>259</sup> Vgl. dazu die Beantwortung einer Kleinen Anfrage durch die Bundesregierung am 5.10.1970 - BT-Drucks. VI/1223 – sowie die amtliche Begründung zum RegE des BDSG 1977, BT-Drucks. 7/1027, S. 16; vgl. auch Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, BDSG, 1992, § 1 Rn. 63 ff.

nexkompetenz des Verwaltungsverfahrens zu den jeweiligen Sachkompetenzen der Art. 73 bis 75 GG<sup>260</sup>. Für die gesetzliche Regelung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts in nicht-öffentlichen Bereichen sowie auch in öffentlichen Bereichen für fiskalische Tätigkeiten, beruht die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf der jeweiligen Sachkompetenz, also auf seiner im Grundgesetz festgelegten Zuständigkeit - unter anderem für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivil-, Straf-, Wirtschafts- und Arbeitsrechts<sup>261</sup>. Damit fallen landesrechtliche Datenschutzbestimmungen sowie Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nicht unter die Vorrangregelung des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG. Anders verhält es sich aber im Hinblick auf § 4 Abs. 1 BDSG: Soweit Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und landesrechtliche Datenschutzbestimmungen Zulässigkeitsregelungen enthalten, werden sie im Rahmen des in § 4 Abs. 1 BDSG genannten anderweitigen Erlaubnisnormen relevant.

Neben den Gesetzen im formellen Sinne kommen sämtliche materielle Rechtsnormen des Bundes in Betracht, zum Beispiel Rechtsverordnungen. Allgemeine Verwaltungsvorschriften und auch sonstige Verwaltungsverordnungen haben keinen Vorrang. Bereichsspezifische und damit gegenüber dem Bundesdatenschutzgesetz vorrangige Datenschutzvorschriften enthält zum Beispiel die Sozialgesetzgebung des Sozialgesetzbuchs (vergleiche §§ 67 ff., 79 ff. SGB X<sup>262</sup>; vergleiche auch § 35 Abs. 4 SGB I<sup>263</sup>, der das Sozialgeheimnis bei Sozialdaten definiert)<sup>264</sup>.

---

<sup>260</sup> Herbert Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1993, Einf. IV Rn. 31.

<sup>261</sup> Auernhammer, BDSG, 1993, Einf. IV Rn. 32.

<sup>262</sup> Zehntes Buch Sozialgesetzbuch i.d.F. der Neubekanntmachung vom 18.01.2001 (BGBl. I 130), i.d.F. vom 23.12.2002 (BGBl. I 4621).

<sup>263</sup> Erstes Buch Sozialgesetzbuch vom 11.12.1975 (BGBl. I 3015), i.d.F. vom 21.08.2002 (BGBl. I 3322).

<sup>264</sup> Gerhard F. Müller/Michael Wächter, Der Datenschutzbeauftragte, 2. Auflage, München 1991, S. 146 f.

## (2) Meinungsstreit

*Umstritten* ist aber, ob sich die Subsidiarität des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG nur auf bereichsspezifische Datenschutzregelungen oder jede andere Rechtsvorschrift bezieht, die Rechtsbeziehungen zwischen Datenverarbeiter zu anderen Personen beziehungsweise der öffentlichen Hand betreffen.

(a) Nach *einer Ansicht*<sup>265</sup> bezieht sich die Subsidiarität nur auf bereichsspezifische Datenschutzregelungen, so dass weder standesrechtliche noch strafrechtliche Vorschriften mit dem Bundesdatenschutzgesetz auf eine Stufe gestellt werden. Dies beruht einerseits darauf, dass strafrechtliche Vorschriften eine andere Zielrichtung haben und andererseits § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG der Klarstellung dienen.

Vorzugswürdig erscheint es, den Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes konsequent teleologisch im Hinblick auf den damit verfolgten Schutz zu bestimmen. § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG verdeutlicht mit dem Wort „soweit“, dass der Vorrang einer anderweitigen Bundesnorm nur dann in Betracht kommen kann, wenn und soweit die einzelnen eventuell zu berücksichtigenden Vorschriften genau den Sachverhalt ansprechen, der auch Gegenstand der Regelung des Bundesdatenschutzgesetzes ist. Dementsprechend ist für die Frage, wann die Subsidiaritätswirkung des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG eingreift, zu prüfen, ob ein Gesetz, das das Bundesdatenschutzgesetz verdrängen könnte, ebenfalls dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Bestimmung dessen Reichweite dient. Deshalb kann nur eine insoweit deckungsgleiche Regelung der betreffenden Bestimmung des Bundesdatenschutzgesetzes vorgehen. Dies setzt Tatbestandskongruenz im Voraussetzungsteil der

---

<sup>265</sup> Marita Körner-Dammann, Weitergabe von Patientendaten an ärztliche Verrechnungsstellen, NJW 1992, 729 (730).

Norm voraus<sup>266</sup>. Sowohl strafrechtliche als auch standesrechtliche Vorschriften können einen datenschutzrechtlichen Inhalt haben . Dies ergibt sich insbesondere aus der historischen Entwicklung des Schutzes von Geheimbereichen bis hin zur Schaffung des Bundesdatenschutzgesetzes.

(b) Demgegenüber meint die *andere Ansicht*<sup>267</sup>, dass sich die Subsidiarität auf jede andere Rechtsvorschrift beziehe. Begründet wird dies mit § 45 BDSG 1977, dem Vorläufer des § 1 Abs. 3 BDSG, sowie dem Wortlaut und der systematischen Auslegung. Schon der Beispielkatalog für „vorrangige Rechtsvorschriften“ nach § 45 BDSG 1977 ergab dies sehr deutlich, insbesondere Nr. 8. Dort wurden die „Vorschriften über die Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Rechnungslegung einschließlich Buchführung und sonstiger Aufzeichnungen zum Beispiel §§ 38 bis 40, 42 bis 47 (...) (HGB a.F.<sup>268</sup>), §§ 140 bis 148 (AO<sup>269</sup>) (...)“ genannt, also Bestimmungen, die insbesondere der Klarheit und Korrektheit wirtschaftlicher (steuerlicher) Beziehungen dienen.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. An der Rechtslage hat sich durch den Fortfall des Beispielkataloges nichts geändert. Wenn eine andere Rechtsvorschrift des Bundes zum Beispiel die Speicherung von Informationen regelt, insbesondere gebietet, so hat sie unabhängig von einem spezifisch datenschutzrechtlichen Charakter Vorrang vor den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes. Ein anderes Verständnis würde zum Widerspruch innerhalb geltenden Bundesrechts führen<sup>270</sup>. Insbesondere vermengt diese Ansicht die Subsidiaritätsanordnungen in § 1 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 BDSG. § 4

---

<sup>266</sup> Müller/Wächter, Der Datenschutzbeauftragte, 1991, S. 35 f.

<sup>267</sup> Giselher Rüpke, Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, München 1995, S. 6.

<sup>268</sup> Aufgehoben durch BiRiLiG vom 19.12.1985 (BGBl. 2355).

<sup>269</sup> Abgabenordnung 1977 i.d.F. der Bekanntmachung vom 01.10.2002 (BGBl. I 3866), i.d.F. vom 23.12.2002 (BGBl. I 4621).

<sup>270</sup> Zur Argumentation siehe: Rüpke, Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 7.

Abs. 1 BDSG setzt voraus, dass das Bundesdatenschutzgesetz überhaupt anwendbar ist. Die grundsätzliche Anwendbarkeit bestimmt sich aber nach § 1 Abs. 3 BDSG. Ist somit eine Vorschrift vorhanden, die dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ebenso dient wie das Bundesdatenschutzgesetz, so ist diese gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG vorrangig, mithin das Bundesdatenschutzgesetz in seiner Anwendung ausgeschlossen. Darüber hinaus ist der Zweck des Bundesdatenschutzgesetzes 1990 (vergleiche auch die inhaltsgleiche Regelung im Bundesdatenschutzgesetz 2001) konkreter als der des Bundesdatenschutzgesetzes 1977. § 1 BDSG 1977 hat den Regelungszweck des Gesetzes sehr unklar mit der Aufgabe bestimmt, dem Schutz personenbezogener Daten vor Missbrauch zu dienen und der Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Betroffenen entgegenzuwirken. Demgegenüber dient das Bundesdatenschutzgesetz nun einem konkreten Zweck, das heißt dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen. Deutlich wird somit, dass die Fortgeltung des Beispielkataloges des § 45 BDSG 1977 durch den Gesetzgeber nicht mehr gewollt ist, mithin dem Sinn und Zweck des Bundesdatenschutzgesetzes widerspricht. Die Subsidiaritätsanordnung des § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG ist demnach nur so zu verstehen, dass das Bundesdatenschutzgesetz allein dann anwendbar ist, soweit keine fach- und bereichsspezifische Datenschutzregelung für den gleichen Sachverhalt in einem anderen Bundesgesetz gilt. Wird ein Sachverhalt von einer anderen Regelung ganz oder teilweise erfasst, so kommt dem Bundesdatenschutzgesetz allenfalls eine lückenfüllende Funktion zu<sup>271</sup>. Folglich ist die Frage einer möglichen

---

<sup>271</sup> So für das insoweit gleichgelagerte VwVfG: Hubert Meyer, in: Hans Joachim Knack (Begr.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, § 1 Rn. 27. Die Verwendung des Begriffs Auffanggesetz hat sich eingebürgert, wohl anstelle des anfangs verwendeten unklaren und zu Fehldeutungen Anlass gebenden Begriffs Rahmengesetz. Es ist aber Gallwas u.a., § 45 BDSG 1977 Rn. 4, zuzugeben, dass er eigentlich zu eng und die wahre Funktion des BDSG zu verfremden geeignet ist, denn das BDSG ist nicht als die noch verbleibenden Lücken ausfüllender Schlussstein in ein fertiges System eingefügt worden, sondern sollte vielmehr ein System des Datenschutzrechts erst begründen, was m.E. wohl nur auf diese Weise möglich ist; Auernhammer, *BDSG*, 1993, § 1 Rn. 26.

Normenkollision danach zu untersuchen, ob mit dem BDSG konkurrierende Normen vom Schutzzweck her ebenso dazu bestimmt sind, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht von weiteren verfassungsrechtlich geschützten Werten abzugrenzen und in einen Ausgleich zu bringen, wie das Bundesdatenschutzgesetz.

### **cc) Bereichsspezifisches Sonderrecht der Anwaltschaft**

#### **(1) Gesetzliche Geheimhaltungspflichten, § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG**

Vor Erlass des Bundesdatenschutzgesetzes hat der Datenschutz bereits seinen Ausdruck in spezifischen Geheimhaltungspflichten gefunden<sup>272</sup>. Dazu zählen gesetzlich geregelte Geheimhaltungspflichten<sup>273</sup>, gesetzlich nicht geregelte, nur im Landesrecht wurzelnde Geheimhaltungspflichten<sup>274</sup> und die besonderen Amtsgeheimnisse.

Nach § 45 S. 2 Nr. 1 BDSG 1977 hatten diese noch Vorrang, bleiben aber nun unberührt. Zudem geht § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG weiter als die entsprechende Regelung in § 45 S. 3 BDSG 1977, die sich auf die in § 203 Abs. 1 StGB genannten Berufsgeheimnisse beschränkte. Geheimhaltungspflicht ist Oberbegriff für Berufs- und besondere Amtsgeheimnisse. Mit den gesetzlichen Geheimhaltungspflichten sind nicht solche des Bundesrechts, wie zum Beispiel das Notargeheimnis (§ 18 BNotO), das Steuer- (§ 30 AO) oder das Sozialgeheimnis (§ 35 SGB I) angesprochen; für sie gilt § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG<sup>275</sup>. Diese Regelung hat aber Relevanz für gesetzliche Ge-

---

<sup>272</sup> Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 1994, S. 48; Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 1 Rn. 25.

<sup>273</sup> Z.B. das Steuergeheimnis, § 30 AO, das Sozialgeheimnis, § 35 SGB I, das Statistikgeheimnis, § 16 Abs. 1 BstatG (Bundesstatistikgesetz vom 22.01.1987, BGBl. I 462, i.d.F. vom 21.08.2002, BGBl. I 3322), das Verbot der Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG.

<sup>274</sup> So das Arztgeheimnis, die Schweigepflicht von Rechtsanwälten und das Bankgeheimnis.

<sup>275</sup> Vgl. dazu weiter die beispielhafte Aufzählung in § 45 S. 2 Nr. 1 BDSG 1977.

heimhaltungsvorschriften des Landesrechts<sup>276</sup>. Nach der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des Bundesdatenschutzgesetzes 1990 bewirkt § 1 Abs. 4 S. 2 BDSG 1990, der wortgleich zu § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG 2001 ist, dass von der Rechtsprechung für besondere Geheimnisse (zum Beispiel das Arztgeheimnis) entwickelte Grundsätze sowie nur standesrechtlich geregelte Geheimnisse den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes vorgehen<sup>277</sup>. Zur Klärung sei darauf hingewiesen, dass das durch die Strafsanktion in § 203 Abs. 1 Nr. 2 StGB besonders geschützte Arztgeheimnis (ärztliche Schweigepflicht) im ärztlichen Standesrecht verankert ist, nämlich in den von den Ärztekammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts auf der Grundlage der Landeskammergesetze erlassenen ärztlichen Berufsordnungen<sup>278</sup>. Die Regelung der Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht hingegen ergibt sich im Einzelnen aus den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen, die zu Bundesrecht führten.

Nach § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG ist somit eine Abwägung vorzunehmen. Wo der Schutz der besonderen Geheimhaltungspflicht weitergehend als der des Bundesdatenschutzgesetzes ist, gilt dieser weitergehende Schutz. Ist das Schutzniveau gleich, ergeben sich keine Besonderheiten. Ist das Schutzniveau geringer, gilt für Daten, die unter das Bundesdatenschutzgesetz fallen, dieses Gesetz, in allen anderen Fällen der Schutz der spezielleren Geheimhaltungsregelung<sup>279</sup>. Folglich hat der Geheimnisträger beim Umgang mit personenbezogenen Daten zwei Stufen zu beachten: Einerseits ist er verpflichtet, die besonderen Schweigepflichten einzuhalten und andererseits hat er die

---

<sup>276</sup> Auernhammer, BDSG, 1993, § 1 Rn. 28.

<sup>277</sup> BT-Drucks. 11/4306, S.39.

<sup>278</sup> Vgl. Laufs, Arztrecht, 1993, Rn. 34 f., 295; Jürgen Vahle, Medizinische Daten und Datenschutz, DuD 1991, 614 f.

<sup>279</sup> Redeker, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 4 Rn. 13; Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 1 Rn. 25.

bereichsspezifischen beziehungsweise die allgemeinen Vorschriften im Bundesdatenschutzgesetz zu berücksichtigen<sup>280</sup>.

## **(2) Anwendbarkeit des Strafgesetzbuches**

Als eine für die Anwaltschaft maßgebliche bereichsspezifische Norm kommt insbesondere die Strafvorschrift des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht. Sie verbietet Rechtsanwälten und Notaren das Offenbaren eines fremden Geheimnisses, welches ihnen im Rahmen ihrer Tätigkeit anvertraut oder sonst bekannt geworden ist. Daneben ist die Verwertung eines solchen Geheimnisses strafbar (§ 204 Abs. 1 StGB).

Im Hinblick auf § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB erscheint die Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes problematisch. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB dient ebenso wie das Bundesdatenschutzgesetz dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ist also grundsätzlich geeignet, dieses zu verdrängen (vergleiche § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG). Ob und inwieweit dies der Fall ist, ist umstritten. Die vertretenen Meinungen reichen dabei von der unbeschränkten Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes<sup>281</sup> über eine nach konkreten Regelungsbereichen differenzierende Ansicht<sup>282</sup> bis hin zum völligen Ausschluss des Bundesdatenschutzgesetzes bei anwaltlicher Datenverarbeitung zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeit<sup>283</sup>.

Einigkeit herrscht dabei nur hinsichtlich der Annahme, dass sich die Regelungsbereiche der Strafvorschriften mit denen des Datenschutzgesetzes überschneiden können. Den jeweiligen Betrachtun-

---

<sup>280</sup> Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 1994, S. 50; siehe dort auch ein Beispiel zum Verhältnis des Datenschutzrechts i.e. und i.w.S.

<sup>281</sup> Redeker, AnwBl 1996, 512.

<sup>282</sup> Abel, SchIHA 1997, 64.

<sup>283</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 58, insbesondere S. 60.

gen ist gemeinsam, dass die Überlegungen losgelöst vom konkreten Fall abstrakt angestellt werden, wobei Grundlage wohl in allen Fällen der übliche Geschäftsgang in der Anwaltskanzlei und die daraus resultierende Datenverwendung ist<sup>284</sup>. Um aber das Verhältnis genau zu klären, bedarf es der Feststellung des Regelungsbereiches der §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 Abs. 1 StGB und der §§ 4, 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. BDSG als Grundlage für die anwaltliche Datenverarbeitung im Hinblick auf eine Mandantenanalyse. Maßgeblich hierfür ist, ob § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB lediglich die Kommunikation nach außen regelt oder ob auch das sogenannte forum internum geschützt ist.

### **(a) Der Regelungsgehalt des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB**

Die anwaltliche Schweigepflicht findet ihren Ursprung in § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Durch die Geheimhaltungspflicht bestimmter Personengruppen wird eine funktionierende Rechtspflege und Gesundheitsversorgung garantiert<sup>285</sup>. Ausdrücklich sind Rechtsberater zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Ein Geheimnis im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB verbietet zunächst das „Offenbaren“ von bestimmten Daten. Offenbaren meint jedes Mitteilen eines zur Zeit der Tat noch bestehenden Geheimnisses an einen Dritten<sup>286</sup>. Ein Geheimnis im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist eine Tatsache, die nicht schon einem bestimmten Perso-

---

<sup>284</sup> Abel, SchlHA 1997, 64 (67) nennt beispielhaft Fälle der Mandatsführung; ders., Datenschutz und Mandantenschutz in der Anwaltskanzlei, AnwBl 1996, 436 im Hinblick auf Bürogemeinschaft/Sozietät.

<sup>285</sup> Theodor Lenckner, in: Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar (StGB), 26. Auflage, München 2001, § 203 Rn. 3; Eberhard Schmidt, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1962, 1745 (1747); Thomas Fischer, in: Herbert Tröndle/ders. (Hrsg.), Strafgesetzbuch (StGB), 50. Auflage, München 2001, § 203 Rn. 1 b; Bernd Schünemann, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978), 11 (57).

<sup>286</sup> Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, 2001, § 203 Rn. 26.

nenkreis bekannt ist<sup>287</sup>, wobei jedoch das faktisch Geheime auch geheimhaltungswürdig sein muss<sup>288</sup>. Dies ist nicht der Fall, wenn die Informationen öffentlich zugänglich sind. Das Geheimhaltungsinteresse erlischt nicht durch den Tod des Betroffenen<sup>289</sup>. Anvertraut ist ein Geheimnis, wenn es dem Rechtsanwalt durch einen Vertrauensakt mitgeteilt wurde<sup>290</sup>. Dabei ist es unerheblich, ob der Betroffene selbst oder ein Dritter dem Anwalt das Geheimnis offenbart hat<sup>291</sup>. Eine Zuwiderhandlung im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB wäre dann die Mitteilung des anvertrauten Geheimnisses an eine Person, dem das Geheimnis noch nicht bekannt war<sup>292</sup>. Jedoch ist das Geheimnis nur offenbart, wenn die Art und Weise der Offenbarung den Schluss auf die betroffene Person zulässt<sup>293</sup>.

Problematisch erscheint die Schutzrichtung des § 203 StGB in Bezug auf den geschützten Personenkreis. Der Wortlaut des § 203 StGB sagt hierüber nichts aus, sondern definiert den persönlichen Anwendungsbereich des § 203 StGB allein im Hinblick auf den Täter. Wer geschützt sein soll, erklärt § 203 StGB nur in sachlicher Hinsicht. Strafbar ist derjenige, der in seiner Sondereigenschaft ein „fremdes Geheimnis“ offenbart. Hieraus lässt sich zunächst ableiten, dass der Träger dieses Geheimnisses vor Offenbarung geschützt sein soll. § 203 StGB dient jedenfalls dem strafrechtlichen Schutz des aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, wonach jeder grundsätzlich selbst entscheiden kann, wann und in welchen Grenzen persönliche Lebenssachverhal-

---

<sup>287</sup> Lenckner, in: Schöncke/Schröder, StGB, 2001, § 203 Rn. 5; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Auflage, München 1999, § 203 Rn. 14; Fischer, in: Tröndle/Fischer, StGB, 2001, § 203 Rn. 4.

<sup>288</sup> Erich Samson, in: Hans Joachim Rudolphi/Eckhard Horn/ders./Hans-Ludwig Günther (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), Band II: Besonderer Teil (§§ 80-358), 6. Auflage, Neuwied-Kriftel-Berlin, Stand: 54. Lieferung (März 2002), § 203 Rn. 39.

<sup>289</sup> Samson, in: SK-StGB, 2002, § 203 Rn. 39.

<sup>290</sup> RGSt 13, 60 (62); Lenckner, in: Schöncke/Schröder, StGB, 2001, § 203 Rn. 13.

<sup>291</sup> Wolfgang Hackel, Drittgeheimnisse innerhalb der ärztlichen Schweigepflicht, NJW 1969, 2257; Samson, in: SK-StGB, 2002, § 203 Rn. 39.

<sup>292</sup> RGSt 26, 5 (8).

<sup>293</sup> Lenckner, in: Schöncke/Schröder, StGB, 2001, § 203 Rn. 19.

te von einem Dritten offenbart werden dürfen<sup>294</sup>. Ob dieses Recht durch § 203 StGB strafrechtlich umfassend abgesichert ist oder lediglich dadurch das Individualinteresse an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen geschützt ist, ist umstritten<sup>295</sup>.

*Von einigen* wird als alleiniges Rechtsgut das Individualinteresse am Geheimnisschutz anerkannt<sup>296</sup>. *Bockelmann* ist der Ansicht, dass das Individual- und das Allgemeininteresse an der Verschwiegenheit gleichrangige Ziele darstellen<sup>297</sup>. Demgegenüber definiert eine *dritte Rechtsmeinung* das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit der Angehörigen bestimmter Berufe als Ziel des § 203 StGB, da das Individualinteresse an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen nicht nur im Verhältnis zu den in § 203 StGB genannten Personenkreis besteht<sup>298</sup>. *Andere* erkennen daneben als mittelbares Ziel den Vertrauensschutz bestimmter Berufsgruppen als öffentliches Anliegen an<sup>299</sup>. *Früher* wurde überwiegend eng an dem Gesetzeswortlaut angeknüpft, wonach jedes Bekanntwerden kraft Berufsausübung zur Anwendbarkeit der §§ 203, 204 StGB ausreichte<sup>300</sup>. Dagegen finden sich im *neueren Schrifttum* vermehrt Stimmen, die eine Eingrenzung des § 203 StGB sowie des berufsbezogenen Zeugnisverweigerungs-

---

<sup>294</sup> BVerfGE 65, 1 (41 ff.); Fischer, in: Tröndle/Fischer, StGB, 2001, § 203 Rn. 13.

<sup>295</sup> Heribert Ostendorf, Der strafrechtliche Schutz von Drittgeheimnissen, JR 1981, 444 (445); Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 203 Rn. 3.

<sup>296</sup> Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 8. Auflage, Heidelberg 1995, § 29 III Rn. 23; Hackel, NJW 1969, 2257 (2259); Schünemann, ZStW 90 (1978), 11 (55).

<sup>297</sup> Paul Bockelmann, Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1996, S. 40.

<sup>298</sup> Lencker, in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 203 Rn. 3.

<sup>299</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 203 Rn. 1; Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BR-Drucks. 200/62, 335; Jähnke, in: Hans-Heinrich Jeschek/Wolfgang Ruß/Günther Willems, Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar (LK-StGB), 10. Auflage, Berlin/New York 1989, § 203 Rn. 14; Samson, in: SK-StGB, 2002, § 203 Rn. 4; Arthur Kreuzer, Die Schweigepflicht von Krankenhausärzten gegenüber Aufsichtsbehörden, NJW 1975, 2232 (2233).

<sup>300</sup> Hans Dachs, in: Peter Reiß (Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Erster Band: Einleitung, §§ 1-71 (Löwe-Rosenberg), 25. Auflage, Berlin/oder KommaNew York 1999, § 53 Rn. 12; für den Zivilprozess: BGHZ 40, 289 (293 f.); für die strafbewehrte Schweigepflicht: Fischer, in: Tröndle/Fischer, StGB, 2001, § 203 Rn. 8; OLG Köln, NStZ 1983, 412 (413) m. Anm. Rogall.

rechts (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO<sup>301</sup>) durch Einfügung eines zusätzlichen Merkmals befürworten. Danach soll der Berechtigte nur solche, ihm in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt gewordenen Geheimnisse gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO verschweigen dürfen, die er im Rahmen einer Vertrauensbeziehung oder einer typischerweise auf Vertrauen beruhenden Sonderbeziehung erfährt<sup>302</sup>. Dieses Recht zu schweigen, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, korrespondiert mit der Pflicht des § 203 StGB, sich nicht zu äußern. Dieser Auffassung folgt wohl auch die *neuere Rechtsprechung*<sup>303</sup>, so dass durch § 203 StGB das Allgemeininteresse gegenüber dem Individualinteresse an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen vorrangig geschützt ist.

Demnach ist geschütztes Rechtsgut der §§ 203, 204 StGB das Allgemeininteresse an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen im Hinblick auf die dort aufgeführten Personen, da die Beschränkung des Täterkreises auf eine vorrangige sozialrechtliche Funktion der §§ 203, 204 StGB schließen lässt. Schutzgut ist somit das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit der Angehörigen bestimmter Berufe als Voraussetzung dafür, dass diese ihre im Interesse der Allgemeinheit liegenden Aufgaben erfüllen können. Legt man diese Auffassung zugrunde, so sind durch die §§ 203, 204 StGB auch Daten Dritter geschützt, da der Mandant regelmäßig darauf vertrauen kann, dass die von ihm gegenüber seinem Anwalt in der Besprechung geäußerten Sachverhalte von diesem nicht offenbart werden. Folglich werden die Mandantendaten und die Daten Dritter gleichbehandelt. Geschützt ist nur, dass ihre Daten nicht offenbart werden. Schutzzweck der §§ 203, 204 StGB im Sinne der datenschutzrechtlichen

---

<sup>301</sup> Strafprozessordnung vom 07.04.1987 (BGBl. I 1074), i.d.F. vom 11.10.2002 (BGBl. I 3970)

<sup>302</sup> Für § 53 StPO: Lothar Senge, in: Gerd Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 4. Auflage, München 1999, § 53 Rn. 18; für § 203 StGB: Samson, in: *SK-StGB*, 2002, § 203 Rn. 39; wohl auch Lenckner, in: *Schönke/Schröder, StGB*, 2001, § 203 Rn. 15; vor allem Ulrich Stucke, *Berufliche Schweigepflicht bei Drittgeheimnissen als Vertrauensschutz*, Kiel 1981, S. 33 ff., 47 ff.

<sup>303</sup> OLG Köln, *NSZ* 1983, 412.

Problematik ist die Übermittlung, nicht aber ihre Erhebung, Speicherung und Veränderung.

**(b) Der Regelungsgehalt des § 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs., 1.- 5. Alt. BDSG**

Wie gezeigt beschränkt sich der Regelungsgehalt des § 203 StGB auf den Umgang mit Daten nach außen. § 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. BDSG trifft Regelungen zur Datenerhebung, -speicherung, -veränderung, -nutzung und -übermittlung, also zum internen und externen Umgang mit den Daten durch die speichernde Stelle als Hilfsmittel der zur Erfüllung der eigenen Aufgaben vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge. Unproblematisch ist insoweit, dass § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB für die Übermittlung der Daten als eine Form des externen Umgangs mit Daten eine abschließende Sonderregelung darstellen muss, denn eine nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 BDSG erlaubte Übermittlung führt zur Strafbarkeit des Anwalts gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB<sup>304</sup>.

Darüber hinaus ist Gegenstand des § 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. BDSG jedoch auch die Erhebung, Speicherung, Veränderung und Nutzung personenbezogener Daten, also der interne Umgang damit. Die verschiedenen Alternativen des § 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. BDSG regeln daher unterschiedliche Sachverhalte. Insoweit erscheint eine Rechtsgutsidentität fraglich.

---

<sup>304</sup> Abel, SchIHA 1997, 64 (65).

**(c) Rechtsgutidentität des §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 Abs. 1 StGB mit dem der §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. BDSG im Hinblick auf die Erhebung, Speicherung, Veränderung und subsidiärer Nutzung von Daten**

Zu klären ist nun die Identität des Regelungsgehalts des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit dem der §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. S. 1, 1. Halbs. BDSG im Hinblick auf die Speicherung, Veränderung und subsidiär Nutzung von Daten, wobei als denknwendige Vorstufe des Speicherns auch die Erhebung inbegriffen ist .

(aa) *Abel*<sup>305</sup> geht davon aus, dass § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB den § 28 Abs. 1 S.1, 1. Halbs. BDSG auch im Hinblick auf den internen Umgang des Anwalts mit den Daten verdrängt, ohne jedoch zwischen den Tatbestandsalternativen zu differenzieren. An anderer Stelle<sup>306</sup> führt er jedoch aus, § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB setze gedanklich voraus, dass der Anwalt im forum internum mit den Daten zweckentsprechend umzugehen habe. Dies beinhalte auch die Beachtung von Standes- und sonstigen Rechtspflichten. Dies folge daraus, das es nach dem StGB dem Anwalt unbenommen bliebe, widerstreitenden Sachvortrag zu seinen Akten zu nehmen, während das Bundesdatenschutzgesetz in diesen Fällen einen Anspruch auf Sperrung beziehungsweise Löschung von Daten gebe (§ 35 BDSG).

Ob diese Überlegungen im Hinblick auf die Tatbestandsalternativen des Veränderns sowie subsidiär des Nutzens und vorgelagert der Speicherung und Erhebung der Daten zutreffen, erscheint fraglich. Denn wie das StGB das informationelle Selbstbestimmungsrecht außerhalb der Tatbestandsalternative des Offenbarens geschützt sehen will, ergibt sich aus § 204 Abs. 1 StGB. Das Rechtsgut des § 204

---

<sup>305</sup> Abel, in: ders., Datenschutz und Datensicherheit in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 1 Rn. 15.

<sup>306</sup> Abel, in: ders., Datenschutz und Datensicherheit in Anwaltschaft, Notariat und Justiz , 1998, § 1 Rn. 24.

Abs. 1 StGB entspricht demjenigen des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB<sup>307</sup>. Den durch diese Vorschrift gewährleisteten Geheimbereich schützt § 204 Abs. 1 StGB unter einem weiteren Blickwinkel, nämlich gegen eine unbefugte wirtschaftliche Verwertung<sup>308</sup>. Wird im Rahmen des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB der Betroffene vor Offenbarung geschützt, so kann sich aus Sinn und Zweck des § 204 Abs. 1 StGB nur ergeben, dass der Begriff des „Verwertens“ mit § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB korrespondierend verstanden werden kann. Die Frage, ob ein Anwalt Informationen des Mandanten über diesen beziehungsweise von diesem über Dritte zu eigenen Zwecken nutzen darf, ähnelt der Frage nach der Verwertung sogenannter Insider-Informationen<sup>309</sup>. Der Anwalt erzielt durch die Auswertung einen Informationsvorsprung, der es ihm ermöglicht, die ihm durch die Berufsordnung eingeräumten Möglichkeiten der Werbung gezielt einzusetzen. Er hofft dabei, durch Bindung des entsprechenden Mandanten wirtschaftlich erfolgreicher arbeiten zu können. Insoweit unterscheidet er sich nicht vom Fall des Betriebsprüfers, der auf Grund seiner durch die Betriebsprüfung erlangten Information Aktien des betreffenden Unternehmens kauft, in der Hoffnung, einen Spekulationsgewinn zu erzielen<sup>310</sup>. Bei Insider-Geschäften wird jedoch nicht das Geheimnis selbst verwertet, sondern lediglich die Kenntnis davon ausgenutzt<sup>311</sup>. Die Ausnutzung der Kenntnis soll jedoch gerade nicht unter § 204 Abs. 1 StGB fallen<sup>312</sup>. Die bloße Kenntnis ist jedoch Ausdruck gerade des *forum internum*, das *Abel* als von § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB als geschützt ansehen will. Dagegen zeigt *meines Erachtens* § 204 Abs. 1 StGB ge-

---

<sup>307</sup> Jähnke, in: LK-StGB, 1989, § 204 Rn. 2.

<sup>308</sup> Jähnke, in: LK-StGB, 1989, § 204 Rn. 2.

<sup>309</sup> Klaus Ulsenheimer, Zur Strafbarkeit des Missbrauchs von sog. „Insider-Informationen“, NJW 1975, 1999 ff.

<sup>310</sup> Vgl. das Bsp. von Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 204 Rn. 5.

<sup>311</sup> Klaus Tiedemann, in: Franz Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, II. Band (GmbHG), 9. Auflage, Köln 2002, § 85 Rn. 17; Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, 2001, § 204 Rn. 3; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 204 Rn. 5 m.w.N.

<sup>312</sup> Tiedemann, in: Scholz, GmbHG, 2002, § 85 Rn. 17; Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, 2001, § 204 Rn. 3; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 204 Rn. 5 m.w.N.

rade, dass das Strafrecht diesen Bereich ausnimmt. Geschützt ist die anwaltliche Verschwiegenheit. Diese ist von der anwaltlichen Pflicht zur sachgemäßen Informationsbehandlung respektive dem Verbot missbräuchlicher Verwendung der erlangten Informationen zu unterscheiden. Wie mit den erhobenen Daten intern richtigerweise umgegangen werden muss, ist somit nicht Frage der §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 Abs. 1 StGB. Eine Identität des Regelungsgehalts der strafrechtlichen Verschwiegenheitspflicht und der datenschutzrechtlichen Pflicht zu einer bestimmten Nutzung kann nicht angenommen werden. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum *Abel*<sup>313</sup> auf Basis der Sphärentheorie<sup>314</sup> davon ausgeht, die von § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. BDSG geregelten Sachverhalte seien identisch. Neben diesen speziellen Befugnisnormen enthalten die Datenschutzgesetze eine allgemeine Regelung über die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten, die im öffentlichen Bereich mit der Einbeziehung von Daten in Akten erheblich an Bedeutung gewonnen hat<sup>315</sup>. Zwar sind die Datenschutzgesetze ausschließlich im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen (vergleiche zum Beispiel § 1 Abs. 1 BDSG) und nicht unter dem Gesichtspunkt des bei § 203 Abs. 2 hinzukommenden überindividuellen Rechtsguts konzipiert, doch tritt auch dieses hier zurück, wenn die Individualinteressen an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen verletzt werden dürfen<sup>316</sup>. Auch dass die personenbezogenen Daten der Datenschutzgesetze nicht notwendig Geheimnisse im Sinne des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB sind, ändert nichts. Es genügt, dass sie solche sein können und deshalb von den daten-

---

<sup>313</sup> Abel, in: ders. (Hrsg.), Datenschutz und Datensicherheit in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 1 Rn. 18.

<sup>314</sup> Nach der Sphärentheorie sind konkrete Regelungsgehalte auszumachen. Nur da und dort, wo sich die Sphäre des Regelungsgehaltes nach BDSG und die Sphäre des Regelungsgehalts nach § 203 StGB überlagern, hat im Bereich der Schnittmenge die konkurrierende Bestimmung des § 203 StGB oder einer anderen bereichsspezifischen Vorschrift Vorrang.

<sup>315</sup> Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 203 Rn. 53 c.

<sup>316</sup> Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 203 Rn. 53 c.

schutzrechtlichen Mitteilungsbefugnissen mitumfasst sein müssen<sup>317</sup>. Demnach ergibt sich aus dem Regelungsbereich der §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 Abs. 1 StGB, dass es eben zu Überschneidungen kommt, aber § 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. BDSG hinsichtlich der Erhebung, Speicherung, Veränderung und subsidiär Nutzung von Daten nicht verdrängt wird. Der Schutzbereich des Bundesdatenschutzgesetzes ist weiter als der des § 203 I Nr. 3 StGB.<sup>318</sup>

(bb) Auch nach dem Ansatz *Redekers*<sup>319</sup> folgt aus der denkbaren Überschneidung der Regelungsbereiche, dass das Bundesdatenschutzgesetz neben § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB anwendbar bleiben muss, dieser jedoch im Rahmen der Auslegung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen ist. Dies folge daraus, dass § 203 I Nr. 3 StGB nur das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandanten regelt, im Verhältnis zum Gegner oder zu Dritten, die durch die Speicherung personenbezogener Daten betroffen werden jedoch keine Regelung träge. Diese Ansicht läuft jedoch ebenfalls auf einen partiellen Ausschluss der Anwendbarkeit einzelner datenschutzrechtlicher Regelungen hinaus.

(cc) Damit ist der Schritt zur *vermittelnden Ansicht*, die § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB dort als vorrangig ansieht, wo sich die konkreten Regelungsinhalte überschneiden<sup>320</sup>, getan. Die Schwierigkeiten dieser „Schnittmengen- oder Überlappungstheorie“<sup>321</sup> zeigen sich, wie oben bereits dargestellt, schon bei der Klärung des „Regelungsinhalts“. Hiermit kann gerade nicht gemeint sein, dass das Bundesdatenschutzgesetz überall dort zur Anwendung kommt, wo es an einer Tatbestandsvoraussetzung fehlt. Vielmehr ist die Anwendung des

---

<sup>317</sup> Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 203 Rn. 53 c.

<sup>318</sup> Eggersmann/Hoene, CR 1990, 18.

<sup>319</sup> Helmut Redeker, Datenschutz und Mandantenschutz in der Anwaltskanzlei, AnwBl 1996, 512.

<sup>320</sup> Abel, SchIHA 1997, 64.

<sup>321</sup> Abel, in: ders. (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 1 Rn. 15.

Bundesdatenschutzgesetzes dahingehend zu klären, die Abgrenzung nach der Schutzrichtung der jeweiligen Norm vorzunehmen. Folglich darf gerade nicht auf den Wesensgehalt der Norm abgestellt werden.

Wie bereits oben festgestellt, wird durch § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht die ungestörte Berufsausübung der in Abs. 1 genannten Berufsgruppen, sondern das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt. Diesem Zweck dient ebenso das Bundesdatenschutzgesetz. Gemäß dem Bundesdatenschutzgesetz wird aber der Umgang in den Formen des Erhebens, der Verarbeitung, Nutzung und Übermittlung mit personenbezogenen Daten geregelt. Das Strafgesetzbuch umfasst demgegenüber die Offenbarung und wirtschaftliche Verwertung von Geheimnissen, so dass bezüglich der Phasen des Erhebens, Speicherns, Veränderns und subsidiär des Nutzens der Schutz des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht eingreift. Demnach findet die Regelung des Bundesdatenschutzgesetzes auch neben der Verschwiegenheitspflicht Anwendung. Daher steht § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB der Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes entgegen. Dies steht auch im Einklang mit dem überwiegenden Teil der Literatur<sup>322</sup>.

Im Ergebnis werden die §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs., 1., 2., 3. und 5. Alt. BDSG hinsichtlich der Erhebung, Speicherung, Veränderung und Nutzung nicht durch die §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 Abs. 1 StGB verdrängt. Bezüglich der Phase des Übermitteln besteht aber ein Kongruenzproblem, das zu Gunsten der §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 Abs. 1 StGB zu lösen ist, da § 203 Abs. Nr. 3 StGB die Strafbarkeit des Anwalts nach sich zieht. Das gefundene Resultat wird auch durch die Aussage in § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG gestützt.

---

<sup>322</sup> Helmut Becker, Datenschutz in der Anwaltschaft, NJW-CoR 3/1990, 30; Zimmer-Hartmann/Helfrich, CR 1993, 104.

### (3) Anwaltliches Berufsrecht

Weitere Konkurrenzprobleme ergeben sich aus dem Anwaltsrecht. Hier sind insbesondere die Grundpflichten des Rechtsanwalts regelnden §§ 43 a Abs. 1 und 2 BRAO sowie das Werbeverbot gem. § 43 b BRAO und die Verpflichtung zur Führung von Handakten nach den §§ 50 Abs. 1, 56 BRAO zu nennen.

Anwaltsrechtliche Normen, die eine klare und umfassende Regelung der Zulässigkeit der auf die Wahrnehmung des Mandats gerichteten Informationsspeicherung enthalten, sind zur Zeit nicht vorhanden<sup>323</sup>. Ob die genannten Vorschriften des Anwaltsrechts denen des Bundesdatenschutzgesetzes vorgehen, ist umstritten. *Rüpke*<sup>324</sup> spricht sich für eine Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes aus. Demgegenüber sind *Abel*<sup>325</sup> und *Redecker*<sup>326</sup> der Ansicht, dass das Bundesdatenschutzgesetz zum anwaltlichen Berufsrecht völlig subsidiär sei; danach das anwaltliche Berufsrecht die datenschutzrechtlichen Pflichten abschließend regelt. *Zuck*<sup>327</sup> dagegen macht darauf aufmerksam, dass das anwaltliche Berufsrecht und das Datenschutzrecht nur zum Teil kongruent sind. Es verblieben Lücken des anwaltlichen Berufsrechts gegenüber dem Datenschutzrecht, die wegen ihrer unterschiedlichen Schutzzwecke – Parteilichkeit hier; Schutz der Informationsfreiheit dort – nicht zu schließen sind.

---

<sup>323</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 15 f.

<sup>324</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 15 f.

<sup>325</sup> Abel, in: ders. (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 1 30.

<sup>326</sup> Redeker, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 4 Rn. 8 ff.

<sup>327</sup> Holger Zuck, Allgemeine Anwaltsrecht und Berufspflichten aus dem BDSG, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 3 Rn. 4.

Aufgrund des divergierenden Meinungsbildes wird in der Folge die Subsidiarität des Bundesdatenschutzgesetzes im Verhältnis zu den einschlägigen anwaltsrechtlichen Normen näher untersucht.

#### **(a) § 43 a Abs. 2 BRAO**

Die standesrechtliche Vorschrift des § 43 a Abs. 2 BRAO geht noch weiter als die strafrechtliche Norm des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Die berufsrechtliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 43 a Abs. 2 BRAO dient dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandanten<sup>328</sup>. Auf Grund des besonderen Vertrauensverhältnisses soll die Verpflichtung aus § 43 a Abs. 2 BRAO weiter reichen als die in § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB sanktionierte Pflicht<sup>329</sup>. Dies wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass hier schon Fahrlässigkeit (vergleiche § 113 Abs. 1 BRAO) sanktioniert wird, während § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB zumindest bedingten Vorsatz verlangt. Weiterhin geht die Verpflichtung nach § 43 a Abs. 2 BRAO über die des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB hinaus, indem sie sich auch auf alles bezieht, das dem Rechtsanwalt in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist<sup>330</sup>. Somit wird die Verschwiegenheit auf sämtliche Daten mit der Folge ausgedehnt, dass standesrechtlich nicht nur Geheimnisse geschützt werden. Somit bleibt festzuhalten, dass der Anwalt ohne Einwilligung seines Mandanten keinerlei Informationen an Dritte weitergeben darf, die er im Rahmen seiner Berufsausübung erhalten hat.

Die Vorschrift des § 43 a Abs. 2 BRAO betrifft lediglich das Verhältnis des Rechtsanwalts zu seinem Mandanten. In diesem Zusammenhang enthält die Vorschrift eine sehr genaue und umfassende

---

<sup>328</sup> Wilhelm E. Feuerich/Anton Braun, Bundesrechtsanwaltsordnung – Kommentar (BRAO), 5. Auflage, München 2000, § 43 a Rn 12.

<sup>329</sup> BT-Drucks. 12/4993, S. 27.

<sup>330</sup> Martin Henssler, Das anwaltliche Berufsgeheimnis, NJW 1994, 1817 (1818).

datenschutzrechtliche Regelung<sup>331</sup>. Das Bundesdatenschutzgesetz bezieht aber alle Personen in seinen Schutz mit ein, die durch den Umgang mit personenbezogenen Daten betroffen sein könnten, also auch Gegner oder Dritte. Über den Schutz von Gegnern oder Dritten schweigt sich die Vorschrift des § 43 a Abs. 2 BRAO jedoch aus, so dass durch § 43 a Abs. 2 BRAO Daten Dritter nicht erfasst werden. Auf Grund dieser Tatsache muss man davon ausgehen, dass diese Vorschrift die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes nicht aufheben kann, mithin die Phasen der Erhebung, Speicherung, Veränderung und subsidiär der Nutzung von mandantenbezogenen Daten und der Umgang mit Daten Dritter durch § 43 a Abs. 2 BRAO nicht betroffen sind. Im Ergebnis gilt das zu §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 Abs. 1 StGB Gesagte, so dass hinsichtlich der Erhebung, Speicherung, Veränderung und Nutzung von personenbezogenen Daten ein Konkurrenzproblem nicht auftritt.

#### **(b) § 43 b BRAO**

Als bereichsspezifische Vorschrift könnte aber § 43 b BRAO in Betracht kommen, soweit diese Vorschrift das anwaltliche Marketing erfasst. Kundenanalysen stehen wie dargestellt in unmittelbarem Zusammenhang mit anwaltlichen Marketing. Marketing dient, wie auch die Werbung, der Kundengewinnung oder –bindung. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass der Begriff des Marketing daher zunächst von dem der Werbung erfasst wird<sup>332</sup>. Die Zulässigkeit von Werbung wird in § 43 b BRAO und der §§ 6, 7 BORA definiert. Darunter versteht man ein Verhalten, das planvoll darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die Leistung desjenigen, für den geworben wird, in Anspruch zu nehmen<sup>333</sup>. Ob diese Merkmale erfüllt sind, sei nach objektiven Kriterien und dabei in erster Linie nach der Ver-

---

<sup>331</sup> Feuerich/Braun, BRAO, 200, § 43 a BRAO Rn. 12.

<sup>332</sup> Martin W. Huff, Werbung und Marketing des Rechtsanwalts, MDR 1999, 464.

<sup>333</sup> OLG Düsseldorf, EWiR 1999, 59.

kehrsauffassung zu ermitteln. Es sei nicht entscheidend, wie der Handelnde sein Verhalten aufgefasst wissen möchte, sondern welchen Eindruck das Publikum aus dem Verhalten gewinnt. Maßgebend ist nach dieser, bereits sehr weiten Definition, die Außenwirkung. Hieran fehlt es bei der Durchführung von Kundenanalysen, so dass bereits durch die Definition deutlich wird, dass das vorgestellte Database Marketing durch den Begriff der Werbung nicht erfasst ist. Aus den Entscheidungsprozessen selbst, die verdeckt ablaufen, gewinnt das Publikum keinen Eindruck. Einzig die aus dieser strategischen Entscheidungsfindung resultierenden operativen Maßnahmen werden bemerkt. Diese sind dann auch an § 43 b BRAO und §§ 6, 7 BORA zu messen. Die Entscheidung, an wen sich diese Maßnahmen richten, wird vom Berufsrecht nicht erfasst. Anders ausgedrückt ist bei der Klärung der Frage, ob Marketing vom Begriff der Werbung erfasst wird, zwischen strategischem und operativem Marketing des Anwalts zu unterscheiden. Die Strategie als Entscheidungsprozeß, führt zur Auswahl desjenigen, der beworben werden soll, an den sich also die operativen Marketingmaßnahmen richten. Dieser operative Teil des Marketing-Mixes unterliegt den Restriktionen des Berufsrechts. Die spezifische Gefährdung, die aus einer maschinenbezogenen Verarbeitung von Daten resultiert, fällt dagegen allein in den Schutzbereich der allgemeinen Gesetze, mithin mangels Einschlägigkeit des betreffenden Sachverhaltes gemäß §§ 43 b BRAO, 6, 7 BORA dem Bundesdatenschutzgesetz zu. Folglich stellt sich im Ergebnis das Konkurrenzproblem zum Bundesdatenschutzgesetz nicht.

### **(c) §§ 50 Abs. 1 und 5, 56 Abs. 1 BRAO**

Als bereichsspezifische Sondernorm des Anwaltsrechts kommen insbesondere die §§ 50 Abs. 1, 56 BRAO in Betracht. Fraglich ist daher, ob die vorgenannten Normen Sonderregelungen darstellen, die die Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes gem. § 1 Abs. 3 BDSG ausschließen.

#### **(4) Der Begriff der Handakte**

Lediglich die §§ 50 (Handakten des Rechtsanwalts) und 56 ( Besondere Pflichten gegenüber dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer ) BRAO enthalten den Begriff der „Handakte“. Gemäß § 50 Abs. 1 BRAO hat diese ein geordnetes Bild über die entfaltete Tätigkeit zu geben. Eine Definition der Handakte enthält § 50 Abs. 4 BRAO. Danach sind Handakten im Sinne der Absätze 2 und 3 dieser Bestimmung nur die Schriftstücke, die der Rechtsanwalt aus Anlaß seiner beruflichen Tätigkeit von dem Auftraggeber oder für ihn erhalten hat, nicht aber der Briefwechsel zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber und die Schriftstücke, die dieser bereits in Urschrift oder Abschrift erhalten hat. Gemäß § 50 Abs. 5 BRAO gilt Absatz 4 entsprechend, soweit sich der Rechtsanwalt zum Führen von Handakten der elektronischen Datenverarbeitung bedient. Dem anwaltlichen Berufsrecht liegt der materielle Aktenbegriff zugrunde, der sich auch auf Dateien erstreckt<sup>334</sup>. Hierfür spricht insbesondere die Funktion der Handakte, dem Rechtsanwalt einen Überblick über den bearbeiteten Fall zu ermöglichen<sup>335</sup>.

Der in diesen Normen verwendete Begriff der „Akte“ steht dem nicht entgegen. Dass eine „Akte“ nicht zwingend aus Papier sein muss, sondern auch die Speicherung der Information in Dateien umfasst, folgt bereits aus § 50 Abs. 5 BRAO, wonach sich der Anwalt zur Führung der Handakte auch der elektronischen Datenverarbeitung bedienen kann.

---

<sup>334</sup> Vgl. Regierungsentwurf Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte, BT-Drucks. 12/4993 vom 19.05.1993, § 50 V.

<sup>335</sup> Dafür auch Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 13.

## **(5) Verpflichtung zur Führung von Handakten**

§ 50 Abs. 1 BRAO i.V.m. § 36 der Richtlinien für Rechtsanwälte (RichtlRA)<sup>336</sup> fordern vom Anwalt, dass die von ihm zu führenden Handakten „ein Bild der (vom Anwalt) entfalteteten Tätigkeit“ geben sollten.

Hieraus wird die Verpflichtung des Anwalts deutlich, Handakten in einem bestimmten Mindestumfang zu führen. Die Akte hat zumindest diejenigen Informationen zu enthalten, die einem unbeteiligten Dritten einen klaren Überblick über den Lebenssachverhalt verschaffen. Dabei bleibt es nach § 50 Abs. 5 BRAO dem Anwalt überlassen, ob er dies elektronisch oder in Papierform tut.

## **(6) Speicherberechtigung**

Diese Pflicht zur Aktenführung korrespondiert notwendigerweise mit einer Berechtigung auch zur elektronischen Datenspeicherung.

Die Erfüllung der Pflicht, Handakten zu führen setzt, sofern diese Pflicht gem. § 50 Abs. 5 elektronisch erfüllt wird, nämlich die Inanspruchnahme eines Speichermediums zwingend voraus und kann daher zugleich eine gesetzliche Grundlage hinsichtlich des Erhebens, Speicherns<sup>337</sup>, Veränderns und subsidiär der Nutzung der Information sein. Unmittelbar betrifft § 50 BRAO zwar nicht das (erstmalige) Speichern, sondern einige Fragen der Übermittlung beziehungsweise der Aufbewahrungsdauer. Da die Erfüllung dieser Pflichten die Inanspruchnahme eines Speichermediums (Datenträgers) eindeutig und zwingend voraussetzt, kann die Vorschrift gleichermaßen eine geeignete gesetzliche Grundlage in Bezug auf das Erhe-

---

<sup>336</sup> Richtlinien gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 2 BRAO, festgestellt von der Bundesrechtsanwaltskammer am 21.06.1973, Stand: 01.02.1987.

<sup>337</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 10.

ben, Speichern, Verändern und – subsidiär – das Nutzen sowohl von Mandantendaten als auch von Daten Dritter sein<sup>338</sup>.

Dementsprechend wird auch vertreten, dass das Berufsrecht in Ansehung der auf die Mandatsführung bezogenen Daten abschließend sei<sup>339</sup>.

## **(7) Mandatsbezogene Handaktendaten**

Fraglich ist somit, welche Daten mandatsbezogen sind und somit einer möglichen Speicherberechtigung unterliegen könnten. Über den Inhalt der Handakten macht die Bundesrechtsanwaltsordnung wenig Aussagen. Der Begriff und Inhalt der Handakte bestimmende § 50 Abs. 4 BRAO beinhaltet keine abschließende Regelung darüber, was Inhalt der Handakte sein muss<sup>340</sup> oder sein darf.

Eine nähere Bestimmung der in der Handakte enthaltenen Daten kann jedoch mittelbar § 50 Abs. 3 BDSG entnommen werden. Gemäß § 50 Abs. 3 BDSG kann der Rechtsanwalt seinem Auftraggeber die Herausgabe der Handakten verweigern, bis er wegen seiner Gebühren und Auslagen befriedigt ist.

Das hier normierte Zurückbehaltungsrecht ist lediglich im Kontext mit der sich nach § 667 BGB ergebenden Verpflichtung des Anwalts, dem Mandanten „alles (...), was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben“, zu verstehen. Erlangt ist der gesamte drittgerichtete Schriftverkehr, regelmäßig auch Vermerke und Gesprächsnotizen<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> § 50 BRAO ist selbst schon eine informationsrechtliche Norm, so dass nicht etwa ein einfacher Schluss von der gesetzlichen Beschreibung einer Aufgabe auf die Befugnis zur damit einhergehenden Informationsverarbeitung vorliegt.

<sup>339</sup> Das wird von Zimmer-Hartmann/Helfrich, CR 1993, 104 (108); Eggersmann/Hoene, CR 1990, 18 (21); Edinger, NJW-CoR 6/1991, 26 (27) übersehen, welche § 1 Abs. 4 S. 1 BDSG 1990 bzw. § 45 S. 1 BDSG 1977 nicht erörtern.

<sup>340</sup> Feuerich/Braun, BRAO, 2000, § 50 Rdnr. 6.

<sup>341</sup> Vgl. BGHZ 109, 260 = NJW 1990, 510 f.

Zieht man § 50 Abs. 3 BRAO in die Handaktendefinition unter Berücksichtigung des Herausgabeanspruchs des § 667 BGB ein, dann gehören alle Unterlagen zu den Handakten, die aus Anlass der Tätigkeit eines Rechtsanwaltes in einer bestimmten Angelegenheit in seine Hände gelangt sind, gleichgültig, wer sie gefertigt hat und auf welche Weise sie in den Besitz des Anwalts kamen. Gemeint sind somit solche Unterlagen, die geeignet sind, die anwaltliche Betätigung widerzuspiegeln; mithin sind alle Schriftstücke, die der Anwalt von seinem Mandanten erhalten hat, Bestandteil der Handakte. Aber auch Schriftstücke, die der Anwalt für seinen Mandanten von anderen erhalten hat, wie Schriftsätze des Gegners, Schriftsätze und Entscheidungen der Gerichte, der Staatsanwaltschaft und von Behörden, Gutachten usw. sind Bestandteile der Handakte – kurz: alles, was bei der Mandatsbearbeitung anfällt<sup>342</sup>.

## **(8) Ergebnis**

Würde man mit den oben angeführten Meinungen aufgrund der gefundenen Ergebnisse annehmen, dass § 50 Abs. 1 eine das Bundesdatenschutz verdrängende Sondernorm darstellt, bedeutete dies, dass die Verwendung sämtlicher bei der Mandatsbearbeitung anfallender Daten lediglich durch das Anwaltsrecht geregelt wäre. Da dieses aber nach dem oben gesagten eine Beschränkung der Verwendung von aus dem Mandatsverhältnis erlangten Daten zu eigenen Zwecken nicht enthält, kann mit guten Argumenten vertreten werden, dass auch die Verwendung solcher Daten zu Marketingzwecken möglich sein muss.

Der Auffassung, § 50 Abs. 1 BRAO enthalte eine bereichsspezifische Sondernorm, ist jedoch entgegen zu halten, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 50 Abs. 5 BRAO die Gesetzeslage an die

---

<sup>342</sup> Rüpke, NJW 1993, 3097 (3098).

veränderten Arbeitsbedingungen in Anwaltskanzleien anpassen und der fortschreitenden elektronischen Datenverarbeitung anpassen wollte. Dagegen war nicht beabsichtigt, das Verhältnis der § 50 Abs. 1 BRAO zum Bundesdatenschutzgesetz zu ändern.

Darüber hinaus werden mit den Vorschriften der BRAO und denen des Bundesdatenschutzgesetzes unterschiedliche Schutzziele verfolgt.

Die Handaktenregelung dient nicht dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wie das Bundesdatenschutzgesetz. Vielmehr statuieren sie für den Rechtsanwalt bestimmte Ordnungsvorschriften für Rechtsanwälte. Demnach ist trotz Bestehens des § 50 Abs. 5 BRAO nicht von der Subsidiarität des Bundesdatenschutzgesetzes im Sinne des § 1 Abs. 3 BDSG auszugehen.

Das Bundesdatenschutzgesetz ist somit auf die anwaltliche Datenverarbeitung anwendbar. Im nächsten Schritt ist daher zu untersuchen, ob die anwaltliche Datenverarbeitung nach den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes möglich ist und welche Grenzen dem Anwalt hierdurch auferlegt werden. Zentralnorm einer solchen Zulässigkeitsprüfung ist § 4 Abs. 1 BDSG.

## **2. Zulässigkeit des Database Marketing nach dem Bundesdatenschutzgesetz**

Wann der Umgang mit personenbezogenen Daten nach dem Bundesdatenschutzgesetz erlaubt oder angeordnet ist, richtet sich nach den für die verantwortliche Stelle geltenden Normen des zweiten und dritten Abschnitts des Bundesdatenschutzgesetzes. Wie bereits oben gezeigt, unterscheidet das Bundesdatenschutzgesetz zwischen Normen, die den öffentlichen Bereich betreffen, und denen, die sich auf den nicht-öffentlichen Bereich beziehen. Somit könnte für die Er-

stellung von Mandantenprofilen in Form des Veränderns und – subsidiär – Nutzens § 6 a und § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG eine Rechtsgrundlage bieten; demgegenüber für die Daten von Nichtmandanten zum Zwecke der genannten datenschutzrechtlich relevanten Maßnahmen § 6 a und § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-3 BDSG. Die in den Nr. 1-3 alternativ<sup>343</sup> aufgeführten Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten für jede der fünf genannten Aktivitäten der Datenverarbeitung. Somit bedarf es grundsätzlich keiner getrennten Betrachtung im Hinblick auf die einzelnen Phasen des Umgangs mit personenbezogenen Daten. Sofern sich Unterschiede zeigen, werden diese hervorgehoben.

#### **a) Verbot der Datenverarbeitung gem. § 6 a BDSG**

Die neu in das Bundesdatenschutzgesetz aufgenommene Regelung des § 6a BDSG regelt das Auskunftsrecht bei „automatisierten Einzelentscheidungen“ und setzt in den Absätzen 1 und 2 Art. 15 und in Absatz 3 Art. 12 a) 3. Spiegelstrich die Datenschutzrichtlinie um<sup>344</sup>.

#### **aa) Zweck des § 6 a BDSG**

Die Vorschrift trägt dem Ausgleich der widerstreitenden Interessen des Datenverarbeiters und der davon betroffenen Person Rechnung. Danach darf die Maschine nicht über den Menschen entscheiden. Mithin dürfen Entscheidungen, die für den Betroffenen eine rechtliche Folge nach sich ziehen oder ihn erheblich beeinträchtigen, nicht ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt werden, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dient. Gemeint sind damit automatisierte Entscheidungsverfahren, die beispielsweise die berufliche Leistungsfähigkeit,

---

<sup>343</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 Rdnr. 5.

<sup>344</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 6 a Rdnr. 1.

die Kreditwürdigkeit, die Zuverlässigkeit oder eine sonstige Verhaltensweise betreffen können. Verboten soll die „strikte Anwendung“ der von dem System erzielten Ergebnisse sein, d.h. für die menschliche Beurteilung soll Raum sein<sup>345</sup>. Daher findet § 6 a BDSG dann keine Anwendung, wenn die mit Hilfe des Computers gewonnenen Erkenntnisse die Grundlage einer von einem Menschen noch zu treffenden abschließenden Entscheidung bildet<sup>346</sup>.

Als Beispiel ist hier das sogenannte Scoring-Verfahren zu nennen, das auch im Rahmen des anwaltlichen datenbankgestützte Marketing empfohlen wird. Dieses stellt eine auf einem mathematisch-statistischen Verfahren gegründete Auswertungsmethode dar, die eine Mehrzahl von Menschen oder Merkmalen in eine Reihenfolge nach einem oder mehreren Kriterien bringt. Der ermittelte Score-Wert wird dann als Risikoprognose an Vertragspartner weitergegeben. Solche Verfahren können durchaus zulässig sein. Maßgeblich ist, dass eine für den Betroffenen negative Entscheidung nicht allein auf einen Score-Wert gestützt wird.

#### **bb) Anwendbarkeit des § 6 a BDSG**

Fraglich erscheint allerdings, ob § 6 a BDSG auf die vorliegend zu untersuchende Materie Anwendung finden kann, weil das vorgestellte datenbankgestützte Marketing grundsätzlich nicht darauf abzielt „ausschließlich“ auf automatisierte Verarbeitung gestützte Entscheidungen zu treffen. Vielmehr werden im Rahmen des anwaltlichen datenbankgestützte Marketing sowohl Mandanten- als auch Nichtmandantendaten in einem Programm zwecks „Rankings“ der potentiellen Mandanten nach vorgegebenen Kriterien gespeichert und der

---

<sup>345</sup> So Begründung der Kommission, zitiert bei Eugen Ehmann/Marcus Helfrich, Kurzkomentar EG Datenschutzrichtlinie (der Datenschutzrichtlinie), Köln 1999, Art. 8, 9.

<sup>346</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 6 a Rdnr. 5.

Anwalt entscheidet dann, welcher potentielle Mandant zur Akquirierung in Betracht kommt. Allein die durch die von einem Menschen getroffenen Letztentscheidung und die damit gegebene Möglichkeit der abweichenden Entscheidung schließt das Tatbestandsmerkmal der Ausschließlichkeit aus<sup>347</sup>. Von einem Verbot des datenbankgestützten Marketings gem. § 6 a BDSG kann somit nicht ausgegangen werden.

Will man die Anwendbarkeit des § 6 a BDSG dennoch bejahen, ist zu prüfen, ob die Entscheidung im Rahmen des Vertrags- oder sonstigen Rechtsverhältnisses liegt und dem Anliegen des Betroffenen stattgegeben wird (§ 6 a Abs. 2 Nr. 1 BDSG) oder die Wahrung berechtigter Interessen des Betroffenen durch geeignete Maßnahmen gewährleistet wird und der Betroffene von der verantwortlichen Stelle über die Tatsache einer automatisierten Entscheidung informiert wird (§ 6 a Abs. 2 Nr. 2 BDSG). In diesem Falle gilt das in § 6 a Abs. 1 BDSG statuierte Verbot nicht. Geeignete Maßnahmen zur Sicherung der Interessen der Betroffenen sind insbesondere die, die dem Betroffenen die Möglichkeit einräumen, seinen Standpunkt geltend zu machen und die verantwortliche Stelle daraufhin ihre Entscheidung erneut überprüft. Die erneute Überprüfung darf dann aber nicht in ausschließlich automatisierter Form erfolgen. Ist zwar danach eine Bewertung des Mandanten möglich, so muss sie sich innerhalb der Zweckbestimmung des Rechtsverhältnisses halten.

Unabhängig davon, ob der anwaltliche Datenverarbeiter dem Anliegen des Betroffenen stattgibt, muss die automatisierte Einzelentscheidung im Rahmen eines Vertrags- oder sonstigen Rechtsverhältnisses liegen. Deutlich wird somit, dass die genannte Vorschrift vorliegend nur für die Datenverarbeitung des Mandanten – sei es bei Anbahnung oder bereits bei Bestehen einer geschäftlichen Beziehung - in Betracht kommt.

---

<sup>347</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 6 a Rdnr. 5.

Als Vertragsverhältnis kommt ein Kauf-, Kredit-, Versicherungs-, Geschäftsbesorgungs-, Krankenhaus-, Dienst oder Arbeitsvertrag in Betracht<sup>348</sup>. Als sonstiges Rechtsverhältnis im Sinne der Vorschrift ist in erster Linie ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zu verstehen. Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis im Sinne der Vorschrift ist hauptsächlich das aus der konkreten Anbahnung eines Vertrages, insbesondere aus Vorverhandlungen resultierende gesetzliche Schuldverhältnis, das jeden Teil verpflichtet, sich dem anderen gegenüber nach Treu und Glauben zu verhalten<sup>349</sup>, z. B. alle für dessen Entscheidung wesentlichen Tatsachen mitzuteilen, wie es nach der allgemein anerkannten Lehre von der culpa in contrahendo (cic), § 311 Abs. 2 BGB, Grundlage für eine Haftung sein kann; ob der Vertrag schließlich zustande kommt, ist dafür unerheblich<sup>350</sup>. Außerdem gehören hierher die Beziehungen aus Nachwirkungen nach Beendigung eines Vertragsverhältnisses<sup>351</sup>. Die automatisierte Einzelentscheidung muss demnach dem Abschluss oder der Erfüllung des Vertragsverhältnisses dienen.

Deutlich wird somit, dass das vorgestellte datenbankgestützte Marketing im Rahmen der Anwaltskanzlei gerade nicht dem Abschluss oder gar der Erfüllung des zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnisses dient. Vielmehr ist anwaltliches datenbankgestützte Marketing Grundlage für die anwaltliche „Unternehmensstrategie“ und wirtschaftliche Führung der Kanz-

---

<sup>348</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 Rdnr. 2, 5.

<sup>349</sup> Vgl. auch Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 28 Rdnr. 114; Hans-Jürgen Schaffland/Noeme Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz (BDSG): Ergänzbare Kommentar nebst einschlägigen Rechtsvorschriften, Berlin, Stand: September 2002, § 28 Rdnr. 66; Hans-Ulrich Gallwas/Hansjörg Geiger/Jochen Schneider/Jürgen Schwappach/Joachim Schweinoch (Gallwas u.a.), Datenschutzrecht - Kommentar und Vorschriften-sammlung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Stand: Januar 1986, § 23 Rdnr. 12, 13.

<sup>350</sup> Vgl. hierzu Heinrichs, in: Palandt, BGB, 2002, § 276 Rdnr. 65 ff.

<sup>351</sup> Vgl. Gallwas u.a., Bundesdatenschutzgesetz, 1986, § 23 Rn. 16; Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 28 Rdnr. 116; Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 75.

lei. Die Zulässigkeit des datenbankgestützte Marketing in der Anwaltskanzlei ist demnach nicht nach § 6 a Abs. 2 Nr. 1 BDSG zu bemessen.

## **b) Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, § 4 Abs. 1 BDSG**

§ 4 Abs. 1 BDSG setzt im Unterschied zu der Subsidiaritätsvorschrift des § 1 Abs. 3 BDSG die Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes gerade voraus. Die Norm verbietet zunächst generell die Datenverarbeitung, erlaubt jedoch in bestimmten, durch Gesetz geregelten Fällen, elektronisch Daten zu verarbeiten. Sie unterwirft damit die Datenverarbeitung im Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes einem Verbot mit Legalausnahmen. Unrichtig ist dagegen die in der Literatur vertretene Ansicht, es handele sich bei § 4 Abs. 1 BDSG um ein Präventivverbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten hängt nämlich nicht von einer vorherigen administrativen Prüfung und Genehmigung dieser Vorgänge ab. Vielmehr ist der Umgang mit personenbezogenen Daten grundsätzlich verboten, sofern eine Rechtsvorschrift nicht anderes erlaubt, also Legalausnahmen bestehen.

### **aa) Erlaubnis der Datenverarbeitung aufgrund anderer Rechtsvorschriften**

„Andere Rechtsvorschriften“ im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG sind solche, die die Verarbeitung personenbezogener Daten erlauben oder anordnen. Der Kreis der die Datenverarbeitung erlaubenden Normen ist dabei weit zu ziehen, wie die systematische Betrachtung der Ausgestaltung des Bundesdatenschutzgesetzes als Verbot mit Legalausnahmen zeigt:

Die Verfassungsmäßigkeit der gesetzessystematischen Ausgestaltung des Bundesdatenschutzgesetzes als Verbot mit Legalausnahmen stößt im Hinblick auf die *Erforderlichkeit* des grundsätzlichen Verbots auf Bedenken, da der Grundsatz des § 4 Abs. 1 BDSG ohne Differenzierung nach der Sensibilität der Daten eingreift und alle personenbezogenen Daten seinem Schutz unterstellt. Wird der Grundregel des § 4 Abs. 1 BDSG auch die Datenerhebung und -nutzung unterstellt, erfolgt eine Vorverlagerung des Persönlichkeitsschutzes, so dass nicht nur Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht, sondern auch schon bloße Gefährdungen dem grundsätzlichen Verbot des § 4 Abs. 1 BDSG unterfallen. Dies ist nur dann verhältnismäßig, wenn ein Grundrechtsschutz zu spät käme oder nicht mehr effektiv wäre<sup>352</sup>, weil die anwaltliche Datenverarbeitung unbeherrschbar wäre.

Der Gesetzgeber hat, wie die Vorschrift des § 4 Abs. 1 BDSG deutlich macht, die Einbeziehung der Erhebung personenbezogener Daten als „besonders wichtig“ angesehen. Ihm ist es daher unbenommen, die Datenverarbeitung als *per se* gefährliche Technologie einzustufen und daher ein grundsätzliches Verbot zu normieren<sup>353</sup>. Allerdings muß das System des Verbotes mit Legalausnahmen dann die Verhältnismäßigkeit, die durch das generelle Verbot zunächst in Frage gestellt wird, durch hinreichende Erlaubnistatbestände sicherstellen. Die weitgehende generelle Untersagung muß ein ebenso weites Verständnis der Legalausnahmen nach sich ziehen, um ein verfassungsrechtlich bedenkliches Übergewicht zugunsten des Informationsschutzes zu verhindern.

---

<sup>352</sup> Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 18. Auflage, Heidelberg 2002, Rdnr. 108.

<sup>353</sup> A.A. Breitfeld, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – Verfassungsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Informationsordnung, 1992, S. 126, die davon ausgeht, dass bei der Datenverarbeitung das Persönlichkeitsrecht weder verletzt noch gefährdet sei.

Gesetzliche Erlaubnistatbestände finden sich demnach auf den Ebenen der fach- und bereichsspezifischen Rechtsnormen des Bundes, im Bundesdatenschutzgesetz, aber auch auf der Ebene anderer nachrangiger Rechtsvorschriften und der Zweckbestimmung von privaten Vertragsverhältnissen.

Rechtsvorschriften im Sinne des § 4 Abs. 1 können somit auch Bestimmungen des Landesrechts und des kommunalen Rechts sein. Auch Vorschriften in autonomen Satzungen, die Körperschaften und Verbände auf Grund gesetzlich eingeräumter Befugnisse, etwa auf Grund von Gemeinde- und Handwerksordnungen oder von Hochschulgesetzen erlassen haben, können Erlaubnisvorschriften in diesem Sinne sein, die eine Verarbeitung personenbezogener Daten rechtfertigen.

Selbst normative Teile von Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen usw. bilden Legalausnahmen. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes ist das erforderlich, da die Verarbeitung von Personaldaten in einem Unternehmen sinnvoll nur nach einheitlichen Gesichtspunkten erfolgen könne<sup>354</sup>. Dabei ist es zulässig, dass die kollektivrechtlichen Regelungen hinter dem Datenschutzstandard, den das Bundesdatenschutzgesetz gewährt, zurückbleiben, also zu Lasten des Betroffenen gehen<sup>355</sup>. Auch Normen, die das Verbot der Verarbeitung, insbesondere der Übermittlung von Daten beinhalten, gehen dem Bundesdatenschutzgesetz gemäß § 4 Abs. 1 BDSG vor. Solche Verbotsnormen sind zum Beispiel § 39 b EStG für den Arbeitgeber bezüglich dem Geheimhaltungsgebot über Angaben auf der Lohnsteuerkarte und § 79 BetrVG<sup>356</sup> für den Betriebsrat.

---

<sup>354</sup> BAG, NJW 1987, 674.

<sup>355</sup> BAG, NJW 1987, 674.

<sup>356</sup> Betriebsverfassungsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 25.09.01 (BGBl. I S. 2518).

## **bb) Einwilligung des Betroffenen, § 4 a BDSG**

§ 4a BDSG stellt die allgemeinste Erlaubnisnorm innerhalb des Bundesdatenschutzgesetzes dar. Auch ohne daß eine bestimmte Rechtsnorm den Umgang mit personenbezogenen Daten bezüglich Mandant und Nichtmandant im Hinblick auf die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen erlaubt, verbleibt als „rettender Anker“<sup>357</sup> die Einwilligung des Betroffenen. Einwilligung bedeutet immer die vorherige Zustimmung, vgl. § 183 BGB<sup>358</sup>. Eine nachträglich erteilte Zustimmung, also eine Genehmigung, hat im Umfeld des Bundesdatenschutzgesetzes keine legalisierende Wirkung<sup>359</sup>. Auch beschränkt Geschäftsfähige können wirksam im Sinne des § 4a BDSG einwilligen, sofern sie die hierfür erforderliche Einsichtsfähigkeit besitzen<sup>360</sup>.

Bei der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie im Zuge der Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes sind die Bestimmungen zur Einwilligung des Betroffenen erweitert und präzisiert worden. Gemäß § 4 a Abs. 1 BDSG ist eine Einwilligung „nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht“. Betroffene sind auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, wenn nicht auf Grund besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Die

---

<sup>357</sup> Baeriswyl, RDV 2000, 6 (8).

<sup>358</sup> Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Bundesdatenschutzgesetz, 1981, § 4 Rdnr. 28; Podlech/Pfeifer, RDV 1998, 139 (152); Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 1994, S. 103; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 4 a Rdnr. 2 ; a.A.: Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 4 Rdnr. 11, der die Einwilligung als „Realhandlung“ ansieht.

<sup>359</sup> Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 1994, S. 103; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 4 Rdnr. 14.; OLG Köln, MDR 1992, 447; OLG Köln, NJW 1993, 793.

<sup>360</sup> Allgemeine Auffassung, dass für die datenschutzrechtliche Einwilligung keine Geschäftsfähigkeit erforderlich ist; siehe ausführlich dazu: Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 1994, S. 103; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 4 Rdnr. 10; Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 28.

Erlaubniswirkung der Einwilligung kommt grundsätzlich für alle personenbezogenen Daten, unabhängig von ihrer Sensibilität, zum Tragen. Jedoch muss gemäß § 4 a Abs. 3 BDSG bei der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung „besonderer Arten personenbezogener Daten“ (§ 3 Abs. 9 BDSG) auf der Basis von Einwilligungen sichergestellt sein, dass die Betroffenen ausdrücklich in die Verwendung gerade dieser Datenarten eingewilligt haben. Ihrer Natur nach beruht die Einwilligung in die Datenverarbeitung auf einer eindeutigen Willensäußerung des Betroffenen. Im Hinblick darauf unterscheidet sie sich vom Widerspruch. Bei einer Widerspruchslösung darf die verantwortliche Stelle die Daten verwenden, soweit der Betroffene nicht erklärt hat, dass er mit der Verwendung nicht einverstanden ist<sup>361</sup>.

Es ist zu klären, welchen Voraussetzungen eine Einwilligung genügen muß, um wirksam die Zulässigkeit von Bewertung und Analyse von personenbezogenen Daten sowie die Zulässigkeit der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen zu Zwecken eines datenbankgestützten Marketing herbeizuführen.

### **(1) Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung**

Nach § 4 a BDSG ist die Einwilligung nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht und der Betroffene informiert ist, ihm geplante Übermittlungen mitgeteilt sind und er auf Verlangen auf die Folgen einer Verweigerung hingewiesen wurde, § 4 a Abs. 1 Satz 2 BDSG. Die Einwilligung ist mithin nur wirksam, wenn sie ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage erfolgt.

---

<sup>361</sup> Peter Scharr, Datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, MMR 2001, 644.

### **(a) Unterrichtung**

Die Einwilligung kann nur dann auf der „freien Entscheidung“ der betroffenen Person „beruhen“, wenn diese weiß, in was sie einwilligt<sup>362</sup>. Die Einwilligung kann die beabsichtigte Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann legitimieren, wenn die betroffene Person rechtzeitig und umfassend über sie informiert worden ist. Die Unterrichtung der betroffenen Person muss genau so weit reichen wie der Anwendungsbereich der Einwilligung<sup>363</sup>. Die Einwilligung kann nur in dem Umfang wirksam sein, in dem die betroffene Person zuvor über die für sie bedeutsamen Umstände der Datenverarbeitung unterrichtet worden ist. Die Unterrichtung muß sich daher je nach Bedeutung für die betroffene Person insbesondere auf den Umfang, die Form und den Zweck der Datenverarbeitung, auf mögliche Verknüpfungen mit anderen Datenbeständen und auf potentielle Empfänger der Daten, auf die Freiwilligkeit der Einwilligung, die Möglichkeit der Verweigerung und deren Folgen, die Entkopplung von Einwilligung und beantragter Vertrags- oder Verwaltungsleistungen<sup>364</sup> und auf die Widerruflichkeit der Einwilligung erstrecken.

### **(b) Freiwilligkeit**

Nach Art. 2 h) der Datenschutzrichtlinie und § 4 a Abs. 1 BDSG muss die Einwilligung der betroffenen Person auf ihrer freien Entscheidung beruhen<sup>365</sup>, mithin ohne Zwang erfolgen. Einwilligungen, bei denen Zwang ausgeübt wird, sind unwirksam; die darauf begründete Datenverarbeitung ist unzulässig.

---

<sup>362</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 4 Rdnr. 6; Hans H. Wohlgemuth, Auswirkungen der EG-Datenschutzrichtlinie auf den Arbeitnehmer-Datenschutz, BB 1996, 690 (693).

<sup>363</sup> Legislativer Ausdruck der informierten Einwilligung ist im geltenden Recht die Hinweispflicht in § 4 a Abs. 1 Satz 2 BDSG.

<sup>364</sup> Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 55.

<sup>365</sup> LG Stuttgart, DuD 1999, 294 (295).

Die Freiwilligkeit ist nicht nur dann zu verneinen, wenn staatlicher Zwang ausgeübt wird<sup>366</sup>, sondern auch dann, wenn auf Grund rechtlicher oder faktischer Abhängigkeiten die Entscheidungsmöglichkeiten wesentlich eingeschränkt sind<sup>367</sup> oder wenn ein – mehr oder weniger unwiderstehlicher – Anreiz zur Einwilligung gesetzt wird<sup>368</sup>. Jedoch ist unter Umständen im Einzelfall nicht einfach festzustellen, ob eine Einwilligung wirklich freiwillig erfolgt ist oder ob auf den Betroffenen ein „faktischer Zwang“ ausgeübt wurde. Typisch hierfür ist der Fall, daß zwischen der verantwortlichen Stelle und dem Betroffenen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht<sup>369</sup>. Aus diesem Grund ist es problematisch, die Datenverarbeitung im Dienst- oder Arbeitsverhältnis und auch im Versicherungswesen auf Einwilligungen zu stützen<sup>370</sup>.

### **(c) Kopplungsverbot**

Soll die Einwilligung freiwillig sein, so darf zwischen ihr und der erstrebten Verwaltungs- oder Vertragsleistung keine Kopplung bestehen. Der Gesetzgeber hat für die Bereiche Telekommunikation, Tele- und Mediendienste sogar ein ausdrückliches Kopplungsverbot ausgesprochen<sup>371</sup>. Danach ist es verboten, die Erbringung der Leistung

---

<sup>366</sup> Andreas Geiger, Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NVwZ 1989, 35 (37).

<sup>367</sup> Schmidt, JZ 1974, 214 (246); Joachim Rothe, Einbehaltung privater Telefongesprächsgebühren im Gehaltsabzugsverfahren, DuD 1996, 589 (594); Wohlgemuth, BB 1996, 690 (693), der dies bei einem Bewerbungsgespräch ausschließt.

<sup>368</sup> Z.B. verneint das LG Stuttgart, DuD 1999, 294 (295), die Freiwilligkeit einer Einwilligung bei Auslobung von Preisen von insgesamt DM 22.500 und eines Höchstpreises von DM 10.000 für das Ausfüllen eines Fragebogens.

<sup>369</sup> Schaar, MMR 2001, 644.

<sup>370</sup> Tinnefeld, Die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes im Zeichen des Gemeinschaftsrechts, NJW 2001, 3078 (3082), die insbesondere auf die Problematik der Verwendung von Daten aus einer Genomanalyse i.R.v. arbeitsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnissen oder Versicherungsverträgen hinweist.

<sup>371</sup> Siehe z.B. § 89 Abs. 10 TKG (Telekommunikationsgesetz vom 25.07.1996, BGBl. I 1120, i.d.F. vom 21.10.2002, BGBl. I 4186) und § 3 Abs. 2 Satz 2 TDSV

von der Einwilligung in die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für andere Zwecke abhängig zu machen<sup>372</sup>. Von der Freiwilligkeit der Einwilligung kann nach diesen Kriterien bei Anwaltsverträgen in der Regel ausgegangen werden, wenn das Kontrahieren mit dem Betroffenen nicht von der Erteilung der Einwilligung nach § 4a BDSG abhängig gemacht wird<sup>373</sup>.

#### **(d) Ausdrückliche und formgerechte Erklärung**

(aa) Die Einwilligung ist vor der Datenverarbeitung ausdrücklich und präzise sowie in der Form des § 4 a Abs. 1 Satz 3 BDSG zu erteilen. Ein Verstoß gegen die Formvorschrift hat nach § 125 BGB die Nichtigkeit der Einwilligung zur Folge<sup>374</sup>. Sollen besonders schützenswerte Daten verarbeitet werden, muss sich die Einwilligung ausdrücklich auf diese Daten beziehen, § 4 a Abs. 3 BDSG. Somit hat die vorgeschriebene Schriftlichkeit der Einwilligung folgende Funktionen: Sie dient einerseits dazu, den Betroffenen zu sensibilisieren, sich nicht unbedacht und vorschnell zu äußern und die Tragweite der Erklärung erkennen zu können (Warnfunktion)<sup>375</sup>; andererseits soll sie der verantwortlichen Stelle den Nachweis ermöglichen, dass der Betroffene tatsächlich eingewilligt hat (Beweisfunktion)<sup>376</sup>. Nur mit seiner Hilfe kann die verantwortliche Stelle nachweisen, dass die Einwilligung „ohne jeden Zweifel“ (Art. 7 a der Datenschutzrichtlinie) gegeben worden ist. Schriftlich ist die Einwilligung dann, wenn der Betroffene seine Zustimmung „eigenhändig durch Namensunterschrift oder mit-

---

(Telekommunikations-Datenschutzverordnung vom 18.12.2000, BGBl. I 1740) für die Telekommunikation. Für Teledienste, Mediendienste und Rundfunkveranstaltungen legt dies § 3 Abs. 3 TDSG, § 12 Abs. 4 MDStV und § 47 Abs. 4 RStV ausdrücklich fest.

<sup>372</sup> Schaar, MMR 2001, 644.

<sup>373</sup> Vgl. Schaar, MMR 2001, 644.

<sup>374</sup> Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 39.

<sup>375</sup> Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 37; Dörr, RDV 1992, 167; Podlech/Pfeifer, RDV 1998, 139 (152).

<sup>376</sup> Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 37.

tels notariell bekundeten Handzeichens unterzeichnet“ hat (§ 126 Abs. 1 BGB).

(bb) Zu berücksichtigen ist, dass das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr<sup>377</sup> die gesetzliche Schriftform durch neue Formen ergänzt hat. Als neue Formen für Rechtsgeschäfte wurden die „elektronische Form“ (§ 126 a BGB) und die „Textform“ (§ 126 b BGB) eingeführt. Bei der Textform handelt es sich um eine gegenüber der Schriftform erleichterte Formvorgabe, bei der in geeigneten Fällen die eigenhändige Unterschrift entbehrlich wird und die deshalb sowohl für ein herkömmliches Papierdokument als auch für ein elektronisches Dokument geeignet ist. Demgegenüber soll die elektronische Form als gesetzlich bereitgestellte Handlungsalternative dienen, wenn sich die Vertragspartner auf den elektronischen Vertragsabschluss in einer bestimmten Form einigen wollen. § 126 a Abs. 1 BGB sieht vor, dass in den Fällen, in denen die gesetzlich vorgeschriebene Form durch die elektronische Form ersetzt werden soll, der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz<sup>378</sup> versehen muss.

(cc) Im Hinblick auf die hohen Anforderungen des Signaturgesetzes stellt sich die Frage, ob auch solche elektronischen Einwilligungen nach dem Bundesdatenschutzgesetz wirksam sein können, die den Voraussetzungen des § 126 a BGB nicht genügen. Das Bundesdatenschutzgesetz sieht vor, dass nur bei Vorliegen besonderer Umstände, bei denen eine andere Form angemessen ist, von der Schriftform abgewichen werden darf (§ 4 a Abs. 1 Satz 3, 2. Halbs. BDSG). Wann solche Umstände gegeben sind, kann nur nach dem

---

<sup>377</sup> Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr vom 13.07.2001, BGBl. I, S. 1542.

<sup>378</sup> Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturgesetz – SigG) vom 16.05.2001, BGBl. I 876.

Prinzip der Verhältnismäßigkeit entschieden werden. Die Ausnahmevorschrift ist allerdings nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen restriktiv anzuwenden<sup>379</sup>. Folglich kann es angemessen sein, von den Anforderungen der „elektronischen Form“ als Surrogat der Schriftform abzuweichen, also sogenannte „einfache“ elektronische Einwilligungen zuzulassen. Zwar wird die Nutzung des Internet als ein besonderer Umstand für das Abweichen von der Schriftform angesehen, jedoch hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes im Jahre 2001 die ihm bekannten Regelungen des Teledienstedatenschutzgesetzes (TDDSG)<sup>380</sup> und des Mediendienste-Staatsvertrages<sup>381</sup> zur elektronischen Einwilligung bewusst nicht übernommen. Somit hat er zum Ausdruck gebracht, dass die Nutzung des Internet kein besonderer Umstand ist, der im Bereich der Einwilligung nach dem Bundesdatenschutzgesetz ein Abweichen von der Schriftform rechtfertigen könnte. Darüber hinaus werden die durch die Schriftform verfolgten Zwecke nicht durch ungesicherte elektronische Erklärungen – etwa eine einfache E-Mail – erreicht. Beispiele für das Vorliegen besonderer Umstände, die ein Abweichen von der Schriftform des § 4 a Abs. 1 Satz 3 BDSG rechtfertigen, sind die Eilbedürftigkeit der Datenverarbeitung<sup>382</sup>, die Unmöglichkeit der Einhaltung der gesetzlichen Form<sup>383</sup> oder die dro-

---

<sup>379</sup> LG Darmstadt, RDV 1999, 28 (29); Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 43.

<sup>380</sup> Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstesdatenschutzgesetz – TDDSG) vom 22. 07. 1997, BGBl. I 1870, 1871, i.d.F. vom 14.12.2001, BGBl. I 3721.

<sup>381</sup> Staatsvertrag über Mediendienste (Mediendienste-Staatsvertrag – MDSStV) vom 20.01.1997, HmbGVBl. 1997, S. 253.

<sup>382</sup> Wie z.B. in medizinischen Notfällen – siehe z.B. Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 4 a Rdnr. 13; oder bei dem Wunsch der betroffenen Person nach sofortiger Ausführung eines telefonischen Auftrags – siehe Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 44.

<sup>383</sup> Wenn sich z.B. der Betroffene im Ausland aufhält und die Einwilligung für die Durchführung eines Geschäfts erforderlich ist, an dem der Betroffene Interesse hat – Alexander Rossnagel, Datenschutz bei Praxisübergabe, NJW 1989, 2303 (2304); oder bei telefonischen Meinungsumfragen – Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 4 Rdnr. 13.

hende Zweckverfehlung<sup>384</sup>. Zudem macht § 4 a Abs. 2 BDSG für den Bereich der wissenschaftlichen Forschung eine Ausnahme.

(dd) Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Einwilligungserklärung „im äußeren Erscheinungsbild hervorzuheben“ ist, sofern sie mit anderen Erklärungen schriftlich oder elektronisch erklärt werden (§ 4 a Abs. 1 Satz 4 BDSG).

### **(e) Formulareinwilligung**

Für Einwilligungserklärungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt nach § 305 c Abs. 1 BGB, dass sie keine versteckten oder überraschenden Klauseln enthalten dürfen, und nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass sie sich an dem gesetzlichen Leitbild des Bundesdatenschutzgesetzes orientieren müssen. Danach dürfen die Erklärungen, die sich auf alle Phasen der Datenverarbeitung beziehen können, nicht unausgewogen sein, nicht von der Einhaltung bestimmter Schweigepflichten oder Berufsgeheimnisse befreien<sup>385</sup>, keine zu weitgehenden Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung ermöglichen und nicht von gesetzlichen Beschränkungen oder Interessenabwägungen befreien. Entspricht die Einwilligung diesen Anforderungen nicht, wird sie von der Rechtsprechung für unwirksam erklärt<sup>386</sup>, so dass eine Formulareinwilligung bei Verstoß gegen die §§ 305 c Abs. 1, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Datenverarbeitung nicht rechtfertigen kann.

---

<sup>384</sup> So z.B. bei Geschäftsbeziehungen von längerer Dauer, bei denen es nicht vertretbar erscheint, bei jeder neuen Datenverarbeitung eine neue schriftliche Einwilligung zu verlangen – Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 4 Rdnr. 13.

<sup>385</sup> OLG Düsseldorf, RDV 1995, 246 f.

<sup>386</sup> BGHZ 95, 362 (367 f.); OLG Düsseldorf, VuR 1995, 353; OLG Frankfurt, DuD 1999, 232 f.

## **(f) Widerruf der Einwilligung**

Die Betroffenen können die Einwilligung jederzeit widerrufen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Widerruf der Einwilligung nicht mit dem allgemeinen Widerspruchsrecht des Betroffenen nach § 35 Abs. 5 BDSG identisch ist. Danach hat der Betroffene das Recht, einer Verarbeitung seiner Daten zu widersprechen, die nicht durch Rechtsvorschrift vorgeschrieben ist.

Der Widerruf einer Einwilligung kann naturgemäß erst für die Zukunft Wirkung entfalten. Zudem kann ein Widerruf negative Folgen für den Betroffenen haben, wenn z. B. ein Vertragsverhältnis nicht oder zu schlechteren Konditionen fortgeführt wird. Zwar enthält das Bundesdatenschutzgesetz kein ausdrückliches Widerrufsrecht, jedoch wird dieses mit Wirkung für die Zukunft allgemein anerkannt; es wird lediglich in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Daten verarbeitende Stelle bereits mit der Verarbeitung oder Nutzung der Daten begonnen hat<sup>387</sup>. Zudem ist der Widerruf der Einwilligung nicht an eine besondere Form gebunden, so dass auch ein elektronischer Widerruf der Einwilligung möglich ist<sup>388</sup>.

## **(2) Zulässigkeit der Einwilligung im Hinblick auf die Bewertung und Analyse personenbezogener Daten sowie die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen**

Fraglich ist, ob eine Einwilligung nach § 4 a BDSG im Hinblick auf die Bewertung und die Analyse von personenbezogenen Daten sowie der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen rechtlich zulässig ist. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass die Möglichkeit der Einwilligung in vielen Fällen nicht der Entscheidungsprärogative der betroffenen Person obliegt, sondern die verantwortliche Stelle auf Grund ihrer

---

<sup>387</sup> So Schaar, MMR 2001, 644 (647).

<sup>388</sup> Schaar, MMR 2001, 644 (647).

Machtposition ihre Verarbeitungswünsche ohne Rücksicht auf die individuelle Situation des Betroffenen durchsetzt, indem sie ihre Einwilligung „erzwingt“<sup>389</sup>. Die Einwilligung ist somit vielfach „Schlüssel zu einem nahezu unbegrenzten, von allen ansonsten zu beachtenden gesetzlichen Schranken befreiten Zugang zu den (...) jeweils gewünschten Angaben“<sup>390</sup> und Verarbeitungsformen. Die Einwilligung ratifiziert demnach Verarbeitungserwartungen des Datenverarbeiters, auf die die betroffene Person weder Einfluss hat noch haben kann. Folglich kann die freie Selbstbestimmung durch Einwilligung leicht zur Fiktion werden<sup>391</sup>.

Ein Rechtsschutzverzicht ist nur dort rechtlich wirksam, wo die Rechtsordnung dem Geschützten die Preisgabe seiner Güter erlaubt<sup>392</sup>. Der Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht findet seine Grenzen, wo es nicht zur Disposition des Einzelnen steht. Eine entsprechende Einwilligung wäre dann beispielsweise gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen nichtig<sup>393</sup>. Das Selbstbestimmungsrecht soll nach *Auernhammer* im Bereich des Datenschutzes dann nicht anzuerkennen sein, wenn „seine Ausübung einen Verzicht auf den unantastbaren Kernbereich bedeutet, ohne den der Mensch seine Aufgabe als sittliche Person nicht mehr erfüllen kann, wo die persönliche Integrität uneingeschränkt zur Disposition des an den

---

<sup>389</sup> BGH, JZ 1986, 185 ff. mit Anm. Simitis.

<sup>390</sup> Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 20.

<sup>391</sup> Claus Henning Schapper/Peter Dauer, Die Entwicklung der Datenschutzaufsicht im nicht-öffentlichen Bereich (I), RDV 1987, 169 (170) m.w.N.; Claus Henning Schapper/Peter Dauer, Kartellrecht und Datenschutz: Das Spannungsverhältnis am Beispiel der SCHUFA, CR 1987, 497 (500).

<sup>392</sup> Man denke etwa an die rechtfertigende Einwilligung im Strafrecht, wo z.B. das höchstpersönliche Rechtsgut des Lebens als unverzichtbar angesehen wird (vgl. § 216 StGB).

<sup>393</sup> Die direkte Anwendung von § 134 BGB setzt voraus, dass man die Einwilligung als Willenserklärung betrachtet. Vgl. zur Diskussion um die Rechtsnatur der Einwilligung entweder als Willenserklärung oder als Realakt einerseits Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 4 Rdnr. 28; andererseits Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 4 Rdnr. 11.

Daten Interessierten gestellt ist, die Verarbeitung seiner Daten dem Betroffenen jede Möglichkeit nimmt, über die eigene Entwicklung selbst entscheiden zu können<sup>394</sup>. Die Analyse und Bewertung von personenbezogenen Daten, also mithin die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen betrifft einen Bereich, in dem der Einzelne keine Möglichkeit hat, auf den weiteren Ablauf der Datenverwendung Einfluss zu nehmen<sup>395</sup>.

Für die Zulässigkeit der Bewertung und Analyse sowie die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen könnte im Falle einer wirksamen Einwilligung sprechen, dass der Dateninhaber durch seine Einwilligung sein Selbstbestimmungsrecht in der Weise ausübt, dass er auf den rechtlichen Schutz verzichtet. Nach dieser Sichtweise würde der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung, der auch im Falle einer Einwilligung vorliegt, durch die Einwilligung als Ausdruck der individuellen Selbstbestimmung gerechtfertigt werden, eine Grundrechtsverletzung läge nicht vor<sup>396</sup>. Man könnte deshalb argumentieren, dass deren rechtliche Nichtberücksichtigung ihrerseits einen unzulässigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, eine Bevormundung des Bürgers, bedeute. Zudem muss sich die gesetzliche Umgehung der Selbstbestimmung auf deren Schutz und Förderung beschränken. Ist sichergestellt, dass die betroffene Person umfassend über die beabsichtigte Datenverarbeitung informiert ist und tatsächlich frei in sie einwilligt, muss die Einwilligung im Ergebnis grundsätzlich die Datenverarbeitung rechtfertigen können. Der Ausschluss der Einwilligung sollte demnach auf gravierende Gefährdungen der Selbstbestimmung beschränkt bleiben. Im Falle einer den Anforderungen genügenden Einwilligungserklärung wäre daher die Verarbeitung von

---

<sup>394</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 4 Rdnr. 9, 37; Podlech/Pfeifer, RDV I 998, 139 (140) m.w.N.

<sup>395</sup> Wittig, RDV 2000, 59 (63).

<sup>396</sup> Insofern wäre die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzusehen, vgl. z.B. Podlech/Pfeifer, RDV 1998, 139 (151).

Daten zu Marketingzwecken *im Hinblick auf diejenigen, die der Verarbeitung zugestimmt haben*, als zulässig anzusehen.

### **cc) Die Erlaubnisnorm des § 28 BDSG**

Liegt eine Einwilligung nicht vor, hängt es von der Erfüllung eines speziellen Erlaubnistatbestandes ab, ob und inwieweit der Rechtsanwalt Daten verarbeiten darf. Die Zulässigkeit der Erhebung, Speicherung, Veränderung und Nutzung von Daten für eigene Zwecke ist in § 28 Abs. 1 BDSG geregelt. Eine Verarbeitung (vgl. § 3 Abs. 4 BDSG) ist hiernach im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertrages oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses erlaubt, soweit es zur Wahrung der Interessen der speichernden Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt werden. Dabei ist § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG im Verhältnis des Rechtsanwalts zum Mandanten anwendbar; für die Verarbeitung von Daten Dritter kann dagegen nur die Regelung des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG einschlägig sein, da hier ein Vertragsverhältnis gerade nicht besteht.

### **(1) Erlaubnis der Datenverarbeitung gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG**

Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ist die Datenverarbeitung zulässig, wenn sie sich im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen hält. Anders als noch in § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG 1977 wird die Erhebung personenbezogener Daten nunmehr von § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG erfasst. Dies wurzelt darin, dass die Datenschutzrichtlinie unter dem Begriff der „Verarbeitung“ im Unterschied zum Bundesdatenschutzgesetz 1977 auch die Tatbestände der Erhebung und der Nutzung erfasst (Art. 2 b der Datenschutzrichtlinie).

Bei der Erhebung personenbezogener Daten sind aber die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen (§ 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG). Nach § 28 Abs. 2 BDSG dürfen Daten für einen anderen Zweck nur unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr. 2 und 3 übermittelt oder genutzt werden. Überdies regelt Absatz 3, wann die Übermittlung oder Nutzung für einen anderen Zweck zulässig ist.

(a) Was die Frage des Vorliegens eines Vertragsverhältnisses oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses angeht, sei auf die oben zu § 6a gemachten Ausführungen verwiesen.

(b) Im Rahmen der Vorschrift ist von Bedeutung, ob die Datenverarbeitung innerhalb der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses liegt. Die Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses ergibt sich aus den übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragsparteien<sup>397</sup>, nicht etwa aus einseitigen Vorstellungen der speichernden Stelle. Sie ist in Zweifelsfällen im Auslegungswege aus dem Inhalt der Willenserklärungen zu ermitteln. Diesbezüglich kommt der auch für die nicht-öffentlichen Stellen geltende Zweckbindungsgrundsatz der Datenverarbeitung zum Ausdruck, vgl. Art. 6 Abs. 1 b) der Datenschutzrichtlinie. Ob die Datenverarbeitung sich im Rahmen der Zweckbestimmung hält, ist für jede Phase und Form der Datenverarbeitung gesondert festzustellen. Zwar enthält Art. 6 Abs. 1 b) der Datenschutzrichtlinie ein nicht allzu enges Verständnis des Zweckbindungsgrundsatzes: Die Datenverarbeitung muss nicht auf den Zweck beschränkt sein, sondern mit ihm vereinbar sein. Demgegenüber ist nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Bundesdatenschutzgesetzes der Umgang mit personenbezogenen Daten nur zulässig, wenn er der Zweckbestimmung des Vertrags- oder Vertrauensverhältnisses mit

---

<sup>397</sup> So auch Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 28 Rdnr. 80; Gallwas u.a., Bundesdatenschutzgesetz, 1986, § 23 Rdnr. 4.

dem Betroffenen *dient*. Hierin zeigt sich, daß der Maßstab des Zweckbindungsgrundsatzes im Bundesdatenschutzgesetz im Vergleich zur Datenschutzrichtlinie strenger ist. Der Zweckbestimmung des Rechtsverhältnisses *dienen* nur die datenschutzrechtlichen Maßnahmen, die für den Zweck des Rechtsverhältnisses erforderlich sind. Hierbei sind bereits bei der Erhebung personenbezogener Daten die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen (§ 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG). Ein Ausnahmekatalog zum Zweckbindungsgrundsatz findet sich in § 28 Abs. 2 und 3 BDSG. In Betracht zu ziehen ist vorliegend nur das in § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG genannte Listenprivileg, das vorliegend jedoch nicht ausreicht, da der Anwalt regelmäßig über die im Listenprivileg genannten Datengruppen hinausgehende Informationen erhält.

(c) Bei elektronischer Datenverarbeitung sieht das Bundesdatenschutzgesetz eine besondere Zweckbindung noch für den Fall vor, dass die geschützten Rechtsverhältnisse unter anderem einem besonderen Berufs- oder Amtsgeheimnis unterfielen (§ 39 BDSG). Normadressat ist jedoch nicht die Stelle, die dem Berufs- oder Amtsgeheimnis verpflichtet ist, sondern diejenige, an die der Geheimnispflicht unterliegende Daten – ausnahmsweise – übermittelt wurden. Mithin ist die besondere Zweckbindung im Rahmen der anwaltlichen Datenverarbeitung nicht zu berücksichtigen, da der Rechtsanwalt einerseits nicht Normadressat der Vorschrift ist und andererseits es sich nicht um die datenschutzrechtlich relevante Maßnahme des Übermittels bei der Datenverarbeitung zu Marketingzwecken handelt.

Da mithin weder das Listenprivileg noch § 39 BDSG anwendbar sind, wird durch den Vertragstyp und die insoweit im einzelnen vereinbarten Rechte und Pflichten der Parteien bestimmt, welche Daten im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertrages erhoben und gespeichert werden dürfen. Gewisse Basisdaten können somit grundsätzlich erhoben und gespeichert werden. Dazu gehören die Daten

des Vertragspartners, die Daten über den wesentlichen Inhalt des Vertrages und die zur Kontrolle der ordnungsgemäßen Abwicklung erforderlichen Daten<sup>398</sup>. Das im Rahmen der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses bestehende Informationsinteresse, das die Erhebung, Speicherung usw. der Daten rechtfertigt, kann auch bei fortbestehendem Vertragsverhältnis wieder entfallen<sup>399</sup>. Bei vertragsähnlichen Vertrauensverhältnissen werden vor allem die tatsächlichen äußeren Umstände zur Feststellung der Zweckbestimmung heranzuziehen sein. Im Rahmen der Zweckbestimmung liegt der Umgang mit geschützten Daten, wenn er mit dem Vertragsverhältnis oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang steht<sup>400</sup>, ihm dient, oder es fördert. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Abschluss, Durchführung oder Erfüllung eines solchen Rechtsverhältnisses die Kenntnis der zu speichernden Daten erfordert<sup>401</sup>. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist im jeweiligen Einzelfall individuell nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB) festzustellen<sup>402</sup>. So wird etwa die Erhebung und Speicherung von Daten über die Kreditfähigkeit, also über Vermögen, Einkommen, Verbindlichkeiten sowie Vorstrafen wegen Vermögens- und Eigentumsdelikten von der Zweckbestimmung eines Kreditantrages gedeckt sein. Dabei richtet sich der zulässige Umfang der Speicherung von Daten nach der Kreditsumme und dem Bestehen besonderer Kreditrisiken<sup>403</sup>.

(d) Der Vertrag eines Rechtsanwalts mit seinem Mandanten ist in der Regel als bürgerlich-rechtlicher Dienstvertrag mit dem Inhalt einer

---

<sup>398</sup> Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 20.

<sup>399</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 25.

<sup>400</sup> Vgl. Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 28 Rdnr. 79.

<sup>401</sup> Ähnlich Gallwas u.a., Bundesdatenschutzgesetz, 1986, § 23 Rdnr. 5.

<sup>402</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 II Rdnr. 12.

<sup>403</sup> Vgl. auch Gallwas u.a., Bundesdatenschutzgesetz, 1986, § 23 Rdnr. 6 ff., 59 ff.; Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 20 f.; Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 II Rdnr. 13.

Geschäftsbesorgung<sup>404</sup> gem. §§ 611, 675 BGB zu qualifizieren. Dauermandatsverhältnisse werden als reiner Dienstvertrag eingestuft; Verträge über Gutachten- oder Auskunftstätigkeiten sind Werkverträge im Sinne des § 631 BGB<sup>405</sup>. Ob im Einzelfall ein Anwaltsvertrag mit der anwaltstypischen Verpflichtung, dem Auftraggeber rechtlichen Beistand zu leisten (§ 3 Abs. 1 BRAO) vorliegt, hängt vom Inhalt der Aufgabe ab, die dem Rechtsanwalt übertragen wird und von diesem durchzuführen ist. Die Rechtsberatung und -vertretung muss nicht der Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit sein. Ein Anwaltsvertrag kann sich auch auf „anwaltsfremde“ Tätigkeiten erstrecken, falls diese in einem engen inneren Zusammenhang mit der rechtlichen Beistandspflicht stehen. Davon abzugrenzen sind Tätigkeiten, bei denen die rechtliche Betreuung völlig in den Hintergrund tritt und deswegen als unwesentlich erscheint. Lässt die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls die positive Feststellung nicht zu, ob ein Anwaltsvertrag vorliegt oder nicht, so ist im Zweifel anzunehmen, dass derjenige, der die Dienste eines Rechtsanwalts in Anspruch nimmt, ihn auch in dieser Eigenschaft beauftragen will, weil er erwartet, dass der Rechtsanwalt bei seiner Tätigkeit auch die rechtlichen Interessen des Auftraggebers wahrnehmen werde<sup>406</sup>. Wurde ein dahingehender Anwaltsvertrag noch nicht abgeschlossen, so handelt es sich um ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und dem durch die Datenverarbeitung betroffenen Klienten.

(e) Für die Beurteilung der Zulässigkeit der anwaltlichen Datenverarbeitung ist die Zweckbestimmung des Anwaltsvertrages oder des vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses von besonderer Bedeutung. Die Grundpflichten des Anwaltsvertrages (vgl. § 241 Abs. 2

---

<sup>404</sup> BGH, NJW 1999, 1715 = AnwBl 1999, 554.

<sup>405</sup> Hans Putzo, in: Palandt, BGB, 2002, Einführung vor § 611 Rdnr. 21.

<sup>406</sup> BGH, NJW 1998, 3486 m.w.N.

BGB<sup>407</sup>) bestehen aus der Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung, der Beratungs- und Belehrungspflicht, der Pflicht zur Wahl des sichersten Weges<sup>408</sup> und der Rechtsprüfungspflicht<sup>409</sup>. Der Rechtsanwalt ist somit verpflichtet, die Ansprüche umfassend und sorgfältig in jeder Richtung und ohne jeden Rechtsirrtum zu sichern, wobei die Auffassung der Rechtsprechung ausschlaggebend ist. Aus diesen dem Anwaltsvertrag zugrundeliegenden Grundpflichten ergibt sich die Zweckbestimmung des Vertrages oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses, so dass der Rechtsanwalt personenbezogene Daten nur im Rahmen der anwaltstypischen Verpflichtung, seinem Auftraggeber Rechtsbeistand zu leisten, erheben, speichern, verändern und – subsidiär – nutzen darf. Dazu gehören sowohl die Daten des Mandanten als auch die des Prozessgegners, so dass diesbezüglich eine Einwilligung des am Vertrag zwischen Betroffenen und datenspeichernder Stelle nicht beteiligten Dritten nicht erforderlich ist<sup>410</sup>. Somit sind Daten nur zu dem Zweck zu bearbeiten, der bei der Beschaffung vorgesehen oder nach den Umständen ersichtlich war<sup>411</sup>.

Fraglich ist hiernach, ob die Datenverarbeitung zum Zwecke des datenbankgestützten Marketing innerhalb der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandanten liegt. Hierzu sind Ziel und Funktionsweise des datenbankgestützten Marketing von Bedeutung: Das Interesse des Rechtsanwalts geht dahin, vom Mandanten und über den Mandanten erlangte Informationen in eine Datenbank einzustellen, um die Daten zu analysieren und zu

---

<sup>407</sup> § 241 Abs. 2 BGB enthält eine gesetzliche Grundregelung der Grundpflichten der Vertragsparteien eines Schuldverhältnisses, die es bisher nicht in dieser Form gab. Bei einer Verletzung dieser Pflichten ist insbesondere an den Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zu denken, der die bisher gesetzlich nicht geregelten Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung (pVV) und cic erfasst.

<sup>408</sup> Max Vollkommer, *Anwaltshaftungsrecht*, München 1989, Rdnr. 179 ff.

<sup>409</sup> BGH, *VersR* 1959, 638 (641); BGH, *VersR* 1967, 704; BGH, *NJW* 1967, 105 (107); BGH, *NJW* 1974, 1865.

<sup>410</sup> Simitis, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, *Bundesdatenschutzgesetz*, 1992, § 28 Rdnr. 83 ff.

<sup>411</sup> Bruno Baeriswyl, *Datamining und Datawarehousing: Kundendaten als Ware oder geschütztes Gut?*, *RDV* 2000, 6 (7).

bewerten, mithin Persönlichkeitsprofile zu erstellen, um sodann geeignete Maßnahmen in Bezug auf Mandantenbindung und -akquisition zu ergreifen. Es wird sehr schnell deutlich, dass ein dergestaltiger Umgang mit Informationen nicht innerhalb der Zweckbestimmung eines Anwaltsvertrages oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses liegen kann, da der (potentielle) Mandant diesen Einsatz seiner Daten nicht zu erwarten braucht. Die Zweckbestimmung des Vertrages oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant wird durch die oben genannten Grundpflichten des Anwaltsvertrages geprägt, so dass § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG keine Zulässigkeitsnorm für die anwaltliche Datenverarbeitung zum Zwecke des datenbankgestützten Marketing bietet.

Datenbankgestütztes Marketing könnte jedoch aufgrund der Sonderregelungen nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 BDSG zulässig sein. Diese erfassen auch solche Fälle, in denen zwar ein Rechtsverhältnis existiert, die Tatbestandsmerkmale des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG aber nicht erfüllt sind<sup>412</sup> (vgl. auch § 28 Abs. 2 BDSG als Ausnahme zum Zweckbindungsgrundsatz). Somit ist im folgenden zu klären, ob die Datenverarbeitung sowohl von Mandanten- als auch von Nichtmandantendaten zum Zwecke des datenbankgestützten Marketing nach den § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 BDSG zulässig ist.

## **(2) Erlaubnis der Datenverarbeitung gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG**

Nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG ist die speichernde Stelle bei der Beschaffung von Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen nicht zu einer Einzelfallprüfung verpflichtet, es sei denn, ein schutzwürdiges Gegeninteresse läge jedenfalls als Möglichkeit auf der

---

<sup>412</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 Rdnr. 17.

Hand<sup>413</sup>. Die herrschende Meinung versteht diese Zulässigkeitserleichterungen als Konsequenz aus dem Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs.1 Satz 1, 2. Halbs. GG)<sup>414</sup>. Wer sich aus allgemein zugänglichen Quellen unterrichten darf, dem muss es grundsätzlich auch gestattet sein, die dort zugänglichen Daten zu speichern. Die verfassungsrechtliche Literatur<sup>415</sup> und die Datenschutzliteratur verstehen unter allgemein zugänglichen Quellen Informationsquellen, „die sich sowohl ihrer technischen Ausgestaltung als auch ihrer Zielsetzung nach dazu eignen, einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis Informationen zu vermitteln<sup>416</sup>. Öffentlich zugängliche Quellen (etwa Grundbuch- und Handelsregisterauszüge oder Veröffentlichungen in Zeitungen) sind daher immer auch „allgemein zugänglich“ in diesem Sinne.

Auch wenn die Datenschutzrichtlinie eine dem § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG entsprechende Privilegierung nicht vorsieht, ist diese Vorschrift, die für die Werbewirtschaft von erheblicher Bedeutung ist, nicht als europarechtswidrig anzusehen. Sie stellt eine Konkretisierung der in Art. 7 f) der Datenschutzrichtlinie geforderten Interessenabwägung dar<sup>417</sup>. Sofern der Rechtsanwalt somit Daten aus allgemein zugänglichen Quellen erlangt und diese im Rahmen des datenbankgestützten Marketing verarbeitet, ist § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG bezüglich Mandanten und bezüglich Dritter einschlägig. Ein datenbankgestütztes Marketing ausschließlich auf der Grundlage allge-

---

<sup>413</sup> Vgl. Erwin Dörr/Dietmar Schmidt, Neues Bundesdatenschutzgesetz: Handkommentar, 2. Auflage, Köln 1992, § 28 Rdnr. 32.

<sup>414</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 Rdnr. 25; Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 133.

<sup>415</sup> Vgl. Wendt, in: von Münch/Kunig, GG, 2000, Art. 5 Rdnr. 23; Herzog, in: GG, 2001, Art. 5 Rdnr. 87, 90 f.

<sup>416</sup> Spiros Simitis, in: ders./Ulrich Dammann/Otto Mallmann/Hans-Joachim Reh, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, Baden-Baden 1981, § 23 Rdnr. 83; ebenso BVerfGE 27, 71 (73).

<sup>417</sup> So Georg Wronka, Auswirkungen der EU-Datenschutzrichtlinie auf die Werbung - Eine praxisbezogene Zusammenfassung, RDV 1995, 197; a.A.: Ulrich Würmeling, Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie, DB 1996, 663 (666).

mein zugänglicher Daten wird aber in der Regel nur sehr eingeschränkten Nutzen bringen.<sup>418</sup>

### **(3) Erlaubnis der Datenverarbeitung gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG**

Die Zulässigkeitsalternative des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG gestattet den Umgang mit personenbezogenen Daten für eigene Geschäftszwecke, „soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt“.

(a) Wann ein berechtigtes Interesse der speichernden Stelle zu bejahen ist, wird im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet. Die überwiegende Literaturmeinung, an die sich die Rechtsprechung anlehnt, definiert das berechtigte Interesse als „ein nach vernünftiger Erwägung durch die Sachlage gerechtfertigtes, also ein tatsächliches Interesse, das wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein kann“<sup>419</sup>. Demnach muss Gegenstand des berechtigten Interesses ein Zweck sein, dessen Verfolgung vom gesunden Rechtsempfinden gebilligt wird. Berechtigtes Interesse kann daher jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse sein<sup>420</sup>.

(b) Wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist, darf sie nur im jeweils erforderlichen Umfang erfolgen. Dies gilt aus verfassungsrechtlichen Gründen auch für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung im nicht-öffentlichen Bereich. Der Erforderlichkeitsgrundsatz bezieht sich nach Art. 7 b) bis f) der Datenschutzrichtlinie auf alle Erlaubnistatbestände der Datenverarbeitung ohne Ein-

---

<sup>418</sup> Hinweis auf „Sachverhalt“

<sup>419</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 Rdnr. 18.

<sup>420</sup> Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 85.

willigung der betroffenen Person, also auch auf jede Datenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich. In der durch das Bundesdatenschutzgesetz umgesetzten Regelung muss gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG die Erhebung, Speicherung und die sonstige legitimierte Verwendung zur Wahrung der berechtigten Interessen nicht nur dienlich, sondern erforderlich im verfassungsrechtlichen Sinne sein. Dies bedeutet, dass die berechtigten Interessen auf andere Weise nicht angemessen gewahrt werden können. Die Erforderlichkeit ist nicht gegeben, wenn die Interessen auch ohne die Kenntnis der personenbezogenen Informationen gewahrt werden können<sup>421</sup>. Jedoch würde es eine Überinterpretation bedeuten, wenn der Grundsatz der Erforderlichkeit im Sinne einer „zwingenden Notwendigkeit“ verstanden würde; vielmehr geht es um ein bei vernünftiger Betrachtung zu bejahendes Angewiesensein auf das in Frage stehende Mittel<sup>422</sup>. Somit ist eine Datenverarbeitung grundsätzlich gerechtfertigt, wenn diese ein geeignetes Mittel ist, für das es keine zumutbare Alternative gibt<sup>423</sup>. Die Voraussetzung der Erforderlichkeit im vorgenannten Sinne bedeutet also nicht, dass die Speicherung oder weitere Verwendung in gegebenenfalls automatisierter Form aus technischen, wirtschaftlichen, organisatorischen oder sonstigen Gründen schlechterdings unverzichtbar sein müsste – ein solcher Sachverhalt wäre fast nie gegeben und die betreffende Regelung des Bundesdatenschutzgesetzes hätte keine praktische Bedeutung. Das Merkmal der Erforderlichkeit ist schon dann erfüllt, wenn nach den Gesamtumständen die Wahl einer anderen Informationsmöglichkeit oder der Verzicht hierauf nicht sinnvoll oder unzumutbar wäre<sup>424</sup>. Somit führt das Erforderlichkeitsprinzip zu folgenden Begrenzungen einer an sich zulässigen Datenverarbeitung:

---

<sup>421</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 Rdnr. 18.

<sup>422</sup> Wolfgang Zöllner, Datenschutzrechtliche Aspekte der Bankauskunft, ZHR 149, 179 (191).

<sup>423</sup> Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 110; Klaus Tiedemann, Datenübermittlung als Straftatbestand, NJW 1981, 945 (949).

<sup>424</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 34.

- Es dürfen nur die Daten verarbeitet werden, die für das Erreichen des Zwecks unabdingbar sind. Dies bedeutet, dass eine Datenverarbeitung auf Vorrat nicht erlaubt ist. Eine vorsorgliche Datenverarbeitung für künftige Zwecke ist ebenso unzulässig wie die Verarbeitung von üblicherweise benötigten Daten, die im Einzelfall jedoch nicht erforderlich sind<sup>425</sup>.

- Die Datenverarbeitung ist auf die für das Erreichen diesen Zwecks notwendigen Phasen zu beschränken. Beispielsweise ist eine Speicherung der Daten dann zulässig, wenn eine Erhebung der Daten nicht ausreicht. Eine Übermittlung ist dann erlaubt, wenn die Kenntnisnahme des Dritten unverzichtbar ist.

- Die Datenverarbeitung darf in dem Zeitraum erfolgen, in dem sie zur Zweckerreichung notwendig ist. Nach Art. 6 Abs. 1 e) der Datenschutzrichtlinie sollen die Daten nicht länger in einer Form aufbewahrt werden, die eine Identifizierung der betroffenen Person ermöglicht, als dies für die Realisierung der Zwecke notwendig ist, für die sie erhoben oder verarbeitet werden<sup>426</sup>. Hieraus ergibt sich die Forderung nach frühestmöglicher Löschung der Daten<sup>427</sup>. Erfordern gesetzliche Vorschriften die Aufbewahrung der Daten zu anderen Zwecken, sind die Daten zu anonymisieren oder, wenn der Personenbezug herstellbar sein muss, zu pseudonymisieren. Sofern dies im Einzelfall erforderlich ist, kann der Personenbezug wieder hergestellt werden.

Ein Personenbezug darf nur in dem Umfang hergestellt oder aufrecht erhalten werden, in dem er für das Erreichen des Zwecks unver-

---

<sup>425</sup> BVerfGE 65, 1 (46); Geiger, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 13 Rdnr. 26 m.w.Nw.

<sup>426</sup> BVerfGE 65, 1 (51).

<sup>427</sup> BVerfGE 100, 313 (362). Anstatt Löschung können die Daten auch mit einem Verwertungsverbot belegt werden. Zu prüfen ist, ob ihre Aufbewahrung für den Rechtsschutz der betroffenen Person nicht notwendig ist – BVerfGE 100, 313 (364 f.).

zichtbar ist. Auch diese Begrenzung ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 e) der Datenschutzrichtlinie. Sie hat zwei Ausprägungen: Einerseits sind Daten im Verarbeitungsprozess so früh wie möglich zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren, um so bald wie möglich ihren Personenbezug zu beseitigen. Andererseits sind Daten, soweit dies für die Zweckerfüllung möglich ist, von Anfang an in anonymer oder pseudonymer Form zu verarbeiten.

(c) Die Verarbeitung der Daten ist jedoch bei Vorliegen der geschilderten Vorgaben nur zulässig, wenn kein Grund zur Annahme besteht, dass entgegenstehende schutzwürdige Interessen des Betroffenen überwiegen. Mit dem Begriff der „schutzwürdigen Interessen“ stellt das Gesetz zunächst seinem Schutzziel nach § 1 Abs. 1 BDSG entsprechend auf Begriffe wie „Privat-, Intim- oder Vertraulichkeitssphäre“ ab, die Synonyme für das auf den Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG beruhende „informationelle Selbstbestimmungsrecht“<sup>428</sup> des einzelnen Betroffenen bilden<sup>429</sup>. Jedoch können auch andere Gesichtspunkte, wie z. B. mit der Verarbeitung zu befürchtende wirtschaftliche oder berufliche Nachteile ein solches – der Verarbeitung entgegenstehendes – schutzwürdiges Interesse begründen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfaßt auch den wirtschaftlichen Ruf und die freie Lebensgestaltung in beruflicher Beziehung<sup>430</sup>.

(d) Inwieweit die an sich schutzwürdigen Interessen des Betroffenen gegenüber den ebenfalls erforderlichen berechtigten Interessen der speichernden Stelle oder des Empfängers von Daten vorrangig sind, kann nur im Rahmen einer Interessenabwägung ermittelt werden<sup>431</sup>. Ziel einer Interessenabwägung ist es, den Schutz der Persönlich-

---

<sup>428</sup> BVerfG 65, 1.

<sup>429</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 35; Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 85 ff.

<sup>430</sup> Vgl. Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 88 ff.

<sup>431</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 36

keitssphäre zu gewährleisten, ohne die mit der Automatisierung für Bürger, Staat und Wirtschaft verbundenen Erleichterungen stärker als nötig zu beschneiden. Somit muss ausgelotet werden, wie die Beeinträchtigung und die Schutzwürdigkeit der Interessen im Hinblick auf die Gesamtumstände einschließlich der Belange der speichernden Stelle zu gewichten sind<sup>432</sup>. Der Bundesgerichtshof hat hierzu erkannt: „Der wertausfüllende Begriff der „schutzwürdigen“ Belange verlangt eine Abwägung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen und des Stellenwertes, den die Offenlegung und Verwendung der Daten für ihn hat, gegen die Interessen der speichernden Stelle und der Dritten, für deren Zweck die Speicherung erfolgt. Dabei sind Art, Inhalt und Aussagekraft der beanstandeten Daten an den Angaben und Zwecken zu messen, denen ihre Speicherung dient. Nur wenn diese am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichtete Abwägung, die die speichernde Stelle vorzunehmen hat, keinen Grund zur Annahme bietet, dass die Speicherung der in Frage stehenden Daten zu dem damit verfolgten Zweck schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt, ist die Speicherung zulässig“<sup>433</sup>. Diese Aussagen müssen auch hinsichtlich der übrigen datenschutzrechtlich relevanten Maßnahmen gelten.

(e) Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG muss der Anwalt nicht im einzelnen prüfen, ob schutzwürdige Interessen tatsächlich verletzt sind. Er hat eine summarische Prüfung dahingehend durchzuführen, ob nicht schutzwürdige Belange betroffen sein können<sup>434</sup>. Erforderlich ist eine Interessenabwägung zwischen den Belangen der speichernden Stelle und denen der betroffenen Person<sup>435</sup>, das heißt sowohl des Mandanten als auch sogenannter Dritter.

---

<sup>432</sup> Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 28 Rdnr. 36

<sup>433</sup> BGH, NJW 1986, 2505 = RDV 1986, 81 = DB 1986, 855.

<sup>434</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 28 Rdnr. 19.

<sup>435</sup> Redeker, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 3 Rdnr. 32.

Dabei stellt die Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG den Anwalt vor schwer zu lösende Aufgaben<sup>436</sup>. Der „eigene Geschäftsgegenstand“ – die Führung von Mandaten – besteht in der Wahrnehmung fremder Interessen. Die dabei stattfindende Informationsverwendung ist, was ihren sachlichen Gehalt betrifft, von der Berater- und Vertreterfunktion im Sinne des § 3 BRAO nicht abtrennbar. Sie ist somit nach Inhalt und Umfang an den Interessen, auch an den Weisungen, des Mandanten auszurichten. Demgegenüber erlaubt § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG den Umgang mit personenbezogenen Daten nur „zur Wahrung der Interessen der verantwortlichen Stelle“; Drittinteressen bleiben unerwähnt. Vorliegend handelt es sich aber beim Umgang mit Daten zu Marketingzwecken um eigene Interessen des Anwalts, nicht um die des Mandanten, so dass sich die aufgezeigte Problematik in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt nicht stellt.

Es bleibt daher bei der Prüfung, ob wirtschaftliche Interessen des Anwalts gegenüber den Interessen des Betroffenen überwiegen. Bevor jedoch eine umfassende Güterabwägung erfolgen kann, ist zu fragen, ob nicht bereits der die Führung von Handakten regelnde § 50 BRAO eine Erlaubnisnorm für die anwaltliche Datenverarbeitung darstellt und wie sich diese Norm zu den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetz es verhält.

#### **dd) § 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 BRAO als spezielle Erlaubnisnorm für die Erhebung und Speicherung von personenbezogenen Daten**

Für den datenverarbeitenden Rechtsanwalt kommt neben den Erlaubnistatbeständen des Bundesdatenschutzgesetzes lediglich noch § 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 BRAO als Erlaubnis-Sondernorm in Frage,

---

<sup>436</sup> So Rüpke, Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 28.

nachdem oben die Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes gem. § 1 Abs. 3 BDSG im Verhältnis zu § 50 BRAO bereits bejaht worden ist.

Legt man den im Rahmen dieser Prüfung gefundenen Handaktenbegriff zugrunde, so ergibt sich aus § 50 BRAO das Recht, Informationen in die Handakte aufzunehmen, die über den Minimalinformationsgehalt einer den Anforderungen des § 50 Abs. 1 BRAO genügenden Akte hinausgehen und alle im Zusammenhang mit dem Mandat anfallenden Daten gem. § 50 Abs. 5 BRAO auch zu speichern. Den Regelungen der §§ 50 Abs. 1, 50 Abs. 5 BRAO kommt somit datenschutzrechtliche Relevanz zu.

Das Speichern solcher Daten in Dateien, die üblicherweise Eingang in die Handakte gefunden hätten, ist ein Sachverhalt, der mehrere Normen, nämlich § 50 Abs. 1 BRAO und §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 1. BDSG berührt. Das Nebeneinander der Regelungen des § 50 Abs. 1 BRAO und der §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-3 BDSG berührt einen Bereich, der bislang nur im Strafrecht und – abgeschwächt – im Zivilrecht bedeutsam war, nämlich den der Normenkonkurrenz.

### **ee) Normenkonkurrenz**

Der Wortlaut des § 50 Abs. 1 BRAO begründet eine Verpflichtung, nämlich Handakten in bestimmtem Umfang zu führen. Im Wege des Umkehrschlusses folgt aus § 50 Abs. 1 und Abs. 5 BRAO, dass der Verpflichtung insoweit auch eine entsprechende Berechtigung folgen muss, so dass die oben genannten Normen die gleiche Frage regeln. Die Rechtsfolgen beider Normen widersprechen sich aber, so dass das Verhältnis zueinander zu bestimmen ist. Das Verhältnis dieser Normen zueinander scheint durch § 4 Abs. 1 BDSG vorgegeben.

Anders als bei der Übermittlung von Daten, die dem Anwaltsgeheimnis unterfallen<sup>437</sup> und für die das Bundesdatenschutzgesetz sich gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 ausdrücklich für unanwendbar erklärt, bleibt es hinsichtlich des übrigen Umgangs mit Daten in Dateien bei der Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG). Das Bundesdatenschutzgesetz tritt gem. § 4 Abs. 1, 2. Alt. BDSG dann zurück, wenn andere Rechtsvorschriften des Bundes auf personenbezogenen Daten anzuwenden sind. Diese Subsidiaritätsanordnung kann auf Grund der Allgemeinheit ihrer Aussage nicht anders gedeutet werden als ein gesetzlich angeordneter Vorrang der *lex specialis*. Dabei geht es nicht um einen Fall „echter“ Spezialität, die voraussetzt, dass der Tatbestand der Spezialnorm alle Merkmale der allgemeineren Normen plus mindestens ein zusätzliches Merkmal enthält<sup>438</sup>. Vielmehr überschneiden sich hier zwei Normen, so dass durch Auslegung zu ermitteln ist, welche Norm die andere verdrängt<sup>439</sup>. Damit lautet die hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 50 Abs. 1, 5 BRAO beziehungsweise der §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-3 BDSG entscheidende Frage, welches Gesetz beziehungsweise welche Norm hinsichtlich der Regelung des vorliegenden Sachverhalts die höhere Spezialität aufweist.

*Rüpke*<sup>440</sup> vertritt die Ansicht, dass eine Speicherberechtigung aus § 50 Abs. 1 und 5 BRAO nur insoweit folgen könne, wie auch die Pflicht zur Führung der Handakten reiche. Würde man insoweit keine Spezialität des § 50 Abs. 1 BRAO annehmen, sei eine Verpflichtung auf Grund eines Bundesgesetzes gegeben, der wegen der Regelung eines anderen Bundesgesetzes, des Verbots in § 4 Abs. 1 BDSG, nicht nachgekommen werden könne. Entscheidend sei somit die

---

<sup>437</sup> Vgl. dazu oben bei § 203 StGB.

<sup>438</sup> Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin 1983, S. 256, 257.

<sup>439</sup> Vgl. zur Spezialitätsprüfung bei Normüberschneidung: BVerwG, DÖV 1978, 406 (407) mit Anm. Jarras.

<sup>440</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 13.

Reichweite der Speicherverpflichtung auf Grund der Handaktenregelung.

Die Pflicht zur Führung von Handakten bezieht sich nach dem oben Gesagten nur darauf, ein geordnetes Bild über die entfaltete Tätigkeit zu geben. Es müssen also nicht alle Informationen in die Akte aufgenommen werden, die aufgenommen werden könnten, um die anwaltliche Tätigkeit vollumfänglich, qualitativ besser widerzuspiegeln. § 50 Abs. 1, 5 BRAO lässt über den Pflichtinhalt der Handakte hinaus auch eine weitergehende Aufnahme von Informationen zu<sup>441</sup>. Nach der Ansicht *Rüpkes* wäre also zu unterscheiden zwischen dem zulässigerweise gespeicherten Mindestinhalt der Handakte und einem – den Bestimmungen des § 28 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 1 BDSG unterworfenen – über den Mindestumfang hinausgehenden Inhalt. Fraglich ist, ob eine bestimmte Abgrenzung hinsichtlich des von § 50 Abs. 1, Abs. 4 BRAO gemeinten Umfangs des Pflichtinhalts möglich ist. Auch *Rüpke* erkennt an<sup>442</sup>, dass eine solche Abgrenzung kaum realisierbar erscheint. Die Notwendigkeit der Trennung zwischen dem Pflichtinhalt und dem über den Mindestumfang hinausgehenden Inhalt begründet er damit, dass der Gesetzgeber des Berufsrechts keine Veranlassung hatte, eine Speicherberechtigung zu normieren, da sich ein entsprechender Regelungsbedarf erst später ergeben habe<sup>443</sup>. Damit stellt er mit der subjektiven Auslegungstheorie<sup>444</sup> auf den Willen des historischen Gesetzgebers ab. Diese Auslegung ist jedoch keinesfalls zwingend. Wohl herrschend<sup>445</sup> ist die objektive Auslegungstheorie, wonach der objektive Sinn des Gesetzes zu er-

---

<sup>441</sup> Feuerich/Braun, BRAO, 2000, § 50 Rdnr. 7 m.w.N.

<sup>442</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 13.

<sup>443</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 12.

<sup>444</sup> Vgl. Gerhard Hassold, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes - subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung, ZZP 1994 (1981), 192 (194).

<sup>445</sup> BVerfGE 1, 312; 10, 244; 62,4 5; BGHZ 46, 74; 49, 221.

mitteln ist<sup>446</sup>, denn der historische Wille des Gesetzgebers lässt sich in dem Rahmen gar nicht feststellen oder ist durch Änderung der Lebensverhältnisse bald überholt<sup>447</sup>. Bei der Ermittlung des objektiven Normsinns ist davon auszugehen, dass das Gesetz eine zweckmäßige, vernünftige und gerechte Regelung treffen will<sup>448</sup>, wobei auch die Rechtsordnung, die die auszulegende Norm umgibt, bei der Auslegung zu berücksichtigen ist<sup>449</sup>. Zu beachten sind daher zunächst die in dem geregelten Sachverhalt selbst vorbezeichneten Grundlinien einer Regelung sowie die der Rechtsordnung immanenten Prinzipien<sup>450</sup>. Insoweit verbieten die Grundsätze des allgemeinen Gleichheitssatzes, der Einheit der Rechtsordnung und die Grundsätze verfassungskonformer Auslegung<sup>451</sup> Widersprüche zwischen Normzwecken. Maßgeblich bleiben die allgemeinen Auslegungsansätze nach dem Wortsinn, dem Bedeutungszusammenhang, der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Norm<sup>452</sup>, die gleichberechtigt nebeneinander stehen und sich gegenseitig ergänzen.

### **(1) Teleologische Auslegung**

Der Zweck der Handakte liegt darin, die Tätigkeit des Anwalts widerzuspiegeln<sup>453</sup>. Somit kann er den Ablauf eines Mandats jederzeit überblicken und sie ermöglicht es ihm, gem. §§ 675, 666 BGB dem Auftraggeber die geschuldeten Auskünfte und Nachrichten zu geben. Mit Hilfe der Handakten kann der Rechtsanwalt auch nachweisen,

---

<sup>446</sup> Gerhard Hassold, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Claus-Wilhelm Canaris/Uwe Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983 (FS Larenz), S. 211 (229).

<sup>447</sup> Helmut Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002, Einleitung vor § 1 Rdnr. 34.

<sup>448</sup> RGZ 74, 69, (72).

<sup>449</sup> Hassold, in: FS Larenz, 1983, S. 211 (229).

<sup>450</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983, S. 315 ff.

<sup>451</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983, S. 315 ff., insbesondere S. 329.

<sup>452</sup> Heinrichs, in: Palandt, BGB, 2002, Einleitung vor § 1 Rdnr. 35.

<sup>453</sup> Feuerich/Braun, BRAO, 2000, § 50 Rdnr. 1.

was er für seine Mandanten unternommen hat<sup>454</sup>. Soll dieser Zweck vollumfänglich erfüllt werden, so muss dem Anwalt die Möglichkeit gegeben werden, seine Akten auch vollständig zu führen. Würde nun die Berechtigung zur Speicherung nur in gleichem Umfang wie die *Pflicht* zur Anlegung der Handakte bestehen, so bedeutete dies eine inhaltliche Unterscheidung bei der Datenarchivierung, denn Daten Dritter könnten dann in Dateien nur gespeichert werden, wenn die engen Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG vorlägen. Dies wiederum widerspräche dem Normzweck des § 50 Abs. 5 BRAO. Diese Bestimmung stellt ausdrücklich klar, dass zu den Handakten nicht nur Schriftstücke zu rechnen sind, sondern auch elektronische Dateien, derer sich der Rechtsanwalt anstelle überkommener Akten bedient<sup>455</sup>. Dateien und Schriftstücke sollen danach ausdrücklich gleich behandelt werden, was sowohl durch die Wortwahl „anstelle“ als auch durch den Ausdruck der „überkommenen“ Akten in der Gesetzesbegründung belegt wird. Diese Diktion lässt nur darauf schließen, dass hier eine Anpassung der Gesetzeslage an den technischen Fortschritt gewollt war. Der angestrebten Gleichbehandlung liefe es aber zuwider, wenn inhaltlich unterschieden werden müsste, ob bestimmte Angaben elektronisch oder konventionell abgelegt werden dürfen. Beschränkt man den Sachverhalt allein auf die Speicherung der üblicherweise in der Handakte enthaltenen Information, nimmt man also den Bereich einer Mandantenanalyse an dieser Stelle noch aus, so ist der Normzweck des § 50 Abs. 5 BRAO nur dann voll zu verwirklichen, wenn der Anwalt das speichern darf, was er auch in Papierform hätte notieren und archivieren dürfen. Mithin muss davon ausgegangen werden, dass die Berechtigung zur Speicherung in Dateien mit der Berechtigung zur Ablage in den Handakten korrespondiert und nicht mit der Pflicht, Handakten zu führen.

---

<sup>454</sup> Feuerich/Braun, BRAO, 2000, § 50 Rdnr. 2.

<sup>455</sup> Vgl. den gleichlautenden Wortlaut der Gesetzesbegründung in: BT-Drucks. 12/4993, S. 31.

## (2) Systematische Auslegung

Die von *Rüpke*<sup>456</sup> lediglich angedeuteten systematischen Bedenken gegen eine solche Auslegung bestehen darin, dass damit Dritten Duldungspflichten auferlegt werden, ohne dass eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist. Das von ihm insoweit in Betracht gezogene Gewohnheitsrecht ist jedoch mit dem Hinweis auf die Neuartigkeit der informationsrechtlichen Konfliktlage abzulehnen. Auf der Grundlage seines Ergebnisses, wonach es bei der Anwendung des § 28 Abs. 1 BDSG verbleiben soll, soweit das Berufsrecht dem Anwalt die Speicherung nicht zur Pflicht macht, kommt das dargestellte, schwer zu lösende Problem der Reichweite der durch § 50 Abs. 1 BRAO begründeten Pflicht hinzu. Der darüber hinaus noch auftretende Konflikt mit § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, den *Rüpke* anspricht, versucht er über ein Institut der „informationsrechtlichen Stellvertretung“ zu lösen, das jedoch bei Daten Dritter ebenfalls scheitern muss, da sich die im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Vertretung erforderliche Bevollmächtigung nicht auf die Verarbeitung von nicht auf den Vollmachtgeber bezogenen Informationen erstrecken kann<sup>457</sup>.

Da damit eine Lösung des Konflikts auf einfachgesetzlicher Grundlage nicht möglich ist, kann *Rüpke* auf der Grundlage seiner Ansicht der Frage der Vereinbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes mit höherrangigem Recht nicht ausweichen<sup>458</sup>. Der Versuch, die einheitlich zu betrachtenden §§ 4 Abs. 1 und 28 BDSG dem „Verdikt der Verfassungswidrigkeit“<sup>459</sup> durch eine verfassungskonforme Auslegung zu entziehen, führt jedoch zu der Feststellung, dass eine solche

---

<sup>456</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 13.

<sup>457</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 27.

<sup>458</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 60.

<sup>459</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 107.

Interpretation eine tiefgreifende Umstrukturierung des § 28 BDSG beinhalten würde, die sogar soweit geht, dass das dominierende Prinzip des Bundesdatenschutzgesetzes, nämlich die Präponderanz der Interessen des Betroffenen, aufgegeben werden müsste<sup>460</sup>. Da eine solche „Verfälschung des gesetzgeberischen Konzepts“<sup>461</sup> im Wege der verfassungskonformen Auslegung nicht erfolgen kann, hält er die §§ 4 Abs. 1 und 28 BDSG für verfassungswidrig<sup>462</sup> und hinsichtlich der anwaltlichen Informationsverarbeitung für qualitativ teilnichtig<sup>463</sup>. Da eine nichtige Norm aber keine Wirkung entfaltet, kommt er auf diesem Wege im Ergebnis doch zur Unanwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes im Rahmen der anwaltlichen Informationsverarbeitung – dies wäre freilich ein Zustand, der nicht als verfassungsrechtlich vertretbare Lösung der informationsrechtlichen Konfliktlage angesehen werden kann. Die sich im Anschluss stellende Frage, auf welcher Rechtsgrundlage die Speicherung der Daten nun erfolgt, kann *Rüpke* demnach auch nur mit dem Hinweis auf „rechtspolitischen Handlungsbedarf“ beantworten. Die von *Rüpke* vertretene Ansicht führt daher nicht weiter. Vielmehr muss zunächst geklärt werden, welche schutzwürdigen Positionen dem Dritten überhaupt zustehen, wenn das Bundesdatenschutzgesetz auf Grund der angenommenen Teilnichtigkeit eine solche Position nicht mehr begründen kann. Gleichzeitig ist auch das Recht des Anwalts zu beleuchten, Informationen auch hinsichtlich Dritter zu verarbeiten. Zwischen beiden Polen besteht ein Spannungsfeld, dessen Verständnis für die Interpretation der Reichweite des § 50 BRAO ebenso wichtig ist wie für die nachfolgende Frage in welcher Weise der Anwalt Daten zu Marketingzwecken weiter nutzen darf.

---

<sup>460</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 109.

<sup>461</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 109.

<sup>462</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S.112.

<sup>463</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 167.

Im Folgenden soll daher auf die Funktion des Datenschutzes und die jeweiligen verfassungsrechtlichen Positionen eingegangen werden, um sodann die Frage beantworten zu können, ob eine Interpretation, die es § 50 erlaubt, das Datenschutzrecht zu verdrängen, überhaupt verfassungsgemäß wäre und zwar insbesondere vor dem Hintergrund, daß dann die weitere Verwendung der Daten, anders als im Bundesdatenschutzgesetz, nicht reglementiert wäre.

### **3. Funktion des Datenschutzrechts im verfassungsrechtlichen Kontext**

#### **a) Funktion des Datenschutzes im nicht-öffentlichen Bereich**

Das grundsätzliche Datenverarbeitungsverbot des § 4 Abs. 1 BDSG dient der Sicherung des informationellen Selbstbestimmungsrechts der betroffenen Bürger auch gegenüber Privaten<sup>464</sup>. Der Gesetzgeber nahm die Rechtsprechung zum Volkszählungsurteil zum Anlass, in Ausübung seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) den Umgang mit personenbezogenen Daten auch für den privaten Bereich zu regeln. Dazu zählen auch, nicht aber ausschließlich, die entsprechenden Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes.

Durch die *gesetzssystematische* Ausgestaltung des Bundesdatenschutzgesetzes *als Verbot mit Legalausnahmen* schränkt der Gesetzgeber die Handlungsautonomie der Betroffenen erheblich ein. Da Handlungen des Datenverarbeiters wiederum Grundrechtsschutz genießen, greifen die Datenschutzregelungen in den Schutzbereich

---

<sup>464</sup> Das Bundesdatenschutzgesetz gilt im nicht-öffentlichen Bereich nur für personenbezogene Daten, die unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden bzw. für Daten, die offensichtlich aus einer automatisierten Verarbeitung entnommen worden sind. Im Gegensatz dazu gilt es im öffentlichen Bereich uneingeschränkt auch für Daten in Akten und anderen Unterlagen.

der betreffenden Grundrechte ein, so dass sie sich an den Schranken dieser Grundrechte zu legitimieren haben. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts und der Schutz der unternehmerischen Informationsfreiheit stehen, da auf beiden Seiten Privatrechtssubjekte betroffen sind, in einem Spannungsverhältnis. Die in diesem Spannungsverhältnis zum Ausdruck kommende Grundrechtskollision muss verfassungskonform aufgelöst werden. Ausgangspunkt der Auflösung des Spannungsverhältnisses ist einerseits die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, wonach jedem grundsätzlich die Befugnis zusteht, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu entscheiden. Einerseits ist evident, dass auch privater Datenverarbeitung im elektronischen Zeitalter Grenzen zu setzen sind, andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass auch die Freiheit der Informationsverarbeitung ein für eine Privatrechtsgesellschaft konstituierender Wert ist<sup>465</sup>. Somit besteht ein dialektisches und wechselseitiges Spannungsverhältnis, das Freiheitssicherung einerseits und Freiheitsbeschränkung andererseits bedeutet, wobei zu berücksichtigen ist, dass es sich bei den Datenschutzregelungen nicht um Gesetze handelt, die beliebig politische Ziele befördern, sondern um Regelungen, die darauf abzielen, einen verfassungsrechtlichen Schutzauftrag zu erfüllen<sup>466</sup>. Die grundrechtlich geschützten Sphären des Datenverarbeiters und des von der Datenverarbeitung betroffenen sollen daher in der Folge näher betrachtet werden, nachdem zunächst die Regelungspflichten des zur Erfüllung des Schutzauftrages möglicherweise verpflichteten Gesetzgebers näher betrachtet worden ist.

---

<sup>465</sup> Zöllner, RDV 1985, 3 (4).

<sup>466</sup> Wolfgang Hoffmann-Riem, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998), 513 (525).

## b) Die Regelungspflicht des Gesetzgebers

Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verpflichten den Gesetzgeber, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit sie staatlicher Entscheidung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen<sup>467</sup>. Nicht die Kompetenznormen der Art. 70 ff. GG enthalten eine Verpflichtung an den Gesetzgeber, ein Gesetz zu erlassen, sondern diese können nur auf Grund von Verfassungsaufträgen, Verfassungsdirektiven und rechtsstaatlich-demokratischer Wesentlichkeitsvorbehalte begründet werden<sup>468</sup>. Wesentlichkeit in diesem Sinne ist in erster Linie Grundrechtswesentlichkeit. Dies gilt zwar nur für das grundrechtlich geprägte Verhältnis zwischen Bürger und Staat<sup>469</sup>, jedoch sind sie auch auf Entscheidungen zu erstrecken, die für andere grundlegende Verfassungsprinzipien Bedeutung haben<sup>470</sup>. Folglich hat der Gesetzgeber selbst zu entscheiden, welche Fragen normativ wesentlich sind, das heißt der Gesetzgeber hat die wesentliche normative Ordnung zu bestimmen, nicht aber die Einzelentscheidung<sup>471</sup>.

Die Befugnis des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner Daten zu bestimmen, ist kein absolutes Recht<sup>472</sup>. Wichtige Allgemeinwohlinteressen können für eine Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung streiten<sup>473</sup>. Solche Beschränkungen sind grundsätzlich zulässig, bedürfen aber einer (verfassungsgemäßen) gesetzlichen Grundlage<sup>474</sup>. Diese muss dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit genügen, indem sich

---

<sup>467</sup> BVerfGE 49, 89 (126) (st. Rspr.).

<sup>468</sup> Hans-Werner Rengeling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdB StR, Band IV: Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung, Heidelberg 1990, § 100 Rdnr. 8; Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 70 Rdnr. 54.

<sup>469</sup> BVerfGE 84, 212 (226).

<sup>470</sup> Degenhart, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 17. Auflage, Heidelberg 2001, Rdnr. 337.

<sup>471</sup> Degenhart, Staatsrecht I, 2001, Rdnr. 341.

<sup>472</sup> Tinnefeld/Ehmann, Einführung in das Datenschutzrecht, 1994, S. 34.

<sup>473</sup> BVerfGE 65, 1 (Volkszählung).

<sup>474</sup> BVerfGE 65, 1 (43 f.) (Volkszählung).

hieraus Voraussetzungen und Umfang der Beschränkungen für den Bürger klar und erkennbar ergeben. Ferner muss der Gesetzgeber bei seinen Regelungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten und angesichts der Gefährdungen durch die Nutzung der automatisierten Datenverarbeitung auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen treffen, die der Gefahr der Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken<sup>475</sup>. Der Gesetzgeber ist diesem Auftrag durch Erlass des Bundesdatenschutzgesetzes nachgekommen. Im Hinblick auf die Schutzrichtung ist jedoch das Verhältnis zwischen den Bürgern vom Verhältnis des Bürgers zum Staat zu unterscheiden.

### **c) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im nicht-öffentlichen Bereich**

Nach der Formulierung des Art. 1 Abs. 3 GG ist Grundrechtsverpflichteter ausschließlich der Staat im (vertikalen) Verhältnis zum Bürger. Private dagegen stehen sich in ihren Rechtsbeziehungen untereinander prinzipiell gleichberechtigt gegenüber; es gilt der Grundsatz der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG). Anders als der Staat, der sich nicht auf Grundrechte berufen kann, sind an diesem horizontalen Verhältnis zwei oder mehr Grundrechtsträger beteiligt. Damit stellt sich die Frage, ob die Grundrechte auch im Rechtsverkehr unter Privaten Geltung erlangen. Für diese Thematik wurde der Begriff der „Drittwirkung“ herausgebildet. Eine ausdrückliche unmittelbare Drittwirkung kennt das Grundgesetz nur in Art. 9 Abs. 3 GG; das Bundesverfassungsgericht hat sich aber im *Lüth-Urteil*<sup>476</sup> auch hierüber hinaus für eine *mittelbare Drittwirkung*<sup>477</sup> ausgesprochen. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Grundrechte als Teil

---

<sup>475</sup> BVerfGE 65, 1 (44) (Volkszählung).

<sup>476</sup> BVerfGE 7, 198 (Lüth).

<sup>477</sup> Daran anknüpfend: BVerfGE 25, 256; 73, 261 (269); vgl. auch BAG NJW 1987, 676.

einer objektiven Werteordnung, die für alle Bereiche des Rechts gilt<sup>478</sup>, auf die Rechtsbeziehungen von Privaten untereinander anwendbar sind. Auf Grundrechte kann sich der einzelne damit – abgesehen von Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG – im Verhältnis zu anderen Privaten zwar nicht unmittelbar berufen. Er kann also einen Dritten (insbesondere eine nicht-öffentliche Stelle i.S.v. § 2 Abs. 4 BDSG) unter Berufung auf sein eigenes informationelles Selbstbestimmungsrecht nicht absolut am Zugang zu bestimmten Daten oder der Aufbewahrung oder Verbreitung von Informationen hindern. Die Grundrechte wirken dennoch mittelbar – über wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Begriffe<sup>479</sup> und Generalklauseln des Privatrechts<sup>480</sup> – als „Einfallstore“. Als „Schlüssel“ ist somit eine zivilrechtliche Norm notwendig, z. B. „gute Sitten“ (§§ 138, 817, 819, 826 BGB), „Treu und Glauben“ (§§ 157, 162, 242 BGB) usw. Auch das Bundesdatenschutzgesetz enthält eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen und Abwägungsklauseln als „Einbruchsstellen“ für diese mittelbare Drittwirkung (u. a. §§ 9, 28, 29 und 30 BDSG: „angemessenes Verhältnis“, „Wahrung berechtigter Interessen“, „schutzwürdiges Interesse“ usw.). Folglich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 11. Juni 1991 betont, dass die mit dem Volkszählungsurteil aufgestellten Grundsätze auch auf den privaten Bereich ausstrahlen<sup>481</sup>. Somit ist auch im Zivilrecht im Grundsatz die Befugnis jedes einzelnen zu akzeptieren, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen<sup>482</sup>.

---

<sup>478</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>479</sup> Norbert Achterberg, Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsverboten, JZ 1976, 440.

<sup>480</sup> Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, 2001, Art. 1 III Rdnr. 132.

<sup>481</sup> BVerfGE 84, 192 (194).

<sup>482</sup> Gallwas, NJW 1992, 2785 (2788).

## d) Freiheit der Datenverarbeitung und verfassungsrechtliche Grenzen

Nach den dargelegten Grundsätzen ist der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beschränkt durch die Informationsfreiheit des Rechtsanwalts. Die Datenerhebung ist im Grundsatz vom Schutzbereich des Grundrechts auf Informationsfreiheit<sup>483</sup> nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 2 GG umfasst. Für die Datenübermittlung ist das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit<sup>484</sup> des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 1 GG zu berücksichtigen<sup>485</sup>. Das Gleiche gilt auch für „die kommunikativen Komponenten“ der Unternehmerfreiheit<sup>486</sup>, soweit sie als Bestandteile der Freiheit der Berufsausübung in Art. 12 Abs. 1 GG anerkannt sind. Anforderungen an die Datenverarbeitung oder gesetzlich zuerkannte Rechte betroffener Personen können die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigen.<sup>487</sup> Ähnliches gilt für den Schutz der Datenverarbeitung durch das Grundrecht auf Eigentum. Von der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, die auch als Unterfall der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG verstanden wird<sup>488</sup>, wird eine Unternehmer-

---

<sup>483</sup> Hans-Ulrich Gallwas, Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit, NJW 1992, 2785 (2787).

<sup>484</sup> Dieser Schutz wird überwiegend nur aufzählungsweise geltend gemacht - siehe z.B. Wolfgang Zöllner, Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und private Datenverarbeitung, RDV 1985, 1 (11); Ivo Geis, Individualrechte in der sich verändernden europäischen Datenschutzlandschaft, CR 1995, 171 (172); Michael Kloepfer, Datenschutz als Grundrecht: Verfassungsprobleme der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz, Königstein 1980, S. 12; Kloepfer, Geben moderne Technologien und die europäische Integration Anlass, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen?, Gutachten B für den 62. DJT 1998, S. 94 – ausführlicher Gallwas, NJW 1992, 2785 ff.

<sup>485</sup> Wolfgang Schulz, Verfassungsrechtlicher „Datenschutzbeauftragter“ in der Informationsgesellschaft - Schutzkonzepte zur Umsetzung informationeller Selbstbestimmung am Beispiel von Online-Kommunikation, Die Verwaltung 1999, 137 (148 f.).

<sup>486</sup> Zöllner, RDV 1985, 3 (11); Kloepfer, Datenschutz als Grundrecht: Verfassungsprobleme der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz, 1980, S. 12; Geis, CR 1995, 171 (172).

<sup>487</sup> Schulz, Verwaltung 1999, 137 (147).

<sup>488</sup> Zöllner, RDV 1985, 3 (11); Kloepfer, Datenschutz als Grundrecht: Verfassungsprobleme der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz, 1980, S. 12; Geis, CR 1995, 171 (172). Gallwas, NJW 1992, 2785 (2786), legt das Schwergewicht

freiheit zur Datenverarbeitung abgeleitet<sup>489</sup>. Diese Grundrechte sind daher nachfolgend im Hinblick auf die Mandantenanalyse zu prüfen.

### **aa) Meinungsäußerungs- und -verarbeitungsfreiheit**

Ausgangspunkt der Gewährleistung einer Mandantenbewertung durch Art. 5 Abs. 1 GG ist, dass anwaltliches Speichern von Informationen und deren interne Nutzung zum Zwecke des datenbankgestützte Marketing als solche noch keinen Bekanntgabecharakter haben, mithin (noch) nicht Meinungsäußerung gegenüber Mandanten oder sonstigen Personen sind. Selbstverständlich dienen diese Phasen der Information und Meinungsbildung auf Seiten des Anwalts. Zu prüfen ist demnach, ob datenbankgestütztes Marketing dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG unterfällt. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit als zwei gleichrangig nebeneinander stehende Grundrechte in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgt sind<sup>490</sup>. Im folgenden soll aber eine getrennte Betrachtung erfolgen. Begonnen wird mit der Meinungsäußerungs- und -verarbeitungsfreiheit obgleich die Reihenfolge im Kommunikationsablauf umgekehrt verläuft.

Als Kommunikationsgrundrecht beinhaltet Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. GG die „Vernehmbarkeit“ und das „Vernommen werden“. Zunächst ist hinsichtlich der Meinungsfreiheit zu berücksichtigen, dass es dem Informationsverarbeiter im Verhältnis zu anderen Personen möglich sein muss, sich durch eigene Wahrnehmung selbst ein Bild über eine Person zu machen und über dieses Bild auch mit

---

mehr auf die Informationsaufnahme und Kommunikation, die für die persönliche Entfaltung in einer Gesellschaft erforderlich ist.

<sup>489</sup> Kloepfer, Datenschutz als Grundrecht: Verfassungsprobleme der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz, 1980, S. 12; Zöllner, RDV 1985, 3 (4 ff.); Walter Schmitt Glaeser, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HdB StR), Band VI: Freiheitsrechte, Heidelberg 1989, § 129 Rdnr. 93; Anja Breinfeld, Berufsfreiheit und Eigentums garantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Berlin 1992, S. 18 ff.; Büser, BB 1997, 213 ff.

<sup>490</sup> BVerfGE 27, 71 (81); 27, 104 (108 f.).

anderen zu kommunizieren<sup>491</sup>. Die individuelle Meinungsbildung und der individuelle Meinungs Austausch, der zur Grundlage der Persönlichkeitsbildung gehört, ist somit durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. GG gedeckt<sup>492</sup>. Die Meinungsfreiheit in dem Sinne ermöglicht, wahre Behauptungen über andere Personen aufzustellen und zu verbreiten<sup>493</sup>. Grundsätzlich hiervon erfasst ist die Datenübermittlung. Jedoch erstreckt sich die Meinungsäußerungsfreiheit nicht auf alle Phasen und Formen der automatischen Datenverarbeitung und selbst bei der Datenübermittlung nur auf die Übermittlungsvorgänge, die meinungsrelevant sind<sup>494</sup>. Da aber eine datenbankgestützte Mandantenbewertung an sich keinen Bekanntgabecharakter besitzt, handelt es sich gerade nicht um Datenübermittlung, so dass ein diesbezüglicher Schutz ausfällt.

Fraglich ist demgegenüber, ob auch die Datenerhebung den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. GG genießt. Zu beachten ist, dass zum Datenschutz im engerem Sinne vor allem die Fragen der Datenspeicherung und der Weitergabe von Daten an andere als die erhebenden beziehungsweise speichernden Stellen gehören. Die negative Komponente des Art. 5 Abs. 1 GG bezieht sich dagegen nur auf eine bestimmte Art der Datenerhebung, nämlich auf die Datenerhebung auf Grund gesetzlicher oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Mitteilungspflichten<sup>495</sup>. Folglich unterfällt die Datenerhebung und die damit verbundene Speicherung auf Grund einer Mandantenbewertung nicht dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. GG.

---

<sup>491</sup> Der Einzelne hat kein allgemeines und umfassendes Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person. Insbesondere vermittelt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen nicht den Anspruch, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie er sich selbst sehe oder gesehen werden möchte. Siehe BVerfGE 101, 361 (380) unter Hinweis auf BVerfGE 82, 236 (269); 97, 125 (149); 97, 391 (403); 99, 185 (194).

<sup>492</sup> Gallwas, NJW 1992, 2785 (2787 f.).

<sup>493</sup> BVerfGE 99, 185 (196).

<sup>494</sup> Schulz, Verwaltung 1999, 137 (139 f.).

<sup>495</sup> Roman Herzog, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, München Stand: Juli 2001, Art. 5 Rdnr. 47.

## **bb) Informationsverarbeitungsfreiheit**

Die Mandantenbewertung könnte allerdings geschütztes Gut im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. GG sein. Gewährleistet wird danach die Freiheit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten.

Die Informationsfreiheit ist das Recht, sich selbst zu informieren<sup>496</sup>. Geschützt sind regelmäßig alle menschlichen Verhaltensweisen, die zur Aufnahme einer Information aus allgemein zugänglichen Quellen geeignet sind (Hören, Sehen, Lesen usw.)<sup>497</sup>. Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. GG gibt keinen Anspruch auf die Information anderer<sup>498</sup>. Das ist Gegenstand der Meinungsäußerungs- und -verarbeitungsfreiheit, der Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. und Satz 2 GG. Die Informationsfreiheit ist ein Abwehrrecht, das jede Art von rechtlicher oder faktischer Verhinderung oder Erschwerung der Aufnahme von Informationen untersagt<sup>499</sup>. Es hat keine irgendwie geartete leistungsrechtliche Dimension, insbesondere gibt es dem Einzelnen keinen Anspruch auf Errichtung einer allgemein zugänglichen Informationsquelle<sup>500</sup>.

Daher bietet die Informationsfreiheit keine Rechtsgrundlage für eine Erhebung personenbezogener Daten, soweit diese nicht auf eigener Wahrnehmung beruhen, nicht aus öffentlich zugänglichen Quellen stammen oder gar gegen den Willen der betroffenen Person gewonnen werden. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut, da der Begriff der „allgemeinen Zugänglichkeit“ unweigerlich einen Zugang

---

<sup>496</sup> BVerfGE 27, 71 (81).

<sup>497</sup> Walter Schmitt Glaeser, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit, Jura 1987, 567 (572).

<sup>498</sup> Glaeser, Jura 1987, 567 (572).

<sup>499</sup> Rudolf Wendt, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Auflage, München 2000, Art. 5 Rdnr. 28.

<sup>500</sup> BVerwG, DÖV 1979, 102.

durch jedermann, also einen öffentlichen Zugang impliziert<sup>501</sup>. Da auch die Verbreitung rechtswidrig erlangter Informationen in den Schutzbereich der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit fällt<sup>502</sup>, ist es unzutreffend, die rechtsgüterverletzende Beschaffung von Informationen von vornherein aus dem Schutzbereich der Informationsfreiheit auszuklammern<sup>503</sup>. Allerdings wird die Informationsfreiheit regelmäßig mangels allgemein zugänglicher Informationsquellen nicht einschlägig sein<sup>504</sup>. Die Informationsfreiheit endet dort, wo das berechnigte Abschirmungsinteresse oder informationelle Selbstbestimmungsrecht eines anderen beginnt<sup>505</sup>, so dass den Besonderheiten des Falles auf der Ebene der Schrankenregelung Rechnung getragen werden<sup>506</sup>. Regelungen, die der betroffenen Person die Autonomie über die Öffnung der Informationsquelle sichern, stellen keinen Eingriff in die Informationsfreiheit dar<sup>507</sup>.

Aus dem Gesagten lässt sich festhalten, dass eine Mandantenbewertung durch den Anwalt dann nicht den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. GG genießt, wenn er sich nicht aus allgemein zugänglichen Quellen unterrichtet.

### **cc) Berufsfreiheit**

Eine datenbankgestützte Mandantenbewertung könnte den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG genießen, soweit der Anwalt durch das datenbankgestützte Marketing seine Berufstätigkeit verfolgt.

---

<sup>501</sup> So auch Wendt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2000, Art. 5 Rdnr. 29.

<sup>502</sup> Wendt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2000, Art. 5 Rdnr. 29.

<sup>503</sup> So Wendt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2000, Art. 5 Rdnr. 29; a.A. Schmitt Glaeser, Jura 1987, 567 (572).

<sup>504</sup> Wendt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2000, Art. 5 Rdnr. 29.

<sup>505</sup> Gallwas, NJW 1992, 2785 (2787). Schon gar nicht begründet die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG etwa einen Anspruch für Auskunftsteien und Marketingunternehmen, sich über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinwegzusetzen – siehe z.B. Simitis, in: Simitis u.a., Bundesdatenschutzgesetz, § 1 Rdnr. 191 f.; Podlech/Pfeiffer, RDV 1998, 139 (143).

<sup>506</sup> BVerfGE 66, 116 (137 ff.).

<sup>507</sup> Schulz, Verwaltung 1999, 137 (149).

## **(1) Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG**

Entsprechend dem Zweck der Grundrechte, besonders essentiellen Freiheitsbereichen des menschlichen Lebens einen erhöhten Schutz zuteil werden zu lassen<sup>508</sup>, gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit der Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstelle sowie die Freiheit der Berufsausübung, von denen für die vorliegend zu behandelnde Frage des Schutzes der Informationsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG nur die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit von Bedeutung sind. Unter Beruf versteht man dabei jede erlaubte, auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient<sup>509</sup>.

## **(2) Geschützte Dimensionen der Berufsfreiheit**

(a) Geschützte Dimensionen der Berufsfreiheit sind einerseits die Wahl des Berufes und andererseits seine Ausübung. Mit der Berufswahl ist nicht nur der freie Willensentschluss als solcher gewährleistet, sondern zugleich dessen Manifestation durch die Aufnahme beziehungsweise die Beendigung der beruflichen Tätigkeit<sup>510</sup>. Dagegen beinhaltet die Berufsausübung alles, das mit der Berufstätigkeit als solcher zusammenhängt, also die Modalitäten, unter denen diese sich vollzieht. Umfasst werden davon auch die Mittel, die bei ihrer Ausführung eingesetzt werden<sup>511</sup>. Insgesamt werden von Art. 12 Abs. 1 GG alle Phasen eines beruflichen Werdegangs umfasst und es wird das Ziel einer möglichst unreglementierten beruflichen Betätigung angestrebt. In den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fällt

---

<sup>508</sup> Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), 414 (438); von Münch, Grundbegriffe des Staatsrechts, Band 1: Deutschlands Rechtslage, Grundrechtsordnung, Wirtschaftsverfassung, 3. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1984, Rdnr. 167.

<sup>509</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, 2001, Art. 12 Rdnr. 18.

<sup>510</sup> BVerfGE 7, 377 (397).

<sup>511</sup> Peter J. Tettinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 108 (1983), 92 (112).

daher auch die Leitung eines Unternehmens<sup>512</sup>. Diese umfasst das Tätigwerden nach außen ebenso wie die Investitions-, Produktions- und Wachstumsfreiheit<sup>513</sup>. Bezogen auf die einzelnen Komponenten der Unternehmertätigkeit ist grundsätzlich alles, was der Verfolgung des Unternehmenszweckes, letztlich also dem Erwerb und der Rentabilität dient, vom Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst<sup>514</sup>. Voraussetzung und damit Bestandteil der Unternehmerfreiheit ist auch das Recht zur Datenverarbeitung<sup>515</sup>. Ohne die Freiheit zur Erhebung, Speicherung, Nutzung und Übermittlung von Informationen ist eine effiziente Unternehmensleitung nicht möglich. Demzufolge kann ein Unternehmen nicht ohne Datenverarbeitung am Wettbewerb teilnehmen.<sup>516</sup>

Dieses Recht zur Datenverarbeitung kann aber inhaltlich nur soweit gehen, als Positionen Dritter nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Ein unbeschränktes Recht auf Informationsbeschaffung kann aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG nicht abgeleitet werden. Vielmehr gewährt Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG lediglich das Recht, staatliche Eingriffe in die Verarbeitung rechtmäßig erlangter Informationen abzuwehren. Soweit der durch die Datenverarbeitung Betroffene zustimmt, darf der Staat die Verwertung der Daten nicht verbieten; er kann allerdings flankierende Schutzbestimmungen erlassen, die sicherstellen, dass die Daten nur entsprechend ihrer Zweckbestimmung verwendet werden. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Staat die Verwertung nicht erlauben darf, soweit die durch die Datenverarbeitung Betroffenen in diese nicht eingewilligt haben.

---

<sup>512</sup> Allg. Meinung, vgl. BVerfGE 50, 290 (363).

<sup>513</sup> Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, 2001, Art. 12 Rdnr. 124.

<sup>514</sup> Ähnlich Walter Leisner, Differenzierungen nach Betriebsgröße – Grundrechtsprobleme bei Eingriff und Förderung gegenüber „größeren Betrieben“, DVBl 1989, 1025 (1029).

<sup>515</sup> Schmitt Glaeser, in: HdB StR VI, § 129 Rdnr. 89; Kloepfer, Datenschutz als Grundrecht: Verfassungsprobleme der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz, 1980, S. 12; Breitfeld, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – Verfassungsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Informationsordnung, 1992, S. 18 ff.

<sup>516</sup> Büser, BB 1997, 213 (214).

(b) In Anbetracht dessen ist für Berufe, deren Tätigkeit gerade in der Erhebung und Weitergabe von Informationen besteht, die Informationsfreiheit Grundlage der beruflichen Tätigkeit und deshalb vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG unmittelbar erfasst. Dies gilt z. B. für das Betreiben von Warndateien (Schufa, Auskunftsstelle für den Versicherungsdienst [AVAD]) oder von Handelsauskunfteien (Schimmelpfennig, Verein Creditreform)<sup>517</sup>. Aber auch für Unternehmen, die nicht unmittelbar von der Informationserhebung und -weitergabe „leben“ – zu diesen gehört auch die Anwaltskanzlei – kann diese Informationsfreiheit eine wesentliche Grundlage ihrer durch Art. 12 GG geschützten beruflichen Betätigung sein.

Um das wirtschaftliche Ziel zu sichern, müssen die mit der Leitung zusammenhängenden Entscheidungen eine möglichst hohe Richtigkeitsquote aufweisen. Dies kann wiederum nur erreicht werden, wenn ausreichend Informationen zur Verfügung stehen. Ohne die erforderlichen Informationen ist eine freie Entscheidung nicht möglich, da Handlungsalternativen nicht oder nicht vollständig erkannt werden können<sup>518</sup>. Ein Informationsbedürfnis besteht besonders im inneren Unternehmensbereich, da unternehmensinterne Faktoren vom Unternehmer beeinflusst werden können, während er auf das äußere Marktgeschehen nur reagieren kann.

Dabei kann nicht zwischen personenbezogenen Daten und reinen Betriebsdaten unterschieden werden. Sind damit Informationen als unerlässliche Grundlage einer effektiven Führung anzusehen, so kann dies nur bedeuten, dass die Befugnis zu deren Erhebung, Verarbeitung und Verwendung auch vom Gewährleistungsbereich der

---

<sup>517</sup> Breitfeld, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – Verfassungsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Informationsordnung, 1992, S. 18.

<sup>518</sup> Volker Hammer, Die künftige Informationsstruktur und das Grundrecht auf Information, in: Alexander Rossnagel (Hrsg.), Freiheit im Griff. Informationsgesellschaft und Grundgesetz, Stuttgart 1989, S. 49.

Berufsfreiheit umfasst ist<sup>519</sup>. Unterfällt nun das Recht zur Datenverarbeitung dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG so legt dies nahe, dass auch die datenbankgestützte Mandantenanalyse als Ausdruck der Informationsfreiheit den Schutz des Grundrechts genießt, wenn diese auf rechtmäßig erlangten Daten beruht und diese entsprechend ihrer Zweckbestimmung verwertet werden. Eine sinnvolle Ausübung der Berufsfreiheit des Anwalts wäre ansonsten nicht möglich.

Wird der Schutz einer solchen Mandantenbewertung des Anwalts nun sowohl durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 2 GG als auch durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet, stellt sich die Frage des Verhältnisses der beiden Vorschriften zueinander. Grundsätzlich besteht zwischen den beiden Grundrechten Idealkonkurrenz, wenn sich der Lebensbereich auf beide Grundrechte erstreckt<sup>520</sup>. Ist dagegen die Zielsetzung einer Maßnahme nur oder ganz überwiegend auf einen Schutzbereich gerichtet, so ist die Zulässigkeit allein nach dem betreffenden Grundrecht zu beurteilen, der Gewährleistungsinhalt des anderen aber zu berücksichtigen<sup>521</sup>. Vorliegend ist die Informationsbeschaffung des Anwalts aus allgemein zugänglichen Quellen durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 2 gewährleistet; das Recht zur Informationsverarbeitung rechtmäßig erlangter Daten gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geht hingegen weit darüber hinaus. Denn die Mandantenbewertung ist Bestandteil der „Unternehmensstrategie“ des Anwalts und betrifft daher nicht nur das Recht auf Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen, sondern in erster Linie das Recht, die legal erlangten Daten entsprechend der Zweckbestimmung auszuwerten und somit Rückschlüsse für die Strategie

---

<sup>519</sup> Breitfeld, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung– Verfassungsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Informationsordnung, 1992, S. 20; Schulz, Verwaltung 1999, 137 (147).

<sup>520</sup> Gubelt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Art. 12 Rdnr. 95; Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, 2001, Art. 12 Rdnr. 161.

<sup>521</sup> BVerfGE 85, 360 (382); Gubelt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Art. 12 Rdnr. 95.

der Anwaltskanzlei zu ziehen. Demzufolge ist die Mandantenbewertung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zu messen.

#### **dd) Eigentumsgarantie**

Eine datenbankgestützte Mandantenbewertung könnte darüber hinaus durch das in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht auf Eigentum geschützt sein.

(1) Eigentum ist nach *Rechtsprechung*<sup>522</sup> und *Literatur*<sup>523</sup> als vermögenswertes subjektives Recht eines Privaten zu verstehen, mithin nicht nur als Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches<sup>524</sup>. Das Grundrecht erstreckt sich nur auf das Erworbene, nicht aber auf die Tätigkeit des Erwerbens<sup>525</sup>. Folglich erfasst der Schutz auch das Sacheigentum an Produktionsmitteln. Demnach gilt der Schutz für Datenträger oder Datenverarbeitungssysteme und die auf ihnen befindlichen Datensammlungen<sup>526</sup>.

(2) Zudem umfasst der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG auch das *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, wodurch im Verbund mit Art. 12 GG das Unternehmen in funktionaler Hinsicht geschützt wird. Nicht einbezogen in diesen Schutz sind jedoch die „allgemeinen Gegebenheiten und Chancen, innerhalb deren der Unternehmer seine Tätigkeit entfaltet“<sup>527</sup>. Somit wird der Umgang mit Informationen, die zu einer geschäftlichen Tätigkeit gehören, vom eigentumsrechtlichen Schutz des Rechts am eingerichteten

---

<sup>522</sup> BVerfGE 24, 367 (396); BVerfGE 53, 257 (290).

<sup>523</sup> Albert Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1997, § 35 Rdnr. 13.

<sup>524</sup> Brun-Otto Bryde, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Art. 14 Rdnr. 11.

<sup>525</sup> Diese ist allein durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Siehe z.B. BVerfGE 30, 292 (335).

<sup>526</sup> Stefanie Petersen, Grenzen des Verrechtlichungsgebotes im Datenschutz, Münster 2000, S. 109.

<sup>527</sup> Wendt, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 14 Rdnr. 47; BGHZ 78, 41 (44 f.); ähnlich BVerfGE 45, 142 (173)

und ausgeübten Gewerbebetrieb erfasst, denn alle unternehmerischen Entscheidungen haben die Erhebung, Speicherung, Übermittlung und Nutzung einer Fülle von Informationen zur notwendigen Voraussetzung<sup>528</sup>. Demnach genießt die datenbankgestützte Mandantenanalyse durch den Rechtsanwalt auch den Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Aber auch dieser Schutz kann nur insoweit gelten, als der Anwalt rechtmäßig erlangte Daten verarbeitet.

## **II. Ergebnis**

Damit kann sich der Anwalt als Datenverarbeiter auf den Schutz der Grundrechte durch Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 Satz 1 GG berufen. Die Mandantenanalyse durch den Anwalt genießt als Ausdruck der Informationsfreiheit ebenso wie das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen verfassungsrechtlichen Schutz. Dies zeigt, daß in die Informationsgesellschaft ein formelles Verbot der Informationsverarbeitung nicht passt. Der datenverarbeitende Partner privater Rechtsbeziehungen ist selbst, wie dargestellt, Träger relevanter Grundrechtspositionen, die durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von der Datenverarbeitung Betroffener nicht auf Null reduziert werden<sup>529</sup>. Die direkte Anwendung des Volkszählungsurteils im nicht-öffentlichen Bereich kann daher nicht in Betracht kommen, denn die uneingeschränkte unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte würde zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der Privatautonomie führen und wäre grundrechtstheoretisch auch nicht haltbar.

Vor diesem Hintergrund ist die Grundsatzentscheidung des Bundesdatenschutzgesetzes zu Gunsten der durch die Verbotsnorm des § 4

---

<sup>528</sup> Breitfeld, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung– Verfassungsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Informationsordnung, 1992, S. 34.

<sup>529</sup> Zöllner, RDV 1985, 3 (11).

Abs. 1 zum Ausdruck kommenden Vorrangstellung des Persönlichkeitsschutzes bedenklich. Ist es dem Einzelnen nur ausnahmsweise erlaubt, sich über andere zu informieren, so verbleibt nur ein geringer Schutz seiner Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.

Deswegen eine Verfassungswidrigkeit anzunehmen, erscheint jedoch verfehlt. Es darf nämlich auch nicht verkannt werden, dass die Wahrnehmung der Grundrechte des datenverarbeitenden Anwalts nicht zur Schaffung eines „gläsernen Menschen“ oder zu einer „Katalogisierung der gesamten Persönlichkeit“<sup>530</sup> berechtigen. In diesem Fall muss auch der Schutz der Persönlichkeit unter Privaten vorrangig sein, wenn mit der Berufsausübung oder der Eigentumsnutzung eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts verbunden ist. Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der entsprechenden gesetzlichen Regelungen hat sich daher an dem Ziel zu orientieren, beide Grundrechtsverbürgungen zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen<sup>531</sup>. Die Literatur hat für die Abwägung zwischen beiden Positionen den Begriff „praktische Konkordanz“<sup>532</sup> entwickelt. In welche Richtung sich die Waage bei dieser Abwägung neigt, hängt dabei einmal davon ab, welches Grundrecht dem Datenverarbeitenden zur Seite steht. Die Gewichtung der für oder gegen den Datenverarbeiter streitenden Rechte determiniert darüber hinaus diejenigen Normen und Rechtsverhältnisse, die das Verhältnis der von der Datenverarbeitung Betroffenen regeln und mithin auch die Frage, welche datenschutzrechtlichen Normen bei der anwaltlichen Datenverarbeitung anzuwenden und wie diese zu interpretieren sind. Im Verhältnis der informationsrechtlichen Sondernormen des § 50 BRAO

---

<sup>530</sup> Vogelgesang, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 1987, S. 29 f.

<sup>531</sup> BVerfGE 35, 202 (225) (Lebach); 39, 1 (43) (Fristenlösung).

<sup>532</sup> Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999, Rdnr. 317 ff.; Hans D. Jarrass, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, München 2002, Vor Art. 1 Rdnr. 37 ff.

und § 28 BDSG ist somit entscheidend, welche Norm die jeweiligen Grundrechte des datenverarbeitenden Anwalts und des von der Datenverarbeitung betroffenen Dritten zu optimaler Wirksamkeit gelangen lassen.

§ 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 BRAO geht grundsätzlich von der Führung von Handakten aus, das heißt von der Erhebung und Speicherungen von Informationen. Dementsprechend konnte der Charakter dieser Norm als Erlaubnisnorm zur Datenverarbeitung festgestellt werden. Inhaltlich sollte dem Rechtsanwalt durch § 50 Abs. 5 BRAO gestattet werden, die Informationen der Handakte auch elektronisch zu speichern. Dabei spricht § 50 Abs. 5 BRAO ausdrücklich von der „Datenverarbeitung“. Inhaltliche Anforderungen an das interne Ordnungssystem bestehen weder im Hinblick auf die Papierakte noch im Hinblick auf deren elektronische Entsprechung. Nimmt der Anwalt also Daten gleich welcher Herkunft in die herkömmliche Handakte auf, steht dem weder das Bundesdatenschutzgesetz, noch § 50 Abs. 1 BRAO entgegen. Gleiches gilt, wenn er diese Informationen dazu benutzt, auf herkömmlichem Wege Schlüsse hieraus zu ziehen, die ihm wirtschaftlichen Nutzen versprechen. Wenn nun § 50 Abs. 5 BRAO die elektronische Entsprechung der Papierakte ist, ist dem Rechtsanwalt durch diese Norm auch erlaubt, die darin enthaltenen Informationen auszuwerten. Dies ist die konsequente Folge aus der „Spiegelbildlichkeit“ elektronischer und konservativer Aktenführung, wie sie § 50 Abs. 5 BRAO voraussetzt. Ist § 50 Abs. 5 nun aber als Verarbeitungsberechtigung zu verstehen, so ist nach den oben gefundenen Maßstäben der Spezialität diese Norm als für die anwaltliche Datenverarbeitung maßgeblich anzusehen. Ein Ausgleich der verfassungsrechtlichen Positionen des datenverarbeitenden Rechtsanwalts und der von dessen Auswertungen betroffenen Dritten wird damit allerdings nicht erreicht, so daß die durch § 50 BRAO vermittelte Erlaubnis verfassungskonform auszulegen ist. Zumindest in den Fällen, in denen mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung In-

formationen derart ausgewertet werden, dass sie in einen anderen Zusammenhang zu bringen sind, um so über die Speicherung der Einzeldaten hinaus Informationen zu erlangen, kann § 50 BRAO keine Ermächtigungsgrundlage für das Database Marketing sein.

Das im Rahmen des datenbankgestützten Marketings erforderliche systematische Auswerten einzelner, aus den Handakten gewonnener Daten erzeugt einen völlig neuen Kontext und verfolgt das alleinige Ziel der Kundenbewertung. Eine geordnete Mandatsführung, welche § 50 BRAO lediglich ermöglichen will, wird hierbei nicht einmal als Nebenzweck verfolgt. Berücksichtigt man weiter, daß durch die Nutzung datenbankgestützter Systeme zur Mandantenbewertung der Kernbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung berührt ist, führt eine Auslegung des § 50 BRAO als abschließende Informationsrechtliche Sondernorm der anwaltlichen Datenverarbeitung zu einer verfassungsrechtlich unerträglichen Bevorzugung wirtschaftlicher Interessen vor denen an Geheimhaltung persönlicher Sachverhalte.

Damit verbleibt es im Hinblick auf das Verändern und subsidiär auf das Nutzen personenbezogener Daten im Rahmen des Database Marketing bei den einschlägigen Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes. Die Norm des § 28 BDSG berücksichtigt die verschiedenen Interessen der Beteiligten im Rahmen der gesetzgeberischen Freiheit. Aufgrund der oben erkannten zu engen systematischen Ausgestaltung der allgemeinen Verbotsnorm des § 4 Abs. 1 BDSG ist die Legalausnahme des § 28 BDSG im Hinblick auf die wirtschaftlichen Interessen des Anwalts an der Datenverarbeitung allerdings weit zu interpretieren. Wirtschaftlichkeitsaspekte haben bei der Lösung so gut wie aller bedeutsamen Probleme des Datenschutzes durch das Bundesdatenschutzgesetz eine mehr oder weniger

große Rolle gespielt<sup>533</sup>. Diese können und müssen nach dem oben gesagten berücksichtigt werden, soweit die unternehmerischen Interessen eines Anwalts, seine Kanzlei kosteneffizient und somit erfolgreich zu führen, berechtigt sind. Wann dies der Fall ist, wird durch § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG definiert. Danach müsste die Erhebung, Speicherung usw. von personenbezogenen Daten zur Wahrung seiner Interessen erforderlich sein. Die Erforderlichkeit bemisst sich grundsätzlich danach, ob der Umgang mit Daten für irgendein konkretes Mandat erforderlich ist<sup>534</sup>. Jedoch geht es bei der Erhebung, Speicherung usw. von Daten sowohl des Mandanten als auch sogenannter Dritter zum Zwecke des datenbankgestützten Marketing um das klassische Problem der Vorratsspeicherung von Daten, die eventuell für spätere Mandate notwendig sind. Dies ist datenschutzrechtlich grundsätzlich unzulässig<sup>535</sup>. Dieses strikte Verbot der Sammlung personenbezogener Daten auf Vorrat darf nur ausnahmsweise – wie etwa für statistische Datensammlungen – und unter zusätzlichen Garantien durchbrochen werden. Demnach ist eine Erhebung, Speicherung usw. personenbezogener Daten zum Zwecke des datenbankgestützten Marketing zur Wahrung anwaltlicher Interessen nicht erforderlich.

Darüber hinaus gibt es durchaus Grund zu der Annahme, dass schutzwürdige Belange betroffener Personen die Datenverarbeitung in diesem Sinne nicht zulassen. Bei datenschutzrechtlichen Maßnahmen im Hinblick auf das datenbankgestützte Marketing ist ein Bereich betroffen, in dem der Einzelne keine Möglichkeit hat, auf den

---

<sup>533</sup> Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, Einf. Rdnr. 61.

<sup>534</sup> BVerfGE 65, 1 (47); Redeker, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 4 Rdnr. 68.

<sup>535</sup> Vgl. z.B. Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 2002, § 13 Rdnr. 4; Geiger, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 13 Rdnr. 6; Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 1993, § 13 Rdnr. 5, 6; kritisch Horst Ehmman, Prinzipien des deutschen Datenschutzrechts - unter Berücksichtigung der Datenschutz-Richtlinie der EG v. 24.10.1995 - (2. Teil), RDV 1999, 12 (19 ff.).

weiteren Ablauf der Datenverwendung Einfluss zu nehmen<sup>536</sup>. Welches Persönlichkeitsbild oder Persönlichkeitszerrbild in den Dateien privater Unternehmen, auch in den Dateien von Rechtsanwaltskanzleien, entsteht, liegt in dem von diesen eingesetzten Verfahren und ggf. der von diesen getroffenen Selektion. Neben dem die Datenverarbeitung stets begleitenden „Kontextverlust“, der regelmäßig mit einer Verkürzung des Informationsgehalts einhergeht<sup>537</sup>, besteht die Gefahr diskriminierender Einstufungen<sup>538</sup>. Weiterhin entsteht das Risiko, dass aus – unter Umständen sehr umfangreichen und viele Merkmale erfassenden – Datenbeständen für einzelne Lebensbereiche jederzeit beliebige Profile mit einer Vielzahl von Kategorisierungen zu unterschiedlichen Fragestellungen erstellt werden können<sup>539</sup>. Diese vielfältige Reproduzierbarkeit des Persönlichkeitsprofils bewirkt ein Ausgeliefertsein<sup>540</sup> und eine Fremdbeobachtung, die die Schutzpflicht des Staates gegenüber den informationellen Grundrechten herausfordern. Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht sowohl das Registrieren und Katalogisieren der ganzen Persönlichkeit<sup>541</sup> als auch das Anfertigen von Teilabbildern der Persönlichkeit gegen den Willen des Betroffenen als verfassungswidrig bezeichnet<sup>542</sup>.

Zieht man weiter in Betracht, daß die Beziehung des Rechtsanwalts zu seinem Mandanten durch ein besonderes, ebenfalls grundrechtlich abgesichertes Vertrauensverhältnis geprägt ist, eine Bewertung des Mandanten als „unrentabel“ aber den grundrechtlich verbürgten Anspruch auf rechtlichen Beistand vereiteln kann, so muss die Interessenabwägung zu Gunsten des durch die Datenverarbeitung Be-

---

<sup>536</sup> Wittig, , RDV 2000, 59 (63).

<sup>537</sup> Podlech/Pfeifer, RDV I 998, 139 (140) m.w.N.

<sup>538</sup> Astrid Breinlinger, Datenschutzrechtliche Probleme bei Kunden- und Verbraucherbefragungen zu Marketingzwecken, RDV 1997, 247 (252).

<sup>539</sup> Podlech/Pfeifer, RDV 1998, 139 (146).

<sup>540</sup> Walter Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241 (245).

<sup>541</sup> BVerfGE 27, 1 (6); siehe auch Adalbert Podlech, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band I Art. 1-20 (AK-GG), Neuwied-Darmstadt 1984, Art. 2 I Rdnr. 79, 83.

<sup>542</sup> BVerfGE 65, 1 (53 f.).

troffenen ausfallen. Das anwaltliche Interesse an der Datenverarbeitung zum Zwecke des datenbankgestützten Marketing hat demgegenüber zurückzutreten. Somit kann die anwaltliche Datenverarbeitung im Hinblick auf die Bewertung und Analyse vom und über den Mandanten erlangten Daten nicht auf die Vorschrift des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG gestützt werden. Die Verarbeitung von Daten im Rahmen des datenbankgestützten Marketings ist damit, da weitere Erlaubnisnormen nicht in Betracht kommen, als unzulässig anzusehen.

## **D. Kontrolle und Vollzug**

Steht somit fest, daß datenbankgestützte Mandantenanalysen nicht zulässig sind, stellt sich die Frage der Kontrolle des datenverarbeitenden Rechtsanwalts. Wie gezeigt, beinhalten Kundenanalyse- und -bewertungsmodelle besondere Risiken für die Privatsphäre der betroffenen Personen. Hierauf reagierte der Gesetzgeber mit § 4 Abs. 1 BDSG. Die Gesetzgebung vermag dennoch hier nur schwer eine Grenze zwischen dem Schutz des Einzelnen und der Informationsfreiheit zu ziehen. Ein Gesetz wird dem grundrechtlich verbürgten Datenschutz nicht gerecht, wenn in der Rechtswirklichkeit dessen Schutz nicht gewährleistet werden kann.

Der Frage einer wirksamen Kontrolle des Datenschutzes in der Anwaltskanzlei kommt daher besondere Bedeutung zu. Die besondere Stellung des Anwalts im System der Rechtspflege erfordert Instrumente der Datenschutzkontrolle, die hierauf abgestimmt sind. Es wird zu untersuchen sein, inwiefern sich hieraus Vollzugsdefizite ergeben und welche Rückwirkungen diese möglicherweise auf die Verfassungsmäßigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes haben.

### **I. Kontrollinstanzen in Bezug auf den datenverarbeitenden Rechtsanwalt**

#### **1. Betroffenenkontrolle**

Dem von der Datenverarbeitung Betroffenen steht gegenüber dem datenverarbeitenden Rechtsanwalt das Recht auf Benachrichtigung und Auskunft nach §§ 33 f. BDSG zu. Hinsichtlich der Benachrichtigungs- und Auskunftsansprüche hat allerdings die in § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und § 43 a Abs. 2 BRAO festgelegte Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwaltes Vorrang<sup>543</sup>, so dass die Anwendung der

---

<sup>543</sup> Vgl. § 33 Abs. 2 Nr. 3 BDSG, der Ausdruck des § 1 Abs. 3 BDSG ist.

§§ 33 f. BDSG grundsätzlich gegenüber dem Nichtmandanten vollständig ausgeschlossen ist<sup>544</sup>. Ein entsprechendes Ergebnis ist auch aus den Vorschriften des § 33 Abs. 2 Nr. 3 und § 33 Abs. 2 Nr. 7 BDSG herzuleiten. Zu berücksichtigen ist, dass der Prozessgegner im Zuge des Kontakts zwischen ihm und dem durch den Mandanten betrauten Anwalt Kenntnis vom Umgang mit „seinen“ Daten erlangen kann. Demgegenüber verfügen außenstehende Dritte nicht über entsprechendes Wissen. Auch ist eine Benachrichtigung durch die klaren Vorschriften des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und des § 43 a Abs. 2 BRAO eine solche Benachrichtigung ausgeschlossen<sup>545</sup>. Unberührt bleibt aber das besondere Auskunftsrecht nach § 6 a Abs. 3 BDSG, da dieses nicht in den strafrechtlichen Schutz durch § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB einbezogen ist. Jedoch läuft dieses Auskunftsrecht regelmäßig ins Leere, sofern der Mandant keine Kenntnis von der Speicherung und Verarbeitung seiner Daten erlangt, was als Regelfall unterstellt werden kann.

Der Mandant ist zwar gemäß § 33 Abs. 1 BDSG von der Speicherung der personenbezogenen Daten zu unterrichten, wenn diese erstmals für eigene Zwecke des Anwaltes, die nicht von dem Mandatsverhältnis umfasst werden, gespeichert werden. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Anwalt zum Zwecke der kanzlei-internen Bewertung seiner Mandatsstruktur eine Kosten-Nutzen-Analyse statistischer Auswertungen vornimmt<sup>546</sup>. Die Benachrichtigung kann aber beispielsweise schon durch einen Hinweis auf die Regelung des § 33 Abs. 1 BDSG auf dem Briefbogen der Kanzlei erfolgen oder es kann eine Einverständniserklärung des Mandanten auf dem Vollmachtsformular abgegeben werden<sup>547</sup>. Auch wenn die

---

<sup>544</sup> Zuck, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 3 Rn. 25; Redeker, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 4 Rn. 54 ff.

<sup>545</sup> Redeker, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 4 Rn. 56.

<sup>546</sup> Zimmer-Hartmann/Helfrich, CR 1993, 104 (109).

<sup>547</sup> Zimmer-Hartmann/Helfrich, CR 1993, 104 (109).

Benachrichtigung unterbleibt, entfällt die Benachrichtigungspflicht regelmäßig gem. § 33 Abs. 2 Nr. 3 BDSG, da der Mandant spätestens im Rahmen der Erstbesprechung von der Speicherung seiner Daten Kenntnis erlangt<sup>548</sup>. Zwar weiß der Mandant nicht sicher, daß seine Daten elektronisch gespeichert werden. Angesichts der heute allgemein verbreiteten Praxis der Datenverarbeitung und der Adressspeicherung wird man diese Kenntnis allerdings meist unterstellen können<sup>549</sup>. Darüber hinaus wird überwiegend vertreten, dass eine Benachrichtigung des Betroffenen entfallen kann, wenn der Betroffene selbst der speichernden Stelle die Daten im Rahmen vertraglicher Beziehungen übermittelt<sup>550</sup>. Demgegenüber besteht gemäß § 34 Abs. 1 BDSG ein Anspruch auf Auskunft des Mandanten (§ 34 Abs. 4 i.V.m. § 33 Abs. 2 Nr. 7 b BDSG) nur, sofern die Benachrichtigung die Geschäftszwecke der verantwortlichen Stelle, mithin des Anwalts, nicht erheblich gefährdet. Erfolgt eine Auskunft nach § 34 Abs. 1 BDSG, weil eine erhebliche Gefährdung der Geschäftszwecke des Rechtsanwaltes nicht erkennbar ist, kann der betroffene Mandant in diesem Rahmen Auskunft verlangen. Zu berücksichtigen ist, dass dem Anwalt in diesem Rahmen ein seine persönliche Entfaltung abschirmender Freiraum verbleibt - insbesondere in Bezug auf von ihm notierte eigene Eindrücke, auf den sich die Informationspflicht nicht erstreckt<sup>551</sup>. Folglich ist ein Auskunftsverlangen des Mandanten nach rechtlichen Gesichtspunkten zwar möglich, jedoch wird dieses regelmäßig an dem durch die Verschwiegenheitspflicht des Anwalt

---

<sup>548</sup> So auch Redeker, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 4 Rn. 52.

<sup>549</sup> Redeker, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 4 Rn. 52.

<sup>550</sup> Strittig, aber wie hier: Schaffland/Wiltfang, BDSG, 2002, § 33 Rn. 38; Golla/Schomerus, BDSG, 2002, § 33 Rn. 6 f.; Rüpke, Freie Advokatur, anwaltlicher Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 17 f. mit anderer Begründung; Zimmer-Hartmann/Helfrich, CR 1993, 104 (108); a.A.: Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, BDSG, 1981, § 26 Rn. 18.

<sup>551</sup> Vgl. BGHZ 109, 260 = NJW 1990, 510 (511); zustimmend Feuerich/Braun, BRAO, 2000, § 44 Rn. 24; entsprechend zum Arztrecht BGHZ 85, 339 = NJW 1983, 330 (psychiatrische Behandlung); auch BGHZ 85, 327 = NJW 1983, 328; diese Rspr. auf den Anwalt beziehend Wendt Nassall, Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte des Konkursverwalters gegenüber dem Rechtsanwalt des Gemeinschuldners, KTS 1988, 633 (635).

verbleibenden Freiraum enden, was die weitere Folge hat, daß die Rechte auf Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten, die den von der Verarbeitung betroffenen Nichtmandanten grundsätzlich zustehen, keine praktische Relevanz zukommt, da es regelmäßig an einer Kenntnis von der Datenverarbeitung fehlt<sup>552</sup>.

## **2. Institutionelle Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten und die Aufsichtsbehörde**

Als wichtigstes Kontrollinstrument sieht das Bundesdatenschutzgesetz den Datenschutzbeauftragten und die Aufsichtsbehörde vor.

### **a) Verhältnis der beiden zueinander**

Das vom Gesetz eingerichtete Kontrollsystem ist nur bei einer engen und vertrauensvollen Zusammenarbeit und einem offenen Informationsaustausch (soweit rechtlich zulässig) der verschiedenen Kontrollorgane funktionsfähig. Insbesondere stärkt die Rechtsstellung der Aufsichtsbehörde durch die Einführung einer grundsätzlichen Regelaufsicht in § 38 Abs. 1 BDSG die Position des Datenschutzbeauftragten. Anregungen des Datenschutzbeauftragten werden schon von vornherein von der Unternehmensleitung eher akzeptiert, wenn diese unter Umständen befürchten muss, von der Aufsichtsbehörde zu deren Beachtung angehalten zu werden<sup>553</sup>. Darüber hinaus ist die Einschaltung der Aufsichtsbehörde oder eine entsprechende Androhung eine der wenigen Möglichkeiten des Datenschutzbeauftragten, seinen Forderungen Nachdruck zu verleihen<sup>554</sup>.

---

<sup>552</sup> Zuck, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 3 Rn. 26.

<sup>553</sup> Stefan Walz, Die erweiterten Eingriffsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden nach dem neuen BDSG - Abschied vom zweistufigen Kontrollmodell?, RDV 1994, 173 (177).

<sup>554</sup> Schlemann, Recht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten- Stellung im Kontrollsystem des BDSG, Bestellung, Rechte, Anforderungen, Beschäftigungsverhältnis, 1996, S. 65.

Nach § 4 g Abs. 1 Satz 2 BDSG kann sich der Datenschutzbeauftragte zum Zweck der Sicherstellung der Einhaltung von Vorschriften über den Datenschutz „in Zweifelsfällen an die Aufsichtsbehörde wenden“. Zweifelsfälle sind neben generellen Fragen des Datenschutzbeauftragten zur Auslegung des Gesetzes vor allem konkrete Konflikte zwischen Datenschutzbeauftragten und Geschäftsleitung hinsichtlich der Umsetzung des Datenschutzes im Unternehmen. An die Einschaltung der Aufsichtsbehörde werden keine besonderen Voraussetzungen geknüpft. Es ist nach dem Gesetz nicht erforderlich, dass der Datenschutzbeauftragte zuvor sämtliche innerbetrieblichen Einigungsmöglichkeiten ausgeschöpft hat, indem er sich beispielsweise an die Geschäftsleitung wendet beziehungsweise die Einschaltung der Aufsichtsbehörde androht. Der Stellung des Datenschutzbeauftragten als eines Hüters des Prinzips der Eigenverantwortlichkeit des Unternehmens entspricht es allerdings, wenn er vorrangig den internen Interessenausgleich im Unternehmen sucht und sich nur in Ausnahmefällen an die Aufsichtsbehörde wendet<sup>555</sup>.

Eine Verpflichtung des Datenschutzbeauftragten, sich an die Aufsichtsbehörde zu wenden, ergibt sich weder aus dem Bundesdatenschutzgesetz noch aus dem Anwaltsrecht. Sie kann sich allenfalls aus der Pflicht des Datenschutzbeauftragten zur Sicherstellung der Ausführung datenschutzrechtlicher Vorschriften (§ 4 g Abs. 1 Satz 1 BDSG) für den Fall herleiten, daß der Anwalt erhebliche Gefährdungen oder Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts Betroffener bewusst in Kauf nimmt. Eine Verpflichtung zur Unterrichtung der Aufsichtsbehörde tritt auf jeden Fall dann ein, wenn der festgestellte Umgang mit personenbezogenen Daten innerhalb der nicht-öffentlichen Stelle einen Straftatbestand erfüllt<sup>556</sup>.

---

<sup>555</sup> Schlemann, Recht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten- Stellung im Kontrollsystem des BDSG, Bestellung, Rechte, Anforderungen, Beschäftigungsverhältnis, 1996, S. 66.

<sup>556</sup> Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, BDSG, 1981, § 29 Rn. 29.

Will der Datenschutzbeauftragte ein förmliches Tätigwerden der Aufsichtsbehörde im Sinne des § 38 BDSG initiieren, um beispielweise die Behebung von Datensicherungsmängeln zu erreichen, so kann er mit einer gezielten Information beziehungsweise Anfrage eine außerplanmäßige Kontrolle im Bereich des § 38 Abs. 1 BDSG herbeiführen. Soll ein angemessenes Schutzniveau in der Anwaltskanzlei erreicht werden, kommt daher der Bestellung des Datenschutzbeauftragten erhebliche Bedeutung zu.

## **b) Der Datenschutzbeauftragte in der Anwaltskanzlei**

### **aa) Subsidiaritätsfragen**

Die durch § 1 Abs. 3 BDSG angeordnete Subsidiarität des Bundesdatenschutzgesetzes ist auch im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen. Das anwaltliche Berufsrecht sagt aber nichts aus zur Kontrolle der Datenverarbeitung, so dass eine die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei verdrängende Norm nicht existiert. Auch andere bereichsspezifische Normen kommen nicht in Betracht. Demnach ist eine Anwaltskanzlei als nicht-öffentliche Stelle nach Maßgabe des § 4 f Abs. 1 Sätze 1, 3, 4 BDSG verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen<sup>557</sup>.

### **bb) Die Bestellung des Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei**

Grundsätzlich obliegt es jeder Rechtsanwaltskanzlei, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, sofern mit der Datenverarbeitung mindestens fünf Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 4 f Abs. 1 Satz 3

---

<sup>557</sup> Siehe Zuck, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 3 Rn. 8.

BDSG). Anwälte sind nicht Arbeitnehmer in diesem Sinne und hier- nach nicht mitzuzählen, wenn sie am unternehmerischen Risiko be- teiligt sind. Keine Rolle spielt, ob ein Anwalt „auf dem Briefkopf“ er- scheint. Mitgezählt werden müssen demnach auch diejenigen Rechtsanwälte, die Nicht-Sozii sind, soweit sie selbst Zugang zu der EDV-Anlage haben. Nicht entscheidend ist, welchen Anteil die datei- bezogene Tätigkeit an der Gesamttätigkeit hat. Haben somit in einer Anwaltskanzlei mehr als fünf Rechtsanwaltsgehilfen oder Sekretärin- nen regelmäßig Zugang zu einer EDV-Anlage, mit Hilfe derer auch personenbezogene Daten verarbeitet werden, sind die tatbestandli- chen Voraussetzungen des § 4 f Abs. 1 Satz 1, 3 BDSG erfüllt. Un- beachtlich ist, wie viele Datensichtgeräte die Kanzlei besitzt. Somit kann also schon das Vorhandensein eines einzigen Computers in der Anwaltskanzlei zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten zwingen, sofern nur regelmäßig fünf Mitarbeiter Zugriff auf ihn haben. Demnach können selbst kleine Kanzleien die tatbestandlichen Vor- aussetzungen des § 4 f Abs. 1 Satz 1, 3 BDSG erfüllen.

### **cc) Zur Person des Datenschutzbeauftragten in der Anwalts- kanzlei**

Fraglich ist, wer zum Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei bestellt werden kann. Es muss daran gezweifelt werden, dass der Kanzleiinhaber beziehungsweise einer der Sozii zum internen Da- tenschutzbeauftragten bestellt werden kann<sup>558</sup>. § 4 f Abs. 3 BDSG fordert, dass der Datenschutzbeauftragte in seiner Stellung unab- hängig sein soll. Zweck ist es, daß sich diejenigen, die Daten verar- beiten, nicht selbst kontrollieren sollen<sup>559</sup>. Gleiches gilt danach auch für die sonstigen, und sei es nur auf Basis freier Mitarbeit beschäftig- ten Anwälte, soweit sie selbst Zugang zur EDV haben. Auf Grund

---

<sup>558</sup> Zuck, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 3 Rn. 11.

<sup>559</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 4 f Rn. 46.

des Verbotes der Selbstkontrolle dürfte sogar der gesamte Anwaltsgehilfen- und Sekretariatsapparat von der Beauftragtenfunktion ausgeschlossen sein, wenn er, wie regelmäßig, selbst personenbezogene Daten – zum Beispiel Schriftsätze – verarbeitet. Dies kann in vollvernetzten Kanzleien zur Konsequenz haben, dass überhaupt keine für die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten geeignete unternehmensangehörige Person zur Verfügung steht.

Somit ist die Frage nach der – grundsätzlich möglichen<sup>560</sup> – Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten aufgeworfen. Im Fall der Rechtsanwaltskanzlei stellt sich hierbei allerdings das Problem des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Solange die Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten keine „Befugnis“ im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB darstellt, ist der Anwalt strafrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt<sup>561</sup>, es sei denn, die Bestellung wurde im Rahmen des Auftragsverhältnisses vereinbart, so dass eine zumindest mutmaßliche Einwilligung vorliegt. Darüber hinaus sind Konflikte mit § 19 BO angelegt<sup>562</sup>. Danach dürfen Originalakten nur an Mitarbeiter des Rechtsanwaltes herausgegeben werden. Zudem fehlt es an der – auch von § 19 BO vorausgesetzten – Eingliederung<sup>563</sup>, da der externe Datenschutzbeauftragte nicht Mitarbeiter der Kanzlei ist.

Somit besteht im Rahmen der Bestellung des Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei das Problem, dass weder Kanzleimitarbeiter als interne Datenschutzbeauftragte noch andere Personen als externe Datenschutzbeauftragte bestellt werden können. Eine Anwaltskanzlei kommt der Bestellpflicht folglich nur dann nach, sofern mit Einwilligung des Mandanten ein externer Rechtsanwalt als Da-

---

<sup>560</sup> Siehe dazu und zu den weiteren Voraussetzungen Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 4 f Rn. 17, 18.

<sup>561</sup> Zimmer-Hartmann/Helfrich, CR 1993, 104 (108).

<sup>562</sup> Zuck, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 3 Rn. 12.

<sup>563</sup> Vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 4 f Rn. 17, 18.

tenschutzbeauftragter bestellt wird, da dieser ebenfalls den Vorschriften der § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB unterliegt.

#### **dd) Aufgaben des Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei**

Der Beauftragte für den Datenschutz wirkt gem. § 4f BDSG auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften hin. Insbesondere hat er die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden sollen, zu überwachen und die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen durch geeignete Maßnahmen mit den jeweiligen besonderen Erfordernissen des Datenschutzes vertraut zu machen. Darüber hinaus obliegt dem Datenschutzbeauftragten auch die Vorabkontrolle nach §§ 4 d Abs. 5 und 6, 4 g und 4 e BDSG, da es sich bei dem vorgestellten Database Marketing um eine automatisierte Datenverarbeitung handelt, die besondere Risiken für die Freiheiten der Betroffenen aufweist. Die Sanktionsmöglichkeit des Datenschutzbeauftragten in der Anwaltskanzlei besteht nun darin, der Aufsichtsbehörde Datenschutzverstöße, also etwa die Verwendung der Daten zum Zwecke des Database Marketing, anzuzeigen. Jedoch führt eine solche Anzeige zu einem „juristischen Karussell“: Sofern Daten die Sphäre der Kanzlei verlassen, gilt § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB als Sondervorschrift gemäß § 1 Abs. 3 BDSG. Im Hinblick auf diese Subsidiaritätsanordnung erlaubt das Bundesdatenschutzgesetz somit nicht die Übermittlung von Daten, die im Rahmen eines Rechtsverhältnisses erlangt wurden. Etwas anderes gilt, sofern der Datenschutzbeauftragte lediglich das Auswertungssystem als solches der Aufsichtsbehörde anzeigt. Diese ist dann verpflichtet einzuschreiten. Fraglich ist aber, welche Befugnisse der Aufsichtsbehörde hierbei zustehen.

### **c) Befugnisse der Aufsichtsbehörde gegenüber dem datenverarbeitenden Anwalt unter Berücksichtigung des in § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG niedergelegten Subsidiaritätsprinzips**

Der Aufsichtsbehörde steht das Recht zur anlassfreien Kontrolle zu, in deren Rahmen sie unter anderem Einsichts- und Betretungsrechte gem. § 38 Abs. 4 BDSG hat. Jedoch entsteht im Hinblick auf die durch das Bundesdatenschutzgesetz vorgesehene hoheitliche Kontrolle über den anwaltlichen Datenverarbeiter ein Konflikt zwischen Berufs- und Datenschutzrecht, den das Gesetz schon in seiner Subsidiaritätsvorschrift (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG) zum Ausdruck bringt. Der Umstand, dass die Aufsicht nach §§ 73, 56 BRAO insofern „weniger Datenschutz“ zu Gunsten des Betroffenen gewährleisten mag, als diejenige nach § 38 BDSG beinhalten würde<sup>564</sup>, führt freilich als solcher nicht etwa zur Unanwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips des § 1 Abs. 3 BDSG. Einerseits respektiert § 56 Abs. 1 BRAO die Verschwiegenheitspflicht zu Gunsten des Mandanten<sup>565</sup>. Andererseits schützt das die anwaltliche Kontrolle prägende Selbstverwaltungsprinzip die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes vom Staat<sup>566</sup>. Auch wenn man – voraussetzungsgemäß – zunächst davon ausgeht, dass der Bundesgesetzgeber wegen § 38 i.V.m. § 24 BDSG das Subsidiaritätsprinzip in Ansehung des Berufsgeheimnisses nicht gelten lasse, ergibt sich also gegenüber allgemeiner Datenschutz- sowie Gewerbeaufsicht immer noch die in der Selbstverwaltung der Kontrolle liegende, unübersehbare Besonderheit<sup>567</sup>. Nach § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO unterliegt der Rechtsanwalt zwar der Aufsicht durch den Vorstand der Rechtsanwaltskammern, jedoch hat er gemäß § 56

---

<sup>564</sup> Dass dieser Vergleich zugunsten des § 38 BDSG zutreffend ist, ist wegen der sich für diese Vorschrift aus Art. 13 (insbes. Abs. 2) GG möglicherweise ergebenden Probleme keineswegs sicher.

<sup>565</sup> Daneben ist das Berufsgeheimnis durch die besondere Verschwiegenheitspflicht des Kammervorstands gemäß § 76 BRAO geschützt.

<sup>566</sup> Gerhard Hartstang, Anwaltsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1991, S. 719 ff.

<sup>567</sup> Diese Besonderheit gilt übrigens nicht nur im Vergleich zu den Gewerbebehörden, sondern auch zur staatlichen Kommunalaufsicht, wobei im öffentlichen Bereich (umgekehrt!) die Kontrollinstanz des allgemeinen Datenschutzrechts sich größerer Unabhängigkeit erfreut.

Abs. 1 BRAO nur Auskunft zu geben sowie seine Handakten vorzulegen, wenn er dadurch nicht seine Verpflichtung zur Verschwiegenheit verletzen würde. Im Unterschied zur Regelung des Bundesdatenschutzgesetzes fehlen die Betretungs-, Besichtigungs- und Prüfungsrechte in den Kanzleiräumen. Außerdem ist dem Anwalt nach Maßgabe des § 56 Abs. 1 BRAO ein umfängliches Auskunftsverweigerungsrecht eingeräumt. Fraglich ist somit, wie der vorliegende Konflikt im Hinblick auf die besondere Stellung des Rechtsanwaltes zu lösen ist.

*Rüpke* ist der Ansicht, dass dem Subsidiaritätsprinzip zufolge § 38 BDSG a. F. durch das anwaltsrechtliche Kontrollrecht nach der bestehenden Gesetzeslage verdrängt werde<sup>568</sup>. *Zuck* vertritt dagegen die Auffassung, dass auch die Anwaltskanzlei der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde für den Datenschutz nach § 38 BDSG a. F. unterliege<sup>569</sup>.

Da sich durch die Neufassung die Subsidiaritätsfrage nicht geändert hat, verbleibt es bei dem Problem, wie der datenverarbeitende Anwalt nun kontrolliert wird.

Der zuletzt genannten Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die der Aufsichtsbehörde eingeräumten Befugnisse sind im Hinblick auf berufsrechtliche Besonderheiten der anwaltlichen Tätigkeit, insbesondere im Hinblick auf § 203 StGB, stark einzuschränken. Die Auskunft kann der Rechtsanwalt verweigern, wenn er seine Pflicht zur Verschwiegenheit verletzen würde. Zudem setzt eine Nachschau der Aufsichtsbehörde regelmäßig eine richterliche Anordnung nach Art. 13 Abs. 2 GG voraus, da eine Anwaltskanzlei ein informationell sehr

---

<sup>568</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 42 f.

<sup>569</sup> Zuck, in: Abel (Hrsg.), Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, 1998, § 3 Rn. 23.

sensibler Bereich ist. Mit *Rüpke* ist daher davon auszugehen, daß § 38 Abs. 4 BDSG subsidiär zu § 203 StGB ist.

Demgemäß ist eine effektive Kontrolle der anwaltlichen Datenverarbeitung nicht möglich.

## **II. Auswirkungen der fehlenden wirksamen Kontrollmöglichkeit der Anwaltschaft auf die Verfassungsmäßigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes**

Zur Beantwortung der Frage nach den Auswirkungen fehlender Kontrollmöglichkeiten muss man sich nochmals den Zweck des Bundesdatenschutzgesetzes vergegenwärtigen. Dieser liegt im Ausgleich der verschiedenen Freiheitsrechte des Datenverarbeiters und des Betroffenen. Dabei legt das Bundesdatenschutzgesetz als gesetzliche Wertung in § 4 Abs. 1 den Vorrang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor den wirtschaftlichen Freiheitsrechten fest. Der Gesetzgeber hat innerhalb des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums eine Wertung getroffen, indem er die Datenverarbeitung als „gefährliche Technologie“ erkennt und grundsätzlich verbietet. Genießt nun der Einzelne – trotz dieser vom Gesetzgeber erkannten Gefährdungslage – bezüglich eines verfassungsrechtlich geschützten Gutes faktisch keinen Schutz, weil jegliche Kontrollmöglichkeit ausscheidet, so stellt sich die Frage, ob das Bundesdatenschutzgesetz nicht ein Regelungsdefizit aufweist, welches eine bestimmte Personengruppe, nämlich die von der anwaltlichen Datenverarbeitung Betroffenen, in verfassungswidriger Weise schutzlos stellt, während es die Anwälte als datenverarbeitende Stelle privilegiert.

## 1. Defizite bei der Umsetzung von Gesetzen

### a) Zu den Vollzugsdefiziten im Allgemeinen

#### aa) Begriffsbestimmung

Nach dem Sprachgebrauch ist das Wort „Vollzug“ das Hauptwort zu „vollziehen“; „vollziehen“ bedeutet: „in die Tat umsetzen“<sup>570</sup>. Werden Regierung und Verwaltung in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG ausdrücklich als „vollziehende Gewalt“ bezeichnet, so kommt man nicht umhin, ihre Tätigkeit insgesamt als Vollzug zu bezeichnen, nämlich den Inhalt und Auftrag der Verfassung und der von der legislativen Gewalt erlassenen Gesetze zu beachten<sup>571</sup>. Dieses weiten Sprachgebrauchs bedient sich auch der Bundesgesetzgeber, wenn er etwa in § 8 Abs. 1 Bundesbaugesetz (BBauG) formuliert: „Der Bebauungsplan enthält die rechtsverbindlichen Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung. Er bildet die Grundlage für weitere zum Vollzug dieses Gesetzes erforderliche Maßnahmen“<sup>572</sup>. Demnach bringt der Begriff des „Vollzugsdefizits“ (Implementationsdefizit) die Diskrepanz zwischen normierten gesellschaftspolitischen Zielsetzungen und der Realität bei der Verwirklichung verwaltungsbehördlich vollzugsbedürftigen Normen zum Ausdruck. Eine solche Diskrepanz liegt vor, wenn die gesetzlichen Ziele trotz hinreichend konkreter Handlungsvorgaben und Bereitstellung des zum Vollzug notwendigen Instrumentariums von den zuständigen Behörden nicht realisiert werden<sup>573</sup>. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so liegt ein Regelungsdefizit vor<sup>574</sup>. In der Literatur sind diese vor allem im Umwelt-<sup>575</sup> und Steuerrecht<sup>576</sup> sowie

---

<sup>570</sup> Rudolf Stich, Personale Probleme des Vollzugsdefizits in der Umweltschutzverwaltung, in: Klaus König/Hans-Werner Laubinger/Frido Wagener (Hrsg.), Öffentlicher Dienst – Festschrift für Carl Hermann Ule zum 70. Geburtstag am 26. Februar 1977 (FS Ule), Köln-Berlin-Bonn-München 1977, S. 215 (218).

<sup>571</sup> Stich, in: FS Ule, 1977, S. 215 (218 f.).

<sup>572</sup> Stich, in: FS Ule, 1977, S. 215 (219).

<sup>573</sup> Annegret Lorenz, Vollzugsdefizite im Umweltrecht, UPR 1991, 253.

<sup>574</sup> Lorenz, UPR 1991, 253.

<sup>575</sup> Lorenz, UPR 1991, 253 ff.

Ausbildungsförderungsrecht bekannt und haben teils auch zu Hinweisen in den Lehrbüchern<sup>577</sup> geführt.

### **bb) Ursachen für das Auftreten von Vollzugsdefiziten**

Hinsichtlich der Ursache sind zwei Ebenen zu unterscheiden. Einerseits sind Vollzugsdefizite im Verhalten der Behörde selbst begründet, andererseits werden sie durch schwer vollziehbare Gesetze, also durch Regelungsdefizite auf gesetzgeberischer Ebene vorprogrammiert<sup>578</sup>. Anlass des Letzteren sind vor allem die Verlagerung von gesetzgeberisch intendierten Zielkonflikten auf die Verwaltungsebene, die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und von Generalklauseln sowie die äußere und innere Übernormierung und Überinstrumentalisierung der einzelnen Rechtsgebiete, so dass das Rechtsgebiet selbst für Experten unüberschaubar wird<sup>579</sup>. Auf administrativer Ebene gehören personelle Probleme noch immer zu den am häufigsten genannten Gründen für das Entstehen von Vollzugsdefiziten. Dazu zählen sowohl Mängel in der Zusammensetzung<sup>580</sup>, der Qualifikation und des Verhaltens des Personals der Behörden<sup>581</sup> als auch die unzureichende Information der Behörden und die Mängel der Behörden bei der Datengewinnung<sup>582</sup>. Die erfolgreiche Durchsetzung der gesetzlichen Vorstellungen setzt zudem eine effektive Vollzugsorganisation<sup>583</sup> voraus. Dabei treten vor allem Mängel im Rahmen der Organisations- und Koordinierungseinheit auf. Dies beruht vor allem auf der organisatorischen Trennung von rechtlichen

---

<sup>576</sup> Armin Dittman, Gleichheitssatz und Gesetzesvollzug im Bundesstaat, in: Hartmut Maurer (Hrsg.), Das akzeptierte Grundgesetz - Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag (FS Dürig), München 1990, S. 221 ff.

<sup>577</sup> Vgl. etwa Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1995, S. 194.

<sup>578</sup> Lorenz, UPR 1991, 253 (254).

<sup>579</sup> Zu Vollzugsdefiziten im Umweltrecht: Lorenz, UPR 1991, 253 (254 f.).

<sup>580</sup> Hans-Ulrich Derlien, Implementationsprobleme: Bürokratische Ineffizienz oder politische Programmfehler?, VerwArch 75 (1984), 256 (261).

<sup>581</sup> Stich, in: FS Ule, 1977, S. 215 (216).

<sup>582</sup> Lorenz, UPR 1991, 253 (255).

<sup>583</sup> Lorenz, UPR 1991, 253 (255 f.).

Entscheidungskompetenzen und technischem Fachwissen<sup>584</sup>. Darüber hinaus fehlt es den Behörden regelmäßig an der entsprechenden Durchsetzungskraft gegenüber den Betreibern und konkurrierenden Politikbereichen<sup>585</sup>.

### **cc) Gesetzgeberische Maßnahmen zur Überwindung von Vollzugsdefiziten**

Insbesondere im Umweltrecht versucht man den oben aufgezeigten Mängeln durch das Kooperationsprinzip<sup>586</sup> zu begegnen. Dieses gehört neben dem Vorsorge- und Verursacherprinzip zur „Prinzipientrias“ der Umweltpolitik und bringt zum Ausdruck, dass Umweltschutz keine ausschließliche Aufgabe des Staates ist und von diesem auch nicht durchgängig einseitig gegen Wirtschaft und Gesellschaft durchgesetzt werden soll, sondern die Zusammenarbeit aller betroffenen Kräfte erfordert. Sinn der Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft ist die Erleichterung des Vollzugs des Umweltrechts durch Konsens und die Nutzbarmachung privaten Sachverstandes für die Allgemeinheit. Gesetzliche Ausprägungen des Kooperationsprinzips sind in Vorschriften über die Beteiligung Privater an der Normsetzung (vergleiche „beteiligte Kreise“, § 51 BImSchG erste Nennung ausschreiben und Zitat BGBl.) und in Vorschriften über die Beteiligung in Genehmigungsverfahren (zum Beispiel § 10 Abs. 3-9 BImSchG) zu finden. Das Vorgenannte fasst die Regelung des § 29 BNatSchG<sup>587</sup> über die Mitwirkung anerkannter Umweltschutzverbände bei Rechtsetzung und Verwaltungsvollzug im Naturschutzrecht zusammen. Darüber hinaus ist das Kooperationsprinzip in informellen Verwaltungspraktiken und in den Vorschriften über den betrieblichen Umweltbeauftragten (zum Beispiel der Immissionsbeauftragte nach den

---

<sup>584</sup> Lorenz, UPR 1991, 253 (256).

<sup>585</sup> Lorenz, UPR 1991, 253 (256 f.).

<sup>586</sup> Dazu umfassend Hans-Werner Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1988.

<sup>587</sup> Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege vom 25.03.2002 (BGBl. I S. 1193)

§§ 53 ff. BImSchG) zu finden. Hervorzuheben ist aber, dass das Kooperationsprinzip als solches keine Rechtspflichten mit dem Argument begründet, über ihre Erfüllung müsse noch verhandelt werden. Geboten ist Kooperation deshalb im ordnungsrechtlichen Vollzug, nicht dagegen Kooperation anstelle des ordnungsrechtlichen Vollzuges<sup>588</sup>, so dass sich daraus nur ergeben kann, dass das Kooperationsprinzip kein die Vollzugsbehörden verpflichtender Rechtssatz ist<sup>589</sup>.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine umfassende Kontrolle der Durchsetzung einer materiell-rechtlichen Norm vielfach nahezu unmöglich und vom Gesetzgeber so auch nicht gewollt ist. Vielmehr soll der Gesetzgeber die Zusammenarbeit mit den Regelungsadressaten – wie im Umweltrecht durch das Kooperationsprinzip – suchen. Dort, wo die Normadressaten durch eigene Aktivitäten einen ausreichenden Schutz erreichen, soll sich der Staat zurückziehen. Zur Sicherung seiner Gewährleistungsverantwortung muss er aber für die Selbstregulierung und Selbstkontrolle einen Rahmen setzen, der die Zielerreichung sicherstellt und bei deren Versagen Ersatzmaßnahmen eingreifen. Der Gesetzgeber entzieht sich somit dann seiner Handlungspflicht, wenn er vor dem Hintergrund der eindeutigen und umfassenden Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt durch Art. 1 Abs. 3 GG<sup>590</sup> den ihm zustehenden weiten Ermessensspielraum<sup>591</sup> dadurch verletzt, dass er nicht handelt, obwohl ohne den gesetzlichen Schutz hier das informationelle Selbstbestimmungsrecht in einem bestimmten Gesellschaftsbereich grundsätzlich gefährdet wäre.

---

<sup>588</sup> Gertrude Lübke-Wolff, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht – Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?, *Natur + Recht* 1989, 295 (302).

<sup>589</sup> Siehe zur Bindungswirkung: Rengeling, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988, S. 147 ff.

<sup>590</sup> Dittmann, in: *FS Dürig*, 1990, S. 221 (221, insbesondere 223 f.).

<sup>591</sup> Grundsätzlich *BVerfGE* 49, 89 (142); 56, 54 (78).

Der Gesetzgeber hat das Bundesdatenschutzgesetz im Jahre 2001 novelliert, jedoch dienten die damit verbundenen Veränderungen im wesentlichen der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie, die aus dem Jahre 1995 stammt. Angesichts der zügig voranschreitenden technischen Entwicklung kann es keinen Zweifel darüber geben, dass das Bundesdatenschutzgesetz nach wie vor nicht „à jour“ ist<sup>592</sup>; eine weitergehende Modernisierung ist notwendig<sup>593</sup>. Darüber hinaus ergeben sich Hinweise darauf, dass das Bundesdatenschutzgesetz – überspitzt formuliert – grundsätzlich nicht auf Vollzug angelegt ist; so ist etwa ein eigener Titel „Datenschutz“ im Haushalt des Landes Rheinland-Pfalz oder des Bundes nicht ausgewiesen<sup>594</sup>. Ohne eine solche Aufschlüsselung ist jedoch ein Vergleich der Mittelverwendung nicht möglich. Regionale Unterschiede sind daher nicht aufzudecken. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang erneut darauf, dass angesichts der derzeitigen Verbreitung von Computern die überwiegende Anzahl der Unternehmen dem Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetz unterfallen. Angesichts der Geringfügigkeit der verwendeten Mittel und der in diesem Bereich innerhalb der Kontrollbehörden eingesetzten Stellen für Personal wirkt diese Kontrolle nahezu „homöopathisch“. Da die Entscheidungssituationen zumeist durch komplexe technische und wirtschaftliche Zusammenhänge gekennzeichnet sind, sind die Behörden auf Grund der mangelnden eigenen technischen und personellen Ausstattung, aber auch infolge der fehlenden Einblicksmöglichkeit in anlageninterne Vorgänge, auf die Mitarbeit der Betreiber angewiesen<sup>595</sup>. In dieser einseitigen Abhängigkeit der Behörden von den Betreibern ist die

---

<sup>592</sup> Thomas B. Petri, Vollzugsdefizite bei der Umsetzung des BDSG, DuD 2002, 726.

<sup>593</sup> Vgl. dazu das Gutachten von Rossnagel/Andreas Pfitzmann/Hansjürgen Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, Berlin 2001.

<sup>594</sup> Wind, Die Kontrolle des Datenschutzes im nicht-öffentlichen Bereich – Eine Untersuchung über die Tätigkeit der Datenschutz-Aufsichtsbehörden, 1994, S. 47.

<sup>595</sup> Dies entspricht zwar insoweit der Situation im Umweltrecht, kann aber aufgrund gleich gelagerter Risiken auch auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden. Siehe zur Problematik im Umweltrecht: Umweltgutachten 1978, BT-Drucks. 8/1938, S. 127 (Rn. 1523).

Gefahr angelegt, dass die Betreiber durch unvollständige Informationen oder Verzögerungstaktiken die Durchführung notwendiger Maßnahmen verhindern<sup>596</sup>. Schließlich ist es auf Grund der geringen Kontrollfrequenz und des zurückhaltenden Sanktionsverhaltens für die Betreiber ungefährlich, gegen behördliche oder gesetzliche Auflagen zu verstoßen<sup>597</sup>. Hinzu kommt im Bereich der Kontrolle der Datenverwendung in Rechtsanwaltskanzleien die besondere Problematik der Verschwiegenheitspflicht, so dass hier die Kontrolle gänzlich leer zu laufen droht.

## **b) Verfassungswidrigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes im Hinblick auf die Anwaltschaft**

Im Hinblick auf die Frage der Vereinbarkeit der Neukonzeption des Bundesdatenschutzgesetzes mit dem Grundgesetz werden insbesondere zwei Fragen behandelt<sup>598</sup>. Einerseits die grundsätzliche Gleichbehandlung der Datenverarbeitung im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich und andererseits die Umkehrung des Verhältnisses von allgemeinem Bundesdatenschutzgesetz zu den bereichsspezifischen Datenschutzregelungen mit dem Ziel, diese weitgehend zu reduzieren. Die Frage, ob bestimmte Bereiche, wie etwa der hier behandelte, vom Schutz ausgenommen werden und welche Folgen dies hat, wird dagegen nicht besprochen.

Zur Verfassungsmäßigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes im Hinblick auf die Anwaltschaft hat im Wesentlichen *Rüpke*<sup>599</sup> Stellung genommen. Er geht davon aus, dass die Einschränkung der anwaltlichen Informationsverarbeitung durch ein repressives Verbot mit Er-

---

<sup>596</sup> Lorenz, UPR 1991, 253 (256).

<sup>597</sup> Lorenz, UPR 1991, 253 (256).

<sup>598</sup> Rossnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, 2001, S. 45 ff.

<sup>599</sup> Rüpke, Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 101 ff., 165 f.

laubnisvorbehalt im Bundesdatenschutzgesetz gegen Art. 5 Abs. 1 GG verstoße, mithin verfassungswidrig sei. Demnach müsste das Bundesverfassungsgericht das Bundesdatenschutzgesetz für qualitativ mit dem Grundgesetz unvereinbar<sup>600</sup> erklären. Bedenken gegen das von *Rüpke* gefundene Ergebnis einer „qualitative Teilnichtigkeit“ des Bundesdatenschutzgesetzes zerstreut er damit, dass im Hinblick auf die Regelungen in §§ 1 ff., 4 ff. BRAO eine eindeutige Abgrenzung der erfassten Teilgruppe gewährleistet sei, mithin eine unklare Rechtslage nicht entstehe<sup>601</sup>. Zwar erkennt er an, dass ein bloße Unvereinbarkeitserklärung in Ansehung anwaltlicher Informationsverarbeitung einem verfassungsgemäßen Zustand nicht näher käme als die Nichtigkeit dieses Gesetzes, jedoch ist damit das Dilemma der anwaltlichen Datenverarbeitung nicht zu lösen.

Legt man aber, wie hier dargestellt, für die anwaltliche Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten innerhalb des vorausgesetzten Zwecks § 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 BRAO zugrunde, ist eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG nicht festzustellen. Wendet man zudem auch die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes für den Fall der Zweckänderung an, so ist ein interessengerechter Ausgleich, insbesondere im Rahmen der Interessenabwägung gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG, herzustellen. Zudem berücksichtigt *Rüpke* nicht, dass anwaltliche Datenverarbeitung, sofern die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen stammen, nicht an die Grenzen der Informationsfreiheit stößt, da in § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG eine

---

<sup>600</sup> D.h. ein Gesetz muss nicht immer insgesamt für nichtig erklärt werden. Dies ist nur dann der Fall, wenn sich die Verfassungswidrigkeit aus der fehlenden Kompetenz des Gesetzgebers ergibt (vgl. BVerfGE 61, 149) oder wenn der verfassungswidrige Teil des Gesetzes den verfassungsmäßigen so dominiert, dass dieser für sich allein genommen keinen Sinn ergibt. Qualitative Teilnichtigkeit heißt, dass eine Gesetzesbestimmung für einen Teil möglicher Anwendungsfälle verfassungswidrig ist. Demgegenüber bedeutet quantitative Teilnichtigkeit, dass sich die Verfassungswidrigkeit der Regelung auf Norm- bzw. Satzteile beschränkt. Vgl. zur Problematik umfassend: Ernst Benda/Eckart Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, Heidelberg 1991, Rn. 1176 ff.

<sup>601</sup> *Rüpke*, Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, 1995, S. 166.

identische Wiederholung des verfassungsmäßigen Auftrages existiert. Demnach stellt sich unter diesem Gesichtspunkt die Frage der qualitativen Teilverfassungswidrigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes nicht. Darüber hinaus erschöpft sich die Untersuchung von *Rüpke* in der vorgestellten Problematik, einen Lösungsansatz im Hinblick auf das dargestellte Vollzugsdefizit bietet er nicht.

## 2. Eigene Ansicht

Folglich ist das Bundesdatenschutzgesetz im Hinblick auf das auftretende Vollzugsdefizit zu untersuchen. Grundlage dafür sind die Anforderungen der Rechtsprechung an den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Gesetzen<sup>602</sup>.

### a) Verfassungswidrigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG

Soweit die Wertungen mehrere gesetzgeberische Lösungen eines Regelungsproblems zulassen, ist der Gesetzgeber in der Auswahl insoweit frei<sup>603</sup>. Hat er sich aber für ein System entschieden, so muss er dieses konsequent umsetzen<sup>604</sup>. Der Gedanke der Systemgerechtigkeit, verschiedentlich auch als Sachgemäßheit bezeichnet<sup>605</sup>, also der Folgerichtigkeit, der inneren Konsequenz einer gesetzlichen Regelung hat das *Bundesverfassungsgericht* erstmals im Zusammenhang mit der Wahlgleichheit zur Konkretisierung des Gleichheitssatzes verwendet und in der Folgezeit auf die unterschiedlichsten Rechtsgebiete ausgedehnt<sup>606</sup>, zum Beispiel auf das Sozialversiche-

---

<sup>602</sup> Vgl. zum Spielraum des Gesetzgebers: BVerfGE 3, 58 (135); 46, 55 (62); 49, 260 (271); 56, 87 (87); 85, 176 (176 ff.).

<sup>603</sup> BVerfGE 59, 36 (49 f.).

<sup>604</sup> Christian Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 1999, Art. 3 Rn. 52.

<sup>605</sup> Gubelt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 2000, Art. 3 Rn. 30.

<sup>606</sup> Vgl. statt aller Christoph Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung der Verwaltung, München 1976, S. 8 ff., 20 ff., 26 ff.; Franz-Joseph Peine, Systemgerechtigkeit – Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, Baden-Baden 1985; Peter Selmer, Finanzordnung und Grundgesetz – Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Finanz- und Steuersachen, AöR 101 (1976), S. 399 (454).

rungsrecht<sup>607</sup>, Arbeitslosenhilfe<sup>608</sup>, Dienststrafrecht<sup>609</sup>, Bundesentschädigungs<sup>610</sup>, Wirtschafts<sup>611</sup> und vor allem auf das Steuerrecht<sup>612</sup>.

Im *Zinsurteil* von 1991<sup>613</sup> untersuchte das Bundesverfassungsgericht die Frage, inwieweit eine normierte Pflicht, in jenem Fall die Verpflichtung zur Steuerzahlung, kontrolliert werden muss. Der Ausgangspunkt zu dem dieser Untersuchung zu Grunde liegenden Sachverhalt ähnelt in seiner Grundstruktur dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen. Wie das Einkommensteuergesetz (FN BGBl.) materiell-rechtlich die Pflicht zur Steuerzahlung begründet, normiert auch das Bundesdatenschutzgesetz bestimmte Verhaltenspflichten, etwa das Verbot der Datenverarbeitung in § 4 Abs. 1 BDSG. Zur Durchsetzung dieser Pflichten sehen beide Gesetze ein bestimmtes Verfahren vor, das den Vollzug der Rechtspflicht sicherstellen soll. Der ungleichmäßige Vollzug der materiellen Steuerpflicht war nun Hauptkritikpunkt an der bestehenden Steuergesetzgebung<sup>614</sup>. Die Kritiker warfen dem Gesetzgeber vor, er regle nur die materielle Steuerpflicht gleich. In Bezug auf den Vollzug verhindere der Gesetzgeber bewusst, dass die materiellen Vorschriften auch gleichmäßig auf die Steuerpflichtigen angewandt werden. Ursache dafür sah man in dem Bankenerlass von 1979 beziehungsweise in der weitgehend inhaltsgleichen Vorschrift des § 30 a AO. Diese Vorschrift nehme dem Finanzamt die Möglichkeit, effektiv zu kontrollieren, ob der Steuerpflichtige seine Zinseinkünfte auch wahrheitsgemäß veranlagt. Damit werde der Steuerpflichtige vom Gesetzgeber geradezu „eingeladen“, Steuern zu hinterziehen. Eine Aufdeckung seines strafbaren Verhaltens brauche er – bedingt durch § 30 a AO –

---

<sup>607</sup> BVerfGE 11, 254 (292 f.).

<sup>608</sup> BVerfGE 9, 28 ff.

<sup>609</sup> BVerfGE 7, 129 (153).

<sup>610</sup> BVerfGE 13, 31 (38).

<sup>611</sup> BVerfGE 18, 315 (334).

<sup>612</sup> BVerfGE 6, 55 (77).

<sup>613</sup> BVerfGE 84, 239 ff.

<sup>614</sup> Klaus Tipke, in: ders./Heinrich Wilhelm Kruse, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung – Kommentar zur AO und FGO, 16. Auflage, Köln 1996 (Stand: 92. Lieferung, August 2000), § 30 a AO Rn. 10.

nicht zu befürchten. Die Zinssteuerschuld würde so zu einer Spende degradiert, deren Entrichtung im Belieben des Steuerpflichtigen stehe<sup>615</sup>.

Letztendlich wurde die Zinsbesteuerung vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt. Dabei stellte das Gericht im Wesentlichen auf die Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ab. Das Bundesverfassungsgericht stellte klar, dass der Schutzbereich des allgemeinen Gleichbehandlungssatzes nicht nur die Gleichheit vor dem Gesetz (normative Gleichheit), sondern auch die Gleichheit in der *Gesetzesanwendung* (Gleichheit des Belastungserfolges) umfasst. So wird ein Verstoß gegen die Gleichheit in der tatsächlichen Belastung zugleich als ein Verstoß gegen die normative Gleichheit eingestuft und somit Art. 3 Abs. 1 GG als verletzt angesehen<sup>616</sup>.

Dieser vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Gedanke könnte auch in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt fruchtbar gemacht werden. Der Gesetzgeber hat mit § 4 Abs. 1 BDSG eine Entscheidung zu Gunsten des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen auf materieller Ebene getroffen. Dieses Verbot wurde durch die oben beschriebenen Kontrollinstrumente auch abgesichert. In Bezug auf die Anwaltschaft aber hat die Prüfung gerade deren Unwirksamkeit ergeben. Ähnlich wie die Einkommensteuer, die alle Steuerpflichtigen materiell belastet, bei der aber bei einer bestimmten Gruppe von Steuerpflichtigen, nämlich bei denjenigen, die Zins-einkünfte beziehen, der Vollzug nicht sicherstellt war, werden auch die vom Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes Erfassten durch die Anordnung von Pflichten belastet; eine Sicherstellung der Beachtung dieser Pflichten kann im Bereich der Datenverarbeitung durch Rechtsanwälten aber nicht sichergestellt werden.

---

<sup>615</sup> Klaus Tipke, Die rechtliche Misere der Zinsbesteuerung, BB 1989, 157 ff.

<sup>616</sup> BVerfGE 84, 239 (268).

Die Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch das Vollzugsdefizit bzgl. der Anwaltschaft erscheint mithin nicht ausgeschlossen.

### **a) Verfassungswidrigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG**

#### **aa) Schutzrichtung des allgemeinen Gleichheitssatzes**

Das Grundgesetz bestimmt in Art. 3 Abs. 1 GG, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Art. 3 Abs.1 GG gewährt rechtliche Gleichheit in zweierlei Hinsicht: Einerseits muss das Recht von der Exekutive und der Judikative zu Gunsten oder zu Lasten aller Betroffenen gleich angewendet werden (Rechtsanwendungsgleichheit). Zum zweiten ist der Gesetzgeber gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an den Gleichheitssatz gebunden (Rechtssetzungsgleichheit). Folglich ist ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sowohl beim Erlass des Gesetzes, als auch bei dessen Anwendung durch die Verwaltung möglich. Allerdings wird dem Gesetzgeber im Gegensatz zu den anderen Gewalten ein Gestaltungs- beziehungsweise Ermessensspielraum<sup>617</sup> zuerkannt, so dass ein Gesetz im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG erst dann verletzt ist, wenn die Grenzen dieses Ermessens überschritten sind, zum Beispiel wenn für die getroffene Regelung jeder sachlich einleuchtende Grund fehlt<sup>618</sup>.

(1) Die rechtliche Prüfung, ob der Gesetzgeber den Gleichheitssatz verletzt hat, beginnt damit, dass zwei Sachverhalte, die unterschiedlich geregelt wurden, miteinander verglichen werden. Da aber zwei Sachverhalte kaum jemals in jeder Hinsicht übereinstimmen, kann Art. 3 Abs. 1 GG nicht lediglich besagen, dass vollständig Gleiches gleich zu behandeln ist. Diese Norm fordert nach traditioneller Auffassung vielmehr, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Unglei-

---

<sup>617</sup> Die Begriffe werden dabei als Synonyme verwendet.

<sup>618</sup> Vgl. etwa BVerfGE 1, 14 (52); 50, 57 (77).

ches ungleich zu behandeln<sup>619</sup>. Die Schwierigkeit bei der Anwendung des Gleichheitssatzes besteht also darin, festzustellen, welche Merkmale der beiden Lebenssachverhalte „wesentlich“ sind und miteinander verglichen werden müssen. Gleich sind Sachverhalte, wenn der Bezugspunkt der gesetzlichen Regelung bei beiden vorliegt, gleichsam gemeinsamer Oberbegriff für beide ist<sup>620</sup>. Dagegen ist die Voraussetzung der Ungleichbehandlung schnell erfüllt<sup>621</sup>. Eine Ungleichbehandlung kann sich auch aus den praktischen Auswirkungen einer formalen Gleichbehandlung ergeben<sup>622</sup>.

(2) In der traditionellen Prüfungspraxis des *Bundesverfassungsgerichtes* wurden Regelungen unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes nur beanstandet, wenn sich für sie sachliche Gesichtspunkte schlechterdings nicht finden ließen und sie in dem Sinne offenbar unsachlich und unvernünftig beziehungsweise willkürlich waren. Wann immer ein sachlicher Gesichtspunkt zu finden war, wurde üblicherweise ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz verneint<sup>623</sup>. Demgegenüber legt das *Bundesverfassungsgericht* im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG nunmehr eine mehrstufige Gleichheitsprüfung zugrunde<sup>624</sup>. Demnach ist dieses Grundrecht dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Zur Rechtfertigung einer vom Gesetzgeber vorgenommenen unterschiedlichen Behandlung vergleichbarer Sachverhalte genügt es danach nicht, auf die eine oder andere zwischen ihnen bestehende Verschiedenheit hinzuweisen. Vielmehr muss darüber hinaus der Nachweis erbracht

---

<sup>619</sup> So bereits: BVerfGE 1, 14 (56); 3, 58 (135); 9, 305 (310 f.) (st. Rspr.).

<sup>620</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, 2002, Rn. 476 f.

<sup>621</sup> Jarass, in: Jarras/Pieroth, GG, 2002, Art. 3 Rn. 4.

<sup>622</sup> BVerfGE 8, 51 (64); 49, 148 (165).

<sup>623</sup> Wendt, Der Gleichheitssatz, NVwZ 1988, 778 (779).

<sup>624</sup> Wendt, NVwZ 1988, 778 (781).

werden, dass die festgestellte Verschiedenheit ihrer Art und ihrem Gewicht nach gerade eine solche Ungleichbehandlung wie die vorgenommene zu tragen vermag, das heißt die angeordneten unterschiedlichen Rechtsfolgen nach Art und Ausmaß legitimieren kann<sup>625</sup>. Diese Rechtsfolgen müssen ihrer Eigenart nach in einem innerem sachlichen Zusammenhang zu den vorgefundenen Verschiedenheiten der geregelten Sachverhalte stehen<sup>626</sup>. Im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens ist insbesondere die Frage der Systemgerechtigkeit Prüfungsmaßstab.

## bb) Systemgerechtigkeit

Mit Begriffen wie Sachgerechtigkeit oder Systemgerechtigkeit ist gemeint, dass der Gesetzgeber ein von ihm selbst gewähltes Ordnungsprinzip nicht ohne zureichenden Grund wieder verlassen darf<sup>627</sup>. Der Gedanke der Systemgerechtigkeit oder Sachgesetzlichkeit hat seine Grundlage unter anderem im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG), vor allem aber im allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)<sup>628</sup>. Verstößt eine Rechtsnorm gegen das vom Gesetzgeber selbst geschaffene System beziehungsweise durchbricht sie die vom Gesetzgeber selbst statuierte Sachgesetzlichkeit, so ist der allgemeine Gleichheitssatz verletzt<sup>629</sup>. Darüber hinaus verlangt die *Rechtsprechung* für das Abweichen vom zunächst bestimmten „System“ das Vorliegen nicht nur sachlich vertretbarer, sondern überzeugender Gründe<sup>630</sup>. Das Vorliegen von Sys-

---

<sup>625</sup> Wendt, NVwZ 1988, 778 (781).

<sup>626</sup> Wendt, NVwZ 1988, S. 778 (781).

<sup>627</sup> BVerfGE 25, 236 (251).

<sup>628</sup> Das BVerfG erkannte die Systemgerechtigkeit zunächst als eigenständigen Prüfungsmaßstab an (grundlegend): BVerfGE 13, 221 (339 ff.); speziell zur Einkommenssteuer: BVerfGE 34, 103 (115 ff. m.w.N.). Nunmehr spricht es ihm verfassungsrechtliche Bedeutung nur noch im Rahmen des Gleichheitssatzes zu: BVerfGE 59,36 (49); 66, 214 (225 ff.); 67, 70 (84 ff.) - Zum heutigen Stand: Peine, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 24 ff., 282 ff., 301 ff.

<sup>629</sup> Wendt, NVwZ 1988, 778 (783).

<sup>630</sup> BVerfGE 18, 366 (372 f.); 61, 138 (148); 67, 70 (84 f.); 85, 238 (347).

temwidrigkeit allein stellt daher noch keinen Gleichheitsverstoß dar, liefert aber ein Indiz dafür<sup>631</sup>. Weder aus Art. 3 Abs. 1 GG noch aus dem geltenden Verfassungsrecht ist ein generelles „Systemerhaltungsgebot“ zu entnehmen<sup>632</sup>. In der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichtes ist Folge des Gleichheitsverstoßes, dass die gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende Regelung nicht nichtig<sup>633</sup>, sondern nur mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist<sup>634</sup>. In bestimmten Situationen erfolgt dagegen eine (Teil-) Nichtigkeitserklärung<sup>635</sup>.

Wirken sich die Verfahrensregelungen gegenüber materiellen gesetzlichen Regelungen in der Weise strukturell gegenläufig aus, dass das materielle Recht weitgehend nicht durchgesetzt werden kann und ist dies dem Gesetzgeber zuzurechnen, so führt dies zur Verfassungswidrigkeit der materiellen Norm<sup>636</sup>. Vollzugsmängel sind dem Gesetzgeber dann zuzurechnen, wenn sie auf gesetzlichen Regelungen oder auf Verwaltungsvorschriften beruhen, die der Gesetzgeber bewusst und gewollt hingenommen oder deren strukturelle Vollzugsfeindlichkeit sich ihm nachträglich aufdrängt<sup>637</sup>. Drängt sich ein struktureller Vollzugsmangel dem Gesetzgeber erst nachträglich auf,

---

<sup>631</sup> BVerfGE 34, 103 (115); 66, 214 (224); 67, 70 (84 f.); 68, 237 (253); 81, 156 (207); Gubelt, in: von Münch/Kunig, GG, 2000, Art. 3 Rn. 30; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2002, Art. 3 Rn. 29; siehe auch Wendt, NVwZ 1988, 778 (783).

<sup>632</sup> Dies ergibt sich auch aus der Problematik der Rückwirkung von Gesetzen. Vgl. auch Wendt, NVwZ 1988, 778 (783).

<sup>633</sup> Das BVerfG verzichtet auf die Nichtigkeitserklärung, wenn es durch die Nichtigkeitserklärung in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen würde, weil der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Beseitigung des Verfassungsverstoßes hat (BVerfGE 22, 349 (361 f.); 23, 1 (10); m.w.N.: 23, 242 (254 f.); 27, 391 (399 f.); 28, 227 (242 f.); 61, 43 (68); 61, 319 (356); 73, 40 (101 f.); 78, 350 (363); 82, 60 (97); 87, 153 (177 f.); 89, 381 (394); 92, 53 (73); 93, 121 (148); 93, 165 (178); 99, 280 (298)) oder wenn durch die Nichtigkeitserklärung ein Rechtszustand herbeigeführt würde, welcher der verfassungsgemäßen Ordnung noch weniger entspräche als die angegriffene Regelung (BVerfGE 33, 303 (305, 347 f.); 87, 153 (177 f.); 99, 216 (243 f.); 91, 186 (207); 61, 319 (356); 92, 53 (73)).

<sup>634</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2002, Art. 3 Rn. 41; Gubelt, in: von Münch/Kunig, GG, 2000, Art. 3 Rn. 47; Rainer Wernsmann, Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz, Berlin 2000, S. 79 ff.

<sup>635</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 2002, Art. 3 Rn. 42.

<sup>636</sup> BVerfGE 84, 239 (271f., 284); Pieroth/Schlink, Grundrechte, 2002, Rn. 497; ausführlich dazu Wernsmann, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, 2000, S. 292 ff., 137 ff.

<sup>637</sup> BVerfGE 84, 239 (272); Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdB StR, Band V: Allgemeine Grundrechtlehren, Heidelberg 1992, § 125 Rn. 83.

so trifft den Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Pflicht, diesen Mangel binnen angemessener Frist zu beseitigen<sup>638</sup>.

Im Zinsurteil konkretisiert das Bundesverfassungsgericht diese Voraussetzungen für die Steuergesetzgebung, indem es objektiv das Vorliegen einer Ungleichheit im steuerlichen Belastungserfolg, einen strukturellen Erhebungsmangel und das Fehlen von Rechtfertigungsgründen hierfür fordert. Ungleichheit im steuerlichen Belastungserfolg wurde angenommen, wenn die materielle Steuerpflicht und die tatsächliche Belastung voneinander abweichen. Da die tatsächliche Belastung desjenigen, der seine Zinsen nicht ordnungsgemäß versteuert, hinter seiner materiellen Steuerpflicht zurück bleibt, tritt im Vergleich zu dem Steuerpflichtigen, der ordnungsgemäß versteuert, eine Belastungsungleichheit ein. Daneben bejahte das Bundesverfassungsgericht auch das Vorliegen eines strukturellen Erhebungsmangels. Dabei berücksichtigte es, dass der Gesetzgeber eine absolute Gleichheit im Belastungserfolg nie gewährleisten kann. Entsprechend wird darauf abgestellt, ob die vorhandenen Erhebungsregeln grundsätzlich geeignet sind, den materiellen Steueranspruch auch durchsetzen. Ist dem nicht so, wird aus der einfachen steuerlichen Belastungsungleichheit ein strukturelles Vollzugsdefizit.<sup>639</sup> Die erhobene Verfassungsbeschwerde hatte auch insoweit Erfolg, als das Bundesverfassungsgericht einen strukturellen Erhebungsmangel feststellte und dem Gesetzgeber eine Frist setzte, diesen strukturellen Erhebungsmangel zu beseitigen<sup>640</sup>.

### **cc) Auswirkung der Vollzugsmängel auf die Verfassungsmäßigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes**

---

<sup>638</sup> BVerfGE 84, 239 (272).

<sup>639</sup> BVerfGE 84, 239 (272).

<sup>640</sup> BVerfGE 84, 239 (273 f.).

Die Grundentscheidung über die Zulässigkeit der Datenverarbeitung trifft der Gesetzgeber auf materieller Ebene. Das Bundesdatenschutzgesetz statuiert insoweit ein Verbot der Datenverarbeitung personenbezogener Daten mit Legalvorbehalt (§ 4 Abs. 1 BDSG), trifft somit eine Entscheidung zu Gunsten des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen. Die verfahrensrechtlichen Erwägungen müssen darauf beschränkt sein, den Vollzug der bereits getroffenen Abwägung sicherzustellen. Zwar hat der Gesetzgeber einen weiten Prognose- und Gestaltungsspielraum, den er allerdings durch getroffene Wertentscheidungen in seiner Reichweite selbst beschränkt<sup>641</sup>. Das Mephistoesche Gesetz: „Das erste steht uns frei, beim zweiten sind wir Knechte“<sup>642</sup> gilt auch für den Gesetzgeber.

Das Bundesdatenschutzgesetz verlangt, dass das in § 4 Abs. 1 BDSG niedergelegte Verbot mit Legalausnahmen gleichmäßig gegenüber allen Datenverarbeitern durchgesetzt werden muss. Materiell-rechtlich ist eine Ausnahme für die Anwaltschaft nicht vorgesehen. Dennoch ist diese materiell-rechtliche Pflicht gegenüber Anwälten nicht durchsetzbar, da die zur Durchsetzung der Pflicht bestimmten Verfahrensnormen von der Anwendung ausgeschlossen sind. Nimmt der Gesetzgeber auf materieller Ebene eine Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen vor, so legt er damit den Bewertungsmaßstab fest. Es kann ihm daher nicht mehr freistehen, auf der verfahrensrechtlichen Ebene eine hierzu im Widerspruch stehende Abgrenzung zu treffen. Während in § 4 Abs. 1 BDSG ein Verbot mit Legalausnahmen besteht, womit der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, dass dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung generell der Vorrang einzuräumen ist, so ist es ihm verwehrt – im verfahrensrechtlichen Teil – im Hinblick auf die Kontrolle diese Wertung umzukehren. Bereits aus dem Rechtsstaatprinzip (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) ergibt sich, dass das, was der Gesetzgeber

---

<sup>641</sup> BVerfGE 3, 58 (135); 46, 55 (62); 49, 260 (271); 56, 87; 85, 176 ff.

<sup>642</sup> Johann W. Goethe, Faust I, S. 3.

materiell-rechtlich gewollt hat, auch verfahrensrechtlich seine Umsetzung finden muss. Derjenige, der die materiell-rechtliche Entscheidung des Gesetzgebers respektiert, hat den Kontrollzugriff des Gesetzgebers nicht zu fürchten. Wird die Kontrolle daher in Abweichung zur materiell-rechtlichen Regelung gestaltet, so kann dies nur dem Zweck dienen, die materiell-rechtliche Regelung auszuhebeln.

Insoweit kann durchaus eine „strukturelle Gegenläufigkeit“ im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung angenommen werden. Denn wie gezeigt, beschneiden die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes die Informationsfreiheit und damit auch die Freiheit der Berufsausübung. Derjenige, dem umfassende Informationen über seine Kunden zur Verfügung stehen, hat zweifelsfrei einen Vorteil im Wettbewerb. Ansonsten wäre der oben beschriebene Trend zur verstärkten Datennutzung nicht zu erklären. Daraus, dass das materielle Recht weitgehend nicht durchgesetzt werden kann, resultiert eine Belastung einer Gruppe, der eine andere nicht unterworfen ist, obwohl eine materiell-rechtliche Pflicht zur Unterwerfung besteht.

Die Verfahrensregeln sind auch grundsätzlich nicht geeignet, den Vollzug sicherzustellen, da sie von vornherein nicht oder nur sehr eingeschränkt zur Anwendung gelangen. Die Gleichheit des Vollzugs ist nicht (nur) deshalb nicht gewährleistet, weil faktische Zwänge – etwa haushalterische – zu einer (faktischen) Nichtanwendung der Vorschriften führen. Vielmehr ist das Bundesdatenschutzgesetz in Bezug auf die Anwaltschaft von vornherein so aufgebaut, dass eine wirksame Kontrolle nicht in Betracht kommt.

Eine Rechtfertigung hierfür ist nicht erkennbar. Gründe, weshalb gerade von der Kontrolle des Datenschutzes in einem Bereich abgesehen werden soll, in dem besonders viele und hochgradig sensible Informationen bekannt werden, sind nicht ersichtlich. Die Gefährdung des informationellen Selbstbestimmungsrechts im Verhältnis zu An-

wälten wird durch das Bundesdatenschutzgesetz nicht in Abrede gestellt. Materiell-rechtlich wäre es ohne weiteres möglich gewesen, den Bereich der Berufsgeheimnisträger vom Verbot der Datenverarbeitung auszunehmen. Dies ist aber gerade nicht geschehen.

Letztlich ist die strukturelle Ungleichheit dem Gesetzgeber auch zurechnen, was zur Verfassungswidrigkeit der materiellen Norm<sup>643</sup>, mithin des § 4 Abs. 1 BDSG, führt. Zumindest folgt hieraus die verfassungsrechtliche Pflicht, diesen strukturellen Vollzugsmangel zu beseitigen. Das rechtsstaatliche Kontinuitätsgebot fordert die vorübergehende Fortgeltung an sich verfassungsrechtlich unbedenklicher materiell-rechtlicher Vorschriften, die von einem strukturell unzulänglichen Vollzug „infiziert“ werden<sup>644</sup>.

## **b) Verfassungswidrigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes aufgrund Verletzens einer Schutzpflicht**

Des weiteren ist die Verfassungsmäßigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes am Bestehen einer Schutzpflicht zu messen, das heißt zu untersuchen ist, ob durch Vernachlässigung der besonderen Problematik des Datenschutzes in der Anwaltskanzlei im Rahmen des Bundesdatenschutzgesetzes eine Schutzpflicht verletzt wurde. Obwohl sich Wissenschaft und Rechtsprechung seit geraumer Zeit damit befassen, ist in Bezug auf Herleitung, Gegenstand und Umfang solcher Schutzpflichten vieles unklar und umstritten<sup>645</sup>.

---

<sup>643</sup> BVerfGE 84, 239 (271f., 284); Pieroth/Schlink, Grundrechte, 2002, Rn. 497; ausführlich dazu Wernsmann, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, 2000, S. 292 ff., 137 ff.

<sup>644</sup> BVerfGE 84, 239 (285).

<sup>645</sup> Vgl. die Klausur von Ingo von Münch, Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Das Baby von Erlangen, JuS 1997, 248 ff., aus deren Lösung indes kein allgemeingültiger Prüfungsaufbau abgeleitet werden kann; Christian Callies/Axel Kallmayer, Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Abwehrrechte und Schutzpflichten aus Grundrechten, JuS 1999, 785 (789 ff.); jüngst Christoph Brü-

## aa) Herleitung und Grundlage

Die Existenz staatlicher Schutzpflichten ist heute in *Rechtsprechung*<sup>646</sup> und *Lehre*<sup>647</sup> allgemein anerkannt. Unterschiede bestehen jedoch in ihrer dogmatischen Begründung.

Das *Bundesverfassungsgericht* konnte in seinen ersten Entscheidungen aus prozessualen Gründen offen lassen, ob einer objektiven Pflicht ein subjektives Recht korrespondiert<sup>648</sup>. Erst in seinem *C-Waffen-Beschluss* hat das Gericht das Bestehen subjektiver Rechte anerkannt<sup>649</sup>. Diese Rechtsprechung wurde zwischenzeitlich in einer Vielzahl von Entscheidungen weiter konkretisiert<sup>650</sup>.

Somit folgen die Schutzpflichten nach der *Rechtsprechung* und der *h.M.* im Schrifttum einerseits aus den objektiven Wertentscheidungen des betroffenen Grundrechts<sup>651</sup>. Danach verpflichtet Art. 1 Abs. 1

---

ning/Marcus Heilios, Die verfassungsrechtliche Durchsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten am Beispiel des Internets, Jura 2001, 155 ff.

<sup>646</sup> BVerfGE 39, 1 (41) (Schwangerschaftsabbruch I); 46, 160 (164) (Schleyer); 49, 89 (140 f.) (Kalkar I); 53, 30 (57) (Mühlheim Kärlich); 56, 54 (73) (Fluglärm); 88, 203 (251) (Schwangerschaftsabbruch II); BGHZ 102, 350 (365) (Staatshaftung für Waldschäden).

<sup>647</sup> Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1986, S. 410 ff.; Hermes, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1986, S. 199; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 350; Stern, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdB StR V, 1992, § 109 Rn. 59; Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdB StR V, 1992, § 111 Rn. 82; Hans-Uwe Erichsen, Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, 85 ff.; Alexandra Pietzak, Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und neue Aspekte, JuS 1994, 748; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 92; Peter Unruh, Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996, S. 18; Johannes Dietlein, Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992, S. 34.

<sup>648</sup> BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 49, 89 (141 f.), wobei es sich in der Regel um abstrakte Normenkontrollen bzw. einstweilige Anordnungen handelte; im Anschluss daran BVerfGE 53, 30 (57); 56, 64 (73).

<sup>649</sup> BVerfGE 77, 170 (214); daran anknüpfend BVerfG, NVwZ 2000, S. 309 (310).

<sup>650</sup> BVerfGE 77, 381 (402 f.); 79, 174 (201 f.); BVerfG, NJW 1995, 2343.

<sup>651</sup> Vgl. etwa BVerfGE 39, 1 (42) (Schwangerschaftsabbruch I); 46, 160 (164) (Schleyer); 49, 89 (141) (Kalkar I); 53, 30 (57) (Mühlheim-Kärlich); 56, 54 (73) (Fluglärm); jüngst BGH, NJW 1998, 3264 (3265) (Waldschäden); zustimmend H. Klein, DVBl 1994, 490 f.; Götz, in: HdB StR III, Heidelberg 1988, § 79 Rn. 10 ff.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 350.

Satz 2, Abs. 3 GG („und zu schützen“) den Staat, für die Umsetzung dieser Wertentscheidungen zu sorgen. Der objektive Wertcharakter der Grundrechte löst die subjektiv-rechtliche Kernsubstanz der Grundrechte also aus dem Verhältnis Staat-Bürger heraus und führt sie einer universellen (allseitigen) Geltung zu. Diese Schlussfolgerung bedeutet aber nicht, dass sich der zuerkannte objektiv-rechtliche Gehalt der Grundrechte die subjektiv-rechtliche Primärfunktion „einverleibt“ und so nicht trennbare Schutzebenen entstehen. Vielmehr ist der objektiv-rechtliche zu dem subjektiv-rechtlichen Gehalt hinzugetreten. Andererseits zwingt ihn auch die Pflicht zum Schutz der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG zum Handeln, sofern ein Grundrecht so schwer verletzt wird, dass auch sein Menschenwürdekern betroffen ist<sup>652</sup>.

Das *Schrifttum* ist hingegen schon sehr früh auf die Rechtsfigur der Schutzpflichten eingegangen und hat bis auf wenige Ausnahmen<sup>653</sup> die Notwendigkeit eines Rechts auf Schutz anerkannt.

*Zum Teil*<sup>654</sup> wird im Gegensatz zur Rechtsprechung und der h.M. in der Literatur ein Ansatz vertreten, der die grundrechtlichen Schutzansprüche mit den klassischen subjektiven Abwehrrechten gleichsetzt. Der Staat erlaube privaten Dritten, in die Grundrechte des Betroffenen einzugreifen. Das allgemeine Gewaltverbot zwingt den Betroffenen, diese nun rechtmäßigen Beeinträchtigungen zu dulden. Daraus folge, dass dem Staat die Folgen des Nichtverbietens dieser Beeinträchtigungen als Eingriff in die Grundrechte des Geschädigten zuzurechnen seien<sup>655</sup> (sogenannter Anscheinsbeweis beziehungs-

---

<sup>652</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (42) (Schwangerschaftsabbruch I); Dürig, in: Maunz/Dürig/herzog/Scholz, GG, 2001, Art. 1 III Rn. 131; ablehnend Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 413; kritisch auch Eckart Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 (1635).

<sup>653</sup> Dazu Nachweise bei Gerhard Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987, S. 122.

<sup>654</sup> Einführender Überblick bei Pietzak, JuS 1994, S. 748 (749 ff.).

<sup>655</sup> Dietrich Murswiek, Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985, S. 66 (92, 102); a.A. BVerfG, NJW 1998, 3264 (3265); Josef Isen-

weise Rechtsvermutung). Was der Staat Dritten erlaubt, wird ihm wie eigenes Handeln zugeschrieben. Von *anderer* Seite in der Literatur werden auf Grund des Sozialstaatsprinzips soziale Schutzansprüche formuliert: Wer Schutz verlange, fordere eine Leistung. Die Pflicht des Staates, Schutzleistungen zu erbringen, ergibt sich danach aus dem jeweiligen Grundrecht i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip<sup>656</sup>.

Trotz berechtigter Kritik an der nicht ganz überzeugenden dogmatischen Stringenz<sup>657</sup> ist der Ansatz des *Bundesverfassungsgerichtes* vorzugswürdig. Die Gleichsetzung von grundrechtlichen Schutzansprüchen und Abwehrrechten erscheint konstruiert und kehrt im Ergebnis das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip um. Probleme ergeben sich insbesondere im Hinblick auf die Zurechnung privater Verletzungshandlungen, die eben kein staatliches Handeln sind. Die Zurechnung des Erfolges basiert nicht auf einem Handeln des Staates, sondern nur auf der Tatsache, dass der Staat seine Schutzfunktionen nicht hinreichend erfüllt hat<sup>658</sup>. Gegen eine Heranziehung des Sozialstaatsprinzips bestehen Zweifel auf Grund der Konzeption der Schutzpflichten, bei denen es um den Schutz bereits bestehender Rechtsgüter geht, nicht aber um die Zuteilung neuer Güter, auf die sich die Leistungsrechte erstrecken. Ziel der Schutzpflichten ist primär die Abwehr von Beeinträchtigungen bestehender Rechtsgüter, nicht aber die tatsächliche Ermöglichung einer rechtlich garantierten Ausübung von Grundrechten<sup>659</sup>.

---

see, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983, S. 21 ff; ders., in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdB StR V, 1992, § 111 Rn. 83 ff.; E. Klein, NJW 1989, 1633 (1636).

<sup>656</sup> Rupert Scholz, Nichtraucher contra Raucher – OVG Berlin, NJW 1975, 2261 und VG Schleswig, JR 1975, 130, JuS 1976, 232 (234); Überblick bei Unruh, Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 348 ff.

<sup>657</sup> Vgl. etwa Murswiek, Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 101; Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdB StR V, 1992, § 111 Rn. 81; neuerdings Rudolf Steinberg, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, 1985 ff.

<sup>658</sup> Pietzak, JuS 1994, 748 (749 m.w.N.).

<sup>659</sup> Muswiek, Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 123.

## bb) Inhalt und Umfang der Schutzpflicht

Während es beim grundrechtlichen Abwehranspruch um eine bestimmte, dem Staat zurechenbare Beeinträchtigung geht, die gerechtfertigt sein muss, soll sie nicht vom Betroffenen unterbunden werden können, steht der Gegenstand der Schutzpflicht und des entsprechenden Schutzniveaus nicht von vornherein fest. Somit ist die Schutzpflicht vollzugs- und umsetzungsbedürftig. Erst mit ihrer Ausgestaltung und Konkretisierung wird der Schutzgedanke in der Rechtsordnung verankert<sup>660</sup>.

Die Pflicht zu positivem staatlichen Handeln kann sich aus einer Gefährdung grundrechtlich geschützter Interessen durch Eingriffe Privater ergeben. Die erforderlichen Maßnahmen können sich bis hin zum Erlass von Strafvorschriften verdichten<sup>661</sup>. Aus einer Reihe von Grundrechten ergibt sich eine Pflicht des Staates, die grundrechtlichen Güter vor Eingriffen Dritter zu schützen<sup>662</sup>. Dadurch wird der Staat verpflichtet, durch positive Maßnahmen die Grundrechtsausübung vor Behinderungen durch Privatpersonen zu sichern<sup>663</sup>. So hat das *Bundesverfassungsgericht* in den Urteilen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs eine Pflicht des Staates abgeleitet, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen, das heißt auch, sie vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren<sup>664</sup>. Dem Gesetzgeber kommt aber auch insoweit ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu<sup>665</sup>. Nur unter besonderen Umständen kann sich die Schutzpflicht auf die Vornahme einer konkreten Maßnahme ver-

---

<sup>660</sup> Rainer Wahl/Johannes Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553 (558 f.).

<sup>661</sup> BVerfGE 39, 1 (45 ff.).

<sup>662</sup> Vgl. Jarras, in: Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 10.

<sup>663</sup> Jarass, Grundrechte als Werteentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), 363 (383).

<sup>664</sup> BVerfGE 88, 203 (251, 261 f.)

<sup>665</sup> BVerfGE 88, 203 (262); 96, 56 (64); 97, 169 (176).

dichten<sup>666</sup>. Es kommt insofern auf die Eigenart des jeweils in Rede stehenden Sachbereichs, die Möglichkeiten, sich über zukünftige Entwicklungen ein hinreichendes Urteil bilden zu können, und die Bedeutung der einschlägigen Rechtsgüter an<sup>667</sup>. Der Gesetzgeber darf demzufolge nach seinem Ermessen darüber entscheiden, wie er seine Schutzpflicht erfüllt, nicht aber darüber, ob er sie erfüllt<sup>668</sup>. Auch wenn der Schutzgegenstand demgemäß von vornherein unbestimmt ist, ist das Auswahlermessen des Gesetzgebers indes „nach unten“ beschränkt. Die Schutzpflicht ist allerdings nur verletzt, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind.<sup>669</sup> Demzufolge seien zur Erfüllung einer Schutzpflicht staatliche Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art geboten, die dazu führten, dass ein angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht werde<sup>670</sup>. Mit diesem sogenannten Untermaßverbot wird der gebotene Mindeststandard an Schutz beschrieben<sup>671</sup>. Zu berücksichtigen ist aber, dass das *Bundesverfassungsgericht* nur evidente Schutzpflichtverletzungen feststellt<sup>672</sup>, mithin nur evidente Mängel rügt.

---

<sup>666</sup> BVerfGE 39, 1 (44 ff.); 77, 170 (215); BVerwG, NVwZ 1989, 1163 (1165) m. Anm. Ahaus; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 40.

<sup>667</sup> BVerfGE 77, 170 (214 f.); 79, 174 (202); 88, 203 (262); BVerfG, NJW 1998, 2961 (2962).

<sup>668</sup> Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 53.

<sup>669</sup> So jedenfalls nach BVerfGE 56, 54 (81); 77, 170 (215); 77, 381 (405); 79, 174 (202); 85, 191 (212); 92, 26 (46).

<sup>670</sup> BVerfGE 88, 203 (254); BVerfG, NJW 1995, 2343; 1996, 651; darin aufgegangen ist das Merkmal der Effektivität, wie es E. Klein, NJW 1989, 1633 (1637) vorschlug.

<sup>671</sup> Markus Möstl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, 1029 (1038).

<sup>672</sup> BVerfGE 56, 54 (81); 77, 170 (215); BVerfG, NJW 1996, 651; 1998, 3264 (3265).

### **cc) Einklagbarkeit der Schutzpflicht**

Zunächst war *umstritten*, ob dem Einzelnen ein einklagbares Recht gegen den Staat auf die Erfüllung seiner Schutzpflicht zustehe<sup>673</sup>. Spätestens seit dem *C-Waffen-Beschluss* des Bundesverfassungsgerichtes<sup>674</sup> ist aber anerkannt, dass die Verletzung der Schutzpflicht eine Verletzung des Grundrechts darstellt und daher ein subjektives Recht auf Abhilfe besteht, so dass als Mittel der Rechtsverwirklichung die Verfassungsbeschwerde in Betracht kommt<sup>675</sup>. Dem ist zu folgen, da nur die Einklagbarkeit dem im Grundgesetz angelegten Grundsatz der Autonomie und Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen entspricht. Erst durch die Subjektivierung der Schutzpflichten kann diese Autonomie verwirklicht werden. Überdies kann nur ein Anspruch auf Schutz, der einklagbar ist, den Schutzpflichten zur effektiven Durchsetzung verhelfen.

### **dd) Anwendung im Hinblick auf den datenschutzrechtlichen Sachverhalt**

Damit stellt sich die Frage, ob eine auf Schließung des datenschutzrechtlichen Vollzugsdefizits gerichtete Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg haben könnte. Das Bundesverfassungsgericht hat eine Pflicht zum Schutz unter anderem vor Gefahren der friedlichen Nutzung der Kernenergie<sup>676</sup>, vor Straßenverkehrs- und Fluglärm<sup>677</sup> sowie vor Abtreibung<sup>678</sup> hergeleitet. Die Gefahren der Informationsverarbeitung bleiben hinter den dieser Rechtsprechung zu Grunde liegenden Rechtsgutsgefährdungen nicht zurück. Der Datenschutz hat seine Grundlage in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und ist

---

<sup>673</sup> BVerfGE 23, 42 (249); 56, 54 (70); Erichsen, Jura 1997, 85 (88).

<sup>674</sup> BVerfGE 77, 170 (214 f.); 79, 174 (201 f.).

<sup>675</sup> Pietzak, JuS 1994, 748 (752), E. Klein, NJW 1989, 1633 (1638).

<sup>676</sup> BVerfGE 49, 89 (140 ff.) (Kalkar I); 53, 30 (57 ff.) (Mühlheim-Kärlich).

<sup>677</sup> BVerfGE 79, 174 (201 f.) (Straßenverkehrslärm); 56, 54 (73 f.) (Fluglärm).

<sup>678</sup> BVerfGE 39, 1 (41 f.) (Schwangerschaftsabbruch I); BVerfGE 88, 203 (251) (Schwangerschaftsabbruch II).

damit Ausfluss der Menschenwürde<sup>679</sup>, die wiederum der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG unterfällt und damit bereits vom Verfassungsgeber als herausragend wichtiger Wert definiert worden ist. Art 1 Abs. 1 Satz 2 GG fordert die staatliche Gewalt explizit dazu auf, sich schützend vor die Menschenwürde zu stellen. Konsequenterweise hat das Bundesverfassungsgericht eine Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG auch anerkannt: „Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht entfaltet direkte Wirkung nur gegenüber dem Staat. Dieser ist aber grundrechtlich gehalten, den Einzelnen vor Persönlichkeitsgefährdungen durch Dritte zu schützen“<sup>680</sup>.

Dieser Forderung hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich angeschlossen, indem er, wie dargestellt, die Datenverarbeitung als gefährliche Technologie bewertet und einem grundsätzlichen Verbot (§ 4 Abs. 1 BDSG) unterstellt. Diese Wertung gilt auf Grund gesetzlicher Anordnung auch im Verhältnis zwischen Privaten (vergleiche §§ 27 ff. BDSG). Sie wird dann für bestimmte Sachverhalte, nämlich bei automatisierten Verarbeitungen, nochmals durch den Gesetzgeber speziell kodifiziert, um der darin liegenden Gefährdung begegnen zu können.<sup>681</sup> Um eine solche automatisierte Datenverarbeitung geht es gerade beim Database Marketing. Weil aber der Datenschutz, auch zwischen Privaten, durch den Gesetzgeber als besonders wesentlicher Wert anerkannt wurde, müssen an den Schutz dieses Wertes hohe Anforderungen gestellt werden. Dabei kann es nicht genügen, dass der Staat Rechtsnormen wie das Bundesdatenschutzgesetz – die materiell-rechtlich dem verfassungsrechtlichen Auftrag grundsätzlich genügen, die informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Bürger auch gegenüber Privaten zu sichern – zwar erlässt, eine bestimmte Gruppe Betroffener aber auf Grund der fehlenden Durchsetzbarkeit der materiell-rechtlichen Restriktionen de

---

<sup>679</sup> BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählung).

<sup>680</sup> BVerfG, NJW 1999, 1322 (1323) unter Bezug auf BVerfGE 73, 118 (201); 97, 125 (146).

<sup>681</sup> Vgl. u.a. § 6 a BDSG.

facto nicht davon betroffen wird. Die Rechtmäßigkeit der Zusammenführung von Daten zu einem Persönlichkeitsprofil wird schon im gewerblichen Bereich äußerst kritisch gesehen. Um so mehr muss dies für den Anwaltsbereich gelten, der im Gegensatz zur gewerblichen Wirtschaft einer wirksamen Kontrolle nur schwer zugänglich ist und dem als Organ der Rechtspflege eine besondere Verantwortung zukommt. Denn die Zusammenführung von zahlreichen Informationen zu einem Mandantenprofil birgt die Gefahr in sich, dass der Rechtsanwalt ein weniger lukratives Mandat ablehnen könnte. Nutzt die Mehrheit der Anwälte Mandantenbewertungssysteme, ergibt sich hieraus eine Gefahr auch für die Funktion der Rechtspflege. Dieser Gefahrenlage wird bisher nicht begegnet. Die im Bundesdatenschutzgesetz bereitgestellten Instrumentarien wirken gegenüber dem Anwalt „nur auf dem Papier“, ihre Durchsetzung läuft ins Leere, so dass im Zuge der fortschreitenden Technisierung und unter Berücksichtigung der herausragenden Stellung des Anwalts im Rechtspflegesystem die Verletzung der dem Gesetzgeber obliegenden Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG im Verhältnis Betroffener und Anwalt nahe liegt. Eine hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde hätte somit durchaus Aussicht auf Erfolg.

### **III. Ergebnis**

Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich, dass das Bundesdatenschutzgesetz gleichheitswidrig in Bezug auf die Anwaltschaft angelegt ist. Auch hat der Gesetzgeber die ihm obliegende Schutzpflicht verletzt, indem er es – trotz Kenntnis der Sachlage<sup>682</sup> – unterließ, eine entsprechende Regelung in die Neukonzeption des BDSG einzuführen.

---

<sup>682</sup> Siehe die Diskussion i.R.d. Beratung zur Datenschutzrichtlinie, die sogar auf eine Initiative aus Deutschland zurückgeht. Vgl. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Entwurf einer EU-Richtlinie, März 1995, und des Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne (CCBE - Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft), Mai 1995.

Für die effektive Wahrnehmung des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen wäre dies unerlässlich. Dementsprechend ist zu überprüfen, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber offen stehen, den geforderten Erfolg zu erreichen.

## **E. Fazit: Rechtspolitische Erwägungen**

Aus rechtspolitischer Sicht ist zunächst zu beanstanden, dass eine ausdrückliche Regelung anwaltlicher Informationsverarbeitung im Bundesdatenschutzgesetz fehlt. Das auftretende Vollzugsdefizit begründet sich aus dem Verhältnis verschiedener Normen zueinander, wobei die straf- und anwaltsrechtlichen Normen, die eine wirksame Kontrolle verhindern, paradoxerweise die Interessen des von der Datenverarbeitung potentiell betroffenen Mandanten schützen sollen. Die Verschwiegenheitspflicht des Anwalts dient dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und seinem Mandanten. Wird dieses Vertrauen aber missbraucht und werden die dem Anwalt überlassenen Informationen zweckentfremdet, schützt die Verschwiegenheitspflicht den Missbrauch und richtet sich in ihrer Wirkung gegen den Geschützten. Die Schutznorm stellt den Geschützten im Ergebnis schutzlos und darüber hinaus auch Dritte, deren Daten ebenfalls verarbeitet werden. Denn deren dem Anwaltsgeheimnis nicht unterliegenden Informationen sind durch eine gedachte Kontrollinstanz von den geschützten Daten nur zu unterscheiden, wenn man weiß, welche Daten solche des Mandanten sind, was wiederum den Schutz der Daten gefährdet.

Dies macht deutlich, wie schwierig es herauszufinden ist, welche Schutzmechanismen für den betroffenen Bürger unverzichtbar sind. Es bedarf hierzu einer Einschätzung sowohl der technischen Möglichkeiten als auch der sich daraus ergebenden potentiellen Bedrohungen für das informationelle Selbstbestimmungsrecht einerseits und der besonderen Stellung des Rechtsanwalts im Rechtspflegesystem andererseits. Zudem müssen die vorgesehenen Instrumente geeignet sein, den Schutz der entsprechenden Positionen zu gewährleisten. Die konkrete gesetzliche Umsetzung der Schutzpflicht erfordert eine sorgfältige Analyse und Bewertung der Eignung der schon vorhandenen sowie der erwogenen Mechanismen. Dies hat

sowohl im Hinblick auf den materiellen Pflichtengehalt der Schutzregelungen als auch bezüglich Organisation und Verfahren ihrer Überwachung zu erfolgen. Darüber hinaus ist die präventive Wirkung von Strafandrohungen und Schadensersatzverpflichtungen in die Bewertung einzubeziehen, wobei die Durchsetzung von Sanktionen von Bedeutung ist.

Hieraus ergibt sich, dass es trotz des aufgezeigten Schutzdefizits nicht richtig sein kann, nach einer „allwissenden“ Kontrollbehörde zu rufen. Deren Einrichtung hätte zur Folge, dass die dort zwangsläufig zu erwartende Ansammlung von Personendaten Gefährdungen des Rechts auf informelle Selbstbestimmung herbeiführen könnte, die dem Datenschutzgedanken zuwiderlaufen<sup>683</sup>, so dass erneut die Kollision von Schutzanordnungen gerade zur Aufhebung des Schutzes führen würde. Eine einheitliche Fremdkontrolle wäre darüber hinaus nur dann effektiv, wenn sie aus einer weitverzweigten Behördenorganisation bestünde. Für eine solche Behördenorganisation besteht jedoch keine Notwendigkeit, weil die Überwachung der Gesetze in anderer Weise ausreichend gesichert sein kann. Insoweit kann der Argumentation des Gesetzesinitiators im Gesetzgebungsverfahren<sup>684</sup> ohne weiteres gefolgt werden.

Allerdings darf die Überprüfung der anwaltlichen Datenverarbeitung, um der verfassungsrechtlich gebotenen Wirksamkeit willen, auch nicht völlig auf die Selbstkontrolle der datenverarbeitenden Stellen vertrauen. Dementsprechend muss die Möglichkeit der Aufsichtsbehörden, im Bedarfsfalle einzugreifen, aufrecht erhalten bleiben. Nach Wegfall der Anlasskontrolle stellt sich jedoch die Frage, wie eine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechende Kontrolle der Aufsichtsbehörde nunmehr aussehen soll.

---

<sup>683</sup> Siehe Antwort des Bundesministers des Innern auf die Kleine Anfrage der Fraktionen der SPD und FDP BT-Drucks. VI/3826, S. 2.

<sup>684</sup> Begründung zum RegE, BT-Drucks. 7/1027, S. 18.

Ob, wie und in welchen Betrieben die Behörde Kontrollen durchführt, entscheidet die Aufsichtsbehörde nach pflichtgemäßen Ermessen (vergleiche § 40 VwVfG), das heißt sie wird unter Berücksichtigung ihrer personellen Kapazitäten und vorrangig stichprobenartig in besonderen Gefährdungsbereichen tätig werden<sup>685</sup>. Anlass für ein Einschreiten kann etwa ein Bericht in der Presse, ein Hinweis eines nicht betroffenen Bürgers, des Betriebsrates oder anderer Behörden sein<sup>686</sup>. Liegen konkrete Anhaltspunkte für Datenschutzverstöße vor, die sich beispielsweise aus einer Beschwerde des Betroffenen selbst ergeben, wird sie tätig werden müssen (Ermessensreduzierung auf Null)<sup>687</sup>. Erforderlich ist dabei, dass der Betroffene begründet darlegt, wodurch er in seinen Rechten verletzt ist<sup>688</sup>. Wird die Aufsichtsbehörde auf Grund einer schlüssig begründeten Beschwerde eines Betroffenen nicht tätig, so kann das Tätigwerden im Wege einer allgemeinen Leistungsklage erzwungen werden<sup>689</sup>.

Ein planmäßiges Vorgehen ist jedoch nur dann möglich, wenn die Aufsichtsbehörde zumindest über die Art der Datenverarbeitung informiert ist. Analog zur Steuerverwaltung bietet es sich somit bereits aus diesem Gesichtspunkt an, das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht in eine *Erklärungspflicht* umzuwandeln oder um eine solche zu ergänzen. Dies entspräche auch dem ursprünglichen Konzept des Bundesdatenschutzgesetzes<sup>690</sup>, welches auf dem Prinzip der Selbstkontrolle basiert. Bisher wurde im Rahmen der Anlasskontrolle auf den Einsatz von Checklisten verzichtet, weil die anlassbezogene Kontrolle von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängt und

---

<sup>685</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 38 Rn. 14.

<sup>686</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 38 Rn. 14.

<sup>687</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 38 Rn. 15.

<sup>688</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 2002, § 38 Rn. 15.

<sup>689</sup> Wind, Die Kontrolle des Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich - Eine Untersuchung über die Tätigkeit der Datenschutz-Aufsichtsbehörden, 1994, S. 156.

<sup>690</sup> Vgl. Wind, Die Kontrolle des Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich - Eine Untersuchung über die Tätigkeit der Datenschutz-Aufsichtsbehörden, 1994, S.111.

sich daher ein schematisiertes Vorgehen von vorneherein verbietet. Bei der regelmäßigen Kontrolle liegt es hingegen nahe, gleichgelagerte Fragestellungen, etwa im Bereich der Datensicherung, nach gleichem Muster zu prüfen<sup>691</sup>. Der betriebliche Datenschutzbeauftragte könnte vollumfänglich erhalten bleiben, wobei die Aufsichtsbehörde allerdings durch die vom Datenschutzbeauftragten zu unterzeichnende Erklärung die notwendigen Informationen erhalten könnte, auf Grund derer eine sachgemessene Reaktion auf Gefährdungslagen möglich wäre.

Die Nutzung von Daten erscheint nicht kontrollierbar, ohne eben diese Daten zuvor zu sichten, was wiederum aber dem Anwaltsgeheimnis zuwider liefe. Eine Verstärkung der Kontrollintensität hätte danach unweigerlich eine Beschneidung des zwischen Anwalt und Mandanten bestehenden Vertrauensverhältnisses zur Folge.

Bei Abgabe einer Datenschutzerklärung durch den Datenschutzbeauftragten kann auf diesen Konflikt aber angemessen Rücksicht genommen werden. Darüber hinaus ist es möglich, die Verpflichtung zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten zu kontrollieren und somit die originäre Voraussetzung für die damit bezweckte Selbstkontrolle sicherzustellen.

In einer solchen Erklärung ist es keinesfalls erforderlich, dass einzelne Daten der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis gebracht werden. Es genügt vielmehr, dass die *Art* der Datenverarbeitung angegeben wird. So könnte ein *Bericht des Datenschutzbeauftragten* an die Aufsichtsbehörde beispielsweise die Feststellung beinhalten, in dem betreffenden Betrieb würden Daten der Arbeitnehmer zum Zwecke der Lohnbuchhaltung, der Urlaubsverwaltung, usw. verwaltet. Nicht

---

<sup>691</sup> Vgl. Wind, Die Kontrolle des Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich - Eine Untersuchung über die Tätigkeit der Datenschutz-Aufsichtsbehörden, 1994, S. 111.

erforderlich ist dagegen die Angabe der einzelnen Arbeitnehmer beziehungsweise deren persönlicher Daten. Eine Ansammlung von Personendaten bei der Aufsichtsbehörde würde hierdurch vermieden. Gleichzeitig bestünde aber die Möglichkeit einer effektiven Kontrolle.

Ein solcher Bericht, dessen Anforderungen durch den Gesetzgeber im Einzelnen festgelegt werden können, gibt der Behörde die notwendigen Informationen, um ein Kontrollbedürfnis bei einzelnen Betrieben überhaupt erkennen zu können. Ähnlich wie bei Steuererklärungen kann, basierend auf Erfahrungswerten, ggf. abgestuft nach der „Gefährlichkeit“ etwa der zur Datenverarbeitung genutzten Software die abgegebene Erklärung nach Auffälligkeiten untersucht werden. Entsprechend hat die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, ermessensgerecht solche Betriebe zu überprüfen, deren Erklärungen solche Auffälligkeiten aufgewiesen haben.

Eine solche Überprüfung stellt auch nicht etwa zu hohe Anforderungen an eine Behördenorganisation. Denn die Prüfung kann sich im Fall einer abgegebenen Erklärung bereits darin erschöpfen, zu überprüfen, ob die in der Erklärung angegebenen Programme tatsächlich und ausschließlich in dem Betrieb zur Anwendung gebracht werden. Gibt beispielsweise der Datenschutzbeauftragte einer Anwaltskanzlei die Erklärung ab, die Daten seiner Mandanten würden mit der üblichen Kanzleisoftware bearbeitet, so kann eine unangemeldet durchgeführte Kontrolle ohne weiteres feststellen, ob auf den Rechnern ggf. Analyseprogramme installiert sind. Dies ist ohne weiteres auch ohne Einsicht der Mandantendaten und damit ohne Verletzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses möglich. Eine Berichtspflicht des Datenschutzbeauftragten in der vorgenannten Form, nach der der Bericht entsprechend dem Grundsatz der Datensparsamkeit (§ 3 a BDSG) möglichst geringe personenbezogene Daten an die Aufsichtsbehörde weitergibt, entspricht auch den neu ins Bundesdaten-

schutzgesetz eingeführten Prinzipien der Anonymisierung und Pseudonominierung.

Eine Möglichkeit, der oben aufgezeigten Gefahr einer Verletzung des Vertrauensschutzes durch die Mittel des Datenschutzes zu begegnen, besteht darin, andere als staatliche Aufsichtseinrichtungen mit der Überwachungsfunktion zu betrauen<sup>692</sup>. Aus dem selben Grund wird gefordert, die zuständige Instanz mit völliger Unabhängigkeit auszustatten<sup>693</sup>.

Insoweit bietet sich im vorliegenden Zusammenhang die Übertragung der Kontrollbefugnisse auf die Anwaltskammer für den anwaltlichen Bereich an. Diese Lösung trägt der Präferenz des Gesetzgebers für die Selbstkontrolle im nicht-öffentlichen Bereich, die sich gegen die Stimmen der Wissenschaft durchgesetzt hat<sup>694</sup>, Rechnung. Dabei müsste durch den Gesetzgeber jedoch sichergestellt sein, dass die Kammern nicht nur die Aufgabe der Datenschutzkontrolle, sondern auch die zur Ausführung dieser Aufgabe notwendigen Befugnisse erhalten. Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen sind dabei nicht ersichtlich.

Auch ohne gesetzliche Neuregelung kann das Vollzugsdefizit durch Entwicklung eines die Besonderheiten des Vertrauensschutzes im Anwaltsbereich berücksichtigenden Fragebogens auf der Ebene der Verwaltung gelöst werden. Die Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung könnte durch die gesetzliche Auskunftspflichtung in § 38

---

<sup>692</sup> Kisker, in: Dt. Bundestag, Presse- und Informationszentrum (Hrsg.), Datenschutz/Meldegesetz. Aus der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des dt. Bundestages vom 06. Mai 1974, zur Sache 5/74, S. 183.

<sup>693</sup> Simitis, in: BT-Anhörung, 1976, S. 83; Diese Erwägungen waren jedoch noch auf die Errichtung einer bundesweit tätigen zentralen Aufsichtsbehörde gerichtet. Vgl. zum vorstehenden insgesamt: Wind, Die Kontrolle des Datenschutzes im nicht-öffentlichen Bereich - Eine Untersuchung über die Tätigkeit der Datenschutz-Aufsichtsbehörden, 1994, S. 18, 19.

<sup>694</sup> Vgl. Wind, Die Kontrolle des Datenschutzes im nicht-öffentlichen Bereich - Eine Untersuchung über die Tätigkeit der Datenschutz-Aufsichtsbehörden, 1994, S. 17 m.w.N.

Abs. 3 Satz 1 BDSG bereits gedeckt sein. Die in der Erklärung gegebenen Auskünfte erlauben, ohne daß damit das Anwaltsgeheimnis verletzt würde, eine Beurteilung des Vorliegens eines dringenden Missbrauchsverdachts, welcher wiederum ausreicht, um das Anwaltsgeheimnis zu durchbrechen<sup>695</sup>. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Fragen in einer das Anwaltsgeheimnis respektierenden Weise formuliert werden. Dies erscheint zwar theoretisch möglich, würde in der Praxis jedoch erhebliche Zweifelsfragen über die Reichweite der den Anwälten zustehenden Auskunftsverweigerungsrechte aufwerfen. Ohne gesetzliche Regelung erscheint daher die erforderliche Konsequenz im Vollzug des Bundesdatenschutzgesetzes nicht gesichert.

Auch wenn eine Lösung auf administrativer Ebene denkbar ist, sind die Fragestellungen, die mit der anwaltlichen Datenverarbeitung verbunden sind, derart komplex, dass im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Aspekt der Rechtsklarheit eine Normierung dieser Erklärungspflicht zwingend erforderlich erscheint. Dies gilt umso mehr, als lediglich normativ eine rechtspolitisch ebenfalls wünschenswerte Übertragung auf die Anwaltskammern ermöglicht werden kann. Das vorliegende Vollzugsdefizit ist durch den Gesetzgeber angelegt in Form der Unschärfen und Unklarheiten in der Anwendung der verschiedenen in Betracht kommenden Gesetze und muss durch diesen auch einer Lösung zugeführt werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vorgestellte Database Marketing auch für die Anwaltschaft mit Blick auf die stetig wachsende Konkurrenzsituation auf dem Anwaltsmarkt fruchtbar gemacht werden kann und auf Grund des wachsenden wirtschaftlichen Drucks voraussichtlich auch ertragreich ist. Der hieraus entstehenden Gefahr für Persönlichkeitsrechte der von dieser Datenverarbeitung Betroffenen kann derzeit jedoch nicht wirksam begegnet werden, ob-

---

<sup>695</sup> vgl. hierzu oben, D III 3) c) bb).

gleich eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit hierzu besteht. Es ist daher erforderlich, dass der Gesetzgeber die bestehenden Lücken schließt und seiner Schutzpflicht – in Bezug auf die Anwaltschaft – genügt. Insoweit besteht eine Handlungspflicht des Gesetzgebers, die mit Erlass des Bundesdatenschutzgesetzes wegen der gravierenden Vollzugslücken bei bestehender Möglichkeit der Lückenschließung noch nicht erfüllt ist.

## Literaturverzeichnis

*Abel, Ralf B.*, Datenschutz und Mandantenschutz in der Anwaltskanzlei, AnwBl 1996, 436-440

*Abel, Ralf B.*, Umgang mit personenbezogenen Daten durch Rechtsanwälte und Notare, SchIHA 1997, 64-68

*Abel, Ralf B. (Hrsg.)*, Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz, München 1998

*Achterberg, Norbert*, Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsverboten, JZ 1976, 440-442

*Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1986

*Auernhammer, Herbert*, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1993

*Baeriswyl, Bruno*, Datamining und Data Warehousing: Kundendaten als Ware oder geschütztes Gut?, RDV 2000, 6-11

*Bäumler, Helmut*, Modernisierung des Datenschutzes in Schleswig-Holstein, DuD 2000, 20-22

*Bäumlin, Richard (Hrsg.)*, Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band I Art. 1-20 (AK-GG), Neuwied-Darmstadt 1984

*Becker, Helmut*, Datenschutz in der Anwaltschaft, NJW-CoR 3/1990, 30-31

*Belz, Christian/Senn, Christoph*, Kernprobleme und Reserven im Key-Account-Management, Key Account Management 1993, 50-55

*Belz, Christian/Senn, Christoph*, Richtig umgehen mit Schlüsselkunden, Harvard Business Manager 2/1995, 45-54

*Benda, Ernst/Klein, Eckart*, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, Heidelberg 1994

*Berekoven, Ludwig/Eckert, Werner/Ellenrieder, Peter*, Marktforschung - Methodische Grundlagen und praktische Anwendung, 5. Auflage, Wiesbaden 1991

*Blattberg, Robert C./Deighton, John*, Die neue Dimension: Immer enger, mein Kunde, mit Dir, Harvard Business Manager 1/1993, 96-107

*Bleckmann, Albert*, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1997

*Blümel, Petra/Diem, Frank E./Hocke, Ulrich*, Qualitätsmanagement und Zertifizierung - Leitfaden für Rechtsanwälte, Köln 1998

*Bockelmann, Paul*, Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1996

*Boecker, Bernhard*, Datenschutz- Anwaltsrechte- Berufspflichten, AnwBl 1996, 520-521

*Böhler, Heymo*, Marktforschung. 2. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln 1992

*Bornkamp, Joachim*, Die Grenzen anwaltlicher Werbung, WRP 1993, 643-651

*Breinlinger, Astrid*, Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes an den betrieblichen Datenschutzbeauftragten, RDV 1993, 53-58

*Breinlinger, Astrid*, Die Kontrolle des Datenschutzbeauftragten aus Sicht der Aufsichtsbehörden, RDV 1995, 7-9

*Breinlinger, Astrid*, Datenschutzrechtliche Probleme bei Kunden- und Verbraucherbefragungen zu Marketingzwecken, RDV 1997, 247-253

*Breitfeld, Anja*, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – Verfassungsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Informationsordnung, Berlin 1992

*Brühmann, Ulf/Zerdick, Thomas*, Umsetzung der EG- Datenschutzrichtlinie, CR 1996, 429-436

*Brüning, Christoph/Helios, Marcus*, Die verfassungsprozessuale Durchsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten am Beispiel des Internets, Jura 2001, 155-162

*Brüning, Manfred/Abel, Ralf (Hrsg.)*, Die moderne Anwaltskanzlei - Gründung, Einrichtung und rationelle Organisation, 3. Auflage, Bonn 2001

*Büllesbach, Alfred*, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1991, 2593-2600

*Büllesbach, Alfred*, Datenschutz und Datensicherheit als Qualitäts- und Wettbewerbsfaktor, RDV 1997, 239-244

*Büschgens, Georg*, Folgemandate und gesunder Mandantenstamm. Aber wie?, Die Kanzlei 2000, 157-162

*Büser, Frank*, Rechtliche Probleme im Rahmen der Datenübermittlung beim Franchising, BB 1997, 213-218

*Callies, Christian/Kallmeyer, Axel*, Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Abwehrrechte und Schutzpflichten aus Grundrechten, JuS 1999, 785-791

*Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.)*, Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag (FS Larenz), München 1983

*Dallmer, Heinz*, Handbuch Direct-Marketing, 7. Auflage, Wiesbaden 1997

*Degenhardt, Christoph*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung der Verwaltung, München 1976

*Degenhardt, Christoph*, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 17. Auflage, Heidelberg 2001

*Derlien, Hans-Ulrich*, Implementationsprobleme: Bürokratische Ineffizienz oder politische Programmfehler?, VerwArch 75 (1984), 256-271

*Dietlein, Johannes*, Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992

*Diller, Hermann/Kusterer, M.*, Beziehungsmanagement - Theoretische Grundlagen und explorative Befunde, Marketing 3/1988, 211-220

*Dörr, Erwin*, Die Folgen einer Nichtbeachtung der Pflichten aus § 4 Ab 2 BDSG, RDV 1992, 167-169

*Dörr, Erwin/Schmidt, Dietmar*, Neues Bundesdatenschutzgesetz: Handkommentar, 2. Auflage, Köln 1992

*Drews, Hans-Ludwig*, Erneut: Zur Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), RDV 1987, 58-61

*Edinger, Florian*, Datenschutz im Anwaltsbüro, NJW-CoR 6/1991, 26-27

*Eggersmann, Alfons/Hoene, Thomas*, Anwaltliche Verschwiegenheit contra Benachrichtigungs- und Auskunftspflicht, CR 1990, 18-21

*Ehmann, Eugen/Helfrich, Marcus (Hrsg.)*, Kurzkomentar EG Datenschutzrichtlinie, Köln 1999

*Ehmann, Horst*, Zur Zweckbindung privater Datennutzung, RDV 1988, 221-247

*Ehmann, Horst*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilverkehr, AcP 188 (1988), 230-380

*Ehmann, Horst*, Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, 193-203

*Ehmann, Horst*, Prinzipien des deutschen Datenschutzrechts - unter Berücksichtigung der Richtlinie vom 24.10.1995 - (1. Teil), RDV 1998, 235-243

*Ehmann, Horst*, Prinzipien des deutschen Datenschutzrechts - unter Berücksichtigung der Datenschutz-Richtlinie der EG v. 24.10.1995 – (2. Teil), RDV 1999, 12-23

*Erichsen, Hans-Uwe*, Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, 85-89

*Faber, Heiko*, Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1995

*Fedtke, Eberhard*, Wirtschaftsunternehmen Anwalts- und Notarkanzlei, Köln 1993

*Feuerich, Wilhelm E./Braun, Anton (Hrsg.)*, Bundesrechtsanwaltsordnung - Kommentar, 5. Auflage, München 2000

*Gallwas, Hans-Ulrich*, Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit, NJW 1992, 2785-2790

*Gallwas, Hans-Ulrich/Geiger, Hansjörg/Schneider, Jochen /Schwapach, Jürgen/Schweinoch, Joachim*, Datenschutzrecht - Kommentar und Vorschriftensammlung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Stand: Januar 1986

*Geiger, Andreas*, Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NVwZ 1989, 35-38

*Geis, Ivo*, Individualrechte in der sich verändernden europäischen Datenschutzlandschaft, CR 1995, 171-178

*von Gerlach, Jürgen*, Persönlichkeitsschutz und öffentliches Informationsinteresse im internationalen Vergleich, AfP 2001, 1-8

*Germ, Michael*, EDV-Organisation, Handbuch für Rechtsanwälte und Notare, Düsseldorf 1990

Goethe, Johann W., Faust I

*Gola, Peter*, Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 1997/1998, NJW 1998, 3750-3757

*Gola, Peter*, Der auditierte Datenschutzbeauftragte - oder von der Kontrolle der Kontrolleure, RDV 2000, 93-96

*Gola, Peter*, Informationelle Selbstbestimmung in Form des Widerspruchsrechts, DuD 2001, 278-281

*Gola, Peter/Schomerus, Rudolf (Hrsg.)*, Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), 6. Auflage, München 1997

*Gola, Peter/Schomerus, Rudolf (Hrsg.)*, Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), 7. Auflage, München 2002

*Götz, P./Diller, Hermann*, Die Kunden-Portfolio-Analyse – Ein Instrument zur Steuerung von Kundenbeziehungen, Nürnberg 1991

*Grunewald, Barbara*, Die Berufsgerichtsbarkeit der Freien Berufe, NJW 2002, 1369-1372

*Gusy, Christoph*, Informationelle Zusammenarbeit zwischen Sicherheitsbehörden, CR 1989, 628-636

*Haaz, Heiko*, Tätigkeitsfeld Datenschutzbeauftragter - Organisatorische Merkmale, Rechtliche Aspekte, Konkrete Lösungsansätze, Frechen 2000

*Hackel, Wolfgang*, Drittgeheimnisse innerhalb der ärztlichen Schweigepflicht, NJW 1969, 2257-2259

Hanau, Peter/Adomeit, Klaus, Arbeitsrecht, 1 Neuwied 1994

*Hanser, Peter*, Kundenorientierung: Reif für die Kulturrevolution?, Absatzwirtschaft 5/1994, 71-76

*Hartstang, Gerhard*, Anwaltsrecht, Köln - Berlin - Bonn - München 1991

*Hartung, Wolfgang*, Der Anwaltsberuf im Wandel, MDR 1999, 1301-1303

*Hartung, Wolfgang/Römermann, Rachele (Hrsg.)*, Marketing- und Management-Handbuch für Rechtsanwälte, München 1999

*Hassold, Gerhard*, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes - subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung, ZZP 1994, (1981), 192 (194).

*Henssler, Martin*, Anwaltschaft im Wettbewerb, AnwBl 1993, 541-548

*Henssler Martin*, Das anwaltliche Berufsgeheimnis, NJW 1994, 1817-1824

*Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999

*Hentschel, B.*, Beziehungsmarketing, WISU 1/1991, 25-28

*Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998), 513-540

*Hommerich, Christoph*, After-Sales-Service-Beziehungsmarketing der Anwälte, Anwalt 4/2002, 18-20

*Hommerich, Christoph*, Anwaltliches Marketing, verfügbar im Internet unter: [http://www.marktplatz-recht.de/homepage/np\\_marketing.php](http://www.marktplatz-recht.de/homepage/np_marketing.php) (Zugang: 09.05.2002)

*Huff, Martin W.*, Werbung und Marketing des Rechtsanwalts, MDR 1999, 464-467

*Huff, Martin W.*, Marktentwicklung der deutschen Anwaltschaft 1991-2001, BRAK-Mitt. 2002, 3-4

*Irrgang, W. (Hrsg.)*, Vertikales Marketing im Wandel, München 1993

*Isensee, Josef*, Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin 1983

*Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, Heidelberg 1988

*Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung, Heidelberg 1990

*Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992

*Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Freiheitsrechte, Heidelberg 1989

*Jacob, Joachim-W.*, Ist die Novellierung des BDSG gescheitert? – Perspektiven im Hinblick auf den globalen Datenverkehr, RDV 1999, 1-5

*Jakob, Joachim-W. (Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz)*, 18. Tätigkeitsbericht 1999-2000 (DSB-Tätigkeitsbericht 2000), verfügbar im Internet unter: <http://www.bfd.bund.de/information/berichte.html> (Zugang: 02.02.2003)

*Jarras, Hans D.*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), 363-397

*Jarras, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, München 2002

*Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willems, Günther*, Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar (LK-StGB), 10. Auflage, Berlin-New York 1989

*Kiener, Sigmund*, Databased Marketing - ein zentraler Erfolgsfaktor, Marktforschung & Management, Thema: Databased – Marketing 3/1993, 98

*Klein, Eckart*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633-1640

*Kleine-Cosack, Michael*, Bundesrechtsanwaltsordnung - Kommentar, 2. Auflage, München 1996

*Kloepfer, Michael*, Datenschutz als Grundrecht: Verfassungsprobleme der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz, Königstein 1980

*Kloepfer, Michael*, Geben moderne Technologien und die europäische Integration Anlass, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen?, Gutachten B für den 62. DJT 1998, D 5

*Knack, Hans Joachim (Begr.)*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000

*Koch, Ludwig*, Anwaltswerbung mit dem Honorar, AnwBl 1996, 264-265

*Köhler, Helmut/Piper, Henning*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Preisangabeverordnung, 2. Auflage, München 2001

*König, Klaus/Laubinger, Hans-Werner/Wagener, Frido (Hrsg.)*, Öffentlicher Dienst – Festschrift für Carl Hermann Ule zum 70. Geburtstag am 26. Februar 1977, Köln-Berlin-Bonn-München 1977

*Körner-Dammann, Marita*, Weitergabe von Patientendaten an ärztliche Verrechnungsstellen, NJW 1992, 729-731

*Kotler, Philip/Bliemel, Friedhelm*, Marketing-Management: Analyse, Planung und Verwirklichung, 10. Auflage, Stuttgart 2001

*Krämer, Andreas/Mauer, Reinhold/Braun, Anton*, Erfolgreiche Anwaltswerbung, Köln 1999

*Krämer, Andreas/Berger, Roland & Partner*, Neue Anforderungen an das anwaltliche Marketing, AnwBl 2000, 337-342

*Krämer, Andreas/Kohn-Lehnhof, Regina*, Pricing für Rechtsanwälte, AnwBl 1997, 306-313

*Krämer, Andreas*, Akzeptanz unterschiedlicher Honorargestaltungen bei Rechtsanwälten, AnwBl 1998, 371-375

*Krause, Peter*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung - BVerfGE 65, 1, JuS 1984, 268-275

*Kreutzer, Ralf T.*, Database Marketing – Erfolgsstrategie für die 90er Jahre, in: Dallmer, Heinz, Handbuch Direct-Marketing, 7. Auflage, Wiesbaden 1997

*Kreutzer, Ralf T.*, Zielgruppen-Management mit Kunden-Datenbanken, DBW 3/1992, 325-340

*Kreuzer, Arthur*, Die Schweigepflicht von Krankenhausärzten gegenüber Aufsichtsbehörden, NJW 1975, 2232-2236

*Krüger-von Elsner, Sigrun*, Studienführer Rechtswissenschaft, 2. Auflage, München 1992

*Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Auflage, München 1999

*Langer, Margit*, Informationsfreiheit als Grenze informationeller Selbstbestimmung – Verfassungsrechtliche Vorgaben der privatrechtlichen Informationsordnung, Berlin 1992

*Laufs, Adolf*, Arztrecht, 5. Auflage, München 1993

*Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin 1983

*Leisner, Walter*, Differenzierungen nach Betriebsgröße – Grundrechtsprobleme bei Eingriff und Förderung gegenüber „größeren Betrieben“, DVBl 1989, 1025-1031

*Link, Jörg*, Database Marketing und Computer Aided Selling, München 1993

*Link, Jörg*, Welche Kunden rechnen sich?, Absatzwirtschaft 38/1995, 108-110

Link, Jörg/Brändli, Dieter/Schleuning, Christian/Kehl, Roger E. (Hrsg.), Handbuch Database Marketing, Ettlingen 1997

*Link, Jörg/Hildebrandt, Volker*, Mit IT immer näher zum Kunden, Harvard Business Manager 3/1995, 30-39

*Link, Jörg/Hildebrandt, Volker*, Verbreitung und Einsatz des Database Marketing und CAS, München 1994

*Lorenz, Annegret*, Vollzugsdefizite im Umweltrecht, UPR 1991, 253-257

*Lübbe-Wolff, Gertrud*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht – Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?, Natur und Recht 1989, 295-302

*Lutz, Dieter/App, Michael*, Strategische Planung des Anwaltsmarketing, MDR 1998, 332-335

*Lütke-meier, Sven*, EU-Datenschutzrichtlinie – Umsetzung in nationales Recht, DuD 1995, 597-603

*Mälzer, Susanne*, Die Werbemöglichkeiten von Rechtsanwälten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, AnwBl 1993, 481-486

*von Mangoldt, Herman/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)*, Das Bonner Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 4. Auflage, München 1999

*Mauer, Reinhold/Krämer, Andreas*, Marketing-Strategien für Rechtsanwälte, München 1996

*Mauer, Reinhold/Krämer, Andreas*, Fragebogen zur Mandantenfindung und -bindung, BRAK-Mitt. 1996, 141-147

*Mauer, Reinhold/Krämer, Andreas*, Braucht eine Kanzlei Ziele? - Ein Beitrag zu TQM in der Anwaltskanzlei, AnwBl 1998, 113-119

*Mauer, Reinhold/Krämer, Andreas/Becker, Rolf*, Unternehmensführung für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe, München 1997

*Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg)*, Grundgesetz I, München Stand: März 2001

*Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 8. Auflage, Heidelberg 1995

*Maurer, Hartmut (Hrsg.)*, Das akzeptierte Grundgesetz – Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, München 1990

*Mayen, Thomas*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, NJW 1995, 2317-2324

*Mayer, Stefanie*, Datenschutz und Europol, Regensburg 2001

*Meffert, Heribert*, Marketing, 9. Auflage, Wiesbaden 2000

*Meyer, Anton*, Die turbulent Zukunft der freien Berufe, Harvard Manager 1988, 42-50

*Michalski, Lutz/Römermann, Volker*, Preiswettbewerb unter Rechtsanwälten?, AnwBl 1996, 241-246

*Mohrmann, Christoph*, Dateiarchivierung - einfach und effektiv, NJW-CoR 4/2000, 223-227

*Möller, Frank*, Quo vadis Datenschutz? – Neues von den Demoskopen, DuD 1998, 555-560

*Möstl, Markus*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, 1029

*Müller, Gerhard F./Wächter, Michael*, Der Datenschutzbeauftragte, 2. Auflage, München 1991

*Müller, Wolfgang/Riesenbeck, H.*, Wie aus zufriedenen Kunden auch anhängliche Kunden werden, Harvard Business Manager 3/1991, 67-80

*Müller, Herbert*, Wo und wie geht es zum Kunden?, Blick durch die Wirtschaft 20/1998, 2

*von Münch, Ingo*, Grundbegriffe des Staatsrechts, Band 1: Deutschlands Rechtslage, Grundrechtsordnung, Wirtschaftsverfassung, 3. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1984

*von Münch, Ingo*, Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Das Baby von Erlangen, JuS 1997, 248-252

*von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.)*, Grundgesetz – Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Auflage, München 2000

*Munkelt, Irmtrud*, Wenn der Kunde es wert ist, Absatzwirtschaft 10/1995, 102

*Murswiek, Dietrich*, Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985

*Nassall, Wendt*, Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte des Konkursverwalters gegenüber dem Rechtsanwalt des Gemeinschuldners, KTS 1988, 633-654

Nieschlag, Robert/Dichtl, Erwin/Hörschgen, Hans, Marketing, 16. Auflage, Berlin 1991

*Oberlander, Willi*, Freie Berufe auf dem Weg ins dritte Jahrtausend, verfügbar im Internet unter:  
<http://www.uni-erlangen.de/docs/FAU/anstalten/lfFB/infos/infofram.htm> (Zugang: 20.02.2001)

*Ostendorf, Heribert*, Der strafrechtliche Schutz von Drittgeheimnissen, JR 1981, 444-448

*Palandt, Heinrich*, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002

*Peine, Franz-Joseph*, Systemgerechtigkeit – Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, Baden-Baden 1985

*Petri, Thomas B.*, Vollzugsdefizite bei der Umsetzung des BDSG, DuD 2002, 726-730

*Peppers, Don/Rogers, Martha*, Strategien für ein individuelles Kundenmarketing. Die 1:1 Zukunft, München 1996

*Petersen, Stefanie*, Grenzen des Verrechtlichungsgebotes im Datenschutz, Münster 2000

*Pfeiffer, Gerd (Hrsg.)*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 4. Auflage, München 1999

*Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte Staatsrecht II, 18. Auflage, Heidelberg 2002

*Pietzak, Alexandra*, Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext –  
Überblick und neue Aspekte, JuS 1994, 748-753

*Podlech, Adalbert/Pfeifer, Michael*, Die informationelle Selbstbestimmung im Spannungsverhältnis moderner Werbestrategien, RDV 1998, 139-154

*Redeker, Helmut*, Datenschutz und Mandantenschutz in der Anwaltskanzlei, AnwBl 1996, 512-517

*Reidenberg, Joel R.*, Lex Informatica: The formulation of Information Policy through technology, Texas Law Review 76 (1998) No. 3, 553-579

*Reiß, Peter (Hrsg.)*, Löwe-Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Erster Band: Einleitung, §§ 1-71 (Löwe-Rosenberg), 25. Auflage, Berlin-New York 1999

*Rengeling, Hans-Werner*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1988

*Robbers, Gerhard*, Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987

*Römermann, Rachele/Schröder, Henning*, Die rentable Kanzlei - 1x1 der Kosten und Gewinne, Anwalt 1/2000, 24-26

*Römermann, Rachele/Schröder, Henning*, Prioritäten setzen - ABC-Analyse in der Anwaltskanzlei, Anwalt 4/2001, 32-35

*Rossnagel, Alexander (Hrsg.)*, Freiheit im Griff: Informationsgesellschaft und Grundgesetz, Stuttgart 1989

*Rossnagel, Alexander*, Datenschutz bei Praxisübergabe, NJW 1989, 2303-2309

*Rossnagel, Alexander*, Audits stärken Datenschutzbeauftragte – Replik zum Beitrag „Datenschutzaudit“ von Drews und Kranz, DuD 2000, 231-232

*Rossnagel, Alexander/Pfitzmann, Andreas/Garstka, Hansjürgen*, Modernisierung des Datenschutzrechts, Berlin 2001

*Rothe, Joachim*, Einbehaltung privater Telefongesprächsgebühren im Gehaltsabzugsverfahren, DuD 1996, 589-595

*Rudolphi, Hans Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig (Hrsg.)*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), Band II: Besonderer Teil (§§ 80-358), 6. Auflage, Neuwied-Kriftel-Berlin, Stand: 54. Lieferung (März 2002)

*Rüpke, Giselher*, Anwaltsrecht und Datenschutzrecht, NJW 1993, 3097-3102

*Rüpke, Giselher*, Eine Betrachtung aus deutscher Sicht, EuZW 1993, 149-155

*Rüpke, Giselher*, Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht, München 1995

*Sachs, Michael (Hrsg.)*, Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage, München 1999

*Schaffland, Hans-Jürgen/Wiltfang, Noeme*, Bundesdatenschutzgesetz (BDSG): Ergänzbarer Kommentar nebst einschlägigen Rechtsvorschriften, Berlin, Stand: September 2002

*Schapper, Claus Henning/Dauer, Peter*, Die Entwicklung der Datenschutzaufsicht im nicht-öffentlichen Bereich (I), RDV 1987, 169-177

*Schapper, Claus Henning/Dauer, Peter*, Kartellrecht und Datenschutz: Das Spannungsverhältnis am Beispiel der SCHUFA, CR 1987, 497-500

*Scharr, Peter*, Datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, MMR 2001, 644-648

*Scheiter, /Binder, C.*, Kennen Sie Ihren rentablen Kunden, Harvard Business Manager 2/1992, 17-22

*Schiefer, Wolfgang/Hocke, Ulrich*, Marketing für Rechtsanwälte, Bonn 1996

*Schlemann, Berndt*, Recht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten - Stellung im Kontrollsystem des BDSG, Bestellung, Aufgaben, Rechte, Anforderungen, Beschäftigungsverhältnis, Köln 1996

*Schmidt, Eberhard*, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1962, 1745-1750

*Schmidt, Walter*, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241-250

*Schmitt Glaeser, Walter*, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit, Jura 1987, 567-574

*Schmucker, Alexandra*, Der Generalist im Aus?, Die Kanzlei 2000, 175-178

*Schnee-Gronauer, Andreas R. J.*, Kompetenz und Vertrauen - Interview mit den Herren Rechtsanwälten Dr. Werner und Dr. Kobabe,

verfügbar im Internet unter:

<http://www.juracafe.de/Kanzlei/management/indrwerner.htm>

(Zugang: 09.05.2002)

*Scholz Franz (Hrsg.)*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, II. Band, 9. Auflage, Köln 2002

*Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.)*, Strafgesetzbuch-Kommentar (StGB), 26. Auflage, München 2001

*Scholz, Rupert*, Niebraucher contra Raucher – OVG Berlin, NJW 1975, 2261 und VG Schleswig, JR 1975, 130, JuS 1976, 232-236

*Schulz, Wolfgang*, Verfassungsrechtlicher „Datenschutzbeauftragter“ in der Informationsgesellschaft - Schutzkonzepte zur Umsetzung informationeller Selbstbestimmung am Beispiel von Online-Kommunikation, Die Verwaltung 1999, 137-177

*Schünemann, Bernd*, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978), 11-63

*Schütz, Peter*, Die Lebenszyklen des Marketing, Absatzwirtschaft Sondernummer Oktober 1994, 32-36

*Selmer, Peter*, Finanzordnung und Grundgesetz – Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Finanz- und Steuersachen, AöR 101 (1976), 399-462

*Simitis, Spiros*, Die informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398-405

*Simitis, Spiros*, Die betrieblichen Datenschutzbeauftragten - Zur notwendigen Korrektur einer notwendigen Kontrollinstanz, NJW 1998, 2395-2398

*Simitis, Spiros (Hrsg)/Dammann, Ulrich/Mallmann, Otto/Reh, Hans-Joachim*, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, Baden-Baden 1981

*Simitis, Spiros (Hrsg)/Dammann, Ulrich/Geiger, Hansjörg/Mallmann, Otto/Walz, Stefan*, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 1992

Simitis, Spiros (Hrsg)/Dammann, Ulrich/Mallmann, Otto/Reh, Hans-Joachim, Dokumentation zum Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden Stand: Juni 2001

*Slywotzky, A. J./Shapiro, B. P.*, Neues Marketingdenken – Der loyale Kunde zählt, nicht die schnelle Mark, Harvard Business Manager 2/1994, 85-95

*Stadler, Gerhard*, Das Grundrecht auf Datenschutz, EuGRZ 1979, 113-116

*Steinberg, Rudolf*, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, 1985

*Steinmüller, Wilhelm*, Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, DuD 1984, 91-103

*Stucke, Ulrich*, Berufliche Schweigepflicht bei Drittgeheimnissen als Vertrauensschutz, Kiel 1981

*Stückemann, Wolfgang*, Fachveranstaltung als Marketinginstrument, Die Kanzlei 2000, 288-289

*Teichmann, Arndt/Kiessling, Erik*, Datenschutz bei Umwandlungen, ZGR 2001, 33-74

*Tettinger, Peter J.*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 108 (1983), 92-133

*Tiedemann, Klaus*, Datenübermittlung als Straftatbestand, NJW 1981, 945-952

*Tietz, Bruno/Köhler, Richard/Zentes, Joachim*, Handwörterbuch des Marketing, 2. Auflage, Stuttgart 1995

*Tinnefeld, Marie-Theres*, Die Novellierung des BDSG im Zeichen des Gemeinschaftsrechts, NJW 2001, 3078-3083

*Tinnefeld, Marie-Theres/Ehmann, Eugen*, Einführung in das Datenschutzrecht, 2. Auflage, München - Wien 1994

*Tinnefeld, Marie-Theres/Ehmann, Eugen*, Einführung in das Datenschutzrecht, 3. Auflage, München - Wien 1998

*Tinnefeld, Marie-Theres*, Datenschutzbeauftragter im Unternehmen - Qualifikation und Stellung, CR 1991, 29-33

*Tipke, Klaus*, Die rechtliche Misere der Zinsbesteuerung, BB 1989, 157-159

*Tipke, Klaus/Kruse, Heinrich Wilhelm*, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung – Kommentar zur AO und FGO, 16. Auflage, Köln 1996 (Stand: 92. Lieferung, August 2000),

*Tomczak, Torsten*, Marktsegmentierung für Kundennähe, Thexis 3/1995, St. Gallen, 1

*Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas (Hrsg.)*, Strafgesetzbuch (StGB), 50. Auflage, München 2001

*Ulsenheimer, Klaus*, Zur Strafbarkeit des Missbrauchs von sog. „Insider-Informationen“, NJW 1975, 1999-2005

*Unger, Fritz/Wolf, Matthias*, Erfolgreiches Anwaltsmarketing - Strategien für Rechtsanwälte, Heidelberg 1993

*Unruh, Peter*, Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996

*Vahle, Jürgen*, Medizinische Daten und Datenschutz, DuD 1991, 614-619

*Velte, Michael*, Steuern Sie ihre Kunden-Besuche erfolgsorientiert: Die Portfolio-Analyse bietet sich an, Marketing-Journal 2/1987, 128-132

*Vogelgesang, Klaus*, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 1987

*Vöhringer, Sabine*, Anwaltsmarketing der Weg zur Transparenz, Die Kanzlei 2000, 17-18

*Vollkommer, Max*, Anwaltshaftungsrecht, München 1989

*Wahl, Rainer/Masing, Johannes*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553-563

*Walentowski, Swen*, Zukunft des Anwaltsberufs?, Die Kanzlei 2000, 275-276

*Walz, Stefan*, Die erweiterten Eingriffsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden nach dem neuen BDSG - Abschied vom zweistufigen Kontrollmodell?, RDV 1994, 173-177

*Wedel, Thomas*, Anwaltliche Werbung durch Rundschreiben, Die Kanzlei 2000, 14-16

*Weinhold-Stünzi, Heinz*, Kundenstamm-Marketing - ein Fall für Thexis, Thexis 2/1987, 1-4

*Weinhold-Stünzi, Heinz*, Grundsätze des Kundenstamm-Marketing, Thexis 2/1987, 8-14

*Wendt, Rudolf*, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), 414-474

*Wendt, Rudolf*, Eigentum und Gesetzgebung, Hamburg 1985

*Wendt, Rudolf*, Der Gleichheitssatz, NVwZ 1988, 778-786

*Wernsmann, Rainer*, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, Berlin 2000

*Wind, Irene*, Die Kontrolle des Datenschutzes im nicht-öffentlichen Bereich – Eine Untersuchung über die Tätigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden, Baden-Baden 1994

*Wittig, Petra*, Die datenschutzrechtliche Problematik der Anfertigung von Persönlichkeitsprofilen zu Marketingzwecken, RDV 2000, 59-62

*Wohlgemuth, Hans H.*, Auswirkungen der EG-Datenschutzrichtlinie auf den Arbeitnehmer-Datenschutz, BB 1996, 690-695

*Wronka, Georg*, Auswirkungen der EU-Datenschutzrichtlinie auf die Werbung - Eine praxisbezogene Zusammenfassung, RDV 1995, 197-202

*Würmeling, Ulrich*, Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie, DB 1996, 663-666

*Zimmer-Hartmann, Anke/Helfirch, Marcus*, Datenschutzrechtliche Pflichten des Anwalts, CR 1993, 104-110

*Zöllner, Wolfgang*, Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und private Datenverarbeitung, RDV 1985, 3-16

*Zöllner, Wolfgang*, Datenschutzrechtliche Aspekte der Bankauskunft, ZHR 149 (1985), 179-196