



Deutscher **Anwalt** Verein
Ausschuss Strafrecht

Der Vorsitzende des
Ausschusses Strafrecht im DAV

Dr. Rainer Spatscheck
Rechtsanwalt

Streck Mack Schwedhelm
Namphenburger Str. 3
80335 München

Tel.: 0 89 / 17 99 90 00
Fax: 0 89 / 17 99 90 09

rainer.spatscheck@streck.net

10. Mai 2017

**Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags
Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung
Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (BT-Drucksache
18/11936) am Montag, den 15.5.2017**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Anwaltverein hat zu dem Gesetzgebungsentwurf durch die Ausschüsse
Berufsrecht, Strafrecht und Anwaltsnotariat Stellung genommen. Die Stellungnahme Nr.
2/2017 vom Januar 2017 liegt noch einmal bei.

In diesem Zusammenhang möchte ich besonders auf den Punkt hinweisen, dass nach
derzeitiger Auslegung des § 203 StGB die Gefahr besteht, dass sich Berufsträger
insbesondere durch die Einschaltung von IT-Dienstleistern strafbar machen. Insofern
wird aktuell angenommen, dass es zur Tatbestandserfüllung ausreichend ist, wenn ein
Dritter die Zugriffsmöglichkeit auf geschützte Daten hat, die zB im Mandatsverhältnis
überlassen worden sind. Der Gesetzgeber zwingt durch die Einführung des besonderen
Anwaltspostfachs alle Anwälte dazu, Computer zu nutzen. Gerade die kleineren
Anwaltskanzleien werden nicht in der Lage sein, hierfür einen eigenen IT-Service-Mann

Seite 1 von 2



fest einzustellen, sondern auf externe Dienstleister zurückgreifen müssen. Insofern lässt der Gesetzgeber den Berufsträger keine Wahl mehr und ist verpflichtet, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass zB Rechtsanwälte sicher IT-Dienstleister in ihrem Büro einsetzen können, um ihren gesetzlich definierten Aufgaben nachzukommen.

Deshalb ist eine schnelle und eindeutige Klärung des Problems noch in dieser Legislaturperiode besonders wichtig.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

Ihr


Dr. Rainer Spätscheck



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Berufsrecht

in Abstimmung mit den Ausschüssen
Anwaltsnotariat und Strafrecht des Deutschen
Anwaltvereins

zum Referentenentwurf des BMJV vom 14.
Dezember 2016
eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von
Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der
Berufsausübung schweigepflichtiger Personen
(Bearbeitungsstand 31. August 2016)

Stellungnahme Nr.: 2/2017

Berlin, im Januar 2017

Mitglieder des Ausschusses Berufsrecht

- Rechtsanwalt Markus Hartung (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer
- Rechtsanwalt Dr. Joachim Frhr. von Falkenhausen (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Doris Geiersberger
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Markus Hauptmann
- Rechtsanwältin Petra Heinicke
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Sirka Huber
- Rechtsanwältin Dr. Claudia Junker
- Rechtsanwalt Frank Röthemeyer
- Rechtsanwalt Michael Scheer
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Dirk Schroeder
- Rechtsanwältin Dr. Claudia Seibel
- Rechtsanwalt und Notar Eghard Teichmann
- Rechtsanwalt Dr. Peter Wessels

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Udo Henke

Mitglieder des Ausschusses Anwaltsnotariat

- Rechtsanwalt und Notar Günter Schmalzer (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin und Notarin Monika Hähn
- Rechtsanwalt Dr. Peter Hamacher (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt und Notar Alexander Kollmorgen
- Rechtsanwalt und Notar Kay-Thomas Pohl
- Rechtsanwältin und Notarin Zamirah Rabiya
- Rechtsanwältin Sarah Scherwitzki, LL.M.
- Rechtsanwalt und Notar Dr. Hans Christian Schüler (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt und Notar Norbert Weide
- Rechtsanwältin und Notarin Dörte Zimmermann LL.M

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Tanja Brexl

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck (Vorsitzender, Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. h. c. Rüdiger Deckers
- Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen
- Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm
- Rechtsanwalt Eberhard Kempf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König
- Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi
- Rechtsanwältin Gül Pinar
- Rechtsanwalt Michael Rosenthal
- Rechtsanwalt Martin Rubbert
- Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl
- Rechtsanwalt PD Dr. Gerson Trüg

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Tanja Brexl

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
 - Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages
 - Rechtspolitische Sprecher der im Bundestag vertretenen Fraktionen
 - Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
 - Rechtsausschuss des Bundesrates
 - Landesjustizverwaltungen
 - Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
 - Bundesgerichtshof
 - Bundesanwaltschaft
 - Bundesverband der Freien Berufe
 - Bundesrechtsanwaltskammer
 - Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
 - Deutscher Steuerberaterverband
 - Deutscher Notarverein
 - Bundesnotarkammer
 - Notarkammern in der Bundesrepublik Deutschland
 - Verein Baden-Württembergischer Anwaltsnotare e.V.
 - Verband Deutscher Anwaltsnotare e.V.
 - Deutscher Richterbund
 - Deutscher Strafverteidiger e. V.
 - Regionale Strafverteidigervereinigungen
 - Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen
 - Bund Deutscher Kriminalbeamter
 - Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzenden der Anwaltsvereine des DAV im Gebiete des Anwaltsnotariats
 - Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzende des Forum Junge Anwaltschaft des Deutschen Anwaltvereins
 - Berufsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
 - Ausschuss Anwaltsnotariat des Deutschen Anwaltvereins
 - Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
 - Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
 - Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
 - Vorsitzende der Strafrechtsausschüsse des KAV und des BAV
 - Juris GmbH
 - Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
 - ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
 - Prof. Dr. Schöch, LMU München
-
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift/NJW
 - Redaktion Zeitschrift für anwaltliche Praxis/ZAP
 - Redaktion Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen/BRAK-Mitteilungen
 - Redaktion Legal Tribune Online
 - Redaktion Juve Rechtsmarkt
 - Redaktion Anwaltsblatt/AnwBl
 - Redaktion Strafverteidiger-Forum/StraFo
 - Redaktion Neue Zeitschrift für Strafrecht/NStZ
 - Redaktion Strafverteidiger
 - Redaktion Kriminalpolitische Zeitschrift/KriPoZ

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Im Grundsatz begrüßt der DAV das Vorhaben des Bundesjustizministeriums, die Strafbewehrung des § 203 StGB im Hinblick auf heutige Arbeitsweisen und der Einbeziehung externer Dritter zu ändern. Das gilt auch für die damit verbundene Änderung der BRAO. Allerdings enthält der Referentenentwurf noch handwerkliche Schwächen und Unschärfen in der Begrifflichkeit, auf die der DAV im Einzelnen hinweist. Auch europarechtlich erscheinen einige Vorschläge zweifelhaft. Die monierten Formulierungen würden als Gesetz erhebliche Unklarheiten und Verständnisprobleme sogar für den kundigen Rechtsanwender schaffen. Der Gesetzentwurf artikuliert mehrfach als Absicht des Gesetzgebers, einem Bedürfnis nach verbesserter Rechtssicherheit nachkommen zu wollen. Um diesen Anspruch einzulösen, hält der DAV es für notwendig, die Gesetzesbefehle an einigen Stellen klarer und in sich stimmiger zu formulieren.

I. Allgemeine Anmerkungen zur Neuregelung des Geheimnisschutzes

Der DAV begrüßt die Absicht einer umfassenden Neuregelung der Verschwiegenheitspflicht bei Mitarbeitern und Dienstleistern, derer sich der Anwalt bei der Ausübung seines Berufs bedient. Dies entspricht einer Zusage des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), die im Zusammenhang mit der Rücknahme der Aufhebung des Beschlusses der 5. Satzungsversammlung zu § 2 BORA erfolgte. Damals ging es um die Reform des § 203 StGB und eine rechtssichere Lösung für das Non-legal Outsourcing.

Dieser Zusage will der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (nachfolgend „Entwurf“) nachkommen, indem er eine Änderung des § 203 StGB sowie des § 43a und die Einfügung eines neuen § 43f BRAO

vorsieht, wobei die ebenfalls erforderliche Änderung des § 53a StPO durch ein gesondertes Vorhaben verfolgt wird (Entwurf II 1. a 2. Abs. S. 17), und zwar mit dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe.

Inhaltlich geregelt werden vor allem Tätigkeiten, für die sich das Schlagwort "Non-legal Outsourcing" entwickelt hat. Erläuterungen finden sich in der Begründung auf S. 12 f., S. 29 vorletzter Absatz, S. 30 dritter und vierter Absatz, S. 31 zweiter vollständiger Absatz. Der Begriff "Cloud" findet sich in dem Entwurf nur ein einziges Mal, und zwar auf S. 13.

Der Entwurf befasst sich nicht mit dem Legal Outsourcing, verstanden als die Übertragung juristischer Arbeiten an externe Dritte, mögen dies Rechtsanwälte, wissenschaftliche Mitarbeiter oder sonstige Rechtsdienstleister sein (Einzelheiten dazu bei Hartung/Weberstaedt: Legal Outsourcing, RDG und Berufsrecht, NJW 2016, 2209 ff.). Im Zusammenhang mit der damaligen Diskussion bei der Satzungsversammlung ist das konsequent, auch wenn sich die Grenzen zwischen Legal Outsourcing einerseits und Non Legal Outsourcing andererseits zunehmend verwischen. Hinzu kommt, dass der neue Gesetzestext des § 203 StGB-E eine solche Differenzierung nicht erkennen lässt, sondern sich das nur aus der Begründung ergibt. Bei den neuen Regelungen in der BRAO ist dies in der gesetzlichen Formulierung nicht so deutlich, wohl aber in der Begründung des Entwurfs. Ein Grund dafür, warum das Legal Outsourcing nicht unter die Neuregelung fallen soll, findet sich im Entwurf jedoch nicht.

Beim Outsourcing gibt es folgende Regelungsfelder:

- Strafrecht und Berufsrecht: Befugnisse des Anwalts, ohne Einwilligung des Mandanten Mitarbeiter und Dienstleister in die Mandatsbearbeitung einzuschalten.
- Strafrecht: Strafbarkeit von Mitarbeitern und Dienstleistern bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht.
- Prozessrecht: Zeugnisverweigerungsrechte von Mitarbeitern und Dienstleistern sowie Beschlagnahmeverbote.

Der prozessrechtliche Reformbedarf ist Gegenstand des Gesetzes zur Umsetzung der Berufsanerkennungs-Richtlinie. Hierzu hat der DAV bereits Stellung genommen und auf die Notwendigkeit entsprechender Reformen des Straf- und Berufsrechts hingewiesen (vgl. [DAV-Stellungnahme Nr. 61/16 vom 29.09.2016](#)). Der jetzige Gesetzesentwurf enthält entsprechende Reformvorschläge.

Der DAV begrüßt die Absicht, in einem neuen § 203 Abs. 3 StGB klarzustellen, dass es keiner (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Einwilligung des Mandanten bedarf, wenn der Anwalt an seiner beruflichen Tätigkeit Personen mitwirken lässt. Es entspricht der arbeitsteiligen Lebenswirklichkeit, dass die Ausnahme an die Tätigkeit einer „mitwirkenden Person“ anknüpft und nicht an deren Status als Angestellter oder Dienstleister.

Die vorgesehenen Regelungen sind jedoch nicht in jeder Hinsicht stimmig. Das Ziel des Entwurfs liegt zwar darin, einem Berufsgeheimnisträger die Sicherheit zu geben, die er im heutigen arbeitsteiligen Arbeitsumfeld braucht. Die Neuregelung setzt Berufsgeheimnisträger jedoch teilweise neuen Risiken aus, die nicht zu beeinflussen sind.

II. Im Einzelnen:

1. Anmerkungen zur Neufassung des § 203 StGB

1.1 Zum Begriff des «Offenbarens»

Auf S. 13 der Entwurfsbegründung finden sich Ausführungen, die von einem sehr weiten Begriff des „Offenbarens“ gemäß § 203 StGB ausgehen. Der DAV regt dringend an, das zu überdenken. Sollte eine entsprechende Ausdehnung der Strafbarkeit gewollt sein, würde es zumindest angezeigt erscheinen, den Begriff gesetzlich zu definieren, um die bestehenden Unsicherheiten bei der Auslegung des § 203 StGB im Interesse der Rechtssicherheit zu beseitigen. Denn was genau unter einem „Offenbaren“ gemäß § 203 StGB zu verstehen ist, ist streitig. Insbesondere ist fraglich, ob der Empfänger tatsächlich Kenntnis von dem Geheimnis erlangen muss oder ob eine Möglichkeit der

Kenntnisnahme ausreicht. Für jegliche Form der digitalen Kommunikation stellt sich zudem die Frage, unter welchen Voraussetzungen ggf. eine „Möglichkeit“ der Kenntnisnahme bejaht werden kann (vgl. nur Kargl in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 203, Rn. 19 – 27 mwN). Dies umso mehr, als es an dieser Stelle erhebliche Schnittstellen und Berührungspunkte zum Recht der IT-Sicherheit und zum (neuen) europäischen Datenschutzrecht gibt.

Ein weites Verständnis des Begriffs „Offenbaren“ würde dazu führen, dass Datenspeicherungen in einer Cloud sehr schwierig, wenn nicht unmöglich gemacht werden. Der Entwurf geht hier davon aus, dass ja eine verschlüsselte Speicherung möglich wäre, unterscheidet aber nicht zwischen den verschiedenen Cloud-Anwendungen. So mag das bloße Speichern verschlüsselter Daten durchaus möglich sein. Bei SaaS-Anwendungen (Software as a Service) ist das allerdings nicht möglich. Der Entwurf erwähnt das Wort „Cloud“ auf S. 13 und führt aus, dass eine Speicherung dort wirtschaftlich sinnvoll sein kann. Auf S. 30 heißt es hingegen, das Speichern auf externen Datenspeichern sei nur verschlüsselt zulässig. Kann daraus der Schluss gezogen werden, dass alle anderen Cloud-Anwendungen auch mit unverschlüsselten Daten arbeiten können? Ist die häufig vorkommende Nutzung von E-Mail-Systemen der Provider t-online.de, gmx.de, web.de, icloud.com, yahoo.com, gmail.com usw. oder von Messenger-Diensten wie WhatsApp, Facebook oder anderen bedenklich oder nicht? Der Entwurf äußert sich dazu nicht.

1.2 Zum Begriff der «Erforderlichkeit»

In § 203 Abs. 3 StGB-E entfällt die Strafbarkeit nur, wenn die Offenbarung gegenüber den mitwirkenden Personen „erforderlich“ war. Das setzt den Berufsgeheimnisträger einer erheblichen Unsicherheit aus, wenn es letztlich nicht seiner sachkundigen Einschätzungsprärogative obliegt, in welchem Umfang er Informationen offenbart, sondern später ein Gericht nach eigenen Kriterien darüber urteilt. Das ist nicht sachgerecht. Vielmehr übt der Berufsgeheimnisträger bei der Einbeziehung externer Dritter ein Ermessen aus, das gerichtlich nicht überprüfbar ist. Nur solche Offenbarungen, die kein vernünftiger Berufsgeheimnisträger getroffen hätte, können die Offenbarung dann strafbar machen. Es wäre auch im Hinblick auf die Funktion von Berufsgeheimnisträgern, etwa von Anwälten als Organe der Rechtspflege,

unangemessen, ihnen bei der Einbeziehung mitwirkender Personen kein Ermessen zuzubilligen.

1.3 Zu § 203 Abs. 4 StGB-E

Der DAV hält es für konsequent, den jetzigen § 203 Abs. 3 StGB an den neuen § 203 Abs. 3 StGB anzupassen und somit (in § 203 Abs. 4 Satz 1 StGB) für alle „mitwirkenden Personen“, die die Anforderungen des (neuen) § 203 Abs. 3 StGB erfüllen, eine eigene Strafbarkeit vorzusehen. § 203 Abs. 3 StGB wird in seiner jetzigen Fassung schon lange nicht mehr der gelebten Wirklichkeit der anwaltlichen Berufsausübung gerecht und ist zudem sprachlich antiquiert.

§ 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-E sieht eine eigene Strafandrohung für den Berufsgeheimnisträger vor für den Fall, dass eine „mitwirkende Person“ das Berufsgeheimnis verletzt. Dass die Strafbarkeit nach § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-E eine Straftat nach § 203 Abs. 4 S. 1 StGB-E als objektive Bedingung der Strafbarkeit voraussetzt, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht, nur aus der Begründung (S. 26 oben). Der DAV regt an, das klarzustellen.

Bei der Auswahl und Überwachung einer „mitwirkenden Person“ verlangt § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-E von dem Berufsgeheimnisträger Dinge, die er nicht erfüllen kann. Beauftragt er beispielsweise ein Übersetzungsbüro mit der Übersetzung eines längeren Vertragswerks, wird er typischerweise nicht wissen, welcher Übersetzer als „mitwirkende Person“ im konkreten Fall tätig wird. Wie in einem solchen Fall eine „Überwachung“ praktikabel sein soll, ist nicht ersichtlich. Ein Anwalt, der einen Dienstleister beauftragt und dabei die Verpflichtungen des § 43 f BRAO-E lückenlos einhält, sollte nicht dem Risiko ausgesetzt sein, dass aus § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E Anforderungen abgeleitet werden, die über § 43 f BRAO-E hinausgehen.

1.4 Mitwirkende Personen und Dienstleister

Der Entwurf legt bei § 203 StGB-E bei der mitwirkenden Person eine natürliche Person zugrunde, während der neue § 43f BRAO-E vom Dienstleister spricht. Sehr häufig wird ein Berufsgeheimnisträger einen Dienstleister beauftragen, der die vertraglichen Verpflichtungen dann durch seine angestellten Mitarbeiter erledigt.

Das kann immer derselbe Mitarbeiter sein, aber es können auch andere Mitarbeiter sein, etwa in Krankheitsfällen oder bei sonstigen arbeitsorganisatorischen Entscheidungen. In seltenen Fällen wird der Dienstleister mit der mitwirkenden Person identisch sein. Wenn es sich bei der mitwirkenden Person z.B. um einen Arbeitnehmer des Vertragspartners handelt, ist nicht nachvollziehbar, wie die Auswahl erfolgen soll. Man könnte sich vorstellen, dass der arbeitgebende Dienstleister als Vertragspartner des Anwalts entweder (wenig aussagekräftige) abstrakte oder – im engen Rahmen des arbeitsrechtlich und datenschutzrechtlich Zulässigen – etwas detailliertere personenbezogene Angaben über die einzusetzenden Arbeitnehmer macht. Ob das genügen würde, ist unklar.

Weiterhin ist unklar, wie eine Überwachung erfolgen soll, wenn der Dienstleister nicht am gleichen Ort wie der Anwalt tätig ist und Leistungen nur elektronisch ausgetauscht werden oder die IT-Anlage des Anwalts per Fernwartung gewartet wird. Bei personalbezogenen Maßnahmen (Vertretungen, Neueinstellungen usw.) müsste der Anwalt dann mitwirken, wenn es sich um Personen handelt, die als Arbeitnehmer des Dienstleisters für den Anwalt tätig sind.

Nach § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E soll sich der Vorsatz nicht auf die vorsätzlich unbefugte Offenbarung durch die mitwirkende Person beziehen, die lediglich eine objektive Bedingung der Strafbarkeit sei (Entwurf S. 26 oben). Das mag dogmatisch tragfähig sein, führt aber zu praktischen Problemen bei der Abgrenzung, worauf sich der bedingte Vorsatz beziehen muss. In der Rückschau wird nämlich die Beurteilung der Schuldform bei der unzureichenden Auswahl oder Überwachung vom Ergebnis her (Offenbarung durch mitwirkende Person) beeinflusst werden. Ferner müsste sich der Prüfungsmaßstab bei der Auswahl darauf beziehen, dass die potentiell mitwirkende Person auf Basis der über sie mit vernünftigem Aufwand zu erfahrenden Tatsachen (wie verhält sich das zum Datenschutz?) voraussichtlich die anzuvertrauenden Geheimnisse nicht offenbaren wird. Wenn aber mindestens ein bedingter Vorsatz hinsichtlich des Verstoßes gegen die Anforderungen an die Auswahl gegeben sein muss, um die Strafbarkeit des Berufsgeheimnisträgers zu begründen, sollte man zur Herstellung der Gleichwertigkeit des Schuldvorwurfs in beiden alternativen Begehungsformen des § 203 StGB-E erwarten, dass sich sein bedingter Vorsatz auch auf die spätere vorsätzliche Offenbarung seitens der mitwirkenden Person bezieht.

2. Anmerkung zur Neufassung des § 203 StGB einerseits und des § 53a StPO andererseits

Während die Änderung des § 203 StGB in dem vorliegenden Vorschlag behandelt wird, sind die strafprozessualen Begleitregelungen insbesondere in § 53a StPO bereits Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie (RegE eines Gesetzes zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe).

Aus Sicht eines Mandanten oder Patienten, dessen Geheimnisse geschützt werden sollen, kommt es auf eine einheitliche und in sich konsistente Regelung an: Die Verschwiegenheitspflicht des Berufsgeheimnisträgers und der für ihn tätigen Personen soll strafrechtlich bewehrt sein, und Geheimnisse müssen im Ermittlungsverfahren sowie im Prozess vor Verwertung geschützt werden. Daher müssen die §§ 203 StGB, 53, 53a und 97 StPO in sich konsistent geregelt sein, damit das Ziel, nämlich den Schutz eines Geheimnisses, bestmöglich erreicht wird.

Im zuletzt genannten Verfahren (Berufsanerkennungsrichtlinie) ist u.a. eine Änderung des § 53a Abs. 1 S. 1 StPO insoweit vorgesehen, als dass dort das Zeugnisverweigerungsrecht auf diejenigen Personen erstreckt wird, die auf Grundlage eines Vertragsverhältnisses, einer berufsvorbereitenden Tätigkeit oder einer sonstigen Hilfstätigkeit an der beruflichen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers „mitwirken“. Der bisherige Begriff der „Hilfsperson“ soll aufgegeben werden. Aus der Begründung des Regierungsentwurfs ergibt sich, dass der Begriff des Vertragsverhältnisses (§ 53a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO-E) weit zu verstehen ist und auch ein gesellschaftsrechtliches Vertragsverhältnis umfasst (S. 233 f. der Begründung). Der Referentenentwurf zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie hatte nicht von „Vertragsverhältnis“ gesprochen, sondern von Beschäftigungsverhältnissen, Beauftragungen oder einer gemeinschaftlichen Berufsausübung (§ 53a Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 StPO-E). Diese drei Begriffe sind im Regierungsentwurf in dem Begriff „Vertragsverhältnis“ zusammengefasst worden.

In § 203 Abs. 3 StGB-E ist nunmehr ebenfalls von „mitwirkenden Personen“ die Rede. Das wirkt zunächst vom Wortlaut her konsistent, denn dadurch besteht zwischen den mitwirkenden Personen in § 203 StGB-E und § 53a Abs. 1 StPO-E kein Unterschied. Fraglich ist allerdings, ob nach der Begründung des Entwurfs der Begriff der mitwirkenden Person in § 203 Abs. 3 StGB-E ebenfalls so weit zu verstehen ist wie bei § 53a Abs. 1 StPO-E. Zweifel rühren daher, dass der Entwurf zu § 203 StGB im Wesentlichen auf das Non Legal Outsourcing abstellt. In der Begründung zu § 203 Abs. 3 StGB-E heißt es (S. 17 f.):

Eine Mitwirkung an der beruflichen Tätigkeit ist – insoweit deckt sich der Begriff des Gehilfen mit dem der mitwirkenden Person – nur dann gegeben, wenn die mitwirkende Person unmittelbar mit der beruflichen Tätigkeit der schweigepflichtigen Person, ihrer Vorbereitung, Durchführung, Auswertung und Verwaltung befasst ist. Darunter fallen wie eingangs aufgeführt:

- *Schreibaarbeiten,*
- *Rechnungswesen,*
- *Annahme von Telefonanrufen,*
- *Aktenvernichtung,*
- *Einrichtung, Betrieb, Wartung und Anpassung informationstechnischer Anlagen, Anwendungen und Systeme,*
- *Bereitstellung von informationstechnischen Anlagen und Systemen zur externen Speicherung von Daten,*
- *Mitwirkung an der Erfüllung von Buchführungs- und steuerrechtlichen Pflichten des Berufsheimnisträgers.*

Das ist jedoch für die möglichen Mitwirkungsmöglichkeiten keine erschöpfende Aufzählung. Da aber vor der Aufzählung das Wort „insbesondere“ oder „z.B.“ fehlt, entsteht der Eindruck, dass mitwirkende Personen gem. § 203 Abs. 3 StGB-E nicht deckungsgleich mit den mitwirkenden Personen des § 53a Abs. 1 StPO-E sind.

Das folgt auch aus den Beispielen auf S. 24 der Begründung des Entwurfs. So wird etwa die freiberufliche fachliche Mitwirkung nicht erwähnt. Bedeutet das, dass eine Offenbarung gegenüber diesen Personen strafbar ist, es sei denn, eine Einwilligung des Berechtigten liegt vor? Der Wortlaut des § 203 Abs. 3 StGB-E gibt dazu nichts her, und

es ist auch nicht nachvollziehbar, warum einem externen Schreibdienst ohne Einwilligung des Mandanten Geheimnisse offenbart werden können, nicht aber einem juristischen Mitarbeiter, der nicht bei dem Berufsheimnisträger beschäftigt ist. Gleichwohl will der Entwurf nach seiner Begründung diese Personen nicht in § 203 Abs. 3 StGB-E einbeziehen.

Wäre es dann ein sachgerechtes Ergebnis, wenn die Offenbarung an juristische freie Mitarbeiter im Rahmen des Legal Outsourcings strafbar ist, diese Mitarbeiter dann gleichwohl nach dem neuen § 53 Abs. 1 StPO-E ein Zeugnisverweigerungsrecht haben, über das der Berufsheimnisträger entscheiden darf, der sich wegen der Offenbarung soeben strafbar gemacht hat?

3. Anmerkungen zur Änderung der BRAO

3.1 Zum Verhältnis zwischen § 203 StGB-E und den Änderungen der BRAO

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich das Verhältnis der Änderungen in BRAO und StGB nicht ohne weiteres erschließt. Wie bereits erwähnt, sollte zumindest klargestellt werden, dass § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E keine Anforderungen an die Einschaltung von Dienstleistern enthält, die über die sehr ausführliche Bestimmung des § 43 f BRAO-E hinausgehen.

Nach den Ausführungen im Entwurf S. 2 sollen in der BRAO Befugnisnormen geschaffen werden, *"unter denen Dienstleistern der Zugang zu fremden Geheimnissen eröffnet werden darf. Eine Zugangsgewährung...stellt dann...keinen Verstoß gegen die berufsrechtlich festgelegte Verschwiegenheitspflicht dar. Da es dann auch kein unbefugtes Offenbaren i.S.d. § 203 StGB mehr ist, unterfällt es auch nicht mehr der Strafbarkeit nach § 203 StGB."*

Dem könnte man entnehmen, dass die berufsrechtliche Zulässigkeit Voraussetzung eines Ausschlusses der Strafbarkeit sein soll. Damit lässt sich die Begründung zu § 43f BRAO-E (Entwurf S. 29, letzter Absatz) jedoch nicht in Einklang bringen: *"Die in Artikel 1 vorgesehene Änderung des § 203 StGB lässt zwar die Strafbarkeit für Geheimnisträger entfallen, eine aufgrund der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht zudem erforderliche berufsrechtliche Befugnisnorm ist damit jedoch nicht geschaffen. Es bedarf daher auch einer Befugnisnorm im Berufsrecht."*

Nach dieser Formulierung, die wohl der Bedeutung einer Strafvorschrift alleine gerecht wird, liegt unabhängig von der berufsrechtlichen Regelung keine strafbare Offenlegung vor, wenn die in § 203 StGB-E geregelten Voraussetzungen vorliegen. Beide Normen behandeln unterschiedliche Sachverhalte mit unterschiedlichen Sanktionsfolgen für Rechtsanwälte.

3.2 Unklare Abgrenzung zwischen § 43a Abs. 2 BRAO-E und § 43f BRAO-E hinsichtlich sonstiger Hilfstätigkeiten

Unklar ist allerdings die Abgrenzung zwischen § 43a Abs. 2 Satz 6 BRAO-E und § 43f BRAO-E. Gemäß § 43a Abs. 2 Satz 6 BRAO-E sollen Personen, die im Rahmen einer „sonstigen Hilfstätigkeit“ an der beruflichen Tätigkeit des Anwalts mitwirken, den Angestellten des Anwalts gleichgestellt werden. Nach der Begründung des Entwurfs soll es sich um „gelegentlich mithelfende Familienangehörige oder Bekannte“ handeln (S. 18, 28). Das wirft die Frage auf, wie dieser Personenkreis von den „Dienstleistern“ zu unterscheiden ist, für welche die Regelung des § 43f BRAO-E gelten soll. Vermutlich ist es sachgerecht, die Erwähnung von Personen mit „sonstiger Hilfstätigkeit“ in § 43a Abs. 2 Satz 6 BRAO-E wegzulassen, denn ein sachlicher Grund, Familienangehörige oder Bekannte im Hinblick auf die Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht anders zu behandeln als externe Dienstleister, ist nicht ersichtlich.

3.3 Zum Begriff der «Erforderlichkeit»

In § 43f Abs. 1 S. 1 BRAO-E findet sich wie bei § 203 Abs. 3 StGB-E das einschränkende Tatbestandsmerkmal „erforderlich“. Dies ist problematisch, vgl. die entsprechenden Ausführungen zu § 203 Abs. 3 StGB-E. Maßstab kann nicht eine in der Rückschau definierte Erforderlichkeit sein, sondern es kommt vielmehr auf die sachgerechte Ermessensausübung des Anwalts an.

3.4 Dienstleister und mitwirkende Personen

In § 43f BRAO-E wird nicht mehr der Begriff der mitwirkenden Person, sondern des Dienstleisters verwendet. Dienstleister ist nach der Legaldefinition eine Person oder Stelle. Der Begriff "Stelle" ist in der Behördensprache vertraut, hier aber sicherlich unglücklich, weil eine „Stelle“ kein zivilrechtlicher Begriff ist und sich nicht zwanglos als Vertragspartner erschließt. Gemeint ist aber, wie sich aus dem Zusammenhang des Satzes ergibt, jeder von einer einzelnen natürlichen Person abweichende Vertragspartner.

Dieser Dienstleister ist dann sorgfältig auszuwählen und zu überwachen, § 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO-E und Entwurf S. 31 zu Absatz 2. Hier liegt ein Gegensatz zu § 203

StGB-E, der die Auswahl- und Überwachungspflicht auf die natürliche Person bezieht und gerade nicht auf den Vertragspartner. Dass eine doppelte Auswahl- und Überwachungspflicht angestrebt wäre, lässt der Entwurf nicht erkennen.

3.5 Reichweite des § 43f BRAO-E bei mandatsbezogenen Tätigkeiten

In einem neuen § 43f BRAO sollen die Voraussetzungen geregelt werden, unter denen der Anwalt befugt ist, Dienstleistern Zugang zu Informationen zu geben, die vom Berufsgeheimnis erfasst sind. Hiervon sollen allerdings Dienstleistungen ausgenommen werden, die „unmittelbar einem einzelnen Mandat dienen“. Ausweislich Seite 31 sind hiermit Dienstleister wie Übersetzer, Sachverständige und Detektive gemeint, bei deren Einschaltung die Einwilligung des Mandanten erforderlich sein soll. Aus dem Gesetzestext ergibt sich dies wiederum nicht, vielmehr entsteht der Eindruck einer unsachgemäßen unterschiedlichen Behandlung von Dienstleistungen: Zum Beispiel können externe Schreibarbeiten etwa aufgrund eines allgemeinen Rahmenvertrages in Anspruch genommen werden oder aufgrund besonderen Schreibbedarfs in einem bestimmten Mandat. Für externe Kopier- und Scandienstleistungen können allgemeine Rahmenverträge geschlossen werden, aber auch spezielle Verträge für ein bestimmtes Mandat. Eine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Handhabung ist nicht ersichtlich.

Der DAV regt dringend an, die Differenzierung zu streichen. Dafür spricht abgesehen von den im Einzelfall schwierigen Abgrenzungsfragen auch Folgendes:

- Wenn Übersetzer, Sachverständige oder Detektive nach Einschätzung des Anwalts eingeschaltet werden müssen, ergibt sich häufig schon aus dem Mandatsvertrag, dass eine solche Einschaltung nicht ohne die vorherige Zustimmung des Mandanten erfolgt, zumal durch die Einschaltung in aller Regel (zusätzliche) Kosten entstehen.
- Bei der Einschaltung von Übersetzern, Sachverständigen oder Detektiven erscheinen die Sorgfalts- und Überwachungspflichten gemäß § 43f Abs. 2 und 3 BRAO-E durchaus angemessen. Auch erscheint es angemessen, die Offenbarungsbefugnisse auf den Maßstab des „nach Ermessen des Anwalts Erforderlichen“ zu beschränken (§ 43f Abs. 1 Satz 1 BRAO-E). Alle diese Einschränkungen würden entfallen, wenn die Übersetzer, Sachverständigen und

Detektive von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 43f BRAO ausgenommen würden.

3.6 Unklare Begrifflichkeit: «Offenbaren» und «Zugang eröffnen»

Problematisch ist weiterhin, dass in § 43f BRAO-E – anders als in § 203 StGB-E – darauf abgestellt wird, dass Dienstleistern der „Zugang eröffnet“ wird zu Informationen, die dem Anwaltsgeheimnis unterliegen. Wie vorstehend dargelegt, ist bereits der Begriff des „Offenbarens“ gemäß § 203 StGB unklar und in der Auslegung streitig. Umso mehr sollte vermieden werden, in der BRAO durch einen abweichenden Begriff zusätzliche Unklarheiten zu schaffen.

4. Anmerkungen zur Änderung der BNotO

Die vorgesehenen Änderungen der Bundesnotarordnung erscheinen zielführend. Da sie jedoch nach Umfang und Regelungsdichte verhältnismäßig knapp gehalten sind, muss gesteigerter Wert darauf gelegt werden, dass die Begründung des Gesetzentwurfs möglichst umfassend ausfällt, damit etwaige spätere Unklarheiten bei der Gesetzesanwendung von vornherein weitestgehend vermieden werden können. In Anbetracht dessen wären in zwei Punkten Klarstellungen wünschenswert:

Die vorgesehene Neuformulierung des § 26 BNotO-E und die erläuternden Ausführungen hierzu in der Begründung erfassen nur scheinbar sämtliche in Betracht kommenden Personengruppen, die mit der Tätigkeit des jeweiligen notariellen Berufsgeheimnisträgers und damit verbundener Geheimnisse in Berührung kommen. Das OLG Frankfurt/M. führt in seinem Urteil vom 21.6.2006, 17 U 59/06, DB 2006, 1839, etwa für den anwaltlichen Bereich aus, dass der Gesetzgeber in § 59a Abs. 1 BRAO die Kenntnisnahme von Mandantendaten durch berufsfremde Soziern in Kauf genommen habe. Die gleiche Problematik stellt sich im Bereich des Anwaltsnotariats in Kanzleien, in denen nicht alle zur gemeinsamen Berufsausübung zusammen geschlossene Rechtsanwälte zugleich Notare sind. Auf der gleichen Linie liegt es, wenn in der Fachliteratur ausgeführt wird, verbindungsfähige Partner könnten gemeinsame Geschäftsräume, aber auch eine gemeinsame Kanzlei haben, in beiden Fällen seien sie beispielsweise nicht verpflichtet, geheimnisgeschützte Dokumente zu sondern oder

die Arbeitsabläufe der Kanzlei zu trennen (so Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, 1. Aufl., Rn. 319). Demgegenüber wird in der Literatur betont, der Notar sei "jedermann gegenüber" zur Verschwiegenheit verpflichtet (vgl. etwa Schippel/Bracker/Kanzleiter, 8. Aufl., § 18 BNotO, Rn. 7; Diehn/Schwipps, 1. Aufl., § 18 BNotO Rn. 9). Zumindest in der Entwurfsbegründung wäre daher klarzustellen, dass sämtliche Sozien im Sinne von § 59a Abs. 1 BRAO ebenso wie angestellte Rechtsanwälte oder Referendare, die ausdrücklich in der Begründung Erwähnung finden, aufgrund ihrer eigenen berufsrechtlichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht noch einmal gesondert zu einer solchen durch den Notar zu verpflichten sind.

Auf Seite 18 des Gesetzentwurfs heißt es einerseits unter Ziff. II. 1. lit. a) im vorletzten Absatz, dass "mitwirkende Personen nur solche sind, die selbst die mitwirkende Tätigkeit ausüben", dies seien allerdings nicht notwendigerweise diejenigen, mit denen der Berufsgeheimnisträger vertragliche Beziehungen unterhalte, während andererseits Verträge i. S. d. Entwurfs zu einem neuen § 26a BNotO mit "dem Dienstleister" zu schließen sind. Hier wäre eine Klarstellung angebracht, dass unter "Dienstleister" nicht die jeweils vor Ort mitwirkende Person selbst, sondern im Zweifel das Unternehmen oder die Firma des jeweiligen Dienstleisters, der dergestalt mitwirkende Personen als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt und gegenüber dem Berufsgeheimnisträger einschlägig einsetzt, zu verstehen ist.

5. Europarechtliche Erwägungen

Die vorgesehene Fassung des § 43f Abs. 4 BRAO-E ist misslungen. Sie erreicht das angestrebte Ziel nicht, ist sprachlich unpräzise, stellt den Rechtsanwalt vor kaum zu überwindende Hürden bei der Auswahl ausländischer Dienstleister und ist nach Lage der Dinge unionsrechtswidrig, vorbehaltlich einer eingehenden unionsrechtlichen Prüfung, für die angesichts der knappen Frist noch kein Raum war.

Das Ziel der Neuregelung besteht darin, Rechtsanwälten die erforderliche Beauftragung externer Dienstleister zu ermöglichen, ohne sich berufsrechtlichen Risiken auszusetzen. Das betrifft solche Dienstleistungen, auf die ein Rechtsanwalt angewiesen ist, um seine Arbeit wirtschaftlich und sachgerecht zu erledigen. Allerdings ist es häufig nicht wirtschaftlich oder sachgerecht, solche Arbeiten durch eigenes Personal zu

erledigen. Um einen Ausgleich zwischen den Interessen desjenigen, der sich einem Rechtsanwalt anvertraut, und den Belangen einer sachgerechten und zeitgemäßen Aufgabenerledigung zu schaffen, benötigen Rechtsanwälte klare Vorgaben, unter welchen Voraussetzungen externe Dienstleister beauftragt werden können. Dies ist allerdings – siehe dazu oben – schon für rein deutsche Beauftragungen nicht gelungen.

Mit Blick auf Auslandssachverhalte schafft die Neuregelung Probleme:

Nach § 43f Abs. 4 BRAO-E darf ein Rechtsanwalt bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im Ausland erbracht werden, dem Dienstleister den Zugang zu fremden Geheimnissen unter den Voraussetzungen der Abs. 1 - 3 (d.h. wie bei im Inland erbrachten Dienstleistungen) nur dann eröffnen, wenn „dort“ (also im Ausland) ein angemessener Schutz der Geheimnisse „gewährleistet ist“.

Der Wortlaut ist unklar: Welche Dienstleister bzw. welche Art von Dienstleistungen sind gemeint? Was bedeutet der Begriff „erbracht“? Soll es sich um Sachverhalte handeln, in denen der Erfüllungsort im Ausland ist, ausländische Dienstleister ihre Leistungen also komplett im Ausland erbringen? Oder ist auch die Dienstleistung über die Grenze gemeint, ohne dass der Dienstleister selber die Grenze überschreitet (also Sitz des Dienstleisters im Ausland, Erfüllungsort Deutschland)? Gerade bei IT-Dienstleistungen und Datenhaltung in einer Cloud ist es nicht immer eindeutig bestimmbar, wo die Dienstleistung erfolgt. Oder gilt die Regelung auch, wenn ein deutscher Dienstleister einen Berufsheimnisträger ins Ausland begleitet (etwa ein Übersetzer, sonstige mitwirkende Personen), die ihre Leistungen dann „dort“ erbringen?

In der Begründung ist lediglich von „im Ausland tätige(n) Dienstleistern“ die Rede (S. 32 der Begründung unter „Zu Absatz 4“, Satz 1). Lediglich aus dem Begriff „auslagern“ in der Begründung könnte man Schlüsse ziehen.

Wenn die vorgeschlagene Regelung einen im Ausland ansässigen Dienstleister meint, dann wird von diesem als Tätigkeitsvoraussetzung eine bestimmte Ausgestaltung seines heimatrechtlichen Geheimnisschutzes verlangt, die außerhalb seiner erforderlichen fachlichen Qualifikation liegt und zu dieser ggfls. hinzutreten muss. Wann dieser Schutz aber „angemessen“ ist und wann er „gewährleistet“ ist, sagt das Gesetz nicht. Nach der Begründung (Seite 32) bedeutet "angemessen" "mit dem Inland vergleichbarer Schutz". Bezieht sich die Angemessenheit auf die berufliche

Verschwiegenheit und/oder den Geheimnisschutz und/oder die Strafbewehrung? Nach der Gesamtausrichtung des Referentenentwurfs wäre wohl nur ein strafbewehrter Geheimnisschutz angemessen, sicher ist das aber nicht.

Schließlich: Was bedeutet "gewährleistet"? Muss es eine ausdrückliche ausländische Norm sein? Muss es ein Gesetz sein? Oder reicht die ausnahmslos Befolgung in der Praxis? Reicht die bloße ausländische Rechtsprechung zu diesen Fragen? Oder etwa eine Vereinbarung zwischen Generalstaatsanwalt und einem Barreau, wie z.B. in Brüssel?

Der Rechtsanwalt setzt sich folglich bei der Beauftragung eines ausländischen Dienstleisters einem erheblichen Risiko aus, es sei denn, er lässt sich vorher durch ein Gutachten den Geheimnisschutz im Ausland attestieren (was allerdings immer noch nicht alle Risiken beseitigt). Der ausländische Dienstleister wird seinerseits vermutlich nicht im Einzelnen über den Geheimnisschutz informiert sein, und keinesfalls weiß der ausländische Dienstleister besser als der deutsche Berufsgeheimnisträger, ob ein Schutz „angemessen ... gewährleistet“ ist.

Diese Unsicherheit besteht selbst bei Beauftragungen innerhalb der Union, denn weder Gesetzeswortlaut noch Begründung sind eindeutig: Vielmehr kann der deutsche Rechtsanwalt nach der Begründung des Referentenentwurfs nur „in der Regel“ davon ausgehen, dass innerhalb der EU-Mitgliedstaaten ein angemessener Schutz gewährleistet ist. Es ist also praktisch schwierig und riskant, selbst europäische Dienstleister zu beauftragen, weil das stets mit dem Risiko des Berufsrechtsverstoß oder gar der Strafbarkeit verbunden ist.

In der disziplinarisch und strafrechtlich bewehrten Regelung liegt eine Beschränkung der passiven Dienstleistungsfreiheit des Rechtsanwalts, Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen. Darin liegt weiterhin eine Beschränkung der aktiven Dienstleistungsfreiheit des (europäischen) ausländischen Dienstleisters.

Zudem kann in der Regelung eine mittelbare Diskriminierung des ausländischen Dienstleisters gesehen werden. Die Regelung knüpft zwar nicht an der ausländischen Staatsangehörigkeit an, erfasst aber praktisch vor allem Ausländer. Sie werden gegenüber fachlich gleich qualifizierten deutschen Dienstleistern diskriminiert. Sie können das vom deutschen Recht aufgestellte Erfordernis nicht aus eigener Kraft

erfüllen. Die Diskriminierung entfällt nicht per se deshalb, weil Deutschland die geforderte Geheimnisschutzregelung hat.

Die entscheidende Frage ist, ob diese Beschränkungen/Diskriminierung die Anforderungen des EuGH und insbesondere der Dienstleistungs-RL von 2006 erfüllen.

Der Referentenentwurf behauptet die EU-Konformität (unter V auf Seite 21).

Auf S. 32 heißt es in der Begründung zu § 43f Abs. 4 BRAO-E, für die anderen Mitgliedstaaten der EU "kann in der Regel von einem solchen Schutz ausgegangen werden. Der Schutz vor staatlichen Eingriffen ist im Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz mit Grundrechtscharakter anerkannt, soweit entsprechende berufsrechtliche Geheimhaltungspflichten bestehen. Das Anwaltsgeheimnis ist insofern im Grundsatz in allen Mitgliedstaaten anerkannt (vgl. EuGH, Schlussantrag (GenA) vom 29.04.2010 - C-550/07 P)."

Dazu ist Folgendes anzumerken:

- Die Begründung macht deutlich, dass von einem Geheimnisschutz für Anwälte in allen Mitgliedstaaten nur im Grundsatz ausgegangen werden kann. In den Einzelheiten gibt es Abweichungen, die zum bekannten Problem der Double deontology führen. Diese bestehen nicht nur in der Frage, ob und von wem entbunden werden kann, sondern auch in der Abwägung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht gegenüber bestimmten öffentlichen Interessen, insbesondere im Bereich der Sicherheit, bei drohenden Straftaten etc. Wieweit diese Abweichungen im Rahmen von § 43f Abs. 4 BRAO-E schädlich sind, wird nicht adressiert.
- Es geht bei § 43f Abs. 4 BRAO-E nicht um den Geheimnisschutz von Anwälten, sondern darum, wieweit dienstleistende Dritte in den anwaltlichen Schutz einbezogen werden. Dazu gibt es unseres Wissens bisher keine rechtsvergleichenden Feststellungen. Dass insoweit in allen Mitgliedstaaten Vergleichbarkeit mit der personalen Reichweite in Deutschland besteht, kann nicht angenommen werden.

Die Regelung des § 43f Abs. 4 BRAO-RefE verstößt nach vorläufiger Durchsicht gegen Art. 16 Dienstleist-RL. Danach darf der Zielstaat die Dienstleistungs-Erbringung aus

dem Ausland entweder gar nicht oder nicht allgemein aus allen Gründen des zwingenden Allgemeininteresses beschränken, sondern nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes. Rechtspflege und Verbraucherschutz gehören nicht zu diesen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses.

Die Ausnahme des Art. 17 Nr. 4 von Art 16 Dienstleist-RL für die anwaltliche Dienstleist-RL von 1977 ist nicht einschlägig, denn der Geheimnisschutz ist keine Angelegenheit dieser Richtlinie.

III. Zusammenfassung

- Der Gesetzesentwurf verpflichtet den Rechtsanwalt zur Prüfungs- und Sorgfaltspflicht hinsichtlich zweier unterschiedlicher Personenkreise, nämlich der mitwirkenden Personen als tatsächlich tätiger natürlicher Personen (§ 203 StGB-E) und der Dienstleister (§ 43f BRAO-E). Dies ist unstimmg.
- Der Wortlaut des § 43f BRAO-E unterscheidet bei Dienstleistern nach Tätigkeiten, die allgemein, d.h. nicht nur für ein konkretes Mandat, anfallen, und solchen, die für ein konkretes Mandat vereinbart werden. Diese Unterscheidung ist nicht sachgerecht.
- Der Entwurf beruft sich an mehreren Stellen auf das Bedürfnis nach Schaffung von Rechtssicherheit. Diese Rechtssicherheit wird für den Rechtsanwalt in folgender Hinsicht nicht geschaffen:
 - Der Rechtsanwalt hat nur begrenzt Möglichkeit, die Zuverlässigkeit von Angestellten seiner Vertragspartner zu überprüfen. Ob er dann noch den Anforderungen an eine "sorgfältige Auswahl" i.S.d. § 203 (3) Ziffer 1 StGB-E gerecht wird, ist Einschätzung seitens der jeweiligen Aufsicht, Strafverfolgungsbehörde oder Gericht.
 - Der Entwurf gilt auch für Cloud-Lösungen, vgl. S. 13, S. 29, 31 (ohne Anspruch auf Vollständigkeit). Dabei wird nicht näher behandelt, wie Cloud-Lösungen auszugestalten sind. Die Grauzone bleibt insoweit bestehen.

- Nach vorläufiger Prüfung ist der Entwurf unionsrechtswidrig. Als Folge der Prüfungspflicht des Rechtsanwalts hinsichtlich des Schutzniveaus bei Dienstleistungen im Ausland nach § 43f BRAO-E ist die Dienstleistungsfreiheit von Anbietern aus anderen EU-Staaten eingeschränkt. Zudem wird ein solcher Anbieter auch diskriminiert.
