



Tübingen, den 12. Mai 2017

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für
Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages:**

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der
Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen
(BT-Drs. 18/11936).

I. Vorbemerkungen

Im Grundsatz ist es erfreulich, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen des § 203 StGB der bislang wenig geklärten Frage annehmen möchte, unter welchen Voraussetzungen die Offenbarung von Geheimnissen bei Hinzuziehung von externen Dienstleistern zulässig bzw. strafbar ist, um so bestehende Rechtsunsicherheiten, die vor allem mit der zunehmenden Digitalisierung verbunden sind, in der Praxis zu beseitigen (hierzu Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 203 Rn. 19b, 64 f.). Damit verbunden werden sollen Änderungen in berufsrechtlichen Vorschriften sowie in der Strafprozessordnung (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich

der rechtsberatenden Berufe, BT-Drs. 18/9521 sowie Änderungsvorschlag des BMJV).

Aus meiner Sicht bedarf es vor allem noch einer besseren Synchronisierung der geplanten Änderungen bei § 203 StGB, den berufsrechtlichen Vorschriften sowie den strafprozessualen Vorschriften. Ferner reicht der Entwurf recht weit. Dies betrifft nicht nur die verwendeten Begriffe, sondern auch den Datentransfer in das Ausland sowie die Einschaltung von Subunternehmern. Insgesamt handelt es sich um ein komplexes Geflecht von Regelungen, das mit dem vorliegenden Entwurf noch nicht vollständig durchdrungen wird. Schwerpunktmäßig beziehen sich die folgenden Ausführungen auf § 203 StGB.

II. Änderungen bei § 203 StGB

1. Beibehaltung der Figur des „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ (§ 203 Abs. 3 S. 1 des Entwurfs)

Anders als noch im Referentenentwurf vorgeschlagen, wird nun zu Recht am „berufsmäßig tätigen Gehilfen“ festgehalten, da diese Figur bei „internem“ Personal bislang zu verhältnismäßig wenig Schwierigkeiten geführt und sich damit bewährt hat. Entsprechend dem Vorschlag in meiner Stellungnahme vom 11. Januar 2017 zum Referentenentwurf findet sich nun in § 203 Abs. 3 S. 1 des Entwurfs die deklaratorische Feststellung, dass bei der Mitteilung des Geheimnisses an berufsmäßig tätige Gehilfen und Personen, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind, kein Offenbaren vorliegt (so schon bislang ohne ausdrückliche Regelung Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 203 Rn. 19a m.w.N.). Dies ist überzeugend, weil bei notwendiger Mitwirkung von Arzthelferinnen, Kanzleipersonals usw., die unmittelbar an dem konkreten Vertrauensverhältnis teilnehmen, von vornherein kein Unrecht vorliegt. Auch kann der Schweigepflichtige internes Personal regelmäßig leichter instruieren und überwachen.

Zur Klarstellung könnte man noch anfügen, dass dies selbstverständlich nur dann gilt, wenn die Offenbarung der ordnungsgemäßen Erledigung der Aufgabe dient (so schon bislang das Verständnis der h.M., vgl. *Cierniak/Pohlit*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 203 Rn. 50). Exzesse während oder nach Erledigung der Aufgabe sollten auch bei internem Personal nicht straflos sein. So beispielsweise, wenn ein Arzt nach Abschluss der Behandlung seiner Arzthelferin Details der Erkrankung offenbart, die ihr zuvor nicht zugänglich waren.

2. Ergänzung um (sonstige) Mitwirkende (§ 203 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs)

Liegt hingegen bei externen Mitwirkenden ein Offenbaren vor, so ist das Handeln nur dann straflos, wenn keine Einwilligung des Verfügungsberechtigten vorliegt oder eine Befugnisnorm existiert. Für (sonstige) Mitwirkende an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit möchte § 203 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs eine solche Befugnisnorm schaffen, was im Grundsatz ebenfalls zu begrüßen ist. Zentraler Maßstab ist hierbei die Erforderlichkeit.

a) Erforderlichkeit der Offenbarung für die ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeit

Nicht entscheidend ist, ob die Hinzuziehung des externen Mitwirkenden für die Ausübung der Tätigkeit erforderlich ist. Das ist schon deshalb richtig, weil ansonsten eine individuelle Beurteilung notwendig wäre, ob z.B. der Arzt selbst abrechnen kann oder entsprechende computertechnische Fähigkeiten. Entscheidend ist daher nur, ob das Offenbaren des Geheimnisses zur Bewältigung der zugrundeliegenden Aufgabe erforderlich ist. Dieses, die Rechtfertigung einschränkende Merkmal, ist aufgrund seiner Unschärfe jedoch nicht unproblematisch und wird daher die bestehende Rechtsunsicherheit kaum beseitigen können. Da für die Offenbarung bereits die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den externen Dienstleister genügt (die vorgeschlagenen Regelungen für das Berufsrecht sprechen daher zutreffend von „Zugang von Tatsachen“), sind für die Beurteilung der Erforderlichkeit vielfältige technische Fragestellungen verbunden, die der einzelne Schweigepflichtige kaum beurteilen bzw. leisten können wird. Er muss daher von vornherein verhindern, dass der Dienstleister auf die für die Aufgabenstellung nicht erforderlichen Geheimnisse gar nicht zugreifen kann. Soweit sich der Berufsträger hier über die tatsächlichen Grundlagen der Erforderlichkeit und damit der Befugnisnorm irrt, wird ein vorsatz- bzw. schuldausschließender Erlaubnistatbestandsirrtum in Betracht kommen; bei bloßem Irrtum über den rechtlich zu betreibenden Aufwand liegt hingegen ein i.d.R. nur unbeachtlicher Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB vor.

Diese mit dem Merkmal der Erforderlichkeit verbundenen Unsicherheiten setzen sich in den berufsrechtlichen Vorschriften fort, wenn etwa der Notar nach § 26a Bundesnotarordnung-Entwurf den Zugang zu Tatsachen nur dann eröffnen darf, soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist.

b) Verhältnis zwischen berufsrechtlichen Regelungen und § 203 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs

Verschärft wird die Problematik dadurch, dass der Entwurf die berufsrechtlichen Regelungen als Befugnisnormen für bestimmte Berufsgruppen verstanden wissen will (Begründung zum Entwurf, S. 19), so dass kein unbefugtes Handeln i.S.d. § 203 StGB vorliegen soll. Für andere Berufsgruppen soll (zunächst) § 203 Abs. 3 S. 1 StGB gelten, jedoch soll den hierzu berufenen Stellen die Möglichkeit bleiben, ebenfalls berufsrechtliche Regelungen zu schaffen. Da das Verhältnis zwischen § 203 Abs. 3 S. 1 des Entwurfs und den berufsrechtlichen Regelungen nicht klar wird, bestehen nicht unerhebliche Unsicherheiten:

1. Gilt § 203 Abs. 3 S. 1 des Entwurfs überhaupt nicht, wenn berufsrechtliche Regelungen existieren oder ist hiernach kumulativ eine Rechtfertigung möglich?
2. Kann für einzelne Berufsgruppen durch großzügige Befugnisnormen, die nicht vom Bundesgesetzgeber geschaffen sind, der Geheimnisschutz unterlaufen werden?
3. Ist es sinnvoll, dass ggf. durch abweichende landesrechtliche bzw. berufsrechtliche Regelungen, für dieselbe Berufsgruppe (insb. Ärzte) unterschiedliche Befugnisnormen geschaffen werden können?
4. Scheidet für den Rechtsanwalt, den Notar usw. eine Rechtfertigung aus, wenn er nicht alle Voraussetzungen des § 43e Bundesrechtsanwaltsordnung-Entwurf, § 26a Bundesnotarordnung usw. (etwa die Schriftform) nicht einhält? Dann wären solche Berufsgruppen schlechter gestellt als diejenigen Berufsträger, für die nach § 203 Abs. 3 des Entwurfs nur die Erforderlichkeitsklausel gilt – es sei denn man bringt § 203 Abs. 3 StGB kumulativ auch für solche Berufsgruppen zur Anwendung.

M.E wäre es vorzugswürdig, die Befugnis für alle Berufsgruppen abschließend in § 203 StGB zu regeln und auf eine Akzessorietät zum Berufsrecht, die mit Unsicherheiten und einer Zersplitterung verbunden ist, zu verzichten.

c) Geheimnistransfer in das Ausland

Problematisch ist, dass ein Transfer geschützter Geheimnisse in das Ausland im Rahmen des § 203 StGB offenbar uneingeschränkt möglich sein soll, während die Berufsordnungen dies nur zulassen sollen, wenn der im Ausland bestehende Schutz der Geheimnisse dem Schutz im Inland vergleichbar ist (vgl. etwa § 43e Abs. 4 Bundesrechtsanwaltsordnung-Entwurf). Hier stellt sich zunächst die zuvor unter b) aufgeworfene Frage, ob eine Rechtfertigung für diejenigen Berufsgruppen ausscheidet, für die eine entsprechende Regelung existiert, während für andere Berufsträger § 203 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs eine Rechtfertigung ermöglicht, so dass allenfalls Ordnungswidrigkeiten nach BDSG verblieben (vgl. auch BT-Drs. 163/1/17, S. 2 f.).

Auch wenn § 203 StGB Geheimnisse (und nicht personenbezogene Daten i.S.d. BDSG) schützt, wird man hier doch zumindest auf die für das BDSG entwickelten Grundsätze zurückgreifen können. Demnach sind Übermittlungen innerhalb der Europäischen Union grundsätzlich zulässig (§ 4e Abs. 1 BDSG), da hier schon aufgrund der Datenschutz-Grundverordnung eine Rechtsangleichung stattgefunden hat. Eine Übermittlung in Drittstaaten ist nur dann zulässig, wenn dort ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet ist (§ 4 e Abs. 2 BDSG). Zurückgreifen kann man hier auf die sog. Weiße Liste der Kommission, die ein solches Niveau für bestimmte Staaten feststellen kann (derzeit z.B. für Argentinien, Israel, Kanada oder die Schweiz; vgl. auch Art. 45 EU-DSGVO), während die USA diese Anforderungen nicht per se erfüllt. In der Praxis spielen insbesondere EU-Standardvertragsklauseln eine Rolle, die dieses Niveau sichern sollen (Art. 46 II lit. c EU-DSGVO). Im Übrigen bleibt zu beachten, dass es dem Berufsträger unbenommen bleibt, für den Datentransfer in Drittländer eine Einwilligung des Geheimnisträgers einzuholen.

3. Ausdehnung des Täterkreises und Begriff des Mitwirkenden (§ 203 Abs. 4 S. 1 des Entwurfs)

Konsequent ist es zwar, dass § 203 Abs. 4 S. 1 des Entwurfs neben Datenschutzbeauftragten auch alle Mitwirkenden in den Täterkreis des Sonderdelikts einbezieht. Freilich ist der Begriff des Mitwirkenden insgesamt recht unscharf. So stellt sich etwa die Frage, ob auch die fachliche Mitwirkung Dritter erfasst wird. Holt etwa der Anwalt usw. ein externes Gutachten ein, so ist richtigerweise eine Einwilligung des Mandanten zu verlangen, da das Vertrauen des Mandanten in seinen Anwalt im Kern betroffen ist. Berufsrechtlich soll hier

geelten, dass bei Dienstleistungen, die einem einzelnen Mandat dienen, eine Einwilligung erforderlich ist (vgl. etwa § 43e Abs. 5 Bundesrechtsanwaltsordnung). Da sich die Diskussion um die Mitwirkung externer Personen bislang im Wesentlichen auf technische Dienstleistungen beschränkt hat (Abrechnung, Computerwartung, Clouds usw.) und auch der Entwurf sich auf solche Beispiele konzentriert, wäre zu überlegen, ob es nicht sinnvoll wäre, die Änderungen auf diesen Bereich zu beschränken. Eine weite Befugnis zur Weitergabe von Geheimnissen muss zwangsläufig auch den Täterkreis erweitern. Dies hat dann wiederum eine erhebliche Ausdehnung des Personenkreises beim Zeugnisverweigerungsrechts und Beschlagnahmeverbot zur Folge, wo nun auch der Subunternehmer geschützt sind (vgl. BT-Drs. 18/11963 mit Änderungsvorschlag des BMJW).

In Folge dessen wäre auch zu überlegen, ob Mitwirkende ihrerseits unbeschränkt weitere Mitwirkende hinzuziehen dürfen (zur Einbeziehung mehrstufiger Auftragsverhältnisse S. 23). Denn der Geheimnisschutz beruht auch auf dem persönlichen Vertrauen, das der Geheimnisträger dem Berufsträger entgegenbringt. Dieses Vertrauen fehlt aber hinsichtlich eines diffusen Kreises irgendwelcher Mitwirkender. Möglicherweise wäre zu überlegen, ob nicht weitere Mitwirkende nur im Falle einer Einwilligung eingeschaltet werden dürfen, um so den Kreis der (potentiellen) Mitwisser einzugrenzen.

4. Pönalisierung der unterlassenen Verpflichtung (§ 203 Abs. 4 S. 2 des Entwurfs)

Erfreulicherweise ist – anders als noch im Referentenentwurf – keine Pönalisierung der Berufsträger für Aufsichtspflichtverletzungen vorgesehen. Hinsichtlich externem Personal stellt die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung nämlich (zu) hohe Anforderungen an den Schweigepflichtigen. Während der Arbeitgeber bei internem Personal solchen Pflichten noch leichter nachkommen mag, bereitet dies gerade bei externen Dienstleistern erhebliche Schwierigkeiten. So ist es kaum möglich, dass der technisch weitgehend unkundige Arzt seinen Cloud-Anbieter überwacht. Zudem dürfte damit nicht unerheblicher bürokratischer Aufwand zur notwendigen Dokumentation der Einhaltung der Pflichten verbunden sein.

Problematisch ist aber auch die Pönalisierung der zumindest bedingt vorsätzlichen Nichtverpflichtung zur Geheimhaltung. Zum einen wird das bloße Vergessen mangels Vorsatzes nicht erfasst, so der Tatbestand häufig nicht nachweisbar sein

wird. Andererseits erschöpft sich der Unrechtsgehalt der Tat in der Nichtverpflichtung, weil die unbefugte Offenbarung durch den Mitwirkenden nur objektive Bedingung der Strafbarkeit ist und sich daher weder Vorsatz noch Unrecht und Schuld hierauf beziehen müssen. Abgesehen davon, dass die Figur der objektiven Bedingung der Strafbarkeit rechtsstaatlich als nicht unproblematisch angesehen wird (vgl. zum Streitstand Schönke/Schröder/Eisele, 29. Aufl. 2014, Vorbem. § 23 Rn. 124), ist das bloße Unterlassen – und zwar unabhängig davon, ob die Belehrung den Geheimnisverrat überhaupt verhindert hätte, kaum strafwürdig. M.E. genügt hier eine Ordnungswidrigkeit – ggf. auch bei Fahrlässigkeit –, was vom Unrechtsgehalt zu den in § 43 BDSG normierten Ordnungswidrigkeiten passen würde. Überzeugend ist es hingegen, dass in § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 des Entwurfs nunmehr alle Schweigepflichtigen einbezogen sind, wobei dies systematisch besser als S. 3 geregelt werden sollte.

II. Weitere Regelungen mit abweichender Terminologie

Auffällig ist, dass in den einzelnen Vorschriften mitunter eine abweichende Terminologie verwendet wird. Die (sonstige) mitwirkende Person wird in den berufsrechtlichen Regelungen als „Dienstleister“ bezeichnet, d.h. als „andere Person oder Stelle, die vom Rechtsanwalt [oder anderen Berufsträgern] im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird. Hier stellt sich die Frage, ob dieser stärker konturierte Begriff nicht auch in § 203 StGB verwendet werden könnte. Daher überzeugt es auch wenig, wenn in § 53a StPO (ggf. i.V.m. § 97 StPO) die bislang an § 203 StGB angelehnte Formulierung „ihre Gehilfen und die Personen (...) die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen“ ersetzt werden soll und stattdessen wiederum andere Begriffe, nämlich „Personen (...), die im Rahmen 1. eines Vertragsverhältnisses, 2. einer berufsvorbereitenden Tätigkeit oder 3. einer sonstigen Hilfstätigkeit an deren beruflicher Tätigkeit mitwirken“, Eingang finden sollen. Auch insoweit wäre es sinnvoll, einen gewissen Gleichlauf zumindest mit § 203 StGB herzustellen.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass nur in § 26a Bundesnotarordnung beim Zugang zu Tatsachen auf den Zusatz „ohne Einwilligung“ abgestellt, während dies bei den anderen berufsrechtlichen Vorschriften offenbar stillschweigend vorausgesetzt wird. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist dies zu beseitigen.