18. Wahlperiode

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Wortprotokoll
der 146. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Berlin, den 15. Mai 2017, 16:31 Uhr
Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Dr. Hendrik Hoppenstedt, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Tagesordnungspunkt **Seite 12**

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen

BT-Drucksache 18/11936

Federführend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:
Finanzausschuss

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:
Abg. Dr. Volker Ullrich [CDU/CSU]
Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]
Abg. Jörn Wunderlich [DIE LINKE.]
Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

Anwesenheitslisten **Seite 3**

Anwesenheitsliste Sachverständige **Seite 9**

Sprechregister Abgeordnete **Seite 10**

Sprechregister Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz **Seite 10**

Sprechregister Sachverständige **Seite 11**

Zusammenstellung der Stellungnahmen **Seite 28**

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)

Montag, 15. Mai 2017, 16:30 Uhr

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
CDU/CSU		CDU/CSU	
Brandt, Helmut		Bosbach, Wolfgang	
Heck Dr., Stefan		Fabritius Dr., Bernd	
Heil, Mechthild		Frieser, Michael	
Hirte Dr., Heribert		Gutting, Olav	
Hoffmann, Alexander		Harbarth Dr., Stephan	
Hoppenstedt Dr., Hendrik		Hennrich, Michael	
Launert Dr., Silke		Heveling, Ansgar	
Luczak Dr., Jan-Marco		Jörrißen, Sylvia	
Monstadt, Dietrich		Jung Dr., Franz Josef	
Ripsam, Iris		Lach, Günter	
Rösel, Kathrin		Lerchenfeld, Philipp Graf	
Seif, Detlef		Maag, Karin	
Sensburg Dr., Patrick		Noll, Michaela	
Steineke, Sebastian		Schipanski, Tankred	
Sütterlin-Waack Dr., Sabine		Schnieder, Patrick	
Ullrich Dr., Volker		Stritzl, Thomas	
Wanderwitz, Marco		Weisgerber Dr., Anja	
Wellenreuther, Ingo		Woltmann, Barbara	
Winkelmeier-Becker, Elisabeth			

Günther, Fritz

10. Mai 2017

Anwesenheitsliste
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32251, Fax: +49 30 227-36339

Seite 1 von 3

18. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Montag, 15. Mai 2017, 16:30 Uhr

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
SPD		**SPD**	
Bähr-Losse, Bettina		Barley Dr., Katarina	
Bartke Dr., Matthias		Franke Dr., Edgar	
Brunner Dr., Karl-Heinz		Hartmann (Wackernheim), Michael	
Drobinski-Weiß, Elvira		Högl Dr., Eva	
Fechner Dr., Johannes		Lischka, Burkhard	
Flisek, Christian		Miersch Dr., Matthias	
Groß, Michael		Müller, Bettina	
Hakverdi, Metin		Müntefering, Michelle	
Jantz-Herrmann, Christina		Özdemir (Duisburg), Mahmut	
Rode-Bosse, Petra		Rohde, Dennis	
Steffen, Sonja		Schieder, Marianne	
Strässer, Christoph		Vogt, Ute	
DIE LINKE.		**DIE LINKE.**	
Binder, Karin		Jelpke, Ulla	
Petzold (Havelland), Harald		Lay, Caren	
Wawzyniak, Halina		Pitterle, Richard	
Wunderlich, Jörn		Renner, Martina	

10. Mai 2017

Anwesenheitsliste
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32251, Fax: +49 30 227-36339

Seite 2 von 3

18. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Montag, 15. Mai 2017, 16:30 Uhr

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
BÜ90/GR		**BÜ90/GR**	
Keul, Katja	Katja Keul	Beck (Köln), Volker	
Künast, Renate		Kühn (Tübingen), Christian	
Maisch, Nicole		Mihalic, Irene	
Ströbele, Hans-Christian		Notz Dr., Konstantin von	

10. Mai 2017

Anwesenheitsliste
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32251, Fax: +49 30 227-36339

Seite 3 von 3

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Montag, 15. Mai 2017, 16:30 Uhr

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU		
SPD		
DIE LINKE.		
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN		

Fraktionsmitarbeiter

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
M. Schmitt	SPD	
Krüger, Inga	CDU/CSU	
Haase Kitt	BÜ90/Grü	
Liebl, Karl	Die Linke	

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Montag, 15. Mai 2017, 16:30 Uhr

Seite 3

Bundesrat

Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amts-bezeichnung
Baden-Württemberg			
Bayern			
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen			
Mecklenburg-Vorpommern			
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen			
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen	Salz, Andrea	Salz	RAin
Sachsen-Anhalt			
Schleswig-Holstein			
Thüringen			

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Montag, 15. Mai 2017, 16:30 Uhr

Seite 4

Ministerium bzw. Dienststelle (bitte in Druckschrift)	**Name** (bitte in Druckschrift)	**Unterschrift**	**Amts-bezeichnung**
BMJV	VON BOTHMER, CHRISTINA		RinLG
BMJV	RADZIWILL		MR
BMJV	PETER, Martina	M. P.	RDn
BMJV	Sonnenberg, Anika		RRef
BMJV	ASCHER, SUSANNE		TBESCH
BMJV	Dr. Korte, Matthias		MOgt.
BMJV	LANGE		PST

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

Anwesenheitsliste der Sachverständigen

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Montag, 15. Mai 2017, 16.30 Uhr

Name	Unterschrift
Prof. Dr. Alfred Dierlamm Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) Rechtsanwalt, Wiesbaden	
Prof. Dr. Jörg Eisele Universität Tübingen Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsrecht und Computerstrafrecht	J. Eisele
Dr. Udo Gehring Leitender Oberstaatsanwalt, Kaiserslautern	Gehring
Peter Maxl Wirtschaftsprüferkammer Berlin Geschäftsführer Rechtsanwalt	
Prof. Dr. Carsten Momsen Freie Universität Berlin Fachbereich Rechtswissenschaften	
Prof. Dr. Arndt Sinn Universität Osnabrück Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung Direktor des Zentrums für Europäische und Internationale Strafrechtsstudien (ZEIS)	
Rainer Spatscheck Deutscher Anwaltverein e. V. (DAV), Berlin Vorsitzender des Ausschusses für Strafrecht Rechtsanwalt	

Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Dr. Johannes Fechner (SPD)	**20, 25**
Stellv. Vorsitzender Dr. Hendrik Hoppenstedt (CDU/CSU)	**12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27**
Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	**21**
Katja Keul (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	**21, 24, 27**
Iris Ripsam (CDU/CSU)	**21**
Dr. Volker Ullrich (CDU/CSU)	**20, 25**

Sprechregister Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

	Seite
Dr. Matthias Korte	**23**

Sprechregister Sachverständige

	Seite
Prof. Dr. Alfred Dierlamm Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) Rechtsanwalt, Wiesbaden	**12, 23**
Prof. Dr. Jörg Eisele Universität Tübingen Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsrecht und Computerstrafrecht	**14, 23, 25**
Dr. Udo Gehring Leitender Oberstaatsanwalt, Kaiserslautern	**15**
Peter Maxl Wirtschaftsprüferkammer Berlin Geschäftsführer Rechtsanwalt	**16, 22, 26**
Prof. Dr. Carsten Momsen Freie Universität Berlin Fachbereich Rechtswissenschaften	**17, 22, 26**
Prof. Dr. Arndt Sinn Universität Osnabrück Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung Direktor des Zentrums für Europäische und Internationale Strafrechtsstudien (ZEIS)	**18, 26, 27**
Rainer Spatscheck Deutscher Anwaltverein e. V. (DAV), Berlin Vorsitzender des Ausschusses für Strafrecht Rechtsanwalt	**19, 22**

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Meine Damen und Herren! Ich darf erst einmal alle ganz herzlich begrüßen. Ich begrüße die Damen und Herren Abgeordnetenkollegen: Sogar Verstärkung aus dem Finanzausschuss ist anwesend; es kann also überhaupt nichts mehr schiefgehen. Ich begrüße insbesondere aber auch unsere sieben Sachverständigen. Ein ganz herzliches Dankeschön, dass Sie sich die Zeit nehmen, um uns hier zu beraten: Herr Professor Dr. Dierlamm von der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), Herr Professor Dr. Eisele von der Universität in Tübingen, Herr Dr. Gehring, Leitender Oberstaatsanwalt aus Kaiserslautern, Herr Maxl, Geschäftsführer der Wirtschaftsprüferkammer in Berlin, Herr Professor Dr. Momsen von der Freien Universität in Berlin, Herr Professor Dr. Sinn von der Universität Osnabrück und Herr Dr. Spatscheck vom Deutschen Anwaltverein. Schön, dass Sie da sind und wir freuen uns auf Ihre Unterstützung.

Ich begrüße seitens der Bundesregierung den Parlamentarischen Staatssekretär Herrn Lange sowie weitere Vertreter und Vertreterinnen der Bundesregierung und zwar Herrn Unterabteilungsleiter Dr. Korte, Frau Referatsleiterin Peter, Herrn Referatsleiter Radziwill und Referentin Gräfin von Bothmer – auch an Sie ein ganz herzliches Willkommen. Dann begrüße ich unsere zahlreichen Gäste oben auf der Tribüne. Auch an Sie ein herzliches Willkommen.

Zum Gesetzentwurf: In § 203 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 des Strafgesetzbuches (StGB) werden Berufsgeheimnisträger genannt, welche sich strafbar machen, wenn sie unbefugt fremde Geheimnisse offenbaren, die ihnen in beruflicher Eigenschaft anvertraut oder sonst bekannt wurden. Oftmals ist es für Berufsgeheimnisträger wirtschaftlich sinnvoll oder gar notwendig, Hilfeleistungen an Dritte outzusourcen und sich nicht eigener Angestellter zu bedienen, beispielsweise im Rahmen der IT. Outsourcing an Dritte ist aber nicht ohne rechtliches Risiko, sofern diese Personen dadurch von geschützten Geheimnissen Kenntnis erlangen können. Daher schlägt der Gesetzentwurf die Schaffung von Befugnisnormen für die Inanspruchnahme von Dienstleistern vor, soweit der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Berufsausübungsrecht besitzt. Diese besitzt er für die Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Zur Schaffung von Rechtssicherheit für Berufsgruppen, für deren Berufsausübungsrecht der Bund keine Gesetzgebungskompetenz besitzt, soll die Strafbarkeit des § 203 StGB bei der Inanspruchnahme Dritter eingeschränkt werden. In diesem Zusammenhang sollen Geheimnisse, die Dienstleistern aufgrund ihrer Inanspruchnahme bekannt werden, nun ebenfalls strafrechtlich geschützt werden.

Nun ein paar formale Hinweise zum Ablauf dieser Anhörung. Wir würden uns freuen, wenn Sie uns für jeweils fünf Minuten mit Ihrem Eingangsstatement beglücken. Ich wäre Ihnen sehr dankbar, wenn die fünf Minuten auch im Großen und Ganzen eingehalten werden würden. Damit man Ihnen das etwas erleichtert, läuft hier gleich eine Uhr. Wenn die Zahlen rot werden, wissen Sie, dass es schön wäre, so langsam aber sicher zum Ende zu kommen. Danach würden wir dann eine oder gegebenenfalls auch mehrere Fragerunden für die Abgeordneten anschließen. Wir machen es so, dass wir alphabetisch zu meiner Linken mit Herrn Professor Dierlamm mit den Statements anfangen. In der Fragerunde geht es mit Herrn Dr. Spatscheck als erstem wieder los. Die Abgeordneten werden gebeten, maximal zwei Fragen zu stellen.

Letzte Hinweise: Diese Anhörung ist öffentlich. Es wird eine Tonaufzeichnung gefertigt. Das Wortprotokoll wird dann durch das Sekretariat erstellt. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Wenn es jetzt keine Fragen zum Ablauf gibt, könnten wir beginnen. Die scheint es nicht zu geben. Dann haben Sie das Wort, Herr Professor Dierlamm.

SV **Prof. Dr. Alfred Dierlamm**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren! Vielen Dank zunächst einmal für die Einladung zu dieser Ausschusssitzung. Uns Rechtsanwälten liegt dieses Gesetz besonders am Herzen. Für uns ist wichtig und wir sind darauf angewiesen, dass der Gesetzgeber die Bedürfnisse der Praxis erkennt, in angemessener Weise regelt und vor allem auch rechtliche Unklarheiten, die nach der lex lata bestehen, beseitigt. Das gilt für sogenannte Einzelkämpfer in kleineren Organisationen, das gilt aber in besonderer Weise für die großen, global tätigen Anwaltssozietäten und Berufsgeheimnisträgergemeinschaften. Ich bitte

um Nachsicht, dass ich kein schriftliches Papier vorbereitet habe für die Sitzung. Ich habe selber erst am Freitag davon erfahren. Ich kann aber sagen, dass ich im Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) Berichterstatter für das Thema und maßgeblich auch an der Stellungnahme der BRAK beteiligt war. Das ist die Stellungnahme Nummer 18 aus 2017 der BRAK. Insoweit kann ich auf die dortigen Ausführungen Bezug nehmen. (Anlage S. 29 ff.)

Ich möchte die Position kurz in vier Punkten darstellen. Erstens: Das Gesetz ist längst überfällig. Es entspricht zwingenden praktischen Bedürfnissen, die vor allem mit einer zunehmenden Digitalisierung der Tätigkeit der Berufsgeheimnisträger verbunden ist. Die immer umfangreicheren Akten- und Datenbestände können nur mit einer leistungs- und zukunftsfähigen IT-Infrastruktur bearbeitet und verwaltet werden. Diese Infrastruktur ist so aufwendig und komplex geworden in den letzten Jahren, dass sie nur noch von spezialisierten Dienstleistern zur Verfügung gestellt und gewartet werden kann, und nicht mehr mit eigenen Bordmitteln der Anwaltskanzleien.

Zweitens: Im Grundsatz hat der Gesetzentwurf die berufsrechtlichen und strafrechtlichen Fragestellungen angemessen und unter Beachtung der Bedürfnisse der Praxis geregelt. Insbesondere der Gleichlauf zwischen einerseits berufsrechtlichen und andererseits strafrechtlichen Bestimmungen kann als gesetzestechnisch gelungen bezeichnet werden. Für uns als Rechtsanwälte ist immer wichtig, dass die Verschwiegenheitspflicht des Anwalts nicht zur kleinen Münze verkommt, sondern hoch gehalten wird. Die Verschwiegenheitspflicht ist Kernbestandteil der freien Advokatur. Der Entwurf wird dieser Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht durchaus gerecht. Ich habe einen Punkt – der ist auch in der Stellungnahme der BRAK angesprochen worden, in gleicher Weise auch in der Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (DAV) und in der Stellungnahme des Instituts der Wirtschaftsprüfer –, der beanstandet werden muss. In den berufsrechtlichen Regelungen ist bestimmt, dass einem Dienstleister im Ausland nur dann Mandatsgeheimnisse übertragen werden können oder Zugang zu Mandatsgeheimnissen gewährt werden kann, wenn ein vergleichbares Schutzniveau zum inländischen Schutz besteht. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass jedenfalls in Europa ein vergleichbares Schutzniveau bestehe. Das mag für Rechtsanwälte zutreffen. Es trifft aber definitiv nicht zu für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Zwar sind auch Wirtschaftsprüfer und Steuerberater zur Verschwiegenheit in praktisch allen europäischen Staaten verpflichtet. Es fehlt aber in vielen Mitgliedstaaten an einem Schutz von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern gegen staatliche Zugriffe, zum Beispiel in den Niederlanden, in Spanien, in Schweden, aber auch außerhalb der EU in den USA und in der Schweiz. Das bedeutet, dass gerade für die global tätigen Berufsgeheimnisträgerorganisationen, in denen typischerweise nicht nur Rechtsanwälte, sondern auch Wirtschaftsprüfer und Steuerberater tätig sind, das Gesetz seinen Zweck verfehlen würde. Wenn die Infrastruktur in Anspruch genommen werden soll, dann für alle Berufsgeheimnisträger in gleicher Weise. Anderenfalls wäre der Entwurf gerade für die Organisationen, die auf internationale Dienstleister am stärksten angewiesen sind, ein Papiertiger.

Dritter Punkt, auch dieser Punkt ist in den Stellungnahmen angesprochen worden, insbesondere in der DAV-Stellungnahme, aber auch in unserer: Sollte an dem Kriterium des vergleichbaren Schutzniveaus bei ausländischen Dienstleistern festgehalten werden, bestehen Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der unionsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit, denn Dienstleister, die ihre IT-Dienste in Mitgliedstaaten anbieten, in denen kein vergleichbares Schutzniveau besteht, wären durch die Regelung unangemessen benachteiligt. Das heißt, dieses Kriterium des vergleichbaren Schutzniveaus ist nicht nur aus praktischen, sondern auch aus rechtlichen Gründen zu streichen.

Letzter Punkt, ganz kurz: Man sollte die Änderungen zu den prozessualen Vorschriften, §§ 53, 53a und 97 der Strafprozessordnung (StPO), die aus der Berufsanerkennungsrichtlinie – jedenfalls nach derzeitigem Stand – herausgefallen sind, mit in das vorliegende Gesetz aufnehmen. Hier gehören sie hin, um nicht nur den Gleichlauf zwischen Berufsrecht und Strafrecht, sondern

auch zum Strafprozessrecht in einem einheitlichen Gesetz sicher zu stellen. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Mustergültig in der Zeit. Vielen Dank! Herr Professor Eisele.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren! Auch von mir ganz herzlichen Dank, dass ich zu Ihnen sprechen darf. Auch ich finde es im Grundsatz sehr erfreulich, dass der Gesetzgeber diese Frage regeln möchte, die doch in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Im Ausgangspunkt muss man freilich beachten, dass der Geheimnisschutz ein hohes Gut ist, da er für das Vertrauen des Bürgers in die Tätigkeit der genannten Berufsgeheimnisträger unerlässlich ist. Im Folgenden möchte ich mich schwerpunktmäßig auf die Regelungen des § 203 des Entwurfs zur Änderung des Strafgesetzbuchs (StGB-E) konzentrieren. Problematisch ist zunächst aus meiner Sicht bei § 203 Absatz 3 Satz 2 StGB-E der Maßstab der Erforderlichkeit, der doch relativ unscharf ist. Denn was erforderlich ist, und ob die Offenbarung erforderlich ist, muss der Berufsgeheimnisträger selbst beurteilen. Hinsichtlich der technischen Ausgestaltung, die dahinter steckt, wird das nicht ganz einfach sein. Das ist nur ein Punkt. Unklar geblieben ist mir vor allem das Verhältnis zwischen berufsrechtlichen Regelungen und dem Rechtfertigungsgrund des § 203 Absatz 3 Satz 2. Mir ist nicht klar, ob für diejenigen Berufsgeheimnisträger, für die nun Berufsrecht geschaffen werden soll, auch der Absatz 3 Satz 2 kumulativ gilt oder nicht gilt. Das ist ein wichtiger Punkt. Etwa bei den anwaltlichen Regelungen gibt es hier Einschränkungen gegenüber Absatz 3 Satz 2 – Schriftform oder die genannte Beschränkung für den Datentransfer ins Ausland. Wenn der Rechtsanwalt dies nicht einhält, ist er dann noch befugt? Liegt dann eine Rechtfertigung vor? Kann er noch auf den allgemeineren Absatz 3 Satz 2 zurückgreifen? Wenn nicht, wäre etwa der Arzt besser gestellt, für den es noch keine berufsrechtliche Regelung gibt. Und möchte man wirklich die berufsrechtlichen Regelungen dann dem Landesrecht überlassen, jedenfalls in den Bereichen, wo es notwendig ist, so dass man abweichende Regelungen für einzelne Berufsträger hat? Darüber sollte man zumindest noch einmal nachdenken.

Problematisch ist auch aus meiner Sicht der Datentransfer ins Ausland. Das wurde bereits angesprochen, weil sich in den vorgeschlagenen berufsrechtlichen Regelungen hier eine Einschränkung befindet, die im Übrigen im Wesentlichen im Einklang steht mit dem Datenschutzrecht. Auch dort darf man Daten nicht uferlos ins Ausland transferieren, sondern es gilt der Grundsatz: Innerhalb der Europäischen Union ist das möglich, bei Drittstaaten nur, wenn ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet ist, was etwa durch eine Weiße Liste der Europäischen Union für bestimmte Staaten festgehalten wird. Im Übrigen behilft man sich dort mit allen möglichen Standardvertragsklauseln. Also hier müsste man überlegen, ob auch im § 203 StGB eine Begrenzung vorgesehen wird oder ob der Datentransfer in Drittstaaten möglicherweise nur bei Einwilligung zulässig ist. Das wäre aber für die Praxis natürlich schwer zu handhaben.

§ 203 Absatz 4 StGB-E dehnt den Täterkreis auf Mitwirkende aus. Das finde ich relativ unscharf. Die Entwurfsbegründung befasst sich ja im Wesentlichen mit drei Problemkreisen: Abrechnung, Datenwartung und Datenspeicherung in Clouds. Ich habe mir die Frage gestellt: Soll wirklich jegliche Mitwirkung, vielleicht auch die fachliche Mitwirkung, erfasst werden oder wäre hier nicht eine Begrenzung möglich? Dies gilt umso mehr, als nach dem Entwurf auch Subunternehmer und Subsubunternehmer mit erfasst werden. Das führt natürlich umgekehrt dazu, dass die Zeugnisverweigerungs- und Beschlagnahmeverbote relativ weit gefasst sein müssen, wenn man einen Einklang zwischen materiellem Recht und strafprozessualen Regelungen benötigt.

Ein weiterer Punkt, auf den ich hinweisen möchte, ist die Pönalisierung der unterlassenen Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Das ist einerseits aus meiner Sicht etwas eng, andererseits etwas weit. Da nur Vorsatz erfasst wird, wird der Nachweis in der Praxis doch relativ schwierig sein. Andererseits finde ich, dass die Strafbarkeit auch relativ weit ausgedehnt wird, weil der Umstand des Geheimnisverrats durch denjenigen,

an den offenbart wurde, nur objektive Bedingung der Strafbarkeit ist. Man bestraft jemanden allein für die unterlassene Belehrung. Das finde ich sehr weitgehend. Man sollte sich hier überlegen, ob man nicht eine Ordnungswidrigkeit zu Fahrlässigkeit und Vorsatz normiert. Das würde auch ungefähr inhaltlich dem entsprechen, was § 43 des Bundesdatenschutzgesetzes regelt.

Abschließend nur der Hinweis, dass die einzelnen Entwürfe unterschiedliche Formulierungen verwenden: § 203 StGB-E spricht von „mitwirkender Person“. Die berufsrechtlichen Regelungen sprechen von „Dienstleister“ und § 53a StPO verwendet eine Aufzählung unter drei Punkten, die auch abweicht. Hier wäre es wünschenswert, dass ein Gleichlauf auch in sprachlicher Hinsicht erreicht wird. Herzlichen Dank!

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Auch ganz herzlichen Dank! Herr Dr. Gehring, bitteschön.

SV **Dr. Udo Gehring**: Auch von mir vielen Dank, dass ich hier sprechen darf. Als Staatsanwalt habe ich auch die typischen Beweislagen im Blick, wenn ich mir ein Gesetz oder einen Gesetzentwurf anschaue. Ich halte diesen Gesetzentwurf auch für notwendig. Ich vermute mal, dass das eigentlich schon so praktiziert wird und dann durch dieses Gesetz legalisiert werden wird. Der Tatbestand des § 203 StGB kommt in der Praxis nicht so oft vor, denn die Berufsgruppen, die darin genannt sind, genießen ihr Vertrauen ja zu Recht. Und dann handelt es sich nicht, wenn ein Rechtsanwalt an einen externen Dienstleister Daten offenbart oder ihm Zugang verschafft, um einen klassischen Geheimnisverrat in dem Sinne, dass man ein Geheimnis an jemanden weitergibt, den es interessiert, sondern typischerweise interessiert es den ja gar nicht. Trotzdem ist es ein Offenbaren und muss geregelt werden. Es ist nicht systemfremd, diesen Kreis der Geheimnisträger zu erweitern, denn es sind ja jetzt schon die Gehilfen eingeschlossen. Das neue ist, dass es externe Dienstleister sind, die nicht in die berufliche Sphäre mit eingebunden sind. Nun stellt sich die Frage: Wie kann man die definieren? Die gewählte Definition „mitwirkende Personen“ meine ich, kann man kaum konkreter fassen. Wesentlich ist, dass die beauftragt werden müssen. Wenn ich mir vorstelle, dass ein Dienstleister Geheimnisse illegal weitergibt. Was wird er sagen, wenn man ihm das vorwirft? Er wird sagen: Das habe ich gar nicht gewusst, dass das überhaupt Geheimnisse sind, dass das so schützenswerte Daten sind. Deswegen ist ganz essenziell, dass der Rechtsanwalt auch bestraft wird, wenn er den externen Dienstleister nicht verpflichtet. Denn so sieht es aus der Sicht des Betroffenen, desjenigen, dessen Daten geschützt werden sollen, aus: Entweder der externe Dienstleister wurde informiert, was es für Daten sind und wurde förmlich verpflichtet. Er weiß genau Bescheid und es gibt ein Strafverfolgungsrisiko für ihn, wenn er die Daten ausplaudert. Oder der Rechtsanwalt oder Arzt oder ein anderer aus der Liste hat es eben unterlassen, bei der Weitergabe der Daten darauf hinzuweisen, dass es sich um Geheimnisse handelt. Das geschieht eben durch diese förmliche Verpflichtung. Was könnte man weiter tun, um diese Daten zu schützen? Ich möchte den Blick des Ausschusses auf Folgendes lenken: Der Bürger vertraut, wenn er seine Daten einem Arzt, einem Rechtsanwalt usw. anvertraut, doch zum großen Teil der Professionalität dieser Berufsgruppen. Wenn man davon ausgeht, dass man nicht unbedingt immer an das Gute im Menschen glaubt, dann vertraut er auch darauf, dass dies die berufliche Existenzgrundlage desjenigen ist und wenn jetzt Geheimnisse ausgeplaudert werden, dann kann das für den Rechtsanwalt, für den Arzt usw. Konsequenzen haben, berufsrechtlicher Art. Es kann um seine Existenzgrundlage gehen. Auch deswegen vertraut der Bürger darauf, dass seine Daten dort sicher sind. Was die Gehilfen betrifft, da ist es so eine Art abgeleitete Sicherheit, die man hat, weil man sich denkt: Die sind in die Organisation des Rechtsanwalts eingebunden. Die werden von ihm angeleitet. Er hat ein Weisungsrecht, das er auch ausübt. Er hat eine Kontrollmacht. Wenn ich die Daten an einen externen Dienstleister gebe, dann sind die ja letztendlich weg. Die sind nur durch ein Vertragskonstrukt noch kontrollierbar und deswegen gebe ich zu bedenken, ob man nicht verlangen sollte, dass diese externen Dienstleister mit den Daten berufsmäßig umgehen müssen. Sonst könnte ja auch irgendein Hobby-IT-Freak etwas für den Rechtsanwalt machen und die Daten in die Hände bekommen. Der hat aber nicht gelernt, mit den Daten professionell umzugehen. Das Vertrauen in die Professionalität heißt, das ist Bestandteil der Ausbildung beim Arzt, beim

Rechtsanwalt usw., dass ich mit solchen Daten sorgsam umzugehen habe.

Eine weitergehende Pflicht war im Referentenentwurf noch drin. Da ging es darum, dass der Rechtsanwalt auch bestraft werden sollte, wenn er den Dienstleister nicht richtig auswählt oder nicht richtig überwacht. Da hatte ich damals Stellung genommen, dass ich das für nicht zielführend erachte, weil man in der Praxis eine solche vorsätzliche Verletzung dieser Pflicht nicht nachweisen können wird. Die vorsätzliche falsche Überwachung oder die vorsätzliche falsche Auswahl ist schon vom Psychologischen her ein Unding, weil einfach kein Motiv dahinter stehen kann. Warum soll ich denn jemanden schlecht auswählen oder vorsätzlich schlecht auswählen oder überwachen; fahrlässig natürlich, aber vorsätzlich? Das kommt in der Wirklichkeit überhaupt nicht vor. Da ich den Vorsatz immer nur rückschließen kann, wird das dazu führen, dass ich das niemals nachweisen kann. Nun könnte man sagen, eine symbolische Gesetzgebung ist ja auch was wert. Die hält wenigstens die Werte hoch. Es ist aber so, dass es auch strafvollzugsweise negative Konsequenzen hat, wenn ich unerfüllbare Pflichten festsetze, weil man dann Verfahren gegen Unschuldige produziert. So wenig ich feststellen oder beweisen kann, dass etwas schlecht überwacht oder schlecht ausgewählt wird, kann ich auch umgekehrt einen Anfangsverdacht sehr schwer verneinen. Denn immer, wenn ein Geheimnis ausgeplaudert wird von dem externen Dienstleister, könnte es durchaus daran liegen, dass er schlecht überwacht oder schlecht ausgewählt worden ist. Ich muss dann immer einen Anfangsverdacht bejahen und muss als Staatsanwalt ermitteln. Es handelt sich dann um Sicherheitsverfahren gegen Unschuldige, die letztendlich eingestellt werden. Ich habe denjenigen, gegen den ich dann ermittle, als Zeugen verloren. Danke schön. Das wars.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Herzlichen Dank! Herr Maxl bitte.

SV **Peter Maxl**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren! Vielen Dank für die Möglichkeit, hier einige Aspekte aus Freiberuflersicht, speziell Wirtschaftsprüfersicht, beitragen zu können. Strafgesetzbuch, Strafprozessordnung und Berufsrecht kennen alle den Gehilfenbegriff. Der Gehilfenbegriff hat sich aber unterschiedlich entwickelt. Zielsetzung muss jetzt sein, den Gehilfenbegriff – egal wie man ihn später bezeichnet – zu harmonisieren. Insbesondere muss die Schnittstelle zwischen Strafrecht und Berufsrecht von den Begrifflichkeiten her gewährleistet sein. Das ist hier schon angesprochen worden. Das sehe ich nicht gewährleistet. Die Lösung sieht der Gesetzentwurf darin, dass in § 203 StGB-E unterschiedliche Gehilfengruppen normiert werden: Die bisher anerkannte Gehilfengruppe und dann die allseits diskutierte neue Gehilfenkategorie, die sogar noch unterteilt zwischen sonstigen und weiteren mitwirkenden Personen. Ausgangspunkt ist für das Berufsrecht zunächst StGB und StPO. Sehr gut, dass die notwendige StPO-Angleichung in § 53a eingeführt wurde. Da kann man den bisher vorliegenden Entwurf nicht einfach eins zu eins übernehmen. Man muss hier sehen, ob die Begrifflichkeiten der StPO und von § 203 StGB-E genauso abgestimmt sind, wie es heute der Fall ist. Sind sie nicht. § 53a StPO ist eindeutig klarer formuliert. In Teilen kann man das in § 203 StGB übernehmen. Klarer ist es schon in der Überschrift: Mitwirkende Personen. Den Begriff findet man auch hier im Titel des Gesetzes. Es geht um mitwirkende Personen. Wieso greift nicht § 203 StGB-E in Absatz 3 diesen Begriff auf? Dort wird der Begriff nur indirekt aufgegriffen, indem zunächst die alte Gehilfenkategorie aufgenommen wird. Dann wird von sonstigen und weiteren Mitwirkenden gesprochen. Daraus kann man schließen: Die Gehilfen sind auch Mitwirkende. Wieso sagt man es nicht? Die Frage ist, wie man jetzt differenziert zwischen den verschieden Gehilfengruppen. Da schlagen wir vor: Nehmen wir doch die Differenzierung, die sich wie ein roter Faden auch aus der Begründung des Gesetzes ergibt. Dort wird differenziert zwischen der Gehilfengruppe, die eingebunden ist in die Organisation, dem Direktionsrecht unterliegt, den Weisungsbefugnissen des Geheimnisträgers. Dann gibt es die externen Dritten, die einzelfallbezogen beauftragt werden, eine eigene Organisationseinheit bilden und von daher freier schwebend eingebunden werden. Da muss es dann zusätzliche berufsrechtliche oder auch strafrechtliche Anforderungen geben. Also wir haben zur Akte einen ausformulierten Gesetzentwurf auf der Basis des § 203 StGB gereicht, wie man aus dem

Blickwinkel des Geheimnisträgers differenzieren kann. Das muss sich auch niederschlagen im Berufsrecht. Auch dort müssen zwei Kategorien gebildet werden, die Eingebundenen und die Externen. Das ist von der Struktur her der Fall. Ich begrüße auch sehr, dass sich das in allen Berufsordnungen so widerspiegelt. Das ist wirklich gelungene Harmonisierung. Da haben wir aus unserer Sicht nur die Begrifflichkeit zu hinterfragen. Was ich nicht erklären kann, ist, dass hier im Berufsrecht die mitwirkende Person überhaupt nicht angesprochen wird. Da werden dann andere Begriffe, wie beschäftigte Personen, angestellte Personen und Dienstleister herangezogen. Aus meiner Sicht völlig ohne Not, zumal es auch zu nicht akzeptablen Ergebnissen führt. Bei der Gruppe der in die Praxis Eingebundenen redet das Berufsrecht von Beschäftigten. Das sind im Zweifel die Angestellten. In der Begründung steht auch ausdrücklich „… freie Mitarbeiter sollen nicht erfasst sein.“ Jetzt möchte ich die Kanzlei kennen, gerade kleinere und mittlere Kanzleien, die nicht mit freien Mitarbeitern arbeiten. Das geht nicht. Also auch da der Begriff „mitwirkende Person“, eingebunden in die Praxis. Dann ist die Basis, der Vertrag der Zusammenarbeit, nicht entscheidend. Das kann ein Anstellungsverhältnis sein, das kann aber auch ein freies Mitarbeiterverhältnis sein, ein Gesellschaftsvertrag und ähnliches. Der Begriff des Dienstleisters wird aus meiner Sicht ohne Not kreiert. Hier könnte man die gleiche Terminologie nehmen wie im Strafrecht.

Zwei Punkte hier nur angerissen, die wir dann bei den speziellen Berufspflichten, die den externen Dienstleistern auferlegt werden, kritisieren. Das ist einmal das Thema des Beauftragten im Ausland, da will ich mich an dieser Stelle nicht wiederholen. Ich will nur auf § 320 Absatz 5 des Handelsgesetzbuchs (HGB) verweisen. Dort gibt es für die internationale Prüfung und für den Informationsfluss eine Vorbildregelung. Dort wird Bezug genommen auf das Datenschutzrecht. Wenn das erfüllt wird, dann ist das Mögliche gemacht. Dann muss aus unserer Sicht aufgegeben werden die Differenzierung bei der Inanspruchnahme von externen Dienstleistungen – ob sie einem Mandat dienen oder nicht. Offenbar hat man nur den technischen Supporter im Auge. Aber wir kennen auch den von mir schon angesprochenen freien Mitarbeiter, den fachlicher Support, der insbesondere in einer Notsituation der Praxis Hilfe leisten muss. Den kann man nicht herausdefinieren. Von daher würden wir für eine Streichung dieser Regelung plädieren. Vielen Dank!

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Herr Professor Dr. Momsen.

SV **Prof. Dr. Carsten Momsen**: Vielen Dank für die Einladung und die Möglichkeit, hier sprechen zu können. Auch aus meiner Sicht ist der Entwurf insgesamt zu begrüßen. Es wäre auch zu begrüßen, wenn er relativ zeitnah umgesetzt wird, da er faktisch überfällig ist. Einige Punkte müssen zumindest klar gestellt, zum Teil angeglichen werden: Berufsrecht und Strafrecht. Erster Punkt, den ich aufgreifen möchte, ist der Punkt IT-Sicherheit und damit zusammenhängend IT-Compliance. Liest man § 203 StGB-E und § 43e des Entwurfs zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO-E) zusammen, so ergibt sich eine gesetzliche Verpflichtung zur Implementierung von Maßnahmen der IT-Compliance, beispielsweise auch für Rechtsanwälte, und zwar für Rechtsanwälte ganz unterschiedlicher Kanzleigrößen und unterschiedlicher Ressourcen. Das würde es aus meiner Sicht notwendig machen, hier einen generalisierenden bzw. einen verbindlichen Maßstab anzulegen, was eigentlich gefordert wird. Da differieren beispielsweise § 203 StGB-E, der sich letztlich mit der Pflicht zur Belehrung der Hilfspersonen begnügt im Vergleich zu § 43e BRAO-E, der mit der Pflicht, das Vertragsverhältnis gegebenenfalls zu kündigen, im Prinzip auf Belehrung und Überwachung ausgerichtet ist. Idealerweise sollten beide Regelungen im Interesse der IT-Sicherheit im Hinblick auf die umfassendere Pflicht, im strafrechtlichen ultima-ratio-Gedanken allerdings nicht unbedingt, angeglichen werden. Vielleicht könnte man etwa formulieren, dass eine „Belehrtheit“ gewährleistet ist. Das heißt also ein dauerhafter Zustand der Informiertheit. Man könnte also „belehrt wurde“ gegen „belehrt ist“ im Rahmen des § 203 Absatz 4 Nummern 1 und 2 StGB-E austauschen. In anderen Regelungskontexten im Datenschutzrecht gehen die Anforderungen natürlich deutlich weiter. Beispielsweise die Artikel 32 und 35 der Datenschutzgrundverordnung verlangen ja

erheblich mehr. Das muss das Strafrecht aus dem Ultima-ratio-Gedanken heraus nicht unmittelbar abbilden. Im Auge behalten muss man es meines Erachtens gleichwohl.

Der Punkt IT-Sicherheit sollte vielleicht im Berufsordnungsrecht auch noch eine Rolle spielen. Das heißt: Es sollte eine Formulierung mit Bezug zum Stand der Technik der Datensicherheit aufgenommen werden. Das wäre denkbar in § 203 Absatz 2 StGB. Besser erschiene mir als Beispielsregelung der § 43e BRAO-E. Hier könnte man zum Beispiel in Absatz 2 einen neuen Satz 2 einfügen: „Der Dienstleister muss die Gewähr dafür bieten, dass der Stand der Technik in der Datensicherheit berücksichtigt wurde." Es wäre auch denkbar, Verweise auf Datenschutzstandards aufzunehmen, beispielsweise in Katalogform, etwa an den BSI-Anforderungskatalog Cloud Computing (C5) für den Bereich von Cloud-Dienstleistern. Es wurde schon angesprochen, auf die Richtlinien der EU-Kommission für den Umgang mit Daten im Ausland zu verweisen. Der Kreis der mitwirkenden Personen ist so von allen bisherigen Rednern angesprochen worden. Hier bedarf es in der Tat, was ja nun auch quasi gerade noch erfolgt ist, der Angleichung des Strafprozessrechts und des materiellen Strafrechts. § 53a StPO geht insoweit in die richtige Richtung mit den Ausstrahlungswirkungen auf das Beschlagnahmeverbot in § 97 Absatz 3 StPO und auch auf das Erhebungs- und Verwertungsverbot in § 160a Absatz 3 StPO. Meines Erachtens ist die Differenzierung zwischen externen und internen Mitwirkenden nicht ganz so einfach. Ich würde da eine funktionsbezogene Differenzierung befürworten.

Das Merkmal „unbefugt" wird traditionell im Wege der Einwilligungslösung ausgelegt. Hier müsste man im Auge behalten, dass die Einwilligung im Bereich des Non-legal-Outsourcings, also im Bereich des Outsourcings an Cloud-Dienstleister sehr komplexe Sachverhalte betrifft, die möglicherweise von den Berufsgeheimnisträgern gar nicht ohne weiteres im Rahmen einer konkreten Einwilligung zu leisten sind.

Letzter Punkt: Die Einwilligung wird üblicherweise vom Auftraggeber, dem Mandanten, erteilt. Im Prinzip können auch Daten mit Rückbezug betroffen sein. Das ist ein Thema, welches wir im Rahmen des § 203 StGB auch schon länger diskutiert haben und was möglicherweise durch die Neuregelung etwas schärfer werden könnte. Das lässt sich wohl im § 203 StGB selbst nicht zufriedenstellend unterbringen. Es ist aber auch ein Thema, das man gegebenenfalls im Berufsrecht noch weiter regeln könnte. Vielen Dank!

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Ich danke Ihnen. Herr Professor Dr. Sinn, bitte.

SV **Prof. Dr. Arndt Sinn**: Vielen Dank! Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, meinen sehr geehrten Damen und Herren, herzlichen Dank für die Einladung. Die schriftliche Stellungnahme liegt Ihnen ja vor. Ich darf mich also auf wesentliche Punkte in meiner mündlichen Anhörung hier zurückbesinnen. Zunächst: Ja, die Intention des Gesetzgebers, die Möglichkeiten der Einbeziehung Dritter in den Wirkungskreis der Berufsgeheimnisträger zu erweitern, begrüße ich ebenfalls. Die Digitalisierung bringt das mit sich. Allerdings komme ich zu dem Ergebnis, dass die vorgeschlagenen Änderungen sehr weitreichend sind, teilweise unausgewogen, unpräzise und wahrscheinlich auch praxisuntauglich. Das betrifft im Wesentlichen § 203 StGB-E. Ich möchte ganz kurz noch einmal diesen Interessenwiderstreit beim § 203 zeigen. Wir haben Berufsgeheimnisträger auf der einen Seite und wir haben Menschen, die mit der Preisgabe dieser Geheimnisse ein Vertrauen entgegenbringen, und damit eben auch über die Einwilligungslösung wissen wollen, wann denn ihre Daten preisgegeben werden. Das ist die Grundvoraussetzung. Jetzt finden wir aber in § 203 Absatz 3 Satz 2 StGB-E ein „dürfen". Wenn dieses „dürfen" der Offenbarung als ein Rechtfertigungsgrund gemeint ist, dann müsste sich in diesem „dürfen", in diesem Rechtfertigungsgrund, ein rechtfertigendes Prinzip nachweisen lassen. Als rechtfertigendes Prinzip kommt hier nur das Prinzip des überwiegenden Interesses in Betracht. Allerdings zeigen die Gesetzesbegründungen, dass hier überhaupt nicht abgewogen wurde zwischen den Interessen derjenigen, die diese Daten outsourcen wollen, und den Interessen von denjenigen, die einfach wissen wollen, wo sind meine Daten und wer hat Zugriff. Also von einer tatsächlichen gesetzgeberischen Vorwegab-

wägung, wie man sie dogmatisch hier innerhalb der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers favorisieren würde, kann überhaupt nicht die Rede sein. Denn letztendlich wird die Person in der Kontrolle entmachtet, über die Einwilligung tatsächlich noch informiert zu werden. Das betrifft weniger das einzelne Mandat, das ist ja geregelt in den berufsrechtlichen Regelungen, sondern das betrifft diese Ketten. Man müsste zunächst einmal überhaupt erheben, welche widerstreitenden Interessen es gibt, und die dann gegeneinander abwägen und das dann vertypisieren als einen Rechtfertigungsgrund.

Das Kriterium der Erforderlichkeit wurde hier ebenfalls schon genannt. Wenn das ein Ventil sein soll, die Ausweitung der Möglichkeiten zur Offenbarung von Geheimnissen zu kanalisieren, so zeigt sich, dass damit noch nichts gewonnen ist. Denn was erforderlich ist, weiß man schlicht nicht. Man kann auch nicht auf andere Erforderlichkeiten im Kontext anderer Vorschriften zurückgreifen, weil die immer kontextgebunden sind. Für die Notwehr ist etwas anderes erforderlich als beim Verfassungsprinzip der geeignet-erforderlichen Angemessenheit. Die Praxis wird hier vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt werden.

Die Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Ausland ist ebenfalls problematisch. Wir mögen innerhalb der Europäischen Union ein gleiches Schutzniveau haben. Allerdings wird sich das für Drittländer natürlich nicht ableiten lassen. Auch hier gibt es dann über diese mehrstufigen Unterauftragsverhältnisse, wie sie der Gesetzesentwurf ja nennt, auch die Möglichkeiten, dass die Daten und die Mitwirkungsketten immer weiter ausgeweitet werden und damit der Kreis für die einzelne Person unüberschaubar wird, die ein Interesse an der Geheimhaltung hat. Ich sage damit nur: Sie soll es ja immer noch wissen. Ich favorisiere eher eine Einwilligungslösung als eine weitreichende „Dürfen“-Regelung.

In Absatz 4 ist dann schließlich die unterlassene Verpflichtung zur Geheimhaltung als vorsätzliches Delikt ausgestaltet. Herr Kollege Eisele hat darauf hingewiesen, dass es hier nicht nur um Probleme beim Nachweis des Vorsatzes gehen wird. Dass auch das Unrecht einer solchen Tat – so steht es ja im Gesetzentwurf –, die unterlassene Verpflichtung zur Geheimhaltung, schon das strafbare Unrecht erreicht, bezweifele ich. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass es andere unterlassene Verpflichtungen zur Geheimhaltung gibt. Das ist etwa der Fall bei § 11 Absatz 1 Nummer 1c StGB, der gewillkürten Verpflichtung zu einer Amtsträgerschaft. Dort wird keine Strafbarkeit an dieses Unterlassen geknüpft. Außerdem ist es normsystematisch nicht korrekt, eine Sorgfaltspflichtverletzung innerhalb eines Vorsatzdeliktes zu pönalisieren. Letztendlich würde ich hier vorschlagen, ebenfalls eine Ordnungswidrigkeit vorzusehen, die auch die Fahrlässigkeit mit abdeckt. Vielen Dank!

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Herr Dr. Spatscheck.

SV **Dr. Rainer Spatscheck**: Sehr geehrter Herr Vorsitzende, meine Damen und Herren, vielen Dank für die Einladung. Ich habe meinen Beitrag in fünf Punkte gegliedert, die sich aus dem Skript ergeben, das ich auch schon eingereicht habe.

Punkt eins ist, dass die Rechtsanwälte – wie andere Berufsgruppen auch – teilweise sogar von Gesetzes wegen verpflichtet sind, EDV zu nutzen. Man entspricht damit nicht nur einer modernen Berufs- und Büroführung, sondern der Gesetzgeber verpflichtet den Anwalt, einen Computer zu haben, mit dem zum Beispiel das Mahnverfahren oder das besondere Anwaltspostfach letztlich nur noch per IT genutzt werden kann. Wenn Sie sich jetzt an Ihre eigenen IT-Kenntnisse erinnern, dann ist es selbst bei der Nutzung dieses einfachen Gerätes hier nicht ausgeschlossen, dass Sie dafür einen IT-Fachmann benötigen. Es ist sogar sicher, weil ich nicht in der Lage bin, das Gerät so einzustellen, dass es bei uns im Büro funktioniert. Das heißt: Als Anwalt kann ich gar nicht anders. Ich muss IT nutzen. Und wenn ich nicht parallel dazu noch ein Informatikstudium abgelegt habe, dann bleibt mir gar nichts anderes übrig, als einen IT-Fachmann damit zu beschäftigen. Das stört die Big Four der Branche nicht, weil die ganze Abteilungen haben, die sich nur mit IT beschäftigen. Das stört aber den kleineren Anwalt. Das stört auch die Anwaltskanzlei mit 20, 25, 30 Anwälten, die – selbst wenn sie einen eigenen IT-Fachmann haben – immer noch externe IT-Unterstützung benötigen, um die Sache ins Laufen zu bringen. Wenn man sich die aktuelle Situation anschaut und ganz

einfach nur in den Standardkommentar zum StGB sieht, also bei Fischer, dann erfährt man bei den Berufshelfern: „Externe Personen scheiden als Gehilfen aus, so dass die Offenbarung ihnen gegenüber strafbar ist. Hierzu zählen nach herrschender Meinung zum Beispiel Mitarbeiter von Service-, Reparatur- und Wartungsunternehmen, auch bei EDV-Wartung."

Das war schon mein Punkt zwei. Wenn ich mich ganz einfach so verhalte, wie ich mich verhalten muss, weil mir gar nichts anderes übrig bleibt als Anwalt, dann laufe ich Gefahr, falls Fischer Recht hat – gut,er ist jetzt pensioniert, aber er schreibt ja noch –, wenn ich nicht in der Mandatsvereinbarung die Nutzung einer IT-Firma geregelt habe, dass ich mich strafbar mache.

Wenn man das mal zusammenfasst – das ist schon mein dritter Punkt –, dann bedarf die Situation einer dringenden Klärung, und zwar sofort, noch innerhalb dieser Legislaturperiode. Der Regierungsentwurf, wie er jetzt vorliegt, ist aus unserer Sicht für den Normalfall ausreichend. Wenn § 53a StPO noch mit in den Verbund genommen wird, dann haben wir für den Klassiker, für den Normalfall des Anwaltsbüros, eine sinnvolle Lösung. Probleme ergeben sich allerdings – und da wird die Sache dann etwas unübersichtlich – in dem Bereich des Legal Outsourcings, des Cloud-Computings, also zum Beispiel auch beim Internet Service Provider, wo man keinen eigenen Server mehr hat oder keine eigenen Programme mehr nutzt, sondern nur online mit einem Datenverarbeiter verbunden ist, der die Programme laufen lässt, und beispielsweise auch bei der Nutzung von E-Mail-Diensten, wo man im Bereich eines Fremdcomputers arbeitet. Dort sind insbesondere die Tatbestandsmerkmale des Offenbarens problematisch, die ja klassischerweise so verstanden werden, dass eine Zugriffsmöglichkeit ausreichend ist. Wenn ich mit einem externen Dienstleister zusammenarbeite, kann er, sobald er die Programme auf seinem Computer laufen lässt, sei es Word, Microsoft oder irgendeine Anwendung, keine verschlüsselten Daten verarbeiten, sondern muss die Daten öffnen, um sie überhaupt zu verarbeiten. Das heißt: Er wird wohl theoretisch eine Zugriffsmöglichkeit haben, und auch praktisch.

Dann die Frage der Erforderlichkeit: Wenn man sich diese im Bereich des Cloud-Computings und der outgesourcten Dienste anschaut, dann hat man das Problem, dass diese nicht richtig erforderlich sind. Jeder Anwalt kann sich einen eigenen Computer aufstellen, wie jeder Wirtschaftsprüfer und Steuerberater auch. Somit hat man den Bereich der Erforderlichkeit bei der klassischen Definition schon hinter sich gelassen.

Die internationale Speicherung wurde schon angesprochen. Deshalb möchte ich sie auch nicht vertiefen. Wenn man sich im Bereich des Cloud-Computings bewegt, dann weiß man nie genau, wo die Daten sind. Deshalb Idee und Vorschlag an dieser Stelle: Eine Gesetzesänderung ist dringend notwendig für den Normalbereich. Ich rege an, die Outsourcing- und Cloud-Computing-Fälle auszunehmen und insofern den aktuellen Rechtszustand fortgelten zu lassen. Man hat demnächst, ab Mai 2018, die Gelegenheit mit der Datenschutzgrundverordnung, die zu der einen oder anderen Änderung führen wird, auch eine Neuregelung für Cloud-Computing und outgesourcte Dienste einzuführen und somit ein Gesamtpaket der außer-Haus befindlichen Daten als Gesetzgeber umzusetzen. Vielen Dank!

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Auch ganz herzlichen Dank. Jetzt haben wir Wortmeldungen in der Reihen-folge: Herr Dr. Fechner, Herr Dr. Ullrich, Frau Keul. Frau Keul darf sogar zweimal, weil sie auch noch eine Frage des Kollegen Petzold mitstellt. Gibt es weitere Wortmeldungen für die erste Fragerunde? Der Kollege Dr. Hirte. Noch jemand? Dann fangen wir jetzt mit Herrn Dr. Fechner an.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Ich hätte zunächst eine Frage an Herrn Professor Momsen. Mir geht es um die Frage, ob die Bestimmungen, die wir in verschiedenen Berufsgesetzen hier im Gesetzentwurf haben, präzise genug sind, was das Schutzniveau im Ausland angeht: Wie schätzen Sie das ein? Ist es so präzise genug? Beziehungsweise wenn Sie meinen, dass wir Dinge präziser fassen können: Wie würden Sie es dann regeln?

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Herr Dr. Ullrich, bitte.

Abg. **Dr. Volker Ullrich** (CDU/CSU): Vielen Dank Herr Vorsitzender. Ich beginne dann auch mit der Thematik der Erbringung von Dienstleistungen im außereuropäischen Ausland. In der Formulierung wird ja bekanntermaßen von einem vergleich-

baren Schutzniveau gesprochen. Das gesetzgeberisch festzumachen, ist schwierig. Die Frage ist, ob es nicht klüger wäre, eine Art Erlaubnisliste zu erstellen, die über eine Rechtsverordnung des Ministeriums geführt wird, so dass Staaten, die einem ähnlichen Schutzniveau unterworfen sind, in diese Liste aufgenommen werden können und dann auch möglicherweise größere Berufsgeheimnisträger, Kanzleien mit außereuropäischen Bezug, hier eine gewisse Rechtssicherheit hätten. Die Frage würde ich gerne an Herrn Professor Eisele und Herrn Maxl stellen.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Frau Keul bitte.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Die erste Frage, die mich umtreibt, stelle ich an Herrn Maxl. Sie haben unter anderem auch erwähnt, es sei im letzten Moment noch die Ergänzung in der StPO eingefügt worden, § 53a. Möglicherweise sind Sie auf einem anderen Stand als ich. In meinem Gesetzentwurf findet sich das nicht und das ist eigentlich genau das Problem. Ich vermute doch mal, ohne die Änderungen in der StPO würden wir nur eine Seite einer Medaille regeln, so dass uns das nicht weiterhilft. Wenn wir zur Verschwiegenheit verpflichten, aber auf der anderen Seite kein Zeugnisverweigerungsrecht besteht, nützt uns doch das ganze Gesetz nichts. Wenn dann der Staatsanwalt sich die Akten vorlegen lassen kann, dann ist das Ziel von vornherein nicht erreichbar. Wie bewerten Sie das Fehlen der StPO-Regelung bzw. wie kommen Sie darauf, dass das jetzt schon angefügt worden sei? Dann eine Frage an Herrn Dr. Spatscheck im Hinblick auf die kleineren Kanzleien und die Anregung, es sei alles so weit in Ordnung bis auf i-Cloud und Outsourcing. Die Frage, die hier auch angesprochen worden ist: Ist das eigentlich verhältnismäßig, eine unterlassene Verpflichtung zur Straftat zu machen? Vor allen Dingen, wenn ich mir das so vorstelle als Einzelanwältin ist nicht nur mein eigenes Versäumnis für mich strafbar, sondern auch, wenn ich die Firma beauftrage und die dann auch noch weitere Folgeaufträge vergibt. Wie soll ich darauf Einfluss haben, ob das alles ordnungsgemäß weiter gegeben wird? Die Gefahr für die kleinen Kanzleien und die Einzelanwälte, sich permanent mit einem Fuß in der Strafbarkeit zu finden, ist ja nicht von der Hand zu weisen. Würden Sie nicht auch eher sagen, so wie Professor Sinn, dass da eine Ordnungswidrigkeit das angemessenere Mittel wäre?

Das waren meine beiden Fragen und jetzt lese ich nochmal die von dem Kollegen Petzold vor, die sich aber im Prinzip mit meiner deckt. Ich lese sie trotzdem vor. Sie geht an Professor Dierlamm. Wie bewerten Sie die Einführung eines neuen Straftatbestandes für Berufsgeheimnisträger, die die Hilfsperson ihrerseits nicht auf Geheimhaltung verpflichten? Welche Auswirkungen wird dies auf die Berufsgeheimnisträger haben? Das ist also im Prinzip die gleiche Frage, die ich an Herrn Dr. Spatscheck gestellt habe. Vielen Dank!

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Herr Dr. Hirte.

Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Herr Vorsitzender, vielen Dank! Ich möchte eine erste Frage an Herrn Maxl stellen und zwar das aufgreifen, was Herr Dr. Ullrich indirekt auch schon angesprochen hat, was die Auslagerungsproblematik angeht. Wenn wir das Gesetz in diesem Punkt nicht verändern, was wäre dann die konkrete Auswirkung in der Praxis? Welche Dienste könnten Wirtschaftsprüfer künftig nicht mehr nutzen? Und was würde das in Deutschland für den globalen Wettbewerb bedeuten? Meine zweite Frage richtet sich an Herrn Dr. Spatscheck. Wenn wir, Sie haben das ja indirekt schon angesprochen, davon ausgehen, was die unterschiedlichen Auslagerungsleistungen angeht und wenn wir jetzt bezüglich der Auslandsproblematik davon ausgehen, dass es in bestimmten europäischen oder auch sonstigen Auslandsstandorten keine dem deutschen Recht vergleichbare Standards gibt, würde das nicht auch für andere IT-Dienstleistungen eine Art Nutzungsverbot ausländischer Dienstleister mit sich bringen? Wenn das so ist, stellt sich die Frage, ob das denn mit der europäischen Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank und jetzt hat sich Frau Ripsam zu Wort gemeldet.

Abg. **Iris Ripsam** (CDU/CSU): Meine Frage geht an Herrn Professor Dierlamm. Halten Sie einen eigenen Datenschutzbeauftragten der Rechtsanwaltskammer für sinnvoll?

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Dann gehen wir jetzt umgekehrt vor und ich würde Herrn Dr. Spatscheck bitten, zwei Fragen zu beantworten. Eine von Frau Keul und eine von Herrn Dr. Hirte.

SV **Dr. Rainer Spatscheck**: Zuerst die Frage zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit einer Unterlassungsverpflichtung. Wenn man sich in die Position des Mandanten versetzt, der seine Informationen schlicht und ergreifend bei dem Anwalt sicher haben möchte, ist es kein Fehler, wenn der Anwalt selbst in die Verpflichtung genommen wird, jede mögliche Weitergabe der Daten und Informationen sorgfältig vorzunehmen. Ich sehe auch wie Herr Professor Sinn, dass das dogmatisch vor dem Hintergrund eines Unterlassens etwas problematisch an dieser Stelle sein kann, das so umzusetzen. Aus meiner Sicht wäre eine Ordnungswidrigkeit auch ausreichend, aber ich meine dennoch, dass man vor dem Hintergrund des Mandantenschutzes hier eine Sicherstellung erreichen muss, dass der Anwalt, wenn er denn andere einschaltet, auch eine entsprechende Information derselben über die Verschwiegenheitsverpflichtung und ähnliches mit umsetzen muss.

Zu der Frage, die sich mit dem Nutzungsverbot ausländischer Dienstleister beschäftigt: Ich fand die Idee von Herrn Dr. Ullrich ganz prima zu sagen, man muss doch in der Lage sein, positiv festzulegen, welches Land in der Lage ist, die Sicherheit oder die Rechtstaatlichkeit, die wir erfordern, einzuhalten. Das Ganze dem Anwalt aufzuerlegen, der dann hoffen darf, dass eines Tages jemand der Meinung ist, dass das nun passt oder nicht, scheint mir unangemessen zu sein. Aber eine Positivliste, die nun erstellt wird vor dem Hintergrund der Möglichkeit der Kontaktaufnahme und auch der Datenspeicherung im Ausland, scheint mir eine sehr schlüssige Lösung zu sein.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Herzlichen Dank! Dann kommen wir zu einer Frage von Herrn Dr. Fechner an Herrn Professor Momsen.

SV **Prof. Dr. Carsten Momsen**: Die Frage bezog sich auch auf die Regelung des Datenschutzniveaus im Ausland. Die Frage war: Reicht der Verweis auf ein vergleichbares Datenschutzniveau? Nun könnte man sozusagen fast satirisch sagen, wer von den Betroffenen weiß, wie das Datenschutzniveau im Inland auszusehen hätte? Wie soll man das im Ausland beurteilen können? Und ich glaube, insoweit ist die Regelung tatsächlich nicht präzise genug, weil schwierig handhabbar für die betroffenen Berufsgeheimnisträger. Das Ziel muss sein, dass wir eine praktikable Handhabung auf der einen Seite haben und diese verbinden mit der Gewährleistung eines möglichst hohen Datenschutzniveaus. Da sehe ich auch erhebliche Diskrepanzen zum Datenschutzrecht, die nur so aufgelöst werden können, dass im Prinzip auf das Datenschutzrecht verwiesen wird. Ich glaube, da ist die jetzt schon zweimal angesprochene Idee eines Positivkataloges, sei es durch das zuständige Ministerium oder das BSI wohl der richtige Weg. Das schiene mir sinnvoll, weil wir damit fast eine Art Zertifizierung haben, die für den Berufsgeheimnisträger leistbar ist, sich zu informieren, ob der Dienstleister entsprechend zertifiziert bzw. auf einer Positivliste ist. Alle weiteren Überprüfungen, ob der Dienstleister seinerseits subauslagert ins Ausland, sind praktisch nicht durchführbar. Von daher meine ich, sollte es zu so einer Liste kommen.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Herzlichen Dank! Jetzt Herr Maxl mit drei Fragen von Herrn Dr. Ullrich, Frau Keul und Herrn Dr. Hirte.

SV **Peter Maxl**: Zunächst zu Frau Keul, das ist das Thema des § 53a StPO: Das ist nicht in dem vorliegenden Gesetzentwurf aufgegriffen. Allerdings vor einigen Tagen gab es im Wege der Formulierungshilfe des Bundesjustizministeriums die Anregung, § 53a StPO in das anhängige Gesetzgebungsverfahren einzubeziehen. Diese Formulierungshilfe wurde uns zugeschickt vom Sekretariat des Rechtsausschusses – allerdings auch erst am Freitag vergangener Woche. Also das dazu. Allerdings wurde an dem Text nicht gearbeitet, sondern es wurde einfach nur das übernommen, was in dem Gesetz zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie vorgelegt worden war.

Jetzt das Thema: Beauftragung von externen Dritten, die im Ausland sitzen. Da kann ich nur bestätigen, was jetzt schon zwei Vorredner auf Ihre Anfrage, Herr Dr. Ullrich, auch bejaht haben. Hier wäre eine Positivliste oder White-Liste oder

eine Adäquanz-Entscheidung der EU-Kommission sicherlich der einzige Weg. Die einzelne Praxis kann es nicht leisten. Gegebenenfalls kann auch die zuständige Aufsichtsbehörde in die Pflicht genommen werden. Da gibt es ein Vorbild im Bundesdatenschutzgesetz, derzeitige Fassung §4c, Absatz 2 und auf diese Vorschrift wird zum Beispiel verwiesen im Rahmen des § 320 Absatz 5 HGB. Da geht es um grenzübergreifende Abschlussprüfungen, wo auch Informationen hin und her fließen müssen und der deutsche Abschlussprüfer ermächtigt ist, in diesem Rahmen auch Informationen ins Ausland zu schicken, wenn er sich auf eine solche Freigabe stützen kann.

Die Konsequenzen, Herr Dr. Hirte, wenn eine praktikable Regelung in diese Richtung nicht kommen sollte, ist die, dass dann letztendlich deutsche Wirtschaftsprüfer, deutsche Anwälte und Steuerberater sich nicht von ausländischen Dienstleistern unterstützen lassen können. Das ist platt formuliert, aber hat praktische Auswirkungen, weil ja die internationale Verflechtung und Zusammenarbeit zunimmt. Wir haben zunehmend internationale Netzwerke und wenn ein Netzwerk einen IT-Spezialisten aus Frankreich nehmen möchte, dann hat der deutsche Netzwerk-Partner ein Riesenproblem. Also von daher die dringliche Bitte, hier eine praktikable Regelung zu schaffen.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Bevor wir jetzt fortfahren, würde ich Herrn Dr. Korte bitten, vielleicht noch einmal Stellung zu den Formulierungshilfen zu beziehen, weil da alle Kollegen ein bisschen fragend aus der Wäsche schauen. Bitte!

MDgt **Matthias Dr. Korte** (BMJV): Vielen Dank! Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie enthielt Vorschläge zur Änderung im Bereich des Zeugnisverweigerungsrechts, § 53a StPO. Diese Regelungen sind allerdings in den Beratungen im Bundestag aus dem Gesetzentwurf herausgenommen worden, weil sie systematisch eher im Rahmen dieses Gesetzes mitgeregelt werden sollten. Sie waren aber noch nicht in diesem Gesetz drin, weil dieses Gesetz dann auch schon fertig war und eingebracht wurde. Sie könnten jetzt im Rahmen der Beratung im Bundestag in dieses Gesetz eingefügt werden. Natürlich bereiten wir im Ministerium solche Formulierungshilfen vor. Wir haben aber keine Formulierungshilfe verschickt. Also woher Sie eine haben, ist mir nicht bekannt.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Danke, jetzt wissen wir alle ein bisschen mehr Bescheid und ich komme zu Herrn Professor Dr. Eisele, der bitte eine Frage von Herrn Dr. Ullrich beantwortet.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Es geht noch einmal um die Frage des Datentransfers ins Ausland. Ich möchte den Blick darauf lenken, dass natürlich der Schutz von Geheimnissen in der Sache etwas anderes ist als Datenschutz nach dem Bundesdatenschutzgesetz. Also das läuft nicht eins zu eins. Deshalb ist auch anerkannt, dass die Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes nicht zugleich zu einer Rechtfertigung im Rahmen des § 203 StGB führt. § 43e BRAO-E spricht deshalb auch von einem vergleichbaren Schutz von Geheimnissen und nicht von Daten. Darauf müsste man achten, wenn man eine Liste erstellt, dass man den Geheimnisschutz und nicht den Datenschutz miteinander vergleicht. Ansonsten könnte man natürlich auf das zurückgreifen, was die EU in der „Weißen Liste“ als angemessenes Datenschutzniveau festgestellt hat. In der Sache selbst halte ich den Vorschlag aber auch für sinnvoll, dass man eine solche Liste erstellt, um einfach Klarheit und Rechtssicherheit zu schaffen. Wer sich an die Liste hält, kann sich nicht strafbar machen, wenn das vorher aufwendig geprüft wird. Sie wissen ja alle, Geheimnisschutz und Datenschutz in den USA ist ein Problem. Da würde man als Rechtsanwender schon gern wissen, ob das Niveau hinsichtlich des Geheimnisschutzes nun als angemessen, äquivalent angesehen wird oder nicht. Deshalb würde ich Ihren Vorschlag begrüßen.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Herzlichen Dank. Dann kommen wir zu Herrn Professor Dr. Dierlamm, der zwei Fragen hat, eine von Herrn Petzold und eine von Frau Ripsam.

SV **Prof. Dr. Alfred Dierlamm**: Die erste Frage, da ging es noch einmal um den Straftatbestand der unterlassenen Verpflichtung zur Geheimhaltung: Die BRAK hat über diesen Punkt auch diskutiert. Es ist vorgetragen worden in der Diskussion, es handele sich um eine Formalie. Die unterlassene

Belehrung sei ein Formalakt, der unterlassen wurde. Wir haben aber dann gesagt: Bei der Verschwiegenheitspflicht geht es nicht um eine Formalie. Es geht um ein wichtiges Rechtsgut, um ein wichtiges Schutzgut, nämlich den Schutz des geheimen Bereichs im Mandat. Das ist Wesensmerkmal der anwaltlichen Tätigkeit oder Tätigkeit aller Berufsgeheimnisträger und damit auch Voraussetzung für eine freie Advokatur. Nur wenn dieser Bereich geschützt ist, wird sich ein Mandant offenbaren. Das ist mehr als eine Formalie. Das ist ein wichtiges Schutzgut, auch ein verfassungsrechtlich geschütztes Gut. Aus diesem Grunde hat die BRAK in der Stellungnahme, auf die ich mich bezogen habe, auch gesagt: Unter Abwägung des geschützten Rechtsguts und auch des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Ultima Ratio-Prinzips ist dieser Tatbestand dort richtig lokalisiert, auch als Straftatbestand. Auf der anderen Seite haben wir aber auch gesagt, dass man die fehlerhafte oder unterbliebene Überwachung und Auswahl rausgenommen hat aus dem strafrechtlich relevanten Bereich. Das ist auch eine richtige und gute Entscheidung, weil das einfach zu weich formuliert war, um es wirklich konkret strafrechtlich fassen zu können.

Die zweite Frage bezog sich auf den Datenschutzbeauftragten für die Anwälte. Die BRAK hat einen Vorschlag angeregt für eine Regelung zu einem eigenen Datenschutzbeauftragten, und zwar eine Ergänzung in Form eines § 191g BRAO. Dort ist ein Regelungsvorschlag für einen Datenschutzbeauftragten der Anwälte enthalten.

Dieser Vorschlag hat verschiedene Hintergründe. Erstens: Der Stellenwert des Datenschutzes, insbesondere auch im Hinblick auf den Schutz des Mandatsgeheimnisses und die verfassungsrechtliche Tragweite und Bedeutung. Zweitens sagt die BRAK, dass wir eine bereichsspezifische Funktion brauchen, weil die Fragestellungen auch spezifisch sind. Die Fragestellungen sind so spezifisch, weil sie eben das Mandatsgeheimnis betreffen, weil es sich um datenschutzrechtliche Fragestellungen handelt, die sonst so in der Form eigentlich nicht vorkommen. Die BRAK sieht auch die Möglichkeit, die allgemeinen Datenschutzbeauftragten zu entlasten, wenn kammerintern hier durch einen eigenen Datenschutzbeauftragten die Fragen geklärt werden könnten. Und ganz wichtig – ich glaube, es gab in Berlin den Fall, dass der Landesdatenschutzbeauftragte Berlin einen Anwalt gezwungen hat, Mandatsgeheimnisse zu offenbaren. Das ist dann durch das Gericht korrigiert worden. Mandatsgeheimnisse können kammerintern anders geklärt werden, als wenn man gegenüber aussenstehenden Dritten diese mitteilt. Also im Verfahren selbst sind dann Mandatsgeheimnisse offenbart worden. Das ist etwas, was spezifisch für Rechtsanwälte vermieden werden muss. Wir halten die Ergänzung für wichtig. Sie fällt auch hier in unseren Zusammenhang. Dann hätten wir strafrechtliche Ergänzungen, wir hätten strafprozessuale Ergänzungen, wir hätten berufsrechtliche Ergänzungen und die vierte Säule wäre eine entsprechende Datenschutzregelung, wie die BRAK sie vorgeschlagen hat. Wir würden das ausdrücklich bejahen.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Schönen Dank, dann würden wir jetzt, wenn es den Wunsch gibt, in die zweite Fragerunde einsteigen. Frau Keul meldet sich zu Wort, Herr Dr. Ullrich und Herr Dr. Fechner. Dann fangen wir mit Frau Keul an.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Wenn ich die Anforderungen an die Anwaltschaft hier hinterfrage, dann sicherlich nicht, weil mir die Geheimhaltung der Mandantendaten nicht gerade besonders wichtig wäre. Nur als Gesetzgeber bringen wir ja im Prinzip die Anwaltschaft in die Klemme. Auf der einen Seite kommen wir mit der gesetzlichen Verpflichtung, die Daten elektronisch zu verschicken und damit auch IT-Server und ähnliche Serviceleistungen in Anspruch zu nehmen und auf der anderen Seite haben wir natürlich den hohen Schutz, den wir jetzt hier durch Strafrecht gewährleisten. Irgendwo muss das am Ende noch alles erfüllbar sein. Dieses Dilemma können wir ja nicht komplett auf die Anwaltschaft abladen. Deswegen frage ich jetzt auch nochmal Herrn Professor Sinn, der sich da auch schon sehr kritisch geäußert hat, zu den berufsrechtlichen Pflichten. Also wie soll das praktisch gehen, wenn ich als Einzelanwältin in meiner Kanzlei auch noch den Dienstleister sorgfältig auswählen muss? Ich meine, wenn ich wüsste, wie IT-Serviceleistung sorgfältig gemacht wird, würde ich sie wahrscheinlich selber tun, aber weil ich das ja

nicht selber kann, beauftrage ich jemanden damit. Wie soll ich bewerten, welche Qualität dieser Dienstleister hat und wie seriös er ist? Das kann ich ja gar nicht. Ich habe ja extra nicht IT studiert, sondern Recht. Irgendwo klemmt das ja dann. Genauso die Frage, ob dieser Dienstleister Dienstleistungen im Ausland erbringt. Das kann ich ja möglicherweise gar nicht erkennen, wo der seine Dienstleistungen erbringt. Das Netz ist vielfältig. Der bietet das irgendwie an, macht einen seriösen Eindruck. Der kann überall auf der Welt seine Server stehen haben, ohne dass ich das überhaupt mitkriege. Da nützen mir auch die besten Positivlisten nichts mehr. Und deswegen meine Frage: Ist das eigentlich erfüllbar, was hier mit § 43e BRAO-E von der Anwaltschaft zur Erfüllung ihrer verfassungsrechtlichen Pflichten erwartet wird? Jetzt noch einmal zurück zu § 53a StPO. Ich frage nochmal Herrn Maxl, weil Sie die Vorschrift ja etwas kennen. Ich habe in Erinnerung, dass wir das nicht nur aus systematischen Gründen herausgenommen hatten, sondern weil es von verschiedenen Seiten Bedenken gab, dass das Zeugnisverweigerungsrecht in dieser Form zu weit gehen würde. Ich habe mir noch kein abschließendes Bild gemacht. Aber es ist tatsächlich eine riesengroße Zahl an Personen, die irgendwie bei einem IT-Dienstleister arbeitet und unterbeauftragt ist. Die haben jetzt alle ein gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Das ist ja in der Tat sehr weitgehend. Ich habe in Erinnerung, dass es von verschiedenen Seiten Bedenken gab, ob man das überhaupt so weit machen kann. Wie weit muss es denn gehen? Wahrscheinlich muss es ja tatsächlich so weit gehen, wie wir hier auch den Kreis erweitern oder kann es da irgendwie eine Unterscheidung geben?

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Dann kommt jetzt Herr Dr. Ullrich dran.

Abg. **Dr. Volker Ullrich** ((CDU/CSU): Es gibt – was von Ihnen gerügt worden ist – für die mitwirkenden Dritten unterschiedliche Formulierungen im Bereich des StGB, der StPO und des Berufsrechts. Was wäre denn eine geeignete und auch passende Formulierung, die zu einer zumindest terminologischen Harmonisierung zwischen Berufsrecht, StPO und StGB führen könnte? Ich möchte die Frage bitte gerne Herrn Professor Eisele und Herrn Professor Sinn stellen.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Herr Dr. Fechner.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank! Ich hätte noch einmal eine Frage an Herrn Professor Momsen. Hier geht es auch um die Frage, in welchem Umfang wir die StPO anpassen müssen. Wir hatten in der Tat, wie ich finde, eine ganz gute Regelung im Gesetzentwurf zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie vorgeschlagen. Die dürfte Ihnen bekannt sein. Mich würde Ihre Einschätzung interessieren, in welchem Umfang Sie eine Anpassung, Erweiterung der StPO sehen würden? Also etwa Zeugnisverweigerungsrecht für die mitwirkende Person, die Ausweitung des Beschlagnahmeverbots und auch, ob im Hinblick auf § 160a StPO, die Ermittlungsmaßnahmen, eine Ergänzung erforderlich ist? Vielen Dank!

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Wir fangen jetzt bei der Beantwortung, wenn es keine weiteren Fragen mehr gibt - was nicht der Fall ist –, wieder von vorne an. Es beginnt Herr Professor Eisele mit der Beantwortung einer Frage, die Herr Dr. Ullrich gestellt hat.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Nochmal die Frage zur Terminologie. Zunächst einmal muss ich vorausschicken, dass ich es ganz gut finde, dass § 203 StGB-E die Unterscheidung zwischen internem Personal und externem Personal aufgegriffen hat. Im Referentenentwurf war das ja anders. Da hatte ich auch kritisch Stellung bezogen, weil der Gehilfenbegriff bei internem Personal eigentlich bislang keine großen Schwierigkeiten gemacht hat und man da ganz gut zurecht gekommen ist und da richtigerweise auch der Tatbestand nicht erfüllt ist, während bei externem Personal der Tatbestand, wenn man das als Befugnisnorm ansieht, erst einmal erfüllt ist, man aber eine besondere Rechtfertigung braucht. Diese Unterscheidung halte ich im Strafrecht prinzipiell für richtig. Wenn man an dem Gehilfenbegriff festhält, dann wäre es natürlich sinnvoll, dass das parallel dann in den berufsrechtlichen Regelungen der StPO auch der Fall ist. Ob man den dann wirklich Gehilfen nennt oder ein anderes Wort findet, spielt keine Rolle,

aber der Sache nach – jedenfalls für internes Personal. Dazu gehören dann auch die berufsvorbereitenden Tätigkeiten, die jetzt schon im StGB genannt sind beim Gehilfen, die in § 53a StPO aber auch nochmal auftauchen. Ich könnte mir vorstellen, dass man im Prinzip die Gehilfen und die berufsvorbereitenden Tätigkeiten nimmt, die jetzt schon im § 203 StGB stehen und sich dann im Übrigen an die Formulierung des § 53a StPO im Groben anlehnt. Das halte ich eigentlich für ganz sinnvoll, weil dort auf ein Vertragsverhältnis abgestellt wird. Ob man das dann weiter präzisiert mit „Beauftragung“ oder irgendwie noch „Weisung“ mit einbaut, hängt dann von der inhaltlichen Ausgestaltung ab, welche Pflichten man statuiert. Aber im Prinzip halte ich die Trennung für sinnvoll und im Übrigen finde ich die Struktur des § 53a StPO auf den ersten Blick doch auch sehr sinnvoll.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Herr Maxl mit einer Frage von Frau Keul.

SV **Peter Maxl**: Was die Überlegungen waren, § 53a STPO-E aus dem Gesetz zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie herauszunehmen, weiß ich nicht. Ich habe angenommen, aber das ist jetzt Vermutung, dass man in diesem Gesetz die Tatbestände zusammen regeln wollte, die zusammen gehören. Auch das BMJV, das eben dieser Tage diesen weiteren Änderungsvorschlag verschickt hat, hat dazu jetzt nicht mehr erläutert in der Sache. Darum folge ich Ihrer Einschätzung. Das ist eine Ausweitung des Personenkreises, der sich dann eben auf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote berufen kann, aber nur konsequent, wie Sie ja letztendlich auch schon in Ihrer Frage zum Ausdruck brachten. Sonst wäre der Geheimnisschutz, der ja nach allseitiger Meinung nicht angetastet werden soll, nur noch die Hälfte wert. Das wäre die Konsequenz.

Der **Vorsitzende**: Vielen Dank! Herr Professor Momsen mit einer Frage von Herrn Dr. Fechner.

SV **Prof. Dr. Carsten Momsen**: Die Frage ging auch auf die Formulierungshilfe bzw. die seinerzeit vorgeschlagene Änderung des § 53a StPO. Im Prinzip „Ja“. Der Vorschlag geht aus meiner Sicht in die richtige Richtung. In der Begründung war ja seinerzeit zu lesen, dass man beispielsweise mitarbeitende Familienangehörige und ähnliche, nicht spezifizierte Hilfspersonen mit einbeziehen wollte. Dass man sich auf diese Weise vom ursprünglichen Gehilfenbegriff abkehrt, halte ich für richtig. Ich glaube, eine Differenzierung ist erforderlich zwischen Externen und Internen, so wie es der Kollege Eisele vorgeschlagen hat. Alternativ könnte man daran denken, zwischen Legal- und Non-legal-Outsourcing zu differenzieren, weil da möglicherweise unterschiedliche Schutzniveaus eingehalten werden müssen. Jedenfalls glaube ich, man wird ein Stufenverhältnis einziehen müssen. Praktikabler, weil anschaulicher, ist eventuell eine Extern/Intern-Differenzierung. Einen Nachsatz: Damit hängt zusammen, wer die Erklärung des Zeugnisverweigerungsrechts eigentlich ausübt oder ausspricht. Das macht natürlich der Berufsgeheimnisträger bzw. der Rechtsanwalt. Der kann es auch letztlich nur. Ansonsten würde man ja implizit verlangen, dass die Dienstleister gezielt Einsicht nehmen in die Unterlagen, was man gerade nicht wollen kann. Das ist meines Erachtens auch konsequent, weil das ja ein Recht ist, was sich aus dem Recht des Mandanten ableitet und insofern eine Ableitungskaskade ist. Auch insoweit halte ich den ursprünglichen Entwurf in der Formulierungshilfe für richtig.

SV **Prof. Dr. Arndt Sinn**: Frau Keul, Sie haben mich gefragt, wie ich die Erfüllung von Sorgfaltspflichten oder das sorgfältige Verhalten einschätze. Natürlich ist das extrem schwierig. Also Juristen sollen einschätzen, wann die Betroffenen sorgfältig bei der Beauftragung eines solchen IT-Dienstleisters handeln, wenn sie gerade mal dazu in der Lage sind, einen Rechner hoch und wieder runter zu fahren und ein Passwort einzugeben. Das sind eben nun mal die meisten. Aber da ist man ja nicht am Ende. Sorgfältig handeln heißt in einer arbeitsteiligen Welt ja auch, die Personen sorgfältig auszuwählen, die man einschaltet, um die eigenen Sorgfaltspflichten zu erfüllen. Das kennen wir ja. Wie könnte man das machen? Ja gut, Zertifizierungen. Also bestimmte Unternehmen müssen zertifiziert sein. Man kann also dann sagen: Du hast nicht sorgfältig gehandelt, weil Du diese Zertifizierungen nicht nachgehalten hast, dass Du nicht danach gefragt hast, dass Du insoweit also unsorgfältig warst. Was im Ausland passiert: Ja, da gibt es auch Zertifizierungen, es gibt europäische Zertifizierungen. Alles, was weiter weg

ist, dürfte sich dann der Kenntnis vollständig entziehen. Ich kann aber keine Sanktionen an etwas binden, das ich nicht erfüllen kann. Also dieses strafrechtliche Grundprinzip müssen wir natürlich beachten. Ich kann nicht sanktioniert werden für etwas, was ich gar nicht einhalten kann. Hier müsste man eigentlich den Sorgfaltsmaßstab durch konkrete Kriterien bestimmen. Das ist extrem schwierig. Im Übrigen gibt es keinen Gleichklang zwischen den Sorgfaltspflichten in § 43e BRAO–E und der strafbewehrten Unterlassung der unterlassenen Verpflichtung. Die unterlassene Verpflichtung ist etwas anderes, als jemanden unsorgfältig auszuwählen. Das sind völlig verschiedene Dinge. Dann komme ich zur Frage von Herrn Dr. Ullrich: Zeitlichen Gleichklang herstellen zwischen einer Regelung, die § 203 StGB betrifft und einer Regelung, die § 53a StPO betrifft. Die Unterscheidung in Gehilfen, die der beruflichen Sphäre angehören, und sonstigen und weiteren Mitwirkenden, halte ich für äußerst sinnvoll. Mit Satz 1 des Absatzes 3 des § 203 StGB-E wird ja die gängige Praxis zur Auslegung der Offenbarung kodifiziert. Deshalb meine ich, dass man mit § 53a StPO, wie er sich jetzt liest, schon arbeiten kann. Danke!

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Vielen Dank! Gibt es Bedarf für eine weitere Fragerunde? Frau Keul.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Im Nachfragen dann auch direkt an Herrn Professor Sinn. Wenn Sie sagen: Es ist dann eine Zertifizierung notwendig. Wenn wir dieses Gesetz so verabschieden, ist die Praxis von kleinen Anwaltskanzleien, sich gegenseitig kleine IT-Servicedienstleister untereinander zu empfehlen, vom Tisch. Das heißt: Wenn wir sorgfältig auswählen, dürfen wir nur noch ein zertifiziertes Unternehmen nehmen. Das ist ja auch nochmal ein Kostenfaktor, der dann entsteht. Muss ich davon ausgehen, dass das dann auch die Wirkung dieses Gesetzes ist?

SV **Prof. Dr. Arndt Sinn**: Ich fürchte: Ja. Bekannt und bewährt ist längst noch nicht sorgfältiges Handeln.

Vorsitz Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Weitere Fragen? Wobei bekannt und bewährt ja auch etwas wert ist. Dann darf ich den Sachverständigen ganz herzlich danken für Ihr Kommen. Sie haben zum Teil eine ziemlich weite Anreise hinter sich. Wirklich toll, dass Sie der Einladung gefolgt sind. Kommen Sie gut nach Hause. Und nochmal von uns allen ein ganz herzliches Dankeschön. Die Sitzung ist geschlossen.

Schluss der Sitzung: 17:49 Uhr

Dr. Hendrik Hoppenstedt, MdB
Stellv. Vorsitzender

Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Alfred Dierlamm	**Seite 29**
Prof. Dr. Jörg Eisele	**Seite 35**
Dr. Udo Gehring	**Seite 42**
Peter Maxl	**Seite 44**
Prof. Dr. Carsten Momsen	**Seite 51**
Prof. Dr. Arndt Sinn	**Seite 67**
Rainer Spatscheck	**Seite 72**

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 18/2017
März 2017

Zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (BR-Drs. 163/17)

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender
RA Prof. Dr. Jan Bockemühl
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm (Berichterstatter)
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RA Prof. Dr. Holger Matt
RAin Anke Müller-Jacobsen
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA Prof. Dr. Tido Park
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Anne Wehnert
RAin Dr. Annette von Stetten

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer
The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus
Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland
Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 -11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel
Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien
Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag, Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, KriPoZ Kriminalpolitische Zeitung

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Vorbemerkungen

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen schlägt u.a. Änderungen der BRAO sowie der Vorschrift des § 203 StGB vor. Die für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bereits auf der Ebene des Satzungsrechts bestehende Berufspflicht, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zur Verschwiegenheit zu verpflichten, wird in das Gesetz übernommen. Zudem werden Befugnisnormen in die BRAO eingefügt, die Voraussetzungen und Grenzen festlegen, unter denen Dienstleistern der Zugang zu fremden Geheimnissen eröffnet werden darf. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Rechtsanwältin oder der Rechtsanwalt informationstechnische Anlagen, Anwendungen und Systeme externer Dienstleister nutzt. Eine Offenbarung von Geheimnissen im Rahmen der Befugnisnormen der BRAO stellt keinen Verstoß gegen die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht dar und begründet auch kein unbefugtes Offenbaren im Sinne der Vorschrift des § 203 StGB. Auf der anderen Seite sollen mitwirkende Personen, die bei der ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Tätigkeit die Möglichkeit erhalten, von geschützten Geheimnissen Kenntnis zu erlangen, in die Strafbarkeit nach § 203 StGB einbezogen werden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht gesetzgeberischen Handlungsbedarf und begrüßt grundsätzlich die Regelungsvorschläge im Regierungsentwurf. In einzelnen Punkten besteht aber noch Überarbeitungs- und Änderungsbedarf.

II. Stellungnahme

1. Neuregelung grundsätzlich zu begrüßen

Die fortschreitende technische Entwicklung in Anwaltskanzleien und insbesondere die zunehmende Digitalisierung von Informationen verbunden mit einer erheblichen Steigerung des Datenvolumens macht es für Anwaltskanzleien immer mehr erforderlich, auf externe Dienstleister und insbesondere auf spezialisierte Unternehmen für die Bereitstellung von informationstechnischen Anlagen und Systemen zur externen Datenspeicherung zuzugreifen. Auch Berufsgeheimnisträger sind im Rahmen ihrer Tätigkeit darauf angewiesen, auf spezialisierte IT-Dienstleister zur Bewältigung technischer Aufgaben zurückzugreifen. Die immer umfangreicheren Akten- und Datenbestände können nur mit einer leistungs- und zukunftsfähigen IT-Infrastruktur bearbeitet und verwaltet werden. Diese Infrastruktur ist so aufwendig und komplex, dass sie ab einem bestimmten Datenvolumen nur noch von spezialisierten Dienstleistern zur Verfügung gestellt werden kann. Diese Dienstleister können im Rahmen von Wartungs- und Servicedienstleistungen typischerweise Zugriff auf geschützte Mandatsinformationen nehmen. Darum müssen auf der einen Seite klare berufsrechtliche Befugnisnormen und auf der anderen Seite eine entsprechende Anpassung des Anwendungsbereichs der Vorschrift des § 203 StGB geschaffen werden.

Die vorgeschlagenen Neuregelungen in den §§ 43 a Abs. 2, 43 e BRAO sowie die Ergänzungen in § 203 Abs. 3 und 4 StGB-E werden diesen Anforderungen grundsätzlich gerecht. Der Regierungsentwurf ist daher prinzipiell zu begrüßen.

2. „Erforderlichkeit“ im Sinne der Vorschrift des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB-E – zu vage und unbestimmt

Nach § 203 Abs. 3 S. 2 StGB-E dürfen fremde Geheimnisse gegenüber sonstigen Personen offenbart werden, „soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen **erforderlich** ist“. Der Begriff „erforderlich“ ist zu vage und unbestimmt, um die Grenzen der Strafbarkeit zu definieren. Die unbestimmte Gesetzesfassung führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, die unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG auch verfassungsrechtlich problematisch erscheint.

Üblicherweise räumen sich Dienstanbieter in ihren Nutzungsbedingungen weitgehende Befugnisse zum Zugriff auf Nutzerinhalte ein (vgl. nur www.apple.com/legal/internet-services/icloud/de/terms.html). Um den Dienst nutzen zu können, muss der Auftraggeber in der Regel die Nutzungsbedingungen akzeptieren. Reicht dies bereits für die Erforderlichkeit im Sinne der Vorschrift des § 203 Abs.3 S. 2 StGB-E aus? Oder muss der Rechtsanwalt prüfen, ob es andere Dienstleister gibt, die einen vergleichbaren Dienst anbieten, ohne dass ein Zugriff erfolgen darf? Ist die Erforderlichkeit gegeben, wenn es für die Nutzung des konkreten Dienstes technisch erforderlich ist, dass der Dienstanbieter Zugriff auf die Inhalte nehmen kann? Unter welchen technischen Voraussetzungen darf dies möglich sein? Inwieweit müssen die Zugriffsbedingungen konkret geregelt sein? Muss der Rechtsanwalt prüfen oder prüfen lassen, ob die technischen Voraussetzungen für einen Zugriff tatsächlich vorlagen?

Weitere Probleme im Zusammenhang mit dem Kriterium der Erforderlichkeit im Sinne der Vorschrift des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB-E ergeben sich bei der Nutzung von Cloud-Diensten. Zur Nutzung eines solchen Cloud-Dienstes ist es jedenfalls erforderlich, dass der Dienstanbieter für eine sichere technische Infrastruktur der Datenverwaltung sorgt. Dazu werden in aller Regel sämtliche Daten, die in eine Cloud geladen werden, durch ein Antiviren-Programm überprüft; denn nur so kann der Dienstanbieter garantieren, dass die technische Infrastruktur nicht durch Schadprogramme kompromittiert wird. Ist die Erforderlichkeit im Sinne der Vorschrift des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB-E noch gegeben, wenn bei dem Cloud-Dienstleister durch die Virusprüfung die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Systemadministratoren entsteht?

Schon diese Fragen, auf die auch die Gesetzesbegründung keine Antworten liefert, machen deutlich, vor welche Anwendungsprobleme der Rechtsanwender durch die Neuregelung gestellt wird.

3. Uneinheitliche Begrifflichkeiten in § 43 BRAO-E einerseits und in § 203 StGB-E anderseits

Nach der Konzeption des Gesetzentwurfs sollen durch die berufsrechtlichen Vorschriften in den §§ 43 a, 43 e BRAO-E die berufsrechtlichen Befugnisnormen geschaffen werden, die in der Neuregelung des § 203 StGB durch Änderungen des Anwendungsbereichs der Deliktsnorm für den Bereich des Strafrechts umgesetzt werden. Um eine rechtliche Kongruenz zwischen berufsrechtlicher Befugnis und strafrechtlicher Verantwortlichkeit herzustellen, wäre es wünschenswert, wenn der Entwurfsverfasser einheitliche Begrifflichkeiten verwendet würde. Die Vorschrift des § 43 e Abs. 1

BRAO-E spricht vom „Zugang zu Tatsachen“, während in den Absätzen 4 und 5 der gleichen Vorschrift von einem „Zugang zu einem fremden Geheimnis“ gesprochen wird. Im Deliktstatbestand des § 203 Abs. 1 StGB-E ist demgegenüber von der „unbefugten Offenbarung von fremden Geheimnissen“ die Rede. Der neu eingefügte § 203 Abs. 3 S. 1 StGB-E verwendet – wieder anders – den Passus „Geheimnisse zugänglich machen“. Wieder anders ist die Formulierung in § 203 Abs. 3 S. 2 StGB-E, wo von „Geheimnisse gegenüber sonstigen Personen offenbaren“ die Rede ist.

In der Vorschrift des § 43 e Abs. 1 BRAO-E ist von der „Inanspruchnahme der Dienstleistung“ die Rede, während die Vorschrift des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB-E von „Tätigkeit“ und nicht „Dienstleistung“ spricht.

Die Terminologie der Gesetzesmerkmale sollte in den zitierten Vorschriften harmonisiert werden, um Rechtsunsicherheiten über die Auslegung der verwendeten Begriffe zu vermeiden.

4. Straftatbestand der fehlenden Belehrung gemäß § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E

Nach § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E wird bestraft, wenn die Rechtsanwältin oder der Rechtsanwalt „nicht dafür Sorge getragen hat, dass eine sonstige mitwirkende Person, die unbefugt ein fremdes, ihr bei der Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenes Geheimnis offenbart, zur Geheimhaltung verpflichtet wurde“.

Das tatbestandsmäßige Verhalten dieser Deliktsnorm erschöpft sich in dem Unterlassen der Belehrung der mitwirkenden Person über die Verschwiegenheitspflicht bzw. in einem „nicht dafür Sorge tragen“. Der Rechtsgutsangriff im Sinne eines Offenbarens von geschützten Geheimnissen geht ausschließlich von einer anderen Person aus, nämlich von dem Dienstleister als „mitwirkender Person“. Vor diesem Hintergrund erscheint die neue Strafvorschrift auf den ersten Blick unter dem Gesichtspunkt der Ultima Ratio-Funktion des Strafrechts nicht unproblematisch. Auf der anderen Seite ist der Schutz des Mandatsgeheimnisses ein hohes Gut. Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht ist Grundlage und Voraussetzung der anwaltlichen Berufsausübung. Sie schafft die Grundbedingung dafür, dass ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant entstehen kann. Dieses Vertrauen ist eine unabdingbare Voraussetzung für die freie Advokatur (BVerfGE 63, 266, 286; 87, 287, 320; 93, 213, 236; BVerfG, Beschl. vom 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14). Die Verpflichtung des Dienstleisters zur Geheimhaltung ist damit mehr als nur ein Formalakt; sie ist eine ganz wesentliche Voraussetzung für den Rechtsgüterschutz und Ausprägung der besonderen Pflichtenstellung des Berufsgeheimnisträgers. Vor dem Hintergrund von Gewicht und Bedeutung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht bewegt sich der Gesetzgeber mit dieser Regelung mithin noch im Rahmen seines legislatorischen Ermessensspielraums.

Zu begrüßen ist allerdings auch, dass die im Referentenentwurf in § 203 Abs. 4 Ziff. 1 StGB-E noch vorgesehenen weiteren Tatvarianten der fehlerhaften Auswahl und Überwachung nicht in den Regierungsentwurf übernommen worden sind.

5. Das vergleichbare Schutzniveau im Sinne des § 43 e BRAO-E – zu unbestimmt und nicht praktikabel

Nach § 43 e Abs. 4 BRAO-E darf der Rechtsanwalt einem Dienstleister im Ausland nur dann Zugang zu fremden Geheimnissen eröffnen, „wenn der dort bestehende Schutz der Geheimnisse dem Schutz im Inland vergleichbar ist“. In der Entwurfsbegründung heißt es, dass bei Mitgliedsstaaten der Europäischen Union „in der Regel von einem solchen Schutz ausgegangen werden“ könne (vgl. S. 35 RegE – BR-Drs. 163/17).

Diese Regelung führt zu erheblichen Problemen bei der Rechtsanwendung. Was bedeutet „vergleichbarer Schutz“? Bezieht sich dieser Schutz nur auf die Verschwiegenheitspflicht des Berufsträgers oder muss auch die Möglichkeit strafprozessualer Zugriffe von Ermittlungsbehörden in die Prüfung mit einbezogen werden? Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass die Feststellung eines „vergleichbaren Schutzniveaus“ eine sehr komplexe und im Ergebnis oftmals auch nicht eindeutig zu beantwortende Bewertung der Rechtslage im Ausland erfordern würde. Auch die Entwurfsbegründung trägt wenig zur Konkretisierung der Leerformel des „vergleichbaren Schutzniveaus“ bei. Der Hinweis auf die „Erarbeitung von Hinweisen in Aufsätzen oder Merkblättern“ bringt jedenfalls solange nichts, wie diese Hinweise nicht existieren. Gerade für kleine und mittelgroße Anwaltssozietäten, die nicht über die Kapazitäten verfügen, umfangreiche Rechtsgutachten über ausländische Rechtsordnungen einholen zu können, führt die Regelung zu unüberwindbaren Anwendungsproblemen.

Im Übrigen verstößt die Vorschrift auch gegen die in Art. 16 der Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 06.12.2006 (2006/123/EG) gewährleistete Dienstleistungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union. Denn Dienstleister, die IT-Dienste aus Mitgliedsstaaten anbieten, in denen kein vergleichbares Schutzniveau besteht, werden durch die Regelung unangemessen benachteiligt.

Darüber hinaus entstehen unüberwindbare Anwendungsprobleme dadurch, dass das Schutzniveau bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern im Ausland sehr unterschiedlich ausgestaltet ist. Gerade bei Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern besteht schon in Europa kein einheitliches Schutzniveau, insbesondere im Hinblick auf den Schutz gegen staatliche Zugriffe. Dies würde gerade bei größeren, global tätigen Beratungsgesellschaften, in denen typischerweise alle drei Berufsgruppen vertreten sind, zu erheblichen Nachteilen führen. So besteht beispielsweise für Wirtschaftsprüfer in Dänemark, Spanien, Österreich, Großbritannien, Luxemburg, Frankreich und Italien sowie in den Niederlanden kein vergleichbares Schutzniveau. Dies gilt erst Recht im außereuropäischen Ausland, z.B. in der Schweiz oder in den USA. Für größere und global agierende Beratungsgesellschaften, in denen Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater gemeinsam tätig sind, wäre unter der Voraussetzung eines „vergleichbaren Schutzniveaus“ eine Datenverwaltung durch externe Dienstleister faktisch ausgeschlossen.

- - -

EBERHARD KARLS
UNIVERSITÄT
TÜBINGEN

Juristische Fakultät

Universität Tübingen · Juristische Fakultät · Prof. Dr. Eisele ·
Geschwister-Scholl-Platz · 72074 Tübingen

Prof. Dr. Jörg Eisele

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht

Geschwister-Scholl-Platz
72074 Tübingen
Telefon +49 7071 29-72548
Telefax +49 7071 29-5067
eisele@jura.uni-tuebingen.de
www.jura.uni-tuebingen.de

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 Strafprozessordung (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie 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 notwendigen 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 berufenenen 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 erfülllt. 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 Berufsträgfer 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.

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (Bundestags-Drucksache 18/11936) für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz

von Dr. Udo Gehring, Leitender Oberstaatsanwalt in Kaiserslautern

1. Ich halte das neue Gesetz für erforderlich. Es bedingt eine Erweiterung des Zeugnisverweigerungsrechts nach §§ 53, 53a StPO sowie des entsprechenden zivilprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts.

   Zu Recht ermöglicht der Entwurf Geheimnisträgern nach § 203 StGB, externe Dienstleister in Anspruch zu nehmen und diesen dann im erforderlichen Umfang auch Zugang zu den geschützten Daten zu verschaffen. Wichtige Dienstleistungen wie EDV-Betreuung sind ohne Zugang zu den gespeicherten Daten gar nicht möglich. Viele können sich die Mitwirkung von Experten nur durch Inanspruchnahme externer Dienstleister sichern. Die zunehmende Arbeitsteilung, die Notwendigkeit von Expertenwissen, insbesondere im Bereich der Informationstechnologie, bei der Unterhaltung praktisch jeder Arbeitsumgebung ist ein wirtschaftliches Phänomen, dem sich das Strafrecht anpassen muss.

   Eine solche Erweiterung des Kreises der Mitbesitzer geschützter Daten ist dem Strafrecht nicht fremd. Die Berufshelfer sind schon lange einbezogen. Ohne solche Berufshelfer könnten die Geheimnisträger ihren Beruf kaum ausüben. In zunehmendem Maße werden auch externe Dienstleister benötigt.

   Die beabsichtigte nächste Erweiterung des Kreises der Mitbesitzer geschützter Daten auf externe Dienstleister hat zur Konsequenz, dass diese entsprechende Schweigerechte und Schweigepflichten bekommen müssen. Andernfalls wären die Daten nicht mehr geschützt. Eine Erweiterung des Zeugnisverweigerungsrechts nach §§ 53, 53a StPO sowie des entsprechenden zivilprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts ist deshalb erforderlich. Die entsprechende Ausdehnung der strafrechtlichen Schweigepflicht ist in dem Gesetzesentwurf bereits enthalten.

2. Der Entwurf des § 203 Abs. 4 Nr. 1 StGB stellt Schweigepflichtige, die bei ihrer Berufsausübung „sonstige“ Personen (d.h. solche, die nicht in die Organisation des Schweigepflichtigen eingebunden sind) mitwirken lassen und diesen Zugang zu Geheimnissen verschaffen, nur noch in einem Fall unter Strafe: Wenn sie nicht dafür Sorge tragen, dass die sonstigen mitwirkenden Personen zur Geheimhaltung verpflichtet werden - sofern die objektive Strafbarkeitsbedingung eintritt, dass die sonstige Person Geheimnisse ausplaudert.

   Im Referentenentwurf sollte der Schweigepflichtige auch dann bestraft werden, wenn er diese sonstige Person nicht sorgfältig auswählt oder nicht sorgfältig überwacht. Bei der Anhörung der Praxis hatte ich mich gegen diese Bestimmung ausgesprochen. Gründe: Ein vorsätzlich unsorgfältiges Auswählen oder ein vorsätzlich mangelhaftes Überwachen dieser sonstigen Person wird man kaum jemals beweisen können. Insbesondere gibt es keine kodifizierten Auswahl- und Überwachungspflichten, auf die sich ein solcher Vorsatz beziehen könnte. Eine solche Vorschrift liefe ins Leere. Schlimmer noch, sie hätte negative Folgen. Denn umgekehrt könnte man auch schwer einen Anfangsverdacht gegen den Schweigepflichtigen verneinen, wenn die von ihm beauftragte sonstige Person Geheimnisse ausplaudert. Erst Ermittlungen könnten zutage fördern, ob dies daran gelegen hat, dass die sonstige Person schlecht ausgewählt oder schlecht überwacht wurde. Das bedeutet, dass ein solches Gesetz unverhältnismäßig viele Verdachtsfälle gegen Unschuldige produzieren würde. Diese fielen zudem als Zeugen aus, so dass die Strafverfolgung gegen die erschwert wäre, die die Geheimnisse tatsächlich

ausgeplaudert haben.

Diesen Bedenken trägt der aktuell vorliegende Entwurf Rechnung, da eine schlechte Auswahl oder Überwachung nicht mehr tatbestandsmäßig sein sollen. Deswegen empfehle ich in meinem zweiten Punkt nur, dass dies so bleibt, und nicht zu der Formulierung des Referentenentwurfs zurückgekehrt wird.

3. Ich empfehle, den Kreis der mitwirkenden „sonstigen“ Personen (d.h. solche, die nicht in die Organisation des Schweigepflichtigen eingebunden sind) zusätzlich durch das Merkmal „berufsmäßig“ zu definieren.

   Die Verschwiegenheitspflicht des § 203 StGB ist mit der Ausübung bestimmter Berufe verbunden. Sie ist Teil des beruflichen Wissens, der beruflichen Ausbildung und der beruflichen Pflichten. Dies garantiert dem Bürger einen qualifizierten Umgang mit seinen Daten.

   Wer Berufshelfer ist, definiert sich durch zwei Kriterien. Zum einen sind sie in die Organisation des Geheimnisträgers einbezogen. Zum anderen ist ihre Unterstützungstätigkeit ebenfalls ein Beruf (z.B. Rechtsanwaltsgehilfe, Krankenpfleger).

   Der Kreis der externen Dienstleister, die nunmehr mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf einbezogen werden sollen, definiert sich durch den Auftrag des Geheimnisträgers. Deswegen ist es auch folgerichtig, dass dieser unter Strafe gestellt wird, wenn er den externen Dienstleister nicht gleichzeitig mit seinem Auftrag zur Geheimhaltung verpflichtet.

   Schon nach der Systematik der bisherigen Regelung für Berufshelfer sollte der qualifizierte Umgang mit den Daten zusätzlich dadurch gesichert werden, dass die „sonstigen“ Personen, also die externen Dienstleister, ebenfalls berufsmäßig tätig sein müssen. Der Umgang mit den Geheimnissen muss zur berufsmäßigen Tätigkeit der sonstigen Person gehören. Nur dann ist ein ähnlich qualifizierter Umgang mit den Daten sichergestellt, wie dies vom Arzt, Rechtsanwalt etc. selbst erwartet wird. Es handelt sich hier um ein konkretes Element der sorgfältigen Auswahl, das objektiv festgestellt werden kann (so dass meine in Punkt 2 aufgeführten Bedenken dafür nicht gelten).

   Umgesetzt werden könnte dies z.B., indem man in Absatz 3 statt von „mitwirken“ jeweils von „ebenfalls berufsmäßig mitwirken“ spricht.

WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER
Körperschaft des öffentlichen Rechts

Stellungnahme der Wirtschaftsprüferkammer RA Peter Maxl, Geschäftsführer

zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 15. Mai 2017

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen

(BT-Drs. 18/11936)

Berlin, den 12. Mai 2017
GG 46/2017

Ansprechpartner: RA Peter Maxl
Wirtschaftsprüferkammer
Rauchstraße 26, 10787 Berlin
Telefon: +49 30 726161-110
Telefax: +49 30 726161-104
E-Mail: Peter.Maxl@wpk.de
Internet: www.wpk.de

Die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder alle Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften in Deutschland sind. Die WPK hat ihren Sitz in Berlin und ist für ihre über 21.000 Mitglieder bundesweit zuständig. Ihre gesetzlich definierten Aufgaben sind unter www.wpk.de ausführlich beschrieben. Die WPK ist im Transparenzregister der Europäischen Kommission unter der Nummer 025461722574-14 eingetragen.

– – –

1. Die Notwendigkeit einer Novellierung der Regelungen zur Einschaltung Dritter in die Erledigung von Aufträgen, die einem Berufsgeheimnisträger erteilt werden, wird auch von den freien Berufen gesehen. Der Gesetzesbegründung ist insoweit zustimmen.

2. StGB und StPO kennen ebenso wie das Berufsrecht den Gehilfenbegriff. Der Gehilfenbegriff hat sich jedoch unterschiedlich entwickelt. Das Berufsrecht geht großzügiger mit ihm um. Die Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen. Gehilfe ist also nicht gleich Gehilfe. Das gilt es zu harmonisieren.

3. Die Lösung sieht der Gesetzentwurf in zusätzlichen Begriffsdefinitionen. Dem kann dem Grunde nach zugestimmt werden, weil auf diesem Weg unterschiedliche Konstellationen aufgefangen werden können. Wie gesagt: Derzeit ist Gehilfe nicht gleich Gehilfe und es sollte möglich sein, relevante Unterschiede auch begrifflich klarzustellen.

I. Ausgangspunkt StGB und StPO

(Da ich speziell zur berufsrechtlichen Sicht befragt werde, äußere ich mich hinsichtlich des Straf- und Strafprozessrechts im Schwergewicht nur zum Gehilfenbegriff (neu), da dieser für die darauf aufsetzenden zusätzlichen berufsrechtlichen Anforderungen relevant ist)

4. Sehr gut, aber auch unabdingbar ist die vom BMJV aktuell vorgeschlagene Zusammenführung der Änderungsvorschläge zum StGB und zur StPO. Auch zukünftig müssen § 203 StGB und § 53a StPO harmonisiert sein.
   Eine bloße Übertragung der Entwurfstexte aus dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie ohne Anpassung des StGB-Entwurfs genügt hierfür jedoch nicht, da StPO- und StGB-Entwurf nicht aufeinander abgestimmt sind.

5. Es fällt auf, dass § 53a StPO-E übersichtlicher ist und eine klare Definition hat. Die Frage ist, ob § 203 StGB-E vergleichbar übersichtlich gefasst werden kann.

- Ich befürworte, einen allgemein verständlichen Oberbegriff für alle in eine Mandatserledigung eingeschalteten Dritten einzuführen. Dies ist der Begriff der „mitwirkenden Person“. Er findet sich nicht nur in der Gesetzesüberschrift zu § 53a StPO-E, sondern auch im Titel des Gesetzentwurfs. Er sollte sich so auch in § 203 StGB-E wiederfinden.

- Andererseits kann in § 203 StGB-E nicht so schlank wie in § 53a StPO-E nur der Personenkreis geregelt werden, den der Berufsgeheimnisträger zur und im Rahmen der Auftragserledigung eingeschalten darf. Vielmehr sind in § 203 StGB auch die im Zweifel unterschiedlichen Voraussetzungen zu regeln, die einem Berufsgeheimnisträger die Einschaltung anderer Personen zur Auftragserledigung erlaubt.

6. § 203 StGB-E arbeitet jedoch leider nur indirekt mit dem Oberbegriff der mitwirkenden Person. Vielmehr lässt er den bisherigen – nicht selbsterklärenden – Gehilfenbegriff stehen (berufsmäßig tätige Gehilfen, zur Berufsvorbereitung tätige Personen) und schafft zusätzlich die Kategorien „sonstige mitwirkende Personen“ und „weitere mitwirkende Personen“.

7. § 203 StGB sollte daher unter Verwendung der Begrifflichkeit der „mitwirkenden Personen“ die unterschiedlichen Fallgruppen regeln und dabei in dem Sinne differenzieren, wie dies in der Begründung zum Gesetzentwurf angesprochen wird: Es gibt die mitwirkenden Personen, die in die Sphäre/Praxis des Berufsgeheimnisträgers eingebunden sind (z. B. Angestellte, freie Mitarbeiter, Gesellschafter) und es gibt einzelfallbezogen und vor allem extern organisierte mitwirkende Personen (das ist dann die wohl aktuell im Fokus stehende Gruppe der externen Dienstleister, z. B. selbstständige IT-Spezialisten oder aber auch Versicherungsmathematiker).

8. Der derzeitige Entwurf sieht im Übrigen bei den Gehilfen nach bisherigem Verständnis keine Anforderungen vor wie etwa diejenige, dass auch diese nur die zur Erbringung ihrer Mitwirkungshandlung erforderlichen Informationen erhalten dürfen. Auch lässt der derzeitige Entwurfstext offenbar nicht ausreichend sicher erkennen, ob eine Prüfung der Erforderlichkeit der Einschaltung eines Dritten erfolgen muss. Ich verstehe den Entwurfstext dergestalt, dass allein die Eröffnung von Mandanteninformationen gegenüber dem Dritten zur Erbringung seiner Mitwirkungshandlung erforderlich sein muss. Die Diskussion zeigt aber, dass dem § 203 Abs. 3 StGB-E auch eine Erforderlichkeitsprüfung hinsichtlich der Beauftragung eines Dritten entnommen wird, letztlich also bereits die Auslagerung einer Tätigkeit auf ihre Erforderlichkeit hin zu prüfen sei.

9. Die aufgezeigten Vorstellungen könnten durch eine Regelung des § 203 Abs. 3 StGB-E wie folgt umgesetzt werden (Basis: § 203 Abs. 3 StGB-E i. d. F. der BT-Drs. 18/11936):

„[1]Kein Offenbaren im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen Geheimnisse den in ihre berufliche oder dienstliche Sphäre eingebundenen mitwirkenden Personen~~bei ihnen berufsmäßig tätigen Gehilfen~~ oder den bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen in dem für deren Aufgaben notwendigen Umfang zugänglich machen. [2]Soweit die~~Die~~ in den Absätzen 1 und 2 Genannten~~ dürfen~~ fremde Geheimnisse gegenüber außerhalb ihrer beruflichen oder dienstlichen Sphäre tätigen sonstigen Personen offenbaren, die an ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirken, müssen sie in besonderer Weise dafür Sorge tragen, dass diesen Personen nur die~~soweit dies~~ für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlichen Informationen zugänglich sind und diese Personen vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet werden~~ ist~~; das Gleiche gilt für sonstige mitwirkende Personen, wenn diese sich weiterer Personen bedienen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der in den Absätzen 1 und 2 Genannten mitwirken.“

II. Berufsrecht

10. Wenn das Strafrecht zwei Kategorien mitwirkender Personen kennt, ist es nur logisch, dass auch das ergänzende Berufsrecht mit zwei Kategorien arbeitet. Dies ist dort vorgesehen, wo der Bundesgesetzgeber regeln darf. Dass dies dann bei den (Patent-) Anwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern gleichförmig strukturiert und geregelt werden soll, ist ausdrücklich zu begrüßen.

11. Die berufsrechtlichen Regelungen sollten sich jedoch an der Terminologie des Strafrechts und Strafprozessrechts orientieren und diese übernehmen. Derzeit wird durch andere Begriffe wie „beschäftigte Personen“ und „angestellte Personen“ sowie „Dienstleister“ eine unnötige Begriffsvielfalt geschaffen, die auch nicht immer größere Klarheit schafft.

12. Der Begriff des „Beschäftigten“ scheint mit dem des „Angestellten“ gleichgesetzt zu werden, zumal nach der Entwurfsbegründung der freie Mitarbeiter ausdrücklich ausgeklammert werden soll (BT-Drs. 18/11936, Seite 31). Er ist also deutlich enger als der zu favorisierende Ansatz im strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Bereich, wonach in der Sphäre der Freiberuflerpraxis eingegliederte Personen auf der Basis verschiedener Vertragsgestaltungen mitwirken können (natürlich aufgrund Anstellungsvertrags, aber z.B. auch auf Basis eines Vertrags über freie Mitarbeit oder eines Gesellschaftsvertrags).

Um diesen Ansatz auf das Berufsrecht zu übertragen, sollten auch § 50 WPO-E und die Parallelnormen in den anderen Berufsgesetzen auf die *in die berufliche Sphäre des Berufsgeheimnisträgers eingebundenen mitwirkenden Personen* abstellen.

§ 50 Satz 1 WPO-E könnte danach wie folgt formuliert werden:

„Der Wirtschaftsprüfer hat die ~~von ihm beschäftigten~~ in seine berufliche Sphäre eingebundenen und an seiner beruflichen Tätigkeit mitwirkenden Personen in schriftlicher Form zur Verschwiegenheit zu verpflichten und sie dabei über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung zu belehren.“

§ 50 Satz 3 WPO-E wäre konsequent zu streichen, da die dort genannten Personen von Satz 1 erfasst werden und die Sätze 4 und 5 wären an die obige Änderung anzupassen.

13. Mitwirkende Personen, die nicht beim Berufsgeheimnisträger beschäftigt sind, werden in den berufsrechtlichen Entwurfsregelungen als Dienstleister bezeichnet. Diese Definition erscheint ungeeignet. In Konsequenz der obigen Anregung zu § 203 Abs. 3 StGB-E und § 50 WPO-E sowie den Parallelnormen in der Berufsrechten der anderen freien Berufe sollten § 50a WPO-E und die Parallelnormen Regelungen zu *nicht in die berufliche Sphäre des Geheimnisträgers eingebundenen mitwirkenden Personen* treffen.

§ 50a Abs. 1 WPO-E ließe sich entsprechend wie folgt formulieren:

„Der Wirtschaftsprüfer darf ~~Dienstleistern~~ Personen, die nicht in seine berufliche Sphäre eingebunden sind, aber an seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken, den Zugang zu Tatsachen eröffnen, auf die sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 43 bezieht, soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. ~~Dienstleister ist eine andere Person oder Stelle, die vom Wirtschaftsprüfer im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird.~~“

Dieser Ansatz wäre auf die weiteren Absätze des § 50a WPO-E zu übertragen.

14. Eine der Sonderregelungen für die externen Dritten sieht besondere Anforderungen an den Berufsgeheimnisträger bei der Auswahl, Verpflichtung und Überwachung von externen Dritten aus dem Ausland vor (§ 50a Abs. 4 WPO-E, § 62a Abs. 4 StBerG-E, § 43e Abs. 4 BRAO-E, die die Eröffnung von verschwiegenheitsrelevanten Tatsachen gegenüber ausländischen Dienstleistern regeln). Hierbei wäre der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer wie auch die weiteren betroffenen Berufsstände auf Hilfestellungen angewiesen, die ihnen vorgeben, in welchen Ländern der **Schutz der Geheimnisse**, ins-

besondere also der Schutz der Verschwiegenheitspflicht, dem Schutz im Inland **vergleichbar** ist. Dies kann eine Freiberuflerpraxis in aller Regel nicht mit verhältnismäßigem Aufwand leisten, sodass ausländische Dienstleister nur in Ausnahmefällen in Anspruch genommen werden dürften. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass ausländische Berater, die unter anderem aufgrund der EU-Freizügigkeit hier in Deutschland konkurrierend tätig sind, sich solchermaßen und ohne Restriktionen organisieren können.

Als Äquivalent bietet sich an, einen Gleichlauf mit dem Datenschutzrecht herbeizuführen. Regelungstechnisch ließe sich dies durch die Anfügung eines § 50a Abs. 4 Satz 2 WPO-E wie folgt umsetzen:

„[2]Ein angemessener Schutz der Geheimnisse ist bei ausländischen sonstigen mitwirkenden Personen jedenfalls dann gewährleistet, wenn das Schutzniveau den datenschutzrechtlichen Anforderungen entspricht, die eine grenzüberschreitende Datenübermittlung personenbezogener Daten zu diesen erlaubt (Absatz 8) und entsprechende Schutzvorkehrungen gegen Zugriffe bestehen.“

15. Eine weitere Sonderregelung macht die **Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die unmittelbar einem einzelnen Mandat dienen,** von der Einwilligung des Mandanten abhängig (§ 50a Abs. 5 WPO-E, § 62a Abs. 5 StBerG-E, § 43e Abs. 5 BRAO-E). Eine solche Regelung führt berufsrechtlich und berufspraktisch zu zahlreichen Problemstellungen, insbesondere wenn der freie Mitarbeiter – wie bislang vorgesehen – nicht vom Begriff der beschäftigten Person i. S. d. § 50 WPO-E erfasst werden soll. Speziell für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer ergeben sich etwa folgende Probleme:

- berufsübliche Einbeziehung von freien Mitarbeitern oder Subunternehmern stets von Einwilligung des Mandanten abhängig
- berufsrechtlich vorgesehene auftragsbezogene Qualitätssicherung vor allem in kleineren Praxen schwer umsetzbar
- Gefährdung des Grundsatzes der Prüferstabilität (z. B. bei krankheitsbedingtem Ausfall von Mitarbeitern)
- Umgang mit Altmandaten

Die Einführung einer solchen Regelung führte im Vergleich zum bestehenden Recht zu einer deutlichen Verschärfung der Anforderungen an die Einbindung Dritter in die Auftragsbearbeitung. Abgrenzungsfragen kämen hinzu. Nachvollziehbar wäre allenfalls ein Einwilli-

gungsvorbehalt des Mandanten, wenn die Inanspruchnahme des Dienstleisters für diesen mit zusätzlichen Kosten verbunden ist. Dies ist in der Berufspraxis von Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern regelmäßig nicht der Fall.

Unabhängig davon, ob freie Mitarbeiter von § 50 oder von § 50a WPO-E erfasst werden sollen, sollte diese Regelung daher ersatzlos gestrichen werden.

Soll der Mandant lediglich vor Zusatzkosten geschützt werden, dürfte bereits das allgemeine Zivilrecht einen Einwilligungsvorbehalt aufstellen.

– – –

Wir würden uns freuen, wenn unsere Anregungen im weiteren Verfahren berücksichtigt werden.

– – –

Freie Universität Berlin

Fachbereich Rechtswissenschaft

Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Prof. Dr. Carsten Momsen, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Prof. Dr. Carsten Momsen
Van't-Hoff-Str. 8
14195 Berlin

Telefon +49 (0)30 838-59408
+49 (0)30 838-58707
Fax +49 (0)30 838-458707
E-Mail carsten.momsen@fu-berlin.de
Internet www.jura.fu-berlin.de
Gebäude Boltzmannstr. 3, Raum 5502
14195 Berlin

Bearb.-Zeichen
Bearbeiter Frau Korth-Ndiaye

Berlin, 8. Mai 2017

Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags zu dem `Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (BR-Drs. 163/17)´ für den 15.5.2017

Der Gesetzentwurf ist grundsätzlich zu begrüßen. Die nachfolgende Stellungnahme befasst sich aus strafrechtlicher Sicht insbesondere mit § 203 StGB-E und § 43e BRAO-E.

A. Grundidee

Der Entwurf zielt darauf, umfänglich praktizierte Formen des Datenoutsourcings, namentlich des „Non-Legal-Outsourcing" mit den Bedürfnissen eines strafrechtlich wirksamen Geheimnisschutzes in Einklang zu bringen.

Eine grundsätzliche – und richtige – Weichenstellung ist die Aufgabe einer Unterscheidung zwischen internen und externen Mitwirkenden. Eine entsprechende klare Unterscheidung war mit Blick auf die Behandlung elektronisch gespeicherter Daten schon lange nicht mehr durchzuführen. Der

„Grundgedanke des geschlossenen Geheimnisträgerkreises“[1] wird damit aufgegeben, was zu begrüßen ist. Allerdings bedarf es dann, schon aus Gründen der Gesetzesbestimmtheit, strafrechtlich tragfähiger Differenzierungen der Zuordnung zum Kreis der strafrechtlich verpflichteten Geheimnisträger. Zudem entstehen für bestimmte Personenkreise erstmals unmittelbar strafrechtliche (Schweige-) Verpflichtungen.[2]

Im neuen § 203 Abs. 3 StGB-E werden Voraussetzungen benannt, bei deren Vorliegen ein strafbares Offenbaren gerade nicht vorliegt, auch wenn das Geheimnis den Kreis der ursprünglich „zur Kenntnis Berufenen“ verlässt. Der Entwurf legt richtigerweise eine Differenzierung zugrunde zwischen den Gehilfen des Berufsträgers, an welche auch bislang eine Weitergabe prinzipiell straflos erfolgen konnte und anderen Dritten, welche nicht der Sphäre des Berufsträgers zuzuordnen sind. Exemplarisch für den letztgenannten Personenkreis sind bspw. Personen, die auf Seiten eines Cloud-Diensteanbieters mit den Informationen in Kontakt kommen, zu nennen. Der Kreis der Personen, an die straflos eine Informationsweitergabe erfolgen kann, ist danach im Grundsatz hinreichend bestimmt. Allerdings bestehen infolge der sehr unterschiedlichen Strukturen potentieller Dritter noch Klarstellungsbedürfnisse (s.u. D.). Auch bleibt der Gehilfenbegriff mit dem des § 53a StPO abzugleichen, insbesondere ist zu klären, ob auch im Rahmen des § 203 StGB-E an dem Erfordernis des „funktionalen Zusammenhangs festgehalten werden soll (s.u.D).[3]

Die Erweiterung des Personenkreises führt zwar zu einer Verringerung des strafrechtlichen Geheimnisschutzes, trägt aber den technischen Bedürfnissen im digitalen Zeitalter Rechnung, sowie dem bestehenden Problem, dass nach überwiegender Ansicht externe Personen für den Bereich des § 203 Absatz 1 StGB gerade nicht als berufsmäßige Gehilfen gelten. Dieses relativ restriktive Ergebnis wird zumindest teilweise kompensiert, indem Abs. 4 den Täterkreis auf diese Personen erweitert.

Diese Handhabung erscheint in dem Kontext der fortschreitenden Digitalisierung als sinnvoll. Die Idee, Dienstleistungen auszulagern, steht dabei im

---

* Für die Mitwirkung an der Stellungnahme gebührt Dank Prof. Dr. Lambert Grosskopf LL.M.Eur., Bremen, und Wiss. Mit. Dipl. iur. Laura Savic, Berlin,

[1] BT-Drs 18/11936, S. 16.

[2] Vgl. BT-Drs- 18/11936, S. 21 ff., so auch die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs- 18/11936, S.45.

[3] Reschke BB 2017, S. 582; auf die Stellungnahme des DAV zum Entwurf nehme ich zur Vermeidung von Wiederholungen für § 203 StGB-E, § 43e BRAO-E sowie § 53a StPO Bezug (vgl. dort S. 10-12)

Vordergrund. Dabei geht es in dem Gesetzesentwurf um Formen des „Non Legal Outsourcing“, also nicht um die Übertragung von konkreten juristischen Aufgaben auf Dritte, sondern um Tätigkeiten wie Aktenvernichtung, Wartungsarbeiten an EDV-Anlagen, Schreib- oder Rechnungsarbeiten. Greift man sich in diesem Kontext nur die – trotz der damit verbundenen Risiken zumindest in weiten Bereichen als sozialadäquat eingeordnete – Möglichkeit der Nutzung dezentraler IT-Ressourcen (Cloud)[4] heraus, so ist diese im privaten und unternehmerischen Alltag nicht mehr wegzudenken. So sollen 2015 bereits über 50 % der in Deutschland tätigen Unternehmen Cloud-Computing genutzt haben.[5] Berufsgeheimnisträger, die letztlich auch unternehmerisch tätig werden, wollen sich dieser Möglichkeit nicht entziehen. Neben der reinen Kostenersparnis spielen auch Qualitäts- und Verfügbarkeitsgesichtspunkte eine Rolle.[6] Daher muss klar sein, ob der Auftraggeber und der Auftragnehmer sich nach § 203 StGB strafbar machen, wenn diese Daten in die Cloud übermitteln bzw. übermitteln lassen. Die Verlagerung vorhandener Informationen in die Cloud sowie die Nutzung dieser Informationen bedingt spezifische Sicherheitsstandards.[7] Als Beispiel kann auf den Anforderungskatalog Cloud-Computing (C5) „Kriterien zur Beurteilung der Informationssicherheit von Cloud-Diensten“[8] verwiesen werden.

Weiterhin gewinnt der Bereich der IT-Compliance oder Datenschutz-Compliance unmittelbare Bedeutung für die Anwendung des § 203 StGB.[9] Damit erlangen untergesetzliche Complianceregelungen („Soft-Law“) eine konkretisierende Wirkung für die Grenze der Strafbarkeit („Hard Law“). Zudem entsteht u.U. eine bereichsspezifische Akzessorietät zwischen Berufsrecht (§

---

[4] Conrad/Fechtner, CR 2013, 137 ff.; Hilgendorf in Hilgendorf (Hrsg.), Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik, 2004, S. 83; Leupold, Münchener Anwalthandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, 4/18 ff.; Preuß, DuD 2016, 802 ff.
[5] Preuß, a.a.O. (Fn.4), Fn. 2 mit Verweis auf KPMG, Bitkom.
[6] Zu verschiedenen Erscheinungsformen näher Preuß, a.a.O. (Fn. 4), S. 802 f.
[7] https://www.heise.de/newsticker/meldung/BSI-setzt-Regeln-fuer-Cloud-Kunden-3704637.html?; vgl auch Kemmerich/Agrawal/Momsen, Secure migration to the cloud - in and out, in: Ryan Ko/Raymond Choo (Hrsg.), The Cloud Security Ecosystem Technical, Legal, Business and Management Issues, Oxford 2015, S. 205-230.
[8]https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/CloudComputing/Anforderungskatalog/Anforderungskatalog.pdf;jsessionid=7368279B6067AAF1D98DD8FB82A60892.2_cid341?__blob=publicationFile&v=7
[9] Vgl. Schmidl in Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2013, S. 169 – 205.

43e BRAO-E), Datenschutzrecht (§ 11 BDSG)[10] und Strafrecht (§ 203 StGB-E) mit im Einzelnen noch konturierungsbedürftigen Überschneidungen (insoweit auch zum Strafverfahrensrecht, § 53a StPO)[11]. Diese Konturierung wird zwar zu einem nicht geringen Teil erst durch die Gesetzesanwendung in der Praxis erfolgen können, einige im Folgenden benannte Punkte könnten aber auch durch den Gesetzgeber konkretisiert werden um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten.

B. Einzelne Punkte im Bereich des § 203 StGB-E

Im Entwurf bedingt ein „unbefugtes" Offenbaren i.S.d. Abs. 3 Satz 1 d.E. insoweit per se, dass datenschutzrechtliche Belange betroffen sind. [12]

§ 203 StGB dient dem Schutz von Mandantengeheimnissen, die der Mandant dem Rechtsanwalt im Rahmen seiner Tätigkeit anvertraut hat. Die in § 203 StGB normierte Schweigepflicht des Rechtsanwalts gehört zum Kernbestand seines Berufsrechts (§ 43a BRAO, § 2 BORA). Möchte der Rechtsanwalt diese Geheimnisse weitergeben, bedarf es zunächst einer Einwilligung durch den Mandanten, auch wenn externe Dienstleister beauftragt werden und im Rahmen der Beauftragung vertrauliche Mandatsgeheimnisse weitergegeben werden müssen. Die Übertragung der Mandatstätigkeit auf den externen Auftraggeber ohne Einverständnis des Mandanten birgt derzeit noch das Strafbarkeitsrisiko des § 203 Abs. 2 StGB.

Nach § 203 Abs. 3 StGB-E soll kein „Offenbaren" vorliegen, wenn bei dem Rechtsanwalt „berufsmäßige Gehilfen oder bei diesem zur Vorbereitung auf den Beruf tätige Personen" Zugang zu den Geheimnissen bekommen. Externe Dienstleister zählen jedoch nicht dazu, weil sie nicht in den organisatorischen und weisungsgebundenen internen Bereich mit einbezogen sind. In Zukunft soll ein „Offenbaren" auch bei solchen Personen nicht mehr vorliegen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit des Rechtsanwaltes mitwirken (Absatz 3 Satz 2). Dadurch werden externe Dienstleister (Auftragnehmer) als Gehilfen qualifiziert und somit in den Kreis der Verpflichteten aufgenommen.

---

[10] Ausf. zu datenschutzrechtlichen Aspekten Cornelius, StV 2016, S. 381 ff.
[11] Dazu Reschke, a.a.O. (Fn.3), 582 ff.
[12] Näher i.S. Abs. 1, Cornelius, a.a.O. (Fn.9), S. 385.

Sie müssen in irgendeiner Art und Weise in die berufliche Tätigkeit eingebunden sein und dazu Beiträge leisten.[13] Erforderlich ist nicht mehr eine Eingliederung in die Sphäre des Berufsgeheimnisträgers. Eine Weitergabe mandatsbezogener Informationen wäre damit zwar tatbestandsmäßig, aber erlaubt. Davon umfasst wären Anbieter von Cloud-Plattformen, die eine verschlüsselte Speicherung zulassen. Dabei muss zwischen Transportverschlüsselung und der verschlüsselten Speicherung unterschieden werden, siehe dazu den BSI Anforderungskatalog Cloud-Computing (C5).[14] Aus dem Entwurf geht nicht hervor, ob alle Cloud-Lösungen darunter zu fassen sind, weil keine *Differenzierung möglicher Cloud-Anwendungen* vorgenommen wird (was ist mit Software as a Service?). Darüber hinaus gibt es keine Hinweise darauf wie Cloud-Lösungen auszugestalten sind[15], damit sie darunter zu fassen sind. Rechtlich muss davon ausgegangen werden, dass es sich bei den Vorgaben des BSI um den „Stand der Technik“ handelt, der etwa nach § 13 Abs. 7 TMG bereits heute von jedem Diensteanbieter beachtet werden muss.[16] Stand der Technik ist die Verschlüsselung vor dem Ablegen in der Cloud beim Rechtsanwalt und zudem eine Transportverschlüsselung, denn dann kann der Cloud-Anbieter die Daten nicht zur Kenntnis nehmen.[17] Ein entscheidendes Abgrenzungskriterium wäre sicherlich darin zu sehen, ob die Berufsträger selbst oder deren Gehilfen unabhängig vom Cloud-Anbieter auf die gespeicherten Daten zugreifen können, was der Regelfall sein dürfte. Weiterhin gilt zu differenzieren, ob und in welcher Form der Cloud-Anbieter zugangsberechtigt ist, sowie, ob eine differenzierte Zugangsberechtigung in der Sphäre des Berufsträgers gegeben ist.[18]

---

[13] S.u. D.
[14] https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/CloudComputing/Anforderungskatalog/Anforderungskatalog.pdf;jsessionid=7368279B6067AAF1D98DD8FB82A60892.2_cid341?__blob=publicationFile&v=7
[15] Dazu näher Cornelius, a.a.O. (Fn.9), S. 380.
[16] Vgl. wiederum BSI –C5, a.a.O. (Fn. 13).
[17] Die etwa ehemals von DAVIT empfohlene Lösung „doculife“, hinter der ein Schweizer Anbieter steht und die von der Telekom vermarktet wurde, übermittelte das „Master-Secret“, also den „privaten Schlüssel“ (sic!) bei jedem Aufruf des Dienstes an den Dienstleister zur Entschlüsselung der beim Dienstleister liegenden Dokumente und Daten. Zum „Security-Konzept doculife“: https://www.t-systems.com/blob/651436/b57154598372f8dbfb3a3adde0d32c3c/dl-doculife-dokumentenmanagement-data.pdf
[18] Vgl. Preuß, a.a.O. (Fn. 4), S. 803.

Weiterhin macht sich der Berufsgeheimnisträger strafbar, wenn eine sonstige mitwirkende Person ein Geheimnis offenbart, dieser aber nicht dafür Sorge getragen hat, dass die Person zur Geheimhaltung verpflichtet ist (Abs. 4 Satz 2). Trotz des Fehlverhaltens einer dritten Person, die die eigentliche Tathandlung (Offenbaren eines Geheimnisses) begangen hat, wird der Berufsgeheimnisträger dann bestraft, wenn er den Dritten nicht zur Geheimhaltung verpflichtet hat.

Dabei ergibt sich erst aus § 203 StGB-E in Verbindung mit spezifischem Berufsrecht, etwa § 43e BRAO-E, dass eine Belehrung nicht ausreicht, sondern regelmäßig auch eine Überwachung erforderlich ist. Nur dann stehen die neuen Regelungen im Einklang mit Art. 35 DSGVO und den allgemeinen Anforderungsprofilen im Bereich der IT-Compliance.[19]

Die Befugnis, sich der Inanspruchnahme von Dienstleistern zu bedienen, tritt nur dann ein, wenn gewährleistet ist, dass die Verschwiegenheitspflicht bei diesen Dienstleistern vertraglich sichergestellt ist. Der Gesetzgeber normiert damit strafbewehrte Sorgfaltspflichten für die Berufsgeheimnisträger, die bei der Einbeziehung dritter Dienstleister zu beachten sind. Regelungstechnisch deutet Abs. 4 Satz 2 auf ein sog. „echtes *Unterlassungsdelikt*“[20] hin. Nr. 1 und 2 beschreiben eine Pflichtenkaskade, insoweit eine Unterlassensstrafbarkeit bspw. des Rechtsanwalts auch dann besteht, wenn er seine Hilfspersonen nicht über die abgeleitete Pflichtenstellung i.S. Nr. 2 belehrt. Im Zusammenspiel mit § 43e BRAO-E (s.u. c)) besteht m.E. weiterer Konkretisierungsbedarf im Hinblick auf „sonstige mitwirkende Personen“. Etwa im Hinblick auf den Mandanten.[21]

Fraglich ist dabei, ob es sich um eine *einmalige* Pflicht handelt oder der Berufsgeheimnisträger den Dritten *kontinuierlich* über die Geheimhaltungspflicht informieren, also ob er ständig dazu angehalten ist die Geheimhaltungspflicht des Dritten zu überwachen. Aus dem Wortlaut des Entwurfes „nicht dafür Sorge getragen hat, dass eine sonstige mitwirkende Person […] „zur Geheimhaltung verpflichtet wurde“ lässt sich nur eine einmalige Pflicht entnehmen. Sollte der Gesetzgeber hingegen eine kontinuierliche Pflicht fordern, so müsste der Wortlaut dahingehend geändert werden, dass sich der Rechtsanwalt dann strafbar macht, wenn er nicht dafür Sorge „trägt“, dass […], zur Geheimhaltung verpflichtet „ist“. Eine Belehrung der Geheimhaltungsverpflichtung in regelmäßigen Abständen könnte danach angebracht sein. Wann die Verschwiegenheitsverpflichtung vorzunehmen ist, regelt §

---

[19] Vgl. unten c).
[20] Vgl. BT-Ds- 18/11936, S.28.
[21] S.u. am Ende des Abschnitts.

203 StGB-E nicht. Dies ist nicht problematisch, da für die Strafbarkeit noch das „Offenbaren“ durch die mitwirkende Person als Erfolg von Nöten ist. Daher ist eine sofortige Verpflichtung zur Verschwiegenheit mit Eintritt in das Vertragsverhältnis vorzunehmen. Wie konkret die Sorgfaltspflicht ausgestaltet ist, kann § 203 StGB-E nicht entnommen werden. Soweit spezifisches Berufsrecht gilt (vgl. § 43e BRAO-E, unten c)) sind die Pflichten teilweise weitergehend konkretisiert. Soweit keine solchen Regelungen existieren, sollte ggf. es nicht allein auf eine Einzelfallwertung, welche durch die Rechtsprechung mittelfristig erfolgen kann, hinauslaufen, da Rechtssicherheit möglichst unmittelbar geschaffen werden sollte.[22] Eine weitergehende gesetzliche Ausformung der Pflichtenstruktur erschiene daher vorzugswürdig. Mögliche *Konkretisierungen* der Pflicht könnten hinsichtlich der Adressaten und des jeweiligen Gefahrenpotenzials vorgenommen werden (s.u. § 43e BRAO-E).[23] Auch insoweit erlangt eine Differenzierung der „mitwirkenden Personen“ Bedeutung. Um keine hypertrophe gesetzliche Regelung zu schaffen, bietet sich eine *funktionsbezogene Betrachtungsweise* an, die jedenfalls im Gesetz angelegt werden könnte.[24] Funktionsbezug wäre jedenfalls gegeben, wenn der „sonstige Mitwirkende“ bei Ausübung der ihm übertragenen Aufgaben „bestimmungsgemäß“ oder „regelmäßig“ mit Geheimnissen in Berührung kommt.

Weiteren Aufschluss über den Inhalt der Pflicht kann den berufsrechtlichen Befugnisnormen der BRAO, der BNotO, der PAO, dem StBerG und der WPO entnommen werden. Für diese Berufsträger kann der Inhalt der Sorgfaltspflicht durch die benannten Spezialgesetze als hinreichend bestimmt angesehen werden, für alle weiteren in § 203 StGB(-E) erwähnten Berufsgruppen, die der Schweigepflicht unterliegen, wird der Inhalt durch das jeweilige Berufsrecht näher zu klassifizieren sein, insbesondere ihre Voraussetzungen und Grenzen.

Begrüßenswert erscheint, dass der Berufsgeheimnisträger die Pflicht nicht nur erfüllt, wenn er die erforderliche Verpflichtung selbst vornimmt, sondern dies auch durch einen Dritten geschehen kann, da sich die strafbewehrte Verpflichtung zur Geheimhaltung insbesondere in mehrstufigen Verhältnissen bis zur letztlich tätig werdenden Person fortsetzt, § 203 Abs. 4 Nr. 2 StGB-E. Somit kann ein weitgehend lückenloser Schutz des fremden Geheimnisses erreicht werden.

---

[22] Reschke, a.a.O. (Fn. 3), S. 580 f.
[23] Auf entsprechende Defizite weist hin: Reschke, a.a.O. (Fn. 3), S. 581.
[24] Dazu ausf. Cornelius, a.a.O. (Fn.9), S. 384 ff.

Im Zuge der Weitergabe von Informationen stellt sich die Frage, ob § 203 StGB-E auch die Weitergabe an den eigenen Mandaten erfasst, also ob der Mandant als sonstige Person i.S.v. § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB-E angesehen werden kann. Dagegen spricht, dass die von der Norm erfasste sonstige Person, an der beruflichen Tätigkeit oder dienstlichen Tätigkeit des Rechtsanwalts in irgendeiner Weise mitwirken muss. Eine solche Mitwirkung an der beruflichen Tätigkeit soll nur dann gegeben sein, wenn die mitwirkende Person unmittelbar mit der beruflichen Tätigkeit der schweigepflichtigen Person, ihrer Vorbereitung, Durchführung, Auswertung und Verwaltung befasst ist. Der Mandant ist nicht in solch einer Weise mit der Tätigkeit des Rechtsanwalts befasst. Werden beispielsweise Strafakten an den Mandanten weitergegeben, die persönliche Daten von Zeugen beinhalten, so besteht weiterhin ein Strafbarkeitsrisiko des Berufsgeheimnisträgers (hier: Strafverteidiger) nach § 203 StGB, da ihm diese Geheimnisse seitens der Justiz anvertraut worden sind. Diesem Problem kann allerdings mit der Anonymisierung der persönlichen Daten Dritten praktikabel und zumutbar entgegengewirkt werden (s.u.E).

Praktisch liegt das Problem natürlich darin, dass der Betroffene „Ross + Reiter“ kennen muss, um den Strafverteidiger bei der Vorbereitung der Verteidigung durch Darstellung des Sachverhaltes aus seiner Sicht zu unterstützen. Denn sofern der Mandant tatsächlich etwas mit der ihm vorgeworfenen Tat zu tun hat, kann primär er Unzulänglichkeiten in Darstellung des Sachverhalts in der Ermittlungsakte erkennen, etwa wenn ein Zeuge bei dem Treffen, auf das sich seine Aussage (auch) bezieht, gar nicht zugegen war. Dann aber ist der Betroffene bzw. der Mandant faktisch an der „Vorbereitung, Durchführung, Auswertung und Verwaltung“ der Strafverteidigung beteiligt und wäre dann wohl „mitwirkende Person“ i.S.v. § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB-E. Insoweit wäre die Betrachtungsperspektive des § 53a StPO durch die oben dargelegte funktionsbezogene Differenzierung zu ersetzen.

C. § 43e BRAO-E

Für Rechtsanwälte soll die bislang nur satzungsrechtlich bestehende Verpflichtung, Personal und mitwirkende Personen zur Verschwiegenheit zu verpflichten, nunmehr ins Gesetz übernommen werden, § 43 Buchst. e Abs. 2 BRAO-E. Sofern der Berufsgeheimnisträger dritte Personen an seiner Berufsausübung mitwirken lässt, ist er im Interesse des Geheimnisschutzes dazu verpflichtet, diese Dritten als Dienstleister im Hinblick auf ihre Vertrauenswürdigkeit sorgfältig auszuwählen, zu überwachen und sie zur Geheimhaltung zu verpflichten.

Daraus ergibt sich zugleich, dass über die o.g. und vom Entwurf zu § 203 StGB in Bezug genommene Belehrung hinaus, jedenfalls in den Bereichen

spezifischen Berufsrechts mehr zu verlangen ist: Belehrung + Überwachung.

Beide Normen müssten m.E. insoweit aufeinander abgestimmt werden.

Eine solche Formulierung ist als *Compliance* Vorschrift zu werten, bzw. als gesetzlicher Auftrag, entsprechende Compliance-Strukturen zu schaffen. Derartige Compliance-Strukturen bzw. prognostischen Prüfungen verlangt in der Sache bereits die Datenschutz Grundverordnung (siehe Datenschutz-Folgenabschätzung; Art. 35 DSGVO).[25]

---

[25] **Artikel 35 DSGVO - Datenschutz-Folgenabschätzung**

(1) Hat eine Form der Verarbeitung, insbesondere bei Verwendung neuer Technologien, aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge, so führt der Verantwortliche vorab eine Abschätzung der Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten durch. Für die Untersuchung mehrerer ähnlicher Verarbeitungsvorgänge mit ähnlich hohen Risiken kann eine einzige Abschätzung vorgenommen werden.

(2) Der Verantwortliche holt bei der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung den Rat des Datenschutzbeauftragten, sofern ein solcher benannt wurde, ein.
(3) Eine Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Absatz 1 ist insbesondere in folgenden Fällen erforderlich:

1. systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen, die sich auf automatisierte Verarbeitung einschließlich Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen;
2. umfangreiche Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten gemäß Artikel 9 Absatz 1 oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäß Artikel 10 oder
3. systematische umfangreiche Überwachung öffentlich zugänglicher Bereiche.

(4) Die Aufsichtsbehörde erstellt eine Liste der Verarbeitungsvorgänge, für die gemäß Absatz 1 eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist, und veröffentlicht diese. Die Aufsichtsbehörde übermittelt diese Listen dem in Artikel 68 genannten Ausschuss.
(5) Die Aufsichtsbehörde kann des Weiteren eine Liste der Arten von Verarbeitungsvorgängen erstellen und veröffentlichen, für die keine Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich ist. Die Aufsichtsbehörde übermittelt diese Listen dem Ausschuss.
(6) Vor Festlegung der in den Absätzen 4 und 5 genannten Listen wendet die zuständige Aufsichtsbehörde das Kohärenzverfahren gemäß Artikel 63 an, wenn solche Listen Verarbeitungstätigkeiten umfassen, die mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen für betroffene Personen oder der Beobachtung des Verhaltens dieser Personen in mehreren Mitgliedstaaten im Zusammenhang stehen oder die den freien Verkehr personenbezogener Daten innerhalb der Union erheblich beeinträchtigen könnten.
(7) Die Folgenabschätzung enthält zumindest Folgendes:

1. eine systematische Beschreibung der geplanten Verarbeitungsvorgänge und der Zwecke der Verarbeitung, gegebenenfalls einschließlich der von dem Verantwortlichen verfolgten berechtigten Interessen;
2. eine Bewertung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Verarbeitungsvorgänge in Bezug auf den Zweck;
3. eine Bewertung der Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen gemäß Absatz 1 und
4. die zur Bewältigung der Risiken geplanten Abhilfemaßnahmen, einschließlich Garantien, Sicherheitsvorkehrungen und Verfahren, durch die der Schutz personenbezogener Daten sichergestellt und der

Da hier bislang nur bereichsspezifische Anforderungen durch den Gesetzgeber ausformuliert bzw. angedeutet wurden (bspw. §§ 130, 30 OWiG; 93 AktG, „Business Judgement Rule“), wäre eine Konkretisierung zumindest hilfreich und wünschenswert im Sinne einer einheitlichen Anwendung des Strafrechts.

Dabei ist die in § 43e BRAO-E genannte Prüfungs- und Sorgfaltspflicht gegenüber „Dienstleister“ anzuwenden, wohingegen § 203 StGB-E diese auf „sonstige mitwirkende Personen“ als tatsächlich tätige natürliche Personen bezieht.

Der weitere Inhalt von § 43 Buchst. e Abs. 2 BRAO-E erscheint rein deklaratorisch. Eigentlich versteht sich von selbst, dass das Vertragsverhältnis zu beenden ist, wenn die gesetzlichen Vorgaben nicht eingehalten werden können.

Denkbar wäre es, analog zu entsprechenden Verfahrensweisen im Compliance-Sektor, auf eine Zertifizierung des Diensteanbieters abzustellen, welche u.a. eine regelmäßige Schulung der Mitarbeiter nachweisen.[26] Allerdings müssten entsprechende verbindliche Standards geschaffen werden

---

Nachweis dafür erbracht wird, dass diese Verordnung eingehalten wird, wobei den Rechten und berechtigten Interessen der betroffenen Personen und sonstiger Betroffener Rechnung getragen wird.

(8) Die Einhaltung genehmigter Verhaltensregeln gemäß Artikel 40 durch die zuständigen Verantwortlichen oder die zuständigen Auftragsverarbeiter ist bei der Beurteilung der Auswirkungen der von diesen durchgeführten Verarbeitungsvorgänge, insbesondere für die Zwecke einer Datenschutz-Folgenabschätzung, gebührend zu berücksichtigen.
(9) Der Verantwortliche holt gegebenenfalls den Standpunkt der betroffenen Personen oder ihrer Vertreter zu der beabsichtigten Verarbeitung unbeschadet des Schutzes gewerblicher oder öffentlicher Interessen oder der Sicherheit der Verarbeitungsvorgänge ein.
(10) Falls die Verarbeitung gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c oder e auf einer Rechtsgrundlage im Unionsrecht oder im Recht des Mitgliedstaats, dem der Verantwortliche unterliegt, beruht und falls diese Rechtsvorschriften den konkreten Verarbeitungsvorgang oder die konkreten Verarbeitungsvorgänge regeln und bereits im Rahmen der allgemeinen Folgenabschätzung im Zusammenhang mit dem Erlass dieser Rechtsgrundlage eine Datenschutz-Folgenabschätzung erfolgte, gelten die Absätze 1 bis 7 nur, wenn es nach dem Ermessen der Mitgliedstaaten erforderlich ist, vor den betreffenden Verarbeitungstätigkeiten eine solche Folgenabschätzung durchzuführen.
(11) Erforderlichenfalls führt der Verantwortliche eine Überprüfung durch, um zu bewerten, ob die Verarbeitung gemäß der Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt wird; dies gilt zumindest, wenn hinsichtlich des mit den Verarbeitungsvorgängen verbundenen Risikos Änderungen eingetreten sind.

[26] Entsprechende Angebote, wie etwa „Trusted Cloud – Datenschutzprofil für Cloud-Dienste“ (http://www.tcdp.de/index.php) bestehen. Jedoch müssten die Zertifizierungen allgemeine Verbindlichkeit beanspruchen können, um strafrechtliche Wirkung zu entfalten.

und im Einklang mit datenschutzrechtlichen Anforderungen stehen.[27] Denkbar wäre auch eine einzelvertragliche Ausgestaltung i.S. § 43e Abs. 3 Nr. 3 BRAO-E. Problematisch daran ist, dass diese die vertraglichen oder nichtvertraglichen Auftragsverhältnisse mit Arbeitnehmern oder Dritten auf Seiten des Dienstleisters nicht umfänglich erfassen kann.[28] Mit Blick auf eine strafrechtlich einheitliche Handhabung erscheint jedenfalls eine weitergehende Konkretisierung unabhängig vom Einzelfall erstrebenswert.[29]

Nicht unproblematisch ist auch die aktuelle Regelung des § 43e Abs. 4 BRAO d.E.[30] Hier wird sich der Rechtsanwalt i.d.R. nur auf die Angaben des Dienstleisters verlassen können, dass (1) die Dienstleistung nicht im *Ausland* erbracht wird, d.h. das Speichermedium der Cloud nicht im Ausland platziert ist oder (2) ein vergleichbarer Geheimnisschutz gewährleistet ist. Eine eigene Überprüfung wird dem Rechtsanwalt häufig nicht möglich sein. Ob damit bspw. ein Unterlassen (§ 13 StGB) ausgeschlossen werden kann, erscheint klärungsbedürftig. Ggf. müsste von staatlicher Seite (bspw. BSI) eine entsprechende Liste als sicher geltender Staaten veröffentlicht werden.[31] Für den Datenverkehr in nicht EU-Staaten sind entsprechende Listen vorhanden, auf denen sich – bspw. in Form eines Verweises – aufbauen ließe.[32]

Zutreffend ist der Hinweis in der Stellungnahme des Bundesrats, dass dieser sehr weitreichende Geheimnisschutz nicht nur dort gewährleistet werden kann, wo ein entsprechendes Berufsausübungsrecht besteht.[33]

Nach Abs. 5 darf der Rechtsanwalt bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die unmittelbar einem einzelnen Mandanten dienen, dem Dienstleister den Zugang zu fremden Geheimnissen nur dann eröffnen, wenn der Mandant darin eingewilligt hat. Gerade hier zeigt sich erneut das Problem

---

[27] Vgl. Preuß, a.a.0. (Fn.4), S. 804.
[28] Zu § 53a StPO s.u. D.
[29] Zu Großprojekten unter Einbindung externer Dritter zweifelnd Reschke, a.a.O. (Fn.3), S. 580.
[30] BT-Drs 18/11936, S. 8.
[31] Ob die Vorschläge der Begründung ausreichend sind, erscheint fraglich, BT-Drs- 18/11936, S. 34 f.
[32] European Commission, Justice, Data protection, International transfer: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/index_en.htm und insbesondere: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index_en.htm
[33] BT-Drs- 18/11936, S. 43.

der Drittgeheimnisse. Der Mandant kann nur in die Weitergabe seiner eigenen Geheimnisse einwilligen, nicht jedoch in die von beispielsweise Familienmitgliedern oder sonstigen Zeugen, die in der Akte auftauchen. Es muss also weiterhin der Schutz personenbezogener Daten Dritter gewährleistet werden. Des Weiteren wird bei den Dienstleistern nach Tätigkeiten unterschieden. Nur solche Tätigkeiten, die konkret einem einzelnen Mandanten dienen (Detektiv, Übersetzer) sollen nur bei Einwilligung weitergegeben werden dürfen.

Zu Absatz 6 s.u. E II

D. Strafprozessrecht

§ 53a StPO gewährleistet für das Verhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt ein gewisses Maß an Schutzstandards. Im Bereich des thematisierten Datenoutsourcings wird dies in den Fällen relevant, in denen sowohl strafrechtlich gegen den Mandanten ermittelt wird, als auch die vom Mandanten beauftragte Kanzlei, die für das Zivilverfahren mandatiert wurde, Rechtsdienstleistungen auslagert. Es wäre fatal, wenn die mandatsbezogenen Privilegien beim Datenoutsourcing nicht greifen würden. Diese Situation wird unter anderem durch das Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 53, 53a StPO reguliert. Der Wortlaut des § 53 StPO bezieht sich auf Strafverteidiger, Rechtsanwälte und Steuerberater. § 53a StPO erweitert diesen umfassenden Schutz für Gehilfen, die an der berufsmäßigen Tätigkeit des geschützten Personenkreises teilnehmen („Berufshelfer“). Insoweit stellt sich die Frage, ob der Gehilfenbegriff des § 203 StGB-E und der des § 53a StPO gleichzusetzen sind. Um in Genuss des durch § 53a StPO intendierten Schutzes des Vertrauensverhältnisses zu gelangen, fordert die Rechtsprechung, dass zwischen der Tätigkeit des Berufsträgers (Auftraggeber) und der Hilfsperson (Auftragnehmer) ein *innerer funktionaler Zusammenhang* bestehen muss.[34] Dieser umfasst dann ebenfalls die vom § 203 StGB-E umfassten Gehilfen, jedoch nicht unbedingt Dritte (externe Diensteanbieter), die selbständige Einzelaufträge ausführen, wie Cloud-Anbieter. Denn diese Personengruppe unterfällt nicht dem bisherigen Wortlautverständnis des § 53a StPO. Im Zusammenhang des Datenoutsourcings im Hinblick auf § 203 StGB-E muss daher auch die Reichweite des Gehilfenbegriffs aus

[34] BGH 7.4.2005 – 1 StR 326/04, BGHSt 50, 64 = NJW 2005, 2406; MüKo-StPO/Percic, § 53 a Rn. 2 m.w. N.

§ 53a StPO neu diskutiert werden, um einen umfassenden Schutz zu gewährleisten. Sollte ein funktionsbezogener Interpretationsansatz bei Gehilfen maßgeblich sein, könnte dem Abhilfe geschaffen werden. Danach ist Gehilfe jede Person, die vom Hauptberufsträger für die in § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StPO bezeichneten Tätigkeiten herangezogen wird und umfasst jede Wahrnehmung, die dem Berufshelfer in dieser Eigenschaft anvertraut oder bekannt wird.[35] Danach wäre der selbständig auftretende Cloud-Anbieter Gehilfe im Sinne des § 53a StPO, sowie eine „sonstige mitwirkende Person" nach § 203 StGB-E. Angesichts der bisherigen Handhabung des § 53a StPO folgt dieses erweiterte funktionsbezogene Verständnis jedoch nicht aus der Änderung des § 203 StGB. Zudem müsste klargestellt werden, dass (bzw. unter welchen Voraussetzungen) insoweit auch Mandanten funktionsbezogen Kenntnis erlangen können.

Aus Sicht der Mandanten, der Berufsgeheimnisträger und Dritter involvierter Personen bedarf es daher insgesamt einer einheitlichen und in sich konsistenten Regelung der §§ 53, 53a StPO und § 203 StGB.

E. Alternativen

I. Anonymisierung und Pseudonymisierung

Um das hohe Strafbarkeitsrisiko zu senken, das im Prinzip allein dadurch entsteht, dass dritte, außerhalb der eigenen Sphäre stehende Personen zu Hilfstätigkeiten der Berufsgeheimnisträger herangezogen werden, könnte auch daran gedacht werden, bei *Anonymisierung* personenbezogener Daten die Strafbarkeit zu begrenzen.[36] Sodass es für niemanden oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand möglich ist, die Daten einer Person zuzuordnen. Eventuell könnte dazu auch eine bloße *Pseudonymisierung* (Ersetzung von Identifikationsmerkmalen durch Kennzeichen, wobei es über eine Zuordnungsregel möglich ist, den Personenbezug für eine bestimmbare Person herzustellen) ausreichen.[37] Für letztere müsste der Zugangsschlüssel beim Berufsgeheimnisträger verbleiben, um den Schutz zu

---

[35] Näher Tsambikakis, Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen Gründen, 20111, S. 117.
[36] Vgl. Preuß, a.a.O. (Fn.4), S. 805.
[37] Ausf. Cornelius, a.a.O. (Fn.9), S. 383 ff.

gewährleisten. Geht es um Privatgeheimnisse kann diese alternative Lösung in Betracht gezogen werden, sie hilft jedoch nicht weiter, wenn es um Unternehmensgeheimnisse geht. Des Weiteren ist die Praktikabilität mandatsbezogener Informationen in anonymisierter oder pseudonymisierter Form nicht alltagstauglich und mit höherem Aufwand verbunden. Eine gewisse Bedeutung könnte sie daher wohl v.a. im mit erfassten Bereich der Ausbildung erhalten und im Falle der Weitergabe der Strafakte an den eigenen Mandanten, soweit es um Geheimnisse Dritter geht (dazu oben S. 6). Beachtet werden muss auch, dass es durchaus unvermeidbar sein bzw. nicht ausgeschlossen werden kann, dass externe Dienstleister personenbezogene Daten einsehen (s.o. § 43e BRAO).

II. Einwilligungslösung

Ein Ansatz der Vermeidung einer Strafbarkeit nach § 203 StGB wird in der Einholung einer Einwilligung der Betroffenen Personen gesehen. Dann wäre ein Offenbaren jedenfalls nicht mehr unbefugt. Voraussetzung ist aber, dass die Einwilligung ausdrücklich erklärt wurde und der Betroffene zuvor über die Datenübermittlung ausreichend *informiert* wurde. Problematisch ist dabei, dass eine Einwilligung nur für die *Zukunft* gilt, kann also eine einmal eingetretene Strafbarkeit nicht beseitigen. Insoweit würde auch eine nachträgliche Genehmigung das Problem des Handlungsunrechts nicht lösen.[38]

Würde sie auch für Daten, die in der Vergangenheit erhoben und gespeichert wurden, eingeholt werden können, wäre an eine Lösung im Sinne der „tätigen Reue“ zu denken. Ob hierfür eine Notwendigkeit besteht, ist indes zu bezweifeln.

Des Weiteren kann eine Einwilligung nur insoweit die Strafbarkeit ausschließen, als das die betroffenen Personen über das jeweilige Geheimnis verfügungsberechtigt sind. Dies kann bei *Drittgeheimnissen* fraglich sein.[39]

Das Problem der personenbezogenen Daten Dritter, die sich bspw. in einer elektronischen Akte oder einem Sitzungsprotokoll befinden, ist aus strafprozessualer Sicht bekannt. Üblicherweise geht man davon aus, dass diese Rechte durch das Recht auf Verteidigung (§§ 136 Abs. 1, 137 StPO, Art 6 Abs. 3 EMRK) überlagert werden, soweit dies für eine effektive Verteidigung

---

[38] Vgl. Preuß, a.a.O. (Fn.4), S. 807.
[39] Diese Gesetzesbegründung geht davon aus, dass grds. der Mandant „Herr des Geheimnisses“ sei; vgl. BT-Ds- 18/11936, S. 35 zu § 43e Abs. 6 BRAO-E.

notwendig ist. Wenn es aber bereits insoweit einer Abwägung bedarf, welche Daten einem Mandanten zugänglich gemacht werden können, so bedeutet dies, dass eine Einwilligung des Mandanten insoweit unerheblich wäre. Außerhalb des strafprozessualen Bereichs dürfte sich das Problem noch verschärft stellen, da es insoweit kein „Recht auf effektive Verteidigung" gibt.

Zudem müssten die Betroffenen im Vorhinein genau darüber aufgeklärt werden (umfassend), in welchem Umfang und an wen eine eventuelle Datenauslagerung oder Weitergabe erfolgt. Dass eine solche schlüssig und rechtswirksam erklärt werden wird, kann auch angesichts des heute vermehrten Einsatzes von externen Experten, nicht generell vermutet werden.

Zudem müsste eine Einwilligung wohl vollständig wiederholt werden, wenn bspw. der Cloud-Anbieter gewechselt würde, da i.d.R. dann andere personelle Strukturen, Speicherorte usw. vorliegen werden. Ob eine pauschale Einwilligung, welche diese Eventualitäten mit abdeckt, strafrechtlich wirksam wäre, erscheint angesichts der an Einwilligungen zu stellenden Konkretisierungserfordernisse, zumindest zweifelhaft.[40] Die Schwierigkeit liegt hier insbesondere in der Komplexität des Sachverhalts, welcher dem Mandanten in seinen wesentlichen Grundzügen bewusst sein muss, damit die Einwilligung wirksam ist.[41]

Auch der Gedanke einer konkludenten Einwilligung der Berechtigten kann ebenso wenig zu ausreichender Rechtssicherheit führen. Es dürfte zwar vielfach offensichtlich sein, dass sich die aufgesuchten Berufsgeheimnisträger zeitgemäßer EDV-Anlagen (Ausstattung) bedienen, die üblicherweise von externem Fachpersonal eingereicht und gewartet werden müssen, jedoch darf dies nicht zu Lasten des Betroffenen gehen. Behält man die vom Gesetzgeber vorgeschlagene Differenzierung zwischen den berufsmäßig tätigen Gehilfen und den Personen, die bei dem Geheimnisträger zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind einerseits (§ 203 Abs. 3 Satz 1 StGB-E) und den sonstigen mitwirkenden Personen (§ 203 Abs. 3 Satz 2 StGB-E) andererseits im Hinterkopf, so lässt sich die Annahme einer konkludenten Einwilligung allenfalls bei den „berufsmäßig tätigen Gehilfen" annehmen. Weil diese im Gegensatz zu den „sonst mitwirkenden Personen" in der Sphäre des Berufsgeheimnisträgers eingegliedert sind.

---

[40] Vgl. nur Roxin, Strafrecht AT 1, § 13, Rn. 51 ff., so auch Cornelius, a.a.O. (Fn.9), S. 384 f.
[41] Preuß, a.a.O. (Fn.4), S. 807.

Letztlich erscheint die Einholung einer wirksamen Einwilligung aller potenziell betroffenen Personen zur vollständigen rechtlichen Absicherung des Vorgangs in der Praxis zumindest in vielen Fällen nicht praktikabel (und zumutbar). Es verbleibt ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko.

Prof. Dr. Carsten Momsen

Fachbereich Rechtswissenschaften

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. h.c. (National University Kaohsiung)

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung

Direktor des

ZEIS
ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE UND INTERNATIONALE STRAFRECHTSSTUDIEN

Heger-Tor-Wall 14
49069 Osnabrück
Telefon: (0541) 969-6133 DW 6135
Fax: (0541) 969-4852

Universität Osnabrück · FB 10 · 49069 Osnabrück

Osnabrück, den 14.05.2017

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

I. Einleitung

Die Intention des Gesetzgebers, die Möglichkeiten der Einbeziehung Dritter in den Wirkungskreis der Berufsgeheimnisträger zu erweitern, ist im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Arbeitswelt nachvollziehbar. Im Ergebnis erweisen sich die vorgeschlagenen Änderungen jedoch als zu weitreichend, unausgewogen, unpräzise und wenig praxistauglich.

II. Änderung von § 203 StGB

Das von der Bundesregierung nach der Gesetzesbegründung verfolgte Ziel, einen sachgerechten Ausgleich zwischen den ökonomischen Interessen von Berufsgeheimnisträgern und dem Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs des Betroffenen herzustellen, wurde insgesamt nicht erreicht.
Zugunsten einer wirtschaftlich effizienten Arbeitsgestaltung der zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufsgruppen wird der Kreis der mit der Hütung des Geheimnisses betrauten Personen in einer Weise erweitert, die weder für den Berufsgeheimnisträger, noch den Betroffenen überschaubar sein dürfte.

Im Einzelnen:

1. Zu § 203 Abs. 3 StGB-E

Vor allem bezüglich des Zugriffs auf informationstechnische Anlagen und Systeme Dritter ohne ausdrückliche Einwilligung des Geheimnisträgers selbst herrscht gegenwärtig

Rechtsunsicherheit unter den in § 203 Abs. 1 und Abs. 2 StGB aufgeführten Berufsangehörigen. Die Regelungen des Gesetzesentwurfes mögen den Anforderungen der modernen Arbeitswelt der Berufsgeheimnisträger in Zeiten fortschreitender Digitalisierung und Spezialisierung entsprechen. Die geplanten Neuregelungen berücksichtigen jedoch das unverändert hohe Interesse der Betroffenen an der Geheimhaltung ihrer persönlichen Informationen nur unzureichend. Die dem § 203 StGB zugrundeliegende Konzeption eines „geschlossenen Geheimnisträgerkreises“, basierend auf dem Vertrauen des Berechtigten in den Berufsgeheimnisträger, wird weiterentwickelt zu einer praktisch endlos langen „Kette von Geheimnisträgern“, welche nur im ersten Schritt unmittelbar auf dem Vertrauen des Berechtigten, nachfolgend ausschließlich auf gegenseitiger vertraglicher Verpflichtung zur Geheimhaltung durch die Berufsangehörigen selbst fußt.

a) Zu Satz 1 StGB-E

Bedenken ergeben sich aus dem Umstand, dass die straflose Offenbarung des Geheimnisses keinen Zusammenhang mit der konkreten Tätigkeit der Hilfsperson voraussetzt, diese somit auch anlasslos erfolgen kann. Insoweit ist eine ausdrückliche Beschränkung auf unmittelbar dienstbezogene Belange geboten.

b) Zu Satz 2 StGB-E

Obgleich es zunächst sachgemäß erscheint, dem Berufsgeheimnisträger die grundsätzliche Entscheidung zur Einschaltung Dritter freizustellen, reichen die daran anknüpfenden Befugnissen zur Offenbarung fremder Geheimnisse zu weit.

aa) Rechtfertigungslösung

§ 203 Abs. 3 StGB-E unterscheidet in Satz 1 die Fälle, bei denen „kein Offenbaren im Sinne der Vorschrift“ vorliegen soll von den Fällen erlaubter Offenbarung in Satz 2 StGB-E. Die Formulierung in Abs. 3 Satz 1 StGB-E wird damit begründet, dass durch die Neuregelung nunmehr gesetzlich ausdrücklich geregelt werden soll, was bereits allgemeine Meinung ist (S. 26). Kein Offenbaren von Geheimnissen liege im Verhältnis zu den berufsmäßig tätigen Gehilfen oder bei dem Geheimnisträger zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen deshalb vor, da diese zum Kreis der zum Wissen Berufenen zählten. Dem ist zuzustimmen. Diese Konstruktion hat einen Tatbestandsausschluss zur Folge. In Abs. 3 Satz 2 StGB-E wird demgegenüber eine andere Art des Ausschlusses der Strafbarkeit gewählt: eine Rechtfertigung (S. 27). Anders als bei der nachvollziehbaren Kodifikation einer bislang gefestigten Auslegung zum Tatmerkmal „Offenbarung“ muss sich ein Straffreistellungsgrund in der Form eines Rechtfertigungsgrundes materiell auf ein rechtfertigendes Prinzip gründen. Dies erscheint bei Abs. 3 Satz 2 StGB-E fraglich, da das Prinzip des überwiegenden Interesses – was der Gesetzentwurf wohl im Blick hat – voraussetzt, dass die Interessen der Berufsgeheimnisträger sowie der sonstigen mitwirkenden Personen an der Ausübung ihrer Tätigkeit einen höheren Rang einnimmt als das Interesse der Betroffenen am Schutz des Geheimnisses und an einem engen Personenkreis, dem die Geheimnisse zugänglich gemacht werden können. Letztendlich entleert diese Regelung den Filter der Einwilligung in die Offenbarung, die bisher die Kontrolle über die Offenbarung an weitere Personen sichergestellt hat. Der Gesetzentwurf trifft mit der Rechtfertigungsregelung eine

Vorwegabwägung, die in den Grundlagen nicht abgesichert und in ihrer Reichweite zu ausufernd ist.

bb) Kriterium der Erforderlichkeit

Nach dem Gesetzesentwurf dürfen den sog. „mitwirkenden Personen“ fremde Geheimnisse offenbart werden, soweit dies für ihre Tätigkeit „erforderlich“ ist. Eine nähere Konkretisierung des Merkmals der ,,Erforderlichkeit“ erfolgt weder in Form einer Legaldefinition, noch lässt sich eine solche der Gesetzesbegründung entnehmen. Im Ergebnis bliebe es letztlich den Gerichten überlassen, Kriterien hinsichtlich dieses Merkmales zu entwickeln. Bis zur Entwicklung einer gefestigten Rechtsprechung wäre im Zweifel zugunsten des Beschuldigten zu entscheiden. In der Zwischenzeit würde den Berufsgeheimnisträgern ein weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Offenbarung von geschützten Informationen gegenüber Dritten eingeräumt.
Forderungen, wonach den Berufsgeheimnisträgern in § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB-E ein gesetzliches Ermessen bezüglich der Offenbarung geschützter Informationen gegenüber Dritten eingeräumt werden sollte, ist im Interesse der Betroffenen am Schutz des Geheimnisses nicht zu folgen.
Insgesamt leistet die Einführung dieses Kriteriums keinen Beitrag zu Schaffung von Rechtssicherheit und zur Kompensation der im Rahmen der Vorwegabwägung zurückgestellten Schutzbelange der Betroffenen.

cc) Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Ausland

Vor dem Hintergrund der Datensicherheit erscheint es bedenklich, dass die Mitwirkung Dritter auch im Ausland erfolgen kann. Der Gesetzesbegründung ist insoweit zuzustimmen, dass innerhalb der Europäischen Union insgesamt ein vergleichbares Schutzniveau bestehen dürfte (vgl. S. 34). Anknüpfungspunkte für eine entsprechende Vermutung ergeben sich bezogen auf Drittstaaten nicht ohne Weiteres.

dd) Mitwirkende Personen

Weiter differenziert der Gesetzentwurf zwischen „sonstigen“ und „weiteren“ mitwirkenden Personen. Letztere müssen entsprechend dem Wortlaut nicht in die berufliche Sphäre der „sonstigen mitwirkenden Personen“ eingegliedert sein. Nach der Gesetzesbegründung (S. 27) sind auch eigenständig agierende Subunternehmer („mehrstufige Unterauftragsverhältnisse“) umfasst. Denkbar wären demnach Konstellationen, in denen Berufsgeheimnisträger gegenüber der sonstigen mitwirkenden Person auf der Grundlage einer vertraglichen Generalklausel die Offenbarung an weitere mitwirkende Personen für zulässig erklären, soweit dies erforderlich ist. Der potentielle Kreis der „Mitwisser“ würde so in einer Weise ausgeweitet, die den Interessen am Schutz des Geheimnisses nicht gerecht wird.

Besonders deutlich wird die Problematik im Zusammenhang mit der Speicherung der Informationen in externen Rechenzentren wie z.B. einer Cloud. In dieser Branche entspricht die Weitergabe der Daten von Cloud-Betreibern an Subunternehmer der gängigen Praxis.
In Anbetracht der großen Mengen der auf den Servern gespeicherten Daten kommen als Adressaten einer „Offenbarung“ i.S.d. § 203 StGB auch nach der engsten vertretenen Auffassung jedenfalls diejenigen Servicemitarbeiter in Betracht, die unmittelbar Zugang zu den vertraulichen Informationen der Geheimnisträger im Rahmen einer Bearbeitung bzw. auch im Rahmen der Durchführung von Wartungs- oder Reparaturarbeiten an den

Servern selbst erhalten. Mit Weitergabe der geschützten Informationen von den Providern an Subunternehmer ist im Regelfall davon auszugehen, dass weder der Berufsgeheimnisträger noch die mitwirkende Person den genauen Belegenheitsort jeder einzelnen Information kennen werden. Die Rechenzentren befinden sich möglicherweise außerhalb der EU, was sich als Risiko für die Datensicherheit herausstellen könnte (s.o.). So müsste z.B. sichergestellt sein, dass die Daten nach Ende des Nutzungszeitraums tatsächlich wieder gelöscht werden.

Den Bedenken gegen die Einschaltung von Subunternehmern wird auch nicht durch die vorgesehene Übertragung der Verschwiegenheitspflicht abgeholfen. Den Interessen der Betroffenen daran, dass die von ihnen gegenüber dem Berufsgeheimnisträger bekannt gegebenen Informationen lediglich einem eng umgrenzen Personenkreis zugänglich sind, entspricht es nicht, wenn der entsprechende Kreis über die Sphäre der in § 203 Abs. 1 und Abs. 2 StPO aufgezählten Personen unüberschaubar weit ausgedehnt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob innerhalb dieses Kreises die Verpflichtung zur Geheimhaltung besteht.

Insgesamt sollte erwogen werden, zur Wahrung der Interessen des Berechtigten an der Geheimhaltung seiner Informationen § 203 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 StGB-E zu streichen. Eine Offenbarung von Geheimnissen an Cloud-Anbieter sollte im Ergebnis nur erfolgen, soweit durch vertragliche Vereinbarung sichergestellt ist, dass die Verwaltung der Daten nicht an Subunternehmer übertragen wird.

c) Zu § 203 Abs. 4 Satz 1 StGB-E

Die Einbeziehung der „mitwirkenden Personen“ in die Strafbarkeit des § 203 StGB ist konsequent, vermag jedoch nicht die vorgebrachten Bedenken gegen eine Ausuferung der straflosen Offenbarung des Geheimnisses an einen unüberschaubaren Personenkreis (s.o.) zu beseitigen.

d) Zu § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB-E

Die Ausgestaltung der Strafnormen als Vorsatztat wird in der Praxis zu Beweisproblemen in der Form führen, dass häufig lediglich eine nicht vom Vorsatz des Täters umfasste Sorgfaltspflichtverletzung nachweisbar sein wird. Überdies entspricht das Merkmal der Verletzung einer Sorgfaltspflicht nach der Systematik des StGB der Konzeption eines Fahrlässigkeitsdeliktes. Systematisch folgerichtig wäre es deshalb, fahrlässiges Verhalten unter Strafe zu stellen. Ob jedoch diese Art der Sorgfaltspflichtverletzung bereits die Schwelle strafrechtlich relevanten Unrechts überschritten hat und deshalb zwingend als Straftatbestand zu vertypen ist, ist eine Frage der Wertung. Bedenkt man, dass es – so der eindeutige Wortlaut im Gesetzesentwurf – um die unterlassene Verpflichtung zur Geheimhaltung geht, so dürfte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Sanktionierung im Bereich einer Ordnungswidrigkeit hinreichend sein. Immerhin wird in anderen Regelungskontexten an eine fehlerhafte oder unterlassene Verpflichtungserklärung de lege lata überhaupt keine Sanktionierung geknüpft, wie dies etwa im Zusammenhang mit der gewillkürten Verpflichtung von Personen mit der Folge, dass diese Amtsträgern gleichgestellt werden (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1c StGB i.V.m. dem Verpflichtungsgesetz v. 2. März 1974 (BGBl. I S. 469, 547), das durch § 1 Nummer 4 des Gesetzes vom 15. August 1974 (BGBl. I S. 1942) geändert worden ist) der Fall ist.

Alternativ kann erwogen werden, das objektive Merkmal der Sorgfaltspflichtverletzung durch das Merkmal des „Unterlassens der Verpflichtung“ zu ersetzen, um so das Verhalten als echte Unterlassungstat zu konturieren.

III. Ergebnis

1. Die Vorschrift des § 203 Abs. 3 Satz 1 StGB-E sollte auf die anlassbezogene Weitergabe von Geheimnissen beschränkt werden.

2. Die in § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB-E kodifizierte Erlaubnis zur Offenbarung von Geheimnissen lässt sich nicht auf ein rechtfertigendes Prinzip gründen. Diese Regelung entmachtet die Betroffenen um die Möglichkeit, den Kreis der wahrnehmungsberechtigen Personen klein, überschaubar und kontrollierbar zu halten.

3. Das Merkmal der „Erforderlichkeit“ genügt nicht, um die Reichweite der Vorschrift zu begrenzen.

4. § 203 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 3 StGB-E sollte gestrichen werden.

5. Für die Tatbestandsalternativen in § 203 Abs. IV Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB-E sollte die Möglichkeit der Ausgestaltung als vorsätzlich oder fahrlässig begangene Ordnungswidrigkeit erwogen werden. Alternativ kann das Verhalten auch als echtes Unterlassen erfasst werden.

DeutscherAnwaltVerein
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

Deutscher Anwaltverein e.V. (DAV) · Littenstraße 11 · 10179 Berlin
DAV-Büro Brüssel: German Bar Association · Rue Joseph II 40, Boîte 7B · 1000 Bruxelles · Belgien
www.anwaltverein.de

Hinweis gemäß §§ 28, 29 BDSG: Personenbezogene Daten werden gespeichert.

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 Spatscheck

Deutscher Anwaltverein e.V. (DAV) · Littenstraße 11 · 10179 Berlin
DAV-Büro Brüssel: German Bar Association · Rue Joseph II 40, Boîte 7B · 1000 Bruxelles · Belgien
www.anwaltverein.de

Hinweis gemäß §§ 28, 29 BDSG: Personenbezogene Daten werden gespeichert.

DeutscherAnwaltVerein

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

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Udo Henke

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

www.anwaltverein.de

Mitglieder des Ausschusses Anwaltsnotariat

- Rechtsanwalt und Notar Günter Schmaler (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 Probleme 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:*
>
> - *Schreibarbeiten,*
> - *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 Berufsgeheimnisträgers.*

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 Berufsgeheimnisträger 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 Berufsgeheimnisträger 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 Sozien 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 Geheimisse „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 Berufsgeheimnisträger 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 fuehren. 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 unstimmig.
- 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 einschränkt. Zudem wird ein solcher Anbieter auch diskriminiert.

****