



Einführung zum
Bericht des Ausschusses 6 an die 5. Satzungsversammlung
Prof. Dr. Thomas Gasteyer
15. April 2013



Übersicht

1. Einführung ohne Aussprache
2. Vertiefende Darstellung der Einzelthemen mit Aussprache
3. Bitte um Arbeitsauftrag der Satzungsversammlung

A. Aufgabenstellung

- Besondere Probleme der Vertraulichkeit bei Einschaltung Dritter
- Datenschutzrecht weitgehend ausgeklammert
- Ziel: Rechtssicherheit

B. Satzungskompetenz

■ § 59 b BRAO lautet auszugsweise:

„(1) Das Nähere zu den beruflichen Rechten und Pflichten wird durch Satzung in einer Berufsordnung bestimmt.

(2) Die Berufsordnung kann im Rahmen der Vorschriften dieses Gesetzes näher regeln:

...

c) Verschwiegenheit“

■ Hierin liegt ein Regelungsauftrag („wird ... bestimmt“), nicht nur eine Regelungskompetenz („kann ... regeln“)

B. Satzungskompetenz

- § 43 a Abs. 2 BRAO und § 203 StGB sind gesetzliche Regelungen zur Verschwiegenheit
- Formelle Gesetze kann die SV weder erweitern noch einschränken.

- Die SV kann sie aber
 - konkretisieren und
 - Ausfüllen
 - („das Nähere“; „unbefugt“)

B. Satzungskompetenz

- Dabei muss und darf sich die SV im anerkannten dogmatischen Rahmen bewegen.
- Sozialadäquates Verhalten ist als Rechtsfigur anerkannt und schließt den Tatbestand einer Verletzungshandlung aus.
- Sozialadäquanz muss anwaltsspezifisch ausgefüllt werden
 - Besondere Pflichtenstellung
 - Hoher Stellenwert der anwaltlichen Verschwiegenheit

C. Einwilligungen

■ Wenn keine Sozialadäquanz vorliegt, kann die Mandantin

- ausdrücklich oder
- konkludent einwilligen

und damit einen Verletzungstatbestand ausschließen.

■ Die mutmaßliche Einwilligung schließt (nur) die Rechtswidrigkeit aus.

C. Ausdrückliche Einwilligung

- Auslegungsprobleme können vermieden werden
 - Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit sollten durch den Rechtsanwalt konkret erläutert werden
- Zustimmung auch in Formularverträgen möglich

C. Konkludente Einwilligung

- Häufigster Fall
- Die Einschaltung Dritter folgt aus für die Mandantin ersichtlichen Umständen
- Für die Auslegung der Einwilligung ist der Empfängerhorizont des Rechtsanwalts relevant

C. Mutmaßliche Einwilligung

■ Mutmaßliche Einwilligung

- Der Rechtsanwalt kann sich auf eine mutmaßliche Einwilligung überhaupt nur berufen, wenn er eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung nicht einholen konnte.

D. Risiko und Schutzmaßnahmen

- Sind besondere Schutzmaßnahmen zu ergreifen?

- Nebenpflicht des Anwaltsvertrags
 - Verletzung einer Schutzpflicht kann zivilrechtlich relevant sein

D. Risiko und Schutzmaßnahmen

- Ausschuss wird Frage der berufsrechtlichen Relevanz noch behandeln.
- Unzureichende oder unterlassene Schutzmaßnahmen führen nicht zum nachträglichen Wegfall der Einwilligung.

E. Änderung der BORA

■ Normative Umsetzung

- Der Ausschuss hält eine Regelung in der BORA für geboten.

■ Bitte um Bestätigung des Arbeitsauftrags



Bericht des Ausschusses 6 an die 5. Satzungsversammlung

Prof. Dr. Thomas Gasteyer

15. April 2013





Übersicht

- A. Aufgabenstellung
 - B. Satzungskompetenz
 - C. Materielles Recht
 - Die Normen
 - Sozialadäquates Verhalten
 - Einwilligungen
 - Mutmaßliche Einwilligung
 - Fälle externer Dienstleister
 - D. Risiko und Schutzmaßnahmen
 - E. Änderung der BORA
 - F. Antrag an die Satzungsversammlung
- Anhang

A. Aufgabenstellung

- Besondere Probleme der Vertraulichkeit bei Einschaltung Dritter
- Datenschutzrecht weitgehend ausgeklammert
- Ziel: Rechtssicherheit durch einen die Rechtsgebiete übergreifenden Ansatz

B. Satzungskompetenz

■ § 59 b BRAO lautet auszugsweise:

„(1) Das Nähere zu den beruflichen Rechten und Pflichten wird durch Satzung in einer Berufsordnung bestimmt.

(2) Die Berufsordnung kann im Rahmen der Vorschriften dieses Gesetzes näher regeln:

...

c) Verschwiegenheit“

■ Hierin liegt ein Regelungsauftrag („wird ... bestimmt“), nicht nur eine Regelungskompetenz („kann ... regeln“)

B. Satzungskompetenz

- § 43 a Abs. 2 BRAO und § 203 StGB sind gesetzliche Regelungen zur Verschwiegenheit
- Formelle Gesetze kann die SV weder erweitern noch einschränken.
- Die SV kann sie aber
 - konkretisieren und
 - ausfüllen
 - („das Nähere“; „unbefugt“)

B. Satzungskompetenz

- Im Rahmen dieser Konkretisierung kann die SV festlegen,
 - welches Verhalten eines RA gegen die Berufsverschwiegenheit verstößt und
 - welches Verhalten keinen Verstoß darstellt,
 - weil es an der Tatbestandsmäßigkeit fehlt oder
 - weil das tatbestandliche Handeln gerechtfertigt ist.
- Die Beachtung einer Ausgestaltung nach §°43a BRAO schließt das Tbm. “unbefugt” bei §°203 StGB aus

B. Satzungskompetenz

- Dabei muss und darf sich die SV im anerkannten dogmatischen Rahmen bewegen.
- Sozialadäquanz ist anerkannter Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgrund
 - vgl. Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes

B. Satzungskompetenz

- Sozialadäquanz muss anwaltsspezifisch ausgefüllt werden
 - Besondere Pflichtenstellung
 - Hoher Stellenwert der anwaltlichen Verschwiegenheit

B. Satzungskompetenz

- Sozialadäquanz hat Bezug zu aktueller (nicht: historischer) Gesellschaft
 - Der Rechtsanwalt kann sich nicht von der Gesamtentwicklung der Gesellschaft abkoppeln.
 - Arbeitsteiligkeit
 - Internationalisierung
 - Technologisierung
- Diese Entwicklungen sind auch bei der Durchsetzung anwaltlicher Grundwerte zu berücksichtigen (BVerfGE 108, 150 ff.).

B. Satzungskompetenz

- Sie außer Acht zu lassen, kann den Rechtsanwalt unangemessen belasten
- und damit die Freiheiten des Berufszugangs und der Berufsausübung unverhältnismäßig beeinträchtigen.
- Technologisierung führt zu oder kann zu erhöhtem Schutz der Mandanten führen, ggf. mit geminderten Kosten.

B. Satzungskompetenz

- BORA enthält zahlreiche Bestimmungen, nach denen aufgrund Festlegung der SV kein Verstoß gegen Pflichten vorliegt:
 - § 3 Abs. 2 Satz 2 BORA
 - § 6 Abs. 1 BORA
 - § 17 BORA
 - § 19 Abs. 2 Satz 1 BORA
 - § 22 BORA

B. Satzungskompetenz

- § 2 Abs. 3 BORA konkretisiert bereits jetzt die Pflicht zur Verschwiegenheit und bezieht sich auf Ausnahmen
 - aus der „Berufsordnung oder andere(r) Rechtsvorschriften“
 - und die Wahrung eigener Interessen.
- Regelung der Einschaltung externer Dritter („non-legal Outsourcing“) in § 2 BORA wäre konsistent mit Struktur der Norm
 - zu regeln, wann ein Verstoß gegen die berufliche Verschwiegenheitspflicht nicht vorliegt.

C. Die Normen

■ Relevante Normen sind

- § 203 StGB Verletzung von Privatgeheimnissen
- § 43a BRAO Grundpflichten des Rechtsanwalts

■ Tatbestände bisher isoliert geregelt, kein übergreifender Ansatz, aber:

- Die Mandanten sind die Herren ihrer Geheimnisse (in § 2 Abs. 3 BORA zu ergänzen)
- Die Einschaltung Dritter wird mindestens rechtstatsächlich in weitem Umfang über den Personenkreis des § 203 StGB hinaus für zulässig gehalten
- und Mandanten erwarten (mit Ausnahmen) nicht, dass die übliche arbeitsteilige Zusammenarbeit von Ihnen besonders gebilligt werden muss,
- weil und soweit das Verhalten **sozialadäquat** ist.

C. Sozialadäquates Verhalten

- „Sozialadäquates Verhalten“ hat als Rechtsfigur die Funktion,
 - Recht von Unrecht abzugrenzen und somit
 - auszuschließen, dass eine sozialadäquate Handlung der Rechtsordnung widerspricht, auch
 - wenn sie Grundlage der Schädigung eines Dritten sein kann.

C. Sozialadäquates Verhalten

■ Verhalten ist sozialadäquat, wenn es

- im Einklang mit Verhaltensnormen steht, die allgemein oder in der relevanten Gruppe anerkannt sind, und der Schaden nicht unmittelbar, sondern durch ein weiteres Ereignis verursacht wird
- das Verhalten deshalb sozial unverdächtig ist, andere es also ohne Eintritt des Schadens nicht beanstandet hätten
- isoliert betrachtet durch einen (erheblichen Teil der) Allgemeinheit gebilligt wird und
- üblich ist, also nicht nur als kurzfristiges Phänomen bezeichnet werden kann, sondern von einiger Dauer ist. Nach anderer Definition entspricht es einem verfestigten Verhaltensmuster.

C. Sozialadäquates Verhalten

- Sozialadäquates Verhalten schließt den Tatbestand einer Verletzungshandlung aus.
- Sozialadäquates Verhalten ist nicht „nur“ ein Rechtfertigungsgrund.
- Die Schaffung einer Gefährdungslage ist kein Argument gegen die Behandlung eines Sachverhalts als sozialadäquat.
 - Beispiel: Festnetztelefonie

C. Sozialadäquates Verhalten

- Wenn Sozialadäquanz vorliegt, entspricht der Sachverhalt den Erwartungen der Mandanten und es besteht kein Anlass zur Bitte um Genehmigung

C. Einwilligungen

- Wenn keine Sozialadäquanz vorliegt, kann die Mandantin
 - ausdrücklich oder
 - konkludent einwilligenund damit einen Verletzungstatbestand ausschließen.

- Die mutmaßliche Einwilligung ist keine Erklärung der Mandantin und schließt (nur) die Rechtswidrigkeit aus.

C. Ausdrückliche Einwilligung

- Auslegungsprobleme können vermieden werden
- Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit sollten durch den Rechtsanwalt konkret erläutert werden
- Zustimmung auch in Formularverträgen möglich

C. Konkludente Einwilligung

- Häufigster Fall
- Die Einschaltung Dritter folgt aus für die Mandantin ersichtlichen Umständen, z.B.
 - der Kanzleiorganisation (mehrere Rechtsanwälte sind tätig oder auf Briefkopf / Kanzleischild aufgeführt),
 - hinreichend deutlicher Erläuterungen des Rechtsanwalts im Zusammenhang mit seiner Beratung, aus denen sich für die Mandantin die arbeitsteilige Bearbeitung ergibt, oder
 - offensichtlicher Einschaltung von auch nicht-rechtsanwaltlichen Hilfspersonen, die in die Bearbeitung des Mandats als Teil der Kanzleiorganisation integriert sind (arbeitsteilige Zusammenarbeit, wie mit Bürovorsteher und Schreibpersonal).

C. Konkludente Einwilligung

- Für die Auslegung der Einwilligung ist der Empfängerhorizont des Rechtsanwalts relevant
 - Der Rechtsanwalt darf aber in die Erklärung bzw. das Verhalten der Mandantin keine Einwilligungserklärung hineinlesen, die diese Mandantin aufgrund eingeschränkter oder mangelnder Kenntnisse des Arbeitsablaufs oder sonstiger Umstände nicht abgeben wollte oder konnte.

C. Mutmaßliche Einwilligung

■ Mutmaßliche Einwilligung

- Der Rechtsanwalt kann sich auf eine mutmaßliche Einwilligung überhaupt nur berufen, wenn er eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung nicht einholen konnte.
- Ex-ante Betrachtung
- Sofortige Dokumentation ratsam.

■ Besonderes Thema: Bürogemeinschaft

- Ausdrückliche Offenlegung erforderlich?

C. Fälle Externer Dienstleister

- Kurierdienste, Taxifahrer, Übersetzer, Büroreinigung, Küchen- oder Kantinenkräfte, Handwerker, Techniker
- Informations- und Kommunikationstechnologie
 - Interne und Fernwartung
- Outsourcing
 - Betriebs- /Finanzwirtschaftliche Dienstleistungen
 - Softwarelösungen / Cloud (vgl Vortrag A. Dietzel)
 - Cloudlösungen (bis auf Private Cloud?) in der Kritik
 - Aber:
 - Auch bei klassischen Kommunikationsmedien physischer Aufenthalt der Daten unbekannt
 - Cloud Initiative der EU

D. Risiko und Schutzmaßnahmen

- Die Einschaltung Dritter hat selten nur die Folge der Verbesserung des anwaltlichen Beratung (Beratung und Ergebnis)
 - sondern kommt häufig absehbar einher mit der Einschränkung des Schutzes der Vertraulichkeit
 - vielleicht sogar als unausweichliche Folge der Einschaltung Dritter bei einer arbeitsteiligen Zusammenarbeit.

D. Risiko und Schutzmaßnahmen

■ Führt die Risikoerhöhung zu besonderen Schutzmaßnahmen?

- Frage des Einzelfalls, ob und welche
 - angemessenen und
 - zumutbaren Maßnahmender Rechtsanwalt ergreift.

■ Nebenpflicht des Anwaltsvertrags

- Verletzung einer Schutzpflicht kann zivilrechtlich relevant sein

D. Risiko und Schutzmaßnahmen

- Ausschuss wird Frage der berufsrechtlichen Relevanz noch behandeln.
- Aus rechtsstaatlichen Gründen ist stets eine ex ante-Betrachtung erforderlich.
- Unzureichende oder unterlassene Schutzmaßnahmen führen nicht zum nachträglichen Wegfall der Einwilligung.

E. Änderung der BORA

■ Normative Umsetzung

- Der Ausschuss hält eine Regelung in der BORA für geboten.
- Formulierungen wurden noch nicht erarbeitet. Die Ergänzung des § 2 BORA könnte etwa lauten:
„Nimmt der Rechtsanwalt Dienstleistungen kanzleiexterner Dritter in Anspruch, liegt kein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht vor, wenn ...“

F. Antrag an die Satzungsversammlung

Der Ausschuss bittet die Satzungsversammlung, wie folgt zu beschließen:

"Die Satzungsversammlung bittet den Ausschuss, auf Grundlage des Berichtsentwurfs des Ausschusses 6 mit Stand vom 26. März 2013 einen konkreten Normenvorschlag mit Begründung zu erarbeiten."

Anhang – Beispiele der Einschaltung Dritter

- Externe Dienstleister (ohne ITK), z.B.
 - Kurierdienste
 - Taxifahrer als Boten (gegebenenfalls auch zur Zustellung von Schriftstücken) oder Personentransport,
 - Externe Übersetzer, die die Übersetzung selbst erbringen
 - Übersetzungsservices, die Übersetzungsaufträge von einem oder mehreren Subunternehmern durchführen lassen und dann ohne deren Offenlegung das Arbeitsergebnis übergeben
 - Büroreinigung,
 - Küchen- oder Kantinenkräfte,
 - Handwerker
 - Sonstige Techniker einschließlich der Spezialisten für Bürotechnik (IT wird weiter unten separat behandelt).

Anhang – Beispiele der Einschaltung Dritter

- ITK-Wartung, inklusive Fernwartung
 - Fehlerbeseitigung setzt Einsicht in Daten nicht voraus
 - Kann aber nicht verhindert werden
 - Mandant geht von Einschaltung Dritter aus
 - Das kann bei rechtlicher Beurteilung nicht irrelevant sein.
- Outsourcing
 - Mandatsbuchhaltung etc.
 - Cloud-Lösungen (vgl. Vortrag Andreas Dietzel vom 13.11.2012)

Anhang – Beispiele der Einschaltung Dritter

- Dienste, bei denen der physische Verbleib der Daten unklar ist
 - Ferngespräche mit automatisch gewähltem Übertragungsweg
 - Mobiltelefonie
 - Videokonferenzen
 - E-Mail Verkehr
 - Internetkommunikation / Skype
- Initiativen der EU-Kommission für europäische Cloud