

Vorlage von Ausschuss 6 an die Satzungsversammlung

Inhaltsverzeichnis

Entstehungsgeschichte der Vorlage	2
Beschlussvorschlag.....	3
A. Allgemeiner Teil	4
I. Neue Fragestellungen	4
II. Aufgabe und Kompetenz der Satzungsversammlung.....	4
III. Insbesondere: Zum Non-Legal-Outsourcing	5
IV. Weitere Schwächen des derzeitigen § 2 BORA	18
B. Besonderer Teil.....	18
I. Zu § 2 Abs. 1 BORA-E (Recht und Pflicht zur Verschwiegenheit).....	18
II. Zu § 2 Abs. 2 BORA-E (Kein Verstoß gegen die Verschwiegenheit allgemein)	19
III. Zu § 2 Abs. 3 BORA-E (Entfallen eines Verstoßes insbesondere in bestimmten Fällen)	19
IV. Zu § 2 Abs. 4 - 6 BORA-E (Verschwiegenheitsschützende Pflichten bei der Einschaltung Dritter)	21
V. Zu § 2 Abs. 7 BORA-E (Schutz personenbezogener Daten).....	22
VI. Zu § 2 BORA-E insgesamt.....	23

Entstehungsgeschichte der Vorlage

Der Ausschuss 6 hat der Satzungsversammlung mit Vorlage vom 8.11.2013 eine Neufassung von § 2 BORA vorgeschlagen (SV-Mat. 39/2013). Diese Vorlage enthält insbesondere eine ausführliche Darstellung der heutigen Gegebenheiten im Bereich Telekommunikation. Die Vorlage wurde in der Sitzung der Satzungsversammlung vom 6./7.12.2013 beraten (SV-Mat. 02/2014). Der Ausschuss 6 hat den Verlauf dieser Beratung erörtert und der Satzungsversammlung mit Vorlage vom 7.4.2014 einen überarbeiteten Vorschlag vorgelegt (SV-Mat. 25/2014). Diese Vorlage wurde in der Sitzung der Satzungsversammlung vom 5.5.2014 beraten (SV-MAT. 33/2014).

Der Ausschuss 6 hat den Verlauf dieser Beratung sowie das Schreiben des Kollegen Scharmer vom 11.9.2014 (SV-Mat. 39/2014) erörtert und unterbreitet der Satzungsversammlung mit dieser Vorlage einen geringfügig geänderten Vorschlag zur Neufassung von § 2 BORA. Vorlagetechnisch geschieht dies in der Weise, dass die Vorlage vom 7.4.2014 (SV-Mat. 25/2014) an den relevanten Stellen fortgeschrieben worden ist.

Beschlussvorschlag

"§ 2 Verschwiegenheit

1. Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet und berechtigt. Dies gilt auch nach Beendigung des Mandats.
2. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 43a Abs. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung) liegt nicht vor, soweit Gesetz und Recht eine Ausnahme fordern oder zulassen.
3. Ein Verstoß ist nicht gegeben, soweit das Verhalten des Rechtsanwalts
 - a) mit Einwilligung erfolgt oder
 - b) zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist, z.B. zur Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis oder zur Verteidigung in eigener Sache, oder
 - c) im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei einschließlich der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter erfolgt und objektiv einer üblichen, von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben entspricht (Sozialadäquanz).
4. Der Rechtsanwalt hat seine Mitarbeiter zur Verschwiegenheit schriftlich zu verpflichten und anzuhalten, auch soweit sie nicht im Mandat, sondern in sonstiger Weise für ihn tätig sind.
5. Abs. 4 gilt auch hinsichtlich sonstiger Personen, deren Dienste der Rechtsanwalt in Anspruch nimmt und
 - a) denen er verschwiegenheitsgeschützte Tatsachen zur Kenntnis gibt oder
 - b) die sich gelegentlich ihrer Leistungserbringung Kenntnis von verschwiegenheitsgeschützten Tatsachen verschaffen können.

Nimmt der Rechtsanwalt die Dienste von Unternehmen in Anspruch, hat er diesen Unternehmen aufzuerlegen, ihre Mitarbeiter zur Verschwiegenheit über die Tatsachen gemäß Satz 1 zu verpflichten. Die Pflichten nach Satz 1 und 2 gelten nicht, soweit die dienstleistenden Personen oder Unternehmen kraft Gesetzes zur Geheimhaltung verpflichtet sind oder sich aus dem Inhalt der Dienstleistung eine solche Pflicht offenkundig ergibt.

6. Der Rechtsanwalt darf Personen und Unternehmen zur Mitarbeit im Mandat oder zu sonstigen Dienstleistungen nicht hinzuziehen, wenn ihm Umstände bekannt sind, aus denen sich konkrete Zweifel an der mit Blick auf die Verschwiegenheitspflicht erforderlichen Zuverlässigkeit ergeben und nach Überprüfung verbleiben.
7. Die Bestimmungen des Datenschutzrechts zum Schutz personenbezogener Daten bleiben unberührt."

B e g r ü n d u n g

A. Allgemeiner Teil

I. Neue Fragestellungen

Seit dem Erlass der BORA mit dem bis heute unveränderten § 2 "Verschwiegenheit" im Jahre 1996 hat es in der anwaltlichen Praxis zahlreiche neue Entwicklungen gegeben (vgl. SV-Mat 39/2013, S. 6 f.). Zu besonders intensiven Diskussionen in der Anwaltschaft hat unter diesen Entwicklungen das sog. Non-Legal-Outsourcing geführt, bei dem kanzleibezogene Hilfstätigkeiten nicht mehr von kanzleieigenem Personal erledigt werden, sondern aus technischen und/oder wirtschaftlichen Gründen von kanzleiexternen selbstständigen Dienstleistern mit entsprechender Spezialisierung. Beispielhaft seien genannt die Erledigung von Schreibarbeiten, die Reinigung der Kanzleiräume, die Aufstellung, Wartung und Reparatur von technischen Geräten insbesondere im Bereich der modernen Informationstechnologie (IT) sowie vor allem der Einsatz der modernen IT- und Kommunikationstechnologie (z.B. Mobiltelefon und E-Mail in von inländischen und ausländischen Anbietern zur Verfügung gestellten Netzen (Festnetz, Funknetz, Internet)).

II. Aufgabe und Kompetenz der Satzungsversammlung

Das BMJ hat wissen lassen, dass es dem Vorschlag des DAV von 2012 ablehnend gegenübersteht, die aufgetretenen Fragen dadurch zu beantworten, dass die kanzleiexternen Dienstleister durch Erweiterung der Strafandrohung und der prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte in den Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit einbezogen werden. Eine Ausdehnung der Strafandrohung auf ausländische Dienstleister wäre zudem wohl auch unionsrechtswidrig.

Die Anwaltschaft hat deshalb nur die Möglichkeit, die aufgetretenen Probleme soweit wie möglich über eine Regelung in der BORA anzugehen, indem die Satzungsversamm-

lung entsprechend ihrem Satzungsauftrag nach § 59b Abs. 1 BRAO "das Nähere" zur anwaltlichen Berufsverschwiegenheit bestimmt (vgl. Hellwig, Non-Legal-Outsourcing und Anwaltsgeheimnis, AnwBl 2012, 590, 592).

Die Satzungsversammlung kann dabei gesetzliche Pflichten – hier die Verschwiegenheitspflicht aus § 43a Abs. 2 BRAO – weder erweitern noch beschränken. Sie kann sie aber in der Formulierung des BVerfG "ausgestalten" (BVerfG vom 03.07.2003, "Sozietaetswechsler", BVerfGE 108, 150 ff.).

Als Ausgestaltung kann die Satzungsversammlung festlegen, welches Verhalten eines Rechtsanwalts gegen die Berufsverschwiegenheit verstößt und welches Verhalten keinen Verstoß darstellt, entweder weil der Tatbestand nicht erfüllt ist oder weil der an sich vorliegende tatbestandliche Verstoß gerechtfertigt ist. Diese ausgestaltende Vorgehensweise findet sich bereits im derzeitigen § 2 BORA, ferner in § 3 Abs. 2 Satz 2 BORA, § 6 Abs. 1 BORA, § 17 BORA, § 19 Abs. 2 Satz 1 BORA sowie § 22 BORA.

Liegt nach Maßgabe einer derartigen Ausgestaltung durch die Satzungsversammlung kein Verstoß gegen die berufliche Verschwiegenheitspflicht vor, dann kommt, weil der Rechtsanwalt nicht "unbefugt" handelt, eine Strafbarkeit nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB tatbestandlich nicht in Betracht.

Bei der Ausgestaltung der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht nach § 43a Abs. 2 BRAO durch die BORA kommen alle bekannten Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe zum Tragen.

III. Insbesondere: Zum Non-Legal-Outsourcing

1. Zur bisherigen Diskussion

a) Vielfach unzutreffende rechtliche Ausgangsvorstellung

Die rechtliche Diskussion über das Non-Legal-Outsourcing ist vielfach davon ausgegangen, dass unter Verschwiegenheitspflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts nach dem Gesetz auch alle Kanzleimitarbeiter fallen, unabhängig davon, worin ihre Tätigkeit besteht, während externe Hilfspersonen nicht darunter fallen, mit der Folge, dass deshalb das Non-Legal-Outsourcing rechtlich problematisch, wenn nicht gar unzulässig ist. Dieses Verständnis von Ausgestaltung und Reichweite des gesetzlichen anwaltlichen Verschwiegenheitsschutzes ist nicht zutreffend. In Wirklichkeit macht das Gesetz den anwaltlichen Verschwiegenheitsschutz nicht davon abhängig, wo die Hilfspersonen beschäftigt sind, sondern davon, ob ihre Tätigkeit in einem inneren Zusammenhang steht mit der spezifischen Berufstätigkeit des Rechtsanwalts, d.h. mit der Mandatsbearbeitung;

nur solche Personen, die in die Mandatsbearbeitung eingeschaltet sind, fallen als sog. berufsmäßige Anwaltsgehilfen unter die Verschwiegenheitsregelungen, alle anderen Hilfspersonen fallen nicht darunter (Lenckner/Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2010, Rn 64 zu § 203 StGB; Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, Rn 2 zu § 53a StPO; in Henssler/Prütting, BRAO, 4. Aufl. 2014, Rn 81 zu § 43a BRAO; alle m.w.N.). Für die Einbeziehung in den anwaltlichen Verschwiegenheitsschutz kommt es also auf den Inhalt der Hilfsdienstleistung an und nicht darauf, ob es sich um einen kanzleiinternen oder -externen Dienstleister handelt. Die vielfach anzutreffende Ansicht, Non-Legal-Outsourcing sei schon deshalb unzulässig, weil es sich um kanzleiexterne Hilfsdienstleister handele, ist somit nicht zutreffend. Kanzleiexterne Hilfsdienstleister, deren Tätigkeit in einem inneren Zusammenhang mit der spezifischen Berufstätigkeit des Rechtsanwalts steht, fallen schon heute als berufsmäßige Anwaltsgehilfen unter den anwaltlichen Verschwiegenheitsschutz. Einer Gesetzesänderung bedarf es insoweit nicht.

Soweit man im Zuge der Diskussion sich bewusst wurde, dass kanzleiexterne Dienstleister im Bereich des Non-Legal-Outsourcing bei entsprechender innerer Beziehung ihrer Tätigkeit zur anwaltlichen Mandatsbearbeitung sehr wohl bereits jetzt unter den anwaltlichen Verschwiegenheitsschutz fallen, blieb man vielfach bei der Auffassung, dass bei allen anderen externen Hilfsdienstleistungen das Non-Legal-Outsourcing unzulässig, mindestens aber problematisch sei. Andererseits hält es niemand per se für unzulässig oder auch nur problematisch, wenn ein Rechtsanwalt Hilfspersonen als Kanzleimitarbeiter für Dienstleistungen beschäftigt, die mit der eigentlichen Mandatsbearbeitung nichts zu tun haben, etwa eine Reinigungskraft, Empfangsdame oder Telefonistin, oder einen Techniker oder Boten. Obwohl diese Hilfstätigkeiten nicht unter den anwaltlichen Verschwiegenheitsschutz fallen, verlangt niemand, dass der Rechtsanwalt deshalb diese Tätigkeiten selbst ausführen müsse und sie nicht durch Kanzleimitarbeiter ausführen lassen dürfe, um seine Verschwiegenheitspflicht nicht zu verletzen. Wenn aber nach allgemeiner Ansicht ein Rechtsanwalt Kanzleimitarbeiter für Hilfsdienstleistungen (unterhalb der berufsmäßigen Anwaltsgehilfenschaft, also) außerhalb der eigentlichen Mandatsbearbeitung, einsetzen darf, liegt eigentlich der Schluss, dass solche Hilfsdienstleistungen auch durch externe Dienstleister erbracht werden dürfen, näher als der umgekehrte Schluss, dass die Einschaltung externer Dienstleister für solche Dienste unzulässig ist.

Dafür spricht vor allem, dass die Einbeziehung der berufsmäßigen Anwaltsgehilfen, die mit ihrer Tätigkeit in einem inneren Zusammenhang mit der Mandatsbearbeitung stehen, sub specie Verschwiegenheitsschutz viel kritischer ist als die Inanspruchnahme sonstiger Leistungen, denn bei der Einbeziehung in die Mandatsbearbeitung werden Tatsachen, die der Verschwiegenheit unterliegen, dem berufsmäßigen Anwaltsgehilfen mitgeteilt, wäh-

rend bei der Einschaltung sonstiger Hilfspersonen nur das Risiko besteht, dass sich diese pflichtwidrig Kenntnis von verschwiegenheitsgeschützten Tatsachen verschaffen.

Dafür spricht ferner, dass das Gesetz die Zulässigkeit der Einbeziehung in die Mandatsbearbeitung, die sub specie Verschwiegenheitsschutz viel kritischer ist, nicht davon abhängig macht, ob es sich um einen kanzleiinternen oder –externen Dienstleister handelt. Daraus ergibt sich a maiore ad minus der Schluss, dass es auch bei der verschwiegenheitsmäßig weniger kritischen Hinzuziehung sonstiger Hilfspersonen nicht darauf ankommt, ob es sich dabei um kanzleiinterne oder -externe Personen handelt.

b) Fehlende Berücksichtigung der Gegebenheiten bei anderen Berufen mit Berufsverschwiegenheitspflicht

Überhaupt nicht berücksichtigt wurde in der bisherigen Diskussion, wie das Thema Non-Legal-Outsourcing sich bei anderen Berufen mit vergleichbarem Verschwiegenheitsschutz darstellt, etwa bei Richtern und Staatsanwälten (wie Rechtsanwälte Organe der Rechtspflege) oder bei Mitarbeitern der Verwaltung, insbesondere der Finanzverwaltung, für die alle ein dem anwaltlichen Verschwiegenheitsschutz vergleichbarer Schutz der beruflichen Verschwiegenheit gilt (vgl. § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 54 StPO sowie § 376 ZPO). Staatsanwälte (gelegentlich auch Richter) und Finanzbeamte lassen fremdsprachige Dokumente in den Akten durch externe Übersetzungsdienste ins Deutsche übersetzen – eine Tätigkeit mit innerem Bezug zu ihrer Amtstätigkeit. Justiz- und Verwaltungsbehörden einschließlich der Finanzverwaltung lassen die Diensträume von externen Reinigungsunternehmen reinigen, ihre IT-Hardware und –Software von externen Unternehmen aufstellen, entwickeln und warten sowie bei Störungen reparieren. Auch Richter, Staatsanwälte und Finanzbeamte gebrauchen die modernen Telekommunikationsmittel. Bei den anderen Organen der Rechtspflege und sonstigen Berufsheimnisträgern wird darin kein grundsätzliches Problem in dem Sinne gesehen, dass ein solcher "Einkauf" von Dienst- und Werkleistungen von vorneherein unzulässig oder auch nur problematisch sei. Warum sollte das beim Rechtsanwalt als weiterem Organ der Rechtspflege grundsätzlich anders sein? Und wie wäre es zu begründen, dass der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege insoweit strengeren Anforderungen zu unterwerfen ist als ein Richter oder Staatsanwalt? Der Umstand, dass ein Richter, Staatsanwalt und (Finanz-) Beamter nur für die Bearbeitung seiner Fälle zuständig ist und dass für die Organisation aller Hilfstätigkeiten (Raumreinigung, Informationstechnologie etc.) die Justiz - oder Verwaltungsbehörde zuständig ist, ist kein hinreichender Grund dafür, dass dem Rechtsanwalt, bei dem als freiem Beruf alles in einer Hand liegt, verboten ist, was den Justiz - und Verwaltungsbehörden sub specie Verschwiegenheitsschutz erlaubt ist. Entscheidend ist die funktional-teleologische Sicht auf den Verschwiegenheitsschutz und nicht die

organisatorische Funktionsaufteilung zwischen eigentlicher Fallbearbeitung einerseits und Betriebsorganisation andererseits.

c) Zusammenfassende Anmerkung

Vor dem vorgenannten Hintergrund – unzutreffendes rechtliches Ausgangsverständnis von Ausgestaltung und Reichweite des anwaltlichen Verschwiegenheitsschutzes einerseits und mangelnde Berücksichtigung der Gegebenheiten bei Gerichten, Staatsanwaltschaften, Finanzbehörden und anderen Verwaltungsbehörden andererseits – ist die Frage nicht eigentlich, ob ein Rechtsanwalt Non-Legal-Outsourcing betreiben darf. Vielmehr muss die Frage eigentlich lauten, weshalb dem Rechtsanwalt das Non-Legal-Outsourcing nicht gestattet sein soll, wenn er die entsprechenden Dienstleistungen durch eigene Kanzleimitarbeiter erbringen lassen darf, und zwar auch dann, wenn diese aufgrund ihrer Tätigkeit nicht als berufsmäßige Anwaltsgehilfen in den Schutzbereich der anwaltlichen Verschwiegenheit fallen, und wenn obendrein ein solches Non-Legal-Outsourcing in der Justiz und Verwaltung stattfindet, ohne dass darin ein Problem gesehen wird.

2. Rechtliche Begründung der Zulässigkeit

a) Wahrnehmung berechtigter Interessen

Die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz bisher zu Recht von niemand bemüht worden, um das Non-Legal-Outsourcing zu rechtfertigen. Soweit die Einbeziehung in die Mandatsarbeit in Frage steht, ist die sachgerechte Mandatsbearbeitung im Interesse des Mandanten angesprochen und geht es nicht um die Wahrnehmung eigener Interessen des Rechtsanwalts. Bei der Inanspruchnahme sonstiger Leistungen außerhalb der Mandatsbearbeitung geht es um die Ausgestaltung von sonstigen mandatsbezüglichen oder kanzleibezüglichen organisatorischen Abläufen und Maßnahmen. Hier werden der Verschwiegenheit unterliegende Tatsachen der betreffenden Person nicht mitgeteilt. Diese erhält nur die Möglichkeit, sich pflichtwidrig Kenntnis von verschwiegenheitsgeschützten Tatsachen zu verschaffen. Insofern handelt es sich nicht um eine Offenlegung, sondern nur um eine Gefährdung der verschwiegenheitsgeschützten Tatsachen. Gefährdungshandlungen aber werden vom Institut der Wahrnehmung berechtigter Interessen a priori nicht erfasst.

Auch bei sonstigen verschwiegenheitsverpflichteten Amtsträgern wird, was die Inanspruchnahme von Leistungen Dritter angeht, nicht auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen zurückgegriffen.

b) Einwilligung

Bei der Einbeziehung in die Mandatsbearbeitung liegt es nahe, auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Einwilligung zurückzugreifen. Die Einwilligung des Mandanten beseitigt die Pflicht zur Verschwiegenheit. Ob der Mandant der ausschließliche Herr des Geheimnisses ist, ist streitig. Teilweise wird mit guten Gründen vertreten, dass unabhängig vom Mandanten der Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege bezüglich des Geheimnisses eine eigene Rechtsposition hat, insofern, als ihm auch dann, wenn der Mandant ihn entbunden hat, ein eigenes Recht zur Verschwiegenheit zusteht, über dessen Ausübung er nach pflichtgemäßem Ermessen als Organ der Rechtspflege entscheidet. Für die hier in Rede stehende Fragestellung kommt es auf diesen Meinungsstreit jedoch nicht an, denn hier geht es um die Pflicht zur Verschwiegenheit, die durch die Entbindung des Mandanten entfällt, und nicht um die Frage eines daneben bestehenden eigenen Rechts des Rechtsanwalts zur Verschwiegenheit.

Festzustellen ist ferner, dass die Einwilligung bei der Einbeziehung Dritter in die amtsmäßige Fallbearbeitung bei den anderen Organen der Rechtspflege und bei Beamten und insbesondere Finanzbeamten nicht argumentiert wird und auch nicht argumentiert werden kann, weil es bei diesen einen Mandanten wie bei einem Rechtsanwalt nicht gibt. Wenn dort das Outsourcing ohne Einwilligung der Beteiligten aus der Sache heraus für zulässig erachtet wird, kann kaum etwas anderes gelten, wenn ein Rechtsanwalt Dritte als berufsmäßige Gehilfen in seine Fallbearbeitung einbezieht.

Dasselbe gilt, soweit es sich nicht um die Einbeziehung in die spezifische anwaltliche Tätigkeit der Mandatsbearbeitung handelt, sondern um die Inanspruchnahme sonstiger Leistungen (Kanzleireinigung, Inanspruchnahme moderner Kommunikation- und IT-Leistungen etc.), bei denen verschwiegenheitsgeschützte Tatsachen nicht mitgeteilt, sondern nur dem Risiko des rechtswidrigen Zugriffs durch die hinzugezogene Person ausgesetzt werden.

Wollte man in einem solchen Fall die Zulässigkeit von der Einwilligung des Mandanten abhängig machen, so wäre die Konsequenz, dass jeder einzelne Mandant darüber entscheiden kann, ob der Rechtsanwalt auf solche Dienst- und Werkleistungen zurückgreifen darf, obwohl diese mit der Bearbeitung des Falles des einzelnen Mandanten nichts zu tun haben. Ein einziger Mandant, der seine Einwilligung verweigert, könnte damit die aus der Sicht des Rechtsanwalts (und der übrigen Mandanten) optimale Gestaltung der Abläufe in einer Anwaltskanzlei verhindern. Dieses Ergebnis wäre kaum vereinbar mit der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts, der über die organisatorische Ausgestaltung seiner Tätigkeit und seines Kanzleibetriebs selbst zu entscheiden hat, soweit der Mandant bei Mandatserteilung nicht konkrete Vorgaben gemacht hat, etwa dahin, von welchem Sozios oder Mitarbeiter der Kanzlei das Mandat zu bearbeiten ist.

Anzumerken ist, dass die vorgenannte Einwilligungabhängigkeit vom Mandanten Kanzleien jeglicher Größe und jeglicher Ausrichtung treffen würde, wie folgende Beispiele zeigen. Im Gegensatz zu einigen Großkanzleien, die für häufig anfallende Übersetzungsarbeiten eigene Übersetzungskräfte beschäftigen können, ist ein Einzelanwalt, bei dem nur gelegentlich Übersetzungsbedarf anfällt, auf externe Übersetzungsdienste angewiesen. Ferner: Einzelanwälte wie Großkanzleien lassen die Akten nach Ende der Aufbewahrungsfrist von einem zertifizierten Aktenvernichter vernichten, wie es dem Vernehmen nach auch Justiz- und andere Behörden tun.

Im Anwendungsbereich der Einwilligung läge es deshalb sowohl bei der Einbeziehung in die Mandatsbearbeitung als auch bei Inanspruchnahme sonstiger Leistungen nahe, nicht auf die ausdrückliche oder konkludente Einwilligung abzuheben, sondern auf die mutmaßliche Einwilligung, wobei man dem Begriff der Mutmaßlichkeit einen objektiv zu bestimmenden Begriffsinhalt gibt. Zwar ist der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung gewohnheitsrechtlich anerkannt, er steht aber nur zur Verfügung, wenn eine Entscheidung des Einwilligungsberechtigten nicht eingeholt oder abgewartet werden kann (BVerfG NJW 2002, 2164, 2165; BGH St 16, 309, 312; 35, 246, 249; 40, 257, 263; 45, 219, 221). Der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung kommt deshalb bei den hier erörterten Fragen der Mandatsbearbeitung und der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter nicht in Betracht.

Die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes hat deshalb in ihrem Gutachten "Auslagerung von Dienstleistungen durch Berufsgeheimnisträger und Datenaustausch zwischen Behörden", erstellt im Auftrag des BMJ im Jahre 2006, zu Recht einstimmig festgestellt, dass die (ausdrückliche, konkludente, mutmaßliche) Einwilligung des Geheimnisinhabers nicht ausreicht, um das Problem von IT-Outsourcing durch Berufsgeheimnisträger, also auch Rechtsanwälte, zu lösen (S. 80).

c) Sozialadäquanz

1. Allgemein

Die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes hat in dem erwähnten Gutachten für das BMJ vorgeschlagen, die Auslagerung von Dienstleistungen durch Berufsgeheimnisträger nach dem Maßstab der Sozialadäquanz zu beurteilen (S. 82 ff.).

Die Lehre von der Sozialadäquanz ist im Strafrecht entwickelt worden. Von dort hat sie Eingang gefunden in andere Rechtsgebiete, insbesondere das Recht der unerlaubten Handlung sowie das allgemeine Verwaltungsrecht. Es handelt sich insoweit um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der wegen der inneren Beziehung zwischen Strafrecht und

Disziplinarrecht auch im anwaltlichen Berufsrecht Geltung hat. Insofern gilt nichts anderes als bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen, die gesetzlich nur in § 193 StGB geregelt ist, nach allgemeiner Ansicht aber auch im disziplinarisch bewehrten anwaltlichen Berufsrecht gilt.

Zum Institut der Sozialadäquanz gibt es über einen Zeitraum von mehreren Jahrzehnten zahlreiche Ausführungen von Gerichten und wissenschaftlichen Autoren. Die jüngste systematische Übersicht stammt von Prof. Dr. Thomas Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Sozialadäquanz, JuS 2011, 311 ff. (Kopie bei SV-Mat. 25/2014). Nach Rönnau fallen Handlungen, die zwar vom Wortlaut einer Strafnorm erfasst sind, sich aber "völlig im Rahmen der normalen, geschichtlich gewordenen (sozialethischen) Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen", nach der Lehre von der Sozialadäquanz aus dem Bereich des Unrechts heraus. Es handelt sich um den Versuch, das (Straf-) rechtssystem mit der gesellschaftlichen Realität in Einklang zu bringen. Als Beispiel sozial unauffälligen Verhaltens nennt Rönnau die Hingabe üblicher kleiner Neujahrgeschenke an den (beamten) Postboten und dass beim ordnungsgemäßen Betrieb von Eisenbahnen, Bergwerken, Fabriken usw. Menschen verletzt werden oder ihr Leben verlieren. Rönnau sagt ausdrücklich, dass es für das Strafrecht großen Konsens darüber gibt, dass sozialadäquate Handlungen nicht (straf-)rechtswidrig sind, so sehr auch über die strafrechtsdogmatische Begründung dieses Ergebnisses, die Verankerung im Straftatsystem und die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Lehre von der Sozialadäquanz im Schrifttum gestritten wird.

Mit der Verankerung im Straftatsystem meint Rönnau die Frage, ob die Sozialadäquanz zur Auslegung von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen herangezogen wird, insbesondere bei unbestimmten Begriffen wie "empfindliches Übel" oder "unbefugt" in § 240 bzw. § 203 StGB, oder ob die Sozialadäquanz unabhängig von einzelnen subsumtionsfähigen Tatbestandsmerkmalen die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens insgesamt entfallen lässt oder ob sie zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit des Verhaltens führt.

Im weiteren Verlauf seines Aufsatzes bezeichnet Rönnau (S. 311 unten/312) mit sozialadäquatem Handeln "ein den Wertvorstellungen und Maßstäben der menschlichen Gesellschaft bzw. Gemeinschaft entsprechendes Verhalten". Dabei genügt für die Bejahung der Sozialadäquanz nicht schon die bloße Üblichkeit (faktische Komponente), sondern ist auch immer deren rechtliche Billigung zu überprüfen. Letzteres bedarf, so Rönnau, nicht selten einer sorgfältigen Abwägung über die soziale Tragbarkeit der Verhaltensfolgen. Als Beispiel nennt Rönnau (S. 312), dass trotz ordnungsgemäßer Herstellung und Verwendung von Fahrzeugen Menschen im Straßenverkehr ihr Leben verlieren oder verletzt werden, dass dies aber der Preis für die gesellschaftlich gewollte Mobilität ist.

Dieser Abwägungsgedanke lässt sich auf das Outsourcen übertragen. Dieses entspricht der gesellschaftlich gewollten Spezialisierung und Kostenreduzierung im Rahmen einer arbeitsteiligen Wirtschaftsordnung und deren zunehmender Internationalisierung, auf der anderen Seite stehen die damit verbundenen Risiken. Besonders deutlich wird dies im Bereich der Telekommunikation – bereits das anfängliche handvermittelte Telefongespräch konnte vom "Fräulein vom Amt" abgehört werden. Mit der ständigen technischen Weiterentwicklung wurden die Kommunikationsmöglichkeiten vergrößert, aber auch neue Risiken geschaffen. Wenn das handvermittelte Telefonat mit dem "Fräulein vom Amt" in der Leitung von Anfang an für verschwiegenheitsmäßig unbedenklich erachtet wurde, warum sollte dann das Ergebnis heute ein anderes sein, wenn ein Rechtsanwalt ebenso wie die übrige Gesellschaft bzw. Gemeinschaft sich der Telekommunikationsmöglichkeiten von heute bedient?

Die vorgenannten Beispiele – das kleine Neujahrsgeschenk an den beamteten Postboten, das keine Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB darstellt, einerseits und die Zulässigkeit der Teilnahme am Straßenverkehr, obwohl damit auch bei völlig ordnungsgemäßem Verhalten das Risiko der Tötung und Verletzung anderer Menschen verbunden ist, andererseits – zeigen, dass es um zwei Fallgruppen geht.

Laut Rönna (S. 313) ist in der ersten Fallgruppe das Neujahrsgeschenk für den Postboten deshalb tatbestandslos, weil es angesichts der Üblichkeit und gesellschaftlichen Akzeptanz nicht geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit der Amtsführung (Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB) zu erschüttern. Eine vergleichbare Überlegung liegt nahe, wenn der Rechtsanwalt (oder ein sonstiger Berufsgeheimnisträger) im Zuge der erforderlichen sachgerechten Mandatsbearbeitung fremdsprachliche Unterlagen (intern oder) extern übersetzen lässt. Ein solches mandatsdienliches Verhalten ist nicht geeignet, das Vertrauen der Allgemeinheit in die anwaltliche Verschwiegenheit zu erschüttern.

Bei der zweiten Fallgruppe (erlaubtes Risiko) wird das geschützte Rechtsgut nicht verletzt, sondern nur gefährdet. Ein Verhalten im Bereich des erlaubten Risikos ist, solange die strafrechtliche bzw. berufsrechtliche Norm als Verletzungs- und nicht als Gefährdungsnorm ausgestaltet ist, rechtlich irrelevant und bleibt es, auch wenn das erlaubte Risiko tatsächlich eintreten sollte.

Diese Unterschiede zwischen den beiden Fallgruppen haben Stimmen in der jüngeren Literatur veranlasst, den Bereich der erlaubten Gefahren aus dem Institut der Sozialadäquanz auszuklammern und als eigenständigen Tatbestandsausschluss anzusehen und nur die erste Fallgruppe dem Institut der Sozialadäquanz zuzuordnen (Rönna S. 312). Was

die Voraussetzungen angeht, besteht jedoch kein Unterschied, denn ob ein erlaubtes Risiko vorliegt oder nicht, beantwortet sich ebenfalls nach dem Test der Sozialadäquanz.

2. Auswertung der bisherigen Diskussionen in der Satzungsversammlung

a) Der Ausschuss hat den Verlauf der Diskussion in der Sitzung der Satzungsversammlung vom 6./7.12.2013 (SV-Mat. 02/2014) ausführlich analysiert. Diese Analyse beschränkt sich bewusst auf den Inhalt der Argumente, ohne sie quantitativ zu gewichten. Teilweise wurde vertreten, die vom Ausschuss vorgeschlagene Anknüpfung an die Sozialadäquanz sei alternativlos. Andere Stimmen lehnten den Rückgriff auf das Institut der Sozialadäquanz völlig ab. Wieder andere Stimmen wünschten eine Definition der Sozialadäquanz oder deren Konkretisierung durch die Rückkoppelung in die Organisation der Kanzlei und ihrer Arbeitsabläufe.

Den Gedanken, die Zulässigkeit des Non-Legal-Outsourcing davon abhängig zu machen, dass die Organisation der Kanzlei und ihrer Arbeitsabläufe sozialadäquat sind, hat der Ausschuss nicht übernommen. Das Institut der Sozialadäquanz befasst sich mit dem Verhalten von Personen und nicht mit organisatorischen Strukturen und Arbeitsabläufen, wie sie beispielsweise Gegenstand der Diskussion um Risikofrüherkennungssysteme und Compliance im Gesellschaftsrecht sind. Ob die Organisation einer Kanzlei und ihrer Abläufe sozialadäquat sind, kann von der Gesellschaft insgesamt nicht beurteilt werden, weil sie mit diesem Thema nicht hinreichend vertraut ist. Die Antwort kann nur gegeben werden von hinreichend kundigen Personen. Die Antwort wird unterschiedlich ausfallen, je nachdem ob es sich um eine Groß- oder Kleinkanzlei handelt, um eine spezialisierte Kanzlei, etc. Aus ähnlichem Grunde ist es auch nicht möglich, an eine typische Organisation einer Kanzlei und ihrer Abläufe anzuknüpfen – die gibt es nicht.

Zudem bestünde bei einer Anknüpfung an die typische oder adäquate Organisation einer Kanzlei und ihrer Arbeitsabläufe die Gefahr, dass die Satzungsversammlung damit ihre Kompetenz überschreiten würde, weil darin keine nähere Ausgestaltung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unter Rückgriff auf allgemein anerkannte Rechtsinstitute liegen würde, sondern eine anwaltspezifische Zulässigkeitsregelung, für die es in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur keine Grundlage gibt. Ein Handelsbrauch kann zur näheren Konkretisierung der Rechte und Pflichten unter Kaufleuten herangezogen werden. Ein Anwaltsbrauch bei der Ausgestaltung der Organisation einer Kanzlei und ihrer Abläufe kann aber nicht die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts innerhalb der Rechtspflege und gegenüber der Allgemeinheit einschränken.

Der vom Ausschuss unter dem 7.4.2014 der Satzungsversammlung vorgelegte überarbeitete Vorschlag (SV-Mat. 25/2014) trägt der Diskussion in der Sitzung der Satzungsversammlung vom 6./7.12.2013 jedoch wie folgt Rechnung.

- Der neue Vorschlag des Ausschusses gibt eine Definition der Sozialadäquanz. Diese Definition lehnt sich an an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGH St 23, 226, 228). Ein Verhalten ist nach dem Vorschlag des Ausschusses sozialadäquat, wenn es "objektiv einer üblichen von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben entspricht".
- In anderen Urteilen im Strafrecht und in anderen Rechtsgebieten sowie in der Literatur finden sich mehr oder minder abweichende Definitionen. Eine allseits anerkannte und gebräuchliche Definition gibt es nicht. Deshalb hat der Ausschuss seiner vorgenannten Definition den Klammerzusatz ("Sozialadäquanz") gegeben, um deutlich zu machen, dass damit an das Institut der Sozialadäquanz angeknüpft wird. Da das Institut der Sozialadäquanz als allgemeiner Rechtsgrundsatz Gesetzeskraft hat, kann seine Reichweite von der Satzungsversammlung ohnehin nicht erweitert oder eingeschränkt werden.
- Eingangsvoraussetzung für die Prüfung der Sozialadäquanz ist nach dem Vorschlag des Ausschusses, dass das Verhalten des Rechtsanwalts als erstes und wertungsfreies Erfordernis "im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei einschließlich der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter erfolgt". Damit wird entsprechend der Zielrichtung der gesamten Diskussion über das Non-Legal-Outsourcing deutlich gemacht, dass es nicht um irgendein beliebiges berufliches Verhalten des Rechtsanwalts geht, sondern um ein Verhalten innerhalb der Arbeitsabläufe seiner Kanzlei. Es wird dabei ausdrücklich gesagt, dass dazu auch die Inanspruchnahme von Leistungen Dritter gehört. Nur dann, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, greift die vom Ausschuss vorgeschlagene Änderung von § 2 BORA und kommt es darauf an, ob das Verhalten des Rechtsanwalts sozialadäquat ist oder nicht.

Insoweit hat der Ausschuss die in der Satzungsversammlung geäußerten Bedenken und Anregungen weitestgehend aufgegriffen.

Dabei ist anzumerken, dass die vom Ausschuss vorgeschlagene Formulierung "im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei einschließlich der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter erfolgt" sowohl die Mitarbeit im Mandat als auch sonstige Leistungen erfasst, unabhängig davon, ob es sich in beiden Fällen um kanzleiinterne oder -externe Dienstleister handelt. Der Kanzleibezug ist in allen diesen Alternativen gegeben. Die Antwort

auf die sich anschließende Frage der Sozialadäquanz kann hingegen je nach Art der von dem Dritten erbrachten Leistungen unterschiedlich ausfallen.

Die weitere Anregung, katalogmäßig festzustellen, bei welchen Arten von Dienstleistungen die Inanspruchnahme Dritter zulässig ist, hat der Ausschuss nicht aufgegriffen. Ein solcher Katalog könnte ohnehin nicht abschließend sein und die Anknüpfung an die Sozialadäquanz erübrigen, weil es ausgeschlossen erscheint, die für alle unterschiedlichen Arten von Kanzleien in Betracht kommenden Dienstleistungen zu erfassen, ganz abgesehen davon, dass ein solcher Katalog statisch wäre und an neue Entwicklungen jeweils angepasst werden müsste. Der Ausschuss verkennt nicht, dass auch ein "insbesondere – Katalog" seinen Nutzen haben kann, weil er regelt, dass die Inanspruchnahme der nachgenannten Dienstleistungen sozialadäquat ist. Eine solche "Legaldefinition" wäre nach Auffassung des Ausschusses jedoch problematisch. Es gibt keine Rechtsprechung oder Literatur, die als hinreichend anerkannte Grundlage für einen solchen Katalog dienen könnte. Weil die BORA als Satzungsrecht unter dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Sozialadäquanz steht, kann die Satzungsversammlung nicht rechtsverbindlich festlegen, dass ein bestimmtes Verhalten sozialadäquat ist oder nicht. Insoweit ließe sich sogar das Risiko nicht ausschließen, dass ein solcher Katalog vom BMJ beanstandet würde. Deshalb und weil der Katalog im konkreten Fall die Prüfung durch das Gericht nicht erübrigen würde, ob das in Rede stehende Katalogverhalten tatsächlich sozialadäquat ist, und weil schließlich auf die Anknüpfung an die Sozialadäquanz als allgemeiner Obersatz nicht verzichtet werden kann, hat der Ausschuss von der Formulierung eines Beispielskataloges abgesehen.

Der Ausschuss ist sich bewusst, dass trotz der gegebenen Definition der Begriff der Sozialadäquanz ein unbestimmter Rechtsbegriff bleibt, unter den das einzelne Verhalten des jeweiligen Rechtsanwalts im konkreten Fall subsumiert werden muss. Es gehört aber zum beruflichen Handwerk eines Rechtsanwalts, bei der Bearbeitung von Mandaten unbestimmte Rechtsbegriffe zutreffend auszufüllen. Im Bereich des eigenen Berufsrechts kann nichts anderes gelten. Das gilt insbesondere auch im Bereich der anwaltlichen Verschwiegenheit. Die Strafvorschrift des § 203 StGB stellt unter Strafe, wer "unbefugt" ein Geheimnis offenbart, das ihm als Rechtsanwalt etc. anvertraut oder sonst bekannt geworden ist. Das Tatbestandsmerkmal "unbefugt" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Dieser wird durch die Verknüpfung mit der Sozialadäquanz zwar nicht umfassend, aber doch in einem Teilaspekt konkretisiert. Insofern führt der Vorschlag des Ausschusses zwar nicht zu einer vollständigen Lösung des Problems, aber immerhin zu einer Lösungserleichterung.

In der Sitzung der Satzungsversammlung vom 6./7.12.2013 ist schließlich gefragt worden, ob es überhaupt erforderlich sei, das Institut der Sozialadäquanz in § 2 BORA aus-

drücklich anzusprechen, denn dieses Rechtsinstitut habe als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch ohne Erwähnung in der BORA normative Geltungskraft. Die Antwort lautet, dass die ausdrückliche Erwähnung der Sozialadäquanz rechtlich an sich nicht erforderlich ist. Sie ist aber zweckmäßig und hilfreich mit Blick auf alle Beteiligten (Rechtsanwälte, Rechtsanwaltskammern, Anwaltsgerichte und Strafgerichte). Der Verlauf der Diskussion über das Non-Legal-Outsourcing hat gezeigt, wie wenig das Institut der Sozialadäquanz zumindest im berufsrechtlichen Verständnis der Anwaltschaft präsent ist, und es ist zu befürchten, dass dies bei den anderen Beteiligten kaum anders ist. Diesem fehlenden Bewusstsein wird durch die vom Ausschuss vorgeschlagene Aufnahme der Sozialadäquanz in § 2 BORA abgeholfen.

Insgesamt: So unvollkommen die vorgeschlagene Regelung dem einen oder anderen erscheinen mag, sie ist aus der Sicht des Ausschusses um vieles besser als der derzeitige Regelungszustand.

b) Die Vorlage von Ausschuss 6 vom 7.4.2014 mit dem überarbeiteten Vorschlag zur Neufassung des § 2 BORA (SV-Mat. 25/2014) wurde in der Sitzung der Satzungsversammlung vom 5.5.2014 beraten (SV-Mat. 33/2014). Der Ausschuss 6 hat den Verlauf dieser Beratung sowie das Schreiben des Kollegen Scharmer vom 11.9.2014 (SV-Mat. 39/2014) wie folgt erörtert.

Der Ausschuss hat die Anregung des Kollegen Dr. Engelke aufgegriffen, den Verweis auf § 43 a Abs. 2 BRAO in dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 1 BORA zu streichen. Der Verweis erfolgt jetzt im Zusammenhang mit der in Abs. 2 angesprochenen Verschwiegenheitspflicht, deren gesetzliche Regelung sich in § 43 a Abs. 2 BRAO befindet. Damit wird auch dem Vorschlag des Kollegen Dr. Greve Rechnung getragen. Dem Ausschuss ist wichtig, dass ein Verweis erfolgt, damit bei allen Kolleginnen und Kollegen die Rückkoppelung von § 2 BORA in die zugrundeliegende Gesetzesvorschrift gesichert ist.

Der Kollege Plötz hat angeregt, in dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 3 a) BORA zu konkretisieren, von wem die Einwilligung zu erteilen ist. Der Ausschuss möchte dem nicht folgen, weil die Antwort darauf in nicht wenigen Fällen rechtlich zweifelhaft ist. Beim Mandat einer Aktiengesellschaft oder sonstigen juristischen Person an einen Rechtsanwalt ist nämlich streitig, ob die Entbindung von der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht durch den Mandanten, also die juristische Person, diese handelnd durch den jeweils amtierenden Vorstand, oder durch diejenige Person ausgesprochen werden muss, die dem Rechtsanwalt die betreffende Tatsache anvertraut hat (vgl. Hellwig, Zur Verschwiegenheit von Anwälten und anderen Berufsheimnisträgern im Mandat der Ak-

tiengesellschaft und andere juristische Personen, FS Hoffmann-Becking, 2013, 469 ff.). Dasselbe gilt für die Frage, wer bei einem zugunsten eines Dritten erteilten Mandat für die Erteilung der Einwilligung zuständig ist, der Auftraggeber oder begünstigte Dritte. Als Beispiel sei genannt, dass der Vater einen Rechtsanwalt beauftragt, in einer bestimmten rechtlichen Angelegenheit die Interessen seines volljährigen oder minderjährigen Kindes wahrzunehmen. In dieser auf der Ebene des Gesetzesrechts angesiedelten Frage will der Ausschuss und kann die Satzungsversammlung nicht Position beziehen.

Der Kollege Scharmer hat sich in seinem Brief vom 11.9.2014 (SV-Mat. 39/2014) gegen die Erwähnung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in dem bisherigen Formulierungsvorschlag für § 2 Abs. 2 BORA "soweit das Gesetz oder ein allgemeiner Rechtsgrundsatz eine Ausnahme fordert oder zulässt" ausgesprochen, weil er besorgt ist, dass damit ein Einfallstor für die künftige Schaffung von aus anwaltlicher Sicht problematischen Rechtsgrundsätzen geschaffen werde. Nach Meinung des Ausschusses besteht die Möglichkeit der künftigen Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze unabhängig von der vorstehenden Formulierung; zudem ist die Gefahr, dass es in Zukunft zu einer unerwünschten Entwicklung kommt, bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe erheblich größer. Nach erneuter grundsätzlicher Diskussion schlägt der Ausschuss jetzt vor, entsprechend Art. 20 Abs. 3 GG ("Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden"), in seinem Vorschlag zu § 2 Abs. 2 BORA, was die Ausnahme von der Pflicht zur Verschwiegenheit angeht, nicht mehr auf "das Gesetz oder ein allgemeiner Rechtsgrundsatz" abzuheben, sondern auf "Gesetz und Recht".

Den Vorschlag des Kollegen Scharmer, im Einleitungssatz des vorgenannten § 2 Abs. 2 BORA das Wort „insbesondere“ zu streichen, hat der Ausschuss auch im Sinne größtmöglicher Akzeptanz aufgegriffen.

Die Frage von Frau Kollegin Holloch zu dem vorgeschlagenen § 2 Abs. 5 a Satz 2 BORA hat den Ausschuss veranlasst, die bisherigen Sätze 2 und 3 umzustellen, so dass die berufsrechtlichen Pflichten sich jetzt aus Satz 1 und 2 ergeben und die Ausnahme davon aus Satz 3. Diese Ausnahme hat der Ausschuss umformuliert. Neben der Ausnahme in Fällen der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht wird jetzt darauf abgehoben, ob sich eine Pflicht zur Geheimhaltung offenkundig aus dem Inhalt der Dienstleistung ergibt. Der Begriff der Offenkundigkeit ist in vielen rechtlichen Zusammenhängen konturiert worden, etwa bei der Abgrenzung von nichtigen und anfechtbaren Verwaltungsakten („auf die Stirne geschrieben“) oder bei der Ausnahme von der unionsrechtlichen Vorlagepflicht an den EuGH wegen Offenkundigkeit der Auslegung („kein vernünftiger Zweifel“). Als Beispiel sei die Vernichtung von Akten durch ein dafür spezialisiertes Aktenvernichtungsunternehmen genannt.

IV. Weitere Schwächen des derzeitigen § 2 BORA

Der seit Erlass der Berufsordnung im Jahre 1996 unveränderte § 2 BORA hat mehrere weitere Schwächen.

Nach Abs. 3 ist die Pflicht zur Verschwiegenheit ausgeschlossen, soweit u.a. die Berufsordnung eine Ausnahme zulässt. Eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht nach § 43a Abs. 2 BRAO durch die rangniedrigere Berufsordnung ist von Rechtswegen ausgeschlossen.

Die Wahrnehmung berechtigter Interessen wird in Abs. 3 nicht als allgemeiner Rechtfertigungsgrund angesprochen, sondern unvollständigerweise nur in zwei konkreten Anwendungsfällen.

Die Einwilligung des Mandanten wird in Abs. 3 überhaupt nicht erwähnt.

Nach Abs. 4 muss der Rechtsanwalt seine Mitarbeiter und alle sonstigen Personen, die bei seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken, zur Verschwiegenheit ausdrücklich verpflichten und anhalten, nicht aber sonstige Personen, die Hilfsdienste im Kanzleibetrieb erbringen (Reinigungspersonal, Boten etc.).

Wegen der Einzelheiten wird auf S. 4 ff. des Berichtes des Ausschusses vom 8.11.2013 verwiesen (SV-Mat 39/2013).

Die vorgenannten Schwächen der derzeitigen Regelung sollten beseitigt werden, wenn wegen der neu aufgetretenen Sachfragen im Bereich des Outsourcing § 2 BORA geändert wird. Für sich allein erscheinen diese Schwächen dem Ausschuss nicht als so gewichtig, dass sie für sich allein eine Änderung von § 2 BORA erforderlich machen würden.

B. Besonderer Teil

I. Zu § 2 Abs. 1 BORA-E (Recht und Pflicht zur Verschwiegenheit)

§ 2 Abs. 1 BORA-E fasst § 2 Abs. 1 und Abs. 2 BORA zusammen, verzichtet aber auf die derzeitige Aussage, worauf sich die Verschwiegenheit bezieht, weil sie nur eine unvollständige Wiederholung von § 43 a Abs. 2 BRAO darstellt. Die wichtige Aussage, dass der Rechtsanwalt zur Verschwiegenheit auch berechtigt ist, bleibt unverändert.

§ 2 Abs. 1 Satz 2 BORA-E entspricht dem derzeitigen § 2 Abs. 2 letzter Halbs. BORA.

II. Zu § 2 Abs. 2 BORA-E (Kein Verstoß gegen die Verschwiegenheit allgemein)

Die Bestimmung regelt systematischer und umfassender als die geltende Fassung von § 2 Abs. 3 BORA, wann kein Verstoß gegen die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht vorliegt. Statt der bisherigen Formulierung "soweit diese Berufsordnung oder andere Rechtsvorschriften Ausnahmen zulassen" heißt es jetzt, "soweit Gesetz und Recht eine Ausnahme fordern oder zulassen". Damit wird erstmals auch angesprochen, dass das Gesetz ausnahmsweise den Anwalt zur Offenlegung verpflichten kann, etwa bei den Meldepflichten im Bereich der Geldwäsche oder der Nichtanzeige bestimmter geplanter Straftaten (§ 138 StGB). Auf die bisherige Regelung, wonach die Berufsordnung Ausnahmen von der Pflicht zur Verschwiegenheit zulassen kann, wird verzichtet, weil die BORA von der ranghöheren Verschwiegenheitspflicht nicht befreien kann.

III. Zu § 2 Abs. 3 BORA-E (Entfallen eines Verstoßes insbesondere in bestimmten Fällen)

Die Bestimmung nennt die wichtigsten Fälle, in denen kein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht vorliegt.

Anders als in der derzeitigen Regelung wird jetzt auch die Einwilligung angesprochen (§ 2 Abs. 3 lit. a) BORA-E). Dabei ist aus den o.g. Gründen bewusst nur von "Einwilligung" die Rede, ohne zu sagen, von wem die Einwilligung zu erteilen ist.

Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Wahrnehmung berechtigter Interessen wurde bisher in § 2 Abs. 3 BORA nur in zwei Fallgruppen angesprochen, der Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis und der Verteidigung des Rechtsanwalts in eigener Sache. Jetzt wird auch das Prinzip der Wahrnehmung berechtigter Interessen als solches angesprochen (§ 2 Abs. 3 lit. b) BORA-E).

Völlig neu ist der oben bereits erörterte § 2 Abs. 3 lit. c) BORA-E, wonach ein Verstoß gegen die Verschwiegenheit nicht vorliegt, soweit das Verhalten des Rechtsanwalts

"im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei einschließlich der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter erfolgt und objektiv einer üblichen, von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben entspricht (Sozialadäquanz)".

Der erste Regelungsbestandteil

"im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei einschließlich der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter"

verlangt einen sachlichen, nicht örtlichen Bezug zwischen dem Verhalten des Rechtsanwalts und der Kanzlei, wobei die Inanspruchnahme von Leistungen Dritter ausdrücklich einbezogen wird. Damit wird die Entstehungsgeschichte dieser Änderung von § 2 BORA reflektiert. Ein Verhalten des Rechtsanwalts, das außerhalb dieses Rahmens liegt, wird also von der vorgeschlagenen Neuregelung nicht erfasst. Damit trägt der Ausschuss einem Wunsch aus der Diskussion der letzten Sitzung der Satzungsversammlung Rechnung.

Die Formulierung

"objektiv einer üblichen, von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben entspricht (Sozialadäquanz)"

enthält zum einen eine Definition und zum anderen durch den Klammerzusatz einen Verweis auf das Institut der Sozialadäquanz. Der Wunsch nach einer Definition war ebenfalls in der letzten Sitzung der Satzungsversammlung vielfach geäußert worden. Eine allgemein anerkannte Definition der Sozialadäquanz gibt es nicht. Gerichtliche und literarische Äußerungen verwenden Formulierungen, die mehr oder minder voneinander abweichen. Die vorgeschlagene Formulierung lehnt sich an BGHSt 23, 226, 228 an, wonach eine

"übliche, von der Allgemeinheit gebilligte und in strafrechtlicher Hinsicht im sozialen Leben unverdächtige, weil im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit liegende Handlung"

sozialadäquat ist. Diese Definition verlangt ein Doppeltes, zum einen die faktische Komponente der Üblichkeit, zum anderen die Billigung durch die Allgemeinheit im sozialen Leben.

Das Wort "objektiv" soll klarstellen, dass die Frage der Sozialadäquanz nicht aus der subjektiven Sicht des einzelnen Rechtsanwalts zu beantworten ist.

Zusätzlich wird durch den Klammerzusatz ("Sozialadäquanz") deutlich gemacht, dass es sich um eine Definition der Satzungsversammlung für das Institut der Sozialadäquanz handelt.

Der Ausschussbericht vom 8.11.2013 (SV-Mat 39/2013, S. 11 ff. und insbesondere S. 15 ff.) hat zahlreiche Einzelfälle der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter mit Blick auf die Sozialadäquanz erörtert. Insoweit wird darauf verwiesen.

IV. Zu § 2 Abs. 4 - 6 BORA-E (Verschwiegenheitsschützende Pflichten bei der Einschaltung Dritter)

Nach § 2 Abs. 4 BORA in der jetzigen Fassung hat der Rechtsanwalt "seine Mitarbeiter und alle sonstigen Personen, die bei seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken, zur Verschwiegenheit (§ 43 a Abs. 2 BRAO) ausdrücklich zu verpflichten und anzuhalten". Diese Regelung ist auf die anwaltlichen Berufsgehilfen beschränkt, zwischen deren unterstützender Tätigkeit und der beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts im Mandat ein innerer Zusammenhang besteht und die deshalb in den Geltungsbereich der strafrechtlichen Verschwiegenheitspflicht und der prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte fallen (vgl. Lenckner/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, Rn. 64 und 64a zu § 203 StGB; Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, Rn. 2 zu § 53a StPO). Die Neuregelung stellt sicher, dass auch solche Mitarbeiter, die nicht im Mandat, sondern in sonstiger Weise für den Rechtsanwalt tätig sind und deshalb nicht unter den anwaltlichen Verschwiegenheitsschutz fallen, zur vertraglichen Verschwiegenheit zu verpflichten und anzuhalten sind. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass ein Rechtsanwalt auch ohne ausdrückliche Regelung bei der Ausgestaltung, wie er die Mitarbeiter zur Verschwiegenheit verpflichtet und anhält, danach differenziert, ob es sich um eine Mitwirkung in der Mandatsbearbeitung oder um eine sonstige Unterstützung handelt.

§ 2 Abs. 5 BORA-E ist inhaltlich neu. Die Vorschrift betrifft vom Rechtsanwalt hinzugezogene externe Personen. Auch diese sind nach Satz 1 zur Verschwiegenheit zu verpflichten und anzuhalten. Dabei geht es um zwei Alternativen. In lit. a) handelt es sich um Personen, denen der Rechtsanwalt verschwiegenheitsgeschützte Tatsachen zwecks Erbringung ihrer Leistung zur Kenntnis gibt. Als Beispiel sind zu nennen selbständige Übersetzer oder Buchführungsdienstleister. Bei lit. b) gibt der Rechtsanwalt den dienstleistenden Personen keine verschwiegenheitsgeschützten Tatsachen zur Kenntnis, diese Personen können sich aber bei ihrer Leistungserbringung Kenntnis von solchen Tatsachen verschaffen, etwa beim externen Kopieren, Einscannen und Vernichten von Mandatsakten. Handelt es sich bei dem eingeschalteten Dritten um ein Unternehmen, dann muss der Rechtsanwalt nach Satz 2 diesem Unternehmen die Pflicht auferlegen, seine Mitarbeiter zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Die vorgenannten Pflichten gelten nach Satz 3 dann nicht, wenn die Pflicht des dienst- oder werkleistenden externen Dritten zur Geheimhaltung gesetzlich vorgesehen ist oder sich offenkundig aus dem Inhalt der Dienstleistung ergibt. Eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht trifft beispielsweise Telekommunikationsunternehmen, die zweite Alternative (Offenkundigkeit der Geheimhaltungspflicht) ist beispielsweise bei der Beauftragung eines zertifizierten Aktenvernichtungsunternehmens einschlägig.

§ 2 Abs. 6 BORA-E enthält erstmals eine berufsrechtliche Regelung hinsichtlich der Auswahl von Personen, die der Rechtsanwalt im Rahmen der Mandatsbearbeitung oder außerhalb derselben zu seiner Unterstützung hinzuzieht. Der derzeitige § 2 Abs. 4 BORA verzichtet diesbezüglich auf eine Regelung, ausgehend von der Überlegung, dass der Rechtsanwalt schon im Eigeninteresse um eine sorgfältige Auswahl bemüht ist (Obliegenheit) und dass eine unsorgfältige Auswahl zivilrechtliche Schadensersatzpflichten gegenüber dem Mandanten auslösen kann. Bei der Frage der Auswahl geht es jedoch nicht nur um die fachliche Qualifikation der hinzugezogenen Personen, sondern auch um deren Zuverlässigkeit, was die Erfüllung der anwaltlichen Verschwiegenheit angeht. Im Bank- und Versicherungsaufsichtsrecht wird von den Aufsichtsbehörden neben der fachlichen Qualifikation für die Position als Geschäftsleiter auch die Zuverlässigkeit der in Aussicht genommenen Person geprüft. Diese Art von Überprüfung auf einen Rechtsanwalt übertragen zu wollen, ginge jedoch bereits im Ausgangspunkt zu weit. Anders als die Aufsichtsbehörden könnte der Rechtsanwalt allenfalls ein polizeiliches Führungszeugnis verlangen, was aber Bereiche sowohl der einfachen als auch der mittleren Kriminalität nicht abdeckt. Andererseits ist dem hohen Stellenwert der anwaltlichen Verschwiegenheit aus Gründen des Mandantenschutzes und der Rechtspflege Rechnung zu tragen. Deshalb sieht der neue § 2 Abs. 6 BORA-E vor, dass der Rechtsanwalt niemanden zur Mitarbeit im Mandat oder zu sonstigen Leistungen hinzuziehen darf, wenn ihm Umstände bekannt sind, aus denen sich konkrete Zweifel an der mit Blick auf die Verschwiegenheitspflicht erforderlichen Zuverlässigkeit ergeben und nach Überprüfung fortbestehen.

V. Zu § 2 Abs. 7 BORA-E (Schutz personenbezogener Daten)

Der Schutz von Informationen durch die anwaltsberufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht und der Schutz personenbezogener Daten sind zwei in Schutzrichtung und Ausgestaltung unterschiedliche Regelungskreise. Die Befugnis, durch die Berufsordnung das Nähere zu regeln, hat die Satzungsversammlung nur hinsichtlich der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht, nicht aber hinsichtlich der für alle, nicht nur für Rechtsanwälte geltenden Regelungen des Datenschutzrechts. Letztere bleiben deshalb von der näheren Ausgestaltung der anwaltlichen Verschwiegenheit durch die Berufsordnung unberührt. Weil diese Zusammenhänge vielfach nicht bekannt sind, wird darauf jetzt ausdrücklich hingewiesen. In einem Fall, in dem kein Verstoß gegen die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht vorliegt, kann das Verhalten des Rechtsanwalts sehr wohl gegen die datenschutzrechtlichen Vorschriften verstoßen.

Umgekehrt kann aus der Tatsache, dass in einem konkreten Fall kein datenschutzrechtlicher Verstoß vorliegt, nicht rückgeschlossen werden, dass deshalb auch kein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht gegeben ist. Auch das folgt aus der Tatsache, dass es sich um nach Schutzgut und Ausgestaltung unterschiedliche Regelungskreise handelt.

VI. Zu § 2 BORA-E insgesamt

Die Neuregelung bringt mehrere Verbesserungen, was Systematik und Vollständigkeit angeht.

Sie adressiert erstmals das in jüngerer Zeit bewusstgewordene Problem des Outsourcing. Die Neuregelung ist nicht perfekt, sie ist aber besser als der derzeitige regelungslose Zustand.

Was die Begleitpflichten angeht, wenn der Rechtsanwalt Dritte zu Leistungen hinzuzieht, führt die Neuregelung zu einer wesentlichen Verbesserung des berufsrechtlichen Verschwiegenheitsschutzes.

Kernstück des erneut überarbeiteten Vorschlags des Ausschusses ist unverändert die Inbezugnahme des Instituts der Sozialadäquanz, insbesondere bei der Inanspruchnahme von Leistungen Dritter, diesmal jedoch mit einer tatbestandlichen Anwendungsbeschränkung und mit einer Definition. Der Ausschuss hat trotz erneuter intensiver Suche keinen anderen Ansatz gefunden, um die Probleme des Outsourcing einigermaßen in den Griff zu bekommen.

Der Ausschuss geht nicht davon aus, dass sein jetziger geänderter Vorschlag alle Mitglieder der Satzungsversammlung zufriedenstellen wird. Wer dem Vorschlag weiterhin ablehnend gegenübersteht, möge aber bedenken, dass der Ausschuss trotz aller Suche einen anderen Lösungsansatz als den der Sozialadäquanz nicht gefunden hat und dass, wenn dieser Lösungsvorschlag in der Satzungsversammlung keinen Erfolg haben sollte, alle Lösungsversuche aus der Anwaltschaft heraus gescheitert sind, erst der Ruf nach dem Gesetzgeber, dann der Versuch im Rahmen der anwaltlichen Berufsordnung.

Der Ausschuss geht davon aus, dass das BMJ gegenüber § 2 BORA-E, sollte er verabschiedet werden, keine rechtlichen Bedenken erheben wird, insbesondere auch nicht hinsichtlich des allgemeinen Rechtsinstituts der Sozialadäquanz. Sollten wider Erwarten Bedenken erhoben werden, würde das deutlich machen, dass der Gesetzgeber selbst gefordert ist, wenn das Problem des Outsourcing gelöst werden soll.

7. Oktober 2014