



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

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 andererseits

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 Deliktznorm 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 Deliktsgattung 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.