

**Stellungnahme der DATEV
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
„Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Schutzes von Geheimnissen
bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“
(Stand des Gesetzesentwurfs: 05.01.2017)**

1 Allgemeine Hinweise

1.1 Uneinheitlichkeit der Regelungen für unterschiedliche Berufsgruppen

Der Gesetzentwurf wendet nebeneinander zwei verschiedene Regelungstechniken an. Bei den Berufsgeheimnisträgern, für die der Entwurf die Berufsordnungen ändert, ist die Strafbarkeit durch die berufsrechtlichen Anforderungen bestimmt; sind diese eingehalten, ist die Offenbarung gemäß § 203 Abs. 1 StGB nicht „unbefugt“. Bei allen anderen Berufsgeheimnisträgern ergeben sich die Strafbarkeitsvoraussetzungen originär aus § 203 Abs. 3 und 4 StGB-E, also ohne Rückgriff auf das jeweilige Berufsrecht. Eine derartige Unterscheidung ist weder nachvollziehbar noch für eine praxistaugliche Umsetzung geeignet. Dies gilt sowohl aus Sicht des Dienstleisters als auch aus Sicht des Berufsträgers.

Ein Dienstleister, zu dessen Kundenkreis unterschiedliche Berufsträger gehören, sieht sich unterschiedlichen Anforderungen ausgesetzt, die zu unterschiedlichen internen Prozessen führen. Exemplarisch zeigt sich dies bei der Schriftform: Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer müssen ihre Dienstleister bzw. die mitwirkenden Personen unter Wahrung der Schriftform beauftragen, während für andere Berufsgruppen wie Berufspsychologen oder staatlich anerkannte Sozialarbeiter in § 203 Abs. 4 StGB keine Schriftform vorgeschrieben ist. Insofern ist zumindest zu begrüßen, dass die entsprechenden Schritte zur einheitlichen Gestaltung bei den Berufsgruppen der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfern eingeleitet wurden. Bei unterschiedlichen Anforderungen würde ansonsten eine Rechtsunsicherheit insbesondere bei den Berufsträgern mit Mehrfachqualifikation auftreten, die bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern häufig anzutreffen ist.

Aus Sicht der Berufsträger liegt eine Ungleichbehandlung vor, da die Strafbarkeitsvoraussetzungen und damit umgekehrt die Voraussetzungen der Straffreiheit je nach Berufsgeheimnisträger variieren. Nachdem das Bundesverfassungsgericht eine interprofessionelle Partnerschaft von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apothekern zugelassen hat, wäre die Strafbarkeit der einzelnen Partner (eine unbefugte Offenbarung der mitwirkenden Person unterstellt) für denselben Sachverhalt unterschiedlich zu beurteilen, da für den Rechtsanwalt die Vorschriften der BRAO heranzuziehen wären, für den Apotheker § 203 Abs. 4 StGB-E. Wäre beispielsweise die Verpflichtung zur Geheimhaltung nicht schriftlich erfolgt, wäre der Rechtsanwalt strafbar, der Apotheker nicht. Diese Ungleichbehandlung ist nicht zu rechtfertigen.

Die Strafbarkeit sollte daher für alle Berufsträger ausschließlich an § 203 StGB-E zu messen sein. Darüber hinausgehende berufsrechtliche Sanktionen aufgrund der Verletzung eines weitergehenden spezifischen Berufsrechts bleiben dann unbenommen.

1.2 Berufsträger als Dienstleister sind keine „mitwirkende Person“

Die Erbringung von Leistungen eines Berufsträgers an einen anderen Berufsträger darf nicht zusätzlichen Anforderungen unterworfen werden (so aber die Begründung S. 33). Insbesondere Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer unterliegen schon nach heutiger Rechtslage gegenüber Mandanten, die ihrerseits selbst Berufsträger sind, denselben (strafbewehrten) Geheimhaltungsverpflichtungen wie gegenüber ihren anderen Mandanten. Es ist daher systemfremd und nicht notwendig, hierfür besondere Anforderungen zu schaffen.

2 Hinweise zu den Änderungen des § 203 StGB

2.1 Hinweis zu § 203 Abs. 3 StGB-E

Die durch den Referentenentwurf eröffnete Möglichkeit zur rechtssicheren Einbeziehung weiterer Personen, die auch mittelbar für Tätigkeiten im Interesse des zur Verschwiegenheit Verpflichteten eingesetzt werden, ist sehr zu begrüßen. Allerdings bleibt durch die Formulierung des Abs. 3 („gelten nicht für“) offen, ob es sich um einen Ausschluss des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“ (nach der Entwurfsbegründung ist dies wohl nicht die Intention), einen Rechtfertigungsgrund oder einen Strafausschließungsgrund handelt. Wichtig kann dies für Teilnehmer im strafrechtlichen Sinne werden. Auch ist die Beschränkung auf „erforderliche“ Offenbarung zu eng; dies führt im Einzelfall (z.B. im Servicefall) zu hohem Prüfungsaufwand. Die Formulierung könnte wie folgt lauten: „...wenn diese Offenbarungen im Rahmen der ordnungsgemäßen Tätigkeit der mitwirkenden Person erfolgen.“ Das „Ausplaudern“ von Mandatsgeheimnissen anlässlich einer Dienstleistung wäre außerhalb dieses Rahmens und damit auch bei dieser Formulierung strafbar.

2.2 Hinweis zu § 203 Abs. 4 Nr. 1 StGB-E (Auswahl, Verpflichtung und Überwachung)

Bei fehlender Sorgfalt bei der Auswahl, mangelnder Verschwiegenheitsverpflichtung oder unzulänglicher Überwachung der eingesetzten Dienstleister ist für die Berufsgeheimnisträger eine Strafbarkeit vorgesehen. Dabei sollten zwei Aspekte berücksichtigt werden:

2.2.1 Fehlende technische oder fachliche Überwachungsmöglichkeit

Es stellt sich die Frage, ob der berufsangehörige Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer überhaupt in der Lage ist, die Überwachung der beauftragten Dienstleistung durchzuführen. Ausgeprägt stellt sich diese Thematik bei der Auslagerung von IT-Dienstleistungen dar, wo von den Berufsgeheimnisträgern keine Überwachung gefordert werden kann, die über die Anforderungen aus der datenschutzrechtlichen Verpflichtung als Auftraggeber hinausgeht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass allein schon an einigen in der

Begründung genannten Beispielen (Verschlüsselung, Datenspeicherung im Ausland) und weiteren praxisüblichen Beispielen (Fernwartung, Protokollierungen) deutlich wird, dass der Berufsträger in der Praxis faktisch keine Möglichkeit zur persönlichen Nachprüfung der ggf. zugesagten Leistungen hat. Mangels einschlägiger Spezialkenntnisse wird sich der typische Berufsgeheimnisträger hierzu insofern kein eigenständiges Urteil bilden können. Er könnte allenfalls einen weiteren Spezialisten zur Überwachung des beauftragten Spezialisten einsetzen, was letztlich vom Ergebnis her nicht gewollt sein kann. Die vom Gesetzgeber gestellten Anforderungen müssen sich deshalb im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren bewegen.

Noch schwieriger wird dies bei mehrstufigen Auftragsverhältnissen, also der Einschaltung von Subunternehmern des Auftragnehmers. Es bleibt gesetzlich unklar, wie in diesem Fall die Auswahl, Verschwiegenheitsverpflichtung und Überwachung durch den Auftraggeber erfolgen soll. Damit ist der Tatbestand letztlich unbestimmt.

Wir schlagen insofern vor, dass die Anforderung der Überwachung der Tätigkeit der mitwirkenden Person gestrichen wird und die Auswahl- und Verschwiegenheitsverpflichtung sich auf den Auftragnehmer der ersten Stufe beschränkt.

2.2.2 Beauftragung eines Dienstleisters, der selbst einer berufsrechtlich geregelten Verschwiegenheitspflicht unterliegt

Die Sorgfalt bei der Auswahl und insbesondere eine Überwachung von Dienstleistungen, die für sich genommen bereits einem öffentlich-rechtlich geregelten Zulässigkeitsverfahren unterliegen und bei denen ein Verstoß gegen Verschwiegenheitspflichten bereits strafbewehrt ist, erscheinen kaum praxistauglich. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs umfassen diese zu regelnden Dienstleistungen beispielsweise auch Steuerberatungsdienstleistungen. Beispiel: Ein Notar oder Patentanwalt beauftragt einen Steuerberater mit der Erstellung der Finanzbuchführung. Hier werden weder der Notar noch der Patentanwalt die Dienstleistung des Steuerberaters überwachen können, weil beide eben gerade wegen der diesbezüglich nicht bei sich selbst vorhandenen einschlägigen Kenntnisse den Steuerberater als spezialisierten Dienstleister beauftragen. Auch kann in einem solchen Fall wohl keine Sorgfalt bei der Auswahl verlangt werden, die über die Zulassungsverfahren für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer noch hinausreichen.

Wir schlagen insofern nochmals vor, Berufsgeheimnisträger generell nicht als „mitwirkende Person“ zu behandeln, zumindest aber den § 203 Abs.4 Nr.1 StGB-E wie folgt zu ergänzen:

„Nach Satz 1 wird auch bestraft, wer

1. als in den Absätzen 1 und 2 genannte Person eine an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirkende Person, **die nicht selbst eine der in Absatz 1 genannten Personen ist und** unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, nicht sorgfältig ausgewählt, zur Geheimhaltung verpflichtet und bei ihrer Tätigkeit überwacht hat, oder“

3 Hinweise zu den Änderungsvorschlägen der berufsrechtlichen Gesetze

Es sollte überdacht werden, ob es einer zusätzlichen, über das StGB hinausgehenden Regulierung im Berufsrecht mit strafrechtlicher Sanktionierung überhaupt bedarf (vgl.o. Ziff. 1.1).

Soll es dennoch zu einer Änderung berufsrechtlicher Gesetze kommen, erfordert dies neben einer Einheitlichkeit der Formulierungen für verschiedene Berufsgruppen, die auch bei späteren Änderungen der Berufsordnungen erhalten bleibt, vor allem eine nachvollziehbare und praxistaugliche Umsetzbarkeit. Deshalb werden nachfolgend am Beispiel des StBerG Hinweise hierzu gegeben.

3.1 Keine Beschränkung auf nicht-mandatsbezogene Dienstleistungen (exemplarisch § 62a Abs. 1 S. 2 StBerG-E)

Eine Beschränkung der Inanspruchnahme von Dienstleistungen auf Tätigkeiten, die nicht unmittelbar einem einzelnen Mandat dienen, ist nicht nachvollziehbar. Unter Einhaltung der in § 62a Abs. 2 bis 4 StBerG-E geregelten Pflichten müssen auch mandatsbezogene Dienstleistungen beauftragt werden können. Beispiel: Die Übermittlung von Steuerdaten eines Mandanten über das Rechenzentrum der DATEV wäre mandatsbezogen und damit nach dem Entwurf in letzter Konsequenz ohne Einwilligung des Mandanten unzulässig. Dies geht an den Bedürfnissen der Praxis vorbei und widerspricht auch der Intention des Gesetzentwurfs, IT-Dienstleistungen für Berufsträger zu fördern.

Wir schlagen insofern vor, in § 62 Abs. 1 S. 2 StBerG-E den letzten Halbsatz „**die nicht unmittelbar einem einzelnen Mandat dienen.**“ zu streichen.

3.2 Auswahl und Überwachung der Dienstleister (exemplarisch § 62a Abs. 2 Satz 1 StBerG-E)

Hinsichtlich der Auswahl und Überwachung der Dienstleister, die durch die Berufsgeheimnisträger eingesetzt werden, wird auf die bereits unter Ziffer 2.2. dargestellte Thematik (fehlende Fachkenntnis) verwiesen.

3.3 Zu weitgehende Formanforderungen bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen (exemplarisch § 62a Abs. 3 Satz 1 StBerG-E)

Wenn auch eine vertragliche Grundlage als Voraussetzung für die Einbeziehung eines Dienstleisters zu begrüßen ist, so geht doch die Formanforderung des § 62a Abs. 2 StBerG-E, wonach die mitwirkenden Personen über einen schriftlichen Vertrag mit dem Dienstleister zu beauftragen sind, über das erforderliche Maß hinaus. Nach den bisherigen Regelungen

genügt eine Beauftragung in Textform nach § 126b BGB (z.B. per Mail) den Anforderungen an eine Nachweis- und Schutzfunktion.

In der Begründung der angestrebten Gesetzesänderung wird explizit darauf verwiesen, dass dadurch die Nutzung zeitgemäßer digitaler Dienstleistungen wie „Cloud-Lösungen“ ermöglicht werden sollen. Dann jedoch im gleichen Zuge eine Beauftragung in elektronischer Form dadurch zu verwehren, dass ein papiermäßiger Ausdruck mit eigenhändiger Unterzeichnung und Versand per manueller Post durch eine enge Schriftform, die sich an den Vorgaben des §126 BGB ff orientiert, verschärfend zu den bisherigen Regelungen einzuführen, erscheint nicht vermittelbar und widerspricht der Zielsetzung. Durch die neue DS-GVO ist in Art. 28 Abs. 9 DS-GVO vorgesehen, dass auch eine Beauftragung in elektronischer Form bei der Auftragsverarbeitung ausreicht.

Wir schlagen insofern vor, anstelle von „schriftlich“ die Formulierung „in Textform“ zu verwenden.

Anderenfalls würden die Berufsgruppen des § 203 Abs. 1 StGB, die einer eigenen Berufsordnung unterliegen, welche über diese Gesetzesinitiative wortgleich geändert wird, gegenüber den weiteren dem § 203 StGB unterliegenden Berufsgruppen, die keiner eigenen Berufsordnung unterliegen, durch diese nur für sie geltenden strengen Formvorschriften in ihrem Administrationsaufwand und ihrem Strafbarkeitsrisiko unangemessen benachteiligt.

3.4 Verpflichtung auf die erforderliche Kenntnis (exemplarisch § 62a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StBerG-E)

Wie bereits oben unter 1.2 dargelegt wurde, unterliegen Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer bereits jetzt kraft Gesetzes einer strafbewehrten Geheimhaltungsverpflichtung. Der Entwurf enthält die Vorgabe, den Dienstleister auf die Begrenzung der Kenntnisnahme von fremden Geheimnissen auf das zur Vertragserfüllung erforderliche Maß zu verpflichten, insbesondere bei beauftragten weiteren Berufsgeheimnisträgern wie Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern. Dies kann nicht die Intention des Gesetzgebers sein.

Unter Verweis auf unsere Ausführungen unter 2.2.2 und den dortigen Formulierungsvorschlag zu § 203 Abs. 4 Nr. 1 StGB-E schlagen wir vor, beauftragte Dienstleister aus dieser Verpflichtung herauszunehmen, soweit sie selbst bereits einer berufsrechtlich geregelten Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

Soweit dennoch eine diesbezügliche Änderung berufsrechtlicher Gesetze weiter verfolgt werden sollte, erfordert dies zumindest eine Klarstellung, dass ein beauftragender Berufsgeheimnisträger nicht verpflichtet ist, den erforderlichen Umfang (enumerativ) festzulegen, da dies in Einzelfällen schlichtweg nicht durchführbar wäre.

3.5 Verschwiegenheitsverpflichtung der bei Dienstleistern mitwirkenden Personen (exemplarisch § 62a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 StBerG-E)

Die Formulierung, dass dem Dienstleister aufzuerlegen ist, weitere Personen, die er zur Erfüllung des Vertrages heranzieht, in schriftlicher Form zur Verschwiegenheit zu verpflichten, ist missverständlich, da eine praktische Umsetzung dieser Formulierung nicht durchführbar wäre.

Ein beauftragender Rechtsanwalt wird beispielsweise nicht selbst alle eingesetzten Mitarbeiter eines IT-Dienstleisters selbst auf die Verschwiegenheit verpflichten, sondern diese Aufgabe dem Dienstleister auferlegen. Noch deutlicher wird dies bei der Einschaltung weiterer Dienstleister durch den erstbeauftragten Dienstleister. Der zuerst beauftragte Dienstleister wird ebenfalls keine Möglichkeit haben, direkt auf die beim Unterauftragnehmer eingesetzten Mitarbeiter zuzugreifen, um mit diesen eine entsprechende Verschwiegenheitsverpflichtungsregelung zu treffen.

Es muss ausreichen, wenn der Dienstleister bei der Gestattung des Einsatzes weiterer Dienstleister verpflichtet wird, diesen weiteren Dienstleister zu verpflichten, sein eingesetztes Personal wiederum selbst zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Auch sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es nicht Ziel des Gesetzgebers sein kann, im Berufsrecht über bereits bestehende gesetzliche Verpflichtungen hinaus neue formelle Hürden zu schaffen, indem man den Unterauftragnehmer zur strengen Schriftform verpflichtet und damit beispielsweise eine möglicherweise künftig zulässige digital dokumentierte Verschwiegenheitsverpflichtung der Mitarbeiter dann wiederum berufsrechtlich verwehrt wäre.

Wir schlagen daher insoweit vor, § 62a Satz 2 Nr. 3 letzter HS StBerG-E wie folgt zu ergänzen: „... für diesen Fall ist dem **weiteren** Dienstleister aufzuerlegen, diese Personen in Textform zur Verschwiegenheit zu verpflichten.“

3.6 Heranziehung weiterer Personen zur Erfüllung des Vertrages (exemplarisch § 62a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 StBerG-E)

Der Entwurf sieht für einen Dienstleister die Befugnis vor, weitere Personen zur Erfüllung des Vertrages heranzuziehen. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Erfüllung des Vertrages“ bleibt dabei jedoch unscharf. Wenn beispielsweise ein Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer einen externen Dienstleister zu IT-Dienstleistungen einsetzt, so könnte nach dem Wortlaut des § 62a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 StBerG-E diese Regelung auch für den Wartungspartner der IT-Infrastruktur des Dienstleisters gelten. Dies sollte aber gesetzlich nicht erfasst sein, da man hier nicht mehr von einer „Offenbarung“ sprechen kann.

Das Tatbestandsmerkmal der „Erfüllung des Vertrages“ kann nur die konkrete beauftragte Dienstleistung betreffen, nicht aber Wartungsleistungen für den beauftragten Dienstleister. Wir schlagen insofern vor, dies zumindest in der Begründung klarzustellen.

3.7 Einwilligung des Mandanten als selbständiger Rechtfertigungstatbestand (exemplarisch § 62a Abs. 5 StBerG-E)

Die Einwilligung des Mandanten sollte als selbständiger Rechtfertigungstatbestand und möglicher Dispens von allen Form- und Überwachungserfordernissen erhalten bleiben. Wir schlagen insofern vor, § 62a Abs. 5 StBerG-E zu streichen.