

Positionspapier des Bundesverbands der Unternehmensjuristen e.V. (BUJ)

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu dem Entwurf eines „Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“ (Bearbeitungsstand: 05.01.2017)

Der BUJ möchte sich vorab beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz für die Möglichkeit bedanken, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (im Folgenden: RefE) Stellung nehmen zu können und auf diesem Weg die Position seiner Mitglieder im Zusammenhang mit den Gesetzesänderungen darzulegen.

Der BUJ ist die erste eigenständige berufsständische Vereinigung für Syndikusrechtsanwälte und Juristen in Rechtsabteilungen von Unternehmen sowie Institutionen, Verbänden und Körperschaften; als Vertreter von Unternehmensjuristen mit über 2.300 Mitgliedern aus knapp 1.200 deutschen Unternehmen aller Branchen und Größenordnungen, von Hidden Champions über namhafte Vertreter des Mittelstands bis hin zu DAX-Unternehmen.

Der BUJ begrüßt es sehr, dass die Bundesregierung die auch von uns als notwendig angesehene Überarbeitung des § 203 StGB und des entsprechenden Berufsrechts einiger freier Berufe (Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer) in Angriff genommen hat und unterstützen dieses Vorhaben ausdrücklich. Auch wir sehen dringenden Bedarf, Änderungen in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) vorzunehmen. Die aktuelle Rechtslage lässt die Berufspraxis der Rechtsanwälte und insbesondere auch der Syndikusrechtsanwälte außer Acht.

In diesem Zusammenhang möchten wir hervorheben, dass wir die weitgehende Angleichung der Berufsregeln für die jeweiligen freien Berufe grundsätzlich befürworten, jedoch im Detail noch Nachbesserungsbedarf sehen. Im Einzelnen haben wir folgende Anmerkungen:

Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V.

Mainzer Landstraße 251
60326 Frankfurt am Main
Telefon +49(0)69 7595-3060
Telefax +49(0)69 7595-3065
info@buj.net
www.buj.net

Bankverbindung:
Commerzbank,
Frankfurt am Main
Konto-Nr. 5854153
BLZ: 50040000

Erfüllungsort und
Gerichtsstand:
Frankfurt am Main
Vereinsregister Nr.: VR 14631
Registergericht:
Amtsgericht Frankfurt am Main

Präsidenten (Kommissarisch) &
Vizepräsidenten: Niels Hartwig, Götz Kaßmann
Schatzmeister: Georg von Bronk
Beisitzer: Dr. Claudia Junker, Dr. Thomas Kremer,
Thomas-Gerd Kühn, Dr. Michael Niggemann,
Dr. Jürgen Reul, Dr. Ingo Schaffernak,
Dr. Martin Wagener, Dr. Marion Welp

I. Der BUJ begrüßt das Gesetzesvorhaben und fordert nachfolgende Anpassungen:

1. **Definition des Begriffs „Sorgfalt“ in § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E und entsprechende Erläuterung in der Gesetzesbegründung.**
Dies würde zusätzliche Rechtssicherheit bei der Abgrenzung dabei schaffen, worauf sich der bedingte Vorsatz beziehen muss (Siehe hierzu Ziff. III. 1.1).
2. **In § 203 Abs. 4 Nr. 1 StGB-E sollten die Worte „bei ihrer Tätigkeit“ gestrichen werden und in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass eine räumliche Nähe bzw. körperliche Anwesenheit beim Überwachen nicht erforderlich ist.**
Damit würde die Praktikabilität der Vorschrift gesteigert und verhindert werden, dass es zu engen Auslegungen der Vorschrift kommt (Siehe hierzu Ziff. III 1.2).
3. **Klarstellung in der Gesetzesbegründung zu § 43a Abs. 2 Satz 5 BRAO-E, dass eine Pflicht zum Hinwirken erst bei Anhaltspunkten für eine Verletzung der Verschwiegenheit besteht. (Siehe hierzu Ziff. III 2.1).**
4. **Nach § 43a Abs. 2 Satz 4 soll ein neuer Satz 5 eingefügt werden: „Dies gilt nicht für angestellte Rechtsanwälte i.S.d. § 46 Abs. 1 und Abs. 2 BRAO.“**
Dies ist u.a. erforderlich, weil angestellte (Syndikus-) Rechtsanwälte diesen Gesetzesbefehl ohne Mitwirkung ihres Arbeitgebers nicht befolgen können. (Siehe hierzu Ziff. II und Ziff. III 2.2).
5. **Streichung des Wortes „Stelle“ oder Ergänzung „öffentliche“ in § 43f Abs. 1 BRAO-E mit entsprechender Erläuterung in der Gesetzesbegründung. Zudem Erläuterung in der Gesetzesbegründung, dass keine doppelte Auswahl- und Überwachungspflicht besteht. (Siehe hierzu Ziff. II und Ziff. III 2.3).**
6. **Erläuterungen des Begriffs „sorgfältig“ in der Gesetzesbegründung zu § 43f Abs. 2 Satz 1 BRAO-E anhand von Beispielen, insbesondere bei der Wahl ausländischer Dienstleister. (Siehe hierzu Ziff. II und Ziff. III 2.4).**
7. **Ergänzung des § 43f Abs. 4 BRAO-E um folgenden Satz 2:**
„Ein angemessener Schutz der Geheimnisse ist bei ausländischen Dienstleistern jedenfalls dann gewährleistet, wenn das Schutzniveau den datenschutzrechtlichen Anforderungen entspricht, die eine grenzüberschreitende Datenübermittlung personenbezogener Daten zu diesem erlaubt (Abs. 7) und technische Schutzvorkehrungen vor staatlichen Zugriffen bestehen.“ (Siehe hierzu Ziff. II und Ziff. III 2.6).
8. **In § 43f Abs. 5 BRAO-E soll der Verweis auf Abs. 4 gestrichen werden. Klarstellend könnte folgender Satz 2 im Abs. 5 angefügt werden:**
„Die Absätze 2 bis 3 gelten auch im Fall der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, in die der Mandant eingewilligt hat. Im Fall des Abs. 4 bedarf es einer konkreten Einwilligung des Mandanten.“ (Siehe hierzu Ziff. II und Ziff. III 2.7).

II. Zusammenfassung

Der BUJ begrüßt ausdrücklich das mit dem Referentenentwurf verfolgte Ziel, die bis dato bestehende Rechtsunsicherheit für zur Verschwiegenheit verpflichtete Berufsträger bei Einschaltung externer Dienstleister (sog. Non-professionell Outsourcing) zu beseitigen. Dieses Ziel kann mit einigen semantischen und inhaltlichen Anpassungen auch erreicht werden, sofern an einer gesonderten Strafvorschrift festgehalten werden soll:

- 1 Der Gesetzesentwurf verpflichtet den Berufsträger zur Prüfungs- und Sorgfaltspflicht hinsichtlich zweier unterschiedlicher Personenkreise, nämlich der mitwirkenden Personen als tatsächlich tätiger natürlicher Personen (§ 203 StGB-E) und der Dienstleister (§ 50a WPO-E, § 43f BRAO-E und § 39c BStBerG-E). Die Regelungen sind insoweit inkonsistent, eine kumulative Anwendung ist nicht praktikabel. Insgesamt ist das Zusammenspiel zwischen § 203 StGB-E und Berufsrecht unklar. Nach unserem Verständnis soll klargestellt werden, dass berufsrechtskonformes Verhalten strafrechtlich irrelevant ist. Man kann den Entwurf aber auch so interpretieren, dass § 203 StGB-E für sich selbst steht und die Strafbarkeit des dritte Personen einschaltenden Berufsträgers schon dann ausschließt, wenn die Voraussetzungen des § 203 StGB-E gewahrt sind. Auf die Frage, ob das Verhalten des Berufsträgers berufsrechtlich zulässig ist, käme es bei dieser Lesart nicht an. Das scheint nicht gewollt zu sein und das Gesetz sollte entsprechend nachjustiert werden.
- 2 Die im jeweiligen Berufsrecht vorgeschlagene Auslandsregelung sowie die Irrelevanz der Einwilligung des Mandanten führen zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen für deutsche (Syndikus-) Rechtsanwälte wie auch für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, die grenzüberschreitende Mandate haben und insoweit im internationalen Wettbewerb stehen und/oder ausländische (IT-)Dienstleister in Anspruch nehmen:
 - § 43f Abs. 4 BRAO-E verlangt, dass bei der Beauftragung von Dienstleistern im Ausland dort ein angemessener Schutz der Geheimnisse gewährleistet sein muss. Die Gesetzesbegründung sieht die Pflicht zur Einzelfall-Überprüfung des Schutzniveaus beim Berufsträger (S. 32). Diese Pflicht ist insbesondere für kleine Kanzleien oder Einzelanwälte, die Dienstleistungen auslagern wollen, kaum erfüllbar. Sofern an dieser Regelung festgehalten werden soll, erachtet es der BUJ als sachgerecht, dass die Entscheidung, ob in einem anderen Staat ein angemessener Geheimnisschutz gewährleistet wird, rechtsverbindlich von übergeordneter Stelle getroffen wird.
 - § 43f Abs. 5 BRAO-E setzt die beiden Sachverhalte, dass der Berufsträger mit und dass er ohne Einwilligung des Mandanten handelt, gleich. Damit wird die Privatautonomie des Mandanten ohne ersichtlichen Grund beschränkt, zumal ein Schutzinteresse des Mandanten nicht erkennbar ist. Denn dieser wird seine Einwilligung ohnehin nur erteilen, wenn ihm der Berufsträger vorab versichert hat, dass die Inanspruchnahme externer Dienstleistungen gemäß den berufsrechtlichen Sorgfaltspflichten erfolgt. Die Einwilligung des Mandanten sollte eine vergleichbare rechtliche Wirkung entfalten wie die Einwilligung des Betroffenen im Datenschutzrecht und mit materiellen wie formalen Erleichterungen des Berufsträgers einhergehen.

Von einer Regelung in der im Entwurf dargestellten Form sollte deshalb abgesehen werden.

- Alles andere hätte für den in § 46 Abs. 2 BRAO neu kodifizierten Syndikusrechtsanwalt verheerende Auswirkungen. Gerade der Syndikusrechtsanwalt ist notwendig darauf angewiesen, durch seinen Arbeitgeber als Herr des Geheimnisses von seinen berufsrechtlichen Pflichten auch des § 43f BRAO-E befreit werden zu können. Denn der Syndikusrechtsanwalt hat keinen Rechtsanspruch auf die konkrete Ausgestaltung seines Arbeitsplatzes und kann damit die Einrichtung seiner Syndikusrechtsanwalts-Kanzlei im Unternehmen nur bedingt beeinflussen. Wenn also der Syndikusrechtsanwalts-Arbeitgeber bestimmte externe Dienstleister mit für die Syndikusrechtsanwalts-Kanzlei relevanten Dienstleistungen beauftragt (z.B. die IT-Tochter des Konzerns mit der Speicherung aller Unternehmensdaten in Datenbanken externer Dienstleister im außereuropäischen Ausland), muss der Syndikusrechtsanwalt sich dem letztlich beugen. Ohne Einwilligungsoption könnte der Syndikusrechtsanwalt also seinen Beruf nicht ausüben und § 43f Abs. 5 BRAO-E die Wirkung eines faktischen Berufsausübungsverbots für Syndikusrechtsanwälte entfalten. Das ist vermutlich nicht die Absicht des Gesetzgebers. Auch insofern sollte § 43f Abs. 5 BRAO-E gestrichen werden. Für Syndikusrechtsanwälte muss jedenfalls sichergestellt sein, dass die Nutzung der vom Arbeitgeber bereitgestellten Kanzlei-Infrastruktur stets berufsrechtskonform ist.

- 3 Sollte an der vorgenannten Regelung festgehalten werden, bedarf es in jedem Fall einer Klarstellung, dass diese Vorschriften nicht für Syndikusrechtsanwälte respektive für deren Arbeitgeber gelten. Andernfalls würde ein Großteil der deutschen Wirtschaft über ihre Syndikusrechtsanwälte infiziert und mittelbar dem strengen Berufsrecht unterworfen.

Denn auch der Syndikusrechtsanwalt unterliegt als Rechtsanwalt der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht, da gesetzlich nichts anderes bestimmt ist (§§ 46 Abs. 2 Satz 1, 46c Abs. 1 BRAO). Diese wirft in der Praxis bereits de lege lata eine Vielzahl von Problemen auf, die durch den jetzt vorliegenden Entwurf verschärft werden. Hier wie dort besteht das Grundproblem, dass der Syndikusrechtsanwalt seinen Kanzleisitz im Unternehmen des Arbeitgebers einrichtet (§ 46c Abs. 4 Satz 1 BRAO). Die bisherige Lösung de lege lata ist, dass der Arbeitgeber und damit der Mandant des Syndikusrechtsanwalts als „Herr des Geheimnisses“ seinen Syndikusrechtsanwalt von seinen berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten (konkulent) befreit. Dieser Weg scheint mit der geplanten Neuregelung versperrt in Bezug auf ausländische externe Dienstleister, da die Einwilligung des Mandanten den Syndikusrechtsanwalt nicht von den Vorgaben des § 43f BRAO-E entbinden kann. Dann besteht die Lösung einzig darin, dass die dem Syndikusrechtsanwalt von seinem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Kanzlei-Infrastruktur, namentlich die Sekretariatskräfte und sonstige Mitarbeiter, sowie externe Dienstleister nicht solche des Syndikusrechtsanwalts sind, sondern eben solche des Arbeitgebers und damit auch nicht dem Syndikusrechtsanwalt zugerechnet werden können. Das sollte dann aber im Gesetz, zumindest in der Begründung klar gestellt werden. Insoweit vermisst der BUJ eine Klarstellung in §§ 43a Abs. 2, 43f Abs. 5 BRAO-E, dass Syndikusrechtsanwälte nicht verpflichtet sind, die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Personalmittel (Sekretariatskräfte und sonstige interne oder externe Mitarbeiter) zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Generell sollte für alle Berufsträger klargestellt werden, dass die Nutzung von Ressourcen des Mandanten durch den Berufsträger zulässig ist.

III. Im Einzelnen:

1. Änderungen des Strafgesetzbuchs

Zu Artikel 1 Nr. 2 Buchst. c RefE betreffend § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E

1.1. Strafbarkeit in Bezug auf mitwirkende Personen

Nach § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E macht sich ein Berufsgeheimnisträger strafbar, wenn er eine mitwirkende Person, die ihrerseits unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, nicht sorgfältig auswählt, zur Geheimhaltung verpflichtet und überwacht.

Das spricht für eine Strafbarkeit aufgrund von Fahrlässigkeit, und das Bedenken wird auch nicht in der Begründung (Entwurf S. 16 unten/S. 17 oben) ausgeräumt. Erst im Entwurf S. 25, letzter Spiegelstrich findet sich die Klarstellung, dass "mangels ausdrücklicher Fahrlässigkeitsstrafbarkeit eine zumindest bedingt vorsätzliche Pflichtverletzung erforderlich" ist. Dabei soll sich der Vorsatz nicht auf die vorsätzlich unbefugte Offenbarung durch die mitwirkende Person beziehen, die lediglich eine objektive Bedingung der Strafbarkeit sei (Entwurf S. 26 oben).

Das mag dogmatisch tragfähig sein, führt aber nicht nur zu praktischen Problemen bei der Abgrenzung, worauf sich der bedingte Vorsatz beziehen muss. In der Rückschau wird nämlich die Beurteilung der Schuldform bei der unzureichenden Auswahl oder Überwachung vom Ergebnis her (Offenbarung durch mitwirkende Person) beeinflusst werden. Ferner müsste sich der Prüfungsmaßstab bei der Auswahl darauf beziehen, dass die potentiell mitwirkende Person auf Basis der über sie mit vernünftigem Aufwand (welcher ist das?) zu erfahrenden Tatsachen (wie verhält sich das zum Datenschutz?) voraussichtlich die anzuvertrauenden Geheimnisse nicht offenbaren wird. Wenn aber mindestens ein bedingter Vorsatz hinsichtlich des Verstoßes gegen die Anforderungen an die Auswahl gegeben sein muss, um die Strafbarkeit des Berufsgeheimnisträgers zu begründen, sollte man zur Herstellung der Gleichwertigkeit des Schuldvorwurfs in beiden alternativen Begehungsformen des § 203 StGB-E erwarten, dass sich sein bedingter Vorsatz auch auf die spätere vorsätzliche Offenbarung seitens der mitwirkenden Person bezieht.

Der Begriff der Sorgfalt sollte im Gesetz definiert und in der Gesetzesbegründung mit Beispielen erläutert werden (vgl. S. 16, 17, 20 und 25 der Gesetzesbegründung) werden. Zudem wären Hinweise in der Gesetzesbegründung hilfreich, wie ein Berufsgeheimnisträger nachweisen kann, dass er bei der Auswahl der mitwirkenden Person Sorgfalt hat walten lassen.

Im Übrigen stellt sich hier die Frage, ob es einer solchen (Straf-) Vorschrift überhaupt bedarf, da bereits das Berufsrecht bzw. das Dienstrecht der zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen ausreichen dürfte, das unter Strafe gestellte Handeln zu ahnden. Bei Syndikusrechtsanwälten kommt hinzu, dass ein Verstoß gegen die aus dem Syndikusrechtsanwalts-Anstellungsverhältnis folgende Pflicht zur Verschwiegenheit ohnehin strafbewehrt ist nach Maßgabe von §§ 17, 19 UWG.

Lösungsvorschlag: Definition des Begriffs „Sorgfalt“ im Gesetz und entsprechende Erläuterung in der Gesetzesbegründung

1.2. Zum Begriff „überwachen“

§ 203 Abs. 4 Nr. 1 StGB-E verpflichtet den Berufsträger, Dienstleister „bei ihrer Tätigkeit“ zu überwachen. Wir verstehen die Überwachungspflicht so, dass dafür keine physische Präsenz gefordert wird. Dennoch verursacht der Zusatz „bei ihrer Tätigkeit“ Rechtsunsicherheit, da er eine räumliche Nähe zwischen Überwachenden und Überwachten nahelegt. Überwachung durch Präsenz wäre lediglich denkbar (wenn auch nicht praktikabel), wenn der Dienstleister in den Räumen des Berufsträgers tätig wird. Für den Regelfall der Inanspruchnahme externer Dienstleister (z.B. im Fall einer Fernwartung des IT Systems) durch Rechtsanwälte ist eine Überwachung mit Präsenz hingegen nicht möglich.

Eine Streichung des Zusatzes „bei ihrer Tätigkeit“ würde der Klarstellung dienen, dass die Überwachungspflicht nicht mit körperlicher Anwesenheit des Überwachenden beim Überwachten erfüllt werden muss. Zusätzlich sollte es eine entsprechende Erklärung in der Gesetzesbegründung geben, da auch die Streichung der Worte „bei ihrer Tätigkeit“ nicht zur vollständigen Zweifelsfreiheit führt (siehe unten Punkt 2.4.).

Es stellt sich insbesondere die Frage, wie eine Überwachung der tatsächlich handelnden natürlichen Personen überhaupt in praxi bewerkstelligt werden kann. Denn gerade bei der Inanspruchnahme großen (IT-) Dienstleister wird der Berufsträger die tatsächlich für den Vertragspartner handelnden natürlichen Personen im Vorfeld im Zweifel überhaupt nicht kennen. Der Berufsträger hat also nur begrenzte Möglichkeit, die Zuverlässigkeit von Angestellten seiner Vertragspartner zu überprüfen. D.h., er muss sich darauf verlassen, dass der ausgewählte Vertragspartner seinerseits zuverlässiges Personal einschaltet (Rechtsgedanke des § 831 BTB). Folgerichtig stellt das Berufsrecht auf den Vertragspartner ab (siehe unten Punkt 2.3.). Hier sollte ein entsprechender Gleichlauf erzeugt werden.

Lösungsvorschlag: § 203 Abs. 4 Nr. 1 StGB-E Streichung „bei Ihrer Tätigkeit“

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei der ordnungsgemäßen Ausübung seiner Tätigkeit als mitwirkende Person (Absatz 3) oder als bei den in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen tätiger Beauftragter für den Datenschutz bekannt geworden ist. 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 unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, nicht sorgfältig ausgewählt, zur Geheimhaltung verpflichtet und ~~bei ihrer Tätigkeit~~ überwacht hat.

2. Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)

Der RefE enthält Anpassungen der berufsrechtlichen Regeln der BRAO, die in weiten Teilen bereits Teil der Berufsordnung der Rechtsanwälte (vgl. § 2 Abs. 3 lit. C und Abs. 4 BORA) sind. Der BUJ begrüßt, dass diese Satzungsregelungen nunmehr auf eine gesetzliche Ebene gehoben werden.

2.1. Begriff „in geeigneter Weise hinwirken“ (vgl. § 43a Abs. 2 Satz 5 BRAO-E)

§ 43a Abs. 2 Satz 5 BRAO-E fordert vom Berufsträger, dass er bei den bei ihm beschäftigten Personen in geeigneter Weise auf die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht hinwirken muss, um die schriftliche Verschwiegenheitsverpflichtung im Nachhinein nicht leerlaufen zu lassen.

Allerdings liefern weder Gesetz noch Gesetzesbegründung (S. 24) eine Hilfestellung, was unter „in geeigneter Weise“ zu verstehen ist. Die Gesetzesbegründung (S. 24) geht davon aus, dass es bereits Anhaltspunkte für eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht gibt. Daher verstehen wir die Pflicht zum Hinwirken so, dass sie dann entsteht, wenn es Anhaltspunkte für eine Verschwiegenheitsverletzung gibt. Dies sollte in der Gesetzesbegründung entsprechend erläutert werden.

Lösungsvorschlag: **Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass eine Pflicht zum Hinwirken erst bei Anhaltspunkten für eine Verletzung der Verschwiegenheit besteht.**

2.2. Regelungsbedarf für Syndikusrechtsanwälte (vgl. § 43a Abs. 2 Satz 7 BRAO-E)

Nach § 43a Abs. 2 Satz 7 BRAO-E soll für „angestellte Rechtsanwälte“ § 43a Abs. 2 Satz 4 BRAO nicht gelten, da sie „aufgrund ihrer eigenen berufsrechtlichen Verpflichtung in gleichem Maße zur Verschwiegenheit verpflichtet sind wie der Rechtsanwalt, bei dem sie angestellt sind.“ (vgl. Gesetzesbegründung, S. 28 a.E.). In diesen Fällen kann demnach eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit entfallen.

Durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte, welches zum 1.1.2016 in Kraft getreten ist, gibt es nach § 46 Abs. 2 BRAO auch (angestellte) Rechtsanwälte, deren Arbeitgeber kein Rechtsanwalt ist. Hier stellt sich die Frage, ob – entgegen der Gesetzesbegründung – auch für diese angestellten Rechtsanwälte der § 43a Abs. 2 Satz 7 BRAO – E gelten soll.

Aus der Sicht des BUJ besteht auch für den Syndikusrechtsanwalt keine Notwendigkeit, dass er nochmals zur Verschwiegenheit verpflichtet wird. Bereits durch seine Zulassung gelten gem. § 46c Abs. 1 BRAO für ihn „die Vorschriften über Rechtsanwälte“ und damit auch die Verschwiegenheitsverpflichtungen (§ 43a Abs. 2 BRAO).

Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit der angestellte (Syndikus-) Rechtsanwalt seinerseits verpflichtet ist, das ihm vom Arbeitgeber zur Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten zugewiesene Personal (z.B. die Sekretärin, den IT – Support etc.) im Rahmen

des durch § 203 Abs. 3 und 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E eingeführten „Need-to-Know- Prinzips“ auf die Verschwiegenheit zu verpflichten und entsprechend zu überwachen. Eine „sorgfältige Auswahl“ der vorstehend genannten Personen (z.B. der Sekretärin des (Syndikus-) Rechtsanwaltes) ist in der Praxis kaum realisierbar, da diese Dritten ja von dem Arbeitgeber des Syndikusrechtsanwaltes ausgewählt und angestellt werden. Im besten Fall hat der Syndikusrechtsanwalt hier ein Recht, seine Meinung zu äußern.

Die gleiche Fragestellung gibt es übrigens auch im Rahmen der Regelung des § 2 Abs. 4 BORA, wonach „der Rechtsanwalt ... seine Mitarbeiter zur Verschwiegenheit schriftlich zu verpflichten (hat)“. Aus Sicht eines angestellten (Syndikus-) Rechtsanwaltes handelt es sich z.B. bei der ihm vom Arbeitgeber zugewiesenen Sekretärin gar nicht um sein eigenes Personal, dem gegenüber er im Rahmen des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts weisungsbefugt ist, sondern um „beigestelltes“ Personal seines Arbeitgebers, der als „Herr des Geheimnisses“ auch bestimmen kann, welchen Verschwiegenheitsmaßstab er anwenden will.

Aus den vorgenannten Gründen empfiehlt es sich, eine Klarstellung im Gesetz vorzunehmen und die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 43a Abs. 2 Satz 4 BRAO-E ausdrücklich für angestellte (Syndikus-) Rechtsanwälte i.S.v. § 46 Abs. 1, 2 BRAO auszuschließen. Insoweit vermisst der BUJ eine Klarstellung in §§ 43a Abs. 2, 43f Abs. 5 BRAO-RefE, dass Syndikusrechtsanwälte nicht verpflichtet sind, die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Personalmittel (Sekretariatskräfte und sonstige interne oder externe Mitarbeiter) zur Verschwiegenheit zu verpflichten.

Die Erfüllung vorgenannter Pflichten dürfen dem Syndikusrechtsanwalt und letztlich dem nichtanwaltlichen Arbeitgeber nur dann abverlangt werden, wenn diesem dann auch ein vollumfängliches strafprozessuales Legal Privilege eingeräumt wird. Denn es wäre ein unhaltbares Ergebnis, wenn de lege ferenda (nach Maßgabe von Art. 12 RefE Berufsanerkennungs-RL) der Schreibkraft des (Syndikus-) Rechtsanwalts ein strafprozessuales Legal Privilege eingeräumt werden soll, dem Syndikusrechtsanwalt als Berufsträger selbst dieses aber verwehrt würde. Insoweit zeigt sich auch hier einmal mehr, dass die dem Syndikusrechtsanwalt vorenthaltenen strafprozessualen Legal Privileges nicht überzeugen.

Lösungsvorschlag: Nach § 43a Abs. 2 Satz 4 einen neuen Satz 5 einfügen.

Der Rechtsanwalt hat die bei ihm beschäftigten Personen in schriftlicher Form zur Verschwiegenheit zu verpflichten und sie dabei über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung zu belehren. Zudem hat er bei ihnen in geeigneter Weise auf die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht hinzuwirken. Den bei dem Rechtsanwalt beschäftigten Personen stehen die Personen gleich, die im Rahmen einer berufsvorbereitenden Tätigkeit oder einer sonstigen Hilfstätigkeit an seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken. Satz 4 gilt nicht für angestellte Rechtsanwälte und für Referendare. Hat sich ein Rechtsanwalt mit anderen Personen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung zusammengeschlossen und besteht zu den Beschäftigten ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis, so genügt es, wenn ein Rechtsanwalt die Verpflichtung vornimmt. ***Dies gilt nicht für angestellte Rechtsanwälte i.S.d. § 46 Abs. 1 und Abs. 2 BRAO.***

2.3. Legaldefinition von „Dienstleister“ (vgl. Artikel 2 Nr. 3, 3 Nr. 2 und 4 Nr. 3 RefE betreffend § 43f Abs. 1 Satz 2 BRAO-E)

Die Begründung zu § 43f BRAO-E verwendet nicht mehr den Begriff der mitwirkenden Person aus § 203 StGB-E, sondern des Dienstleisters (Entwurf S. 30 f). Dienstleister ist somit eine Person oder Stelle (Entwurf S. 31, zweiter vollständiger Absatz). Der Begriff "Stelle" erscheint unglücklich, weil eine Stelle kein zivilrechtlicher Begriff ist; im Datenschutzrecht werden hierunter öffentliche Institutionen subsumiert (vgl. § 2 Abs., 1, 2 und § 3 Abs. 7 BDSG). Öffentliche Stellen erschließen sich aber nicht auf den ersten Blick als Vertragspartner. Gemeint ist aber, wie sich aus dem Zusammenhang des Satzes ergibt, jeder von einer einzelnen natürlichen Person abweichende Vertragspartner. Dies sollte in der Gesetzesbegründung entsprechend klargestellt werden.

Dieser Dienstleister ist dann sorgfältig auszuwählen und zu überwachen, § 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO-E und Entwurf S. 31 zu Absatz 2. Hier liegt ein Gegensatz zu § 203 StGB-E, vor, der die Auswahl- und Überwachungspflicht auf die natürliche Person bezieht und gerade nicht auf den Vertragspartner. Dass eine doppelte Auswahl- und Überwachungspflicht angestrebt wäre, lässt der Entwurf nicht erkennen und bedarf insoweit der Überarbeitung und Klärung.

Lösungsvorschlag: Streichung des Wortes „Stelle“ oder Ergänzung „öffentliche“ mit entsprechender Erläuterung in der Gesetzesbegründung.

§ 43f Inanspruchnahme von Dienstleistungen

- (1) Der Rechtsanwalt darf Dienstleistern den Zugang zu Tatsachen eröffnen, auf die sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 43a Absatz 2 Satz 1 bezieht, soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Dienstleister ist eine andere Person **oder Stelle alt.: „oder öffentliche Stelle“**, die vom Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird, die nicht unmittelbar einem einzelnen Mandat dienen.

Lösungsvorschlag: Erläuterung in der Gesetzesbegründung, dass keine doppelte Auswahl- und Überwachungspflicht besteht

2.4. Begriff „sorgfältig“ (vgl. Artikel 2 Nr. 3, 3 Nr. 2 und 4 Nr. 3 RefE betreffend § 43f Abs. 2 Satz 1 BRAO-E)

Wie § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StBG-E fordert auch § 43f Abs. 2 Satz 1 BRAO-E, dass der Berufsträger den Dienstleister sorgfältig auszuwählen habe. Die Gesetzesbegründung (S. 31) nennt beispielhaft Zertifizierungen und sonstige Qualifikationshinweise als Hilfen für eine sorgfältige Auswahl. Darüber hinaus bleibt der Begriff der Sorgfalt in dem konkreten Zusammenhang allerdings weiter unklar.

Lösungsvorschlag: Erläuterungen des Begriffs „sorgfältig“ in der Gesetzesbegründung anhand von Beispielen, insbesondere bei der Wahl ausländischer Dienstleister.

2.5. Begriff „überwachen“ (vgl. Artikel 2 Nr. 3, 3 Nr. 2 und 4 Nr. 3 RefE betreffend §§ 43f Abs. 2 Satz 1 BRAO-E, 26a Abs. 2 Satz 1 BNotO-E, 39c Abs. 2 Satz 1 PAO-E)

§ 43f Abs. 2 Satz 1 BRAO-E verpflichtet den Berufsträger, den Dienstleister zu überwachen. Hierzu haben wir bereits im Rahmen von § 203 StGB-E Stellung genommen, so dass hierauf verwiesen werden kann (vgl. oben Ziff. 1.2.).

2.6. Auslandsbezug (vgl. Artikel 2 Nr. 3, 3 Nr. 2 und 4 Nr. 3 RefE betreffend § 43f Abs. 4 BRAO-E)

§ 50a Abs. 4 WPO-E, § 43f Abs. 4 BRAO-E und § 39c Abs. 4 BStBerG-E springen in der bisher geplanten Fassung zu kurz und begründen für deutsche Berufsträger Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Berufsträgern, die bei der Nutzung moderner Technologien geringeren Restriktionen unterworfen sind. Denn nach Maßgabe von Abs. 4 ist eine Beauftragung ausländischer Dienstleister nur dann zulässig, wenn dort ein mit dem Inland vergleichbares Schutzniveau vor staatlichen Eingriffen besteht. Das sei - so die Begründung - i.d.R. innerhalb der EU gewährleistet, ansonsten muss dies der Rechtsanwalt im Einzelfall selbst prüfen.

Ob dem Dienstleister im Ausland mit §§ 53, 53a, 97 StPO-E im Einzelfall vergleichbare „Legal Privileges“ und damit ein vergleichbares Schutzniveau zustehen, kann der Berufsträger – sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht - nicht immer ohne weiteres rechtssicher feststellen. Es fehlt damit an der verfassungsrechtlich gebotenen Normklarheit und Justiziabilität als Ausfluss des Bestimmtheitsgebots, dem im Hinblick auf die strafrechtliche Relevanz der Vorschrift (§ 203 Abs. 3 und Abs. 4 StGB-E) besondere Bedeutung beizumessen ist (Art. 103 Abs. 2 GG). Der Gesetzgeber oder zumindest die Exekutive oder auch die Berufsaufsicht (WPK, BRAK, BStBK) muss daher an dieser Stelle klare Vorgaben machen.

De lege ferenda ist es aber so, dass die Gewährung strafprozessualer Legal Privileges an Nicht-Berufsträger weltweit ein Unikum darstellt. Faktisch ist damit ein vergleichbares Schutzniveau vor staatlichen Eingriffen weder innerhalb noch außerhalb der EU gegeben. Mithin ist die geplante Vorschrift in der jetzigen Form europarechtswidrig. Eine verfassungs- und europarechtskonforme Lösung könnte - wie im Datenschutzrecht – die Herausgabe einer verbindlichen „White List“ erzeugen.

Insoweit sollte ein Gleichlauf mit dem Datenschutzrecht analog § 320 Abs. 5 HGB erwogen werden. Nach Maßgabe dieser Regelung ist eine grenzüberschreitende Datenübermittlung durch den zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufsträger im Rahmen einer Konzernabschlussprüfung nach §§ 4b, 4c BDSG möglich (a) innerhalb der EU/EWR, (b) in Drittstaaten, wenn das Land auf der White List steht oder (c) Standardvertragsklauseln

verwendet werden. Daran ändert sich auch nichts durch Art. 44, 45 ff. DSGVO: Die Übermittlung unterbleibt, soweit der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat, insbesondere wenn ein angemessenes Datenschutzniveau nicht gewährleistet ist. Ein Defizit rechtsstaatlicher Schutzvorkehrungen vor staatlichen Eingriffen kann hier durch zusätzliche Schutzvorkehrungen technischer, organisatorischer und vertraglicher Art kompensiert werden.

Lösungsvorschlag: **Rechtsverbindliche Vorgaben welche Staaten die Voraussetzungen eines angemessenen Geheimnisschutzes gewährleisten.**

In § 43f Abs. 4 BRAO-E nach Satz 1 wird folgender Satz 2 ergänzt:

„Ein angemessener Schutz der Geheimnisse ist bei ausländischen Dienstleistern jedenfalls dann gewährleistet, wenn das Schutzniveau den datenschutzrechtlichen Anforderungen entspricht, die eine grenzüberschreitende Datenübermittlung personenbezogenen Daten zu diesem erlaubt (Abs. 7) und technische Schutzvorkehrungen vor staatlichen Zugriffen bestehen.“

2.7. Einwilligung (vgl. Artikel 2 Nr. 3, 3 Nr. 2 und 4 Nr. 3 RefE betreffend § 43f Abs.5 BRAO-E)

Nach § 50a Abs. 5 WPO-E, § 43f Abs. 5 BRAO-E und § 39c Abs. 5 BStBerG-E gelten die Voraussetzungen der Abs. 2–4 auch bei Einwilligung des Mandanten. Der Gesetzgeber will offenbar den Mandanten vor sich selbst schützen. Das führt zu einer partiellen Entmündigung des Mandanten und widerspricht dem bis dato allgemeingültigen Rechtsgrundsatz, dass der Mandant als "Herr des Geheimnisses" den Berufsträger von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden kann (vgl. § 2 Abs. 3 lit. a) BORA).

Das BVerfG hat demgegenüber klargestellt, dass selbst bei widerstreitenden Interessen i.S.v. § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA, § 356 StGB eine Einwilligung möglich sein muss. Dieser Systembruch sollte daher auch aus übergeordneten, rechtspolitischen und im Hinblick auf Art. 1, 2 GG (Informationelles Selbstbestimmungsrecht des Mandanten sowie Art. 2, 12 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit; Berufs- und Unternehmensfreiheit sowohl des (Syndikus-) Rechtsanwalts wie auch des Mandanten) nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten vermieden werden. Freilich ist dann - auch im Interesse der Mandanten – eine konkrete unterrichtete Einwilligung einzufordern, um eine adäquate Informationssymmetrie zu gewährleisten.

Alles andere hätte nicht zuletzt für den in § 46 Abs. 2 BRAO neu kodifizierten Syndikusrechtsanwalt verheerende Auswirkungen. Denn gerade der Syndikusrechtsanwalt ist notwendig darauf angewiesen, durch seinen Arbeitgeber als Herr des Geheimnisses von seinen berufsrechtlichen Pflichten auch des § 43f BRAO-E befreit werden zu können. Denn dieser hat keinen Rechtsanspruch auf die konkrete Ausgestaltung seines Arbeitsplatzes und kann damit die Einrichtung seiner Syndikusrechtsanwalts-Kanzlei im Unternehmen

nur bedingt beeinflussen. Wenn also der Syndikusrechtsanwalts-Arbeitgeber bestimmte externe Dienstleister mit für die Syndikusrechtsanwalts-Kanzlei relevanten Dienstleistungen beauftragt (z.B. Speicherung aller Unternehmensdaten in Datenbanken externer Dienstleister im außereuropäischen Ausland), muss der Syndikusrechtsanwalt sich dem letztlich beugen. Ohne Einwilligungsoption könnte der Syndikusrechtsanwalt also seinen Beruf nicht ausüben, so dass § 43f Abs. 5 BRAO-E zu einem faktischen Berufsausübungsverbot für Syndikusrechtsanwälte mutierte. Auch insofern sollte § 43f Abs. 5 BRAO-E gestrichen werden. Für Syndikusrechtsanwälte muss jedenfalls sichergestellt sein, dass die Nutzung der vom Arbeitgeber bereitgestellten Kanzlei-Infrastruktur stets berufsrechtskonform ist. Generell sollte für alle Berufsträger klargestellt werden, dass die Nutzung von Ressourcen des Mandanten durch den Berufsträger zulässig ist.

Lösungsvorschlag: In Abs. 5 soll der Verweis auf Abs. 4 gestrichen werden. Klarstellend könnte folgender Satz 2 im Abs. 5 angefügt werden:

- (1) (...)
- (2) Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, den Dienstleister sorgfältig auszuwählen und zu überwachen. Er hat die Zusammenarbeit unverzüglich zu beenden, wenn die Einhaltung der Vorgaben des Absatzes 3 durch den Dienstleister nicht gewährleistet ist.
- (3) Der Vertrag mit dem Dienstleister bedarf der schriftlichen Form. In ihm ist
 1. der Dienstleister unter Belehrung über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung zur Verschwiegenheit zu verpflichten,
 2. der Dienstleister zu verpflichten, sich nur insoweit Kenntnis von fremden Geheimnissen zu verschaffen, als dies zur Vertragserfüllung erforderlich ist,
 3. festzulegen, ob der Dienstleister befugt ist, weitere Personen zur Erfüllung des Vertrags heranzuziehen; für diesen Fall ist dem Dienstleister aufzuerlegen, diese Personen in schriftlicher Form zur Verschwiegenheit zu verpflichten.
- (4) Bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im Ausland erbracht werden, darf der Rechtsanwalt dem Dienstleister den Zugang zu fremden Geheimnissen unter den Voraussetzungen der Absätze 1 bis 3 nur dann eröffnen, wenn dort ein angemessener Schutz der Geheimnisse gewährleistet ist.
- (5) ***„Die Absätze 2 bis 3 gelten auch im Fall der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, in die der Mandant eingewilligt hat. Im Fall des Abs. 4 bedarf es einer konkreten Einwilligung des Mandanten.“***