



Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen.

Nach § 203 StGB macht sich strafbar, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm in bestimmter beruflicher Eigenschaft anvertraut oder sonst bekannt geworden ist. Berufsgeheimnisträger sind jedoch bei ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit auf die Hilfeleistung anderer Personen angewiesen. In vielen Fällen ist es für Berufsgeheimnisträger auch wirtschaftlich sinnvoll, diese Tätigkeiten durch darauf spezialisierte Unternehmen oder selbständig tätige Personen erledigen zu lassen. Einrichtung, Betrieb, Wartung und Anpassung von informationstechnischen Systemen erfordern z.B. spezielle berufliche Kenntnisse, die bei berufsmäßig tätigen Gehilfen im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 1 StGB nicht zwingend vorausgesetzt werden können.

Am 15. Dezember 2016 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen entsprechenden Referentenentwurf zur Neufassung des § 203 StGB und einzelner Berufsregeln veröffentlicht.¹ Die GDD begrüßt, dass auf diesem Wege die notwendige Rechtssicherheit beim Einsatz von Dienstleistern hergestellt werden soll. Der Entwurf weist jedoch z.T. Defizite auf.

Bisherige Rechtslage und geplante Neuregelung

Derzeit wird von einer beugten Offenbarung gegenüber berufsmäßig tätigen Gehilfen und den zur Vorbereitung auf den Beruf Tätigen ausgegangen. Beide Gruppen unterliegen gem. § 203 Abs. 3 S. 2 StGB einer eigenständigen Schweigepflicht und werden zum sog. „Kreis der zum Wissen Berufenen“ gezählt. Die Offenbarungsbefugnis ergibt sich dabei nicht aus der Verschwiegenheitspflicht an sich,² sondern ist Ausdruck sozialadäquaten Verhaltens.³

In der Praxis gerät diese Handhabung an Grenzen. So ist umstritten, ob etwa IT-Wartungsunternehmen, Digitalisierungsdienstleister oder Aktenvernichter, die jeweils auf Grundlage einer Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 BDSG tätig werden, zugleich berufsmäßig tätige Gehilfen im Sinne des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB sein können. Der Geheimnisschutz nach dem StGB und der Schutz personenbezogener Daten nach dem BDSG sind insoweit nur teilkongruent.

Der nun vorliegende Referentenentwurf löst sich von der Kategorie der berufsmäßig tätigen Gehilfen und führt den neuen Begriff der „mitwirkenden Person“ ein. Offenbarungen gegenüber Personen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der Berufsgeheimnisträger mitwirken, werden nach § 203 Abs. 3 StGB-E nicht bestraft, wenn diese Offenbarungen für die ordnungsgemäße Ausübung der

¹ http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Neuregelung_Schutzes_von_Geheimnissen_bei_Mitwirkung_Dritter_an_der_Berufsausuebung_schweigepflichtiger_Personen.html

² Vgl. BayObLG, Beschl. v. 8.11.1994, 2St RR 157/94 (<https://dejure.org/1994,3186>).

³ Näher Franck, DuD 2015, 253 ff.

Tätigkeit der mitwirkenden Personen erforderlich sind. Die dritte Person muss dabei unmittelbar in die berufliche Tätigkeit der schweigepflichtigen Person einbezogen sein und dies muss im Einvernehmen mit der schweigepflichtigen Person geschehen.⁴ Mitwirkende Personen unterliegen nach § 203 Abs. 4 S. 1 StGB-E einer eigenständigen Schweigepflicht. Verstoßen mitwirkende Personen hiergegen und hat der Berufsgeheimnisträger die mitwirkende Person nicht sorgfältig ausgewählt, zur Geheimhaltung verpflichtet und bei ihrer Tätigkeit überwacht, haftet auch der Berufsgeheimnisträger nach § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-E.

Zur sozial inadäquaten „Mitwirkung“

Gem. § 203 Abs. 3 StGB-E (und den geplanten Parallelregelungen in § 43f Abs. 1 BRAO-E, § 26a Abs. 1 BNotO-E etc.) werden Offenbarungen straflos gestellt, die für die ordnungsgemäße Ausübung der *Tätigkeit der mitwirkenden Personen* erforderlich sind. Der RefE entfernt sich damit vom hergebrachten Konzept der Sozialadäquanz, das nicht nur die Üblichkeit, sondern gerade auch die Notwendigkeit für die *Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers* voraussetzt. Das Maß der notwendig vorauszusetzenden Beeinträchtigungen darf hierbei nicht überschritten werden.⁵ Der RefE in seiner jetzigen Fassung begünstigt jedoch die Streuung von Privatgeheimnissen aufgrund einer rein wirtschaftlichen Betrachtung⁶ ohne Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Implikationen. Ausschließlich wirtschaftliche Beweggründe können nicht entscheidend sein, da hiermit das Vertrauen in die schweigepflichtigen Branchen gefährdet wird. **Die GDD schlägt vor, die Erforderlichkeit der Offenbarung für die ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers in § 203 Abs. 3 StGB-E und den entsprechenden berufsrechtlichen Regelungen zu verankern.**

Zum unbestimmtem Rechtsbegriff der „Erforderlichkeit“

§ 203 Abs. 3 StGB-E stellt in seiner jetzigen Fassung auf die Erforderlichkeit für die ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeit der mitwirkenden Personen ab. Unklar ist jedoch, wann Offenbarungen für erforderlich angesehen werden. Es ist den Berufsgeheimnisträgern auch nicht zuzumuten, auf den Umgang der Strafrechtsprechung mit der Vorschrift zu warten. **Die GDD schlägt vor, Kriterien zur Bestimmung der Erforderlichkeit zu erarbeiten und diese zumindest in den Gesetzesmaterialien zu dokumentieren.**

Zum Geheimnisschutzvertrag

Nach § 43f Abs. 3 BRAO-E (und den entsprechenden Parallelvorschriften in den übrigen Berufsrechten) wird der Berufsgeheimnisträger verpflichtet, mit dem jeweiligen Dienstleister einen der Schriftform unterliegenden Vertrag mit gesetzlichem Mindestinhalt abzuschließen. Der geplante Geheimnisschutzvertrag entspricht einem Vertrag nach § 11 Abs. 2 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 3 DS-GVO. Es fehlen jedoch essentielle Regelungen zu Gegenstand und Dauer des Auftrags (in Anlehnung an § 11 Abs. 2 Nr. 1 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 3 S. 1 DS-GVO), Umfang, Art und Zweck der vorgesehenen Offenbarung (in Anlehnung an § 11 Abs. 2 Nr. 2 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 3 S. 1 DS-GVO), die für einen effektiven Geheimnisschutz zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen (in Anlehnung an § 11 Abs. 2 Nr. 3 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 3 lit. c DS-GVO) oder auch Kontrollrechte des Berufsgeheimnisträgers und entsprechende Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Dienstleisters (in Anlehnung an § 11 Abs. 2 Nr. 5 BDSG bzw. Art. 28 Abs. 3 lit. h DS-GVO). **Die GDD schlägt im Interesse der Rechtssicherheit vor, die geplanten Regelungen zu Geheimnisschutzverträgen mit denen der Auftragsdatenverarbeitung zu harmonisieren.**

⁴ RefE, S. 18.

⁵ Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 514 ff.

⁶ So ausdrücklich RefE S. 31.

Zum „angemessenen“ Geheimnisschutzniveau im Ausland

Nach § 43f Abs. 4 BRAO-E (und den entsprechenden Parallelvorschriften in den übrigen Berufsrechten) ist die Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Ausland nur gestattet, wenn dort ein angemessener Schutz der Geheimnisse gewährleistet ist. Dies ist dem angemessenen Datenschutzniveau nach Art. 25 Abs. 1 RL 95/46/EG nachgebildet. Es fehlt jedoch ein verlässlicher Maßstab zur Beurteilung und eine Instanz zur Feststellung bzw. Aberkennung des Schutzniveaus. Anders als im Datenschutzrecht wird zudem prinzipiell jede Auftragsvergabe ins Ausland und nicht nur jene außerhalb von EU und EWR erfasst.⁷

§ 43f Abs. 5 BRAO-E (und die entsprechenden Parallelvorschriften in den übrigen Berufsrechten) legt fest, dass die besonderen Anforderungen der Abs. 2 bis 4 auch in den Fällen gelten sollen, in denen der Mandant in die Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch den Rechtsanwalt eingewilligt hat. Dies stößt bei grenzüberschreitenden Mandaten auf Bedenken, da ggf. zwingend mit Stellen in einem unsicheren Drittland zusammengearbeitet werden muss. Hier ist eine Regelung in Anlehnung an Art. 26 Abs. 1 litt. a bis e RL 94/46/EG erforderlich. **Die GDD schlägt daher im Interesse der Rechtssicherheit vor, die geplanten Regelungen zum angemessenen Geheimnisschutzniveau mit denjenigen des angemessenen Datenschutzniveaus zu harmonisieren und Kriterien sowie eine Instanz zur Beurteilung des angemessenen Schutzniveaus festzulegen.**

Zu den Amtsgeheimnissen

Obschon der RefE § 203 Abs. 2 StGB ausdrücklich nennt,⁸ werden keinerlei Regelungen zur Amtsverschwiegenheit getroffen. Die in § 203 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 bis 6 StGB genannten Personengruppen und die öffentliche Verwaltung insgesamt sind jedoch in gleicher Weise wie freiberufliche Schweigeverpflichtete zur Inanspruchnahme von Dienstleistern gezwungen. Die bloße Verpflichtung eines Dienstleisters nach dem Verpflichtungsgesetz hilft über das Erfordernis einer Offenbarungsbefugnis nicht hinweg. **Die GDD schlägt daher vor, die Privilegierung des § 203 Abs. 3 StGB-E im Interesse der Rechtsvereinheitlichung auch auf Schweigeverpflichtete nach § 203 Abs. 2 S. 1 StGB auszudehnen.**

Zur Subsidiarität

Gem. § 43f Abs. 6 BRAO-E (und den entsprechenden Parallelvorschriften in den übrigen Berufsrechten) gelten die geplanten Regeln nicht, soweit Dienstleistungen aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften in Anspruch genommen werden. Hier braucht es eine Klärung, ob die Inanspruchnahme als solche gesetzlich vorgesehen sein muss, oder ob es bereits genügt, dass die Inanspruchnahme gesetzlich ausgestaltet ist. Letzteres ist etwa bei der Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG bereits heute der Fall. § 43f Abs. 7 BRAO-E kann ebenfalls dahingehend verstanden werden, dass das allgemeine Datenschutzrecht vorgeht, sofern allein Privatgeheimnisse und keine Geschäftsgeheimnisse betroffen sind. **Die GDD schlägt vor, Kriterien zur Abgrenzung von strafrechtlichem Geheimnisschutz und Datenschutz zu erarbeiten und diese zumindest in den Gesetzesmaterialien zu dokumentieren.**

⁷ Zwar sei innerhalb der EU „in der Regel“ von einem angemessenen Schutzniveau auszugehen, RefE, S. 32, welche Länder jedoch ausgenommen bleiben sollen und unter welchen konkreten Bedingungen, wird nicht deutlich.

⁸ RefE, S. 1/12

Zur Ausstrahlungswirkung auf andere Berufsrechte

Den vielfältigen in § 203 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 StGB genannten Berufsgruppen wird im vorliegenden Gesetzentwurf nur bedingt Beachtung geschenkt. Dies liegt zum Teil an abweichenden Gesetzgebungskompetenzen und der satzungsmäßigen Ausformung bestimmter Berufsrechte. Die konkreten Neuerungen betreffen lediglich Anwälte, Patentanwälte und Notare. Eine bundeseinheitliche Regelung der Berufsgeheimnisse hat jedoch auf sämtliche Branchen des § 203 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 StGB unmittelbar Einfluss. **Die GDD regt daher an, den Entwurf in enger Abstimmung mit den jeweiligen berufsständischen Vereinigungen zu finalisieren, selbst wenn nicht alle genannten Berufsgruppen eigenständige bundesgesetzliche Landesregeln erhalten.**

Bonn, den 15. Januar 2017

Gesellschaft für Datenschutz
und Datensicherheit e.V.
Heinrich-Böll-Ring 10
53119 Bonn
info@gdd.de
www.gdd.de