

# Stellungnahme

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

13. Januar 2017

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.400 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.600 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlands-umsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

### Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf ist grundsätzlich geeignet die drückende Rechtsunsicherheit bei der Beauftragung von Dienstleistern durch Berufsgeheimnisträger zu beseitigen, bedarf aber noch einiger Klarstellungen. An wenigen Stellen sollten die Formulierungen noch angepasst werden, damit der Wortlaut zweifelsfrei der angestrebten Regelung entspricht. Ebenso wären einige klarstellende Formulierungen in der Begründung hilfreich, um neue Rechtsunsicherheiten bei der Auslegung zu vermeiden. Eine zügige Verabschiedung des Gesetzes ist dringend erforderlich.

### Anlage

Gemeinsames Papier der Projektgruppe Rechtliche Hemmnisse aus der E-Health Initiative des Bundesministeriums für Gesundheit

### Einleitung

Der Bitkom begrüßt die Initiative der Bundesregierung, Rechtsunsicherheiten zu

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Susanne Dehmel**  
**Mitglied der Geschäftsleitung**  
**Vertrauen & Sicherheit**  
T +49 30 27576-223  
s.dehmel@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

beseitigen, die im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen für Berufsgeheimnisträger bestehen. Dieses Problem besteht seit Jahren und wird durch die zunehmende Digitalisierung in den betroffenen Bereichen, insbesondere im Gesundheitssektor, immer gravierender. Es kann nur durch eine Änderung der Strafbarkeitsnorm des StGB selbst umfassend angegangen werden. An der Notwendigkeit des Gesetzgebungsvorhabens besteht daher kein Zweifel. Die bestehende Problemlage haben wir zuletzt ausführlich in einem gemeinsamen Papier<sup>1</sup> mehrerer Verbände aus dem Gesundheitsbereich im Rahmen der E-Health Initiative beschrieben. Wir verweisen insofern auf dieses aktuelle Papier. Das Gesetz sollte unbedingt noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden, um eine Verlängerung des rechtsunsicheren Zustands auf unbestimmte Zeit zu verhindern. Daher beschränken wir uns im Folgenden auf wenige Änderungsvorschläge, die auf noch mehr Rechtsklarheit und -sicherheit abzielen. Die Ausführungen zur Bundesrechtsanwaltsordnung gelten exemplarisch auch für die anderen betroffenen Berufsgruppen.

## **1. Ausschluss der Strafbarkeit bei Offenbarung an mitwirkende Personen (§ 203 Abs. 3 neu StGB)**

Die Klarstellung in Abs. 3, dass die Strafbarkeitstatbestände aus Abs. 1 und 2 nicht einschlägig sind bei Offenbarungen gegenüber Personen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der in diesen Vorschriften genannten Personen mitwirken, wenn sie erforderlich für deren ordnungsgemäße Ausübung ihrer Tätigkeit sind, wird begrüßt.

In der **Begründung** sollte allerdings noch deutlicher gemacht werden, dass der § 203 StGB die strafrechtliche Bewertung der Offenbarung von Berufsgeheimnissen abschließend regelt – unabhängig davon welche berufs- und standesrechtlichen Vorgaben zusätzlich bestehen oder geschaffen werden. Letztere können grundsätzlich weitere Vorgaben aufstellen und deren Nichteinhaltung sanktionieren. Sie können aber nicht ausschlaggebend für die Strafbarkeit sein. Andernfalls könnte die angestrebte Rechtssicherheit nicht erreicht werden.

Es wird daher vorgeschlagen die Begründung zu § 203 StGB wie folgt zu ergänzen/ändern:

### **1.1 S. 16 aa) Befugnisnormen im Berufsrecht der rechtsberatenden Berufe**

*Für die in § 203 Absatz 1 Nummer 3 StGB genannten rechtsberatenden Berufe (Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare) ist eine **berufsrechtliche** Lösung im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes möglich. Der Entwurf schlägt daher die Schaffung von Befugnisnormen in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), der Bundesnotarordnung (BNotO) und der Patentanwaltsordnung (PAO) vor. Darin sind die Voraussetzungen und Grenzen festgelegt, unter denen diese Berufsgeheimnisträger externe Dienstleistungen ohne Einwilligung der berechtigten Personen in Anspruch nehmen dürfen. Soweit die Berufsgeheimnisträger sich im Rahmen dieser Befugnisnormen bewegen, handeln sie zum einen im Einklang mit ihrem Berufsrecht, zum anderen ist eine Strafbarkeit wegen fehlender Unbefugtheit ausgeschlossen.*

---

<sup>1</sup> siehe Anlage

## Stellungnahme Änderung § 203 StGB

Seite 3|6

### 1.2 S. 16 bb) Einschränkung der Strafbarkeit schweigepflichtiger Personen (§ 203 Absatz 3 StGB-E)

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf in dem vorgenannten Sinne besteht aber auch darüber hinaus für andere Berufsgruppen, die der Schweigepflicht unterliegen. Insbesondere für den wichtigen medizinischen Bereich liegt die Gesetzgebungskompetenz für Berufsausübungsregelungen jedenfalls weitgehend bei den Ländern. Die Schaffung entsprechender Befugnisnormen durch den Bundesgesetzgeber ist damit ausgeschlossen. Im Rahmen seiner Kompetenzen bleibt für den Bundesgesetzgeber, der dem gesetzgeberischen Handlungsbedarf auch insoweit Rechnung tragen möchte, ~~nur~~ die Möglichkeit, die Strafbarkeit nach § 203 Absatz 1 StGB entsprechend einzuschränken. Auch für den in § 203 Absatz 2 Satz 1 StGB genannten öffentlichen Bereich soll die Strafbarkeit in gleicher Weise eingeschränkt werden. **Die Frage der Strafbarkeit nach § 203 wird damit auch für solche Fälle, in denen andere Kompetenzen für die berufs- und standesrechtlichen Regelungen bestehen, abschließend geregelt.**

### 1.3 S. 19 unten – Aufzählung von mitwirkenden Tätigkeiten:

Eine Mitwirkung an der beruflichen Tätigkeit ist – insoweit deckt sich der Begriff des Gehilfen mit dem der mitwirkenden Person – nur dann gegeben, wenn die mitwirkende Person unmittelbar mit der beruflichen Tätigkeit der schweigepflichtigen Person, ihrer Vorbereitung, Durchführung, Auswertung und Verwaltung befasst ist. Darunter fallen **beispielsweise** wie eingangs aufgeführt:

– Schreibaarbeiten, [...]

Durch das beispielsweise wird die Vorschrift neutraler hinsichtlich sich möglicherweise in der Zukunft ändernder Arbeitsweisen und es wird klargestellt, dass ggf. auch andere Tätigkeiten, die den genannten entsprechen, mitumfasst sind.

## 2. Auswahl, Verpflichtung zur Geheimhaltung und Überwachung der tätigen Personen (§ 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-E)

Nach der jetzigen Formulierung des § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 erscheint es ferner erforderlich, dass der Berufsgeheimnisträger selbst die beim Dienstleister tätigen Personen, denen Geheimnisse offenbart werden, auf Verschwiegenheit verpflichtet. Wie in der **Begründung auf S. 20** zutreffend ausgeführt, wird die mitwirkende Person oft nur ein Angestellter des Unternehmens sein, mit dem der Berufsgeheimnisträger die vertragliche Vereinbarung geschlossen hat. In solchen Konstellationen ist es in der Regel nicht praktikabel und auch nicht sinnvoll, dass vom Berufsgeheimnisträger verlangt wird, diese Person selbst zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Der Berufsgeheimnisträger sollte vielmehr seinen Dienstleister sorgfältig auswählen und ihn vertraglich verpflichten, seine im Rahmen des Vertrages tätigen Mitarbeiter zur Geheimhaltung zu verpflichten. Ferner kann er entsprechende vertragliche Kontrollmöglichkeiten vorsehen. Wenn er dies getan hat, sollte ihm auch keine Strafbarkeit mehr drohen. Daher sollte der Wortlaut wie folgt geändert werden:

## Stellungnahme Änderung § 203 StGB

Seite 4|6

*(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 **nicht gewährleistet hat, dass** 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 **wurde**, oder...*

In der Begründung sollte klargestellt werden, dass die Gewährleistung durch vertragliche Vereinbarungen mit dem Dienstleister, der die an der dienstlichen Tätigkeit mitwirkende Person(en) beschäftigt, erfolgen kann.

Ferner sollte in der Begründung klargestellt werden, dass auch Unterauftragsverhältnisse im Rahmen der Dienstleistungserbringung möglich sind. Ohne Unterauftragsverhältnisse ist oftmals die gewünschte Dienstleistungserbringung nicht möglich und gerade im Bereich des IT-Hostings und des Cloud Computings sind mehrstufige Dienstleistungskonstellationen gängige Praxis. Es würde den durch § 203 Abs. 3 StGB-E hergestellten Schutz entwerten, wenn sich die "auf erster Stufe" mitwirkenden Personen nach § 203 Abs. 4 S. 1 StGB-E strafbar machen würden, wenn sie ihrerseits Handlungen vornehmen, die eine Offenbarung i.S.v. § 203 Abs. 3 StGB darstellen, diese jedoch nur gegenüber solchen Personen erfolgt, die ebenfalls als mitwirkende Personen "auf zweiter Stufe" angesehen werden können.

Eine entsprechende Änderung sollte auch in der korrespondierenden Regelung in der Bundesrechtsanwaltsordnung vorgenommen werden.

### **3. Berufsgeheimnisträger als Dienstleister (§ 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E)**

Formulierung, die sicherstellen soll, dass eine Einschaltung eines Berufsgeheimnisträgers, der selbst in § 203 Abs. 1 StGB aufgeführt ist, nicht den Auswahl-, Verschwiegenheitsverpflichtungs- und Überwachungspflichten des beauftragenden Berufsgeheimnisträgers unterliegt, da die Zulassungskriterien und Überwachungsmaßnahmen der jeweiligen Kammer bereits ausreichen. Gleiches müsste für Dienstleister gelten, die durch die BNetzA zugelassen werden und einer strafbewehrten Verschwiegenheitspflicht unterliegen (vgl. § 206 StGB).

*(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 **nicht gewährleistet hat, dass** eine an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirkende Person, **nicht selbst eine der in den Absätzen 1 genannten Personen ist oder die nicht eine Person***

*nach § 206 Abs. 1 StGB ist und die unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, ~~nicht~~ sorgfältig ausgewählt, zur Geheimhaltung verpflichtet und bei ihrer Tätigkeit überwacht wurde, oder...*

#### **4. Inanspruchnahme von Dienstleistung durch Rechtsanwälte (§ 43f Abs. 1 S.2 BRAO)**

In § 43f Abs. 1 wird die Definition des Dienstleisters eingeschränkt auf eine Person oder Stelle, die vom Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird, die nicht unmittelbar einem einzelnen Mandat dienen. Begründet wird dies damit, dass bei Beauftragungen von Sachverständigen oder Übersetzern im Rahmen eines bestimmten Mandats, der Mandant einbezogen werden und ggf. seine Einwilligung eingeholt werden muss. Diese Einschränkung führt jedoch auch zu Rechtsunsicherheit für Dienstleistungen technischer Dienstleister. Gerade in kleineren Büros, die hauptsächlich für einen Mandanten arbeiten, kann es auch vorkommen, dass im Rahmen einer technischen Wartung oder Fehlerbehebung, die beauftragt wird, nur die Daten eines Mandats betroffen sind. Daher wäre eine Streichung des letzten Halbsatzes wünschenswert:

##### *§ 43f BRAO*

*(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, die vom Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird, ~~die nicht unmittelbar einem einzelnen Mandat dienen.~~*

#### **5. Vertrag mit dem Dienstleister (§ 43f Abs. 3 BRAO)**

Die Regelung des § 43f Abs. 3 BRAO sollte in zwei Punkten verbessert werden, um die Praxistauglichkeit der Vorschrift zu gewährleisten. Entsprechendes gilt für die korrespondierenden Formulierungen in § 26a Bundesnotarordnung und § 39c Patentanwaltsordnung, § 62a Steuerberatungsgesetz und § 50a Wirtschaftsprüferordnung sowie für möglicherweise folgende Änderungen in den Berufsordnungen anderer Berufsgruppen, die einer Geheimhaltungspflicht unterliegen.

Zum einen sollte das Schriftformerfordernis für den Vertrag mit dem Dienstleister gestrichen werden und allenfalls mit der Textform ersetzt werden. Von der Schriftform des Vertrages ist man bereits im Datenschutzrecht abgekommen, da es heute schon gängige Praxis ist solche Verträge in elektronischer Form zu dokumentieren. Die bereits in Kraft getretene EU-Datenschutz-Grundverordnung, welche die Vorschriften des noch geltenden BDSG in weitgehend ersetzt, stellt klar, dass für Auftragsverarbeitungsverträge Textform ausreicht. Es ist auch kein höheres Schutzniveau durch Vorgabe der Schriftform zu erreichen, so dass ein Schriftformerfordernis lediglich geeignet ist, bürokratischen Aufwand zu erzeugen.

Zum anderen sollte entsprechend der unter 2.) vorgeschlagenen Änderung in § 203 Abs. 4 auch die Verpflichtung zur Verschwiegenheit in § 43f Abs. 3 Nr. 2 und 3 so geregelt werden, dass der Berufsheimnisträger nur verpflichtet ist, diese vertraglich sicherzustellen, während die Vornahme selbst durch den Dienstleister oder dessen Sub-

## Stellungnahme Änderung § 203 StGB

Seite 6|6

Unternehmer gegenüber den tatsächlich mit der Erfüllung betrauten Mitarbeitern vorgenommen wird. Aus der Begründung auf S. 32 geht hervor, dass dies wohl auch gemeint war, der Wortlaut der Regelung kann jedoch anders verstanden werden. Das Formerfordernis der Schriftlichkeit sollte auch hier gestrichen werden.

Formulierungsvorschlag:

(3) Der Vertrag mit dem Dienstleister bedarf der ~~schriftlichen Form~~ **Textform**. 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 **sowie die zur Erfüllung des Vertrages herangezogenen Personen zur Verschwiegenheit zu verpflichten,**

3. festzulegen, ob der Dienstleister befugt ist, weitere ~~Dienstleister Personen~~ zur Erfüllung des Vertrags heranzuziehen; für diesen Fall ist dem Dienstleister aufzuerlegen, **hierfür nur Personen einzusetzen, die zur Verschwiegenheit verpflichtet wurden.**

### 6. Unklarheit bezüglich ausländischer Dienstleister (§ 43f Abs. 4 BRAO)

In § 43f Abs. 4 BRAO wird die Eröffnung des Zugangs zu fremden Geheimnissen bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im Ausland erbracht werden, nur dann für zulässig erklärt, wenn „dort ein angemessener Schutz der Geheimnisse“ gewährleistet ist. Laut der Begründung zu Abs. 4 auf S. 32 des Entwurfs wird beispielhaft das in der EU grundsätzlich in allen Mitgliedsstaaten anerkannte Anwaltsgeheimnis genannt sowie der „Schutz vor staatlichen Eingriffen“, der im Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz mit Grundrechtscharakter anerkannt sei.

Diese Vorgabe wirft Rechtsunsicherheit für die Beauftragung von ausländischen Dienstleistern auf, da es in vielen Fällen für den Berufsgeheimnisträger und den Dienstleister schwierig sein wird, das angemessene Schutzniveau abschließend zu beurteilen. Ist hier das jeweilige Berufsrecht heranzuziehen sowie möglicherweise zusätzlich relevante Rechtsvorschriften und Urteile und wenn ja, welche?

Denkbar wäre, dass ein angemessenes Schutzniveau durch vertragliche Maßnahmen hergestellt werden muss (ähnlich Standardvertragsklauseln im Datenschutz). Wenn die Einschränkung beibehalten werden soll, müssten entweder klare Kriterien für die Beurteilung aufgestellt werden oder aber auch eine Stelle benannt werden, die beurteilt, in welchen Ländern der Schutz angemessen ist.