



WIRTSCHAFTSPRÜFERKAMMER

Körperschaft des
öffentlichen Rechts

**Stellungnahme
RA Peter Maxl, Geschäftsführer
Wirtschaftsprüferkammer**

**zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht
und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
am 15. Mai 2017**

**zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei
der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung
schweigepflichtiger Personen**

(BT-Drs. 18/11936)

Berlin, den 15. Mai 2017
GG 46/2017

Ansprechpartner: RA Peter Maxl
Wirtschaftsprüferkammer
Rauchstraße 26, 10787 Berlin
Telefon: +49 30 726161-110
Telefax: +49 30 726161-104
E-Mail: Peter.Maxl@wpk.de
Internet: www.wpk.de

Geschäftsführer: RA Peter Maxl Telefon: +49 30 726161-110 Telefax: + 49 30 726161-104 E-Mail: peter.maxl@wpk.de
Dr. Reiner J. Veidt Telefon: +49 30 726161-100 Telefax: +49 30 726161-107 E-Mail: reiner.veidt@wpk.de

Die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder alle Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften in Deutschland sind. Die WPK hat ihren Sitz in Berlin und ist für ihre über 21.000 Mitglieder bundesweit zuständig. Ihre gesetzlich definierten Aufgaben sind unter www.wpk.de ausführlich beschrieben. Die WPK ist im Transparenzregister der Europäischen Kommission unter der Nummer 025461722574-14 eingetragen.

1. Die Notwendigkeit einer Novellierung der Regelungen zur Einschaltung Dritter in die Erledigung von Aufträgen, die einem Berufsheimnisträger erteilt werden, wird auch von den freien Berufen gesehen. Der Gesetzesbegründung ist insoweit zustimmen.
2. StGB und StPO kennen ebenso wie das Berufsrecht den Gehilfenbegriff. Der Gehilfenbegriff hat sich jedoch unterschiedlich entwickelt. Das Berufsrecht geht großzügiger mit ihm um.

Die Ansätze sind unterschiedlich. In § 203 StGB wird nur die Strafbarkeit von Gehilfen geregelt, aber keine Voraussetzungen für den Gehilfenstatus (Rechtsprechung, Literatur). Eine eher enge Auslegung ist dadurch vorgezeichnet. Das Berufsrecht geht unbefangener mit dem Gehilfen um. Er ist dort selbstverständlich und die Pflichten, ihn in die Verschwiegenheitspflicht des Geschäftsherrn einzubinden, können vergleichsweise einfach erfüllt werden. Gehilfe ist also nicht gleich Gehilfe. Das gilt es zu harmonisieren.

3. Die Lösung sieht der Gesetzentwurf darin, in § 203 StGB unterschiedliche Gehilfengruppen zu normieren.
 - die bisher anerkannte Gehilfengruppe, ohne allerdings die Definition zu ändern und
 - eine neue (sogar noch differenzierte) Gehilfenkategorie, nämlich sonstige mitwirkende Personen.

Dem Ansatz kann dem Grunde nach zugestimmt werden, weil auf diesem Weg unterschiedliche Konstellationen aufgefangen werden können. Die Frage ist, ob insoweit die vorgesehenen Begrifflichkeiten eindeutig sind. Um es vorweg zu nehmen:

Ich kann mir eine bessere Abstimmung der Regelungen im StGB und in der StPO vorstellen und eine deutlich bessere Abstimmung zwischen Berufsrecht und Strafrecht. Unabhängig davon gibt es sodann noch bei den berufsrechtlichen Regelungen ein Sonderthema, nämlich die Einschaltung sonstiger mitwirkender Personen, die im Ausland sitzen.

I. Ausgangspunkt StGB und StPO

4. Unabdingbar ist die vom BMJV aktuell vorgeschlagene Zusammenführung der Änderungsvorschläge zum StGB und zur StPO. Auch zukünftig müssen § 203 StGB und § 53a StPO harmonisiert sein. Das ist in den Entwürfen nicht der Fall und muss nachgeholt werden.
5. Es fällt auf, dass § 53a StPO-E übersichtlicher ist und klarere Definitionen hat. Die Frage ist, ob § 203 StGB-E vergleichbar übersichtlich gefasst werden kann.
 - Ich befürworte, einen allgemein verständlichen Oberbegriff für alle in eine Mandatserledigung eingeschalteten Dritten einzuführen. Dies ist der Begriff der „mitwirkenden Person“. Er findet sich nicht nur in der Gesetzesüberschrift zu § 53a StPO-E, sondern auch im Titel des Gesetzentwurfs. Er sollte sich so auch in § 203 StGB-E wiederfinden.
 - Andererseits kann in § 203 StGB-E nicht so schlank wie in § 53a StPO-E nur der Personenkreis geregelt werden, den der Berufsgeheimnisträger zur und im Rahmen der Auftragserledigung eingeschalten darf. Vielmehr sind in § 203 StGB auch die im Zweifel unterschiedlichen Voraussetzungen zu regeln, die einem Berufsgeheimnisträger die Einschaltung anderer Personen zur Auftragserledigung erlaubt.
6. § 203 StGB-E arbeitet jedoch leider nur indirekt mit dem Oberbegriff der mitwirkenden Person. Vielmehr lässt er den bisherigen – nicht selbsterklärenden – Gehilfenbegriff stehen (berufsmäßig tätige Gehilfen, zur Berufsvorbereitung tätige Personen) und schafft zusätzlich die Kategorien „sonstige mitwirkende Personen“ und „weitere mitwirkende Personen“. Das hilft nicht richtig weiter, weil im Ergebnis alle Gruppen „helfen“, also Gehilfen im Wortsinne sind. Was ist der materielle Unterschied und kann man ihn begrifflich oder durch Tatbestandsmerkmale fassen?
7. Mein Vorschlag: § 203 StGB sollte unter Verwendung des Oberbegriffs der „mitwirkenden Personen“ die unterschiedlichen Fallgruppen regeln und dabei in dem Sinne differenzieren, wie dies in der Begründung zum Gesetzentwurf angesprochen wird:

- Es gibt die mitwirkenden Personen, die in die Sphäre/Praxis des Berufsgeheimnisträgers eingebunden sind (z. B. Angestellte, freie Mitarbeiter, Gesellschafter). Sie sind in den organisatorischen und weisungsgebundenen Bereich des Geheimnisträgers eingebunden und müssen in diesen eingebunden sein.
 - Und es gibt einzelfallbezogen und vor allem extern organisierte mitwirkende Personen (das ist dann die wohl aktuell im Fokus stehende Gruppe der externen Dienstleister, z. B. selbstständige IT-Spezialisten oder aber auch Versicherungsmathematiker und andere fachliche Spezialisten).
8. Der derzeitige Entwurf sieht im Übrigen bei den Gehilfen nach bisherigem Verständnis keine Anforderungen vor wie etwa diejenige, dass auch diese nur die zur Erbringung ihrer Mitwirkungshandlung erforderlichen Informationen erhalten dürfen. Eine Selbstverständlichkeit und wieso sollte dies nicht in geeigneter Weise festgehalten werden. Der Bundesrat hat dies hinterfragt, dem kann einfach Rechnung getragen werden.
9. Auch lässt der derzeitige Entwurfstext offenbar nicht ausreichend sicher erkennen, ob eine Prüfung der Erforderlichkeit der Einschaltung eines Dritten erfolgen muss. Ich verstehe den Entwurfstext dergestalt, dass allein die Eröffnung von Mandanteninformationen gegenüber dem Dritten zur Erbringung seiner Mitwirkungshandlung erforderlich sein muss. Die Diskussion zeigt aber, dass dem § 203 Abs. 3 StGB-E auch eine Erforderlichkeitsprüfung hinsichtlich der Beauftragung eines Dritten entnommen wird, letztlich also bereits die Auslagerung einer Tätigkeit auf ihre Erforderlichkeit hin zu prüfen sei.

10. Die aufgezeigten Vorstellungen könnten durch eine Regelung des § 203 Abs. 3 StGB-E wie folgt umgesetzt werden (Basis: § 203 Abs. 3 StGB-E i. d. F. der BT-Drs. 18/11936):

„¹Kein Offenbaren im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen Geheimnisse den in ihre berufliche oder dienstliche Sphäre eingebundenen mitwirkenden Personen ~~bei ihnen berufsmäßig tätigen Gehilfen~~ oder den bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen in dem für deren Aufgaben notwendigen Umfang zugänglich machen. ²~~Soweit die~~Die in den Absätzen 1 und 2 Genannten ~~dürfen~~ fremde Geheimnisse gegenüber außerhalb ihrer beruflichen oder dienstlichen Sphäre tätigen sonstigen Personen offenbaren, die an ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirken, müssen sie in besonderer Weise dafür Sorge tragen, dass diesen Personen nur diesoweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlichen Informationen zugänglich sind und diese Personen vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet werden ist; das Gleiche gilt für sonstige mitwirkende Personen, wenn diese sich weiterer Personen bedienen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der in den Absätzen 1 und 2 Genannten mitwirken.“

II. Berufsrecht

11. Wenn das Strafrecht zwei Kategorien mitwirkender Personen kennt, ist es nur logisch, dass auch das ergänzende Berufsrecht mit zwei Kategorien arbeitet. Dies ist dort vorgesehen, wo der Bundesgesetzgeber regeln darf. Dass dies dann bei den (Patent-) Anwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern gleichförmig strukturiert und geregelt werden soll, ist ausdrücklich zu begrüßen.
12. Die berufsrechtlichen Regelungen sollten sich jedoch an der Terminologie des Strafrechts und Strafprozessrechts orientieren und diese übernehmen. Dies ist derzeit nicht der Fall. Derzeit wird durch andere Begriffe wie „beschäftigte Personen“ und „angestellte Personen“ sowie „Dienstleister“ eine unnötige Begriffsvielfalt geschaffen.
13. Zunächst zur „Kategorie 1“: Der Begriff des „Beschäftigten“ scheint mit dem des „Angestellten“ gleichgesetzt zu werden, zumal nach der Entwurfsbegründung der freie Mitarbeiter ausdrücklich ausgeklammert werden soll (BT-Drs. 18/11936, Seite 31). Er ist also deutlich enger als der zu favorisierende Ansatz im strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Bereich, wonach in der Sphäre der Freiberuflerpraxis eingegliederte Personen auf der Basis verschiedener Vertragsgestaltungen mitwirken können (natürlich aufgrund Anstellungsvertrags, aber z.B. auch auf Basis eines Vertrags über freie Mitarbeit oder eines Gesell-

schaftsvertrags).

Um diesen Ansatz auf das Berufsrecht zu übertragen, sollten auch § 50 WPO-E und die Parallelnormen in den anderen Berufsgesetzen auf die *in die berufliche Sphäre des Berufsgeheimnisträgers eingebundenen mitwirkenden Personen* abstellen.

§ 50 Satz 1 WPO-E könnte danach wie folgt formuliert werden:

„Der Wirtschaftsprüfer hat die ~~von ihm beschäftigten~~ in seine berufliche Sphäre eingebundenen und an seiner beruflichen Tätigkeit mitwirkenden Personen in schriftlicher Form zur Verschwiegenheit zu verpflichten und sie dabei über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung zu belehren.“

§ 50 Satz 3 WPO-E wäre konsequent zu streichen, da die dort genannten Personen von Satz 1 erfasst werden und die Sätze 4 und 5 wären an die obige Änderung anzupassen.

14. Mitwirkende Personen, die nicht beim Berufsgeheimnisträger beschäftigt bzw. in dessen Organisationsbereich eingebunden sind, werden in den berufsrechtlichen Entwurfsregelungen als Dienstleister bezeichnet. Dessen Definition hilft im Übrigen nicht weiter. Dienstleister ist danach eine Person oder Stelle, die vom Geheimnisträger mit Dienstleistungen beauftragt wird. Das hilft nicht weiter, auch wenn dies „im Rahmen seiner Berufsausübung“ erfolgen muss.

In Konsequenz der obigen Anregung zu § 203 Abs. 3 StGB-E und § 50 WPO-E sowie den Parallelnormen in der Berufsrechten der anderen freien Berufe sollten § 50a WPO-E und die Parallelnormen Regelungen zu *nicht in die berufliche Sphäre des Geheimnisträgers eingebundenen mitwirkenden Personen* treffen.

§ 50a Abs. 1 WPO-E ließe sich entsprechend wie folgt formulieren:

„Der Wirtschaftsprüfer darf ~~Dienstleistern~~ Personen, die nicht in seine berufliche Sphäre eingebunden sind, aber an seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken, den Zugang zu Tatsachen eröffnen, auf die sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 43 bezieht, soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. ~~Dienstleister ist eine andere Person oder Stelle, die vom Wirtschaftsprüfer im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird.~~“

Dieser Ansatz wäre auf die weiteren Absätze des § 50a WPO-E zu übertragen.

Dort werden sodann auch die weiteren Pflichten geregelt, von denen ich zwei ansprechen möchte:

15. Eine der Sonderregelungen für die externen Dritten sieht besondere Anforderungen an den Berufsgeheimnisträger bei der Auswahl, Verpflichtung und Überwachung von externen Dritten aus dem Ausland vor (§ 50a Abs. 4 WPO-E, § 62a Abs. 4 StBerG-E, § 43e Abs. 4 BRAO-E, die die Eröffnung von verschwiegenheitsrelevanten Tatsachen gegenüber ausländischen Dienstleistern regeln). Hierbei wäre der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer wie auch die weiteren betroffenen Berufsstände auf Hilfestellungen angewiesen, die ihnen vorgeben, in welchen Ländern der **Schutz der Geheimnisse**, insbesondere also der Schutz der Verschwiegenheitspflicht, dem Schutz im Inland **vergleichbar** ist. Dies kann eine Freiberuflerpraxis in aller Regel nicht mit verhältnismäßigem Aufwand leisten, sodass ausländische Dienstleister nur in Ausnahmefällen in Anspruch genommen werden dürften. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass ausländische Berater, die unter anderem aufgrund der EU-Freizügigkeit hier in Deutschland konkurrierend tätig sind, sich solchermaßen und ohne Restriktionen organisieren können.

Als Äquivalent bietet sich an, einen Gleichlauf mit dem Datenschutzrecht herbeizuführen. Regelungstechnisch ließe sich dies durch die Anfügung eines § 50a Abs. 4 Satz 2 WPO-E wie folgt umsetzen:

„²Ein angemessener Schutz der Geheimnisse ist bei ausländischen sonstigen mitwirkenden Personen jedenfalls dann gewährleistet, wenn das Schutzniveau den datenschutzrechtlichen Anforderungen entspricht, die eine grenzüberschreitende Datenübermittlung personenbezogener Daten zu diesen erlaubt (Absatz 8) und entsprechende Schutzvorkehrungen gegen Zugriffe bestehen.“

16. Eine weitere Sonderregelung macht die **Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die unmittelbar einem einzelnen Mandat dienen**, von der Einwilligung des Mandanten abhängig (§ 50a Abs. 5 WPO-E, § 62a Abs. 5 StBerG-E, § 43e Abs. 5 BRAO-E). Eine solche Regelung führt berufsrechtlich und berufspraktisch zu zahlreichen Problemstellungen, insbesondere wenn der freie Mitarbeiter – wie bislang vorgesehen – nicht vom Begriff der beschäftigten Person i. S. d. § 50 WPO-E erfasst werden soll. Speziell für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer ergeben sich etwa folgende Probleme:
- berufsübliche Einbeziehung von freien Mitarbeitern oder Subunternehmern stets von Einwilligung des Mandanten abhängig
 - berufsrechtlich vorgesehene auftragsbezogene Qualitätssicherung vor allem in kleineren Praxen schwer umsetzbar

- Gefährdung des Grundsatzes der Prüferstabilität (z. B. bei krankheitsbedingtem Ausfall von Mitarbeitern)
- Umgang mit Altmandaten

Die Einführung einer solchen Regelung führte im Vergleich zum bestehenden Recht zu einer deutlichen Verschärfung der Anforderungen an die Einbindung Dritter in die Auftragsbearbeitung. Abgrenzungsfragen kämen hinzu. Nachvollziehbar wäre allenfalls ein Einwilligungsvorbehalt des Mandanten, wenn die Inanspruchnahme des Dienstleisters für diesen mit zusätzlichen Kosten verbunden ist. Dies ist in der Berufspraxis von Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern regelmäßig nicht der Fall.

Unabhängig davon, ob freie Mitarbeiter von § 50 oder von § 50a WPO-E erfasst werden sollen, sollte diese Regelung daher ersatzlos gestrichen werden.

Soll der Mandant lediglich vor Zusatzkosten geschützt werden, dürfte bereits das allgemeine Zivilrecht einen Einwilligungsvorbehalt aufstellen.

Wir würden uns freuen, wenn unsere Anregungen im weiteren Verfahren berücksichtigt werden.
