

THOMAS HOEREN

# Betriebsgeheimnisse im digitalen Zeitalter

Die Neuordnung von StGB und StPO

Verschwiegenheitspflichten

Ende Juli 2017 hat der Bundestag die Verschwiegenheitspflichten reformiert. Ermöglicht werden soll die Auslagerung von IT-Funktionen. Im Folgenden werden die Grundzüge der Neuregelung skizziert und problematisiert. Diskutiert werden

ausführlich die Änderungen der BRAO insbesondere im Hinblick auf den internationalen Datenaustausch und die Besonderheiten bei laufender Mandatsbeziehung.

Lesedauer: 28 Minuten

## I. Einführung

Immer mehr Freiberufler nutzen externe IT-Dienste. Sie bedienen sich zur Arbeitserleichterung auswärtiger Cloud-Anbieter und Rechenzentren und binden fremde IT-Techniker über Outsourcing und Fernwartung ein. Das ist sehr praktisch, aber rechtlich

dubios – insbesondere, wenn es um sog. Berufsgeheimnisträger geht. Anwälten, Ärzten, Lebens- und Krankenversicherern ist die Externalisierung von Technikerleistungen strafrechtlich nach § 203 Abs. 1, 3 StGB verboten. Verstöße dagegen werden mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe geahndet.

Erlaubt war bislang nur die Offenbarung gegenüber internem Personal, sog. Gehilfen.

Nach § 203 StGB macht sich strafbar, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart, das ihm in einer besonderen Funktion bekannt geworden ist.<sup>1</sup> Zu den Geheimnissen zählen alle Daten, aus denen eine geheimnisgeschützte Person rekonstruiert werden kann.<sup>2</sup> Von dieser scharfen Vorschrift sind umfasst:

- Rechtsanwälte und Ärzte, insbesondere im Hinblick auf die Fernwartung,<sup>3</sup>
- Versicherungsunternehmen im medizinischen Bereich (Kranken-/Lebensversicherung).

Zu den in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB der Geheimhaltung unterworfenen Personen gehören nicht nur die Angestellten eines Versicherungsunternehmens, sondern auch von diesem beauftragte selbstständige Versicherungsvermittler. Ein solcher, der von einem Personenversicherer mit der Gewinnung und Betreuung von Kunden betraut wurde, erfährt alle persönlichen Daten des (künftigen) Versicherungsnehmers, die für den Abschluss oder die Durchführung eines Vertrags erforderlich sind oder üblicherweise abgefragt werden. Daher muss er der gleichen Geheimhaltungspflicht unterliegen wie der Versicherer selbst.<sup>4</sup> Ein Versuch, entgegen § 203 StGB Forderungen etwa aus einem Zahnarztvertrag abzutreten, führt zur Nichtigkeit des Abtretungsvertrags nach § 134 BGB.<sup>5</sup> Ein Berufsgeheimnisträger verletzt allerdings dann nicht seine Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses, wenn er nach Aufforderung durch die Außenprüfung (§ 147 Abs. 6 Satz 2 AO) seine Finanz-, Anlagen- und Lohnbuchhaltung sowie die Berechnung von Rückstellungen, Wertberichtigungen und Fakturierung auf einem maschinell verwertbaren Datenträger zur Verfügung stellt.<sup>6</sup>

§ 203 StGB findet auf öffentlich-rechtliche Kreditinstitute keine Anwendung mehr. Nach Auffassung des *BGH*<sup>7</sup> ist z. B. eine Sparkasse zur Abtretung der Darlehensforderung befugt, weil der Abtretung weder das Bankgeheimnis noch die genannte Strafvorschrift entgegenstehen. In Bezug auf einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis hat der *Senat* seine Grundsatzentscheidung

v. 27.2.2007<sup>8</sup> bestätigt, dass die Wirksamkeit der Forderungsabtretung durch einen möglichen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht des Kreditinstituts – wie auch gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen – nicht berührt wird. In Ergänzung zu dieser Entscheidung hat der *Senat* nunmehr entschieden, dass eine Forderungsabtretung durch eine als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierte Sparkasse auch keine – unter Strafe gestellte – Verletzung eines Privatgeheimnisses i. S. d. § 203 StGB darstellt.

In Fällen des § 203 StGB ist Outsourcing folglich nur mit Einwilligung des Kunden zulässig.<sup>9</sup> Eine Lösung wäre, das Personal des Tochterunternehmens als berufsmäßig tätige Gehilfen i. S. v. § 203 Abs. 3 StGB anzusehen.<sup>10</sup> Dies setzte voraus, dass die Muttergesellschaft Einfluss darauf hat, wer im konkreten Fall die Datenverarbeitung durchführt. Hier bedarf es entsprechender Regelungen im Rahmenvertrag über die jeweilige Datenverarbeitung. Mutter- und Tochtergesellschaft sollten sich darauf einigen, dass die eingesetzten Techniker konkret benannt und den Weisungen der Muttergesellschaft unterstellt werden. Wenn entsprechende Mitarbeiter funktional zum Personal der Muttergesellschaft gehören, sind sie als Gehilfen i. S. v. § 203 Abs. 3 StGB anzusehen.<sup>11</sup> Diese Perspektive hätte allerdings u. U. den Nachteil, dass das Fremdpersonal nach den Gesichtspunkten des Arbeitnehmerüberlassungsrechts zu Arbeitnehmern der Muttergesellschaft werden würde.

Die Abtretung einer ärztlichen Honorarforderung an eine gewerbliche Verrechnungsstelle verletzt die ärztliche Schweigepflicht und ist daher nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar. Ein entsprechender Vertrag ist nach § 134 BGB nichtig, sofern nicht der Patient der entsprechenden Weitergabe seiner Daten zugestimmt hat.<sup>12</sup> Die Tatsache, dass ein Arzt ein Drittunternehmen mit der Wartung seiner EDV beauftragt hat, begründet beim Verkauf der Arztpraxis einen Sachmangel und führt damit zur Rückabwicklung des gesamten Kaufvertrags.<sup>13</sup>

Eine Lösung zeichnete sich über die Auftragsdatenverarbeitung ab. Der *BGH*<sup>14</sup> hat dem *EuGH* die Frage vorgelegt, ob die Übermittlung von Verkehrsdaten vom Diensteanbieter an den Zessionar einer Entgeltforderung für TK-Leistungen wirklich gegen das TK-Geheimnis verstoße, wenn der zum Zweck des Einzugs rückbelasteter Forderungen erfolgten Abtretung außer der allgemeinen Verpflichtung auf das Fernmeldegeheimnis und den Datenschutz zu den jeweils geltenden gesetzlichen Regelungen eine scharfe Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung zu Grunde liege. Der *EuGH* hat inzwischen eine Abtretung von Forderungen als kompatibel mit dem TK-Geheimnis angesehen.<sup>15</sup> Allerdings müsse der Zessionar auf Weisung des Diensteanbieters und unter dessen Kontrolle handeln und sich hierbei auf diejenigen Verkehrsdaten beschränken, die für die Einziehung der Forderung erforderlich sind. Der zwischen dem Zessionar und dem Diensteanbieter geschlossene Vertrag müsse insbesondere Bestimmungen enthalten, die die rechtmäßige Verarbeitung der Verkehrsdaten durch den Zessionar gewährleisten und es dem Diensteanbieter ermöglichen, sich jederzeit von der Einhaltung dieser Bestimmungen durch den Zessionar zu überzeugen. Umstritten ist, ob diese tk-rechtliche Rechtsprechung auf andere Bereiche des Geheimnisschutzes, etwa auf § 203 StGB, übertragen werden kann.

## II. Neuordnung

Das *Justizministerium* hat sich federführend der Reform dieser Strafvorschrift angenommen. Man konnte sich nicht dazu durchringen, die Vorschrift schlichtweg zu streichen. Vielmehr wurde die Externalisierung von Datenverarbeitung zugelassen, um den Preis, dass damit der Kreis der Geheimnisträger ebenfalls erweitert wird.

1 Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 203 Rdnr. 3; BeckOK StGB/Weidemann, 35. 1. d. 2017, § 203 Rdnr. 7.

2 OLG Bamberg MMR 2013, 744; LG Schweinfurt, U. v. 4.12.2012 – 11 O 162/11.

3 S. etwa Hamburgischer Datenschutzbeauftragter, 11. Tätigkeitsbericht 1992, Ziff. 3.3, 24; Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, 14. Tätigkeitsbericht 1992, Ziff. 2.2, 10; Hessischer Datenschutzbeauftragter, 20. Tätigkeitsbericht 1991, Ziff. 15.1.1, 78; Ehmman, CR 1991, 293; Zimmer-Hartmann/Helfrich, CR 1993, 104; zu den Folgen des hohen Datenschutzniveaus für ein Beweisverwertungsverbot s. BVerfG, B. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02; vgl. zur Fernwartung Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, 2. Aufl. 2015, Fernwartung.

4 BGH, U. v. 10.2.2010 – VIII ZR 53/09.

5 OLG Braunschweig, U. v. 13.9.2012 – 1 U 31/11; AG Hamburg, U. v. 9.7.2013 – 7c C 16/13; AG Mannheim ZD 2012, 42.

6 BFH ZD 2015, 494; BFH, U. v. 28.10.2009 – VIII R 78/05; Fischer (o. Fußn. 1), Rdnr. 21.

7 BGH, U. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08; s.a. OLG Schleswig, U. v. 18.10.2007 – 5 U 19/07; hiernach soll die Einbindung von Sparkassen in § 203 StGB dem Grundsatz des verfassungsrechtlichen Willkürverbots widersprechen.

8 BGH, U. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05.

9 Bei Kassenärzten gilt das Verbot externer Datenverarbeitung selbst dann, wenn die Patienten formal in die Datenweitergabe einwilligen; so BSG, U. v. 10.12.2008 – B 6 KA 37/07 R = MMR 2009, 434 (Ls.).

10 In diesem Sinne etwa Heghmanns/Niehaus, wistra 2008, 161.

11 So auch Ehmman, CR 1991, 293.

12 LG Mannheim ZD 2015, 183.

13 LG Flensburg, U. v. 5.7.2013 – 4 O 54/11.

14 BGH ZD 2012, 229.

15 EuGH ZD 2013, 77; ähnl. und dem EuGH folgend BGH MMR 2013, 471 = ZD 2013, 229.

## 1. Gesetzgebungsgeschichte

Der Gesetzesentwurf der *Bundesregierung* zur „Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“<sup>16</sup> wurde am 27.4.2017 erstmals im *Bundestag* diskutiert und anschließend zur weiteren Beratung in die zuständigen Ausschüsse überwiesen. Während das Gesetzesvorhaben als solches von allen Parteien begrüßt wurde, gab es auch vereinzelte Kritik an den geplanten Neuerungen.

Unter anderem sah der ursprüngliche Entwurf lediglich die zentralen Änderungen im StGB sowie die neuen berufsrechtlichen Befugnisnormen vor. Zu Recht gaben *Die Linke* und *Die Grünen* zu bedenken, dass der Gesetzesentwurf ohne eine gleichzeitige Anpassung der prozessualen Normen zum Zeugnisverweigerungsrecht unvollständig sei.<sup>17</sup> Außerdem mahnte der *Bundesrat*, der bereits im Vorfeld der Sitzung zu dem Entwurf Stellung nahm, dass Geheimnisschutzbelange der Betroffenen nicht ausreichend berücksichtigt würden.<sup>18</sup> Darüber hinaus kritisierte er die Vorschrift, die eine strafbewehrte Pflicht für schweigepflichtige Personen vorsah, einbezogene Personen wiederum zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Da die Tat als Vorsatztat ausgestaltet sei, würde eine bloß fahrlässige Verletzung der Pflicht, die in aller Regel vorliegen dürfte, sanktionslos bleiben.<sup>19</sup> Zumindest die Kritik der Opposition wurde in den Ausschusssitzungen beherzigt, indem eine gleichzeitige Anpassung von § 53a StPO in die Ausschussempfehlung aufgenommen wurde.<sup>20</sup>

Nicht endgültig ausgeräumt werden konnten hingegen Bedenken bezüglich einer neuen Regelung u.a. in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), welche die Beauftragung ausländischer Dienstleister betraf. Der BRAO soll § 43e BRAO zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen eingefügt werden.<sup>21</sup> Hierbei handelt es sich um eine berufsrechtliche Befugnisnorm für Rechtsanwälte mit dem Zweck der Steigerung der Rechtssicherheit dieser Berufsgruppe.<sup>22</sup> Der ursprüngliche Entwurf sah in § 43e Abs. 4 BRAO vor, dass ein Rechtsanwalt einen ausländischen Dienstleister ohne Einwilligung des Mandanten nur beauftragen dürfte, wenn der Geheimnisschutz in dem jeweiligen Land mit dem Schutz im Inland vergleichbar sei. Diese Regelung wurde als unpraktikabel angesehen, da es kaum möglich sei, das Schutzniveau sämtlicher Länder zu erforschen.<sup>23</sup> Ergänzt wurde im Rahmen der Ausschussberatungen daher ein Zusatz, nach dem ein vergleichbares Schutzniveau nicht erforderlich ist, wenn es der Schutz der Geheimnisse ohnehin nicht erfordert. Dies solle der Einzelfallgerechtigkeit dienen und dem Geheimnisträger eine Abwägung eröffnen.<sup>24</sup>

Unter Berücksichtigung der vorgeschlagenen Änderungen wurde das Gesetz am 29.6.2017 im *Bundestag* verabschiedet.<sup>25</sup> Das Gesetz wurde auch vom *Bundesrat* am 22.9.2017 gebilligt.<sup>26</sup>

## 2. Intern mitwirkende Personen

Bei den Geheimnisträgern wurden keine Änderungen an § 203 Abs. 1 und Abs. 2 StGB vorgenommen. Allerdings hat man sich um eine Neuregelung für das Hilfspersonal bemüht.

Kein Offenbaren i.S.d. Gesetzes liegt vor, wenn die in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen Geheimnisse den bei ihnen berufsmäßig tätigen Gehilfen oder den bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen zugänglich machen (§ 203 Abs. 3 StGB). Das Gesetz bezieht nunmehr durch § 203 Abs. 3 StGB die bei Geheimnisträgern berufsmäßig tätigen Gehilfen mit ein. Kein Offenbaren liegt demnach vor, wenn der Geheimnisträger diesem Personenkreis die Geheimnisse zugänglich macht. Auffällig ist die Tatsache, dass hier nur berufsmäßig tätige Gehilfen angesprochen sind. Diese Gehilfen müssen dann auf Dauer angelegt gewerbsmäßig tätig und berufsmäßig beim Geheimnisträger angesiedelt sein. Unklar ist die Rolle freier Mit-

arbeiter. Diese stehen nicht im Arbeitsverhältnis, sondern werden auch als Externe geführt.

## 3. Sonstige mitwirkende Personen

Die Geheimnisträger dürfen fremde Geheimnisse gegenüber sonstigen Personen offenbaren, die an ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirken, soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich 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.

Der Begriff der sonstigen mitwirkenden Person ist missglückt. Die Rede von der Person ist in Verbindung zu setzen mit der Tatsache, dass nur eine natürliche Person überhaupt Ansprechpartner der Strafandrohung sein kann. Damit geht die Regelung an der Tatsache vorbei, dass zumindest bei § 203 Abs. 2 StGB juristische Personen die eigentlichen Handlungsträger sind. § 203 Abs. 4 StGB stellt zwar auf die natürliche Person als Rechtssubjekt des Strafrechts ab. Der Begriff der sonstigen mitwirkenden Person nach § 203 Abs. 3 und Abs. 4 StGB passt nicht. Im Übrigen geht es an der Wirklichkeit vorbei, wenn große Cloud-Anbieter wie *Google* in die Rolle eines sonstigen Beteiligten degradiert werden. Der Begriff der mitwirkenden Person verlangt somit eine Nähe zu der natürlichen Person und schließt damit juristische Personen aus. Dafür spricht auch, dass die Geheimhaltungspflichten, die der mitwirkenden Person auferlegt werden müssen, nur persönlich zu erfüllen sind. § 43 BRAO spricht richtigerweise neutraler vom Dienstleister.

Die Gesetzesbegründung verweist auf die Beispiele für die Mitwirkung in Form von Schreibearbeiten, Rechnungsarbeiten, Annahme von Telefonanrufen, Aktenarchivierungen sowie Betrieb und Wartung informationstechnischer Anlagen.<sup>27</sup> Ferner wird auf die Fernwartung und die Bereitstellung von externen Speichermedien für Daten verwiesen, auch mehrstufige Auftragsverhältnisse sind möglich. Dabei sind die Angestellten des Auftragnehmers oder Unterauftragnehmers ebenfalls als mitwirkende Personen nach § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB anzusehen. Allerdings bedarf es keiner direkten Verträge zwischen Geheimnisträger und Unterauftragnehmer, sodass aufwendige Konstruktionen, wie z.B. Doppelarbeitsverhältnisse, hinfällig werden. Der Kreis der sonstigen mitwirkenden Personen ist sehr weit gezogen. Er umfasst auch Dienstverträge, Werkverträge und Geschäftsbesorgungsvereinbarungen. Ferner ist der ganze Bereich der externen Datenverarbeitung mitumfasst. Eine Ausnahme gilt nur für die mittelbare Tätigkeit im Geheimnisbereich<sup>28</sup>. Es gibt eine De-minimis-Regel, wonach jede Tätigkeit ohne unmittelbare Relevanz für die Datenverarbeitung nicht

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/11936, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/119/1811936.pdf>.

<sup>17</sup> BT-Plenarprotokoll 18/231, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/tp/18/18231.pdf>, S. 23406.

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 43.

<sup>19</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 43.

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/12940, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/129/1812940.pdf>, S. 2; zu den Vorentwürfen auch *Grupp*, *Anwaltsblatt* 2017, 816 ff. und *Fichtner/Haßdenteufel*, CR 2017, 355 ff.

<sup>21</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 8 f.

<sup>22</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 3.

<sup>23</sup> BT-Drs. 18/12940, S. 8.

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/12940, S. 8, 13.

<sup>25</sup> BT-Plenarprotokoll 18/243, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btp/18/18243.pdf>, S. 25097.

<sup>26</sup> Entwurf Tagesordnung der 960. Sitzung des *Bundesrats* am 22.9.2017, TOP 9, BR-Drs. 608/17, abrufbar unter: <http://www.bundesrat.de/SharedDocs/TO/960/tag.esordnung-960.html?nn=4352766>.

<sup>27</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 23.

<sup>28</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 22.

von dem Gesetz erfasst ist.<sup>29</sup> Damit dürften sowohl Schredder wie auch Reinigungskräfte nicht in den Bereich des § 203 StGB miteinbezogen werden. Allerdings dürfte sich der Geheimnisträger selbst nach § 203 Abs. 1 StGB strafbar verhalten haben, wenn er z.B. Akten herumliegen lässt und damit in Kauf nimmt, dass die Reinigungskraft diese zur Kenntnis nimmt. Insofern enthält § 203 StGB nach der neuen Definition des Begriffs „offenbaren“ (s. unter II.4.) eine gefährliche Öffnung der Strafbarkeit für unbeabsichtigte Datensicherheitsverstöße.

#### 4. Offenbaren

Allerdings regelt § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB auch, dass die Geheimnisse gegenüber sonstigen Personen, die an ihren beruflichen oder dienstlichen Tätigkeiten mitwirken, offenbart werden dürfen.

##### a) Dogmatische Probleme

Dabei wird durch die Formulierung in § 203 Abs. 3 Satz 1 StGB („kein Offenbaren im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, ...“) klar gestellt, dass es sich bei dem Tatbestand der internen Einbeziehung von Gehilfen – wie bisher – um einen Tatbestandsausschluss handelt. Bei einer Weitergabe von Daten gegenüber der ersten Personengruppe bei der Tatbestand des „Offenbarens“ nicht erfüllt.<sup>30</sup> Eine Einwilligung des Mandanten ist daher nicht notwendig, da der Geheimnisträger straffrei bleibt. Anders ist die Rechtslage bei § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB. Hier wird für den Fall externer Dienstleister nicht ein tatbestandsausschließendes Verhalten angenommen, sondern ein Rechtfertigungsgrund. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift „Die in den Absätzen 1 und 2 Genannten dürfen fremde Geheimnisse gegenüber sonstigen Personen offenbaren ...“.<sup>31</sup> Die Gesetzesbegründung spricht auch ausdrücklich davon, dass die Offenbarung eines geschützten Geheimnisses „nicht unbefugt erfolgt und damit nicht rechtswidrig ist“<sup>32</sup>.

Ein rätselhafter Satz findet sich in der Gesetzesbegründung. Hier wird auf die unmittelbare Mitwirkung der berufsmäßig tätigen Gehilfen an der beruflichen Tätigkeit der schweigepflichtigen Person hingewiesen. Es heißt: „Besteht ein solcher konkreter Bezug, erscheint die Einholung einer Einwilligung des Betroffenen weiterhin zumutbar und praktikabel“<sup>33</sup>. Offensichtlich hat der Entwurf in seiner Begründung übersehen, dass die Offenbarung von Geheimnissen an sonstige mitwirkende Personen gerade nicht unter § 203 Abs. 3 StGB fällt, sofern dies zur Durchführung der Aufgabe notwendig ist. Die Passage aus der Entscheidungsbegründung bezieht sich vielmehr auf die Differenzierung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit. Die fraglichen Hinweise aus der Begründung dürften daher so-

wohl im Rahmen des objektiven Tatbestands des § 203 StGB sowie bei den Anforderungen, die an die Rechtfertigung der Weitergabe von Informationen durch den Geheimnisträger zu stellen sind, relevant werden: Eine wirksame Einwilligung des Mandanten in die Weitergabe von Informationen kann nur eingeholt werden, wenn eine „Mitwirkung“ entsprechend dieser Definition zu bejahen ist. Denn nur bei Erfüllung des in der Begründung geforderten Kriteriums der Unmittelbarkeit, also einem „konkreten Bezug“ zwischen der Tätigkeit des Anwalts und der von ihm beauftragten sonstigen Personen, an die er Daten weitergibt, kann dem Mandanten gegenüber eine lückenlose Darstellung der etwaigen (Vertrags-)Verhältnisse zwischen dem Geheimnisträger und den sonstigen Mitwirkenden erfolgen. Diese lückenlose Darstellung ist zur umfassenden Aufklärung des Mandanten für die Wirksamkeit seiner Einwilligung erforderlich. Für den Geheimnisträger „zumutbar und praktikabel“ ist dieses Erfordernis bei Bestehen solch unmittelbar nachvollziehbarer (Vertrags-)Verhältnisse ebenso. Allerdings gilt diese Argumentation der Begründung nur dann, wenn der Geheimnisträger auf die Einwilligung des Betroffenen abstellt. Das Besondere von § 203 Abs. 3 StGB ist aber, dass ein neuer ausschließender Tatbestand bzw. Rechtfertigungsgrund durch die Einbeziehung des insoweit erforderlichen Hilfspersonals geschaffen worden ist. Die Gesetzesbegründung ist insofern schwach und irreführend, als sie den Eindruck erweckt, dass eine umfassende Aufklärung und Einwilligung des Mandanten erforderlich ist.

##### b) Der Begriff des Offenbarens

Der Begriff des Offenbarens klingt aktivisch und umfasst alle Formen der Mitteilung der Daten. Unklar könnte jedoch sein, ob auch das Bereithalten zum Abruf von Daten unter die Vorschrift fällt. Der *EuGH* hat dies für den Fall des europäischen Datenschutzrechts in der Entscheidung „Lindqvist“ verneint.<sup>34</sup> In der Gesetzesbegründung findet sich allerdings der Hinweis, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme schon ausreicht.<sup>35</sup> Diese bewusst breite Formulierung sorgt aber für Chaos bei dem primären Geheimnisträger. Lässt ein Anwalt z.B. seine Akte fahrlässig im Gericht liegen, wäre dies nach dem neuen Verständnis eine Offenbarung. Es geht also nicht um den Zweck der Mitteilung oder die Finalität des Aktes, sondern um die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme.<sup>36</sup>

Einschränkend wird allerdings diese Erlaubnis nur erteilt, „so weit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist“<sup>37</sup>. Die Offenlegung diesem Personenkreis gegenüber muss also von einem objektiven Kriterium der Erforderlichkeit gedeckt sein. Allerdings geht es nicht um die Erforderlichkeit für den Geheimnisträger, sondern für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen. Dies irritiert: Wenn § 203 Abs. 3 StGB nunmehr den Geheimnisschutz lockert, muss sich dies auf die Erforderlichkeit aus der Sicht des Geheimnisträgers beziehen. Entscheidend kann nicht sein, wie die sonstigen mitwirkenden Personen die Erforderlichkeit einschätzen. Durch diese Öffnung ist § 203 Abs. 3 StGB nahezu konturenlos geworden. Nach anderer Meinung von *Pohle* und *Ghaffari* soll es darauf ankommen, ob die Offenbarung für die Dienstleistung erforderlich ist.<sup>38</sup> Insofern sei auf den Geheimnisträger abzustellen. Dies gibt der Wortlaut der Vorschrift aber nicht her. Entscheidend ist allein die Perspektive des Auftragnehmers, der die Offenbarung zur Durchführung seines Auftrags tatsächlich braucht. Der Wortlaut des § 203 StGB legt es nahe, dass auf die Erforderlichkeit für die Inanspruchnahme der Tätigkeit abgestellt wird und somit die Sichtweise der mitwirkenden Person entscheidend ist. Die mitwirkende Person würde mit ihrem Verständnis der Erforderlichkeit die Reichweite dieser Vorschrift festlegen. Entscheidend muss aber der primäre Geheimnisträger sein. Es muss auf seine

29 BT-Drs. 18/11936, S. 22.

30 So auch § 203 Abs. 3 Satz 1 StGB-E: „(3) Kein Offenbaren im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen Geheimnisse den bei ihnen berufsmäßig tätigen Gehilfen oder den bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen zugänglich machen. [...]“, BT-Drs. 18/11936, S. 7.

31 § 203 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbs. StGB-E: „[...] Die in den Absätzen 1 und 2 Genannten dürfen fremde Geheimnisse gegenüber sonstigen Personen offenbaren, die an ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit mitwirken, soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist; [...]“, BT-Drs. 18/11936, S. 7; der letzte Halbs. des § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB-E betrifft sodann die Weitergabe durch sonstige Mitwirkende an wieder weitere Personen.

32 BT-Drs. 18/11936, S. 22; ähnl. BT-Drs. 18/12940, S. 12: „Allerdings kann auch künftig nicht jede mittelbare, sondern nur eine unmittelbare Mitwirkung an der beruflichen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53a StPO-E begründen.“

33 BT-Drs. 18/11936, S. 22.

34 *EuGH* MMR 2004, 95 m. Anm. *Roßnagel*.

35 BT-Drs. 18/11936, S. 18, 28.

36 *Fischer* (o. Fußn. 1), Rdnr. 30a.

37 BT-Drs. 18/11936, S. 23.

38 *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489, 492.

Sichtweise und auf die Erforderlichkeit für die Durchführung seiner Aufgaben abgestellt werden.

### c) Ein Zirkelschluss?

Erstaunlich ist auch, dass § 203 Abs. 3 und 4 StGB sonstige mitwirkende Personen regelt, auch wenn diese selbst Berufsgeheimnisträger sind. Eigentlich ergibt es wenig Sinn, etwa Steuerberater als sonstige mitwirkende Personen zu qualifizieren, wenn diese selbst dem Berufsgeheimnis unterliegen. Hier bietet sich eine teleologische Reduktion der Vorschrift dahingehend an, dass das Berufsgeheimnis, etwa von Steuerberatern, unberührt und ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht strafbewehrt bleibt.

## 5. Neue Strafordrohungen

§ 203 StGB enthält auch neue Straftatbestände. Gefährlich ist die Regelung in § 203 Abs. 4 StGB. Künftig wird mit Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei der Ausübung oder bei Gelegenheit seiner Tätigkeit als mitwirkende Person bekannt geworden ist. Jede „sonstige mitwirkende Person“ ist daher nunmehr auch Geheimnisträger geworden und riskiert bei Verletzung des Geheimnisses eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr. § 203 Abs. 4 Satz 2 StGB erweitert die Strafvorschrift für den Fall, dass ein Geheimnisträger ohne eine Geheimhaltungsvereinbarung tätig wird.

### a) Verpflichtung zur Geheimhaltung

Fraglich ist, ob diese Verpflichtung zur Geheimhaltung nur formal zu verstehen ist. Es würde ihr dann schon Rechnung getragen, wenn eine Geheimhaltungsvereinbarung überhaupt vorliegt. Diese Sichtweise ist daher zu eng. Der Geheimnisträger muss vielmehr eine effiziente, umfassende Geheimhaltungsvereinbarung einschließlich vereinbarter Sanktionen vorsehen und nachweisen. Verwiesen werden kann dabei auf § 11 BDSG a.F. und die EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO). Insbesondere Art. 28 Abs. 3 DS-GVO enthält Mindestanforderungen an eine Auftragsdatenverarbeitung, die auch in § 203 StGB einfließen. Dies umfasst z.B. Löschungspflichten nach Ende der Auftragsdatenverarbeitung und die Vereinbarung der Weisungsgebundenheit zu Gunsten der verantwortlichen Person. Ferner fragt sich, ob die mitwirkende Person und die verantwortliche Stelle/der Geheimnisträger über die Papiervereinbarung hinaus auch einen gewissen Stand der Datensicherheit vereinbaren müssen. Der Vertrag ist, wie bekannt, geduldig und ließe ansonsten völlig ungesicherte Verarbeitungen der Daten durch die mitwirkende Person zu. Allerdings hat der Geheimnisträger keine Möglichkeit, die Einhaltung von Datensicherheitsstandards direkt zu überprüfen. Auch stellt § 203 StGB nur auf die formale Verpflichtung zur Geheimhaltung ab. Man wird also den Geheimnisträger nicht strafrechtlich dazu verpflichtet sehen, die Einhaltung geeigneter Datensicherheitsstandards zu überwachen und ggf. die Zusammenarbeit mit der mitwirkenden Person zu beenden.

Der Referentenentwurf des *Bundesjustizministeriums* enthielt einen deutlicheren Passus, in dem § 203 Abs. 4 Satz 2 StGB auch die fehlende sorgfältige Auswahl der mitwirkenden Personen und die fehlende Überwachung ihrer Tätigkeit strafrechtlich sanktioniert.<sup>39</sup> Diese beiden zusätzlichen Pflichten wurden erstaunlicherweise schon im Regierungsentwurf fallen gelassen. Bei den beteiligten Verbänden wurde z.B. darauf hingewiesen, dass eine Überwachung von Externen sehr häufig nicht möglich sei, da es sich um Anbieter von Massendienstleistungen handle. Allerdings läuft mit der bloßen Verpflichtung zur Geheimhaltung die Vorschrift letztendlich ins Leere. Man kennt die Verpflichtung zur Geheimhaltung aus dem alten § 5 BDSG und

weiß daher auch, dass eine Verpflichtung auf die Geheimhaltung letztendlich nur ein Papiertiger ist. Fraglich ist daher, ob die weitergehenden Pflichten aus der DS-GVO hier eingelesen werden können. Allerdings wird man strafrechtlich daran gehindert sein, die Vorschrift so extensiv unter Bezugnahme auf die DS-GVO auszulegen. Die DS-GVO und das StGB stehen selbstständig nebeneinander und sanktionieren separat mit unterschiedlichen Instrumentarien. Gerade bei Ärzten stellte sich früher häufig die Frage, ob ein Praxisverkauf oder eine Praxisübergabe zulässig ist.<sup>40</sup> Diese Problematik lässt sich jetzt auf den Verkauf eines Cloud-Unternehmens übertragen. Wenn dieses durch § 203 Abs. 4 StGB zum mittelbaren Geheimnisträger zählt, dürfte es schwierig sein, ohne Einwilligung des mittelbar Betroffenen (etwa des Patienten) das Cloud-Unternehmen zu verkaufen und einen Datenverwaltungsvertrag zu übertragen.

### b) Verhältnis zur DS-GVO

Unklar ist ferner, wie ein externer Dienstleister mit der Gemengelage von Daten, die unter § 203 StGB fallen, und sonstigen Daten umgehen soll. Erstere unterliegen dem § 203 StGB und müssten wegen der besonderen Geheimhaltungspflichten folglich separat geführt werden. Eine Vermengung dieser Daten mit „freien Daten“ wäre gefährlich und würde die erhöhte Sensibilität, die mit § 203 StGB verbunden ist, konterkarieren.

Streitig ist auch, welche Auswirkungen der § 203 Abs. 4 StGB n.F. für das Datenschutzrecht hat. § 203 StGB entbindet in keiner Weise von einer Prüfung der allgemeinen Datenschutzvoraussetzungen, etwa dem Vorliegen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung von Betroffenen.<sup>41</sup> Das BDSG, die DS-GVO und § 203 StGB sind daher nebeneinander anwendbar.<sup>42</sup> Insofern ist Art. 28 DS-GVO zu beachten, der umfangreiche Pflichten für die Auftragsdatenverarbeitung vorsieht. Insbesondere der dortige Musterkatalog von Vertragsanforderungen bedarf einer genauen Prüfung durch einen Anwalt oder Arzt.

### c) Ausländische Cloud-Anbieter

Fraglich ist ferner, wie mit dem Problem der Tätigkeit mitwirkender Personen aus dem Ausland umgegangen wird. Hier eröffnet sich i.R.d. § 203 StGB eine Problematik des internationalen Strafrechts. Nach § 5 Nr. 7 StGB ist das deutsche Strafrecht zum Schutz des inländischen Rechtsguts, nämlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eines in Deutschland liegenden Betriebs oder eines mit Sitz in Deutschland, anwendbar. Damit müssten sich Unternehmen wie *Apple* oder *Google* vor der Reichweite des deutschen Strafrechts fürchten. In Bezug auf die USA stellt sich auch ein höheres Haftungsrisiko, weil gerade für kleine und mittlere Unternehmen mit Geheimnischarakter eine enorme Prüfungspflicht hinsichtlich des Datentransfers ins Ausland besteht. Es dürfte für diese Unternehmen kaum möglich sein, die Cloud-Dienste etwa von *Microsoft* oder *Google* adäquat zu beurteilen. Der Gesetzgeber wollte aber dennoch kein Privileg für solche Prüfungsrisiken erteilen und setzt bezüglich der richtigen Prüfung der ausländischen Rechtslage auf die volle Härte des Landesrechts.

Dies gilt somit nach internationalem Strafrecht für ausländische Cloud-Anbieter, etwa in den USA. Diese müssen wegen § 5

<sup>39</sup> Referentenentwurf des *BMJV* zu einem Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Neuregelung\\_Schutzes\\_von\\_Geheimnissen\\_bei\\_Mitwirkung\\_Dritter\\_an\\_der\\_Berufsausuebung\\_schweigepflichtiger\\_Personen.pdf?sessionid=447C60D520C38D626CFE3F270104B426.1\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Neuregelung_Schutzes_von_Geheimnissen_bei_Mitwirkung_Dritter_an_der_Berufsausuebung_schweigepflichtiger_Personen.pdf?sessionid=447C60D520C38D626CFE3F270104B426.1_cid324?__blob=publicationFile&v=1), S. 4.

<sup>40</sup> BGHZ 116, 268.

<sup>41</sup> A.A. *Wronka*, RDV 2017, 129, 131.

<sup>42</sup> *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489, 494.

Nr. 7 StGB befürchten, von nun an unweigerlich in die strafrechtliche Haftungsfalle zu tappen.

### III. Das Zeugnisverweigerungsrecht

Durch die Änderung des § 203 StGB wird es Berufsgeheimnisträgern möglich, nun auch Dritte miteinzubeziehen. Allerdings genießen die Berufsgeheimnisträger in § 203 StGB nach der StPO besonderen Schutz. Dazu zählt z.B. auch das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO. Dort ist geregelt, dass Träger von Berufsgeheimnissen (die Gruppen sind ausdrücklich in § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 StPO genannt) ihr Zeugnis verweigern können. Dies ist logische Konsequenz aus § 203 StGB. Durch die Einbeziehung Dritter, sog. mitwirkende Personen<sup>43</sup>, verfügen auch diese über Berufsgeheimnisse, die ihnen im Zuge der Ausführung ihrer Arbeit anvertraut werden. Daher wird durch die Änderung des § 203 StGB auch eine Änderung des § 53a StPO veranlasst. Dieser bezieht sich nunmehr einzig auf das Zeugnisverweigerungsrecht der mitwirkenden Personen. Sie sollen den Berufsgeheimnisträgern in § 53 StGB gleichstehen. Der § 53a StPO benennt ausdrücklich, welche Personengruppen umfasst werden. Das Zeugnisverweigerungsrecht steht in Verbindung mit zahlreichen weiteren Vorschriften der StPO.

#### 1. Auswirkungen auf § 97 StPO

Das Beschlagnahmeverbot aus § 97 StPO steht in direktem Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht aus den §§ 53, 53a StGB: Es verhindert eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts, indem die dort aufgezählten Gegenstände von der Beschlagnahme ausgeschlossen werden.<sup>44</sup> Deshalb zieht die Änderung des § 203 StGB auch eine Änderung des § 97 StPO nach sich.<sup>45</sup> Denn nun sollen auch die mitwirkenden Personen der Berufsgeheimnisträger aus § 53 StPO dem Beschlagnahmeverbot unterliegen. Haben Berufsgeheimnisträger Dritten Geheimnisse verraten, dürfen diese nun auch nicht bei Dritten beschlagnahmt werden. § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO wird hier entbehrlich, da dieser bereits verfügt, dass Gegenstände, die sich im Gewahrsam von mitwirkenden Personen der dort aufgezählten Berufsgeheimnisträger befinden, nicht beschlagnahmt werden dürfen.<sup>46</sup> Weiter wird der Wortlaut der Absätze 3 und 4 auf „mitwirkende Personen“ ausgedehnt, sodass auch diese dem Beschlagnahmeverbot aus § 97 StPO unterliegen. Damit bleibt der Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts gewahrt.

Die Änderung des § 97 StPO hat weitere Auswirkungen, insbesondere auf die einstweilige Beschlagnahme nach § 108 Abs. 1 StPO.<sup>47</sup> Wenn das Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO greift, darf auch keine einstweilige Beschlagnahme nach § 108 Abs. 1 StPO durchgeführt werden. Ebenfalls wirkt sich das Beschlagnahmeverbot auf § 103 StPO aus.<sup>48</sup> Danach dürfen keine Durchsuchungen stattfinden, die nach §§ 97, 160a StPO von der Beschlagnahme ausgenommen sind. Die Ausdehnung des § 97 StPO wirkt sich also auch auf weitere Ermittlungsmaßnahmen aus.

#### 2. Auswirkungen auf § 160a StPO

Die Änderung der §§ 53, 53a StPO beeinflusst auch die Wirkung des § 160a StPO. Um eine Umgehung des Zeugnisverwei-

gerungsrechts durch Ermittlungsmaßnahmen zu verhindern, stehen Berufsgeheimnisträger unter dem Schutz des § 160a Abs. 1, 2 StPO: Ermittlungsmaßnahmen, durch die Kenntnis über Informationen von Berufsgeheimnisträgern erlangt würde, die dem Zeugnisverweigerungsrecht unterliegen, sind demnach nicht zulässig. In dem neu geänderten § 53a StGB wird dem Wortlaut nach mitwirkenden Personen das gleiche Zeugnisverweigerungsrecht zugewiesen wie den in § 53 StGB genannten Personen.<sup>49</sup> Die Absätze 1 und 2 sind gem. § 160a Abs. 3 StPO auch auf die in § 53a genannten Personen anzuwenden<sup>50</sup>, sodass auch Ermittlungsmaßnahmen gegen mitwirkende Personen von Berufsgeheimnisträgern nach § 53 StPO unzulässig werden.

Neu ist im Ergebnis, dass nach der im *Bundestag* beschlossenen Änderung ein eigenes Zeugnisverweigerungsrecht für die mitwirkenden Personen vorgesehen ist (§ 53a StPO). Dabei liegt die Ausübung dieses Rechts der sonstigen mitwirkenden Personen bei den Berufsgeheimnisträgern (§ 53a Abs. 1 Satz 2 StPO). Der Cloud-Anbieter wird also im Prozessfall Rücksprache mit dem Geheimnisträger nehmen müssen, um die Frage der Zeugnisverweigerung zu klären.

### IV. Änderungen der BRAO

Schließlich wurde die BRAO geändert und § 43a Abs. 2 BRAO (Regelungen zur Beauftragung von Hilfspersonal) eingefügt. Hiernach hat der Anwalt das externe Hilfspersonal in schriftlicher Form zur Verschwiegenheit zu verpflichten und über rechtliche Folgen einer Pflichtverletzung zu belehren. Ferner hat er bei ihnen in geeigneter Weise auf die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht hinzuwirken, die für Angestellte des Anwalts und gegenüber allen sonstigen mitwirkenden Personen, die an einer Tätigkeit des Anwalts berufsbedingt teilnehmen, gilt. Die Regelung findet also keine Anwendung auf selbstständige Dienstleister; hier bleibt es bei der allgemeinen Regelung des § 203 StGB.

Der Dienstleister ist vielmehr in § 43e BRAO angesprochen. Dieser regelt in Absatz 2, dass der Dienstleister des Anwalts sorgfältig auszuwählen ist. § 43e Abs. 3 BRAO schreibt dazu einen in Textform gehaltenen Vertrag mit dem Dienstleister vor, in dem der Dienstleister ausführlich zur Belehrung über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung verpflichtet ist. Ferner ist in einem solchen Vertrag auch die Frage des Unterauftragsverhältnisses ausdrücklich anzusprechen. Scharf gefasst ist § 43e Abs. 4 BRAO, wonach Dienstleistungen in einem Ausland nur in Anspruch genommen werden dürfen, wenn der dort bestehende Schutz der Geheimnisse mit dem Schutz im Inland vergleichbar ist. Damit dürfte es mit einem Datentransfer Richtung USA schwierig werden. Im Zeitalter von *Trump* ist die Möglichkeit eines freien Austauschs von Daten mit den USA weiterhin problematisch. Allerdings hat der *Bundestag* schon ein Einsehen gehabt und die Regelung durch ein Einzelfallgebot ergänzt, wonach eine Prüfung der ausländischen Rechtslage nicht mehr erforderlich ist, wenn das vom Geheimnis nicht mehr umfasst ist. Allerdings ist diese Regelung weit und konturenlos. Mangels konkreter Prüfkriterien dürfte es kaum möglich sein, diese „Gummiklausel“ in der Praxis anzuwenden

§ 43e Abs. 5 BRAO gebietet, dass die Inanspruchnahme von Dienstleistungen in Bezug auf ein einzelnes Mandat nur nach Einwilligung des Mandanten erfolgen darf. Insofern bleibt es, wie bisher, bei den strikten Regelungen im direkten Kontakt zu den Mandanten, wonach Mandantendaten nur nach Maßgabe einer hinreichend transparenten und spezifizierten Einwilligung transferiert werden können. Fraglich ist aber, wie sich diese Regelung mit § 43 Abs. 3 BRAO verträglich ist. Denn bei den Daten aus einem konkreten Mandat bleibt es eigentlich beim alten Regime

43 BT-Drs. 18/12940, S. 8.

44 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 97 Rdnr. 1; Lemke u.a./Lemke, StPO, 3. Aufl. 2001, § 97 Rdnr. 1.

45 BT-Drs. 18/12940, S. 8.

46 BT-Drs. 18/12940, S. 9.

47 Meyer-Goßner/Schmitt (o. Fußn. 44), § 108 Rdnr. 4.

48 Meyer-Goßner/Schmitt (o. Fußn. 44), § 97 Rdnr. 1; § 103 Rdnr. 7.

49 BT-Drs. 18/12940, S. 3.

50 Meyer-Goßner/Schmitt (o. Fußn. 44), § 160a Rdnr. 14.

mit den restriktiven Voraussetzungen für externe Datendienste. Einziger Trost ist, dass § 43 BRAO unmittelbar strafrechtliche Auswirkungen nicht kennt.

§ 43e Abs. 2 BRAO verpflichtet den Dienstleister, sorgfältig auszuwählen und die Zusammenarbeit unverzüglich zu beenden, wenn die Einhaltung der BRAO-spezifischen Vorgaben für den Dienstleister nicht gewährleistet ist. § 43e Abs. 3 Nr. 2 BRAO enthält insbesondere die Vorgaben, dass der Dienstleister verpflichtet werden muss, sich nur insoweit Kenntnis von Geheimnissen zu verschaffen, als dies zur Vertragserfüllung erforderlich ist. Auch ist festzulegen, ob der Dienstleister Unterauftragsverhältnisse begründen darf. § 43e Abs. 6 BRAO erklärt die Einwilligung des Mandanten für als solche unwirksam. Diese muss gekoppelt werden mit der Verzichtserklärung hinsichtlich der § 43e Abs. 2-4 BRAO. Der Mandant muss also ausdrücklich auf die Sicherungsvorschriften der BRAO in Bezug auf die Datensicherheit und Geheimhaltung verzichten, damit seine Einwilligung wirksam ist. Dies stellt für den Anwalt eine hohe Hürde dar. Die Abrechnung eines konkreten Mandats über externe Dienstleister dürfte damit sehr schwierig werden. Bedenken bestehen auch im medizinischen Bereich. Ärzte können nach der Neuordnung externe Dienstleister mit dem Rechnungswesen beauftragen und müssen diese nur zur Geheimhaltung verpflichten. Für Anwälte ist dies so nicht möglich, da sie an dem Erfordernis einer konkreten ausdrücklichen Einwilligung und Verzichtserklärung des Mandanten hängen. Diese Ungleichbe-

handlung ist durch nichts zu rechtfertigen und zeigt die Schwächen des gerade erst verabschiedeten Gesetzes.

## V. Fazit

Zusammenfassend gilt es, das Gesetz als wichtige Neuordnung des Informationsrechts zu begreifen. Die 20-jährige Diskussion um die Reichweite des alten § 203 StGB für Datendienste kommt nunmehr zu einem vorläufigen Ende. Der erste Schritt in eine Liberalisierung der Externalisierung von Cloud-Diensten und Datenfernübertragung ist gemacht. Nunmehr dürfen Anwälte oder Ärzte scheinbar frei externe Anbieter für ihre Datenverarbeitung beauftragen. Allerdings droht Ärger für die externen Datenverarbeiter, die nunmehr strafrechtlich an vielfältige Datensicherheitspflichten gebunden sind. Sie sind vom Kunden zur Geheimhaltung anzuhalten und müssen dementsprechend die geheimen Daten des Kunden sorgfältig absichern. Für Anwälte besteht weiterhin das Problem, dass Mandantendaten nur mit Einwilligung des Mandanten extern verarbeitet werden dürfen; insofern besteht noch eine Haftungsfalle strafrechtlicher Art.



Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Mitherausgeber der MMR seit 1998.