



Osnabrück, den 14.05.2017

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes
von Geheimnissen bei der
Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen
BT-Drs. 18/11936**

I. Einleitung

Die Intention des Gesetzgebers, die Möglichkeiten der Einbeziehung Dritter in den Wirkungsbereich der Berufsgeheimnisträger zu erweitern, ist im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Arbeitswelt nachvollziehbar. Im Ergebnis erweisen sich die vorgeschlagenen Änderungen jedoch als zu weitreichend, unausgewogen, unpräzise und wenig praxistauglich.

II. Änderung von § 203 StGB

Das von der Bundesregierung nach der Gesetzesbegründung verfolgte Ziel, einen sachgerechten Ausgleich zwischen den ökonomischen Interessen von Berufsgeheimnisträgern und dem Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs des Betroffenen herzustellen, wurde insgesamt nicht erreicht.

Zugunsten einer wirtschaftlich effizienten Arbeitsgestaltung der zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufsgruppen wird der Kreis der mit der Hütung des Geheimnisses betrauten Personen in einer Weise erweitert, die weder für den Berufsgeheimnisträger, noch den Betroffenen überschaubar sein dürfte.

Im Einzelnen:

1. Zu § 203 Abs. 3 StGB-E

Vor allem bezüglich des Zugriffs auf informationstechnische Anlagen und Systeme Dritter ohne ausdrückliche Einwilligung des Geheimnisträgers selbst herrscht gegenwärtig

Rechtsunsicherheit unter den in § 203 Abs. 1 und Abs. 2 StGB aufgeführten Berufsangehörigen. Die Regelungen des Gesetzesentwurfes mögen den Anforderungen der modernen Arbeitswelt der Berufsgeheimnisträger in Zeiten fortschreitender Digitalisierung und Spezialisierung entsprechen. Die geplanten Neuregelungen berücksichtigen jedoch das unverändert hohe Interesse der Betroffenen an der Geheimhaltung ihrer persönlichen Informationen nur unzureichend. Die dem § 203 StGB zugrundeliegende Konzeption eines „geschlossenen Geheimnisträgerkreises“, basierend auf dem Vertrauen des Berechtigten in den Berufsgeheimnisträger, wird weiterentwickelt zu einer praktisch endlos langen „Kette von Geheimnisträgern“, welche nur im ersten Schritt unmittelbar auf dem Vertrauen des Berechtigten, nachfolgend ausschließlich auf gegenseitiger vertraglicher Verpflichtung zur Geheimhaltung durch die Berufsangehörigen selbst fußt.

a) Zu Satz 1 StGB-E

Bedenken ergeben sich aus dem Umstand, dass die straflose Offenbarung des Geheimnisses keinen Zusammenhang mit der konkreten Tätigkeit der Hilfsperson voraussetzt, diese somit auch anlasslos erfolgen kann. Insoweit ist eine ausdrückliche Beschränkung auf unmittelbar dienstbezogene Belange geboten.

b) Zu Satz 2 StGB-E

Obgleich es zunächst sachgemäß erscheint, dem Berufsgeheimnisträger die grundsätzliche Entscheidung zur Einschaltung Dritter freizustellen, reichen die daran anknüpfenden Befugnissen zur Offenbarung fremder Geheimnisse zu weit.

aa) Rechtfertigungslösung

§ 203 Abs. 3 StGB-E unterscheidet in Satz 1 die Fälle, bei denen „kein Offenbaren im Sinne der Vorschrift“ vorliegen soll von den Fällen erlaubter Offenbarung in Satz 2 StGB-E. Die Formulierung in Abs. 3 Satz 1 StGB-E wird damit begründet, dass durch die Neuregelung nunmehr gesetzlich ausdrücklich geregelt werden soll, was bereits allgemeine Meinung ist (S. 26). Kein Offenbaren von Geheimnissen liege im Verhältnis zu den berufsmäßig tätigen Gehilfen oder bei dem Geheimnisträger zur Vorbereitung auf den Beruf tätigen Personen deshalb vor, da diese zum Kreis der zum Wissen Berufenen zählten. Dem ist zuzustimmen. Diese Konstruktion hat einen Tatbestandsausschluss zur Folge. In Abs. 3 Satz 2 StGB-E wird demgegenüber eine andere Art des Ausschlusses der Strafbarkeit gewählt: eine Rechtfertigung (S. 27). Anders als bei der nachvollziehbaren Kodifikation einer bislang gefestigten Auslegung zum Tatmerkmal „Offenbarung“ muss sich ein Straffreistellungsgrund in der Form eines Rechtfertigungsgrundes materiell auf ein rechtfertigendes Prinzip gründen. Dies erscheint bei Abs. 3 Satz 2 StGB-E fraglich, da das Prinzip des überwiegenden Interesses – was der Gesetzesentwurf wohl im Blick hat – voraussetzt, dass die Interessen der Berufsgeheimnisträger sowie der sonstigen mitwirkenden Personen an der Ausübung ihrer Tätigkeit einen höheren Rang einnimmt als das Interesse der Betroffenen am Schutz des Geheimnisses und an einem engen Personenkreis, dem die Geheimnisse zugänglich gemacht werden können. Letztendlich entleert diese Regelung den Filter der Einwilligung in die Offenbarung, die bisher die Kontrolle über die Offenbarung an weitere Personen sichergestellt hat. Der Gesetzesentwurf trifft mit der Rechtfertigungsregelung eine

Vorwegabwägung, die in den Grundlagen nicht abgesichert und in ihrer Reichweite zu ausufernd ist.

bb) Kriterium der Erforderlichkeit

Nach dem Gesetzesentwurf dürfen den sog. „mitwirkenden Personen“ fremde Geheimnisse offenbart werden, soweit dies für ihre Tätigkeit „erforderlich“ ist. Eine nähere Konkretisierung des Merkmals der „Erforderlichkeit“ erfolgt weder in Form einer Legaldefinition, noch lässt sich eine solche der Gesetzesbegründung entnehmen. Im Ergebnis bliebe es letztlich den Gerichten überlassen, Kriterien hinsichtlich dieses Merkmals zu entwickeln. Bis zur Entwicklung einer gefestigten Rechtsprechung wäre im Zweifel zugunsten des Beschuldigten zu entscheiden. In der Zwischenzeit würde den Berufsgeheimnisträgern ein weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Offenbarung von geschützten Informationen gegenüber Dritten eingeräumt.

Forderungen, wonach den Berufsgeheimnisträgern in § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB-E ein gesetzliches Ermessen bezüglich der Offenbarung geschützter Informationen gegenüber Dritten eingeräumt werden sollte, ist im Interesse der Betroffenen am Schutz des Geheimnisses nicht zu folgen.

Insgesamt leistet die Einführung dieses Kriteriums keinen Beitrag zu Schaffung von Rechtssicherheit und zur Kompensation der im Rahmen der Vorwegabwägung zurückgestellten Schutzbelange der Betroffenen.

cc) Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Ausland

Vor dem Hintergrund der Datensicherheit erscheint es bedenklich, dass die Mitwirkung Dritter auch im Ausland erfolgen kann. Der Gesetzesbegründung ist insoweit zuzustimmen, dass innerhalb der Europäischen Union insgesamt ein vergleichbares Schutzniveau bestehen dürfte (vgl. S. 34). Anknüpfungspunkte für eine entsprechende Vermutung ergeben sich bezogen auf Drittstaaten nicht ohne Weiteres.

dd) Mitwirkende Personen

Weiter differenziert der Gesetzentwurf zwischen „sonstigen“ und „weiteren“ mitwirkenden Personen. Letztere müssen entsprechend dem Wortlaut nicht in die berufliche Sphäre der „sonstigen mitwirkenden Personen“ eingegliedert sein. Nach der Gesetzesbegründung (S. 27) sind auch eigenständig agierende Subunternehmer („mehrstufige Unterauftragsverhältnisse“) umfasst. Denkbar wären demnach Konstellationen, in denen Berufsgeheimnisträger gegenüber der sonstigen mitwirkenden Person auf der Grundlage einer vertraglichen Generalklausel die Offenbarung an weitere mitwirkende Personen für zulässig erklären, soweit dies erforderlich ist. Der potentielle Kreis der „Mitwisser“ würde so in einer Weise ausgeweitet, die den Interessen am Schutz des Geheimnisses nicht gerecht wird.

Besonders deutlich wird die Problematik im Zusammenhang mit der Speicherung der Informationen in externen Rechenzentren wie z.B. einer Cloud. In dieser Branche entspricht die Weitergabe der Daten von Cloud-Betreibern an Subunternehmer der gängigen Praxis.

In Anbetracht der großen Mengen der auf den Servern gespeicherten Daten kommen als Adressaten einer „Offenbarung“ i.S.d. § 203 StGB auch nach der engsten vertretenen Auffassung jedenfalls diejenigen Servicemitarbeiter in Betracht, die unmittelbar Zugang zu den vertraulichen Informationen der Geheimnisträger im Rahmen einer Bearbeitung bzw. auch im Rahmen der Durchführung von Wartungs- oder Reparaturarbeiten an den

Servern selbst erhalten. Mit Weitergabe der geschützten Informationen von den Providern an Subunternehmer ist im Regelfall davon auszugehen, dass weder der Berufsgeheimnisträger noch die mitwirkende Person den genauen Belegenheitsort jeder einzelnen Information kennen werden. Die Rechenzentren befinden sich möglicherweise außerhalb der EU, was sich als Risiko für die Datensicherheit herausstellen könnte (s.o.). So müsste z.B. sichergestellt sein, dass die Daten nach Ende des Nutzungszeitraums tatsächlich wieder gelöscht werden.

Den Bedenken gegen die Einschaltung von Subunternehmern wird auch nicht durch die vorgesehene Übertragung der Verschwiegenheitspflicht abgeholfen. Den Interessen der Betroffenen daran, dass die von ihnen gegenüber dem Berufsgeheimnisträger bekannt gegebenen Informationen lediglich einem eng umgrenzten Personenkreis zugänglich sind, entspricht es nicht, wenn der entsprechende Kreis über die Sphäre der in § 203 Abs. 1 und Abs. 2 StPO aufgezählten Personen unüberschaubar weit ausgedehnt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob innerhalb dieses Kreises die Verpflichtung zur Geheimhaltung besteht.

Insgesamt sollte erwogen werden, zur Wahrung der Interessen des Berechtigten an der Geheimhaltung seiner Informationen § 203 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 StGB-E zu streichen. Eine Offenbarung von Geheimnissen an Cloud-Anbieter sollte im Ergebnis nur erfolgen, soweit durch vertragliche Vereinbarung sichergestellt ist, dass die Verwaltung der Daten nicht an Subunternehmer übertragen wird.

c) Zu § 203 Abs. 4 Satz 1 StGB-E

Die Einbeziehung der „mitwirkenden Personen“ in die Strafbarkeit des § 203 StGB ist konsequent, vermag jedoch nicht die vorgebrachten Bedenken gegen eine Ausuferung der straflosen Offenbarung des Geheimnisses an einen unüberschaubaren Personenkreis (s.o.) zu beseitigen.

d) Zu § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB-E

Die Ausgestaltung der Strafnormen als Vorsatztat wird in der Praxis zu Beweisproblemen in der Form führen, dass häufig lediglich eine nicht vom Vorsatz des Täters umfasste Sorgfaltspflichtverletzung nachweisbar sein wird. Überdies entspricht das Merkmal der Verletzung einer Sorgfaltspflicht nach der Systematik des StGB der Konzeption eines Fahrlässigkeitsdeliktes. Systematisch folgerichtig wäre es deshalb, fahrlässiges Verhalten unter Strafe zu stellen. Ob jedoch diese Art der Sorgfaltspflichtverletzung bereits die Schwelle strafrechtlich relevanten Unrechts überschritten hat und deshalb zwingend als Straftatbestand zu vertypen ist, ist eine Frage der Wertung. Bedenkt man, dass es – so der eindeutige Wortlaut im Gesetzesentwurf – um die unterlassene Verpflichtung zur Geheimhaltung geht, so dürfte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Sanktionierung im Bereich einer Ordnungswidrigkeit hinreichend sein. Immerhin wird in anderen Regelungskontexten an eine fehlerhafte oder unterlassene Verpflichtungserklärung de lege lata überhaupt keine Sanktionierung geknüpft, wie dies etwa im Zusammenhang mit der gewillkürten Verpflichtung von Personen mit der Folge, dass diese Amtsträgern gleichgestellt werden (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1c StGB i.V.m. dem Verpflichtungsgesetz v. 2. März 1974 (BGBl. I S. 469, 547), das durch § 1 Nummer 4 des Gesetzes vom 15. August 1974 (BGBl. I S. 1942) geändert worden ist) der Fall ist.

Alternativ kann erwogen werden, das objektive Merkmal der Sorgfaltspflichtverletzung durch das Merkmal des „Unterlassens der Verpflichtung“ zu ersetzen, um so das Verhalten als echte Unterlassungstat zu konturieren.

III. Ergebnis

1. Die Vorschrift des § 203 Abs. 3 Satz 1 StGB-E sollte auf die anlassbezogene Weitergabe von Geheimnissen beschränkt werden.
2. Die in § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB-E kodifizierte Erlaubnis zur Offenbarung von Geheimnissen lässt sich nicht auf ein rechtfertigendes Prinzip gründen. Diese Regelung entmachtet die Betroffenen um die Möglichkeit, den Kreis der wahrnehmungsberechtigten Personen klein, überschaubar und kontrollierbar zu halten.
3. Das Merkmal der „Erforderlichkeit“ genügt nicht, um die Reichweite der Vorschrift zu begrenzen.
4. § 203 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 3 StGB-E sollte gestrichen werden.
5. Für die Tatbestandsalternativen in § 203 Abs. IV Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB-E sollte die Möglichkeit der Ausgestaltung als vorsätzlich oder fahrlässig begangene Ordnungswidrigkeit erwogen werden. Alternativ kann das Verhalten auch als echtes Unterlassen erfasst werden.