

Merkblatt zu Inhalt und Handhabung des neuen § 43e BRAO

Vorwort:

§ 43e wurde durch das - im Wesentlichen am 09.11.2017 in Kraft getretene - „Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“ vom 30.10.2017 (BGBl. I 3618 v. 08.11.2017) in die Bundesrechtsanwaltsordnung eingefügt. Gleichzeitig erfolgten wesentliche Änderungen u.a. von § 203 StGB und § 43a Abs. 2 BRAO.

§ 43e BRAO wird flankiert von § 2 BORA (der mit Wirkung zum 01.01.2018 um einen neuen Abs. 7 erweitert wurde) und - für den Bereich der Datenverarbeitung - ab dem 25.05.2018 von den Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und des neuen Bundesdatenschutzgesetzes über die Auftragsverarbeitung (z.B. Art. 28 f. DS-GVO und §§ 62 ff. BDSG-2018).

Die Dinge sind derzeit noch im Fluss. So hat sich der für „Verschwiegenheit und Datenschutz“ zuständige Ausschuss 6 der Sechsten Satzungsversammlung vorgenommen, zu prüfen, ob der sehr umfangreiche § 2 BORA nach Verabschiedung des Geheimnisschutzgesetzes wieder verschlankt werden kann, und ob konkrete Handlungsempfehlungen zum Umgang mit dem sperrigen § 2 Abs. 7 BORA möglich sind.

I. Adressatenkreis des § 43e BRAO

Die neue Vorschrift gilt für alle Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen - über § 46c Abs. 1 BRAO auch für Syndikusrechtsanwälte und -rechtsanwältinnen und über die Verweisungsnorm in § 59m Abs. 2 BRAO außerdem für Rechtsanwaltsgesellschaften.

II. Normzweck

Schon lange ist es aufgrund moderner arbeitsteiliger Strukturen und des Erfordernisses der Nutzung elektronischer Datenverarbeitung in vielen Fällen nicht

mehr möglich, alle Tätigkeiten, die mit der Berufsausübung des Rechtsanwalts oder der Rechtsanwältin zusammenhängen, von Personen vornehmen zu lassen, die in der Kanzlei fest angestellt sind (und die jetzt ausdrücklich von der erheblich erweiterten Regelung des § 43a Abs. 2 BRAO erfasst werden). Stattdessen wurden Aufgaben zunehmend auf externe Dienstleister übertragen - ein Phänomen, das die Anwaltschaft mit dem - etwas irreführenden - Begriff „Legal Outsourcing“ zu umschreiben pflegte.

Aufgrund der vielfach notgedrungenen Auslagerung von Aufgaben war im Hinblick auf die Einhaltung der anwaltlichen Schweigepflicht ein Grauzonen-Bereich entstanden, dessen Regelung zunächst die Satzungsversammlung durch Neufassung von § 2 BORA und die dortige Einfügung des Begriffs der „Sozialadäquanz“ (im Sinne einer „üblichen, von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben“) in Angriff genommen hatte.

Jetzt gibt § 43e BRAO Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen ganz offiziell die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen ohne Einwilligung der Mandanten und Mandantinnen externe Dienstleister zu beauftragen und diesen - in bestimmten Grenzen - Zugang zu Tatsachen zu verschaffen, die der anwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegen. Die neue Vorschrift lässt damit in eng umrissenen Grenzen und im wohlverstandenen Interesse auch der Mandantschaft die anwaltliche Schweigepflicht hinter Sachzwängen zurücktreten, sichert gleichzeitig aber den Schutz des Mandatsgeheimnisses durch „flankierende Maßnahmen“ ab.

Dienstleister, die unter solchen Umständen beauftragt werden können, sind z.B.

- IT-(Service-)Unternehmen
- Anbieter von Büro- und Sekretariatsdienstleistungen (Empfang, Telefon, Schreibarbeiten, Druck- und Postservice, Buchführung)
- Steuerberater und Steuerberaterinnen
- Sachverständige
- Übersetzer und Übersetzerinnen
- Detektive und Detektivinnen.

III. Definitionen

§ 43e BRAO spricht von *Dienstleistern* und liefert in Abs. 1 S. 2 eine Legaldefinition.

Danach ist Dienstleister

„eine andere Person oder Stelle, die vom Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird“.

In anderen Normen finden sich andere Formulierungen, die letztlich aber das Gleiche meinen. So ist in § 203 Abs. 3 S. 2 StGB von „sonstigen Personen“ die Rede, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der in den Absätzen 1 und 2 Genannten (also z.B. von Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen) mitwirken. § 2 BORA spricht von „sonstigen Personen“ oder „Unternehmen“, deren Dienste der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin in Anspruch nimmt.

Und in der DS-GVO und dem BDSG-2018 kommt - für den Bereich der Datenverarbeitung - künftig der Terminus „Auftragsverarbeiter“ zur Anwendung, bei welchem es sich nach der Begriffsbestimmung in Art. 4 Ziff. 8 DS-GVO um

„eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle (handelt), die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“.

IV. Voraussetzungen für ein Zurücktreten der Verschwiegenheitsverpflichtung

Der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin darf Dienstleistern „den Zugang zu Tatsachen, auf die sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gem. § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO bezieht“, nur unter engen Voraussetzungen eröffnen.

1. Erforderlichkeit (§ 43e Abs. 1 S. 1 BRAO)

Der Zugang zu Anwaltsgeheimnissen darf nur in dem Umfang gewährt werden, in dem dies zur Inanspruchnahme bzw. Erbringung der Dienstleistung unerlässlich ist.

Nach der amtlichen Begründung sind bei der Prüfung der Erforderlichkeit strenge Maßstäbe anzulegen. Dabei seien auch technische Zugriffsbeschränkungen zu berücksichtigen. Miete etwa ein Rechtsanwalt oder ei-

ne Rechtsanwältin lediglich Speicherplatz auf einem externen Server an, sei es nicht erforderlich, dass der Vertragspartner Zugang zu schweigepflichtigen Tatsachen erhalte, denn regelmäßig könnten diese Daten verschlüsselt gespeichert werden. Andererseits müsse der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin aber einen Spielraum für verantwortliche unternehmerische Entscheidungen haben. Die Erforderlichkeit einer Auslagerung von Daten sei nicht deshalb zu verneinen, weil auch die Möglichkeit bestünde, Dienstleister in der Kanzlei anzustellen (BT-Drucks. 18/11936, S. 34).

2. Sorgfältige Auswahl des Dienstleisters (Abs. 2 S. 1)

Der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin muss den Dienstleister sorgfältig auswählen, sich insbesondere von seiner fachlichen Eignung und Zuverlässigkeit überzeugen. Zertifizierungen und sonstige Qualifikationsnachweise (Zeugnisse, Empfehlungsschreiben, Bewertungen im Internet) können dabei eine Hilfe sein.

Sind Tatsachen bekannt oder erkennbar, die Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Dienstleisters begründen, darf dieser nicht beauftragt werden.

In der amtlichen Begründung (BT-Drucks. 18/11936, S. 34) wird an dieser Stelle ausdrücklich auf das Datenschutzrecht und die dort enthaltenen Regelungen für die Auftragsdatenverarbeitung verwiesen.

Nach Art. 28 Abs. 1 DS-GVO darf der Verantwortliche nur mit Auftragsverarbeitern arbeiten,

„die hinreichend Garantien dafür bieten, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen dieser Verordnung erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet“.

Ganz ähnlich formuliert § 62 Abs. 2 BDSG-2018, dass ein Verantwortlicher nur solche Auftragsverarbeiter mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beauftragen darf,

„die mit geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen sicherstellen, dass die Verarbeitung im Einklang mit den ge-

setzlichen Anforderungen erfolgt und der Schutz der Rechte der betroffenen Personen gewährleistet wird“.

Diese auf die originäre Datenverarbeitung bezogenen Vorgaben lassen sich natürlich sinngemäß auf die Erbringung sonstiger Dienstleistungen übertragen.

Ob im Bereich der Datenverarbeitung der Dienstleister die „geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen“ in dem geforderten Sinne ergreift und ergreifen kann und welche Maßnahmen dies überhaupt sind, dürfte für den Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin nicht immer leicht feststellbar sein. Bei Fragen in solchen Zusammenhängen steht das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (https://www.bsi.bund.de/DE/Home/home_node.html?cms_activeTab=wirtschaft) als kompetenter Ansprechpartner und Ratgeber zur Verfügung.

3. Vertragliche Vereinbarung mit dem Dienstleister (Abs. 3)

Der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin muss einen Vertrag mit dem Dienstleister schließen.

a) Form

Der Vertrag bedarf der Textform (§ 126b BGB), eine Vereinbarung per E-Mail reicht also aus.

Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass die Textform im Hinblick auf die auch ihr innewohnende Nachweisfunktion als formale Anforderung ausreichend sei, und dass auf diese Weise - gerade beim Umgang mit IT-Dienstleistern - unerwünschte Medienbrüche vermieden würden (BT-Drucks. 18/11936, S. 35).

Achtung:

§ 2 Abs. 4 und Abs. 5 S. 1 u. 2 BORA sehen für die Verpflichtung sonstiger Personen oder Unternehmen, deren Dienste in Anspruch genommen werden, zur Verschwiegenheit in formeller Hinsicht Schriftlichkeit (also Schriftform i.S. von § 126 BGB) vor.

Ob die Satzungsversammlung hier demnächst eine Anpassung an § 43e BRAO vornehmen wird, bleibt abzuwarten. Ohnehin ist fraglich, ob die Berufsordnung strengere Vorgaben machen darf als das Gesetz. Der Gesetzgeber spricht das Schriftformerfordernis in § 2 Abs. 5 BORA ausdrücklich an, äußert sich zu seiner künftigen Wirksamkeit aber nicht (BT-Drucks. 18/11936, S. 35).

Für den Vertrag mit einem Auftragsverarbeiter bestimmt Art. 28 Abs. 9 DS-GVO, dieser sei „schriftlich abzufassen, was auch in einem elektronischen Format erfolgen kann“.

Die sybillinische Formulierung hat bereits Diskussionen darüber ausgelöst, ob hier die strenge elektronische Form des § 126a BGB (also eine qualifizierte elektronische Signatur) gefordert sei oder ob auch eine „unqualifizierte signierte elektronische Erklärung“ genüge. *Hartung* (in: Kühling/Buchner, Kommentar zur DS-GVO, 1. Aufl. 2017, Art. 28 DS-GVO Rdn. 95 f.) gelangt nach ausführlichen - z.T. auch rechtsvergleichenden - Erörterungen zu dem Ergebnis, es sei als ausreichend zu betrachten, wenn der Vertrag etwa per E-Mail mit einer ausreichenden (aber nicht notwendigerweise qualifizierten) Signatur ausgetauscht werde oder etwa eine eingescannte Kopie eines unterschriebenen Vertrags bzw. ein Fax eingesetzt werde. Eine Unterschrift auf derselben Urkunde sei nicht erforderlich.

§ 62 Abs. 6 BDSG-2018 schreibt vor, dass der Vertrag zwischen dem Verantwortlichen und einem Auftragsverarbeiter „schriftlich oder elektronisch“ abzufassen ist.

In Ermangelung weiterer Erläuterungen kann dabei mit „elektronisch“ nur die Form des § 126a BGB gemeint sein, sodass nach deutschem Recht jedenfalls im Bereich der Datenverarbeitung doch Schriftform oder eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich sind.

Es macht auch insgesamt wenig Sinn, bei den Formalien unnötige Risiken einzugehen.

b) Inhalt

Der Vertrag muss - abgesehen von der Vereinbarung der Dienstleistungserbringung als solcher - (mindestens) folgende Inhalte haben.

Er muss

- den Dienstleister unter Belehrung über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung (also insbesondere unter Hinweis auf § 203 Abs. 4 StGB) zur Verschwiegenheit verpflichten
(Dies kann auch in einem Anhang des Vertrags, der Vertragsbestandteil wird, geschehen. Ein entsprechender *Mustertext* findet sich am Ende dieses Merkblatts.)
- den Dienstleister verpflichten, sich nur soweit Kenntnis von fremden Geheimnissen zu verschaffen, als dies zur Vertragserfüllung erforderlich ist
(Ein mit Buchführungsarbeiten beauftragter Dienstleister darf zwar unter Hinzuziehung von Mandatsunterlagen Abrechnungen kontrollieren, aber nicht aus persönlichem Interesse in ein vertieftes Aktenstudium eintreten.)
- festlegen, ob der Dienstleister befugt ist, weitere Personen (z.B. in seiner Eigenschaft als Auftragsverarbeiter von Daten weitere Auftragsverarbeiter) zur Erfüllung des Vertrags heranzuziehen, und - bejahendenfalls - dem Dienstleister auferlegen, diese Personen in Textform (siehe oben) zur Verschwiegenheit zu verpflichten.

Hinweise:

- Die unter lit. b aufgezählten Inhalte sind entbehrlich, wenn der Dienstleister (wie etwa ein Steuerberater oder ein als Sachverständiger tätig werdender Arzt) hinsichtlich der zu erbringenden Dienstleistung selbst gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist (Abs. 7 S. 2).

Die Grenzen können hier fließend sein, etwa wenn ein Steuerberater „nur“ mit der Übernahme einfacher Buchführungsaufgaben beauftragt wird. Statt ein unnötiges Risiko einzugehen, sollte lieber eine Verschwiegenheitsverpflichtung zu viel als eine zu wenig erfolgen.

- Ist die Einhaltung der unter lit. b benannten Vorgaben und/oder der vertraglichen Vereinbarung insgesamt nicht (mehr) gewährleistet, muss der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin die Zusammenarbeit mit dem Dienstleister unverzüglich (also ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) beenden (Abs. 2 S. 2).

4. Verschärfte Anforderungen bei Erbringung von Dienstleistungen im Ausland (Abs. 4)

Eine „Auslagerung“ von Dienstleistungen ins Ausland kommt nur dann in Betracht, wenn auch dort ein mit dem Inland vergleichbarer Schutz der Geheimnisse gewährt ist (oder der Schutz der Geheimnisse Letzteres nicht gebietet). Das muss der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin im Einzelfall sorgfältig prüfen.

Der Gesetzgeber zeigt sich zuversichtlich, dass für die anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in der Regel von einem solchen Schutz ausgegangen werden könne. Der Schutz vor staatlichen Eingriffen sei im Unionsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz mit Grundrechtscharakter anerkannt, soweit entsprechende berufsrechtliche Geheimhaltungspflichten bestünden. Das Anwaltsgeheimnis sei insofern im Grundsatz in allen Mitgliedstaaten anerkannt (BT-Drucks. 18/11936, S. 35).

V. Der Ausnahmefall des § 43e Abs. 5 BRAO

§ 43e Abs. 5 BRAO enthält eine wichtige und stets zu bedenkende Ausnahme vom Grundsatz des Dispenses von der Schweigepflicht.

Dient die Inanspruchnahme von Dienstleistungen unmittelbar nur einem einzelnen Mandat, wie dies etwa beim Einsatz eines Übersetzers zur Vermittlung des Kontakts mit einem einzelnen Mandanten und zur Übersetzung von Schriftstücken dieses Mandanten der Fall ist, muss der Mandant ausdrücklich darin einwilligen, dass dem Dienstleister der Zugang zu seinen Unterlagen eröffnet wird.

Arbeitet der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin häufig mit demselben Übersetzer oder derselben Übersetzerin zusammen, ändert dies nichts an der Einzelmandatsbezogenheit.

Welche Anforderungen an die Einwilligungserklärung zu stellen sind, sagt der Gesetzgeber nicht. Um kein Risiko einzugehen, sollte man hier eine Brücke zu den Vorgaben in § 3 Abs. 2 S. 2 u. 3 BORA schlagen und „umfassende Information“ im Vorfeld sowie für Information und Einwilligung Textform vorsehen.

Fehlt die Einwilligung des Mandanten, weil dieser sie versagt hat oder eine gesonderte Einwilligung nicht eingeholt wurde, stellt die Offenbarung von Mandatsgeheimnissen gegenüber dem eingeschalteten Dienstleister auch bei Einhaltung aller sonstigen Vorgaben des § 43e BRAO eine Verletzung der anwaltlichen Schweigepflicht (und damit einen zu ahndenden Verstoß gegen die §§ 203 StGB, 43a Abs. 2 BRAO, 2 BORA) dar.

Zu den hier - möglicherweise - bei Syndikusrechtsanwälten und -rechtsanwältinnen bestehenden besonderen Risiken siehe sogleich unter Ziff. VI.

VI. Zur Unbeachtlichkeit der Einwilligung des Mandanten (§ 43e Abs. 6 BRAO)

Andererseits enthebt die Einwilligung des Mandanten - weder im Sonderfall des § 43e Abs. 5 BRAO noch generell - den Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin nicht von den Anforderungen des § 43e Abs. 2 u. 3 BRAO.

Ein Dispens von diesen Anforderungen gilt nur, wenn der Mandant (als „Herr des Geheimnisses“) ausdrücklich auf die Einhaltung der Anforderungen verzichtet hat.

Zu den Anforderungen, die an einen solchen Verzicht zu stellen sind, äußert sich der Gesetzgeber wiederum nicht. Er beschränkt sich auf den Hinweis, dass der Mandant im Bilde darüber sein müsse, worauf er verzichte (BT-Drucks. 18/11936, S. 36).

Zur Vermeidung von Risiken sollten auch hier die Vorgaben in § 3 Abs. 2 S. 2 u. 3 BORA berücksichtigt und „umfassende Information“ im Vorfeld sowie für Information und Einverständnis- bzw. Verzichtserklärung Textform vorgesehen werden. In der Praxis dürften solche Fälle ohnehin nur selten vorkommen.

Der Gesetzgeber sieht die größte Praxisrelevanz bei Syndikusrechtsanwälten und -rechtsanwältinnen, deren Arbeitgeber bestimmte Dienstleistungen in Anspruch nehmen und dabei auf die hohen Anforderungen der Absätze 2 bis 4 des § 43e BRAO verzichten wollten (BT-Drucks. 18/11936, S. 36).

Achtung:

Die ausdrückliche Erwähnung des Abs. 4 an dieser Stelle zeigt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers in den häufig vorkommenden Sachverhalten, in denen Syndikusrechtsanwälte und -rechtsanwältinnen bei der Bewältigung bestimmter Aufgaben für ihren Arbeitgeber Dienstleister von außen hinzuziehen (müssen), im Einzelfall stets die Einwilligung des Arbeitgebers einzuholen ist.

VII. Sonstiges**1.**

§ 43e Abs. 1 bis 6 BRAO gelten nicht, „soweit Dienstleistungen aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften in Anspruch genommen werden“.

In der amtlichen Begründung heißt es hierzu, solche Vorschriften könnten insbesondere hinsichtlich der Nutzung von durch andere Stellen vorgehaltenen informationstechnischen Anlagen, Systemen oder Anwendungen durch Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen bestehen. In diesen Fällen gingen die hierzu erlassenen besonderen Vorschriften vor; die Anforderungen der Absätze 1 bis 6 seien in diesen Fällen entbehrlich, da insoweit spezielle Regelungen vorhanden seien (BT-Drucks. 18/11936, S. 36). Als Beispielsfall dürfte hier das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) zu nennen sein.

2.

Nach § 43e Abs. 8 BRAO bleiben die - im Vorhergehenden schon mehrfach angesprochenen - „Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten“, also die Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung und des neuen Bundesdatenschutzgesetzes 2018, unberührt.

Diese gehen dem § 43e BRAO nicht vor, sondern gelten zusätzlich. Dazu heißt es in der amtlichen Begründung, lasse ein Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin beispielsweise Daten in seinem bzw. ihrem Auftrag verarbeiten, müssten hierfür insoweit auch die entsprechenden datenschutzrechtlichen Anforderungen in den datenschutzrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden (BT-Drucks. 18/11936, S. 37).

Die Datenschutzbestimmungen schaffen u.a. zusätzliche Sorgfalts- und Überwachungspflichten.

So bestimmt Art. 29 DS-GVO, dass der „Auftragsverarbeiter und jede dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter unterstellte Person, die Zugang zu personenbezogenen Daten hat, diese Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten (dürfen), es sei denn, dass sie nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten zur Verarbeitung verpflichtet sind“.

Und nach § 62 Abs. 1 S. 1 BDSG-2018 „hat der Verantwortliche für die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz zu sorgen“, sofern im Auftrag eines Verantwortlichen personenbezogene Daten durch andere Personen oder Stellen verarbeitet werden.

VIII. Folgen von Verstößen

Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Vorgaben des § 43e BRAO sind gravierend und schnell beschrieben.

Der Dispens von den die Schweigepflicht betreffenden Sanktionsnormen erfolgt nicht oder entfällt nachträglich wieder (dies im Fall der Nichtbefolgung von § 43e Abs. 2 S. 2 BRAO - Beendigung der Zusammenarbeit). Der Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin verletzt seine bzw. ihre anwaltliche Verschwiegenheitsverpflichtung und setzt sich damit den straf- und berufsrechtlichen Konsequenzen der §§ 203 StGB, 43a Abs. 2 BRAO, 2 BORA aus.

gez. Dr. Offermann-Burckart
Grevenbroich, den 19.03.2018/Off.-B