



Datenschutz und Berufsgeheimnis

Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

1 Das Thema Cloud Computing hat mittlerweile auch die Anwaltschaft erreicht, nimmt doch die flexible und bedarfsabhängige Bereitstellung beziehungsweise Nutzung von IT-Ressourcen aufgrund der möglichen Kostenersparnis in kleinen und mittelständischen Unternehmen – und damit typischerweise auch in Anwaltskanzleien – eine immer größere Rolle ein. Die Nutzung von Cloud-Diensten stellt Anwaltskanzleien – ebenso wie andere Unternehmen – vor datenschutzrechtliche Herausforderungen. *Daniel Schmid* hat sich verdienstvollerweise in seiner Dissertation „Die Nutzung von Cloud-Diensten durch kleine und mittelständische Unternehmen“ mit diesem Gegenwartsthema befasst, das bislang juristisch wenig aufgearbeitet scheint. Anstoß zur Studie waren für *Schmid* die Safe-Harbor-Entscheidung des EuGH, der EU-US Privacy Shield und die Europäische Datenschutzgrundverordnung, durch die es zu weitreichenden Änderungen im europäischen Datenschutzrecht gekommen ist beziehungsweise kommen wird. Konkret geht die Untersuchung der Frage nach, ob kleine und mittelständische Unternehmen mit Sitz in Deutschland ihre Kunden-, Personal- beziehungsweise Mandantendaten im Rahmen eines sog. Software-as-a-Service (SaaS)-Dienstes an einen deutschen, europäischen oder US-amerikanischen Cloud-Anbieter datenschutzkonform auslagern können. Zwar untersucht *Schmid* kleine- und mittlere Unternehmen (KMU) im Allgemeinen, ein eigenes Kapitel bricht die Problematik aber dann auf die Auslagerung von Mandantendaten in die Cloud durch Rechtsanwaltskanzleien hinunter. Die Annäherung erfolgt daher über das Allgemeine zum Speziellen in gleichsam drei Schritten: Nachdem eine knappe Einleitung die Problemstellung und den Gang der Untersuchung aufgezeigt hat, widmet sich der rund 40seitige erste Hauptteil den Grundlagen des Cloud Computing. Dort werden Begriffe erläutert, Techniken und Technologien vorgestellt, Angebote des Marktes systematisiert und Cloud-Konzepte skizziert. Vermittelt werden zudem auch die Vorteile und die wirtschaftliche Bedeutung von Cloud Computing – um sodann auch auf Nachteile zu sprechen zu kommen und

das Problem der Datensicherheit erstmals zu umreißen. Gleichsam vorbereitend für den eigentlichen Untersuchungsgegenstand werden zudem die beim Cloud Computing beteiligten Personen und ihre datenschutzrechtlichen Rollen aufgezeigt. Auf der Basis dieser Grundlegungen schließt sich der zweite Hauptteil an, der die datenschutzrechtlichen Herausforderungen der Auslagerung von Kunden- und Personaldaten in die Cloud untersucht. Zunächst geht der Verfasser auf 40 Seiten dem anwendbaren Datenschutzrecht nach, bevor er auf über 100 Seiten die datenschutzrechtliche Rechtmäßigkeit der Auslagerung von Kundendaten in die Cloud prüft. Die Prüfung folgt den feinen Verästelungen des Datenschutzrechts – naturgemäß auf der Basis des „Alt-BDSG“. Freilich finden sich Inhalte zentraler Normen, die der Verfasser in den Blick nimmt, auch in der DSGVO beziehungsweise dem „Neu-BDSG“, so dass der 2018 anstehende Neustart des Datenschutzrechts die Betrachtungen *Schmid*s nicht obsolet werden lässt. *Schmid* analysiert denkbare Erlaubnistatbestände und die Voraussetzungen einer Einwilligung nach § 4a BDSG, bevor er sich dem zentralen Problem der Auftragsdatenverarbeitung im Sinne von § 11 BDSG durch Nutzung externer Cloud-Dienstleister im Wege der Datenübermittlung und Auftragsvergabe in einen Drittstaat zuwendet. Danach verengt *Schmid* den Blick von KMU im Allgemeinen auf Rechtsanwälte beziehungsweise Kanzleien. Er zeigt auf, dass Datenschutz- und Berufsrecht nebeneinander gelten, so dass bei der Auslagerung von Mandantendaten sowohl das BDSG als auch das „Berufsrecht“ zu beachten sind. Die Arbeit wurde im Sommer 2016 abgeschlossen, so dass die sodann folgenden Betrachtungen zu § 203 StGB in der Fassung der Norm vor Inkrafttreten des „Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“ am 9. November 2017 erfolgen. Hier kommt *Schmid* zum Ergebnis, dass jenseits einer Schweigepflichtentbindung nur die Nutzung einer Cloud einer eingetragenen Genossenschaft von Berufsträgern oder einer Community beziehungsweise Sealed Cloud speziell für Rechtsanwälte in Betracht kommt.

2 Die Studie „Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisvertrag“ aus der Feder von *Kay H. Schumann* ist eine Bonner Habilitationsschrift. Sie geht der Rechtfertigung eines beschuldigten Berufsgeheimnispflichtigen bei Offenbarungen zu Lasten unbeteiligter Geheimnisträger nach. Ausgangspunkt der Untersuchung ist für *Schumann* der Befund, dass Literatur und Rechtsprechung seit langem die Rechtfertigung der „Verletzung von Privatgeheimnissen“ (§ 203 StGB) zur Verteidigung im Strafprozess als Selbstverständlichkeit ansehen. Die Untersuchung bietet daher eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Annahme für jene Fälle, in denen das Verteidigungsvorbringen unbeteiligte Geheimnisträger betrifft. Ausgehend von einer diskurstheoretischen Position werden dafür insbesondere die Grundlagen der Rechtsgüterlehre, die Geschichte des rechtlichen „Berufsgeheimnisschutzes“, der Schutzbereich des § 203 StGB, die Legitimation des aggressiven Notstandes als Rechtfertigungsgrund und das Problem „ungeschriebener Rechtfertigungsgründe“ (vor allem Gesetzlichkeitsprinzip und „Beschuldigtenrolle“) diskutiert. Trotz des spezifischen Untersuchungsgegenstands bietet die Arbeit als Habilitationsschrift naturgemäß sehr wertvolle Erkenntnisse zu allgemeinen Aspekten des § 203 StGB, etwa zur Geschichte oder zum Schutzzweck der Norm. *Schumann* gelangt zu dem Ergebnis, dass einem Berufsgeheimnispflich-

tigen kein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, wenn er zu seiner Entlastung in einem Strafverfahren Privatgeheimnisse eines Dritten verletzt. Dieses Ergebnis fußt vor allem auf der Verweigerung der Anerkennung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe durch den Verfasser. *Schumann* zeigt freilich auf, dass auch bei Zugrundelegung der herrschenden Auffassung, die naturgemäß diesen Weg nicht beschreitet und die Wahrnehmung berechtigter Interessen oder die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgründe akzeptiert, Anwendungsfälle, in denen die mutmaßliche Einwilligung hilfreich sein kann, in der Praxis selten sein werden.

3 *Philip Scharenberg* hat in einer in Kiel entstandenen Dissertation „Def[n] Schutz des Vertrauensverhältnisses zu Berufsgeheimnisträgern gemäß § 160a StPO“ untersucht. Bekanntlich trägt § 160a StPO der Tatsache Rechnung, dass der durch § 53 StPO gewährte Schutz der dort genannten Berufsgeheimnisträger, nicht Zeugnis über das ablegen zu müssen, was ihnen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit anvertraut oder bekannt geworden ist, leerlaufen würde, wenn er außerhalb der Vernehmungssituation insbesondere durch heimliche Ermittlungsmaßnahmen unterlaufen werden könnte. Um das hierdurch gefährdete Vertrauensverhältnis zwischen Berufsgeheimnisträgern und ihren Geheimnisgebern zu schützen, wurde 2008 § 160a StPO als flankierende Schutznorm geschaffen. *Scharenberg* nimmt eine umfassende systematische Prüfung der Regelung vor. Nach allgemeinen Betrachtungen zu Beweisverwertungsverboten skizziert der Verfasser die Genese der Norm, analysiert ihre Stellung in der StPO und fächert § 160a StPO entsprechende Normen in anderen Gesetzen auf, bevor er sich § 160a StPO selbst zuwendet. Längere Betrachtungen gelten dem generellen Anwendungsbereich der Norm, bevor *Scharenberg* sodann das Schutzsystem der Norm mit seinen absoluten und relativen Beweiserhebungs- und -verwendungsverboten untersucht. Kurze Kapitel nehmen das Problem des Schutzes von Hilfspersonen und von Angehörigen in den Blick und erläutern den Verlust des Schutzes bei krimineller Verstrickung des Berufsgeheimnisträgers. Insgesamt bewertet *Scharenberg* die Norm zwar als rechtspolitischen Fortschritt, sieht aber umfassenden Nachbesserungsbedarf insbesondere hinsichtlich des durch § 160a Abs. 2 StPO nur relativ gewährten Schutzes. Daher unterbreitet er abschließend einen Reformvorschlag, den er anderer Stelle in der Strafprozessordnung – in einem zu schaffenden § 53b StPO – angesiedelt sehen möchte.

4 Auf den ersten Blick möglicherweise überraschend ist, dass eine Arbeit mit dem Titel „Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland“, verfasst von *Sabrina Potocic*, in dieser anwaltsrechtlichen Bücherschau vorgestellt wird. Doch neben völkerrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen, kapitalmarktrechtlichen, grundrechtlichen und datenschutzrechtlichen Betrachtungen findet sich



1

Die Nutzung von Cloud-Diensten durch kleine und mittelständische Unternehmen

Daniel Schmid,
Duncker & Humblot,
Berlin 2016, 291 S.,
978-3-428-15092-2,
79,90 Euro.



2

Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat

Kay H. Schumann,
Nomos Verlag, Baden-
Baden 2016, 514 S.,
978-3-8487-2434-5,
98 Euro.



3

Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zu Berufsgeheimnisträgern gemäß § 160a StPO

Philip Scharenberg,
Nomos Verlag, Baden-
Baden 2016, 254 S.,
978-3-8487-3394-1,
66 Euro.



4

Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland

Sabrina Potocic,
Nomos Verlag, Baden-
Baden 2016, 435 S.,
978-3-848-7255-57,
112 Euro.

in der interessanten Studie auch ein 60seitiges Kapitel zu berufsrechtlichen Fragestellungen. Anstoß für die Untersuchung, eine Heidelberger Dissertation, war die von der Siemens AG 2008 mit den deutschen und amerikanischen Behörden nach internen Ermittlungen durch eine Anwaltskanzlei erzielte Einigung über die Beendigung laufender Korruptionsverfahren und die nachfolgende scharfe Kritik des Schrifttums, das die Vereinbarkeit dieses Vorgehens mit dem deutschen Recht bezweifelte. Die Berechtigung dieser Kritik untersucht *Potocic*. Mit Blick auf die berufsrechtlichen Fragestellungen, die naturgemäß nicht im Zentrum der Untersuchung stehen, gelangt die Verfasserin zum Ergebnis, dass in vergleichbaren Konstellationen deutsches Berufsrecht anwendbar ist, so dass grundsätzlich Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote greifen, von denen das betroffene Unternehmen sodann zum Zwecke der Kooperation mit einer Aufsichtsbehörde – konkret ging es um die SEC – dispensieren kann. Dies ist wenig überraschend, weil folgerichtig. Berufsrechtlich reizvoll wird die Problematik, wenn Rechtsanwältinnen im Ausland unter Hinweis auf den vom Unternehmen erteilten „Waiver“ zu weitergehenden Offenlegungen gezwungen werden sollen, da zum Beispiel nach amerikanischem Recht mit der Kooperation mit den Behörden das Anwaltsgeheimnis insgesamt „verloren“ ist. Hier entsteht eine Kollisionsproblematik mit dem deutschen Berufsrecht. *Potocic* arbeitet heraus, dass grundsätzlich die deutsche Schweigepflicht zu beachten ist – wenngleich sie ein erhebliches Risiko sieht, dass amerikanische Behörden sich im Falle eines Falles über diese Pflichtenbindung nach deutschem Recht hinwegsetzen würden.



Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Inhaber der Hans-Soldan-Stiftungsprofessur an der Universität zu Köln und Direktor des Soldan Instituts.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.