



Freshfields Bruckhaus Deringer

Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme anwaltlicher Verschwiegenheit

Rechtsanwältin Dr. Simone Kämpfer

*Symposium des Instituts für Anwaltsrecht an der
Universität zu Köln*

Köln, 23. November 2018

Vorbemerkung

- Wer als Rechtsanwalt unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm als Rechtsanwalt anvertraut wurde (oder sonst bekannt geworden ist), macht sich strafbar gem. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB.
- Geheimnisse sind geschützt über den Tod oder die endgültige Beendigung einer Gesellschaft hinaus (vgl. *Mosiek*, NStZ 2018, 505).
- Ein **Offenbaren ohne Einwilligung** des Mandanten ist gerechtfertigt bei schwerwiegenden Straftaten gem. §§ 138, 139 Abs. 3 StGB (z.B. Mord, Völkermord) oder bei der Durchsetzung von Honoraransprüchen.
- Häufiger Verstoß durch Anwälte? Berufsrechtliche Verfahren / staatsanwaltliche Ermittlungen?
- Fehlende Sensibilität / erhebliche Probleme in der Praxis.
- „Kommerzialisierung“ der Verschwiegenheitspflicht (mittelloser Beschuldigter in einem Mordfall entbindet Verteidiger ggü. der Presse von Verschwiegenheit, im Gegenzug muss nur die Hälfte des Anwaltshonorars gezahlt werden).

Der neue § 203 StGB - Neue Probleme?

- Nach Gesetzesänderung im Jahr 2017 gem. § 203 Abs. 3 StGB **explizit** zulässig: Outsourcing **auch ohne Einwilligung des Mandanten** an externe – fachfremde – Dienstleister, z.B. aus der IT-Branche (betrifft auch die Nutzung von Cloud-Computing-Diensten)
 - Aber: Offenbarung von Geheimnissen ist nur zulässig, soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der „sonstigen“ Person **erforderlich** ist.
 - P: Wann ist die Inanspruchnahme der Tätigkeit einer „sonstigen“ Person erforderlich?
 - Jedenfalls dann nicht, wenn Inanspruchnahme ohne Offenbarung des Geheimnisses möglich ist.

- Bei der Vergabe von Aufträgen an externe Dienstleister (z.B. IT-Dienstleister) sind die berufsrechtlichen Vorgaben des ebenfalls neuen § 43e BRAO zu berücksichtigen:
 - Auswahl des Dienstleisters muss „**sorgfältig**“ erfolgen.
 - Vertrag muss in **Textform** geschlossen werden.
 - Dienstleister muss u.a. **zur Verschwiegenheit verpflichtet** und auf die **strafrechtlichen Folgen** der Missachtung **hingewiesen** werden.

- Weitere Neuregelung in § 203 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB:
 - Wer nicht dafür Sorge trägt, dass eine an der Berufsausübung „mitwirkende Person“ (z.B. der IT-Dienstleister) zur Geheimhaltung verpflichtet wird, macht sich strafbar, wenn diese Person Geheimnisse offenbart.

Schutz von Drittgeheimnissen

➤ Schutz auch von sog. „Drittgeheimnissen“?

Nach h.M. ist ein Rechtsanwalt nicht nur mit Blick auf die Geheimnisse des eigenen Mandanten schweigepflichtig, sondern auch bzgl. der Geheimnisse der Gegenseite (vgl. OLG Köln NJW 2000, 3656; *Risse/Reichert*, NJW 2008, 3680)

➤ P: Ermittlungsakte enthält Bilder aus der Wohnung des Mitbeschuldigten / TKÜ-Protokolle, aus denen sich dessen außerehelichen Affären ergeben / Unterlagen zu dessen finanziellen Verhältnissen: erkennbar Drittgeheimnisse.

➤ Übergabe der kompletten Akte an Mandanten möglich? Ja, wenn dies für die sachgerechte Verteidigung des eigenen Mandanten erforderlich ist (großzügiger Maßstab vorzugswürdig).

Wahrung der Verschwiegenheitspflicht bei Konfliktcheck

- Wahrung der Verschwiegenheitspflicht bei Interessenkollision in der eigenen Kanzlei – unauflösbares Problem?
- Mit Kollegen A müsste ich besprechen, ob der bei mir anklopfende Mandant Y in Kollision zu Mandant Z des Kollegen A steht. Im Zweifel sollten hierzu auch Y und Z befragt werden. Ich kann aber Z nicht befragen (lassen), bevor Y zugestimmt hat. Bevor ich ihn fragen kann, muss aber Z gefragt werden, ob sein Mandat mit A ggü. Y offengelegt werden darf.
- Blankofreigabe durch anfragenden Mandanten?
„Bin einverstanden, dass Sie mit ggf. konfligierenden Mandanten über meine Mandatsanfrage sprechen.“
- Konkludente Einwilligung? Möglich, wenn Offenbarung nach der Natur der Sache selbstverständlich oder nach allgemeinem Verständnis regelmäßig üblich ist (Weitergabe der Information als „berufstypische Usance“).

Entbindungsberechtigung bei Wechsel in der Geschäftsführung (1)

- P: Wer entbindet von der Schweigepflicht, wenn Vorstand der Mandantin (AG) gewechselt hat – neuer Vorstand oder zusätzlich auch der alte Vorstand (gleichgelagertes Problem bei Insolvenzverwalter)?
 - Der **BGH hat diesen Fall bisher nicht entschieden.**
- U.a. OLG Düsseldorf, OLG Schleswig und OLG Koblenz fordern, dass neben Neuorganmitgliedern auch die Altorganmitglieder, die den RA/WP o.ä. beauftragt haben, eine Entbindungserklärung abgeben müssen.
 - Arg.: Altorgane sind ganz erheblich von der Entbindungserklärung betroffen, da „gegen“ bzw. „für“ sie ausgesagt wird.
- U.a. OLG Köln (BeckRS 2015, 20895), OLG Nürnberg und OLG Oldenburg sowie Meyer-Goßner/Schmidt (h.M.) lassen es genügen, dass Neuorgane von der Verschwiegenheitspflicht entbinden.
 - Arg.: Organ (in Person des neuen Organmitglieds) handelt stellvertretend für juristische Person.

Entbindungsberechtigung bei Wechsel in der Geschäftsführung (2)

Problemstellung in der Praxis: RA steht „zwischen *Skylla und Charybdis*“, wenn Gericht sich auf den Standpunkt stellt, Entbindung von Neuorganmitgliedern reiche aus.

- Wird Rechtsansicht akzeptiert und RA sagt aus, besteht das Risiko eines Berufsrechtsverstoßes bzw. einer Strafbarkeit gem. § 203 StGB, wenn andere Stelle (z.B. Staatsanwaltschaft) der alternativen Rechtsansicht folgt, auch Altorganmitglieder hätten entbinden müssen.
- Weigert sich RA auszusagen, ist er der Gefahr ausgesetzt, dass ein Ordnungsgeld gem. § 70 Abs. 1 StPO wegen unberechtigter Zeugnisverweigerung gegen ihn verhängt wird.

Was tun?

- Risiko strafrechtlicher Verfolgung wiegt schwerer als mit einem Ordnungsgeld belegt zu werden. Deshalb sollte davon ausgegangen werden, dass auch Altorganmitglieder entbinden müssen. Dann sollte wie folgt vorgegangen werden:
 - Risiken müssen den Behörden **klar aufgezeigt** werden, um **Sensibilität für die Situation zu schaffen**.
 - Bei bilateral nicht lösbaren Konflikten ist es ggf. ratsam, sich an der Rechtsprechung des OLG-Bezirks zu orientieren.

Entbindungsberechtigung bei Wechsel in der Geschäftsführung (3)

- Zur Risikominimierung straf- und berufsrechtlicher Folgen kann **dann** in einem letzten Schritt die Verhängung eines Ordnungsgeldes hingenommen werden, bevor anschließend **doch ohne** Entbindungserklärung der Altorganmitglieder ausgesagt wird.
- Später kann unter Bezugnahme auf das verhängte Ordnungsgeld und die zugrundeliegende Entscheidung erforderlichenfalls vorgetragen werden, die Aussage ohne Entbindung durch die ausgeschiedenen Organmitglieder sei allein deshalb erfolgt, um Ordnungshaft abzuwenden. **Ein straf- bzw. berufsrechtlicher Vorwurf wird dann nur schwerlich zu erheben sein.**

Weitergabe von Ermittlungsakten durch Rechtsanwälte

- Unternehmensverteidiger erhält Ermittlungsakte in einem Korruptionsverfahren gem. § 147 Abs. 1, 428 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 444 Abs. 1, 2 StPO.
P: Darf der Unternehmensverteidiger Ermittlungsakten an Arbeitsrechtler weitergeben, damit dieser die Kündigung eines beschuldigten Mitarbeiters vorbereiten kann?
- § 32f Abs. 5 StPO (seit 01.01.2018 in Kraft) setzt Weitergabe von Akten Grenzen. Weitergabe ist gem. § 32f Abs. 5 S. 1, 2 StPO auf den **Zweck der Gewährung** beschränkt (hier: Verteidigung des Unternehmens).
- Akte darf an Arbeitsrechtler weitergegeben werden, **wenn mit der Kündigung ein Verteidigungszweck** verfolgt wird (denkbar, denn Erkenntnisse eines anschließenden arbeitsgerichtlichen Verfahrens können sich ggf. mildernd auf Unternehmensgeldbuße auswirken).
- Weitergabe ist darüber hinaus zulässig, wenn zwar ein anderer Zweck verfolgt wird, aber auch für diesen Zweck Akteneinsicht gewährt werden könnte (§ 32f Abs. 5 S. 3 StPO).
- **Verstoß gegen Zweckbindung** soll nach *Köhler* (Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, 61. Aufl. 2018, § 32f, Rn. 18) **§§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 StGB** erfüllen, da dann eine „unbefugte Offenbarung“ fremder Geheimnisse vorliege.
- **Folge:** Verteidiger müssen bei Weitergabe der Akte an Dritte prüfen, ob sie hierzu befugt sind.

Angriff auf die anwaltliche Verschwiegenheit durch Versicherungen?

- **P: Angriff auf die anwaltliche Verschwiegenheit durch Versicherungsbedingungen?**
- Keine Kostenübernahme ohne detaillierte Erläuterung der Verteidigungstätigkeit (time-sheets) / Wahlfreiheit des Mandanten diesbezüglich?
- Versicherungsnehmer ist häufig Unternehmen (möglicherweise inzwischen „Gegner“ des Mandanten z.B. wegen Kündigungsschutzklage).
- Beschlagnahmeschutz der time-sheets bei Versicherung / Unternehmen gem. §§ 97, 148 StPO analog?
- Sittenwidrigkeit der Versicherungsbedingungen gem. § 138 BGB – mittelbare Drittwirkung der Grundrechte / Recht auf „vernünftige“ Verteidigung?
- **Lösungsvorschlag:** Keine spezifische Beschreibung von Tätigkeiten, die Rückschlüsse auf Verteidigungsstrategie, Tatverantwortlichkeiten o.ä. zulassen, stattdessen „allgemeine“ Platzhalter.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Simone Kämpfer

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

simone.kaempfer@freshfields.com