

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Frau von Bothmer
Referat II A 2
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Vorab per E-Mail: poststelle@bmjv.bund.de

**Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der
Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen
Ihr Schreiben vom 14. Dezember 2016, Az.: II A 2 - 4047/2 - 2 - 25 909/2016**

Sehr geehrte Frau von Bothmer,

haben Sie vielen Dank für Ihr Schreiben vom 14. Dezember 2016 und die Übersendung des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen. Wir nehmen die Gelegenheit zur Stellungnahme gerne wahr.

Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen enthält u. a. Vorschläge zur Änderung von § 203 StGB und der Bundesnotarordnung mit dem Ziel, die Bedürfnisse von Berufsgeheimnisträgern in ihrem Büroablauf in Einklang zu bringen mit den berechtigten Interessen der Inhaber der Geheimnisse an deren rechtlichen Schutz.

Die Anregungen der Bundesnotarkammer lassen sich vorab wie folgt zusammenfassen:

1. Die Bundesnotarkammer begrüßt das Ziel des Gesetzesentwurfs, die Bedürfnisse von Berufsgeheimnisträgern in ihrem Büroablauf in Einklang zu bringen mit den berechtigten Interessen der Inhaber der Geheimnisse an deren rechtlichen Schutz. Die vorgeschlagenen Änderungen von § 203 StGB erscheinen der Bundesnotarkammer aber deutlich zu weit gehend. Insbesondere sollte § 203 Absatz 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E gestrichen werden.

2. Für die vorgeschlagenen Änderungen der Bundesnotarordnung sieht die Bundesnotarkammer zwar kein zwingendes praktisches Bedürfnis. Sollte der Gesetzgeber dies anders beurteilen, regt die Bundesnotarkammer insbesondere an, die Regelungen an die bewährte Praxis anzupassen und die wohl einhellige Auffassung zu kodifizieren, wonach alle dauerhaft in den Büroablauf des Notars integrierten Personen förmlich zu verpflichten sind. Zudem sollten §§ 26 Sätze 4 und 5 BNotO-E gestrichen werden.

3. Der Begriff „Dienstleister“ in § 26a BNotO-E sollte klarer von dem von § 26 BNotO-E erfassten, förmlich zu verpflichtenden Personenkreis abgegrenzt werden. Zudem sollte klargestellt werden, dass eine förmliche Verpflichtung nach § 26 BNotO-E als höherer Schutz der Verschwiegenheit die Einhaltung der Anforderungen des § 26a BNotO-E entbehrlich macht.

4. § 26a Absatz 4 BNotO-E sollte gestrichen werden.

5. Außerdem hat die Bundesnotarkammer einige Anregungen zur Gesetzesbegründung.

Im Einzelnen:

Die Bundesnotarkammer begrüßt das Ziel des Gesetzesentwurfs, die Bedürfnisse von Berufsgeheimnisträgern in ihrem Büroablauf in Einklang zu bringen mit den berechtigten Interessen der Inhaber der Geheimnisse an deren rechtlichen Schutz. Die dafür vorgeschlagenen Änderungen von § 203 StGB erscheinen der Bundesnotarkammer allerdings deutlich zu weit gehend (A.). Für die vorgeschlagenen Änderungen der Bundesnotarordnung sieht die Bundesnotarkammer zwar kein zwingendes praktisches Bedürfnis. Sollte der Gesetzgeber jedoch die Bundesnotarordnung ändern, regt die Bundesnotarkammer an, die Regelungen an die bewährte Praxis und wohl einhellige Auffassung anzupassen (B.).

A. Änderung des Strafgesetzbuchs

Die vorgeschlagenen Änderungen von § 203 StGB erscheinen der Bundesnotarkammer deutlich zu weit gehend.

Insbesondere sollte § 203 Absatz 4 Satz 2 Nr. 1 StGB-E gestrichen werden. Die Norm schießt weit über das Ziel des Gesetzesentwurfs hinaus, die Interessen von Berufsgeheimnisträgern in ihrem Büroablauf in Einklang zu bringen mit den berechtigten Interessen der Inhaber der Geheimnisse an deren rechtlichen Schutz. Die Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht muss nicht strafrechtlich bewährt sein. Bislang ist der Ver-

stoß gegen die Pflicht zur förmlichen Verpflichtung nach § 26 BNotO auch nicht strafbewehrt, sondern nur sanktioniert durch dienstrechtliche Maßnahmen. Es ist verfassungsrechtlich höchst zweifelhaft und bedenklich, einen Berufsgeheimnisträger einer Strafdrohung auszusetzen, weil ein Dritter ein fremdes Geheimnis offenbart.

Hinzu kommt, dass der Begriff der „mitwirkenden Person“ viel zu unbestimmt ist, als dass er Grundlage eines strafrechtlichen Tatbestands werden dürfte.

Zudem erstreckt der Gesetzgeber mit der Regelung die Strafbarkeit des Notars nach § 203 Absatz 4 Satz 2 Nr. 1 StGB nicht nur in Bezug auf die Offenbarung fremder Geheimnisse durch Dienstleister im Sinne des § 26a BNotO-E, sondern durch die beim Notar beschäftigten Personen im Sinne des § 26 BNotO-E. Das ergibt sich aus dem neuen Begriff der „mitwirkenden Person“, der offenbar sowohl Dienstleister als auch die beim Notar beschäftigten Personen erfassen soll. Dies zeigt die Verschärfung der bisherigen Gesetzeslage noch deutlicher, da der Notar bislang strafrechtlich nicht belangt werden kann, wenn eine bei ihm beschäftigte Person fremde Geheimnisse unbefugt offenbart. Neben der Strafe an sich droht dem Notar sogar die Amtsenthebung nach §§ 47 Nr. 4, 49 BNotO i.V.m. § 24 Absatz 1 Nr. 1 BeamStG, was die Ausweitung der Strafbarkeit besonders bedenklich erscheinen lässt.

B. Änderung der Bundesnotarordnung

Die Bundesnotarkammer regt an, den Wortlaut des § 26 BNotO an die bewährte Praxis und wohl einhellige Auffassung anzupassen, wonach alle dauerhaft in den Büroablauf des Notars integrierten Personen förmlich zu verpflichten sind. § 26 Sätze 4 und 5 BNotO-E sollten überdies gestrichen werden (I.). Auch wenn die Bundesnotarkammer kein zwingendes praktisches Bedürfnis für § 26a BNotO-E sieht, bestehen gegen die Regelung keine grundsätzlichen Bedenken. Allerdings hält die Bundesnotarkammer einige Änderungen und Klarstellungen für zwingend erforderlich (II.).

I. § 26 BNotO-E

Die Bundesnotarkammer regt an, den Wortlaut des § 26 BNotO an die bewährte Praxis und wohl einhellige Auffassung anzupassen, wonach alle dauerhaft in den Büroablauf des Notars integrierten Personen förmlich zu verpflichten sind (1). § 26 Sätze 4 und 5 BNotO-E sollten überdies gestrichen werden (2.-3.). Die Bundesnotarkammer schlägt daher einen neuen Wortlaut für § 26 BNotO-E vor (4.).

1. Nach wohl einhelliger Auffassung sind nach geltender Rechtslage alle in den Büroablauf des Notars integrierten Personen förmlich zu verpflichten, unabhängig von der

Art des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses (Beschluss der 68. Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer, DNotZ 1995, 806; *Diehn*, BNotO, 2015, § 26, Rn. 6; *Starke*, in: Frenz/Miermeister, BNotO/BeurkG, 4. Auflage 2016, § 26, Rn. 5; *Kanzleiter*, in: Bracker, BNotO, 9. Auflage 2011, § 26, Rn. 3; *Weingärtner*, in: Weingärtner/Gassen, DNot, 12. Auflage 2013, § 4, Rn. 2; unklar *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Auflage 2012, § 26, Rn. 8). Dies ist Ausdruck der besonderen Stellung des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes und der sich daraus ergebenden besonderen Anforderungen an die Absicherung der Verschwiegenheitsverpflichtung des Notars. Nach Auffassung der Bundesnotarkammer ist kein Grund dafür ersichtlich, die geltenden und praktisch bewährten Anforderungen aufzuweichen und – wie es die Gesetzesbegründung vorsieht – nur die arbeitsvertraglich beim Notar beschäftigten Personen in den Kreis der nach § 26 BNotO förmlich zu verpflichtenden Personen aufzunehmen. Vor diesem Hintergrund könnte die Einbeziehung sämtlicher in den Büroablauf des Notars integrierter Personen in den Kreis der förmlich zu Verpflichtenden nach Auffassung der Bundesnotarkammer unmittelbar im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gebracht werden. Weitere Folge der ausdrücklichen Regelung der bisherigen einhelligen Auffassung wäre auch, dass der Notar bereits erfolgte förmliche Verpflichtungen von Personen, die nicht arbeitsvertraglich an den Notar gebunden sind, nicht reihenweise ersetzen müsste durch schriftliche Verschwiegenheitsvereinbarungen nach § 26a Absatz 3 BNotO-E, was einen hohen Verwaltungsaufwand bedeuten würde ohne erkennbaren Nutzen.

2. § 26 Satz 4 BNotO-E ist systemfremd und sollte gestrichen werden. Wie der Notar auf die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht durch die bei ihm beschäftigten Personen hinzuwirken hat, ergibt sich nicht als Folge seiner Pflicht zur förmlichen Verpflichtung, sondern in Auslegung des § 18 BNotO.

3. § 26 Satz 5 BNotO-E sollte ebenfalls gestrichen werden. Die Norm weicht die klare Abgrenzung, wen der Notar förmlich zu verpflichten hat, wieder auf. Wenn man den Begriff der bei dem Notar beschäftigten Personen schon klar definiert, sollte man diese klare Abgrenzung nicht wieder durch den unbestimmten Begriff der Personen, die im Rahmen einer sonstigen Hilfstätigkeit an der beruflichen Tätigkeit des Notars mitwirken, aufweichen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund des Grundsatzes der persönlichen und unabhängigen Amtsausübung des Notars (§ 14 Absatz 1 BNotO) niemand an der beruflichen Tätigkeit des Notars „mitwirkt“: Das öffentliche Amt des Notars kann durch diesen nur persönlich ausgeübt werden.

4. § 26 BNotO-E könnte unter Berücksichtigung des Vorstehenden z. B. wie folgt lauten:

„Der Notar hat die dauerhaft in seinen Büroablauf integrierten Personen nach § 1 des Verpflichtungsgesetzes förmlich zu verpflichten. Hierbei ist auf die Bestimmungen in § 14 Absatz 4 und § 18 besonders hinzuweisen. Hat sich ein Notar mit anderen Personen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung zusammengeschlossen und besteht zu den dauerhaft in seinen Büroablauf integrierten Personen ein einheitliches Vertragsverhältnis, so genügt es, wenn ein Notar die Verpflichtung vornimmt. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Notarassessoren und Referendare.“

II. § 26a BNotO-E

Die Bundesnotarkammer kann kein zwingendes praktisches Bedürfnis für einen neuen § 26a BNotO-E erkennen (1). Dagegen bestehen aber auch keine grundsätzlichen Bedenken. Allerdings hält die Bundesnotarkammer einige Änderungen und Klarstellungen für zwingend erforderlich (2.).

1. Ein zwingendes praktisches Bedürfnis für einen neuen § 26a BNotO-E sieht die Bundesnotarkammer nicht. Denn auch bislang ist es bereits allgemeine Meinung, dass der Notar seine Verschwiegenheitspflicht außerhalb der von § 26 BNotO erfassten Fälle auch dadurch wahren kann, dass er organisatorische Maßnahmen vorsieht bis hin zu vertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtungen mit Dienstleistern, die nicht mit jedem einzelnen Mitarbeiter des Dienstleisters geschlossen werden müssen (vgl. u.a. Beschluss der 68. Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer, DNotZ 1995, 806, und Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 41/1996 zur Sicherung der notariellen Verschwiegenheit bei EDV-Installation und -wartung, DNotZ 1997, 522, und DNotZ 1998, 521; *Starke*, in: Frenz/Miermeister, BNotO/BeurkG, 4. Auflage 2016, § 26, Rn. 7 ff. 16; *Kanzleiter*, in: Bracker, BNotO, 9. Auflage 2011, § 26, Rn. 3; *Weingärtner*, in: Weingärtner/Gassen, DONot, 12. Auflage 2013, § 4, Rn. 5; *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Auflage 2012, § 26, Rn. 9 f.). Das folgt daraus, dass es keiner berufsrechtlichen Norm bedarf, um Berufsgeheimnisträger zu erlauben, Dritten Zugang zu der Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Tatsachen zu gewähren. Vielmehr ist es Sache des Berufsgeheimnisträgers, seine Verschwiegenheitspflicht durch angemessene technische und organisatorische Maßnahmen zu schützen. Die Pflicht zur förmlichen Verpflichtung, wie sie sich für den Notar aus § 26 BNotO ergibt, ist dabei nur eine besondere Ausprägung zum Schutz der Verschwiegenheitspflicht. Sie lässt aber nicht den Umkehrschluss zu, dass der Berufsgeheimnisträger anderen Personen, die er nicht förmlich zu verpflichten hat, unter keinen Umständen Zugang zu der Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Tatsachen gewähren darf.

2. Dessen ungeachtet könnte eine ausdrückliche gesetzliche Regelung wie in § 26a BNotO-E mehr Rechtssicherheit bieten, weshalb die Bundesnotarkammer keine grundlegenden Bedenken dagegen vorzubringen hat. Klar muss im Ausgangspunkt allerdings der Grundsatz sein, dass § 26a BNotO-E dem Notar nicht mehr gestatten darf, als derzeit die Grenzen seiner persönlichen, eigenverantwortlichen, unabhängigen und unparteilichen Amtsausübung zulassen (vgl. unter anderem §§ 9 Absatz 3, 14 Absatz 1, 25 Absatz 1 BNotO). Im Einzelnen regt die Bundesnotarkammer folgende Änderungen an den vorgeschlagenen Regelungen an:

a) Um § 26a BNotO-E klar abzugrenzen von § 26 BNotO-E, sollte § 26a Absatz 1 BNotO-E wie folgt gefasst werden:

„Der Notar darf Dienstleistern ohne Einwilligung des Beteiligten Zugang zu Tatsachen eröffnen, auf die sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 18 bezieht, soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Dienstleister sind alle Personen, die ohne dauerhaft in den Büroablauf des Notars integriert zu sein von dem Notar mit einer Tätigkeit beauftragt werden, deren Ausführung ohne die Offenbarung von § 18 BNotO unterfallenden Informationen nicht möglich ist.“

b) § 26a Absatz 4 BNotO-E ist überflüssig und sollte daher gestrichen werden. Ein Notar darf im Rahmen seiner Berufsausübung keine Dienstleistungen in Anspruch nehmen, die im Ausland erbracht werden. Da der Notar wegen des Amtsbereichsprinzips seine Geschäftsräume nur in seinem Amtsbereich haben darf und sich seine berufsrechtskonforme Berufsausübung allenfalls auf den Bereich seines inländischen Amtsbezirks erstreckt, gibt es keinen denkbaren Fall, in dem der Notar Dienstleistungen in Anspruch nehmen könnte, die im Ausland erbracht werden. Das gilt auch und vor allem für eine Datenhaltung auf externen Servern, die nach § 5 Absatz 3 DONot untersagt ist, soweit nicht speziellere Regelungen dies im Inland zulassen. Hintergrund hierfür ist nicht nur die Verschwiegenheitspflicht, sondern insbesondere auch die erforderliche Verfügbarkeit der Daten für die Amtsausübung des Notars und die Dienstaufsicht. Dies sollte gleichzeitig in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, damit nicht etwa im Umkehrschluss zu § 43f BRAO-E geschlussfolgert werden kann, dass für Notare geringere Standards gelten für die Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im Ausland erbracht werden.

c) Zugleich sollte klargestellt werden, dass eine förmliche Verpflichtung nach § 26 BNotO-E als höherwertiger Schutz der Verschwiegenheitspflicht stets auch den Anforderungen des § 26a BNotO-E genügt, die Einhaltung der Anforderungen des § 26a

BNotO-E also entbehrlich macht. Sofern der Notar eine Person förmlich nach § 26 BNotO-E verpflichtet hat, für die an sich der niedrigere Standard des § 26a BNotO-E gereicht hätte, sollte er nicht zusätzlich die Anforderungen des § 26a BNotO-E erfüllen müssen. Insoweit bietet sich eine klarstellende Ergänzung von § 26 Absatz 6 BNotO-E an:

„Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht, soweit Dienstleistungen aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften in Anspruch genommen werden oder der Dienstleister nach § 26 BNotO förmlich verpflichtet wurde.“

Auch durch diese Klarstellung würde vermieden, dass erfolgte förmliche Verpflichtungen ohne erkennbaren Nutzen oder Mehrwert reihenweise durch schriftliche Verschwiegenheitsvereinbarungen nach § 26a Absatz 3 BNotO-E ersetzt werden müssten.

d) In § 26a Absatz 7 BNotO-E sollte es statt „Weitergehende Vorschriften“ „Andere Vorschriften“ heißen, damit deutlich wird, dass § 26a BNotO-E in erster Linie eine Konkretisierung von Amtspflichten des Notars ist. Ergänzend könnte die Gesetzesbegründung insofern beispielhaft auch ausdrücklich darauf hinweisen, dass § 26a BNotO-E dem Notar nicht mehr gestattet, als ihm heute bereits in den Grenzen seiner persönlichen, eigenverantwortlichen, unabhängigen und unparteilichen Amtsausübung erlaubt ist (vgl. unter anderem §§ 9 Absatz 3, 14 Absatz 1, 25 Absatz 1 BNotO).

e) Die Gesetzesbegründung zu § 26a Absatz 6 BNotO-E könnte aus Gründen der Rechtssicherheit ggf. auf einige exemplarische Fälle verweisen wie z.B. §§ 78 Absatz 3 Nrn. 2 und 3, 78a, 78c, 78h, 78k und 78n BNotO in der Fassung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer.

f) Die Gesetzesbegründung zu § 26a Absatz 7 BNotO-E sollte auch § 5 Absatz 3 DONot ausdrücklich nennen.

g) Die Bundesnotarkammer regt darüber hinaus an, den Allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung unter I.1.a), 3. Absatz, wegen § 5 Absatz 3 DONot wie folgt zu ergänzen:

„Für sämtliche in § 203 Absatz 1 StGB genannten Personen kann zudem die Speicherung von Daten auf externen informationstechnischen Anlagen (wie z.B. in einer „Cloud“) wirtschaftlich sinnvoll sein, wobei bei einigen Berufsgeheimnisträgern wie Notaren berufs- oder dienstordnungsrechtliche Einschränkungen zu beachten sind.“

III. § 67 Abs. 2 Satz 2 BNotO-E

Die Bundesnotarkammer regt überdies an, es den Notarkammern zu ermöglichen, durch Satzungsrecht nähere Regelungen über die Inanspruchnahme von Dienstleistern i. S. d. § 26a Abs. 1 S. 2 BNotO-E zu schaffen. Da der Notar ein öffentliches Amt ausübt (§ 1 BNotO), darf er nämlich nur in weitaus geringerem Maße als etwa ein Rechtsanwalt Tätigkeiten einem externen Dienstleister übertragen. Um den Notaren Rechtssicherheit auch im Hinblick auf die aus dem öffentlichen Amt des Notars folgenden Grenzen der Inanspruchnahme von Dienstleistern i. S. d. § 26a Abs. 7 BNotO-E zu geben, ist eine Konkretisierung derjenigen hoheitlichen Aufgaben des Notars angezeigt, für die eine Auslagerung an Dienstleister grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Diese Konkretisierung sollte nicht durch das Gesetz selbst, sondern durch Satzungsrecht der Notarkammern i. S. d. § 26a Abs. 7 BNotO-E erfolgen. Hierfür ist die Einfügung einer entsprechenden Ermächtigung in § 67 Abs. 2 S. 2 Nr. 12 BNotO-E erforderlich. Nach Einführung einer solchen Ermächtigungsgrundlage könnte die Bundesnotarkammer nach Befassung ihrer Gremien und Ausschüsse den Notarkammern einen entsprechenden Regelungsvorschlag für eine Satzungsvorschrift unterbreiten.

Der Unterschied zwischen dem öffentlichen Amt des Notars und der rein freiberuflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts lässt sich exemplarisch am Gebühreneinzug zeigen. Gem. § 49b Abs. 4 S. 1 BRAO darf der Rechtsanwalt einen anderen Rechtsanwalt mit der Einziehung seiner Vergütungsforderung beauftragen. Eine derartige Norm gibt es im notariellen Berufsrecht zu Recht nicht. Eine entsprechende Anwendung dieser Norm wird in der Literatur mit dem Argument abgelehnt, dass die privatrechtlichen rechtsanwaltlichen Honorarforderungen gegenüber den öffentlich-rechtlichen notariellen Kostenforderungen wesensverschieden sind (vgl. Bremkamp in: Eylmann/Vaasen, 4. Aufl. 2016, § 18 Rn. 147). Da die Beitreibung einer notariellen Kostenforderung eine hoheitliche Tätigkeit ist, darf der Notar diese Tätigkeit daher auch grundsätzlich nicht an einen externen Dienstleister auslagern, sondern hat sie mit Unterstützung des bei ihm beschäftigten Personals selbst vorzunehmen. Nur wenn die Beitreibung einer notariellen Kostenforderung im konkreten Einzelfall mit außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, darf der Notar sich rechtsanwaltlichem Rat oder rechtsanwaltlicher Vertretung i. S. d. § 3 Abs. 3 BRAO bedienen.

§ 67 Absatz 2 Satz 2 BNotO-E könnte dann z.B. wie folgt lauten:

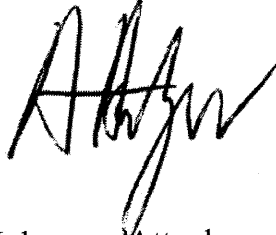
„Die Richtlinien können nähere Regelungen enthalten:

(...)

12. *über die Inanspruchnahme von Dienstleistungen nach § 26a.*“

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Attenberger', with a stylized, cursive script.

(Johannes Attenberger)
Hauptgeschäftsführer