

Berlin, den 23. Februar 2007

Referentenentwurf für ein Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG

Der Deutsche Notarverein e. V. möchte zu dem o.g. Entwurf Stellung nehmen. Leider hat uns Ihr Anschreiben mit der Aufforderung zur Stellungnahme nicht erreicht, obwohl wir auf dem E-Mail-Verteiler erwähnt sind. Wir sind dann durch andere Verbände auf das Thema aufmerksam gemacht worden. Auf Grund dieser Umstände konnte unsere Stellungnahme nicht fristgerecht fertig gestellt werden. Wir bitten Sie daher, die Überschreitung der Stellungnahmefrist zu entschuldigen.

Aus notarieller Sicht ist der Referentenentwurf von Interesse, weil er Regelungen dazu enthält, inwieweit durch verdeckte Ermittlungsmaßnahmen in das Vertrauensverhältnis zwischen Notar und Mandant eingegriffen werden darf. Die Stellungnahme beschränkt sich auf diesen Aspekt des Referentenentwurfes.

Der Referentenentwurf unterscheidet in § 53b StPO-E zwischen verschiedenen Berufsgeheimnisträgern. Während bei Geistlichen, Strafverteidigern und Abgeordneten zukünftig ein absoluter Schutz gelten soll (§ 53 Abs. 1 StPO-E) und deshalb umfassende Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote angeordnet werden, sieht der Entwurf bei den übrigen Berufsgeheimnisträgern (§ 53b Abs. 2 StPO-E) lediglich ein relatives Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot vor. Hier soll jeweils im konkreten Einzelfall eine Abwägung erlaubt sein zwischen dem Strafverfolgungsinteresse einerseits und dem öffentlichen Interesse an der Wahrung des Berufsgeheimnisses sowie dem individuellen Geheimhaltungsinteresse andererseits.

Die vorgenannte Differenzierung in besonders schützenswert und weniger schützenswerte Berufsgeheimnisträger überzeugt nicht. Der Deutsche Notarverein spricht sich für ein Gleichbehandlung und damit einen absoluten Schutz sämtlicher Berufsgeheimnisträger aus.

Im Einzelnen:

1. Der Gesetzgeber darf über den vom BVerfG geforderten Mindestschutz hinausgehen

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes würde eine Gleichbehandlung aller Berufsheimnisträger ohne weiteres zulassen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen Mindestanforderungen aufgestellt, die vom Gesetzgeber eingehalten werden müssen. Dazu gehört es, den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung, der durch die Menschenwürde geschützt ist, vor Eingriffen der Strafverfolgungsbehörden zu schützen. Der Gesetzgeber darf diese verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen nicht unterschreiten. Er ist jedoch nicht gehindert, ein darüber hinaus gehendes Schutzniveau zu gewährleisten, wenn sich dafür gewichtige Gründe anführen lassen.

2. Vermeidung eines Wertungswiderspruchs zwischen § 100c Abs. 6 und § 53b-E StPO

Bisher ist der Schutz des Berufsheimnisses gegenüber verdeckten Ermittlungsmaßnahmen durch die Strafverfolgungsbehörden lediglich in § 100c Abs. 6 StPO geregelt. Diese Vorschrift erklärt die akustische Wohnraumüberwachung bei Berufsheimnisträgern generell für unzulässig. § 100c Abs. 6 StPO verweist dazu auf die in § 53 StPO genannten Berufsgruppen. Dabei werden sämtliche Berufsheimnisträger gleich behandelt.

Diese Wertung des § 100c Abs. 6 StPO sollte auf § 53b StPO-E übertragen werden. Es ist systematisch inkonsequent, die Berufsheimnisträger einerseits in § 100c Abs. 6 StPO in gleicher Art und Weise zu schützen und andererseits in § 53b StPO-E zwischen besonders schützenswerten und weniger schützenswerten Berufsheimnisträgern zu unterscheiden.

3. Die in § 53b-E StPO vorgenommene Differenzierung lässt sich auch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht rechtfertigen

Die im Referentenentwurf vorgenommene Abgrenzung zwischen den verschiedenen Berufsheimnisträgern überzeugt vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch inhaltlich nicht.

In seiner Entscheidung vom 03.03.2004 (Az. 1 BvR 2378/98) hat das Gericht in Rz. 148 folgendes festgestellt:

„§ 53 StPO schützt zwar seinem Grundgedanken nach das Vertrauensverhältnis zwischen dem Zeugen und dem Beschuldigten. Jedoch erfolgt auch dieser Schutz nicht in allen Fällen des § 53 StPO um der Menschenwürde des Beschuldigten oder der Gesprächspartner willen. Diese Annahme trifft allerdings auf das seelsorgerliche Gespräch mit einem Geistlichen zu. So gehört der Schutz der Beichte oder der Gespräche mit Beichtcharakter zum verfassungsrechtlichen Menschenwürdegehalt der Religionsausübung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Auch dem Gespräch mit dem Strafverteidiger kommt die zur Wahrung der Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird. Arztgespräche können im Einzelfall dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein (vgl. BVerfGE 32, 373 <379>). Die Zeugnisverweigerungsrechte der Presseangehörigen und der Parlamentsabgeordneten weisen demgegenüber keinen unmittelbaren Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung auf. Sie werden um der Funktionsfähigkeit der Institutionen willen und nicht wegen des Persönlichkeitsschutzes des Beschuldigten gewährt.“

Eine besondere Privilegierung von Strafverteidigern und Seelsorgern lässt sich dem Zitat wohl entnehmen. Allerdings handelt es sich nicht um eine abschließende Aufzählung aller in Frage kommender Berufsheimnisträger. So wird beispielsweise der Beruf des Notars überhaupt nicht erörtert.

Interessant ist jedoch, dass die Zeugnisverweigerungsrechte der Presseangehörigen und der Parlamentsabgeordneten nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich keinen unmittelbaren Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung aufweisen. Es ist daher nicht verständlich, warum der Referentenentwurf dem entgegen die Abgeordneten den Strafverteidigern und Seelsorgern gleichstellt, den Notaren als Berufsheimnisträgern diesen Schutz dann jedoch verwehrt.

4. Das notarielle Gesprächs berührt vielfach den Kernbereich privater Lebensgestaltung

Gerade die von Notaren betreuten Rechtsgebiete weisen sehr häufig einen Bezug zu dem vom Bundesverfassungsgericht als unantastbar erklärten Kernbereich privater Lebensgestaltung auf.

Dies gilt etwa für die Beurkundung letztwilliger Verfügungen oder auch vorweggenommener Erbfolgen, bei denen zwischen Mandant und Notar regelmäßig eingehend über die Familienverhältnisse gesprochen wird. Weiter ist an familienrechtliche Vereinbarungen (Eheverträge, Scheidungsfolgenvereinbarungen, Adoptionen) oder Vor-

sorgevollmachten und Patientenverfügungen zu denken, die jeweils den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren. Vielfach äußert sich der Mandant dem Notar gegenüber auf sehr persönliche Art und Weise und nutzt insoweit das durch das Berufsgeheimnis geschützte Gespräch zur Klärung von Rechtsfragen die unmittelbar und elementar auf seine private Lebensgestaltung einwirken (Wer soll mein Erbe sein? Wer soll mich im Falle mangelnder Geschäftsfähigkeit vertreten dürfen? Wie regele ich das gemeinsame Zusammenleben in der Ehe? Welche Vereinbarungen treffe ich anlässlich einer Scheidung? Welche Leitlinien möchte ich meinen Ärzten bei Entscheidungen über Leben und Tod an die Hand geben, wenn ich selbst nicht mehr gefragt werden kann?).

Es sprechen daher gewichtige Argumente dafür, von Seiten des Gesetzgebers zu vermuten, dass im Gespräch mit dem Notar der Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt wird und daher ein absoluter Schutz gewährleistet werden sollte.

5. Notare unterliegen auch im vermögensrechtlichen Bereich als Amtsträger weitreichenden Anzeige- und Identifikationspflichten

Soweit der Notar im vermögensrechtlichen Bereich tätig ist (Immobilienrecht, Gesellschaftsrecht) ist die Berührung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung im Einzelfall möglicherweise schwächer ausgeprägt. In diesem Bereich sorgen aber die bereits bestehenden notariellen Anzeige- und Identifikationspflichten für große Transparenz und die Information staatlicher Behörden. So ist der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes verpflichtet, die Identität der handelnden Personen zu prüfen. In Vertretungsfällen muss die Vertretungsbefugnis geprüft werden. Außerdem muss er nach dem Geldwäschegesetz danach fragen, ob die auftretende Person für eigene oder für fremde Rechnung handelt. Weiter müssen Immobiliengeschäfte entweder der Grunderwerbsteuerstelle (im Falle eines Verkaufs) oder aber der Schenkungsteuerstelle (im Falle einer Schenkung) angezeigt werden. Im Kapitalgesellschaftsrecht gibt es eine Anzeigepflicht gegenüber dem für die Gesellschaft zuständigen Finanzamt.

Die geschilderten Anzeige- und Identifikationspflichten dürften insgesamt abschreckend auf ein kriminelles Umfeld wirken, dem es regelmäßig auf Verdunkelung und Verschleierung von Geldflüssen ankommt. Das notarielle Umfeld eignet sich aus den dargestellten Gründen daher generell eher schlecht für kriminelle Handlungen.

Angesichts der schon bestehenden Transparenz im Rahmen notarieller Beurkundungen sowie der Abschreckungswirkung notarieller Identifizierungs- und Anzeigepflichten dürfte ein absolut wirkender Schutz des Berufsgeheimnisses das öffentliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen.

6. Kodifikation des Abwägungslehre des BGH schafft zusätzliche Probleme

In der Begründung des Referentenentwurfes wird zutreffend ausgeführt, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes derzeit keine umfassenden Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote im Hinblick auf Berufsgeheimnisträger gibt. Vielmehr prüft die Rechtsprechung im Einzelfall nach der so genannten Abwägungslehre die Zulässigkeit einer Maßnahme.

Der Entwurf unternimmt nun den Versuch, diese Abwägungslehre zu kodifizieren. Dieser Lösungsansatz scheint nicht sachgerecht, denn lässt befürchten, dass die Kodifikation in der Praxis zu einer Ausweitung von Ermittlungsmaßnahmen führen wird, von denen auch Berufsgeheimnisträger betroffen sind. Die Ermittlungsbehörden werden sich zukünftig vermutlich häufiger auf die gesetzliche Regelung stützen als in der Vergangenheit auf bloße Rechtsprechungsgrundsätze. Es droht eine schleichende Erosion des Schutzniveaus für das Berufsgeheimnis.

Im Übrigen werden die mit der praktischen Anwendung der Abwägungslehre im Einzelfall verbundenen Probleme auch durch eine Kodifikation nicht beseitigt. Die Ermittlungsbehörden werden sich daher häufig in einer Grauzone zwischen zulässigen und unzulässigen Maßnahmen bewegen müssen. Demgegenüber wäre ein absoluter Schutz des Berufsgeheimnisses vorzugswürdig.

7. Die Funktionsfähigkeit der Berufe mit Verschwiegenheitspflichten hängt vom umfassenden Schutz der Vertraulichkeit ab.

Der Gesetzgeber hat bei seiner Entscheidung das Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung abzuwägen mit dem ebenfalls öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit der Berufe mit Verschwiegenheitspflichten.

Eine sachgerechte Gestaltung von Rechtsgeschäften mit Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung ist nur möglich, wenn die Mandanten sich im Gespräch mit dem Notar ohne Befürchtung der Veröffentlichung ihrer höchstpersönlichen Angaben

rückhaltlos offenbaren. Dazu ist erforderlich, dass der Notar seinem Mandanten wirklich umfassende Vertraulichkeit zusichern kann.

Gerade in einem sehr sicherheitsorientierten Umfeld, in dem die Ermittlungsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden (und auch die präventiven Befugnisse zur Gefahrenabwehr) tendenziell ausgeweitet werden, entfalten die Berufsgeheimnisträger ihre besondere Funktion, indem dem Bürger Bereiche der vertraulichen Kommunikation zur Verfügung gestellt werden. Überwacht der Staat immer größere Bereiche des Lebens (etwa durch Videoüberwachung oder durch Aufzeichnung von Telefondaten), spricht viel dafür, dem Bürger umgekehrt im Gespräch mit dem Berufsgeheimnisträger umfassend und absolut geschützte "Inseln der Vertraulichkeit" zur Verfügung zu stellen.

Wir bitten daher, die im Entwurf vorgenommene Differenzierung in unterschiedliche Berufsgeheimnisträger nochmals zu überdenken und insgesamt einen umfassenden Schutz des notariellen Berufsgeheimnisses zu gewährleisten.

Für etwaige Rückfragen und die weitere Erörterung steht Ihnen der Deutsche Notarverein jederzeit gerne zur Verfügung.