

Referentenentwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz Hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden

Stellungnahme der Bundesnotarkammer

11. Mai 2022



Zusammenfassung:

Der Referentenentwurf führt ein gesetzlich geregeltes Verfahren zur Meldung oder Offenlegung von Verstößen gegen bestimmte Rechtsvorschriften ein. Dies schafft im Grundsatz Rechtssicherheit für hinweisgebende Personen wie Beschäftigungsgeber gleichermaßen. Allerdings regen wir eine nähere Konturierung des sachlichen Anwendungsbereichs an (A.).

Zudem kommt dem Spannungsverhältnis zwischen hinweisgebender Person und Beschäftigungsgeber im Bereich notarieller Tätigkeit mit Blick auf die hochrangige Verschwiegenheitspflicht eine besondere Relevanz zu. Dieses wird im Referentenentwurf noch nicht hinreichend berücksichtigt, da insbesondere den Verschwiegenheitspflichten der Berufskammern (wie Notarkammer und Bundesnotarkammer) nur sehr eingeschränkt Rechnung getragen wird, wodurch letztlich auch die vom Entwurf grundsätzlich erfasste notarielle Verschwiegenheitspflicht betroffen ist (B.).

Daneben regen wir vereinzelt Ergänzungen und Klarstellungen an, insbesondere zu den Begriffsbestimmungen sowie zu den Modalitäten der Einrichtung und Unterhaltung interner Meldestellen (C.).

Im Einzelnen:

A. Sachlicher Anwendungsbereich

Gemäß Art. 2 der Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (HinSch-RL) werden für die dort aufgeführten Verstöße gegen Unionsrecht gemeinsame Mindeststandards für den Schutz hinweisgebender Personen festgelegt, unbeschadet der Möglichkeit, den Schutz auch auf andere Bereiche oder Rechtsakte auszudehnen. Nachvollziehbar ist, dass der Referentenentwurf des Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen (HinSchG-E) auf diese Ausdehnungsmöglichkeit insoweit zurückgreift, als strafrechtliche Verstöße sowie bestimmte schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten in Rede stehen. Dies dient der Vermeidung von Wertungswidersprüchen und letztlich dem Schutz von Leben, Leib und Gesundheit.

Allerdings stößt die darüber hinausgehende pauschale Erfassung des Schutzes der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane im Rahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E auf Bedenken, da eine Eingrenzung des hiervon erfassten Anwendungsbereiches nur schwer möglich sein dürfte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es ausreicht, wenn die jeweilige Regelung dem Schutz des vorgenannten Rechtsgutes „dient“; sie muss den Schutz des Rechtsgutes nicht bezwecken.¹ Erfasst sind damit nicht nur Schutzgesetze, sondern alle Rechtsnormen, deren Telos es zumindest auch ist, die Rechte von Beschäftigten oder

¹ Entwurfsbegründung S. 61.

Vertretungsorganen zu wahren. Dies dürfte zu Rechtsunsicherheit sowohl für Beschäftigungsgeber als auch für hinweisgebende Personen führen.²

Schließlich ergibt sich ein Wertungswiderspruch daraus, dass die meisten Vorschriften im Bereich des Arbeitsrechts nicht pauschal mit den weiteren in § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E aufgeführten Rechtsgütern „Leben, Leib oder Gesundheit“ vergleichbar sind. Dies gilt insbesondere mit Blick auf bloße Ordnungsvorschriften, etwa bestimmte Aufbewahrungspflichten wie beispielsweise § 7 Abs. 2 Satz 4 AÜG i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 6 AÜG.

Wir regen daher eine enumerative Aufzählung der erfassten arbeitsrechtlichen Vorschriften bzw. der erfassten Gesetze an.

B. Vorrang von Verschwiegenheitspflichten

I. Schutz der notariellen Amtstätigkeit

Die notarielle Verschwiegenheitspflicht stellt die Grundlage für eine vertrauliche und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den rechtsuchenden Bürgerinnen und Bürgern dar und ist für die hoheitliche Amtstätigkeit unerlässlich. Sie gehört zu den notariellen „Kardinalpflichten“ und ist ein hochrangiges, scharf sanktionsbewehrtes Gut.³

Vor diesem Hintergrund sind § 5 Abs. 2 Nr. 3, 5 HinSchG-E sowie die flankierende Regelung des § 28 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E ausdrücklich zu begrüßen, die herausstellen, dass die notarielle Verschwiegenheitspflicht unberührt bleibt. Wir regen insoweit lediglich an, in der Entwurfsbegründung zu § 5 Abs. 2 Nr. 5 HinSchG-E in Anlehnung an § 43e BRAO die Einbeziehung der Parallelvorschrift des § 26a BNotO klarzustellen.

II. Schutz sonstiger Verschwiegenheitspflichten, insbesondere der Notarkammern und der Bundesnotarkammer

Kritisch ist allerdings, dass der vorgenannte Schutz gemäß § 5 Abs. 2 HinSchG-E nicht in § 6 Abs. 2 HinSchG-E auf sonstige Verschwiegenheitspflichten, insbesondere diejenigen der Berufskammern gemäß § 81a Abs. 1, § 69a Abs. 1 und Abs. 2 BNotO, erstreckt wird, sodass insoweit eine Mitteilung oder Offenlegung möglich bleibt.⁴

Dies ist vor folgendem Hintergrund bedenklich: Die der notariellen Verschwiegenheitspflicht unterfallenden Informationen dürfen gegenüber der Notarkammer offenbart werden, da die Beschäftigten der Notarkammer selbst der Verschwiegenheitspflicht nach § 69a BNotO unterliegen und dies zur Wahrnehmung der Unterstützungsaufgaben der Aufsichtsbehörde nach § 67 Abs. 1 Satz 2 BNotO erforderlich ist.⁵ Aufgrund der Verpflichtung, eine rechtmäßige und

² Thüsing, DB 2022, 1066.

³ Bremkamp in: Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 1.

⁴ So bereits zu Art. 2 HinSch-RL Teichmann, GA 2021, 527, 528 f.

⁵ Bremkamp in: Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 85.

gewissenhafte Berufsausübung der Notarinnen und Notare sicherzustellen, stehen die Berufskammern als Ansprechpartner zur Verfügung und stellen *de lege lata* faktisch eine „Meldestelle“ dar. Soweit die Beschäftigten der Notarkammer Kenntnis von Verstößen erlangen würden, deren Meldung oder Offenbarung grundsätzlich § 18 BNotO entgegensteht, ergäbe sich nun aber eine widersprüchliche Situation: Angestellten der Notarstelle wäre – mit Blick auf die Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht – eine Meldung oder Offenlegung richtigerweise verwehrt. Der zuständige Beschäftigte der Berufskammer könnte nach dem Gesetzesentwurf jedoch eine entsprechende Meldung oder Offenbarung des Verstoßes vornehmen und damit den Schutz des § 5 Abs. 2 HinSchG-E umgehen.

Art. 3 Abs. 3 HinSch-RL ist mit Blick auf Erwägungsgrund 27 keineswegs zwingend dahingehend auslegen, dass keine Einbeziehung der Berufskammern zu erfolgen hat. Denn die Ausweitung der Verschwiegenheitspflicht auf die Berufskammern, wie sie etwa in § 69a BNotO erfolgt, ergänzt gerade die aus § 18 BNotO folgende Verschwiegenheitspflicht der Notarinnen und Notare.⁶ Insoweit handelt es sich also nicht um einen „anderen Beruf“ i.S.d. Art. 3 Abs. 3 HinSch-RL.

Vor diesem Hintergrund regen wir dringend eine Klarstellung der Begründung zu § 6 Abs. 2 HinSchG-E an, dass sich insbesondere in diesen Fällen die Verschwiegenheitspflicht des betroffenen Berufsgeheimnisträgers durchsetzt und einer Meldung bzw. Offenlegung entsprechend § 5 Abs. 2 HinSchG-E entgegensteht. Nur so wird dem materiellen Geheimnisschutz Rechnung getragen. Obgleich die Formulierung „Vorbehaltlich der Vorgaben des § 5 [...]“ in § 6 Abs. 2 HinSchG-E eine derartige Auslegung zuließe, sollte im Sinne der Rechtssicherheit dennoch eine Klarstellung stattfinden.

III. Schutz hinweisgebender Personen

1. Gesetzliche Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 HinSchG-E

Nach § 33 Abs. 1 HinSchG-E setzt der Schutz hinweisgebender Personen voraus, dass diese (1) eine Meldung oder Offenlegung vorgenommen haben und hinreichenden Grund zur Annahme hatten, dass (2) die entsprechenden Informationen der Wahrheit entsprechen und (3) die zugrunde liegenden Verstöße in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen.

Mit Blick auf den Schutz sonstiger Verschwiegenheitspflichten gemäß § 6 Abs. 2 HinSchG-E sollte in § 33 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E klargestellt werden, dass die Meldung bzw. Offenlegung gegebenenfalls unter Einhaltung der einschränkenden Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 HinSchG-E zu erfolgen hat. Erwägungsgrund 27 der HinSch-RL ordnet ausdrücklich an, dass eine hinweisgebende Person in diesen Fällen nur schützenswert ist, wenn die Meldung der Information für die Zwecke der Aufdeckung eines Verstoßes konkret notwendig ist.

⁶ Genske in: Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 69a Rn. 1.

2. Ausschluss der Verantwortlichkeit

§ 35 Abs. 2 HinSchG-E ist in seiner derzeitigen Fassung einschließlich der zugrunde liegenden Entwurfsbegründung missverständlich, soweit dieser normiert, dass die hinweisgebende Person keine Offenlegungsbeschränkungen verletze, sofern sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Weitergabe der Information erforderlich war, um einen Verstoß aufzudecken. Diese Formulierung lässt ein Verständnis dahingehend zu, dass sämtliche Offenbarungsbeschränkungen überwunden werden könnten. Auch § 33 Abs. 1 HinSchG-E schafft insoweit keine Klarheit, da dieser lediglich darauf abstellt, dass eine Meldung oder Offenlegung vorgenommen worden ist und der Verstoß – nicht jedoch die Meldung oder Offenlegung selbst – in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt. Letzteres ist – soweit der Information die notarielle Verschwiegenheitspflicht entgegensteht – nach § 5 Abs. 2 HinSchG gerade nicht der Fall.

Dies steht in Widerspruch zu Art. 21 Abs. 2 HinSch-RL, der mit der Formulierung „Unbeschadet des Artikels 3 Absätze 2 und 3 [...]“ ausdrücklich klarstellt, dass unter anderem Verschwiegenheitspflichten unberührt bleiben.⁷ Wir regen daher eine Klarstellung in der Entwurfsbegründung an, dass § 35 Abs. 2 HinSchG-E nur solche Meldungen oder Offenlegungen erfasst, die nicht unter § 5 HinSchG-E fallen. Alternativ könnte § 35 Abs. 2 HinSchG-E an die Formulierung des Art. 21 Abs. 2 HinSch-RL angelehnt werden.

Hiervon unabhängig stößt die Entwurfsbegründung auf Bedenken, soweit bereits bisher das Verhältnis von § 35 Abs. 2 zu § 5 Abs. 1 und 2 HinSchG-E in Bezug genommen ist. Demnach ergänze § 35 Abs. 2 HinSchG-E die Vorschrift des § 5 Abs. 1 und 2 HinSchG-E, wobei nach der letztgenannten Vorschrift eine Verantwortlichkeit der hinweisgebenden Person für die Weitergabe von Informationen in den meisten Fällen bereits ausscheide. Mit § 35 Abs. 2 HinSchG-E solle klargestellt werden, dass sich hinweisgebende Personen auch in solchen Fällen, die nicht unter § 5 Abs. 1 und 2 HinSchG-E fallen, keiner Verantwortlichkeit ausgesetzt sehen, sofern die Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 HinSchG-E vorliegen.⁸

§ 5 Abs. 1 und 2 HinSchG-E statuieren jedoch eine Ausnahme vom Anwendungsbereich für die Meldung bzw. Offenlegung besonders geschützter Informationen und schließt gerade nicht die Verantwortlichkeit der hinweisgebenden Person aus. Im Gegenteil: Ausgeschlossen ist vielmehr die Anwendbarkeit des Meldungs- bzw. Offenlegungsverfahrens. Dies dürfte zu Irritationen bei der Anwendung des Gesetzes führen, da der Eindruck erweckt wird, dass die Ausnahmen des § 5 HinSchG-E doch nicht entgegenstünden. Wir regen daher an, diesen – wohl redaktionellen – Fehler zu beheben.

⁷ Teichmann, GA 2021, 527, 535.

⁸ Entwurfsbegründung S. 103.

C. Einrichtung interner Meldestellen durch Beschäftigungsgeber

I. Klarstellung der Begriffsbestimmung gemäß § 3 Abs. 10 HinSchG-E

Nach § 3 Abs. 10 HinSchG-E sind unter privaten Beschäftigungsgebern sämtliche Beschäftigungsgeber mit Ausnahme juristischer Personen des öffentlichen Rechts und solcher Beschäftigungsgeber, die im Eigentum oder unter der Kontrolle einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen, zu verstehen. In dieser Vorschrift wird also eine Negativabgrenzung vorgenommen.

Vor dem Hintergrund dieser Abgrenzung regen wir mit Blick auf § 1 BNotO eine Klarstellung in der Entwurfsbegründung an, dass Notarinnen und Notare dem öffentlichen Sektor zuzuordnen sind. Diese stellen unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege dar.⁹

Dem dürfte auch der – an der Richtlinie orientierte, untechnisch zu verstehende – Terminus „juristische Person“ nicht entgegenstehen, da eine Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen als Beschäftigungsgebern nicht nachvollziehbar wäre.¹⁰ Vielmehr dürfte lediglich eine Differenzierung zwischen privatem und öffentlichem Sektor bezweckt sein. Auch insoweit wäre eine Klarstellung im Wortlaut oder der Entwurfsbegründung wünschenswert.

II. Modalitäten der Einrichtung interner Meldestellen

Art. 8 Abs. 9 UAbs. 2 HinSch-RL eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Beschäftigungsgeber bis zu einem bestimmten Schwellenwert von der Verpflichtung der Errichtung interner Meldestellen auszunehmen. Dies trägt den Bedürfnissen insbesondere kleinerer Notarstellen als Beschäftigungsgeber angemessenen Rechnung. Die Umsetzung dieser Option durch den Referentenentwurf ist daher ausdrücklich zu begrüßen.

Wir regen allerdings in § 12 Abs. 2, § 14 Abs. 2 HinSchG-E eine Klarstellung zur Berechnung der jeweiligen Schwellenwerte an, insbesondere dahingehend, ob im Falle einer Teilzeitbeschäftigung lediglich eine anteilige Berücksichtigung stattzufinden hat oder ob bzw. wie Ausbildungsverhältnisse zu berücksichtigen sind.

Ferner regen wir an, die Einrichtung gemeinsamer Stellen im Sinne des § 14 Abs. 2 HinSchG-E auch Beschäftigungsgebern des öffentlichen Sektors zu ermöglichen. Die Vorschrift bezweckt eine ressourcenschonende und handhabbare Umsetzung der gesetzgeberischen Vorgaben.¹¹ Von derartigen ökonomischen Erwägungen können jedoch auch öffentliche Stellen

⁹ Zur Einordnung im Bereich des Datenschutzrechts vgl. *Ernst* in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, § 2 BDSG Rn. 4; *Schild* in: BeckOK Datenschutzrecht, 39. Edition Stand 1.11.2021, § 2 BDSG Rn. 31.

¹⁰ *Lüneborg*, DB 2022, 375, 376.

¹¹ Entwurfsbegründung S. 1, S. 87.

profitieren, zumal Art. 8 Abs. 9 UAbs. 3 HinSch-RL diese Option ausdrücklich auch für Gemeinden und Behörden eröffnet.

III. Anreize zur vorrangigen internen Meldung

Der Referentenentwurf führt ein zweistufiges Verfahren ein: Einer internen oder externen Meldung gebührt grundsätzlich der Vorrang gegenüber einer Offenlegung. Auf der ersten Stufe besteht allerdings ein Wahlrecht zwischen den beiden vorgenannten Varianten einer Meldung.¹² Nach Art. 7 Abs. 2 HinSch-RL sollen sich die Mitgliedstaaten – in Einklang mit Erwägungsgrund 33 – dafür einsetzen, dass interne Meldekanäle bevorzugt werden.¹³ Dies ist richtig und wichtig, da nicht nur die Hemmschwelle geringer sein dürfte, sondern entsprechende Missstände in aller Regel sachnäher und effizienter beseitigt werden können.¹⁴

Der Referentenentwurf begnügt sich in diesem Zusammenhang damit, der externen Meldestelle in geeigneten Fällen eine Hinweismöglichkeit auf den internen Meldekanal einzuräumen, § 28 Abs. 1 Satz 3 HinSchG-E. Da ein entsprechender Hinweis überhaupt erst nach einer externen Meldung ergehen kann, stellt dies keinen wirksamen Anreiz für eine interne Meldung dar, zumal hierdurch im Ergebnis eine doppelte Meldung und somit zusätzlicher Aufwand hervorgerufen werden. Dies widerspricht dem Ziel, bürokratische Belastungen handhabbar zu belassen.¹⁵

Dies überrascht umso mehr, als der in der letzten Legislaturperiode veröffentlichte Gesetzesentwurf in dessen § 7 Abs. 3 ausdrücklich anordnete, dass Beschäftigungsgeber und Dienststellen Anreize für interne Meldungen schaffen sollten.¹⁶

Wir regen daher die Beibehaltung des ursprünglich vorgesehenen dritten Absatzes zu § 7 HinSchG-E an.

¹² Entwurfsbegründung S. 2, S. 30, S. 34.

¹³ Vgl. hierzu auch *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201.

¹⁴ So ausdrücklich Entwurfsbegründung S. 94.

¹⁵ Entwurfsbegründung S. 1.

¹⁶ Referentenentwurf des (damaligen) BMJV vom 26.11.2020 eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden; abrufbar unter https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/2020_11_26-Referentenentwurf-Whistleblowing-BMJV-1.pdf, zuletzt aufgerufen am 10. Mai 2022.

Kontakt:

Bundesnotarkammer K.d.ö.R.

Mohrenstraße 34
10117 Berlin

Telefon: +49 30 383866 – 0
Telefax: +49 30 383866 – 66
E-Mail: bnotk@bnotk.de

Büro Brüssel:
Avenue de Cortenbergh 172
B-1000 Bruxelles

Telefon: +32 2 7379000
Telefax: +32 2 7379009
E-Mail: buero.bruessel@bnotk.de