

Bundesministerium der Justiz
Herrn MR Dr. Kurt Franz
11015 Berlin

**Änderung der Bundesnotarordnung
Änderungsvorschläge des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz sowie des Niedersächsi-
schen Justizministeriums
Geschäftszeichen: B 1 -3830-R3 267/2004**

Sehr geehrter Herr Dr. Franz,

dem Deutschen Anwaltverein liegen der Referentenentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz zu einem Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung sowie die Vorschläge des Niedersächsischen Justizministerium zur Abschaffung des Vorschaltverfahrens nach § 50 c Abs. 3 Satz 3 BNotO sowie zur Einführung einer Subdelegationsermächtigung in § 100 BNotO vor. Nach Beratung dieser Änderungsvorschläge durch den geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat und den Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im DAV darf hierzu wie folgt Stellung genommen werden, worauf sich diese Stellungnahme auf die vorgeschlagenen Änderungen von Vorschriften der BNotO beschränkt, die nach Ansicht des DAV auf Bedenken stoßen. Soweit nicht zu einzelnen Änderungsvorschlägen nachstehend Ausführungen gemacht werden, bestehen aus Sicht des DAV keine Bedenken gegen die insoweit vorgeschlagenen Gesetzesänderungen.

I. Referentenentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz eines Gesetzes zur Änderungen der Bundesnotarordnung

1. Änderung von § 10 Abs. 1 BNotO –Verordnungsermächtigung zur Festlegung von Altersgrenzen für Amtssitzverlegungen bzw. einer Mindestverweildauer (Art. 1 Ziff. 1 des Entwurfes).

§ 10 Abs. 1 BNotO soll dahingehend geändert werden, dass die Landesregierungen oder die von ihnen bestimmten Stellen ermächtigt werden, durch Rechtsverordnung Bestimmungen über eine Altersgrenze für Amtssitzverlegungen ab dem vollendeten 60. Lebensjahr oder über eine Mindestverweildauer am Amtssitz von bis zu 5 Jahren zu treffen.

Aus der Sicht der Ausschüsse der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im DAV ist für die vorgeschlagenen Änderungen weder ein Regelungsbedarf durch Rechtsverordnung ersichtlich

noch erscheinen die vorgeschlagene Alters- bzw. Zeitgrenzen sinnvoll. Vielmehr stellt sich die Frage, ob nicht bereits eine entsprechende Verordnungsermächtigung gegen Art. 12 GG verstößt, da schon für die darin festzulegenden Beschränkungen der Freiheit der Berufsausübung sachlich gerechtfertigte Gründe des Gemeinwohls nicht ersichtlich sind.

- a) Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO darf der Amtssitz eines Notars unter Beachtung der Belange einer geordneten Rechtspflege nach Anhörung der Notarkammer mit Zustimmung des Notars verlegt werden. Insoweit besteht derzeit keine gesetzlich festgelegte Altersgrenze. Die Einführung einer solchen ist auch unter Berücksichtigung der Belange einer geordneten Rechtspflege und der Wahrung einer geordneten Altersstruktur weder generell geboten noch erscheint insoweit eine Vorgabe im Rahmen einer Verordnungskompetenz sinnvoll: Vielmehr muss befürchtet werden, dass eine aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung mit solchem Inhalt ergangene Rechtsverordnung dazu führt, dass die Wahrung von Belangen einer geordneten Rechtspflege im Einzelfall zumindest behindert wird.

Bisher war es - insbesondere auch im Bereich des Nur-Notariats - allgemeines Verständnis, dass die Justizverwaltungen im Rahmen ihrer Organisationsbefugnisse in pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens übergeordnete Belange wie die der angemessenen Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen wahrgenommen haben und wahrnehmen. Ein Erreichen dieses Zwecks wurde als ein besonders positives Merkmal des Systems des sog. Nur-Notariats herausgestellt. Der vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz vorgelegte Gesetzesvorschlag gibt jedoch Veranlassung, kritisch zu hinterfragen, ob das derzeit praktizierte Verwaltungsverfahren den als Vorzug herausgestellten Vorgaben überhaupt noch entspricht: Wenn das in der Begründung zum Gesetzesentwurf angesprochene, in den Bundesländern mit hauptberuflichem Notariat praktizierte sog. Vorrückungsprinzip derart negative Auswirkungen haben kann, müsste bei den zuständigen Stellen zunächst die entsprechende Verwaltungspraxis in Frage gestellt und gegebenenfalls geändert werden, bevor über eine Änderung von Bundesrecht der Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung durch das jeweils betroffene Bundesland angestrebt wird. Der Gesetzesvorschlag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz erscheint nur verständlich und nachvollziehbar, wenn das dort angesprochene Vorrückungsprinzip nicht mehr als zeitgemäß oder sachgerecht oder beides angesehen werden kann: Offensichtlich wird durch dieses Prinzip nur eine bestimmte Richtung von Versetzungswünschen begünstigt, nämlich die weg von wenig attraktiven Notarstellen auf dem "platten Land" und hin zu attraktiveren Notarstellen in größeren Städten bis hin zu höchst attraktiven Notarstellen in Landeshauptstädten. Nicht in dieses System passt z.B. der Fall, dass sich ein älterer, aber noch durchaus leistungsfähiger Notar von der Großstadt weg in ein ländliches Gebiet hingezogen fühlt, wo er sich etwa persönlich besser einzufügen meint: Wäre erst aufgrund der vorgeschlagenen Ermächtigungsklausel im betroffenen Bundesland eine entsprechende Rechts-

verordnung ergangen, stünde z.B. einem 61-jährigen Notar, der noch weitere neun weitere Jahre praktizieren möchte, nicht der Weg von der turbulenten Großstadt in eine beschauliche Kleinstadt offen. Eine Altersgrenze bei der Versetzung kann zudem verstärkt dazu führen, dass im ländlichen Bereich nicht mehr genügend erfahrene, ältere Notare zur Verfügung stehen, weil diese sich noch rechtzeitig vor Erreichen der entsprechenden, vorgezogenen Altersgrenze erfolgreich um eine Amtssitzverlegung bemüht haben, um so für die Restdauer ihrer Amtstätigkeit eine vermeintlich attraktivere Notarstelle zu erhalten. Zur Besetzung von dadurch vakant werdenden Notarstellen muss dann wieder vermehrt auf Berufsanfänger zurückgegriffen werden. Es kann zu - u. U. nur vermeintlichen - Zwängen kommen, noch früh eine Versetzung zu beantragen, bevor wegen einer neu eingeführten Altersgrenze "der Zug abgefahren ist". Damit bleibt aber völlig offen, wie die vorgeschlagene Gesetzesänderung im Ergebnis zu einer Verbesserung der Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen oder zur Wahrung einer geordneten Altersstruktur führen soll. Wenn, wie in der Begründung ausgeführt, sich die bisherige Verwaltungspraxis bewährt hat, mag es durchaus dabei bleiben, ohne dass der Gesetzgeber handeln muss. Wenn jedoch nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass sich die derzeit praktizierte Verwaltungspraxis bewährt hat, sind zunächst die betroffenen Landesjustizverwaltungen aufgerufen, diese zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern. Eine in die Rechte der Berufsausübung, Art. 12 GG, eingreifende gesetzliche Regelung – auch nur in Form einer Verordnungsermächtigung – erscheint nur als ultima ratio gerechtfertigt.

- b) Die beabsichtigte Festlegung einer Mindestverweildauer stößt auf ähnliche Bedenken. Auch hier fragt man sich zunächst, warum nicht weiterhin die bisherige Verwaltungspraxis ausreichen soll. Unklar bleibt zudem weiter, ob sich die Ermächtigung nur auf die - in der Begründung angesprochenen - Fälle einer Amtssitzverlegung beziehen soll oder auch auf die erstmalige Verleihung einer Notarstelle. Auch hier lässt der Gesetzesvorschlag und seine Begründung an sich nur den Schluss zu, dass die bisher praktizierte, als bewährt bezeichnete Verwaltungspraxis sich eben doch nicht bewährt hat: Wenn, wie in der Begründung des Gesetzesentwurfs ausgeführt wird, die Festlegung einer Mindestverweildauer am Amtssitz bereits jetzt im Rahmen des Organisationsermessens der Landesjustizverwaltungen zulässigerweise angeordnet werden kann, ist auch hier keinerlei Bedürfnis für die vorgeschlagene gesetzliche Regelung ersichtlich.

2. Einführung gem. § 50 a BNotO zur Zulassung der Ausübung des Notaramtes in Teilzeittätigkeit (Art. 1 Ziff. 2 des Entwurfes)

Dem berechtigten Anliegen, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu stärken, ist bereits durch das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze vom 31.08.1998 (BGBl. I, 2585) Rechnung getragen worden, durch das z.B. die Paragraphen 48 b und c BNotO in die BNotO eingefügt worden sind. Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens waren seinerzeit

auch Überlegungen angestellt worden, eine Teilzeitbeschäftigung sowie eine dauernde Vertretung bis zu 3 Jahren zuzulassen. Sowohl aus rechtlichen als auch aus praktischen Gründen sind die seinerzeitigen Vorschläge nicht in das Gesetz übernommen worden.

Es ist bereits grundsätzlich zu bezweifeln, ob die vorgeschlagenen Regelungen eines § 15 a BNotO überhaupt geeignet sind, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu stärken. Gegenüber dem eigenen Ziel bleibt der Entwurf auch schon deshalb auf halbem Weg stecken, weil er den infrage stehenden Notarinnen und Notaren keinen Anspruch auf die in § 15 a S. 1 BNotO bezeichneten Begünstigungen einräumt. Auch muss der zunächst begünstigte Notar damit rechnen, dass ihm die erstrebten Erleichterungen jederzeit von der Justizverwaltung teilweise oder ganz wieder entzogen werden können. Da er bzw. sie damit immer rechnen muss, wenn z.B. die Auslastung des Notariats sich erhöht oder kein geeigneter ständiger Vertreter zur Verfügung steht, kann er bzw. sie nicht hinsichtlich eines längeren Zeitraumes im Interesse von Familie und Kindern genügend verlässlich disponieren.

Hinzu kommt, dass der Gesetzesentwurf von einer falschen Ausgangsposition ausgeht, nämlich der, dass für jeden Notar bzw. jede Notarin aus § 15 Abs. 1 BNotO herzuleiten sei, dass dieser/ diese zur dauernden Amtsbereitschaft verpflichtet wäre. Dafür findet sich auch für das Nur-Notariat keinerlei Hinweis im Gesetz; für Anwaltsnotare kann eine Pflicht zur dauernden Amtsbereitschaft schon deshalb nicht eingreifen, weil der Notarberuf entsprechend § 3 Abs. 3 BNotO nur im Nebenberuf ausgeübt wird. Schließlich knüpft der Entwurf auch einen bisher in der BNotO, der DONot und auch den Berufsrechtsrichtlinien nicht zu entnehmenden Begriff der "üblichen Geschäftszeiten" an, wobei keineswegs etwa der Versuch unternommen wurde, den Begriff dieser "üblichen Geschäftsstunden" näher zu definieren. Auch hier fragt man sich wiederum, wie diese Bestimmung für den Bereich des Anwaltsnotars auszulegen sein soll. Beim "Notar im Nebenamt" ist von Tag zu Tag unterschiedlich, welchen Zeitaufwand er für notarielle Tätigkeiten neben seiner anwaltlichen Berufsausübung einzusetzen hat. Dass der Begriff von "üblichen Geschäftsstunden" nichts hergibt, ist von der BNotK in ihrer Stellungnahme vom 21.04.2004, auf die insoweit verwiesen werden darf, überzeugend dargelegt. Dieser Begriff taugt weder für eine freiberufliche Tätigkeit allgemein noch für die eines Notars mit der Prägung durch die Vorschriften der BNotO im Besonderen. Es besteht die Gefahr, dass über die Einführung sachfremder Maßstäbe das Tor für eine Überregulierung geöffnet wird, die dann leicht zu einer Verletzung des Rechtes auf freie Berufsausübung im Sinne des Art. 12 GG führen kann. Verantwortlich ausgeübte Freiheit bei der Berufsausübung ist auch insoweit in jedem Fall einer Regulierung durch Verwaltungsmaßnahmen vorzuziehen, die das Gestrüpp von Regelungen, welche gerade - in Form der DONot sowie der Berufsrechtsrichtlinien - im Bereich der Notartätigkeit besonders vielfältig vorhanden sind, noch dichter werden lässt.

Insbesondere für den Bereich des Anwaltsnotariats lassen sich positive Effekte durch eine Regelung wie den vorgeschlagenen § 15 a BNotO nicht erkennen. Nach der Stellungnahme der

BNotK, auf die insoweit wiederum Bezug genommen werden darf, gilt Gleiches für den Bereich des Nur-Notariats.

Es ist noch einmal hervorzuheben, dass es auch einem wesentlichen Anliegen des DAV entspricht, das Notaramt und insbesondere im Bereich des Anwaltsnotariats die Ausübung des Notarates im Nebenberuf für Frauen attraktiver zu machen. Nach Auffassung des DAV sollte insoweit jedoch zunächst, bevor im Ergebnis nicht weiterhelfende Vorschläge zur Änderung der BNotO gemacht werden, wozu der vorliegende Vorschlag zur Einführung eines § 15 a BNotO zu rechnen ist, näher ermittelt werden, worin die Gründe liegen, dass es etwa im Verhältnis zur Richterschaft prozentual weniger Anwaltsnotarinnen als Richterinnen gibt. Dabei spielt nicht nur die Frage der Vereinbarkeit von Familie und Beruf eine Rolle, sondern von Bedeutung ist auch das wirtschaftliche Risiko der Selbstständigkeit sowie eine Gewichtung von Schwerpunktsbereichen, in denen Rechtsanwältinnen vorrangig tätig sind bzw. deren Verknüpfung bzw. Beziehung zur notariellen Tätigkeit. Durch eine umfassendere Betrachtung und weitergehende Analyse wird sich etwa auch die Frage weitergehend beantworten lassen, durch welche Veränderung des notariellen Berufsrechtes die Stellung der Frau im Beruf der Rechtsanwältinnen und Notarinnen im Nebenberuf verstärkt werden kann. Erst eine detaillierte Analyse der praktischen Verhältnisse und Bedürfnisse wird eine Grundlage für die daraus zu ziehenden Schlüsse, insbesondere im Hinblick auf eine etwa gebotene Änderung des notariellen Berufsrechtes, schaffen bzw. deutlicher werden lassen.

3. Gegen die Änderungsvorschläge zu Art. 1 Nr. 3, 4, 6 und 7 des Gesetzesentwurfs bestehen keine Bedenken.

II. Vorschlag des Justizministeriums Niedersachsen zur Abschaffung des Vorschaltverfahrens gem. § 50 Abs. 3 BNotO

Den Vorschlägen des Niedersächsischen Justizministeriums, das Vorschaltverfahren gem. § 50 Abs. 3 BNotO entfallen zu lassen, kann nicht zugestimmt werden. Insoweit sollte es aus einer ganzen Reihe von Gründen bei der bisherigen Regelung bleiben:

Im Formulierungsvorschlag vom 10.04.2003 hat das Niedersächsische Justizministerium unter Bezugnahme auf den Gesetzgeber der BNotO von 1961 im Wesentlichen damit argumentiert, dass praktische Anwendungsfälle des aus der RNotO in die BNotO übernommenen Vorschaltverfahrens die Fälle einer Amtsenthebung wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse des Notars, wegen seiner Art der Wirtschaftsführung, wegen der ungeordneten Abwicklung von Verwahrungsgeschäften und wegen des gesundheitlichen Zustands des Notars seien und dass in diesen Fällen die Justizverwaltungen zur Ermittlung und zutreffenden rechtlichen Beurteilung der einschlägigen Sachverhalte ohne weiteres in der Lage seien. Das mag für sich genommen zutreffen. Abgesehen davon, dass bei den Ausführungen des Niedersächsischen Justizministeriums

jedoch nicht der von der BNotK in der Stellungnahme vom 21.04.2004 zu Recht hervorgehobene Gesichtspunkt der schwerwiegenden Bedeutung einer Amtsenthebung für den betroffenen Notar behandelt wird, wird zudem in der Begründung zum Formulierungsvorschlag des Niedersächsischen Justizministeriums weder erwähnt noch berücksichtigt, dass die zwingenden Amtsenthebungsgründe in § 50 Abs. 1 BNotO durch die Notarrechtsreform 1998 eine wesentliche Erweiterung gefunden haben: Neu aufgenommen wurden in § 50 Abs. 1 BNotO die Nr. 5 - der Notar übt entgegen § 8 Abs. 2 eine weitere berufliche Tätigkeit aus oder er verbindet sich entgegen den Bestimmungen von § 9 Abs. 1 oder Abs. 2 BNotO mit anderen Personen zur gemeinsamen Berufsausübung bzw. hat mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume - und Nr. 9 - der Notar verstößt wiederholt grob gegen Mitwirkungsverbote gem. § 3 Abs. 1 des BeurkG -. Durch diese Bestimmungen hat der Gesetzgeber auf der einen Seite den Landesjustizverwaltungen zwar zusätzliche Möglichkeiten eingeräumt, bei als schwerwiegend erachteten Verstößen gegen Inkompatibilitätsvorschriften bzw. Vorschriften zur Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der notariellen Amtsausübung die besonders gravierende Maßnahme der Amtsenthebung einzuleiten. Er hat dabei zum anderen aber auch ausdrücklich angeordnet, dass im Hinblick auf die besondere Tragweite der neuen Amtsenthebungsgründe und der infrage stehenden Maßnahme dafür das in § 50 Abs. 3 Satz 3 BNotO vorgesehene Verfahren ebenfalls zu gelten habe (vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 29/30).

Im Zusammenhang mit den neu eingeführten Amtsenthebungstatbeständen werden im Einzelfall nicht etwa von der Landesjustizverwaltung leicht zu ermittelnde tatsächliche Umstände eine Rolle spielen, sondern in besonderem Maße auch u.U. sehr schwierige Rechtsfragen. Dies gilt umso mehr, als zur Auslegung der neu eingeführten Bestimmungen noch nicht auf Rechtsprechung, geschweige denn auf gefestigte Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann, sondern weitgehend nur auf in der Literatur vertretene Ansichten. Der Klärung solcher, derzeit ggfs. noch strittiger Rechtsfragen kann das Vorschaltverfahren in besonderer Weise dienen. Zudem wird dem betroffenen Notar z.B. aufgrund entsprechender richterlicher Hinweise des Notarsenats des OLG oder des BGH die Möglichkeit eröffnet, sich u.U. von einem aus Rechtsgründen zu beanstandenden Zusammenschluss zur gemeinsamen Berufsausübung zu lösen, bevor gegen ihn die äußerst schwerwiegende Maßnahme einer Amtsenthebung verhängt werden muss. Eine vorherige Klärung von häufig nicht einfach zu beurteilenden Rechtsfragen erscheint damit auch aus Gründen der Gewährung eines genügenden Rechtsschutzes für den Notar geboten, statt dass diesen sogleich die besonders nachteiligen Folgen einer endgültigen Amtsenthebung treffen. Diese Folgen kann der Notar im Zweifel auch dann nicht mehr vollständig beseitigen, wenn er gegen den ihn belastenden Bescheid ein z.B. erst beim BGH erfolgreiches Rechtsmittel, das aber keine aufschiebende Wirkung hat, einlegt.

Wesentliche Gründe, die für eine Streichung von § 50 Abs. 3 S. 3 BNotO sprechen könnten, sind dagegen, wie auch von der BNotK in der Stellungnahme vom 21.04.2004 dargelegt, nicht

ersichtlich. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass mit dem Wegfall des sog. Vorschaltverfahrens erhebliche Rationalisierungsgewinne eintreten könnten. Sind im Hinblick auf eine Amtsenthebung bedeutsame Umstände durch das Vorschaltverfahren rechtskräftig geklärt, können sie vom betroffenen Notar nicht erneut gegen eine dann verfügte Amtsenthebung geltend gemacht werden. Das gilt auch im Hinblick auf die neu eingeführten Tatbestände des § 50 Abs. 1 Nrn. 5 und 9 BNotO.

Dass die Justizverwaltung zusätzlich die Möglichkeit hat, eine vorläufige Amtsenthebung gem. § 54 BNotO auszusprechen und dass gegen eine solche Maßnahme ebenfalls vom Notar Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann, kann gleichfalls nicht zur Begründung eines beabsichtigten Wegfalls des Vorschaltverfahrens herangezogen werden: Der Anwendungsbereich von § 54 BNotO ist zum einen weiter als der des § 50 Abs. 3 S. 3 BNotO, zum anderen handelt es sich bei der vorläufigen Amtsenthebung um eine im Ermessen stehende Maßnahme der Aufsichtsbehörde. Ob diese hiervon insbesondere auch in den Fällen des § 50 Abs. 1 Nrn. 5 und 9 BNotO in aller Regel Gebrauch machen wird, lässt sich jedenfalls derzeit noch nicht feststellen.

Der Deutsche Anwaltverein würde es begrüßen, wenn seine Ausführungen bei der weiteren Behandlung der Gesetzesvorschläge Berücksichtigung finden würden.

Mit freundlichen Grüßen