

Dr. Hans Gerhard Ganter
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

An den
Deutschen Bundestag
Rechtsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Gesetzentwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung (Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat), BT-Drucks. 16/4972;
hier: Anhörung am 5. November 2008

Zu dem Entwurf nehme ich wie folgt Stellung:

I. Zielsetzung der neuen Zugangsregelung

Mit dem Gesetzentwurf sollen die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 20. April 2004 (BVerfGE 110, 304) „aufgezeigten Mängel der geltenden Regelung beseitigt“ werden (Drucks. 16/4972, S. 1).

1. Stärkere Gewichtung notarspezifischer Leistungen bei der Auswahlentscheidung

Zum einen soll eine Auswahlentscheidung im Sinne einer chancengleichen Bestenauslese unter differenzierter Berücksichtigung notarspezifischer Leistungen ermöglicht werden. Zugleich soll die Bedeutung des Ergebnisses der Zweiten juristischen Staatsprüfung als Auswahlkriterium zurücktreten.

Diese Zielsetzung ist zu begrüßen, weil die Note der Staatsprüfung für die Qualifikation als Notar nicht allein aussagekräftig ist, zumal diese Prüfung bei den meisten Bewerbern viele Jahre zurückliegen dürfte.

2. Gewährleistung eines fachlichen Mindeststandards

Zum andern soll mit dem Gesetzentwurf ein fachlicher Mindeststandard gewährleistet werden.

Auch diese Zielsetzung ist zu unterstützen. Das Anwaltsnotariat (§ 3 Abs. 2 BNotO) ist als Institut auf Dauer nur zu rechtfertigen, wenn aus der Sicht der Rechtsuchenden die Leistungen eines Anwaltsnotars im Vergleich mit einem hauptberuflichen Notar (§ 3 Abs. 1 BNotO) keine systemimmanenten Qualitätsunterschiede offenbaren. Auch das Bundesverfassungsgericht (aaO S. 322) hat „amtsangemessen einheitliche“ Voraussetzungen („Eignung, Befähigung, fachliche Leistungen“) für die beiden Notariatsformen verlangt.

II. Lösung

1. Einführung einer notariellen Fachprüfung vor einem bei der Bundesnotarkammer (BNotK) eingerichteten Prüfungsamt

a) Eignung

aa) Die vorgeschlagene Maßnahme erscheint geeignet, die oben unter I.1. beschriebene Zielsetzung zu erreichen. Die Auswahlentscheidung gemäß § 6 Abs. 3 Satz 3 des Entwurfs ist wesentlich einfacher und weniger angreifbar als nach dem derzeitigen Rechtszustand.

bb) Hinsichtlich der unter I.2. genannten Zielsetzung ist die Maßnahme grundsätzlich ebenfalls geeignet.

Gewisse Einschränkungen ergeben sich allerdings unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Haftung der Notare für Schäden, die sie durch ihre Amtsführung bei Rechtsuchen-

den verursacht haben. Diese Rechtsprechung spiegelt die Leistungsfähigkeit der verschiedenen Notarmodelle. Dabei zeigen sich in Bezug auf das Anwaltsnotariat zwei signifikante, berufstypische Schwachstellen:

Da Anwaltsnotare den Notarberuf nur im Nebenamt ausüben, verfügen sie auf diesem Gebiet oft – auch nach jahrelanger Tätigkeit – über weniger Erfahrung als ein hauptberuflicher Notar. Verschärft wird dieses Problem, wenn ein Rechtsanwalt das Notaramt hauptsächlich aus Prestige Gründen, oder um im Wettbewerb mit anderen Rechtsanwälten einen Vorsprung zu gewinnen, angestrebt hat und nur in geringem Umfang als Notar tätig wird. Dann kann ihm auch noch nach längerer Zeit ein Anfängerfehler unterlaufen.

Außerdem ist es für Anwaltsnotare im Einzelfall nicht selten schwierig, ihre beiden Berufe strikt voneinander zu trennen. Als Rechtsanwalt sind sie der „berufene Berater und Vertreter“ ihres Mandanten (§ 3 Abs. 1 BRAO). Wenngleich die zitierte Vorschrift auch die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts betont, verstehen sich viele Rechtsanwälte zuvörderst als die Vertreter ihrer Partei (in BVerfGE 110, 304, 332 ist von der „für den Rechtsanwaltsberuf typischen einseitigen Interessenwahrnehmung“ die Rede). In den Grenzen ihrer durch die §§ 43 ff BRAO normierten Berufspflichten können sie insoweit nach Belieben tätig werden. Der Notar ist hingegen der unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO). Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO ist er nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten; deshalb hat er jeden Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit zu vermeiden (§ 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO). Bestimmte Aufgaben, die ein Rechtsanwalt fraglos wahrnehmen kann, sind dem Notar verboten, weil sie seine Unparteilichkeit gefährden (§ 14 Abs. 4 und 5 BNotO). Weitere Einschränkungen der Amtstätigkeit eines Notars ergeben sich aus den im Urkundsverfahren bestehenden Ausschließungsgründen (§§ 6, 7 BeurkG) und Mitwirkungsverboten (§ 3 BeurkG).

Es ist naturgemäß für einen Anwaltsnotar nicht einfach, gegenüber einem Mandanten, den man aus jahrelanger anwaltlicher Betreuung kennt und der einem deshalb sein volles Vertrauen schenkt, auf Distanz zu gehen, sobald er die Dienste „seines Beraters“ als Notar in Anspruch nehmen will. Dies ist nicht nur ein mentales Problem des Anwaltsnotars, der nun auch die Interesse eines „Gegners“ (sc.: des anderen Beteiligten) wahren soll. Ein typisches Gefährdungspotential für den Anwaltsnotar ergibt sich außerdem daraus, dass Mandanten, die nicht wagen würden, ein rechtlich zweifelhaftes Anliegen an einen Nur-Notar heranzutragen,

mit geringerer Scheu ihren vertrauten Anwalt(snotar) damit befassen. Wenn sie dabei die Hintergründe vollen Umfangs aufdecken, kann (und muss) der Anwaltsnotar die Mitwirkung versagen (§ 14 Abs. 2 BNotO). Oft lassen sie aber den Anwaltsnotar über entscheidende Details im Unklaren.

Diese beiden Schwachstellen werden durch die geplante Einführung einer notariellen Fachprüfung nicht beseitigt.

b) Erforderlichkeit

aa) Nimmt man nur die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. April 2004 in den Blick, könnte es fraglich erscheinen, ob das Gesetz geändert werden muss.

Das Bundesverfassungsgericht (aaO S. 322, 324) hat ausgeführt, dass die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere in § 6 BNotO, den für den Zugang zum Beruf des Anwaltsnotars zu beachtenden Maßstäben genügen. Mit den Kriterien von persönlicher und fachlicher Eignung (§ 6 Abs. 3 BNotO) gebe das Gesetz der Normanwendung „hinreichend klare Konturen“. Es ermögliche „eine einzelfallbezogene Würdigung der gesamten Persönlichkeit des Bewerbers, die in eine Prognose einmünde(t). Die angemessene Berücksichtigung von in den Notarberuf einführenden Tätigkeiten sowie die erfolgreiche Teilnahme an freiwilligen Vorbereitungskursen (§ 6 III 2 BNotO) bieten “ – so das Bundesverfassungsgericht weiter – „neben den in der Staatsprüfung gezeigten Leistungen insoweit eine ausreichende Prognosegrundlage.“ Entsprechend den Vorschriften über den Anwärterdienst für Notare im Hauptamt seien auch für den Zugang zum Beruf im Nebenamt „spezifische Fachkenntnisse bewertet nachzuweisen und angemessen zu gewichten“. In dieser Auslegung sei das Gesetz mit Art. 12 i.V. mit Art. 33 II GG vereinbar (aaO S. 326).

Bemängelt hat das Bundesverfassungsgericht allein die Auslegung und Anwendung der Normen. Das in der Praxis geübte Auswahlverfahren gewährleiste nicht den Vorrang des Bewerbers mit der besten fachlichen Eignung (aaO S. 326). Die von den berufsrechtlichen Vereinigungen angebotenen Grundkurse zur Vorbereitung auf den Beruf des Anwaltsnotars vermittelten nicht die Kenntnisse, die ein Notarassessor während seiner dreijährigen Ausbildung durch theoretische Weiterbildung und fortwährenden Praxisbezug erwerben könne. Die

Kenntnisse aus den absolvierten Kursen könnten zwar geprüft und bewertet werden; das geschehe aber nicht (aaO S. 329, 332). Auch verhindere die gemeinsame Kappungsgrenze für den Besuch von Fortbildungsveranstaltungen und die notarielle Praxis, dass die fachspezifischen Eignung für den Notarberuf bei der Auswahl durchschlägt (aaO S. 331).

Ein „Drittes Staatsexamen für Anwaltsnotare“ hat das Bundesverfassungsgericht nicht verlangt.

bb) Die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Defizite bei der praktischen Anwendung der gesetzlichen Normen sind jedoch – wenngleich in abgeschwächtem Maße, weil die entsprechenden Verwaltungsvorschriften geändert (vgl. z.B. AVNot Niedersachsen i.d.F. v. 17.1.2005, Nds.Rpfl. S. 52) und die höchstrichterliche Rechtsprechung fortentwickelt worden ist – nach wie vor vorhanden.

Die Kappungsgrenzen für die in den Bereichen Fortbildung und praktische Bewährung zu vergebenden Punkte sind in ihrer bisherigen Form aufgegeben worden. Der Bundesgerichtshof hat dies für rechtmäßig erklärt (vgl. BGH ZNotP 2007, 70, 71; 2007, 109, 111; NJW-RR 2007, 1130). Er hat darüber hinaus postuliert, dass die beiden notarspezifischen Eignungskriterien, nämlich die bei der Vorbereitung auf das angestrebte Amt gezeigten theoretischen Kenntnisse und praktischen Erfahrungen, mit eigenständigem, höherem Gewicht als bisher im Verhältnis zu der Anwaltspraxis und dem Ergebnis des Staatsexamens in die Auswahlentscheidung einfließen müssen (BGH NJW 2006, 3211, 3212; 2008, 1158). Des weiteren hat er ausgesprochen, dass bei der notwendigen Gesamtbetrachtung Anlass bestehen kann zu hinterfragen, ob die dem Bewerber zuzubilligenden Punkte seine fachliche Eignung zutreffend wiedergeben, wenn die angerechneten Lehrgänge sehr weit zurückliegen und das dort erworbene Wissen nicht durch eine alsbald aufgenommene fortdauernde Anwendung in der Praxis oder durch spätere Fortbildungen verfestigt und weiterentwickelt wurde (BGH NJW-RR 2008, 1294). Seit Ergehen des Beschlusses vom 20. April 2004 hat das Bundesverfassungsgericht die danach geänderten Verwaltungsvorschriften sowie die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht beanstandet.

Wenngleich dem Aspekt des Leistungsprinzips – das sich in den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung niederschlägt – durch die neuen AVNot besser Rechnung getragen wird als durch die alten, bleibt bestehen, dass eine "gerechte" und dem Postulat des §

33 Abs. 2 GG entsprechende Bewertung mit diesem Instrumentarium kaum zu erbringen ist. So wird man es kaum als "gerecht" bezeichnen können, dass ein Notarvertreter, der einen komplizierten Erb- oder Gesellschaftsvertrag beurkundet, dafür weniger Punkte angerechnet erhält als ein Notarvertreter, der eine Reihe standardisierter Bauträgerkaufverträge beurkundet. Auch haben nicht alle Rechtsanwälte, die sich um die Bestellung als Notar bemühen, die gleichen Chancen, zum Notarvertreter bestellt zu werden. Die Mitglieder von größeren Kanzleien, in denen bereits ein Anwaltsnotar amtiert, der einen jüngeren Kollegen "aufbauen" will, sind hier eindeutig bevorzugt. Zuzugeben ist allerdings, dass sich dieses Problem auch bei der in § 6 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs vorgeschriebenen Praxisausbildung stellt. Zu dieser heißt es in der Begründung (Drucks. 16/4972, S. 11): „Die Effizienz und der Erfolg einer solchen Praxisausbildung werden im Wesentlichen davon abhängen, dass sich genügend ausbildungsbe-reite und hierzu befähigte Notare finden.“ Nach dem derzeitigen System haben überdies – unter Verstoß gegen das Prinzip der Bestenauslese – die Rechtsanwälte einen Vorteil, die über die finanziellen Mittel und die Zeit verfügen, die erforderlich sind, um die Kurse zu besuchen, die zur Vorbereitung auf den Notarberuf angeboten werden. Auch insoweit ist aber sogleich wieder einzuräumen, dass der Besuch von Kursen auch künftig notwendig sein wird, um sich auf die notarielle Fachprüfung ("Drittes Staatsexamen") vorzubereiten.

cc) Es erscheint nicht ausgeschlossen, die Verwaltungsvorschriften den Erfordernissen noch weiter anzupassen. So könnte etwa vorgeschrieben werden, dass die Vorbereitungskurse aus-
geweitet und mit einer effektiven Leistungskontrolle beendet werden müssen. Einer Änderung des Gesetzes bedürfte es hierfür nicht.

Für die Einführung einer bundeseinheitlichen notariellen Fachprüfung spricht, dass nur so einheitliche Standards erreicht werden. Der Berufungsvorgang und die Erbringung der Leistungsnachweise, auf welche die Berufung gestützt wird, sind dadurch wesentlich transparenter darzustellen. Allerdings schließt dies nicht aus, dass auch das Prüfungsergebnis – gerade wegen seiner maßgeblichen Bedeutung – vielfach mit der verwaltungsgerichtlichen Klage angefochten werden wird. Dies kann wiederum den Berufungsvorgang hemmen. Ob Besetzungsverfahren künftig schneller abgeschlossen werden, ist deshalb zu bezweifeln.

c) Zweckmäßigkeit

Die Einführung eines „Dritten Staatsexamens“ für Anwaltsnotare soll mit der Schaffung eines „Prüfungsamts für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer“ einhergehen (§ 7g i.d. Fassung des Entwurfs). Es soll also ein Behördenapparat aufgebaut werden, der einem Landesjustizprüfungsamt nicht unähnlich ist. Neben dem in § 7g Abs. 3 des Entwurfs genannten Leiter des Prüfungsamtes und seinem ständigen Vertreter werden eine Reihe hauptamtlicher Mitarbeiter unverzichtbar sein. Außerdem soll bei dem Prüfungsamt eine Aufgabekommission (§ 7g Abs. 4 des Entwurfs) und ein Verwaltungsrat (§ 7g Abs. 5 des Entwurfs) eingerichtet werden. Hinzu kommen noch die vom Prüfungsamt zu bestellenden Prüfer (§ 7g Abs. 6 des Entwurfs). Schließlich müssen auch entsprechende Räumlichkeiten vorgehalten werden, die bei der Bundesnotarkammer möglicherweise nicht vorhanden sind. Das ist alles sehr aufwändig und entsprechend teuer.

Finanziert werden sollen die Kosten durch von den Bewerbern für die Prüfung (und für ein erfolgloses Widerspruchsverfahren) zu zahlende Gebühren (§ 7h Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs). Die Gebühren sollen nach der Vorstellung des Entwurfs „kostendeckend“ sein (Begründung, Drucks. 16/4972, S. 13). Dies erscheint illusorisch. Man wird wohl kaum Gebühren in einer Höhe verlangen wollen, die wegen ihrer absoluten Höhe selbst wieder ein Hindernis für den Zugang zum Beruf darstellen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass auch bei dem derzeitigen System den Bewerbern – aufgrund der Teilnahme an berufsvorbereitenden Kursen – hohe Kosten entstehen. Denn die berufsvorbereitenden Kurse müssen die Bewerber auch nach dem Entwurf besuchen. Die dadurch veranlassten Kosten kommen also noch zu den Prüfungsgebühren hinzu.

Ob sich der geplante Aufwand lohnt, ist eine politische Frage, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll. Es sei dazu nur Folgendes bemerkt:

Es ist bereits heute möglich und auch nicht unüblich, dass deutsche Unternehmen, aber auch deutsche natürliche Personen, Verträge mit Auslandsberührung von einem ausländischen Notar beurkunden lassen. Dessen Beurkundung wird im Inland unter dem Gesichtspunkt der Substitution anerkannt (Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht 6. Aufl. 2004 Rn. 557 ff). Man betrachtet den ausländischen Notar als „gleichwertig“ seinen deutschen Kolle-

gen. Auf den Qualitätsstandard jener Notare hat der deutsche Gesetzgeber jedoch keinen Einfluss.

Zu bedenken ist ferner, dass die Zukunft des Notarberufs wegen der europarechtlichen Entwicklungen unsicher ist. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Europäische Gerichtshof seine bisherige Rechtsprechung ändert und auch den Notar dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 45 EU-Vertrag unterwirft (Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO 6. Aufl. [2008] § 5 Rn. 10, 13). Gegebenenfalls werden ausländische Dienstleister auf den inländischen Markt drängen, der bisher dem deutschen Notar vorbehalten war (vgl. § 5 BNotO: „deutscher Staatsangehöriger“). Es ist deshalb untunlich, dass der nationale Gesetzgeber Standards (zumal so kostspielige) aufstellt, die in wenigen Jahren möglicherweise obsolet sind.

d) Verfassungsmäßigkeit

Die geplante Neuregelung könnte verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

Die Verwaltung des Notarwesens ist Sache der Länder (Art. 84 GG). Nach dem Entwurf wird jedoch der Bundesnotarkammer und (nach der Stellungnahme der Bundesregierung zu § 7g Abs. 3 des Entwurfs, vgl. Drucks. 16/4972 S. 15) dem Bundesministerium der Justiz ein maßgeblicher Einfluss auf das „Dritte Staatsexamen“ für Anwaltsnotare eingeräumt. Die Erwägung in der Begründung (Drucks. 16/4972 S. 13), die Entscheidung über die Bestellung zum Anwaltsnotar verbleibe „allein bei der jeweils zuständigen Landesjustizverwaltung“, trägt möglicherweise nicht. Wenn die Auswahl entscheidend von der durch das „Prüfungsamt für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer“ durchzuführenden bundeseinheitlichen Leistungskontrolle abhängt – und dies soll ja das Ziel der Gesetzesänderung sein –, schrumpft das Auswahlermessen der Landesjustizverwaltungen in vielen Fällen praktisch auf Null.

Vor dem Hintergrund der Ausführungen zu II. 1. b) ist auch zu erwägen, ob die Einführung eines "Dritten Staatsexamens" für Anwaltsnotare nicht über das Ziel hinausschießt (Verstoß gegen das Übermaßverbot). Dadurch würden Bewerber um das Anwaltsnotariat partiell mehr belastet als künftige Nur-Notare, die sich einem solchen Examen nicht unterziehen müssen

(Verstoß gegen den Gleichheitssatz). Ein Examen bedeutet immer eine psychische Ausnahmesituation und birgt etliche Unwägbarkeiten in sich, insbesondere die "Tagesform", die Zusammensetzung der Prüfungskommission usw., die dem mehrjährigen Ausbildungsgang für Nur-Notare nicht anhaften.

2. Änderungen und Ergänzungen der in § 6 Abs. 2 BNotO statuierten Regelvoraussetzungen für die Bestellung

a) Ob – wie bisher – eine mindestens fünfjährige Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und eine mindestens dreijährige Tätigkeit als Rechtsanwalt oder – wie im Entwurf vorgesehen – eine fünfjährige Tätigkeit (zu der nach der Gegenäußerung der Bundesregierung eine dreijährige Zulassung als Rechtsanwalt als Voraussetzung für die Zulassung zu Fachprüfung hinzu kommen soll) verlangt wird, macht keinen wesentlichen Unterschied. Entscheidend ist, dass der Bestellung überhaupt, ohne Unterbrechung, eine mehrjährige Anwaltstätigkeit (welche die Zulassung voraussetzt) vorausgegangen sein muss.

Zweckmäßig erscheint das Erfordernis in § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des Entwurfs, dass der Rechtsanwalt für verschiedene Auftraggeber tätig gewesen sein muss. Die Tätigkeit als reiner Syndikusanwalt prädestiniert nicht für das Amt des Notars.

An dem Merkmal der „hauptberuflichen“ Tätigkeit als Rechtsanwalt sollte – entgegen der Gegenäußerung der Bundesregierung – festgehalten werden. Wer als Rechtsanwalt nur im Zweitberuf tätig ist, würde den Notarberuf als Drittberuf ausüben. Das ist mit dem Wesen des Notarberufs – im Übrigen auch mit den Zielvorstellungen des Entwurfs (vgl. oben I.) – schlechterdings unvereinbar. Angesichts des Umfangs, in dem heute Anwälte im Zweitberuf tätig werden, kann auch nicht angenommen werden, dass sich dieses Problem in der Praxis nur ausnahmsweise stellt.

Auf die Regelung zur örtlichen Wartefrist in § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 des Entwurfs sollte – auch insofern abweichend von der Gegenäußerung der Bundesregierung – nicht verzichtet werden. Zwar würde der Wegfall der örtlichen Wartefrist den „Transfer“ von qualifizierten Anwaltsnotaren in fremde Amtsbereiche fördern. Bei der Mobilität und Durchlässigkeit der heutigen Gesellschaft hat auch die Vertrautheit des Notars mit den örtlichen Verhältnissen

nicht mehr die frühere Bedeutung. Die örtliche Wartefrist gewährleistet jedoch die wirtschaftliche Unabhängigkeit des künftigen Anwaltsnotars. Wenn er sich am Ort eine Anwaltspraxis aufgebaut hat, bevor er das Amt des Notars übernimmt, sichert dies sein wirtschaftliches "Überleben".

Für den Fall, dass die notarielle Fachprüfung eingeführt wird, sollte – gemäß der Gegenäußerung der Bundesregierung zu § 6 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 des Entwurfs (Drucks. 16/4972 S. 15) – die Öffnungsklausel genauer geregelt werden.

III. Ergebnis

Die Einführung einer notariellen Fachprüfung nach Art eines „Dritten Staatsexamens“ ist verfassungsrechtlich nicht geboten. Sie könnte sogar verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Diese sollten vor der Einführung ausgeräumt werden. Falls dies gelingt, verspricht die Einführung einer notariellen Fachprüfung eine Verbesserung bei der Herstellung einer chancengleichen Bestenauslese und der Gewährleistung eines fachlichen Mindeststandards.

Die Vorschläge zur Änderung der Regelvoraussetzungen für die Bestellung zum Anwaltsnotar sind in weiten Teilen sinnvoll.

Karlsruhe, den 28. Oktober 2008

Ganter