

Berlin, Oktober 2011
Stellungnahme Nr. 60/2011
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Verfassungsrechtsausschuss

**zu der Verfassungsbeschwerde
des Rechtsanwalts und Notars R.
(1 BvR 3017/09)**

Verfassungsrechtsausschuss:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn (Vorsitzender)
Rechtsanwältin und Notarin Mechtild Düsing, Münster (Berichterstatterin)
Rechtsanwalt Roland Gerold, München
Rechtsanwalt Dr. Rainard Menke, Stuttgart
Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank Rottmann, Leipzig
Rechtsanwältin Dr. Birgit Spießhofer, Berlin
Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer, Frankfurt am Main
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg
Rechtsanwältin Dr. Antje Wittmann, Münster

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Verteiler:

- Bundesverfassungsgericht
- An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium der Justiz
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- Forum Junge Anwaltschaft
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 68.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A. Sachverhalt

I.

Der Beschwerdeführer ist seit 1974 als Anwaltsnotar in Kiel zugelassen und übt seine Tätigkeit in einer Sozietät mit mehreren anderen Notaren und Rechtsanwälten aus. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind die Verfügungen des Präsidenten des Landgerichts Kiel vom 03.06.2008, der Beschluss des Senats für Notarsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 03.04.2009 und der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 26.10.2009.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 12 und Art. 2 des Grundgesetzes durch die genannten Entscheidungen.

Den Ausgangspunkt des Rechtsstreits bildet eine Prüfung des Notariats des Beschwerdeführers am 14.04.2008 durch den Präsidenten des Landgerichts Kiel als zuständige Aufsichtsbehörde nach § 92 BNotO. Dabei wurde die vom Beschwerdeführer praktizierte Verbuchung in den im Notariat verwendeten Büchern, dem sogenannten Verwahrungsbuch und dem Massenbuch, beanstandet.

Gemäß § 23 BNotO sind die Notare zuständig, Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten, die ihnen von den Beteiligten übergeben sind, zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte zu übernehmen.

§ 67 Abs. 2 Nr. 3 BNotO ermächtigt die Notarkammer, in Richtlinien die Amtspflichten und sonstigen Pflichten ihrer Mitglieder im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und auf deren Grundlagen erlassenen Verordnungen durch Satzung näher zu bestimmen und nähere Regelungen bezüglich der Wahrung fremder Vermögensinteressen zu treffen. Auf dieser Grundlage hat die Schleswig-Holsteinische Notarkammer am 19.05.1999 unter Punkt III Ziffer 1 der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten folgende Pflicht des Notars bei der Verwahrung von Fremdgeldern statuiert:

„Der Notar hat ihm anvertraute Vermögenswerte mit besonderer Sorgfalt zu behandeln und Treuhandaufträge sorgfältig auszuführen.“

Nach § 10 der Dienstordnung für Notarinnen und Notare (DONot) sind Verwahrungsmassen, welche gemäß § 23 BNotO, §§ 54a, 54e BeurkG entgegen genommen werden, in das Verwahrungsbuch und in das Massenbuch einzutragen.

Im Verwahrungsbuch werden Einnahmen und Ausgaben in zeitlicher Reihenfolge ohne Rücksicht auf den rechtlichen Zusammenhang, das heißt ohne Rücksicht auf die einzelnen Massen, mit fortlaufenden Nummern vom Jahresanfang bis zum Jahresende eingetragen. Mit jedem Kalenderjahr beginnt eine neue Zählung. Aus dem Verwahrungsbuch muss jederzeit zu ersehen sein, welche Werte der Notar insgesamt vereinnahmt und verausgabt hat und wie hoch der jeweilige Gesamtstand ist,

vgl. Kersten in: Würzburger Notarhandbuch, Teil 1, Kapitel 4 Rn. 81.

Im Massenbuch werden auch sämtliche Einnahmen und Ausgaben verbucht. Im Unterschied zum Verwahrungsbuch werden hier die Einnahmen und Ausgaben eines jeden einzelnen Verwahrungsgeschäfts im Zusammenhang und gesondert dargestellt. Jede Verwahrungsmasse (zum Beispiel Kaufgeldmasse) ist im Massenbuch gesondert unter jährlich laufender Nummer einzutragen,

vgl. Kersten in: Würzburger Notarhandbuch, Teil 1, Kapitel 4 Rn. 91.

Während das Verwahrungsbuch dazu dient, den Gesamtwert der Verwahrungsmassen darzustellen, gibt das Massenbuch Auskunft darüber, welche Einnahmen und Ausgaben in Bezug auf eine Verwahrungsmasse, das heißt in einer konkreten Angelegenheit, getätigt wurden.

In Bezug auf die Eintragung der Verwahrungsmassen in die Bücher sehen §§ 10 Abs. 2 und 3 DONot folgende Regelung vor:

„(2) Jede Einnahme und jede Ausgabe sind sowohl im Verwahrungsbuch als auch im Massenbuch noch am Tage der Einnahme oder der Ausgabe unter diesem Datum einzutragen.

(3) Bei bargeldlosem Zahlungsverkehr sind die Eintragungen unter dem Datum des Eingangs der Kontoauszüge oder der Mitteilung über Zinsgutschriften oder Spesenabrechnun-

gen noch an dem Tag vorzunehmen, an dem diese bei der Notarin oder dem Notar eingehen. Kontoauszüge oder Mitteilungen sind mit dem Eingangsdatum zu versehen.“

Entgegen § 10 Abs. 3 DONot erfolgte im Notariat des Beschwerdeführers auch bei bargeldlosem Zahlungsverkehr die Buchung von Eingängen oder Ausgaben auf Notaranderkonten jeweils unter dem Tag, an dem Geld auf dem jeweils geführten Konto eingegangen oder ausgegangen war. Dies entspricht der Vorgehensweise, die vor Einführung der Neufassung der DONot am 21.02.2001 galt.

Der Beschwerdeführer hat gegenüber der Aufsichtsbehörde geltend gemacht, dass die Neuregelung des § 10 Abs. 3 DONot den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung widerspreche, da mit dem Zeitpunkt der Gutschrift oder der Belastung auf den eingerichteten Anderkonten der Vermögenszugang bzw. -abgang vollzogen sei. Durch die Buchung unter dem Datum des Eingangs des Kontoauszugs beim Notar erfolge die Buchung an einem völlig unmaßgeblichen Tag, der von willkürlichen Zufällen abhängt, da der Eingang des Kontoauszugs der Bank beim Notar von Ereignissen abhängt, die mit dem Eingang oder Ausgang des Geldes nichts zu tun hätten und daher nur Verwirrung stiften könnten.

Der Präsident des Landgerichts Kiel wies den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 03.06.2008 an, Buchungen bei bargeldlosem Zahlungsverkehr künftig nur noch unter Beachtung des § 10 Abs. 3 S. 1 DONot, das heißt unter dem Datum des Eingangs des Kontoauszugs oder der Mitteilung der Zinsgutschriften oder Spesenabrechnungen vorzunehmen.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung des Beschwerdeführers gegen diese Weisung ist durch den Beschluss des Notarsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts und den Beschluss des Bundesgerichtshofs zurückgewiesen worden.

II.

Der Beschwerdeführer sieht sich durch die angegriffenen Entscheidungen in seinem Grundrecht aus Art. 12 GG verletzt und führt dazu im Wesentlichen aus:

Die DONot beruhe nicht auf einer gesetzlichen Grundlage.

1.

- a) Aus § 1 und § 2 BNotO sowie § 67 Abs. 1 und Abs. 2 BNotO ergebe sich eindeutig, dass die BNotO den Ländern gerade keine Organisationsgewalt verleihe, die sich darauf erstrecke, den laufenden Geschäftsbetrieb der Notare zu regeln. Dies obliege allein den Notarkammern.

Während die Notarkammern gemäß § 67 Abs. 2 BNotO befugt seien, in Richtlinien die Amtspflichten und sonstigen Pflichten ihrer Mitglieder im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und auf deren Grundlage erlassenen Verordnungen durch Satzungen näher zu bestimmen, seien der Justizverwaltung nach § 93 Abs. 1 BNotO nur die regelmäßige Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare übertragen. Aus dem Gesetz ergebe sich eine klare Trennung zwischen der Festlegung der Amtspflichten der Notare einerseits, die der Notarkammer obliege, und der Prüfung und Überwachung der Einhaltung dieser Pflichten andererseits, die von der Justizverwaltung vorzunehmen sei. Da § 10 DONot die Festlegung einer Amtspflicht enthalte, nicht aber eine Überwachungsmaßnahme, fehle der Vorschrift die gesetzliche Grundlage.

- b) Die Justizverwaltung sei nicht stellvertretend ermächtigt, durch „Weisungen“ in die Richtlinienkompetenz der Notarkammer einzugreifen. Das Aufsichtsrecht der Justizverwaltung über die Notarkammern sei darauf beschränkt, dass Gesetz und Satzung beachtet, insbesondere die der Notarkammer übertragenen Aufgaben erfüllt würden. Die Schleswig-Holsteinische Notarkammer habe mit Erlass ihrer Richtlinien am 19.05.1999 aufgrund von § 67 Abs. 2 BNotO abschließende Bestimmungen zu den Pflichten des Notars im Zusammenhang mit der Wahrung fremder Vermögensinteressen getroffen. Der Umstand, dass die Justizverwaltung diese Richtlinie genehmigt habe, zeige, dass sie die Regelung als ausreichend erachtet habe.

Es bestehe ein Regelungskonflikt zwischen § 10 Abs. 3 S. 1 DONot und der Richtlinie der Notarkammer. Auf der Grundlage der Richtlinie erfolge die Buchung der Einnahmen und Ausgaben auf Notaranderkonten in der herkömmlichen Weise, nämlich nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung. Danach werde die Buchung in den Massen- und Verwahrungsbüchern jeweils unter dem Datum eingetragen, unter dem Geld auf den Konten eingegangen bzw. wieder abgegangen sei. Im Gegensatz dazu verlange die DONot in ihrer jetzigen Fassung die Buchung unter dem Datum des Tages, an dem der Kontoauszug der Bank beim Notar eingegangen sei.

- c) Des Weiteren dürften die Landesjustizverwaltungen keine Verwaltungsvorschriften über die Amtsführung ihrer Notare unter Hinweis darauf erlassen, dass Notare Träger eines öffentlichen Amtes seien. Eine Verwaltungsvorschrift müsse mit dem Gesetz in Einklang stehen. Da hier schon gar kein Gesetz bestehe, das eine Ermächtigung der Justizverwaltung zur Regelung der Amtspflichten der Notare enthalte, fehle der DONot eine gesetzliche Grundlage. Da eine solche gesetzliche Ermächtigung fehle, unterständen die Notare gem. § 2 BNotO ausschließlich deren Vorschriften.

2.

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer in seinem Recht aus Art. 12 GG. Die Durchführung von Verwahrungsgeschäften sei wesentlicher Bestandteil der Berufsausübung des Notars und die ordnungsgemäße Buchführung wiederum essentieller Bestandteil des Verwahrungsgeschäftes. Man könne keine Unterscheidung zwischen einer „internen“ und einer „externen“ Buchführung machen, mit dem Ziel, solche Maßnahmen vom Schutzbereich des Art. 12 GG auszunehmen, die die technische bzw. buchhalterische Seite der Durchführung von Verwahrungsgeschäften betreffe. Es existiere nur eine ordnungsgemäße Buchführung.

Die Neufassung von § 10 DONot stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 12 GG dar. Nach § 10 Abs. 3 DONot erfolge die Eintragung unter einem Datum, das hinsichtlich des Geldeingangs oder -ausgangs völlig unmaßgeblich sei. Der Zeitpunkt des Eingangs der Kontoauszüge sei nicht vorher bestimmbar und weiche in jedem Fall von dem Zeitpunkt der tatsächlichen Einnahme oder Ausgabe ab und sei daher unrichtig. Die Vorschrift zwingt den Notar faktisch, eine zweifache Buchführung vorzunehmen. Für die erforderliche Abrechnung mit dem Mandanten sowie für steuerliche Zwecke sei der Zeitpunkt des Ausgangs oder Eingangs des Geldes auf dem Anderkonto maßgeblich, da hierfür die Erfüllung der Pflichten der Vertragsbeteiligten, das Entstehen von Gebühren sowie die Zinslaufzeiten abhängig seien. Dies bewirke eine erhebliche Erschwerung der Abrechnung und damit der Berufsausübung.

3.

Mit der gleichen Begründung wird ein Verstoß gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers gem. Art. 2 Abs. 1 GG gerügt.

B. Rechtliche Würdigung

Der Deutsche Anwaltverein hält die Verfassungsbeschwerde für begründet.

I. Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG

1.

- a) Der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Schutzbereich der Berufsfreiheit des Beschwerdeführers ist durch die Weisung des Landgerichtspräsidenten vom 03.06.2008 sowie durch die bestätigenden Beschlüsse des OLG Schleswig-Holstein und des BGH betroffen. Das Recht der Notare, die Art und Weise ihrer Amtsführung selbst zu bestimmen und ihren laufenden Geschäftsbetrieb einschließlich der Dokumentation von Verwahrungsgeschäften frei zu gestalten, fällt unter den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG. Von der Berufsfreiheit sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch sog. „staatlich gebundene Berufe“ erfasst,

vgl. BVerfGE 73, 280/292.

Kennzeichen eines staatlich gebundenen Berufs ist es, dass der Gesetzgeber dem Berufsinhaber öffentliche Aufgaben, die er dem eigenen Verwaltungsapparat vorbehalten könnte, überträgt und zu diesem Zweck die Ausgestaltung des Berufs dem öffentlichen Dienst angenähert hat,

vgl. BVerfGE 73, 301/315.

Der Notar übt einen staatlich gebundenen Beruf aus. Er steht wegen der von ihm zu erfüllenden Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege, die originäre Staatsaufgaben sind, dem Richter nahe und wird deshalb auch in § 1 BNotO als Träger eines öffentlichen Amtes bezeichnet,

vgl. BVerfGE 73, 280/292.

Je nach der Nähe des Berufs zum öffentlichen Dienst finden allerdings Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG Anwendung, die die Wirkungen des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG zurückdrängen. Die staatlichen Bindungen des Notarberufs sind je-

doch nicht aus sich selbst heraus gerechtfertigt, sondern müssen ihre Rechtfertigung in den wahrzunehmenden Funktionen finden,

vgl. BVerfGE 73, 280/292.

Dass die Tätigkeit des Notars nach der Art der von ihm zu bewältigenden Aufgaben in einem öffentlichen Amt in sachlich bedingter Nähe zum öffentlichen Dienst steht, ermöglicht für diesen Beruf zwar grundsätzlich Sonderregelungen. Daraus ergibt sich aber nicht, dass an die nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gebotene gesetzliche Regelung geringere Anforderungen zu stellen wären als bei anderen Berufen. Die Nähe zum öffentlichen Dienst könne nur für den Inhalt der gesetzlichen Regelung Bedeutung erlangen,

vgl. BVerfGE 110,304/321.

- b) Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei Kammerbeschlüssen – allerdings ohne weitere Begründung – entschieden, dass diese Grundsätze nicht nur für den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Zugang zum Notarberuf gelten, sondern auch für die Berufsausübung der Notare.

vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 08.04.1998, NJW 1998, 2269; Beschluss vom 09.08.2000, NJW 2000, 3486.

Insoweit ist die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, der Anwaltsnotar übe „zwei getrennte Berufe aus, die jeweils verschiedenen berufsrechtlichen Regelungen zugänglich sind“,

BVerfGE 47, 285 (juris Rdnr. 77)

nicht so zu verstehen, als seien die für den Amtsbereich geltenden Regelungen nicht am Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit zu messen.

Seinen Grund findet dies darin, dass Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet. Davon ist neben der Freiheit der Berufswahl die Freiheit der Berufsausübung erfasst. Diese umfasst die Gesamtheit der mit der Berufstätigkeit, ihrem Ort, ihren Inhalten, ihrem Umfang, ihrer Dauer, ihrer äußeren Erscheinungsform, ihren Verfahrensweisen und ihren Instrumenten zusammenhängenden Modalitäten der beruflichen Tätigkeit,

vgl. Mann in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, Art. 12 GG Rn. 79.

Schon von diesem Ansatzpunkt überzeugt eine Differenzierung nicht, welche für den Zugang zum Notarberuf die Geltung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG befürwortet (mit der Folge, dass die Regelungen des Notarrechts an diesem Grundrecht zu messen sind), für die Regelungen über die Ausübung des Notarberufs hingegen nicht.

Eine abweichende Sichtweise ergibt sich auch nicht daraus, dass der Notar mit einem öffentlichen Amt beliehen ist. Zwar wird der Notar durch die Beleihung in die öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation integriert und die Grundrechte gelten grundsätzlich nur im Staat-Bürger-Verhältnis, also nicht innerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation. Denn für den Notar als einen mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben Beliehenen ergibt sich der Kreis der das Amtsverhältnis rechtfertigenden Pflichten aus den Regelungen, die das öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnis der Beleihung ausgestalten. Sofern diese das öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnis ausgestaltenden Regelungen den Kreis der rechtlich zulässigen, durch den Amtsauftrag gerechtfertigten und auf diesen bezogenen Regelungen überschreiten, betreffen sie zugleich denjenigen Bereich, der für den Notar – wie für jeden Privaten – grundrechtlichen Schutz genießt. Insofern obliegt die Überwachung der Einhaltung derjenigen Grenzen, die der Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Amtsauftrags gesetzt sind, zugleich dem Schutzbereich und Schutzauftrag der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.

Dies bedeutet, dass auch für die Berufsausübung der Notare gilt: Der Umstand, dass die Tätigkeit des Notars nach der Art der von ihm zu bewältigenden Aufgaben in einem öffentlichen Amt in sachlich bedingter Nähe zum öffentlichen Dienst steht, ermöglicht für diesen Beruf zwar grundsätzlich Sonderregelungen. Daraus ergibt sich aber nicht, dass an die nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gebotene gesetzliche Regelung geringere Anforderungen zu stellen wären als bei anderen Berufen. Die Nähe zum öffentlichen Dienst kann nur für den Inhalt der gesetzlichen Regelung Bedeutung erlangen; die Notwendigkeit der Rechtfertigung dieser Regelungen am Maßstab des Grundrechts der Berufsausübung besteht aber auch hier, nicht anders als für Regelungen, die den Zugang zum Notariat betreffen.

2.

- a) Aus dem Vorstehenden folgt zugleich: Eine Beschränkung des Schutzbereichs kann nach Ansicht des Verfassungsrechtsausschusses nicht darauf gestützt werden, dass an den Urkunden und Büchern des Notars sowie an den von ihm verwahrten Gegenständen eine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft besteht. Die Besonderheiten, die sich für den Beruf des Notars daraus ergeben, dass er gem. § 1 BNotO Träger eines öffentlichen Amtes ist, erlauben keine einschränkende Auslegung des Umfangs des Schutzbereichs der Berufsfreiheit. Sie können allenfalls bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs Berücksichtigung finden. Notare befinden sich bei Ausübung ihres Berufs in einem Spannungsfeld zwischen öffentlichem Amt und Freiberuflichkeit. Sie sind „Pendler zwischen zwei Berufswelten“ (Jaeger/ZNotP 2003, 402, 403). Auch wenn sie im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege hoheitliche Tätigkeiten wahrnehmen, die ihnen vom Staat übertragen wurden, sind Notare in vielen Bereichen in freiberuflichen Strukturen tätig,

vgl. Bracker, BNotO, § 1 Rn. 14.

Der Anwaltsnotar übt einen freien Beruf wie andere rechts- und steuerberatende Berufe aus. Im Unterschied zu vergleichbaren freien Berufen hat er nur zusätzlich zu seiner Rechtsberatungs- und -besorgungskompetenz als Beliehener eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen,

vgl. Kleine-Cosack, DNotZ 2004, 327/329.

Wegen des Doppelcharakters seiner Tätigkeiten und den damit verbundenen unterschiedlichen Grenzen für staatliche Eingriffe darf ein Tätigkeitsbereich des Notars nicht von vorneherein aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG herausgenommen werden. So hat das Bundesverfassungsgericht zutreffenderweise entschieden, dass ein Verbot für die Vornahme von Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle des Notars einer gesetzlichen Grundlage bedarf, die den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG genügt,

vgl. BVerfG, Beschluss vom 09.08.2000, NJW 2000,3486.

- b) Vor diesem Hintergrund kann es nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses dahinstehen, ob die vom Notar geführten Verwahrungsbücher – wie in der Literatur vertreten –

vgl. etwa Bohrer, Berufsrecht der Notare, Rn. 175; Bracker in: Schippel/Bracker, DONot, Einl. Rn. 5,

öffentliche Sachen darstellen. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, erlaubt dies keine einschränkende Auslegung des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG. Vorschriften, die die Dokumentations- und Buchführungspflichten im notariellen Verwahrungsgeschäft regeln, stehen unter dem Gesetzesvorbehalt von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Sofern es an einer gesetzlichen Rechtsgrundlage fehlt, verletzt schon dies das Grundrecht des Anwaltsnotars aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Dennoch soll die im Übersendungsschreiben des Herrn Vizepräsidenten hierzu gestellte Frage aber nicht unbeantwortet bleiben. Der Verfassungsrechtsausschuss beurteilt diese Frage nicht einheitlich. Nach einer Auffassung handelt es sich dabei nicht um öffentliche Sachen im internen Verwaltungsgebrauch. Dies sind solche Vermögenswerte, die der öffentlichen Verwaltung unmittelbar zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienen und von den Organverwaltern der öffentlichen Verwaltung selbst benutzt werden. Danach werden etwa Akten einer Gemeindeverwaltung als öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch qualifiziert. Dies wird damit begründet, dass die Verwaltungsvorgänge als körperliche Gegenstände Sachen sind, die eine spezielle Beziehung zur Aufgabenerfüllung der öffentlichen Verwaltung haben. Die öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung entspringt aus der Natur der Sache heraus wegen ihrer Entstehung und ihrer Verwendung für Zwecke der öffentlichen Verwaltung,

vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 27.05.2008, Az. 3 M 117/05, Rn. 21 – juris.

Diese Feststellung lässt sich für die Verwahrungsbücher im Notariat nicht treffen. Diese haben keinen spezifischen Bezug zur hoheitlichen Tätigkeit des Notars. Sie dienen allein der Dokumentation der notariellen Verwahrungsgeschäfte. Anders als bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Verwendung des Amtssiegels übt der Notar bei der Dokumentation der Verwahrungsgeschäfte keine öffentliche Gewalt aus. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass die Verwendung von Verwahrungsbüchern nicht ausschließlich Notaren vorbehalten ist. Demgegenüber bedarf die Verwendung von Amts-

siegeln einer landesrechtlichen Ermächtigung, die den Notaren die Führung der jeweiligen Landeswappen als Hoheitszeichen erlaubt (vgl. für Schleswig-Holstein: § 3 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Hoheitszeichen des Landes Schleswig-Holstein). Aus diesem Grund weist allenfalls das Amtssiegel der Notare eine öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung zur hoheitlichen Aufgabenerfüllung auf, die dessen Qualifizierung als öffentliche Sache rechtfertigen kann. Gegen die Einordnung der Verwahrungsbücher als öffentliche Sachen spricht nach dieser Auffassung darüber hinaus die Existenz des § 93 Abs. 4 BNotO, wonach der Notar verpflichtet ist, den Aufsichtsbehörden bei einer Geschäftsprüfung Akten, Verzeichnisse und Bücher sowie die in seiner Verwahrung befindlichen Urkunden zur Einsicht vorzulegen und auszuhändigen. Wenn es sich bei den Büchern um öffentliche Sachen handeln würde, müsste die Aufsichtsbehörde indes aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehung ein originäres Zugriffsrecht darauf haben. Die in § 93 Abs. 4 BNotO geregelte Pflicht des Notars zur Vorlage von Akten, Verzeichnissen und Büchern wäre dann überflüssig. Gleiches gilt für die Vorschriften der §§ 45 Abs. 3, 51, 55 Abs. 1 und 58 Abs. 1 BNotO, nach denen in bestimmten Ausnahmefällen, wie etwa der Abwesenheit des Notars, dem Erlöschen seines Amtes sowie seiner vorläufigen Amtsenthebung das Amtsgericht die Akten und Bücher des Notars in Verwahrung zu nehmen hat. Der Regelungsinhalt dieser Vorschriften zeigt, dass das Zugriffsrecht der Behörde auf gesetzlich bestimmte Ausnahmefälle beschränkt ist. Indem der Gesetzgeber staatliche Rechtspflegeaufgaben an den Notar als externen Funktionsträger übertragen hat, hat er auch die Zugriffsbefugnis der Aufsichtsbehörde auf die zur Erfüllung notarieller Aufgaben erforderlichen Gegenstände beschränkt.

Nach Auffassung der Mehrheit der Ausschussmitglieder kann hingegen eine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft nicht verneint werden. Denn die Verwahrungsbücher werden ausschließlich im Kontext der amtlichen Pflichten geführt. Auch wenn es dafür an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage fehlt (unten III.1.), ändert dies aber nichts daran, dass die diesbezüglichen Pflichten in der BNotO als Konkretisierung der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit des Anwaltsnotars in seiner Funktion als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt Beliehener anzusehen ist.

II. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

Die Weisung des Präsidenten des Landgerichts Kiel vom 03.06.2008, Buchungen bei bargeldlosem Zahlungsverkehr nur noch unter Beachtung des § 10 Abs. 3 S. 1 DONot vorzunehmen, stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar.

Als Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit werden solche Regelungen verstanden, die sich final auf die berufliche Betätigung beziehen und sie unmittelbar zum Gegenstand haben,

vgl. BVerfGE 13, 181/185.

Die Weisung bezieht sich unmittelbar auf die berufliche Betätigung des Beschwerdeführers, da sie eine verbindliche Vorgabe über die Art und Weise der Buchführung enthält. Sie ist ein finaler Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung des Notars.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Gesetzesvorbehalt

Jeder Eingriff in die Berufsfreiheit bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Die Beschränkung kann durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes erfolgen. Der Gesetzesvorbehalt gilt auch für die Berufe des öffentlichen Dienstes sowie für staatliche gebundene Berufe,

vgl. BVerfGE 73, 280/294; 80, 257/265.

Einschränkungen der Berufsfreiheit können durch förmliches Gesetz, durch Rechtsverordnung oder durch Satzung erfolgen. Das Parlament muss alle für die Grundrechtsausübung wesentlichen Fragen selbst regeln. Das einschränkende Gesetz muss hinreichend bestimmt sein und den Umfang und die Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lassen,

vgl. BVerfGE 86, 28/40.

Hinsichtlich der Einschränkung der Berufsfreiheit von Notaren hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den Sozietätsverboten für Anwaltsnotare vom 08.04.1998 die gesetzgeberische Verantwortung für empfindliche Einschränkungen der Berufsfreiheit

betont und klar gestellt, dass sich Berufseinschränkungen nicht aus dem Gesamtzusammenhang des notariellen Berufsrechts und aus den hergebrachten Berufsbildern ableiten lassen,

vgl. BVerfGE 98, 49.

- a) Vorschriften aus der BNotO als Ermächtigungsgrundlage für die Erteilung von Weisungen

Die Befugnis des Landgerichtspräsidenten zur Erteilung von Weisungen an die Notare ergibt sich nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschuss nicht aus dem in §§ 92 ff. BNotO geregelten Aufsichtsrecht der Landesjustizverwaltung über die Notare.

Bei dieser Aufsicht handelt es sich um eine besondere Form der Staatsaufsicht. Sie ist nicht der Dienstaufsicht im Bereich des öffentlichen Dienstrechts gleich zu achten, insbesondere ist der Inhaber der Aufsichtsbefugnisse nicht „Dienstvorgesetzter“ des Notars,

vgl. Herrmann in: Schippel/Bracker, BNotO, § 92 BNotO Rn. 1; Baumann in : Eylmann/Vaasen, BNotO, § 92 Rn. 1.

Die Aufsicht soll als Ausfluss der staatlichen Justizhoheit ein ordnungsgemäßes Funktionieren sowie einen sachgerechten Ablauf der überwachten Justizorgane sicherstellen und gewährleisten, dass der Notar als unabhängiger Träger des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes seine Tätigkeit im Einklang mit den bestehenden Vorschriften ausübt,

vgl. BGH NJW 2005, 2693.

- aa) Nach § 93 Abs. 1 BNotO obliegt den Aufsichtsbehörden die regelmäßige Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare. Gegenstand der Prüfung ist gem. § 93 Abs. 2 BNotO die ordnungsgemäße Erledigung der Amtsgeschäfte des Notars. Die Prüfung erstreckt sich unter anderem auf die Führung und Aufbewahrung der Bücher.

Die Befugnis zum Aussprechen einer sog. Missbilligung bei ordnungswidrigem Verhalten und Pflichtverletzungen leichter Art ist ausdrücklich in § 94 Abs. 1 BNotO geregelt. Das Recht der Aufsichtsbehörde neben der Missbilligung ein

förmliches Disziplinarverfahren durchzuführen, bleibt gem. § 94 Abs. 3 BNotO unberührt.

Das Disziplinarverfahren ist in §§ 95 ff. BNotO geregelt. Nach § 97 Abs. 1 BNotO können im Disziplinarverfahren folgende Maßnahmen verhängt werden: Verweis, Geldbuße, Entfernung aus dem Amt.

Nach allgemein vertretener Auffassung beinhaltet die in § 93 BNotO geregelte Aufsicht das Recht der Aufsichtsbehörde, bei der Feststellung von Fehlern oder Pflichtverletzungen des Notars, die in ihrem pflichtgemäßen Ermessen erforderlichen Maßnahmen zu treffen,

vgl. Herrmann in: Schippel/Bracker, BNotO, § 93 Rn. 5; BGH DNotZ 1999, 334.

Im Rahmen ihrer Aufgaben und unter Beachtung der sachlichen Unabhängigkeit des Notars sei die Aufsichtsbehörde berechtigt, aus begründetem Anlass im Einzelfall repressive Maßnahmen zu ergreifen und Weisungen zu erteilen,

vgl. Herrmann in: Schippel/Bracker, BNotO, § 93 Rn. 6 mit weiteren Nachweisen; Baumann in: Eylmann/Vaasen, BNotO, § 93 Rn. 4; BGH DNotZ 2003, 376.

- bb) Da Weisungen in die durch § 1 BNotO gewährleistete Unabhängigkeit des Notars eingreifen, bedürfen sie einer gesetzlichen Grundlage,

vgl. OLG Celle, Beschluss vom 17.11.1997, Az.: Not 35/96.

Die Unabhängigkeit des Notars kennzeichnet nämlich die Stellung des Notars gegenüber dem Land als bestellender Körperschaft. Sie ist die Grundlage für die Einschränkung der dienstaufsichtlichen Befugnisse die auf die Überprüfung des Amtsverhaltens auf schuldhafte Pflichtverletzung beschränkt ist und nicht die Kompetenz zur Einzelanweisung umfasst,

vgl. Frenz in: Eylmann/Vaasen, BNotO § 14 Rn. 12.

Nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses enthalten weder § 93 BNotO noch § 94 BNotO eine Ermächtigung der Aufsichtsbehörde zur Erteilung von Weisungen. Weder aus dem Wortlaut der Vorschriften noch aus der Gesetzssystematik lässt sich eine solche Eingriffskompetenz ableiten. § 93 Abs. 1 BNotO umschreibt lediglich die allgemeine Aufgabe der Aufsichtsbehörde. Die Vorschrift erlaubt nicht die Erteilung von Weisungen an den Notar, die die Art und Weise der Dokumentation von Verwahrungsgeschäften betreffen. Die Befugnis zur Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare nach § 93 Abs. 1 BNotO umfasst lediglich solche Maßnahmen, die unterhalb der Schwelle der sog. Missbilligung gem. § 94 Abs. 1 BNotO liegen.

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Missbilligung in § 94 BNotO ausdrücklich geregelt hat, spricht dafür, dass die Aufsichtsbehörde nicht zur Ergreifung einer Maßnahme berechtigt ist, die im Hinblick auf die Eingriffsintensität über die Aussprache einer Missbilligung hinausgeht. Die Missbilligung geht über eine Beanstandung oder Belehrung der Aufsichtsbehörde hinaus und spricht einen Tadel über ein ordnungswidriges Verhalten oder über Pflichtverletzungen des Notars aus,

vgl. Baumann in: Eylmann/Vaasen, BNotO, § 94 Rn. 2.

In seiner Verfügung vom 03.06.2008 hat der Präsident des Landgerichts Kiel die Verbuchung von bargeldlosen Zahlungen in den Verwahrungsbüchern nicht lediglich getadelt, sondern den Beschwerdeführer zur Änderung seiner Verbuchungspraxis angewiesen. Während die Missbilligung eines Verhaltens dazu dient, den Notar darauf aufmerksam zu machen, dass die Aufsichtsbehörde ein bestimmtes Verhalten als ordnungswidrig betrachtet und damit nicht einverstanden ist, zeichnet sich die Weisung dadurch aus, dass sie eine verbindliche Vorgabe für die konkrete Amtsführung des Notars enthält.

Aufgrund der hohen Grundrechtsrelevanz von Aufsichtsmaßnahmen muss für den Betroffenen aus dem Gesetz erkennbar sein, zu welchen Maßnahmen die Aufsichtsbehörde neben der Aussprache einer Missbilligung und der Einleitung eines Disziplinarverfahrens befugt ist. Diesem grundrechtlichen Bestimmtheitsgebot wird § 93 BNotO nicht gerecht.

- cc) Der in der Literatur vertretenen Auffassung, dass die Verpflichtung der Notare, die Dienstordnung für Notare zu beachten, aus der Generalklausel des § 14 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BNotO folge,

vgl. Kanzleiter in Schippel/Bracker, BNotO, § 14 Rn. 6,

schließt sich der Verfassungsrechtsausschuss nicht an. § 14 Abs. 1 BNotO statuiert die allgemeine Pflicht des Notars, sein Amt getreu seinem Eide zu verwalten und als unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten zu agieren. § 14 Abs. 3 S. 1 BNotO konkretisiert dies dahingehend, dass sich der Notar durch sein Verhalten innerhalb und außerhalb seines Amtes der Achtung und des Vertrauens, die dem Notaramt entgegengebracht werden, würdig zu zeigen habe.

Richtig ist, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Generalklausel handelt, die ausfüllungsbedürftig ist,

vgl. Kanzleiter in Schippel/Bracker, BNotO, § 14 Rn. 5.

Es widerspricht jedoch dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, die Vorschrift des § 14 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BNotO als Öffnungsklausel zu qualifizieren, nach der die Exekutive nach freiem Ermessen Amtspflichten für den Notar durch Verwaltungsvorschriften regeln kann. Ebenso wenig wie §§ 93 ff. BNotO lässt nämlich § 14 BNotO den Umfang und die Grenzen des Eingriffs in die Berufsfreiheit des Notars hinreichend erkennen.

Die Amtspflichten müssen vielmehr durch Gesetz geregelt werden, wie sich bereits aus der Vorschrift des § 2 BNotO ergibt, wonach die Notare, soweit nichts anderes bestimmt ist, ausschließlich den Vorschriften dieses Gesetzes unterliegen. Zur Konkretisierung der allgemeinen Pflichten aus § 14 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BNotO ist allein die Notarkammer gem. § 67, Abs. 2 S. 3 Nr. 1 und 2 BNotO ermächtigt. Eine daneben stehende Befugnis der Exekutive zum Erlass von Dienstvorschriften für Notare, die die Generalklausel des § 14 BNotO ausfüllen, ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.

- b) Dienstordnung für Notarinnen und Notare als Ermächtigungsgrundlage für die Erteilung von Weisungen

Die Weisung des Landgerichtsgerichtspräsidenten kann sich ebenso wenig auf die Vorschriften der §§ 5 ff. und §§ 10 ff. DONot stützen. Die DONot entspricht nicht den Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts. Bei der DONot handelt es sich um eine allgemeine Verwaltungsvorschrift der jeweiligen Landesjustizverwaltung,

vgl. Bracker in: Schippel/Bracker, DONot, Einl., Rn. 1; Weingärtner in: Weingärtner/Gassen, DONot, Einl., Rn. 1; Kanzleiter in: Eylmann/Vaasen, DONot Einl. Rn. 1.

- aa) Die Justizverwaltungen sind nicht ausdrücklich durch Gesetz zum Erlass einer Dienstordnung ermächtigt. Nach überwiegender Auffassung beinhaltet das Aufsichtsrecht der Landesjustizverwaltungen nach §§ 92 ff. BNotO die Legitimation zum Erlass von verbindlichen Handlungsanweisungen für den laufenden Geschäftsbetrieb des Notars,

vgl. BGH, Beschluss vom 22.10.1979, DNotZ 1980, 181; Bracker in: Schippel/Bracker, DONot, Einl., Rn. 2; Weingärtner in: Weingärtner/Gassen, DONot, Einl., Rn. 1; Kanzleiter in: Eylmann/Vaasen, DONot, Einl. Rn. 1.

Die DONot sei neben dem Gesetz die wichtigste grundlegende Vorschrift. Die genaue und vollständige Beachtung der Dienstvorschriften sei Amtspflicht des Notars,

vgl. BGH, Beschluss vom 22.10.1979, DNotZ 1980, 181.

Nach anderer Auffassung ergibt sich die Befugnis zur Regelung des laufenden Geschäftsbetriebs der Notariate aus der Organisationsgewalt der Exekutive. Die Justizverwaltung könne den Notaren ebenso wie den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Verwaltungsbehörden per Verwaltungsvorschrift Vorgaben zur Dokumentation der Amtsgeschäfte und Aktenordnung machen. Obwohl der Staat durch die Gestaltung des Notarwesens Aufgaben, die er selbst erfüllen müsste, an Träger öffentlicher Ämter außerhalb des Behördenapparates übertragen habe, behalte er die Verantwortung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung. Die staatliche Kontrolle über die Amtsführung der Notare würde erheblich einge-

schränkt, wenn die Aufsichtsbehörde keine verbindlichen Vorgaben zur Erledigung der internen Geschäftsabläufe machen könne,

vgl. Harborth/Lau, DNotZ 2002, 412/427 ff..

Beiden Rechtsauffassungen folgt der Verfassungsrechtsausschuss nicht. Die Landesjustizverwaltung ist weder aufgrund der Organisationsgewalt der Exekutive, noch aufgrund des in der Bundesnotarordnung geregelten Aufsichtsrechts befugt, den Notaren verbindliche Vorgaben hinsichtlich der Führung der Verwahrungs- und Massenbücher zu machen. Bei der Frage, ob bzw. in welchem Umfang die Justizverwaltung verbindliche Dienstvorschriften für Notare schaffen kann, ist entscheidend, welche Nähe die konkret geregelte Tätigkeit des Notars zur Ausübung hoheitlicher Gewalt hat. Eine Einschränkung seiner Berufsfreiheit muss der Notar nur dann hinnehmen, wenn sie in engem und unmittelbarem Zusammenhang mit der Übertragung staatlicher Rechtspflegeaufgaben verbunden ist.

Der Notar ist gemäß § 1 BNotO unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes. Mit der Beurkundung von Rechtsvorgängen sowie der Wahrnehmung anderer Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege übt er originäre hoheitliche Befugnisse aus.

vgl. Bracker in Schippel/Bracker, BNotO, § 1 Rn. 8.

Die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse rechtfertigt zwar die enge gesetzliche Pflichtenbindung des Notars, die als Eingriff in seine Berufsausübungsfreiheit in weitem Umfang gerechtfertigt sind,

vgl. BVerfG, DNotZ 2009, 702.

Die Tatsache, dass der Notar – anders als der Richter – in freiberuflichen Strukturen tätig ist, führt aber auch dazu, dass dies bei der Auslegung des Berufsrechts bedacht werden muss, soweit es um Fragen der Berufsausübung geht,

vgl. BVerfG, DNotZ 2003, 65.

- bb) Als Tätigkeiten mit unmittelbarem hoheitlichen Bezug werden nach traditioneller Auffassung insbesondere die Beurkundung von Rechtsgeschäften nach § 20 Abs. 1 BNotO i. V. m. den Vorschriften aus dem Beurkundungsgesetz, die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden gem. § 797 Abs. 2 ZPO sowie die Erteilung einer Vollstreckungsklausel nach § 797 Abs. 3 ZPO qualifiziert.

Ob an dieser Auffassung langfristig festgehalten werden kann, erscheint angesichts des jüngsten Urteils des EuGH zum deutschen Notarwesen (Urteil vom 24.05.2011, Az. C-54/08) zweifelhaft. Danach stellt die Tätigkeit des Notars keine Tätigkeit dar, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EGV (heute Art. 51 AEUV) verbunden ist, was dazu führen würde, dass die in Art. 43 EGV (heute Art. 49 AEUV) verankerte Niederlassungsfreiheit für Notare keine Geltung hätte. Der EuGH hat die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf das deutsche Notarwesen bejaht. Dabei hat er hervorgehoben, dass weder die Beurkundungstätigkeit des Notars noch die Beweiskraft und die Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden dazu führen, dass der Notar eine Tätigkeit vornehme, die unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei. Dass der Notar bei der Ausübung seines Amtes das im Allgemeininteresse liegende Ziel, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Rechtsakten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, verfolge, reiche für sich genommen nicht aus, um eine bestimmte Tätigkeit als hoheitlich einzustufen. Parteien, die einem Notar einen Akt oder einen Vertrag zur Beurkundung unterbreiteten, entschieden nämlich selbst über den Umfang ihrer Rechte und Pflichten und könnten die Bestimmungen, denen sie sich unterwerfen wollen, frei wählen.

Besonderheiten des deutschen Notarwesens, mit denen im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt würden, könnten allerdings einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der etwaige Beschränkungen von Art. 43 EGV rechtfertigen könne.

An dieser Entscheidung zeigt sich, dass auch im europäischen Recht Einschränkungen, die sich aufgrund der Besonderheiten des Notarwesens ergeben, nicht generell unter Verweis auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der notariellen Tätigkeit hingenommen werden müssen. Vielmehr bedarf es einer Abwägung im Einzelfall, ob die mit der konkreten Bestimmung verfolgte Zielsetzung im Hinblick auf die betroffenen Rechtsgüter verhältnismäßig ist,

so auch Frenz in: Eylmann/Vaasen, BNotO, § 1 Rn. 19 ff.

Gleiches gilt auch für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit des Notars. So hat das Bundesverfassungsgericht in jüngeren Entscheidungen erklärt, dass die staatlichen Bindungen des Notarberufs nicht aus sich selbst heraus gerechtfertigt sind, sondern ihre Rechtfertigung in den wahrzunehmenden Funktionen finden,

vgl. etwa BVerfGE 73, 280/292.

- cc) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe stellt die Verwahrung von Fremdgeldern keine originäre Staatsaufgabe dar. Dies zeigt sich schon daran, dass auch Rechtsanwälte mit dem Umgang fremder Vermögenswerte betraut sind. Gemäß § 43 a Abs. 5 BRAO ist der Rechtsanwalt bei der Behandlung der ihm anvertrauten Vermögenswerte zu der erforderlichen Sorgfalt verpflichtet. Fremde Gelder sind unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzuleiten oder auf ein Anderkonto einzuzahlen.

Wie der Rechtsanwalt Buch über die Geldein- und -ausgänge auf den Anderkonten zu führen hat, ist weder in der BRAO, noch in der diese konkretisierenden BORA geregelt. § 4 BORA statuiert lediglich die Pflicht zur Führung von Anderkonten bei der Verwaltung von Fremdgeldern sowie die Voraussetzungen für die Einrichtung eines Sammelanderkontos. Einzelheiten zur Verbuchung der Ein- und Ausgänge der Vermögenswerte sind in den Vorschriften nicht enthalten.

Die Tatsache, dass beide Berufsträger die Verwahrung von Fremdgeldern durchführen, macht deutlich, dass es sich um eine Tätigkeit handelt, die den freiberuflichen Strukturen des Notarberufs zuzuordnen sind, mit der Konsequenz, dass verbindliche Vorgaben zur Art der Buchführung nicht durch die DONot erfolgen können.

- dd) Dies wird auch in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 09.08.2000, Az: 1 BvR 687/98) zu dem Verbot einer Beurkundung außerhalb der Geschäftsstelle deutlich. Das Verbot von Auswärtsbeurkundungen genügt nicht den formellen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. In diesem Zusammenhang hat der Senat ausgeführt, dass § 5 Abs. 2 a.F. DONot, wonach der Notar die Amtsgeschäfte in der Regel in seiner Geschäftsstelle vornehmen solle,

als Verwaltungsvorschrift nicht den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt genüge. Da die Beurkundung von Rechtsvorgängen Teil der Berufsausübung des Notars sei, bedürfe das Verbot einer Beurkundung außerhalb der Geschäftsstelle einer gesetzlichen Grundlage. Dabei hat sich das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich auf die Entscheidungen zu den anwaltlichen Standesrichtlinien gestützt und betont, dass ein generelles Verbot allenfalls der Gesetzgeber statuieren könne, sofern er für eine solche Einschränkung der Berufsfreiheit hinreichende Gründe sehe.

Bei der Frage, ob ein Notar Beurkundungen außerhalb seiner Geschäftsstelle vornehmen darf, handelt es sich, ähnlich wie bei der Frage, wie er seine Verwahrungsgeschäfte dokumentiert, um die Gestaltung des internen Geschäftsbetriebs des Notariats. Die Statuierung von Ge- oder Verboten obliegt allein dem Gesetzgeber. Die Weisung des Landgerichtspräsidenten gegenüber dem Beschwerdeführer künftig die Verbuchungen in den Verwahrungsbüchern entsprechend der Vorschrift des § 10 Abs. 3 DONot vorzunehmen, beinhaltet für den Beschwerdeführer ein Verbot seiner bisherigen Verbuchungspraxis. Warum ihm diese Praxis untersagt wird, nachdem sie jahrzehntelang den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buchführung entsprach, ist nicht nachvollziehbar. Sollte es im Allgemeininteresse liegende Gründe dafür geben, so ist es Aufgabe des Gesetzgebers nach Abwägung der betroffenen Interessen ein entsprechendes Verbot festzulegen.

- ee) Dass die DONot als Rechtsgrundlage für bestimmte Vorschriften im Berufsrecht der Notare nicht ausreicht, hat auch der Gesetzgeber erkannt. So wurden im Dritten Gesetz zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze vom 08.09.1998 zahlreiche Vorschriften, die sich zuvor in der DONot befunden haben, in die BNotO integriert. Dies begründete der Gesetzgeber in seinem Gesetzentwurf (BT-Drs. 13/4184) im Wesentlichen damit, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum anwaltlichen Berufsrecht es erforderlich machten, im notariellen Berufsrecht wichtige Bereiche durch Gesetz zu regeln. Im Bereich des notariellen Verwaltungsverfahrens wurden die maßgeblichen Verfahrensvorschriften und wesentlichen Berufspflichten des Notars in §§ 54 a bis 54 c BeurkG aufgenommen. In der Gesetzesbegründung ist ausgeführt, dass *„Bestimmungen, die durch Dokumentationspflichten lediglich die Information der Aufsichtsbehörden bezwecken und damit der Durchführung der Aufsicht dienen, ... weiterhin der Regelung durch Verwaltungsvorschrift der Länder vorbehalten bleiben“*,

vgl. BT-Drs. 13/4184, S. 37, rechte Spalte.

Dabei handelt es sich um eine Fehlbewertung durch den Gesetzgeber. Die Dokumentationspflicht, die in § 10 Abs. 3 DONot geregelt ist, stellt nach dem oben Gesagten einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar und bedarf deshalb einer gesetzlichen Grundlage.

c) Verhältnis zwischen den Kompetenzen der Notarkammern und der Landesjustizverwaltung

Die Befugnis der Justizverwaltung zur Festlegung von Dienstvorschriften durch Verwaltungsvorschrift ist darüber hinaus durch die Satzungscompetenz der Notarkammer ausgeschlossen. Die Notarkammer ist gem. § 67 Abs. 2 BNotO ermächtigt, das Berufsrecht der Notare in allgemeinen Richtlinien durch Satzung näher zu bestimmen. § 67 Abs. 2 BNotO enthält eine Aufzählung der Bereiche, die Gegenstand einer Richtlinie sein können. Damit entspricht die Vorschrift den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum anwaltlichen Standesrecht aufgestellt hat. Danach darf ein Berufsverband lediglich zur Normierung solcher Berufspflichten ermächtigt werden, die keinen statusbildenden Charakter haben und die lediglich in die Freiheit der Berufsausübung von Verbandsmitgliedern eingreifen,

vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.07.1987, Rn. 45 – juris.

Die Schleswig-Holsteinische Notarkammer hat aufgrund des § 67 Abs. 2 Nr. 3 BNotO Richtlinien erlassen, die die Pflichten des Notars hinsichtlich der Wahrung fremder Vermögensinteressen konkretisieren.

Nach allgemeiner Auffassung sind die von den Notarkammern erlassenen Richtlinien gegenüber der DONot höherrangiges Recht,

vgl. Kanzleiter in: Eylmann/Vaasen, DONot, Rn. 2; Weingärtner in: Weingärtner/Gassen, DONot, Einleitung Rn. 3.

Die Tatsache, dass die Richtlinie den Notaren keine konkreten Buchführungspflichten auferlegt, führt nicht dazu, dass die Exekutive solche Pflichten im Wege der DONot einführen darf. Dies gilt nicht nur deshalb, weil die Richtlinien insoweit eine Sperrwirkung

für weitere Regelungen durch die Exekutive entfalten, sondern insbesondere, weil keine gesetzliche Ermächtigung zum Erlass der Dienstvorschriften auf diesem Gebiet besteht. Legt man die Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum anwaltlichen Standesrecht zugrunde, so ist eine gesetzliche Ermächtigung zwingend erforderlich. Wenn schon der Erlass von Richtlinien durch Berufsverbände einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigung bedarf, so muss dies erst recht für Rechtsvorschriften gelten, mit denen die Exekutive den Notaren konkrete Vorgaben für die Buchführung macht. Denn bei der Notarkammer handelt es sich um eine berufsständische Vereinigung, die einerseits die Stärkung der Unabhängigkeit des Notars gegenüber dem Staat und andererseits die Entlastung des Staats von Tätigkeiten, die der Berufsstand selbst erledigen kann, dient,

vgl. Hartmann in: Eylmann/Vaasen, BNotO, § 65 Rn. 5.

Ermächtigt der Gesetzgeber die Notarkammer zum Erlass von Richtlinien in einem bestimmten Bereich, so bleibt es wegen des Grundsatzes der Subsidiarität staatlicher Organisation dabei, dass die Notarkammer hier eine alleinige Rechtsetzungskompetenz hat.

Wollte der Gesetzgeber der Exekutive darüber hinaus die Befugnis verleihen, einzelne Amtspflichten des Notars festzulegen, so wäre eine Rechtsgrundlage erforderlich.

2. Verhältnismäßigkeit

Für den Fall, dass man §§ 92 ff. BNotO bzw. §§ 10 ff. DONot als eine den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG genügende Rechtsgrundlage für die angegriffene Weisung betrachtet, sind die in § 10 Abs. 3 S. 1 DONot vorgesehenen Dokumentations- und Buchführungspflichten nicht verhältnismäßig.

- a) Nach der Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei dem Eingriff der Justizverwaltung in die Buchführung des Notars um eine Berufsausübungsbeschränkung. Berufsausübungsregeln lassen sich durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls rechtfertigen. Zwar darf der Gesetzgeber Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit in den Vordergrund stellen und besitzt hinsichtlich der Festlegung arbeits-, sozial- und wirtschaftspolitischer Ziele einen weiten Spielraum.

Der Erlass der Dienstordnung für Notare wird damit begründet, dass der Landesjustizverwaltung bei der Vielzahl der von ihr zu beaufsichtigenden Notare eine Durchführung der Aufsicht tatsächlich nur möglich sei, wenn sie bei allen Notaren auf einen Geschäftsbetrieb stoße, der nach den gleichen Regeln ablaufe,

vgl. Bracker in: Schippel/Bracker, DONot, Einl. Rn. 3.

Die Auferlegung der Dokumentations- und Buchführungspflichten soll die Aufsichtsbehörde vor einer ständigen Diskussion darüber bewahren, ob die konkrete Art der Erledigung der internen Geschäftsabläufe ordnungsgemäß war,

vgl. Harborth/Lau, DNotZ 2002, 412/429.

Dies reicht als Rechtfertigungsgrund nicht aus. Selbst wenn man die zweckmäßige Durchführung der Aufsicht über die Notare als vernünftige Erwägung des Gemeinwohls ansehen würde, stellt sich die Frage nach Sinn und Zweck der Regelung des § 10 Abs. 3 S. 1 DONot. Es ist kein nachvollziehbarer Grund erkennbar, warum für Verbuchungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr ein anderer Buchungszeitpunkt maßgeblich sein soll als bei Verbuchungen von Bareinzahlungen. Die Kommentierungen zu § 10 DONot lassen diese Frage unbeantwortet. Die Vorschrift des § 10 Abs. 3 S. 1. DONot wird als „nicht besonders sinnvoll“ bezeichnet,

vgl. Hertel in: Eylmann/Vaasen, DONot, § 10 Rn. 35.

Ohne dies näher zu erläutern, führt Hertel aus, dass die Regelung nur historisch zu verstehen sei. Weingärtner begründet die Vorschrift damit, dass vermieden werden solle, „dass in den Büchern springende Daten erscheinen“,

vgl. Weingärtner in: Weingärtner/Gassen, DONot, § 10 Rn. 14.

Was darunter zu verstehen ist, bleibt unklar.

Ebenso wenig können die Ausführungen des OLG Schleswig-Holstein in seinem angegriffenen Beschluss vom 03.04.2009 den Regelungszweck von § 10 Abs. 3 DONot erklären. Der Senat vertritt insoweit die Auffassung, dass die in § 10 Abs. 3 DONot vorgeschriebene Art der Buchführung zu einer Vereinfachung führe. Er führt aus, dass sich bei taggenauer Eintragung gemäß Wertstellung im Sinne der allgemeinen Bestimmung

des § 10 Abs. 2 DONot die Situation ergeben könne, dass ein später eingehender Kontoauszug eine Geldbewegung ausweise, die vor einer schon eingetragenen Einnahme oder Ausgabe liege. In diesem Fall müsse in die schon vorhandene Eintragung eingegriffen werden, indem etwas dazwischen geschrieben würde oder bei elektronischen Medien Eintragungen verschoben würden. Bei dieser Argumentation verkennt der Senat, dass die Vorschrift des § 10 Abs. 3 DNotO das Problem der überholenden Kontoauszüge ebenfalls nicht lösen kann. Ginge nämlich ein Kontoauszug mit zeitlich früheren Buchungen später ein als ein Kontoauszug mit zeitlich späteren Buchungen, so würde dies bei einer Eintragung nach den Grundsätzen des § 10 Abs. 3 DNotO dazu führen, dass beispielsweise ein Zahlungsausgang vor einem in der gleichen Sache getätigten Zahlungseingang, d. h. in umgekehrter Chronologie, eingetragen werden müsste. Eine solche Vorgehensweise würde in hohem Maße den Grundsatz der ordnungsgemäßen Buchführung verletzen. Die vom OLG Schleswig-Holstein geschilderte Folge, dass in einer schon vorhandenen Eintragung eingegriffen werden müsste, stellt sich im Vergleich dazu als weniger belastend dar.

- b) Insoweit hat die Landesjustizverwaltung ihr Gestaltungsermessen beim Erlass der Dienstordnung überschritten. § 10 Abs. 3 DONot stellt eine übermäßige Beschränkung der Berufsfreiheit der Notare dar und ist nicht durch den der Vorschrift zugrunde liegenden Zweck gerechtfertigt. Wie das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 23.09.2002 (1 BvR 1717/00 und 1 BvR 1747/00) entschieden hat, ist die Aufsichtsbehörde verpflichtet, bei der Auswahl der zu treffenden Aufsichtsmaßnahme diejenige zu wählen, die für den Notar am wenigsten einschneidend ist. Indem der Präsident des Landgerichts Kiel dem Beschwerdeführer die Anweisung erteilte, die Buchführung nach der in § 10 Abs. 3 DONot festgelegten Weise zu erledigen, hat er unverhältnismäßig gehandelt. Die in den Richtlinien der Notarkammer formulierte Verpflichtung des Notars zur sorgfältigen Behandlung der ihm anvertrauten Vermögenswerte lässt keine Auslegung dahingehend zu, dass diese Sorgfalt nur eingehalten ist, wenn die § 10 Abs. 3 DONot vorgesehene Buchführung durchgeführt wird. Vielmehr entspricht auch die vom Beschwerdeführer praktizierte Führung des Verwahrungs- und Massenbuchs einer sorgfältigen Buchführung.

Die Aussage von Hertel, dass sich der buchführende Angestellte die Regelung des § 10 Abs. 3 DONot besonders einschärfen müsse, weil man „gefühlsmäßig“ anders buchen würde,

vgl. Hertel in: Eylmann/Vaasen, DONot, § 10 Rn. 35,

macht deutlich, dass diese Vorschrift den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung widerspricht. Bei der regulären Buchführung in einem Notariat und in einer Rechtsanwaltskanzlei wird bei der Verbuchung von Zahlungsein- und -ausgängen immer auf den Zeitpunkt des Geldeingangs bzw. -ausgangs auf dem Konto abgestellt. Dies dient nicht nur dazu, die fristgerechte Zahlung durch den Mandanten nachzuhalten, sondern auch zur Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem für den Notar oder den Rechtsanwalt Pflichten für die eingegangenen Fremdgelder ausgelöst werden. Auch für die Berechnung von Zinsen ist jeweils der Zeitraum maßgeblich, zu dem sich das Guthaben auf dem Konto befunden hat. Aus diesem Grund muss in der Buchhaltung des Notars bzw. des Rechtsanwalts ohnehin der Zeitpunkt des Geldein- oder -ausgangs auf dem Konto festgehalten werden. Eine Pflicht des Notars zur Eintragung der Buchungen in dem Verwahrungs- und Massenbuch, die auf den Zeitpunkt des Eingangs der Kontoauszüge beim Notar abstellt, führt also zu unterschiedlichen Buchhaltungen. Der damit verbundene Eingriff in den internen Geschäftsbetrieb des Notars lässt sich nicht rechtfertigen.