



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

NotZ 14/00

vom

31. Juli 2000

in dem Verfahren

wegen Genehmigung einer Nebentätigkeit

Der Bundesgerichtshof, Senat für Notarsachen, hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Juli 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne, die Richter Streck und Seiffert sowie die Notare Dr. Schierholt und Dr. Lintz

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluß des Senats für Notarsachen bei dem Oberlandesgericht Celle vom 13. März 2000 aufgehoben.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 1. November 1999 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Gerichtskosten des Verfahrens und des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Außergerichtliche Auslagen werden nicht erstattet.

Der Geschäftswert für beide Rechtszüge wird auf 25.000 DM festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsteller, der seit 1967 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, übt seit dem 10. Januar 1973 auch das Amt eines Notars mit dem Amtssitz H. aus. Am 28. Juni 1999 wurde er von der Vertreterversammlung der Volksbank H. eG in den Aufsichtsrat gewählt.

Die Volksbank H. eG befaßt sich nach ihrer - entsprechend geänderten - Satzung (Stand: Juni 1998) neben der Gewährung von Krediten aller Art unter anderem mit Dienstleistungen wie der Vermittlung oder dem Verkauf von Bau-sparverträgen, Versicherungen, Immobilien und Reisen (§ 2 Abs. 2 i der Satzung), dem Erwerb sowie gegebenenfalls der Erschließung, der Belastung und der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten (§ 2 Abs. 2 j), wie auch der Beteiligung an Unternehmen, die eines der vorgenannten Geschäfte zum Gegenstand haben (§ 2 Abs. 2 k). Neben einer Beteiligung (zu $\frac{1}{4}$) an der Baulandentwicklungsgesellschaft NordWest H. mbH hält die Volksbank H. eG - verbunden mit einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag - sämtliche Geschäftsanteile der am 3. Juli 1995 gegründeten H. Volksbank Immobiliengesellschaft mbH, die sich mit dem An- und Verkauf der Bebauung und Verwaltung von Immobilien sowie mit der Verwaltung von Kauf-, Bau- und Mietverträgen über Immobilien befaßt.

Der Antragsteller hat die Antragsgegnerin als Aufsichtsbehörde um Genehmigung zum Eintritt in den Aufsichtsrat der Volksbank H. eG gebeten. Die Antragsgegnerin hat den Antrag durch Bescheid vom 23. November 1999 mit der Begründung abgelehnt, die Genehmigung sei zu versagen, weil durch eine Tätigkeit des Notars im Aufsichtsrat eines Kreditinstituts, das sich nach seiner Satzung auch mit Grundstücksgeschäften befasse, das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars gefährdet wäre. Auf Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung hat das Oberlandesgericht (Notarssenat) den ablehnenden Bescheid der Antragsgegnerin aufgehoben und die Antragsgegnerin verpflichtet, den Antragsteller erneut zu bescheiden. In dem Beschluß des Oberlandesgerichts wird ausgeführt, die ablehnende Entscheidung der Antragsgegnerin sei ermessensfehlerhaft erfolgt, weil die Antragsgegnerin eine auch nach der Neufassung des § 8 Abs. 3 BNotO "grundsätzlich genehmigungsfähige" Tätigkeit von vornherein als nicht genehmigungsfähig angesehen habe, ohne eine Genehmigung unter Auflagen als eine weniger einschneidende Maßnahme in Betracht zu ziehen. Die vollständige Versagung der Genehmigung käme nur in Betracht, wenn Immobiliengeschäfte den Hauptzweck des Unternehmens darstellten - was augenscheinlich nicht der Fall sei - oder jedenfalls einen wirtschaftlichen Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit der Volksbank H. eG ausmachten, was nicht festgestellt sei. Mit der sofortigen Beschwerde bekämpft die Antragsgegnerin diesen Beschluß.

II.

Die gemäß § 111 Abs. 4 BNotO i.V.m. § 42 Abs. 4 BRAO zulässige sofortige Beschwerde ist begründet. Das Oberlandesgericht hat den Bescheid der Antragsgegnerin vom 23. November 1999 zu Unrecht aufgehoben. Der angefochtene Bescheid der Antragsgegnerin, durch den sie den Antrag des Notars auf Genehmigung zum Eintritt in den Aufsichtsrat der Volksbank H. eG (§ 8 Abs. 3 BNotO) abgelehnt hat, ist entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts rechtmäßig.

1. Die Entscheidung, ob dem Notar eine Nebentätigkeit gemäß § 8 Abs. 3 BNotO genehmigt wird, liegt grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Aufsichtsbehörde (Senatsbeschlüsse vom 20. Januar 1969 - NotZ 5/68 - DNotZ 1969, 312 f, 13. Dezember 1993 - NotZ 52/92 - DNotZ 1994, 336 und vom 8. Mai 1995 - NotZ 28/94 - DNotZ 1996, 219, 221). Durch den mit dem Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 31. August 1998 (BGBl. I S. 2585) dem Absatz 3 (früher Absatz 2) angefügten Satz 2 des § 8 BNotO wird jedoch das von der Aufsichtsbehörde auszuübende Ermessen nunmehr - entsprechend den bereits nach dem bisherigen Recht aus dem Regelungszusammenhang und -zweck der Bundesnotarordnung von Praxis und Rechtsprechung im Hinblick auf die Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit entwickelten Kriterien zur Vereinbarung einer Nebentätigkeit mit dem öffentlichen Amt (vgl. BT-Drucks. 13/4184 S. 21) - ausdrücklich gesetzlich begrenzt. Danach muß die Genehmigung versagt werden, wenn die betreffende Tätigkeit mit dem öffentlichen Amt des Notars nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit oder Überparteilichkeit gefährden kann. Bei dem hier von der Antragsgegnerin dem Genehmigungsantrag des Antragstellers für den Eintritt in

den Aufsichtsrat der Volksbank H. eG entgegengehaltenen Versagungsgrund, durch eine solche Tätigkeit würde das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Antragstellers als Notar gefährdet, handelt es sich um einen der vollen gerichtlichen Nachprüfung unterliegenden unbestimmten Rechtsbegriff (vgl. Senatsbeschlüsse vom 13. Dezember 1993 aaO S. 337 und vom 8. Mai 1995 aaO S. 223; zur gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe s. ferner Senatsbeschluß BGHZ 134, 136, 138 ff).

Es geht mithin im Streitfall entgegen der Beurteilung des Oberlandesgerichts in erster Linie nicht um die Ausübung von Ermessen seitens der Antragsgegnerin bzw. um die - begrenzte - gerichtliche Überprüfung derselben, sondern um (zwingende) Rechtsanwendung, soweit der Tatbestand des § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO gegeben ist. Daran ändert auch der vom Oberlandesgericht erörterte, ebenfalls neu in das Gesetz eingefügte Satz 4 des § 8 Abs. 3 BNotO nichts, der - ebenfalls in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtspraxis - bestimmt, daß die Genehmigung einer Nebenbeschäftigung nach § 8 Abs. 3 mit Auflagen verbunden werden kann. Allerdings kann es unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geboten sein, bei der (rechtlichen) Prüfung, ob eine bestimmte Nebentätigkeit des Notars dessen Vertrauen in seine Unabhängigkeit oder Überparteilichkeit gefährdet, mit in Betracht zu ziehen, ob einer etwaigen Gefährdung nicht durch Auflagen, z.B. durch Tätigkeitsverbote im Einzelfall oder bei bestimmten Geschäften, die nicht den Kernbereich des Notaramts ausmachen, begegnet werden kann (vgl. Senatsbeschluß vom 13. Dezember 1993 aaO S. 338 f). Auch in diese Richtung gehende Erwägungen gehören jedoch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zur Rechtsprüfung, die im gerichtlichen Verfahren dem Gericht obliegt. Selbst wenn also im Streitfall die ablehnende Entscheidung der An-

tragsgegnerin zu beanstanden wäre, weil sie, wie das Oberlandesgericht meint, sich nicht hinreichend mit der Frage einer Genehmigung unter weniger einschneidenden Auflagen befaßt hat, wäre mithin die hier vom Oberlandesgericht praktizierte Verfahrensweise - die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts zur Nachholung einer "Ermessensentscheidung" durch die Aufsichtsbehörde - nicht zulässig. Für die Ausübung aufsichtsbehördlichen Ermessens bleibt in diesem Zusammenhang nur Raum, soweit es um die Wahl zwischen mehreren zur Abwendung der Gefahr gleichermaßen geeigneten Mitteln geht. Eine Ermessensausübung nach § 8 Abs. 3 Satz 4 BNotO kommt demgegenüber in Betracht, wenn die Genehmigung einer zulässigen Nebentätigkeit sachlich oder zeitlich begrenzt werden soll. Darum geht es hier nicht.

2. Der Senat tritt - entgegen dem Oberlandesgericht - der Antragsgegnerin darin bei, daß die Tätigkeit des Antragstellers im Aufsichtsrat der Volksbank H. eG, die sich nach ihrer Satzung auch mit Grundstücksgeschäften und deren Vermittlung befaßt, das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Notars gefährden und daß dieser Gefahr nur durch die Versagung der Nebentätigkeitsgenehmigung vorgebeugt werden kann.

a) Wie der Senat bereits auf der Grundlage des bisherigen Rechts entschieden hat, muß die Entscheidung über die Nebentätigkeitsgenehmigung am erkennbaren Willen des Gesetzgebers ausgerichtet werden, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare zu wahren und jeder nur denkbaren Gefährdung von vornherein entgegenzutreten. Dabei gilt es, im Interesse einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege und damit im Interesse des Gemeinwohls nicht erst konkreten, sondern bereits möglichen Gefährdungen des Leitbildes des Notars vorzubeugen und deshalb schon dem mit einer bestimmten

Nebentätigkeit verbundenen Anschein einer Gefährdung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars zu begegnen (vgl. nur Beschluß vom 8. Mai 1995 aaO S. 221). Durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung hat sich an diesem Verständnis nichts geändert; es ist im Gegenteil durch die Anfügung des Satzes 2 in § 8 Abs. 3 BNotO "festgeschrieben" worden (dazu BT-Drucks. aaO).

Ausgehend hiervon hat der Senat den Eintritt eines Notars in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, die sich satzungsgemäß mit Grundstücksgeschäften befaßt, als geeignet angesehen, das Vertrauen der Rechtsuchenden in die Unparteilichkeit und die Unabhängigkeit des Notars zu beeinträchtigen (Senatsbeschluß vom 13. Dezember 1993 aaO). Er hat hervorgehoben, es bestehe die Gefahr, daß bei Einbindung in ein Organ, das zum Erfolg der Gesellschaft beizutragen hat, von dem Notar erwartet werde, daß er konkrete Kenntnisse über einzelne Grundstücksgeschäfte, die er durch seine notarielle Tätigkeit erlangt, an seine Gesellschaft weitergibt und ihr möglicherweise dadurch Wettbewerbsvorteile verschafft, die den Konkurrenten nicht zugänglich sind. Bei der fragenden Öffentlichkeit könnten deswegen begründete Zweifel entstehen, ob die Verfolgung und Wahrung des Gesellschaftszwecks die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Amtsträgers nicht nachteilig beeinflussen. In soweit sei allein auf den Satzungszweck des Unternehmens abzustellen. Solange dieser den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken einschließe, komme es nicht darauf an, ob das Unternehmen sich derzeit tatsächlich in dieser Sparte betätige. Diese Besorgnis sei auch mit der Position eines Aufsichtsrats verbunden, der Verantwortung für die Gesellschaft und ihre Ziele bis hin zur eigenen Haftung habe (Senatsbeschluß vom 13. Dezember 1993 aaO S. 339 f). In gleicher Weise hat der Senat eine Nebentätigkeit als nebenberuffli-

ches Vorstandsmitglied bei einer gemeinnützigen Wohnungsbaugenossenschaft sowie gleichzeitig als Geschäftsführer deren Tochtergesellschaft als mit dem Notaramt nicht vereinbar erklärt (Beschluß vom 8. Mai 1995 aaO). In dieser Entscheidung hat der Senat den Grundsatz bekräftigt, daß bei Gesellschaften, bei denen Grundstücksgeschäfte für die Erreichung des Geschäftszwecks typisch sind und nicht nur beiläufige und mittelbare Bedeutung haben, grundsätzlich ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist, was die Vereinbarkeit einer Nebentätigkeit für solche Gesellschaften mit dem Notaramt angeht. An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest.

Der hier vorliegende Fall des Eintritts in den Aufsichtsrat einer Kreditgenossenschaft, die sich zugleich satzungsgemäß unter anderem mit Grundstücksgeschäften und deren Vermittlung befaßt, ist - aus dem maßgeblichen Blickwinkel der Öffentlichkeit - nicht anders zu beurteilen. Dabei kommt es, wenn die Kreditgenossenschaft - wie hier - satzungsgemäß auch Grundstücke vermittelt, nicht einmal so sehr (allein) auf den Anschein eines Interessenkonflikts bei bestimmten Beurkundungsvorgängen an, die dem Notar - soweit es um Grundstücksgeschäfte unter Beteiligung oder jedenfalls zugunsten der Volksbank H. eG ginge - im Zusammenhang mit einer Genehmigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 BNotO durch entsprechende Auflagen generell untersagt werden könnten (vgl. Senatsbeschluß vom 20. Januar 1969 aaO S. 316). Die Vermittlung von Grundstücksgeschäften als satzungsmäßiger Geschäftszweck des Unternehmens, in dessen Aufsichtsrat der Notar eintreten will, ist vielmehr schon deshalb besonders bedenklich, weil dem Notar - abgesehen von den ihm durch Gesetz zugewiesenen Vermittlungstätigkeiten - vom Gesetz ausdrücklich verboten ist, u. a. Grundstücksgeschäfte zu vermitteln (§ 14 Abs. 4 BNotO). Das Verbot der Vermittlung u. a. von Grundstücksgeschäften soll ver-

hindern, daß der Notar - etwa um eine Vermittlungsprovision zu erlangen - am Abschluß oder an einem bestimmten Inhalt des Geschäfts interessiert ist, mit dem er amtlich befaßt ist oder befaßt werden könnte. Zumindest könnte der Anschein der Parteilichkeit entstehen (Sandkühler in: Arndt/Lerch/Sandkühler BNotO 4. Aufl. § 14 Rn. 203). Bei einer Verquickung mit erwerbsmäßiger Maklertätigkeit bestünde überdies die Gefahr - im Sinne jedenfalls eines solchen Anscheins -, daß im Zusammenhang mit der Amtstätigkeit gewonnene Erkenntnisse für Provisionsgeschäfte "fruchtbar" gemacht werden könnten (vgl. zur Unvereinbarkeit der Mitarbeit in einem Maklerunternehmen bereits mit dem Rechtsanwaltsberuf BGH, Beschlüsse vom 11. Dezember 1995 - AnwZ (B) 32/95 - BRAK-Mitt. 1996, 78 und vom 18. Oktober 1999 - AnwZ (B) 97/98 - BRAK-Mitt. 2000, 43). Im Blick hierauf liegt auf der Hand, daß die Mitwirkung eines Notars im Vorstand, Aufsichtsrat oder einem sonstigen Organ eines mit dem Verkauf oder der Vermittlung von Grundstücken befaßten Unternehmens typischerweise geeignet ist, jedenfalls den Anschein möglicher Interessenkonflikte zu erwecken, was allein schon das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Notars untergräbt.

b) Die in Rede stehende Gefährdung des Vertrauens in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Notars besteht unabhängig davon, ob sich die Volksbank H. eG mit Grundstücksgeschäften bzw. deren Vermittlung als "Hauptzweck" oder jedenfalls schwerpunktmäßig befaßt, wie das Oberlandesgericht meint. Es genügt, daß es sich um eine ernsthaft und nachhaltig verfolgte Geschäftstätigkeit des Unternehmens handelt. Davon ist hier allein schon deshalb auszugehen, weil die Satzung der Volksbank H. eG auf die entsprechenden Geschäftszweige ausgeweitet worden ist. Solange der Zweck des Unternehmens nach der Satzung Grundstücksgeschäfte und deren Vermittlung

einschließt, kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Umfang das Unternehmen sich derzeit tatsächlich in dieser Sparte betätigt. Wie der Senat bereits entschieden hat, kann der Aufsichtsbehörde nicht angesonnen werden, solche Unternehmen daraufhin zu überwachen, in welchem Umfang ihre jeweilige Geschäftspolitik mit ihrem verlautbarten Satzungszweck übereinstimmt (Beschluß vom 13. Dezember 1993 aaO S. 339).

Der Senatsbeschluß vom 20. Januar 1969 (aaO) steht der vorliegenden Beurteilung nicht entgegen, zumal es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, daß die seinerzeit betroffene Volksbank satzungsgemäß auch Grundstücksgeschäfte machte bzw. vermittelte.

c) Zu Recht hat die Antragsgegnerin auch angenommen, daß sich der erörterten Gefährdung des Vertrauens in die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Notars, der in den Aufsichtsrat einer Kreditgenossenschaft eintritt, die satzungsgemäß Grundstücksgeschäfte betreibt, nicht durch Auflagen an den Notar, etwa Mitwirkungsverbote, begegnen läßt, zumal die entscheidende Gefährdung in dem in der Öffentlichkeit möglichen "bösen Schein" liegt. Soweit das Oberlandesgericht Gegenteiliges annimmt, führt es nicht aus, welche konkreten Auflagen insoweit sinnvoll und erfolgversprechend sein könnten.

3. Da hiernach die vom Antragsteller angestrebte Nebentätigkeit aus zwingenden rechtlichen Gründen nicht genehmigungsfähig ist, stellt sich nicht mehr die Frage, ob die Antragsgegnerin an ihre frühere, weniger strenge Verwaltungspraxis gebunden ist.

Rinne

Streck

Seiffert

Schierholt

Lintz