



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

NotZ 9/05

vom
11. Juli 2005
in dem Verfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BNotO § 8 Abs. 3

Zur Frage, ob einem Notar eine Nebentätigkeit als Geschäftsführer einer Unternehmens- und Wirtschaftsberatungs-GmbH genehmigt werden kann, wenn seine Tätigkeit nach dem beabsichtigten Geschäftsführervertrag auf die Vertretung der Gesellschaft in ihren eigenen inneren Angelegenheiten beschränkt, dagegen für das operative Geschäft der Gesellschaft ausgeschlossen sein soll.

BGH, Beschluß vom 11. Juli 2005 - NotZ 9/05 - OLG Frankfurt am Main

wegen Genehmigung einer Nebentätigkeit

Der Bundesgerichtshof, Senat für Notarsachen, hat durch den Vorsitzenden Richter Schlick, den Richter Becker und die Richterin Dr. Kessal-Wulf sowie die Notare Eule und Dr. Ebner am 11. Juli 2005

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluß des 1. Senats für Notarsachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. November 2004 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen und die dem Antragsgegner im Beschwerdeverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 7.500 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller wurde 1982 als Rechtsanwalt zugelassen und im Jahre 1989 als Notar mit Amtssitz in G. bestellt. Mit Bescheid vom 18. August 2003 genehmigte ihm die Präsidentin des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main eine Nebentätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrats der Stadtwerke G. AG. Ausweislich des Briefkopfes seiner Kanzlei ist er außerdem als Schiedsrichter für das Bauwesen tätig.

Mit Schreiben vom 29. Dezember 2003 beantragte der Antragsteller die Genehmigung einer weiteren Nebentätigkeit. Er beabsichtigt, sich als weiterer Geschäftsführer der GHC Consulting- und Wirtschaftsberatungsgesellschaft mbH (im folgenden: GHC GmbH) bestellen zu lassen. Gegenstand dieses Unternehmens ist die Unternehmens- und Wirtschaftsberatung, insbesondere auch durch Beratung und sonstige Dienstleistungen bei Existenzgründungen, Unternehmensveräußerungen, Sanierungen und Finanzierungen; ausgenommen sind die Finanzierungsvermittlung im Sinne des § 34c GewO sowie die gesamte Steuer- und Rechtsberatung. Die Geschäftsräume der Gesellschaft und der Amtssitz des Antragstellers haben dieselbe Anschrift.

In dem Geschäftsführervertrag, der zwischen der GHC GmbH und dem Antragsteller geschlossen werden soll, ist für das Innenverhältnis vorgesehen, daß der ausschließliche Aufgabenbereich des Antragstellers als Geschäftsführer die Vertretung der Gesellschaft in eigenen Angelegenheiten ist, insbesondere im Rahmen von Genehmigungsverfahren, gegenüber den Finanzbehörden sowie im Rahmen der Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer. Dagegen ist seine Zuständigkeit für das operative Geschäft der Gesellschaft, die Unternehmens- und Wirtschaftsberatung ausgeschlossen. Die GHC GmbH verpflichtet sich, jegliche Hinweise auf die Tätigkeit des Antragstellers als Rechtsanwalt und Notar in ihren Veröffentlichungen und Drucksachen, einschließlich des Briefpapiers der Gesellschaft zu unterlassen und dem Antragsteller die Ausübung der Geschäftsführertätigkeit im Einklang mit seinen berufsrechtlichen Bindungen als Rechtsanwalt und Notar zu ermöglichen.

Laut Mitteilung des Antragstellers soll die beabsichtigte Geschäftsführertätigkeit einen monatlichen Zeitaufwand von 10 bis 15 Stunden beanspruchen.

Er rechnet mit einer - im vorgesehenen Geschäftsführervertrag noch nicht ausdrücklich bestimmten - Vergütung von 5.000 bis 10.000 € im Jahr.

Mit Verfügung vom 11. Mai 2004 lehnte die Präsidentin des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main die Erteilung der Genehmigung für die beabsichtigte Geschäftsführertätigkeit des Antragstellers ab. Selbst wenn nach dem vorgesehenen Geschäftsführervertrag intern eine Zuständigkeit des Antragstellers für das operative Geschäft der Gesellschaft ausgeschlossen sei, bleibe er in dem für ihn vorgesehenen Aufgabenbereich von den Gesellschafterbeschlüssen der auf Gewinn ausgerichteten Gesellschaft abhängig. Es sei zu befürchten, daß er hierdurch seiner Pflichtauffassung als Notar entfremdet werde und in Pflichtenkollisionen gerate. Jedenfalls könne ein derartiger Anschein entstehen. Diese Gefahren seien nicht durch entsprechende Auflagen ausschließbar, so daß die Nebentätigkeitsgenehmigung zu versagen sei.

Mit dem hiergegen erhobenen Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der Antragsteller geltend gemacht, die ablehnende Verfügung verletze ihn in seiner grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit. Die durch das notarielle Berufsrecht mit den Regelungen über Nebentätigkeiten der Anwaltsnotare verfolgten Ziele seien hier auch durch weniger schwerwiegende Eingriffe in die Berufsfreiheit als die Versagung der Nebentätigkeitsgenehmigung erreichbar, nämlich durch Auflagen, die sich an den Beschränkungen der Geschäftsführertätigkeit orientieren, welche in dem vorgesehenen Geschäftsführervertrag niedergelegt sind.

Das Oberlandesgericht hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Die vom Antragsteller beabsichtigte Geschäftsführertätigkeit sei gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO nicht genehmigungsfähig. Das in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BeurkG dem Notar auferlegte Verbot, an der Beurkundung von

Angelegenheiten einer Person mitzuwirken, deren vertretungsberechtigtem Organ er angehört, zeige, daß nach Wertung des Gesetzgebers eine Tätigkeit des Notars als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person zu einer generellen Gefährdung seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit führen könne. Dies werde hier dadurch verschärft, daß das Geschäftsfeld der Gesellschaft, die Unternehmens- und Wirtschaftsberatung, trotz des Ausschlusses der Steuer- und Rechtsberatung sowie der Finanzvermittlung eine erkennbare Nähe zu den Aufgaben eines Notars aufweise, die gerade auch die Beratung und Betreuung der Beteiligten bei der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen umfasse. Hierdurch entstehe der Eindruck einer Verbindung und Vermischung der Amtstätigkeit des Notars mit der Geschäftstätigkeit der GHC GmbH. Dieser werde verstärkt durch die räumliche Nähe des Amtssitzes des Antragstellers und des Firmensitzes der Gesellschaft sowie die erhebliche Außenwirkung der Geschäftsführertätigkeit, die sich aus der - ungeachtet etwaiger Begrenzungen im Innenverhältnis - unbeschränkten Vertretungsmacht nach außen nebst den gesellschaftsrechtlichen Publizitätsvorschriften (§ 10, § 39, § 35a Abs. 1 GmbHG) ergebe. Unter diesen Umständen werde nicht nur das Vertrauen in die Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit des Antragstellers gefährdet, vielmehr sei die beabsichtigte Nebentätigkeit auch mit dem öffentlichen Amt eines Notars unvereinbar.

Gegen diesen ihm am 17. Dezember 2004 zugestellten Beschluß hat der Antragsteller mit am 29. Dezember 2004 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt. Er ist der Ansicht, daß auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts die Tragweite der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit verkannt habe und daher in unverhältnismäßiger Weise in sein Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG eingreife.

II.

1. Die sofortige Beschwerde des Antragstellers ist zulässig. Sie ist gemäß § 111 Abs. 4 Satz 1 BNotO statthaft und form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 111 Abs. 4 Satz 2 BNotO, § 42 Abs. 4 BRAO).

2. Das Rechtsmittel hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

a) Zutreffend geht das Oberlandesgericht im Ausgangspunkt zunächst davon aus, daß es sich bei der vom Antragsteller angestrebten Geschäftsführertätigkeit nicht um die Ausübung eines weiteren Berufs handelt, die dem Antragsteller gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BNotO von vornherein versagt wäre, da es sich nicht um eines der nach § 8 Abs. 2 Satz 2 BNotO zulässigen Berufsbilder handelt. Nach dem vorgesehenen Geschäftsführervertrag soll eine regelmäßige Arbeitszeit nicht vereinbart werden, diese sich vielmehr nach den "betrieblichen Erfordernissen" der Gesellschaft richten und die Tätigkeit des Antragstellers als Rechtsanwalt und Notar den absoluten Vorrang genießen. Der von ihm prognostisch genannte Zeitaufwand von 10 bis 15 Stunden monatlich sowie das erwartete Entgelt von 5.000 bis 10.000 € im Jahr, die mangels anderweitiger Erkenntnisse der Entscheidung zugrunde zu legen sind, belegen, daß es sich trotz einer nicht ganz unerheblichen Beanspruchung seiner Arbeitskraft bei der beabsichtigten Tätigkeit des Antragstellers als weiterer Geschäftsführer der GHC GmbH noch um eine Beschäftigung handelt, die gegenüber seinen Berufen als Rechtsanwalt und Notar in den Hintergrund tritt und daher nicht dem Regelungsbereich des § 8 Abs. 2 BNotO, sondern demjenigen des § 8 Abs. 3 BNotO zuzuordnen ist.

b) Der Eintritt in die Geschäftsführung der GHC GmbH bedarf gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BNotO der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Er ist dar-

über hinaus auch nach § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BNotO genehmigungsbedürftig, denn auch wenn für die Tätigkeit des Antragstellers zunächst eine feste Vergütung nicht vereinbart werden soll, ist eine Entlohnung unter Berücksichtigung der Ertragslage der Gesellschaft doch vorgesehen (Zf. 5 des Entwurfs des Geschäftsführervertrages) und wird vom Antragsteller nach seinem eigenen Vorbringen auch erwartet.

aa) Die Entscheidung, ob dem Notar gemäß § 8 Abs. 3 BNotO eine Nebentätigkeit genehmigt wird, liegt grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Aufsichtsbehörde. Dieses Ermessen wird jedoch in § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO ausdrücklich gesetzlich begrenzt. Danach ist die Genehmigung zwingend zu versagen, wenn die beabsichtigte Nebenbeschäftigung mit dem öffentlichen Amt des Notars nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit gefährden kann. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe unterliegen voller gerichtlicher Nachprüfung. Die Rechtsprüfung erstreckt sich auch darauf, ob einer etwaigen Gefahr im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO durch entsprechende Auflagen hinreichend begegnet werden kann. Erst wenn diese umfassende Rechtsprüfung ergibt, daß die Genehmigung der Nebentätigkeit nicht zwingend versagt werden muß, ist die Ermessensausübung der Aufsichtsbehörde eröffnet, die sich auch darauf erstreckt, durch welche Auflagen eine grundsätzlich genehmigungsfähige Nebentätigkeit gegebenenfalls sachlich oder zeitlich begrenzt werden soll (vgl. Senat BGHZ 145, 59, 60 ff. m. w. N.).

Die Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit einer Nebentätigkeit muß sich an dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers ausrichten, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare zu wahren und jeder denkbaren Gefährdung entgegenzutreten. Diese Zwecksetzung ist verfassungsrechtlich un-

bedenklich (BVerfG NJW 2003, 419, 420). Sie erfordert, daß im Interesse einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege und damit im Interesse des Gemeinwohls nicht erst konkreten, sondern bereits möglichen Gefährdungen des Leitbilds des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes vorzubeugen und deshalb schon dem mit einer bestimmten Nebentätigkeit verbundenen Anschein einer Gefährdung seiner Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit zu begegnen ist (vgl. § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO; Senat, BGHZ 145, 59, 62 f.). Allerdings kann ein derartiger Anschein vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG nicht aus der Besorgnis abgeleitet werden, daß der Notar die ihm auferlegten Pflichten durchweg mißachten könnte. Vielmehr ist zu unterstellen, daß er alle an ihn gerichteten gesetzlichen Ge- und Verbote (und denkbaren Auflagen nach § 8 Abs. 3 Satz 4 BNotO) beachtet. Nur wenn auch unter dieser Voraussetzung das gesetzliche Leitbild des Notars bzw. seine Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit durch die Nebentätigkeit gefährdet erscheint, ist deren Genehmigung ausgeschlossen (BVerfG NJW 2003, 419, 421).

bb) Nach diesen Maßstäben ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Allerdings läßt sich entgegen dessen Auffassung aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BeurkG nichts Entscheidendes gegen die Genehmigungsfähigkeit der vom Antragsteller beabsichtigten Nebentätigkeit herleiten. Zwar trifft es zu, daß der Gesetzgeber durch das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BeurkG seine Einschätzung zum Ausdruck gebracht hat, es begründe eine Gefahr für die Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit des Notars, wenn er die Angelegenheiten einer Person beurkunde, deren vertretungsberechtigtem Organ er angehört. Jedoch lassen sich hieraus keine allgemeingültigen Aussagen über die Genehmigungsfähigkeit des Eintritts eines Notars in ein derartiges

Organ ableiten. Die Existenz des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BeurkG sowie des § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BNotO zeigen gerade, daß der Gesetzgeber den Eintritt eines Notars in das vertretungsberechtigte Organ einer juristischen Person grundsätzlich für zulässig und genehmigungsfähig hält. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BNotO begründet daher keinen Ausschlußtatbestand für § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BNotO. Im übrigen ist bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit der erstrebten Geschäftsführertätigkeit des Antragstellers davon auszugehen, daß er sich im Falle der Genehmigung an das Mitwirkungsverbot halten und keine Angelegenheiten der GHC GmbH beurkunden würde. Im Unterschied zu dem vom Senat (BGHZ 145, 59) und vom Bundesverfassungsgericht (NJW 2003, 419) entschiedenen Fall kommt hier noch hinzu, daß nach dem Geschäftszweck der GHC GmbH beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte dieses Unternehmens kaum anfallen dürften.

Die Unvereinbarkeit der beabsichtigten Geschäftsführertätigkeit des Antragstellers mit seinem öffentlichen Amt als Notar sowie die Gefährdung des Vertrauens in seine Unabhängigkeit ergeben sich jedoch aus folgenden Umständen:

Eine wirtschafts- bzw. unternehmensberatende Tätigkeit ist dem Anwaltsnotar als weiterer Beruf untersagt (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2 BNotO sowie den Regierungsentwurf des Dritten Gesetzes zur Änderung der BNotO und anderer Gesetze, BT-Drucks. 13/4184 S. 21). Durch sein Auftreten als Geschäftsführer einer GmbH, deren Unternehmensgegenstand gerade auf diesem Gebiet liegt, erweckt er demgegenüber den Eindruck, er dürfe derartige Beratungsleistungen erbringen. Das ist dem öffentlichen Amt des Notars abträglich. Hinzu kommt, daß er als GmbH-Geschäftsführer den wirtschaftlichen, auf Gewinn gerichteten Interessen der Gesellschaft verpflichtet und in seiner Tätigkeit an

die Beschlüsse der Gesellschafter gebunden ist. Dies beeinträchtigt das Vertrauen in die unabhängige, weisungsfreie Ausübung des Notaramtes (vgl. Senat, Beschluß vom 14. August 1989 - NotZ 12/88 = DNotZ 1990, 515, 516 f. für eine Steuerberatungs-GmbH; siehe auch Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO 5. Aufl. § 14 Rdn. 232).

Überdies weist das Oberlandesgericht zutreffend darauf hin, daß beim Auftreten des Antragstellers als Geschäftsführer der GHC GmbH in der Öffentlichkeit der Anschein einer Verbindung und Vermischung seiner notariellen Amtstätigkeit mit der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft entstünde. Sein Handeln für die GmbH würde nicht nur aufgrund der Publizitätsvorschriften des Gesellschaftsrechts, sondern gerade auch durch sein Tätigwerden für die Gesellschaft bekannt. Auch wenn er dabei entsprechend dem Entwurf des Geschäftsführervertrages und einer denkbaren entsprechenden Auflage (§ 8 Abs. 3 Satz 4 BNotO) nur in Eigenangelegenheiten der GmbH außerhalb des Geschäftszwecks der Unternehmens- und Wirtschaftsberatung tätig würde, würde er doch mit der erwerbswirtschaftlichen Zielsetzung der GmbH identifiziert. Dies würde nicht nur, wie das Oberlandesgericht betont hat, durch eine gewisse Affinität zwischen dem Notar- bzw. insbesondere Rechtsanwaltsberuf und der Wirtschafts- und Unternehmensberatung sowie dadurch verstärkt, daß sich der Amtssitz des Antragstellers und der Firmensitz der GHC GmbH unter derselben Anschrift befinden, sondern darüber hinaus vor allem auch durch den Umstand, daß die GmbH mit dem Kürzel GHC genau dieselbe Buchstabenkombination als Firmenbestandteil gewählt hat, die auch die Sozietät, zu der sich der Antragsteller mit anderen Rechtsanwälten und Notaren sowie einem Steuerberater zusammengeschlossen hat, für ihren Internetauftritt benutzt und die ersichtlich eine Abkürzung für den Kanzleinamen "G. , H. & Coll." darstellt. Demgegenüber hat die Beschränkung der Geschäftsfüh-

rungsbefugnis im Innenverhältnis keine Bedeutung. Nicht nur hat sie rechtlich keine Außenwirkung (§§ 35, 36 GmbHG), vor allem ist sie Dritten nicht bekannt. Dem damit entstehenden Anschein der Verquickung zwischen Notars- und Geschäftsführertätigkeit kann ersichtlich auch nicht dadurch abgeholfen werden, daß in den Veröffentlichungen, Drucksachen und Briefbögen der GmbH ein Hinweis auf die Eigenschaft des Antragstellers als Rechtsanwalt und Notar unterbleibt. Demgemäß wäre auch eine entsprechende Auflage nach § 8 Abs. 3 Satz 4 BNotO wirkungslos.

Die beantragte Nebentätigkeitsgenehmigung ist daher gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO zu Recht versagt worden.

Schlick

Becker

Kessal-Wulf

Eule

Ebner