

Präsident der Notarkammer Frankfurt am Main

Rechtsanwalt und Notar Dr. Ernst-Wolfgang Schäfer

Qualitätssicherung durch Ausgliederung ?

1.

Das Thema irritiert durch sein Fragezeichen. Handelt es sich um eine rhetorische Frage, die ihre Antwort bereits enthält ?

Nein, das Fragezeichen stellt ein politisches Konzept der Justizminister zur Justizreform in Frage. Dieses Konzept lautet verkürzt: „Qualitätssicherung durch Entlastung , Entlastung durch Ausgliederung!“

2.

Die bayerische Staatsministerin der Justiz, Dr. Beate Merk, München, hat das Konzept u.a. in NJW-Editorial, Heft 17/2005 wie folgt formuliert:

.....“Was wir brauchen ist eine Reform, die die Leistungsfähigkeit der Justiz stärkt und sie auch für die Zukunft sichert. Notwendig ist ein Gesamtkonzept, mit dem sich die Justiz auf ihre zentralen Aufgaben konzentriert und dadurch Kapazitäten freimacht, um die hohe Qualität beizubehalten. Dies kann nur eine „große“ Justizreform sein, weil mit Stückwerk niemandem geholfen ist. Das Ziel ist eine Reform für die Justiz. Es geht nicht primär ums Sparen, und noch weniger um die Eitelkeiten der Politiker.“

Die Konzentration der Justiz auf ihren vermeintlichen Kernbereich, ihre Beschränkung auf ihre vermeintlich zentralen Aufgaben, ihre Entlastung und demgemäß das Freimachen von Kapazitäten, um vorhandene, unumstrittene Qualität zu sichern, ist das **erklärte** Ziel dieser Politik. Ob sich hinter dieser Absichtserklärung in Wirklichkeit ein anderes, sehr viel profanes Ziel verbirgt, kann zwar gefragt, aber nicht beantwortet werden. Diese Antwort wird die Zukunft geben, weil Taten eindeutiger sind als Worte.

Als Kernbereich wird im Wesentlichen die Rechtsprechung im engeren Sinne gesehen, dagegen nicht die nur vorsorgende, betreuende Rechtspflege im Bereich der freiwillig zur Verfügung gestellten Gerichtsbarkeit (FGG).

Das mir gestellte Thema stellt dieses Konzept der Qualitätssicherung durch Abmagerung bis hin zum schönen, schlanken Staat, in Frage und versieht das Thema deshalb mit einem Fragezeichen.

Ist Qualitätssicherung wirklich durch Ausgliederung möglich?

3.

Das Freimachen von Kapazitäten der Justiz kann auf verschiedene Weise erfolgen:

- a. Durch den ersatzlosen Verzicht auf Justizaufgaben, beispielsweise durch die Beseitigung von Rechtsmitteln und Instanzen.
- b. Durch Übertragung von Justizaufgaben auf Dritte, entweder auf Private (beispielsweise durch Privatisierung der Gerichtsvollzieher) oder auf andere Träger eines öffentlichen Amtes (beispielsweise auf Behörden außerhalb der Justiz oder auf Notare).

3

5.

Es geht um drei Begriffe

- a. Qualität der Justiz
- b. Sicherung der Qualität von Justiz
- c. Ausgliederung als Sicherungsmodell.

6.

Worin besteht die Qualität der Justiz ? Die Qualität unserer Justiz wird durch materielle und formelle Regelungen auf allen Ebenen der Normenhierarchie bestimmt.

Zentraler Qualitäts-Begriff ist die Unabhängigkeit der Rechtsprechung, wie sie bereits traditionell in Art. 102 der Weimarer Verfassung und jetzt in Art. 97 des GG prägnant formuliert ist durch den wortgleichen Satz: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.“

In gleicher Weise findet sich diese Regelung in § 25 des Deutschen Richtergesetzes: „Der Richter ist unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“. Gemäß § 26 untersteht der Richter einer Dienstaufsicht nur, soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird; gemäß § 39 Richtergesetz muß der Richter auf die Wahrung seiner Unabhängigkeit bedacht sein und sowohl dienstlich als auch außerdienstlich bereits den Anschein einer Abhängigkeit vermeiden.

In gleicher Weise bestimmt nunmehr eindeutig § 9 Rechtspflegergesetz: „Der Rechtspfleger ist sachlich unabhängig und nur an Recht und Gesetz gebunden“, wenn auch mit der interessanten Abweichung von Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden sind, also in anders betonter Reihenfolge.

7.

Ein weiterer zentraler Qualitäts-Begriff unseres Rechtsstaates und unserer Justiz ist der in Art. 92 GG verankerte sog. Richtervorbehalt: „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut“.

Daraus ergibt sich unmittelbar, daß von verfassungswegen Aufgaben, die nach Art. 92 GG den Richtern vorbehalten sind, nicht im Wege der Ausgliederung auf Dritte übertragen werden dürfen. Die Tragweite dieses Richtervorbehaltes wird bei den konkret betroffenen Ausgliederungsmaßnahmen zu untersuchen sein.

8.

Die Qualität der Justiz wird aber nicht nur durch die rechtlichen Rahmenbedingungen geprägt. Außerrechtliche Kategorien kommen hinzu, oder besser, müssen hinzukommen: Vor allem die Qualität des Richters in Person, also seine persönlichen Eigenschaften wie Intelligenz und Wissen, Aufmerksamkeit, Sorgfalt, Fleiß, also Gewissenhaftigkeit, Schnelligkeit und Stil sowie, nicht zuletzt innere geistige Unabhängigkeit, Toleranz, Geduld, Fairness, Mut und Autorität, sowie Klugheit und vielleicht sogar Weisheit, mit anderen Worten Eigenschaften, die seiner verfassungsrechtlich hochgestellten Aufgabe und Stellung im System des Rechtsstaates entsprechen müssen.

9.

Für die verfassungsrechtlich postulierte bzw. garantierte Unabhängigkeit des Richters sind aber auch materielle Faktoren von großer Bedeutung. Die materielle Sicherheit des Richters ist die Grundlage seiner Unabhängigkeit. Der Gesetzgeber hat das Problem erkannt. In den §§ 30 ff. Richtergesetz werden die Möglichkeiten der Versetzung eines Richters behandelt, stets aber unter „Belassung der vollen Bezüge“.

Zu unterscheiden ist also einerseits die geistige (immaterielle) und andererseits die finanzielle (materielle) Unabhängigkeit des Richters.

Aber nicht nur die private finanzielle Unabhängigkeit ist von großer Bedeutung, auch die dienstliche Ausstattung mit sachlichen und persönlichen Hilfsmitteln, Literatur und Schreibdienst, etc., muß hinzukommen.

10.

Betrachtet man alle diese Bedingungen der Qualität von Justiz in ihrem Kernbereich, also der Rechtsprechung, so fragt man sich unwillkürlich, wie diese Bedingungen durch Ausgliederung weniger zentraler Bereiche gesichert werden können, welcher innere Zusammenhang zwischen einer derart definierten Qualität des Kernbereichs und der Abkoppelung eines Randbereichs besteht.

Die Antwort ist ermühtend und unerfreulich: der Zusammenhang ist finanzieller Natur. Nach der Methode „Zeppelin“ muss Ballast abgeworfen werden, um das Luftschiff zu erleichtern und seine Höhe zu halten.

11.

Der Begriff der Qualitätssicherung ist kein juristischer Begriff.

Nach DIN EN ISO 8402 1995 – 08, Ziffer 3.5 ist unter Qualitätssicherung jede geplante und systematische Tätigkeit zu verstehen, die innerhalb des Qualitätsmanagements-Systems verwirklicht wird und die dargelegt wird, um Vertrauen dahingehend zu schaffen, daß eine Qualitätsanforderung erfüllt wird.

Eine andere Definition spricht davon, die Qualitätssicherung umfasse alle geplanten und systematischen Tätigkeiten, die ausgeführt werden, um eine Qualitätsanforderung zu erfüllen.

Schließlich wird auch definiert: „Qualitätssicherung ist die Summe aller Maßnahmen, um konstante Produktqualität sicherzustellen. Man unterscheidet Eigenüberwachung und Fremdüberwachung.“

Der Begriff Qualitätssicherung in diesem Sinne wird als Qualitätsmanagement bezeichnet, kommt ursprünglich aus dem Bereich der technischen Fabrikation von Massengütern und soll im Zuge der Justizreform Anwendung finden.

Ganz offensichtlich geht es der eingangs zitierten Justizpolitik nicht nur um die Absicherung und Verbesserung von Verfahrensabläufen, also nicht um Qualitätsmanagement im betriebswirtschaftlichen Sinne, sondern um die Sicherung von Justizqualität im Kernbereich durch Konzentration auf diesen Kernbereich, also durch Verzicht auf nicht zum Kernbereich gehörende Justizaufgaben.

12.

Die Notare haben sich mit zwei Reformvorschlägen der Ausgliederung zu befassen:

- a. Der Ausgliederung des Grundbuchamts aus den Amtsgerichten in die neu geschaffene Bodenmanagementbehörde – im Lande Hessen.
- b. Mit der Ausgliederung und Übertragung verschiedener Aufgaben auf die Notare, und zwar
 - im Bereich des Scheidungsrechts
 - im Bereich des Nachlassrechts
 - im Bereich des Handelsregisters.

13.

Das Land Hessen hat durch Gesetzesantrag vom 04. März 2004 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Grundbuchordnung und anderer Gesetze beim Bundesrat eingebracht – Drucksache 184/04 vom 04.03.2004.

Der Bundesrat hat der Vorlage in seiner Sitzung vom 12.03.2004 zugestimmt.

Nach Art. 1 dieses Entwurfes soll die Grundbuchordnung geändert werden, nach Art. 2 das Gerichtsverfassungsgesetz, nach Art. 3 soll § 1 des Gesetzes über die Angelegenheit der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geändert werden, nach Art. 4 das Rechtspflegergesetz sowie nach Art. 5 die Kostenordnung.

Durchgängig werden den de lege lata zuständigen Amtsgerichten (Grundbuchämtern) die „durch Landesrecht bestimmten Stellen“ hinzugefügt bzw. werden diese Stellen den Amtsgerichten gleichgestellt.

Die Änderung des Rechtspflegergesetzes beinhaltet das Problem. Die Bestimmung des § 3 Ziff. 1 h, wodurch dem Rechtspfleger die Geschäfte in Grundbuchsachen übertragen sind, soll ersetzt werden durch eine eigenständige Ziff. 2 wie folgt:

„Dem Rechtspfleger werden folgende Geschäfte übertragen: In vollem Umfang die Grundbuchsachen oder die den durch Landesrecht bestimmten Stellen übertragenen Geschäfte in Grundbuchsachen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 der Grundbuchordnung); **durch Landesrecht kann in diesen Fällen auch bestimmt werden, daß anstelle von Rechtspflegern andere Personen zuständig sind**“.

Ich zitiere aus der Begründung der Bundesratsvorlage:

„Das Grundbuchwesen ist im Gegensatz zum Vermessungswesen, für das die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt, Bundesrecht. Wichtige Rechtsnormen über das Grundbuchwesen enthalten die Grundbuchordnung, die Grundbuchverfügung, das Rechtspflegergesetz und das Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Das Grundbuch dient dem amtlichen Nachweis der privatrechtlichen Verhältnisse eines Grundstücks und genießt öffentlichen Glauben. Die Grundbuchordnung weist die Führung des Grundbuchs den Amtsgerichten zu. Über die Eintragungen im Grundbuch entscheiden Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger, die sachlich unabhängig und nur an Recht und Gesetz gebunden sind. Beamte des mittleren Dienstes oder Angestellte übernehmen die allgemeinen Schreib- und Verwaltungsaufgaben.

Um diesen bundeseinheitlichen Standard auch weiterhin zu sichern, soll auch für den Fall der Errichtung einer gemeinsamen Behörde sichergestellt sein, daß sich das Grundbuchwesen nach den bisherigen Regelungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und nach den Regelungen in der Grundbuchordnung und der Grundbuchverordnung vollzieht.

Unter dieser Bedingung muß jedenfalls gewährleistet sein, daß gut ausgebildete Kräfte für die Aufgabenerledigung zuständig sind, um den hohen Qualitätsstandard im Grundbuchverfahren sowie in verfahrensmäßiger Hinsicht dessen bundesweite Einheitlichkeit sicherzustellen. Dies erscheint im Hinblick auf den dem Grundbuch gemäß § 892 BGB zukommenden öffentlichen Glauben sowie dessen Vermutungswirkung nach § 891 BGB erforderlich. Im Falle einer Beibehaltung der justiziellen Anbindung könnten weiterhin Rechtspfleger die Aufgaben wahrnehmen, so daß diese Voraussetzungen ohne weiteres garantiert wären. **Soweit eine justizielle Anbindung entfallen sollte, muß in jedem Fall eine solche Ausbildung der Verwaltungsbeamten und Angestellten gewährleistet sein, die derjenigen der Rechtspfleger gleichkommt.**

In rein rechtlicher Hinsicht ist eine zwingende Zuständigkeit der Amtsgerichte für die Grundbuchangelegenheiten nicht ersichtlich. Insbesondere greift der Richtervorbehalt des Art. 92 GG nicht ein, da die „rechtsprechende Gewalt“ nicht betroffen ist.

Daher bestehen auch unter dem Aspekt des in Art. 20 Abs. 2, Satz 2 GG verankerten Grundsatzes der Gewaltenteilung, der den Gewalten jeweils einen unantastbaren „Kernbereich“ garantiert, keine rechtlichen Bedenken, die Grundbuchangelegenheiten aus der Zuständigkeit der Gerichte herauszunehmen“.

Ich zitiere weiterhin aus der Begründung zur Änderung des Rechtspflegergesetzes (Art. 4):

„.....wird durch die hier vorgeschlagene Regelung sichergestellt, daß je nach Modellwahl entweder Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger auch für diesen Fall für die Bearbeitung der Grundbuchsachen zuständig sein können, jedoch auch andere Personen, die nach Landesrecht zu bestimmen sind. **Damit wird sichergestellt, daß über den Kreis von Rechtspflegern hinaus andere Verwaltungsangestellte oder Beamte tätig werden können“.**

14.

Die Diskussion über dieses Vorhaben der hessischen Landesregierung ist intensiv geführt worden. Mit Ausnahme der hessischen Landesregierung selbst hat kaum jemand das Vorhaben begrüßt. Die Bundesnotarkammer hat es mit ausführlicher Begründung abgelehnt, die Notarkammern Kassel und Frankfurt haben sich vehement dagegen gewandt. Auch von Seiten der Bundesregierung hat es Ablehnung erfahren. Die Hessische Landesregierung hat sich jedoch nicht beeindrucken lassen, sondern vor wenigen Wochen die „Bürogemeinschaft“ zwischen Katasteramt und Grundbuchamt als Pilotprojekt geschaffen.

Ich kann und möchte an dieser Stelle nicht auf die inhaltliche Diskussion eingehen, weil dies den Rahmen dieser Veranstaltung sprengen würde.

Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang meines Themas nur die Frage, ob durch die beabsichtigte Ausgliederung des Grundbuchamtes aus den Amtsgerichten Qualitätssicherung erfolgt oder vielleicht das Gegenteil.

Die beabsichtigte Zuständigkeit von Verwaltungsbeamten oder Verwaltungsangestellten anstelle der bisher zuständigen Rechtspfleger muß vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung der Zuständigkeit beunruhigen.

Ursprünglich waren für Grundbuchsachen wie für die anderen Gebiete der Freiwilligen Gerichtsbarkeit die Richter zuständig. Ab 1957 wurden schrittweise bisher von Richtern wahrgenommene Aufgaben ganz oder teilweise auf Rechtspfleger übertragen. Auf der Grundlage

eines neu gefassten Rechtspflegergesetzes entwickelte sich der Berufsstand der Rechtspfleger „zur zweiten Säule der dritten Gewalt“. Die Novellierung des Rechtspflegergesetzes hat die Stellung der Rechtspfleger gestärkt. Die Rechtspfleger sind in § 9 des Rechtspflegergesetzes den Richtern hinsichtlich der Unabhängigkeit gleichgestellt worden. Sie sind nur Recht und Gesetz unterworfen.

Nunmehr möchte die hessische Landesregierung den nächsten kleinen unauffälligen Schritt in Richtung Verwaltungsbeamte oder Verwaltungsangestellte möglich machen. Der entscheidende Zündstoff ist in der zitierten fast nebensächlich erscheinenden Bestimmung des Entwurfs enthalten:

Aus der ursprünglichen Zuständigkeit eines Mitgliedes der dritten Gewalt soll lautlos die Zuständigkeit eines Mitglieds der zweiten Gewalt (Exekutive) gemacht werden.

Ich betone das Wort „lautlos“, weil in einer zum Thema Bodenmanagementbehörde von den Notarkammern Kassel und Frankfurt am 03.03.2004 in Bad Soden veranstalteten Podiumsdiskussion seitens der Vertreter des Landes Hessen mit keinem Wort darauf hingewiesen worden ist, daß bereits am nächsten Tage dem Bundesrat ein Entwurf vorgelegt werden sollte und dieser dann vorgelegte Entwurf eben gerade diesen Systemwechsel zwischen Judikative und Exekutive enthielt.

Ein derartiges Verhalten kann nur als „lautlos“ qualifiziert werden, es muss Misstrauen auslösen, und zwar nachhaltig, bis zum heutigen Tage.

Zwar wird betont, daß die Tätigkeit des anstelle des Rechtspflegers einsetzbaren Verwaltungsangestellten im Instanzenzug gerichtlich überprüfbar bleibt. Dies ist aber nur aus anderen verfassungsrechtlichen Gründen unerlässlich. Es ändert nichts an dem qualitativen Bruch, der durch den Wechsel der Gewalten entsteht.

Berücksichtigt man die Tatsache, daß auch in der Begründung der Gesetzesvorlage der hessischen Landesregierung klar dargestellt wird, daß die Entscheidungen des Grundbuchrichters/Rechtspflegers/Verwaltungsangestellten wegen der konstitutiven Wirkung der Eintragung über das Eigentum des einzelnen Bürgers entscheiden und hat man dabei auch den aus gutem Grund gesetzlich geregelten öffentlichen Glauben des Grundbuchs im Blick, so kann man nicht übersehen, daß der Rechtspfleger nur an Recht und Gesetz gebunden ist, während der Verwaltungsangestellte eben nicht nur an Recht und Gesetz gebunden ist, sondern auch an die Weisungen seines Dienstherrn.

Die Frage, ob es sich bei der grundbuchamtlichen Tätigkeit um Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG handelt oder nicht, ob also der Richtervorbehalt eingreift, ist nicht das entscheidende Kriterium. Wäre dies der Fall, wäre die Diskussion beendet. Tatsächlich sieht die h.M den Richtervorbehalt nicht als tangiert an, wobei m.E. übersehen wird, dass schon die Übertragung des Grundbuchs auf die Rechtspfleger der Beginn eines Systembruchs war.

Entscheidend ist jedoch die Unabhängigkeitsgarantie, die für Richter und Rechtspfleger gleichermaßen gilt, nicht jedoch für Verwaltungsangestellte im Dienst der Exekutive.

Damit ist ein entscheidender Qualitätsverlust festgestellt, der meines Erachtens durch kein anderes Argument ausgeglichen werden kann.

Hinzu kommen die übrigen Mängel, die in der Diskussion um die Bodenmanagementbehörde bereits herausgestellt worden sind, vor allen Dingen die Zerschneidung des organisatorischen Zusammenhanges zwischen den Grundbuchämtern und den anderen Abteilungen des Amtsgerichtes. Dadurch wird ein Aktentourismus ausgelöst werden, der erhebliche Verzögerungen mit sich bringen wird. In gleicher Weise wird ein Tourismus der Notare zu den weni-

gen Bodenmanagementbehörden entstehen, und zwar immer dann, wenn die Einsicht in die Akten unerlässlich ist. Das ist nicht nur bei der sorgfältigen Recherche von Grundbuchinhalten erforderlich, sondern auch und vor allem für die Erteilung von Rangbestätigungen.

Insgesamt wird die Bodenmanagementbehörde daher von den Notaren unverändert abgelehnt, jedenfalls so lange wie nicht die voll elektronische Akte existiert, so dass die genannten „Aktenreisen“ entbehrlich werden. Die Verwirklichung der Bodenmanagementbehörde vor Bereitstellung der vollelektronischen Akte würde bedeuten, dass der zweite Schritt vor dem ersten getan wird.

Im Ergebnis muss jedenfalls festgestellt werden, dass durch die Ausgliederung der Grundbuchämter aus den Amtsgerichten keine Qualitätssicherung erfolgt, sondern im Gegenteil eine qualitative Verschlechterung eintritt.

Davon abgesehen, kann sich die Verlagerung nicht auf die Qualität im Kernbereich der Justiz auswirken, weil der Kernbereich der Justiz ausschließlich von Richtern bestritten wird und diese durch die Verlagerung der Grundbuchämter nicht entlastet werden. Auch wird die steigende Anzahl der streitigen Verfahren nicht durch den Standort der Grundbuchämter beeinflusst, sondern durch das Rechtsdschutzbedürfnis der rechtssuchenden Bevölkerung.

Denkbar ist allenfalls, dass mit der Verlagerung der Grundbuchämter, genauer gesagt der Verlagerung der Zuständigkeiten auf Verwaltungsangestellte, Personalkosten eingespart werden sollen. Obwohl dies nach Aussage der Politiker, wie zitiert, gerade nicht das Motiv ist, würden derartige Einsparungen auch nur dann zur Qualitätssicherung der Justiz in ihrem Kernbereich führen, wenn die eingesparten Beträge zur Schaffung zusätzlicher Richterstellen verwendet würden. Dies wird und kann aber deshalb nicht geschehen, weil nicht vorhandene Mittel nicht umverteilt werden können. Allenfalls kann durch derartige Einspareffekte das vorhandene Haushaltsdefizit verringert oder wenigstens sein Anstieg verhindert werden.

Eine Qualitätssicherung der Justiz in ihrem Kernbereich ist damit aber nicht gegeben.

15.

Zu betrachten ist weiter die Ausgliederung von Aufgaben auf die Notare

- im Bereich des Scheidungsrechts
- im Bereich des Nachlassrechts
- im Bereich des Handelsregisters

Auch und gerade für diesen Bereich meines Themas gilt, dass ich die seit der Herbstkonferenz der Justizminister vom 25.11.2004 abgelaufene Diskussion im Rahmen dieses heutigen Kurzvortrages nicht darstellen kann. Das Ergebnis dieser Diskussion besteht im Wesentlichen darin, dass die Richterschaft und insbesondere die Rechtspfleger der Übertragung mit großer Skepsis gegenüber stehen, weil sie einen Qualitätsverlust befürchten, während die Minister, die Staatssekretäre, die Notare und ihre Berufsverbände auf allen Ebenen eine Übertragung befürworten, teilweise uneingeschränkt im größtmöglichen Umfang.

Der Sach- und Streitstand ist dargestellt im Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Aufgabenübertragung auf Notare“, der diesbezüglichen Anmerkung der Bundesnotarkammer in einem Vermerk vom 18.05.2005 sowie in einem sehr ausgewogenen Vortrag meines Vorstandskollegen Eike Maass auf dem 56. Deutschen Anwaltstag Anfang Mai 2005 in Dresden, und zwar unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Anwaltsnotariats.

Zentrale Frage der Aufgabenübertragung auf Notare ist zu jedem der betroffenen Sachgebiete die verfassungsrechtliche Vorfrage, ob der in Art. 92 GG enthaltene Richtervorbehalt es überhaupt erlaubt, Aufgaben auf die Notare zu übertragen.

Der Gesetzgeber darf eine Angelegenheit, die Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 1. Halbsatz GG ist, nicht anderen Stellen als den Gerichten und dort den Richtern zuweisen.

Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt ist durch die Verfassungsrechtsprechung nicht abschließend geklärt. Ob die Wahrnehmung einer Aufgabe als Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG anzusehen ist, hängt wesentlich wiederum von verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie von traditionellen oder durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierungen ab (BVerfGE 22, 49, 76 ; 64, 175, 179; 76, 100, 106; 103, 111, 136 ff).

Um Rechtsprechung im materiellen Sinne handelt es sich im Wesentlichen bei dem Kernbereich der Aufgaben, die im eigentlichen Sinne den Gerichten übertragen sind (zuletzt BVerfGE, Beschluss vom 03.08.2004 – 1 BVR 135/00, 1 BVR 1086/01).

Wesentlich gehört zum Begriffsmerkmal der Rechtsprechung „das Element der letztverbindlichen Entscheidung, der rechtskräftigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist“.

Ausgehend hiervon hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art und die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit, aber auch die Ehescheidung und die Regelung der hiermit zusammenhängenden Folgen als typische bzw. von jeher bestehende Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt bezeichnet.

Ausgehend von diesen Grundsätzen wird überwiegend – abweichend die BnotK - davon ausgegangen, dass es sich im Falle der Ehescheidung um Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG handelt, also eine Übertragung auf Notare ausscheidet, und zwar gleichgültig in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen.

Dagegen wird weit überwiegend angenommen, dass es sich bei der Übertragung von Aufgaben des Nachlassgerichtes auf die Notare nicht um die Übertragung von Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG handelt. Insbesondere stellt nach dieser vorherrschenden Auffassung das Erbscheinsverfahren keine Ausübung rechtsprechender Gewalt im Sinne des Art. 92 GG dar, sondern wird als ein verwaltungsmäßiges Verfahren qualifiziert. Diese Auffassung hat insbesondere der Bundesgesetzgeber geteilt, als er auch das streitige Erbscheinsverfahren auf Grund gesetzlicher Erbfolge auf den Rechtspfleger übertragen hat. Der BGH hat schließlich bereits in einem Beschluss vom 20.05.1969 (BGHZ 52, 123, 133) die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Erteilung von Erbscheinen nicht um eine gerichtliche, sondern um eine verwaltungsmäßige Tätigkeit handle, da die Erteilung des Erbscheins nur Legitimationswirkung habe, nicht aber einen Streit über die Erbberechtigung materiell entscheide.

Leider hat das Bundesverfassungsgericht bisher noch nicht Veranlassung gehabt bzw. offen gelassen, welche Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter den hier skizzierten Rechtsprechungsbegriff fallen. In seiner Entscheidung BVerfGE 21, 139, 144 hat das Gericht für den zu Grunde liegenden Fall eines Erbscheinsverfahrens keinen „bürgerlichen Rechtsstreit“ angenommen.

Soweit ersichtlich hat zuletzt eine wichtige, weil unabhängige Stimme, nämlich der frühere Präsident des Bayer. Obersten Landesgerichtes, Gummer, eine andere Auffassung vertreten. Ich zitiere aus seinem Festvortrag vom 16.07.2005 vor der Delegiertenversammlung des Verbandes bayer. Rechtspfleger:

„Diese – gemeint ist die vorhin skizzierte Argumentation – auf die gesetzlichen Grundlagen des BGB abstellende Betrachtung wird aber der wirklichen Bedeutung des Erbscheinsverfahrens nur sehr beschränkt gerecht. Die auf die Bescheinigung abstellende Betrachtung ist nur dann zutreffend, wenn kein Streit um das Erbe herrscht, es also im Grunde nicht um eine Entscheidung über die Erbfolge oder Umgang und Tragweite der Erbscheine geht, sondern nur um die Erteilung der amtlichen Bescheinigung für die Beteiligung des ererbten Vermögens am Rechtsverkehr. In der Realität herrscht aber da, wo geerbt wird oder auch nur Hoffnung auf ein Erbe besteht, oft Streit. Wenn, wie häufig, an dem Streit Verwandte mit gegensätzlichen Interessen beteiligt sind, ist das Streitpotenzial hoch. Wir finden daher im Erbscheinsverfahren häufig die eine gerichtliche Kompetenz fordernde Interessenlage vor.“

Aus diesem Blickwinkel ist der Feststellung des Zwischenberichtes der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zuzustimmen, wenn dort formuliert wird: Eine Übertragung kommt umso weniger in Betracht, je mehr die übertragene Befugnis denen eines Richters in einem streitigen gerichtlichen Verfahren im Sinne des Art. 92 GG nahe kommt.

Die Übertragung der Erbscheinserteilung auf die Notare, wie dies im Rahmen der allseits favorisierten sog. grossen Lösung vorgesehen ist, erscheint daher verfassungsrechtlich nicht bedenkenfrei. In jedem Fall müsste m.E. das Vier-Augen-Prinzip beachtet werden, sodass der den Erbscheinsantrag beurkundende Notar und der den Erbschein erteilende Notar getrennt und unabhängig voneinander tätig werden, letzterer aber vor allem auch unabhängig von einzelnen Beteiligten. Diese mögen sich den Notar ihres Vertrauens für alle nicht „quasirichterlichen“ Tätigkeiten aussuchen, der entscheidende Notar sollte jedoch wie ein gesetzlicher Richter fremdbestimmt sein.

16.

Eine weitere verfassungsrechtliche Frage ergibt sich aus Art. 33 Abs. 4 GG. Danach ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse „in der Regel“ Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- u. Treueverhältnis stehen, also Beamten oder Richtern. Obwohl einerseits unstreitig ist, dass Notare keine Beamten im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG sind, andererseits aber Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNO-TO), wird von der vorherrschenden Meinung hier kein Problem gesehen, und zwar im Wesentlichen unter Hinweis auf den „Regelatzbestand“, so dass vorliegend von der vorbehaltenen Ausnahme Gebrauch gemacht werden könne.

17.

Kann man danach in Anlehnung an den Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe nur von gewissen verfassungsrechtlichen Risiken im Zusammenhang mit der Aufgabenübertragung auf Notare sprechen, so stellt sich, gerade wenn man von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Übertragung ausgeht, die im Thema meines Vortrags formulierte Frage der Qualitätssicherung durch Ausgliederung in besonderer Schärfe:

Kann durch eine derartige Aufgabenübertragung auf Notare die angestrebte Qualitätssicherung der Justiz in ihrem Kernbereich erreicht werden?

Auch hier muss die Frage wie bei der Bodenmanagementbehörde verneint werden.

Die Ausgliederung der Nachlassgerichte und damit die Freisetzung einer großen Zahl von Rechtspflegern und einer geringen Zahl von Richtern führt zunächst unmittelbar zu keinerlei Veränderung für den Kernbereich der Justiz. Die im Bereich des Nachlassgerichtes frei werdenden Rechtspfleger können die Qualität im Kernbereich, also der streitigen Gerichtsbarkeit, nicht verändern, da sie dort nicht als Richter einsetzbar sind. Anders verhält es sich mit

den frei werdenden Richtern, sie könnten aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit versetzt werden. Die Auswirkungen dürften minimal sein, weil die Zahl der ausschließlich im Nachlassbereich tätigen Richter oder der durch Umverteilung frei zu stellenden Richter gering ist.

Mit dieser Feststellung schiebt sich die finanzielle Problematik in den Vordergrund. Sofern – entgegen allen Beteuerungen – daran gedacht sein sollte, die Qualität der Justiz in ihrem Kernbereich dadurch zu sichern, dass durch die Einsparung von Personalkosten, sprich Rechtspflegern und Geschäftsstellen, Beamten und Angestellte sowie durch die Einsparung von Raum- und Sachkosten Mittel erspart werden, die zugunsten des Kernbereichs eingesetzt werden könnten, hängt die Schlüssigkeit dieser Überlegung letztlich davon ab, ob mit der Ausgliederung ein Gewinn oder ein Verlust für den Landeshaushalt bzw. den Justizetat verbunden ist.

Diese Frage scheint indes noch nicht geklärt zu sein, jedenfalls liegen widersprüchliche Angaben zum Grad der Kostendeckung im Nachlassbereich vor. Möglicherweise beruhen die unterschiedlichen Aussagen auf unterschiedlichen Methoden der Kosten- und Gebührenermittlung sowie ihrer Zuordnung.

Sollte der offenbar erwartete „Sparten-Gewinn“ ausbleiben, wäre für die Sicherung der Qualität der Justiz in ihrem Kernbereich nicht nur nichts gewonnen, sondern die Qualität sogar beschädigt, weil Verluste zu verteilen wären.

18.

Insgesamt komme ich daher zu dem Ergebnis, dass Qualitätssicherung durch Ausgliederung nicht möglich ist.

Die als Begründung für die beabsichtigten Ausgliederungen in den Vordergrund gestellte Sicherung der Qualität der Justiz in ihrem Kernbereich trägt nicht als Begründung für die geplanten Massnahmen. Entweder ist die Ausgliederung aus rechtlichen Gründen nicht zulässig, oder sie verfehlt ihr Ziel deshalb, weil die erwarteten wirtschaftlichen Effekte mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht eintreten werden.

In keinem Fall wird durch die Ausgliederung nicht zum Kernbereich gehörender Aufgaben direkt und unmittelbar ein Beitrag zur Qualitätssicherung des Kernbereichs geleistet. Allenfalls kann indirekt durch Umverteilung eingesparter finanzieller Mittel eine mittelbare Sicherung der Qualität des Kernbereichs erreicht werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass eingesparte Mittel definitiv als verfügbares Vermögen zur Verfügung stehen und nicht lediglich eine Verringerung des Haushaltsdefizits eintritt. Denn leider gilt auch für Justizetat die Binsenweisheit: Geteilt können nur Überschüsse werden, Verlust können lediglich verteilt werden.

Die Antwort auf die Frage „Qualitätssicherung durch Ausgliederung?“ lautet daher „Nein“.

Dies wiederum führt zu der Frage, wodurch denn die Qualität der Justiz insgesamt, und vielleicht nicht nur in ihrem Kernbereich, gesichert werden kann?

Die Antwort könnte der nachfolgende Vortrag geben:
Wieviel Rechtsstaat wollen wir uns leisten?

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.