

05.02.10

R - In

## **Gesetzesantrag** der Länder Baden-Württemberg, Sachsen

---

### **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 98a)**

#### **A. Problem und Ziel**

Im Bereich der Justiz sind strukturelle Reformen angesichts knapper personeller und finanzieller Ressourcen erforderlich, um den Justizgewährungsanspruch auch in der Zukunft in der gewohnten Qualität erfüllen zu können.

Eine nachhaltige Entlastung der Gerichte kann durch die Übertragung verschiedener, bislang den Gerichten zugewiesener Aufgaben aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf die Notare erreicht werden. Eine derartige Aufgabenübertragung stößt aber an Grenzen des geltenden Verfassungsrechts. Zwar schließt der sog. Funktionsvorbehalt des Artikel 33 Abs. 4 Grundgesetz zugunsten des Berufsbeamtentums nicht aus, dass im Wege der Beleihung Personen außerhalb des öffentlichen Dienstes die Erfüllung staatlicher Aufgaben übernehmen. Die Reichweite dieser Verfassungsnorm ist indes umstritten und durch die Verfassungsrechtsprechung nicht geklärt. Wenn Notaren neben ihren originären Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in großem Umfang klassische Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden, kann dies mit Artikel 33 Abs. 4 Grundgesetz unvereinbar sein.

#### **B. Lösung**

Durch Einfügung einer neuen Verfassungsnorm wird klargestellt, dass Notaren als Trägern eines öffentlichen Amtes neben den vorhandenen Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege auch Angelegenheiten der freiwilligen

Gerichtsbarkeit übertragen werden können. Dabei wird sichergestellt, dass die Ausübung rechtsprechender Gewalt den Richtern vorbehalten bleibt.

**C. Alternativen**

Die Übertragung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare ohne eine klarstellende Änderung des Grundgesetzes wäre mit einem hohen verfassungsrechtlichen Risiko verbunden.

**D. Finanzielle Auswirkungen**

Da die Änderung des Grundgesetzes nur die verfassungsrechtlichen Grundlagen für einen Wechsel der Aufgabenübertragung durch den einfachen Gesetzgeber schafft, hat sie selbst keine unmittelbaren Auswirkungen.

**E. Sonstige Kosten**

Keine.

**Bundesrat**

**Drucksache 66/10**

**05.02.10**

R - In

**Gesetzesantrag**  
der Länder Baden-Württemberg, Sachsen

---

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes  
(Artikel 98a)**

Staatsministerium Baden-Württemberg  
Der Staatssekretär

Stuttgart, den 5. Februar 2010

An den  
Präsidenten des Bundesrates  
Herrn Bürgermeister  
Jens Böhrnsen  
Präsident des Senats der  
Freien Hansestadt Bremen

Sehr geehrter Herr Präsident,

die Regierungen der Länder Baden-Württemberg und Sachsen haben beschlossen, dem Bundesrat den als Anlage beigefügten

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 98a)

und den ebenfalls als Anlage beigefügten

Entwurf eines Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare\*

mit dem Ziel zuzuleiten, ihre Einbringung gemäß Artikel 76 Absatz 1 Grundgesetz beim Deutschen Bundestag zu beschließen.

---

\* siehe Drucksache 67/10

Ich bitte, gemäß § 36 Absatz 1 der Geschäftsordnung des Bundesrates die Beratung der Gesetzentwürfe in den Ausschüssen für die 7. Kalenderwoche zu veranlassen.

Mit freundlichen Grüßen

Hubert Wicker

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes  
(Artikel 98a)**

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen; Artikel 79 Abs. 2 des Grundgesetzes ist eingehalten:

**Artikel 1  
Änderung des Grundgesetzes**

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch das Gesetz vom ... (BGBl I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

Nach Artikel 98 wird folgender Artikel 98a eingefügt:

"Artikel 98a

Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit können durch Gesetz auf Notare übertragen werden. Artikel 92 bleibt unberührt."

**Artikel 2  
Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

**Begründung:****A. Allgemeines**

Im Bereich der Justiz sind strukturelle Reformen angesichts knapper personeller und finanzieller Ressourcen erforderlich, um den Justizgewährungsanspruch auch in der Zukunft in der gewohnten Qualität erfüllen zu können. Entscheidende Fortschritte lassen sich dabei nur erreichen, wenn sich eine Reform nicht auf die Umsetzung von Sparmaßnahmen in Einzelbereichen beschränkt. Vielmehr muss eine Unterscheidung getroffen werden, welche Aufgaben zum Kernbereich der Rechtsprechung und damit unabdingbar zur Justiz gehören und welche Aufgaben ohne Qualitätsverlust auf andere geeignete Stellen übertragen werden können.

Eine nachhaltige Entlastung der Gerichte könnte durch die Übertragung verschiedener, bislang den Gerichten zugewiesener Aufgaben aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf die Notare erreicht werden. Die Notare wären als justiznahe Amtsträger besonders geeignet, Aufgaben zu übernehmen. Amtsstellen der Notare sind flächendeckend im gesamten Bundesgebiet vorhanden. Für einen erheblichen Teil der Bevölkerung ist der Weg zum nächsten Notar deutlich kürzer als der zum jeweiligen Amtsgericht, zumal sich die Gerichte zunehmend aus der Fläche zurückziehen. Eine Übertragung gerichtlicher Aufgaben auf die Notare würde daher auch einen Beitrag zu mehr Bürgernähe leisten.

Unter den Bereichen, die für eine Aufgabenübertragung auf Notare in Betracht kommen, nimmt das gesamte Nachlassverfahren einen besonderen Platz ein. Das Nachlassverfahren ist ein Verfahrenskomplex, der unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Notariatsverfassungen in den Ländern insgesamt ohne Qualitätsverlust auf das Notariat übertragen werden könnte. Mit dieser Aufgabenübertragung wäre ein messbares Freiwerden personeller Ressourcen verbunden. Diese Effekte würden nicht mit einer Qualitätsminderung in anderen Bereichen der Justiz einhergehen, weil ein echter Aufgabenabbau vorläge.

Mit den Notaren steht äußerst qualifiziertes Personal zur Verfügung, das häufig und professionell mit Nachlasssachen befasst ist. Auch für den Bürger ist der Notar Ansprechpartner in Erbschaftsangelegenheiten, etwa bei der Beurkundung eines notariellen Testaments. Damit ließen sich die Aufgaben, die bislang vom Nachlassgericht wahrgenommen wurden, wie etwa die Verwahrung des Testaments, die Eröffnung der letztwilligen Verfügung oder die Erteilung des Erbscheins, organisch verbinden. Der Notar würde damit zum Ansprechpartner und Experten in allen Angelegenheiten, die mit Testament, Verwahrung und Nachlass zu tun haben. Für den Bürger würde die Zuständigkeitsabgrenzung deutlich einfacher: Er müsste sich künftig stets und nur an den Notar wenden.

Eine derartige Aufgabenübertragung stößt aber an Grenzen des geltenden Verfassungsrechts. Der sog. Funktionsvorbehalt zugunsten des Berufsbeamtentums in Artikel 33 Abs. 4 Grundgesetz sichert die Neutralität und Unparteilichkeit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben. Durch die Übertragung dieser Aufgaben auf Berufsbeamte als Regelatbestand wird gewährleistet, dass Personen, die nicht Beamte sind, nur in Ausnahmefällen hoheitlich tätig werden dürfen. Artikel 33 Abs. 4 Grundgesetz schließt nicht aus, dass im Wege der Beleihung Personen außerhalb des öffentlichen Dienstes die Erfüllung staatlicher Aufgaben übernehmen. Dies ist im Verfassungsrecht und in der Staatspraxis seit langem anerkannt. Gleichwohl führt diese Vorschrift, die seit 1949 in unverändertem Wortlaut gilt, im Einzelfall zu nicht unerheblichen Auslegungsschwierigkeiten. Neben der Frage, welche staatlichen Aufgaben zugleich hoheitlich im Sinne des Artikels 33 Abs. 4 Grundgesetz sind, ist vor allem die genaue Bestimmung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Verfassungsnorm problematisch. Ob der Begriff der Ausnahme rein quantitativ oder aber in einem wertenden, die jeweilige Hoheitsaufgabe und ihre Grundrechtsrelevanz in den Blick nehmenden Sinne zu verstehen ist, stellt eine in der Staatsrechtslehre höchst Streitige und vom Bundesverfassungsgericht noch nicht abschließend entschiedene Frage dar.

Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege erfüllen Notare bereits jetzt öffentliche Aufgaben. Ob diese ganz oder teilweise als hoheitlich im Sinne des Artikel 33 Abs. 4 Grundgesetz einzustufen sind, ist eine offene Frage, deren Beantwortung von der jeweiligen Auslegung dieser

## Drucksache 66/10

Bestimmung abhängt. Wenn Notaren neben ihren originären Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in großem Umfang klassische Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden, ist der Anwendungsbereich des Artikel 33 Abs. 4 Grundgesetz eindeutig berührt. Zwar ist nicht beabsichtigt, Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt, die nach Artikel 92 Grundgesetz den Richtern vorbehalten sind, auf Notare zu übertragen. Gleichwohl besteht ein enger Zusammenhang mit staatlichen Kernaufgaben. Auch deshalb ist es zweifelhaft, ob etwa die Übertragung der erstinstanzlichen Aufgaben der Nachlassgerichte noch als zulässiger Ausnahmefall von dem Funktionsvorbehalt angesehen werden kann. Um eine sichere verfassungsrechtliche Grundlage zu haben, soll unter Beibehaltung des Artikel 33 Abs. 4 GG durch eine spezielle Verfassungsnorm die Zulässigkeit der Aufgabenübertragung auf Notare klargestellt werden.

### **B. Zu den einzelnen Vorschriften**

#### **Zu Artikel 1 (Artikel 98a)**

Die in Artikel 1 vorgesehene Ergänzung des IX. Abschnitts des Grundgesetzes setzt die oben unter A. dargestellte Zielsetzung um. Hierzu wird ein neuer Artikel 98a in das Grundgesetz eingefügt.

In Satz 1 wird die Übertragung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare durch Gesetz gestattet.

Diese Ausnahme vom Funktionsvorbehalt des Artikel 33 Abs. 4 Grundgesetz betrifft einen begrenzten Aufgabenbereich und ist daher nicht als eine Abkehr von dem in dieser Verfassungsnorm statuierten Grundprinzip zu verstehen. Daher soll die Neuregelung ihren Standort bei den die Rechtspflege betreffenden Normen des IX. Abschnitts des Grundgesetzes finden und nicht etwa durch Einfügung eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts in Artikel 33 Abs. 4 Grundgesetz. Dem Grundgesetz sind bereichsspezifische Regelungen für die Aufgabenübertragung an Personen außerhalb des öffentlichen Dienstes auch sonst nicht fremd, wie etwa der Blick auf Artikel 87d bis 87f sowie Artikel 143a und 143b Grundgesetz zeigt.



Aus Satz 1 darf nicht im Gegenschluss entnommen werden, eine Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf andere staatliche Stellen nach Maßgabe des Artikels 138 Grundgesetz und des Artikels 147 EGBGB sei künftig ausgeschlossen. Diese Möglichkeit und mit ihr insbesondere die Organisation der Aufgabenerledigung in Baden-Württemberg bleibt unberührt. Auch außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann auf dem Gebiet der Rechtspflege die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe weiterhin auf Personen übertragen werden, die nicht dem öffentlichen Dienst angehören, sofern es sich um Ausnahmefälle handelt.

Die Übertragung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare entbindet den Staat nicht von seiner Verantwortung für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufgaben. Er trägt ihr dadurch Rechnung, dass er mit den Notaren Personen heranzieht, die für die Aufgabenerledigung bestens qualifiziert sind. Außerdem gewährleistet das geltende und insoweit bewährte Notarrecht, dass der Staat seiner Kontrollpflicht gerecht werden kann. Es ist nicht erforderlich, die fortbestehende staatliche Verantwortung für die Aufgabenerfüllung besonders hervorzuheben.

In Satz 2 wird klargestellt, dass die durch Artikel 92 Grundgesetz den Richtern anvertraute rechtsprechende Gewalt auf Notare nicht übertragen werden darf. Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt ist materiell bestimmt. Um Rechtsprechung in einem materiellen Sinn handelt es sich, wenn bestimmte hoheitsrechtliche Befugnisse bereits durch die Verfassung Richtern zugewiesen sind oder es sich von der Sache her um einen traditionellen Kernbereich der Rechtsprechung handelt. Daneben ist rechtsprechende Gewalt im Sinne des Artikels 92 Grundgesetz auch dann gegeben, wenn der Gesetzgeber für einen Sachbereich, der nicht schon materiell dem Rechtsprechungsbegriff unterfällt, eine Gestaltung wählt, die bei funktioneller Betrachtung nur rechtsprechender Gewalt zukommen kann. Danach handelt es sich um Rechtsprechung, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs

## **Drucksache 66/10**

dessen, was im konkreten Fall rechtens ist. Wegen dieses Vorbehalts kann Notaren nur ein Teil der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden. Echte Rechtsstreitigkeiten, aber auch freiheitsentziehende Maßnahmen sind von einer Übertragung ausgeschlossen. Andererseits können etwa Erbscheine von Notaren erteilt werden. Insoweit handelt es sich nicht um abschließende, der Rechtskraft fähige Entscheidungen.

### **Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)**

Artikel 2 regelt das Inkrafttreten.