

Aus Anlass zahlreicher Anfragen von Anwaltsnotaren zu den Voraussetzungen für den Nachweis des Erwerbs der besonderen praktischen Erfahrungen im Sinne von § 5 m) FAO, wenn die Fälle notariell bearbeitet wurden, hat der Fachausschuss Erbrecht der Rechtsanwaltskammer Hamm in seiner Sitzung vom 09.08.2005 in Dortmund einstimmig beschlossen:

Der Fachausschuss Erbrecht der Rechtsanwaltskammer Hamm ist der Auffassung, dass bei den Fällen im Sinne von § 5 m) FAO auch Fälle angemessen zu berücksichtigen sind, die ein Rechtsanwalt und Notar notariell bearbeitet hat, wenn seine Tätigkeit dabei inhaltlich im Einzelfall einer anwaltlichen Bearbeitung weitgehend entsprochen hat.

Dabei haben sich die Mitglieder des Fachausschusses von folgenden Überlegungen leiten lassen:

1. Der Wortlaut von § 5 Satz 1 FAO (Erwerb der besonderen praktischen Erfahrungen) erfordert mit Bezug auf die dort genannten Fachgebiete, dass der Antragsteller die gemäß § 6 FAO für das betroffene Fachgebiet anzugebenden Fälle „innerhalb der letzten drei Jahre vor Antragstellung als Rechtsanwalt persönlich und weisungsfrei bearbeitet hat“. Für das Erbrecht werden in § 5 m) FAO verlangt „80 Fälle, davon mindestens 20 rechtsförmliche Verfahren (davon 10 Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit)“. Die Fälle müssen sich auf die in § 14 f) Nr. 1 bis 5 FAO bestimmten Bereiche beziehen. Die in § 14 f) FAO unter Nrn. 1 und 3 genannten Bereiche umfassen materielles Erbrecht, vorweggenommene Erbfolge und Vertrags- und Testamentsgestaltung. In aller Regel können diese Bereiche vom Anwaltsnotar sowohl „als Rechtsanwalt“ als auch „als Notar“ bearbeitet werden.
2. Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 BNotO besteht eine gesetzliche Vermutung, dass ein Notar, der zugleich Rechtsanwalt ist, bei der Anfertigung von Entwürfen und der Beratung der Beteiligten als Notar tätig geworden ist, wenn seine Tätigkeit dazu bestimmt war, Beurkundungen, Beglaubigungen und/oder sonstige Amtsgeschäfte der in §§ 20 bis 23 BNotO bezeichneten Art vorzubereiten oder auszuführen. Diese Vermutung ist nach einhelliger Rechtsprechung unwiderlegbar („ist anzunehmen“) und somit zwingend, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen. Für die Berufspraxis der Anwaltsnotare ergibt sich daraus regelmäßig die Konsequenz, dass

solche Tätigkeiten als notarielle Tätigkeiten gelten und sich dementsprechend auch die Vergütung nach den Vorschriften der Kostenordnung (KostO) und nicht nach den Vorschriften des RVG ergibt. Der Anwaltsnotar darf also erbrechtliche Beratungen und die Fertigung von Entwürfen zur vorweggenommenen Erbfolge, Vertrags- und Testamentsgestaltung nur als Notar vornehmen, wenn diese dazu bestimmt sind, Beurkundungen oder Beglaubigungen oder sonstige notarielle Amtsgeschäfte vorzubereiten oder auszuführen.

3. Die 1. Satzungsversammlung hat bei der Formulierung von § 5 Satz 1 FAO, wonach die anzugebenden Fälle „als Rechtsanwalt“ bearbeitet sein müssen, diese Problematik nicht gesehen; sie konnte dies auch nicht, weil die Fachanwaltschaft für Erbrecht erst durch die 3. Satzungsversammlung mit Beschluss vom 22.11.2004 eingeführt wurde. Entsprechende Hinweise sind den Sitzungsprotokollen der 1. Satzungsversammlung jedenfalls nicht zu entnehmen. Bei der Beratung über den Antrag auf Einführung eines Fachanwalts für Erbrecht durch die 3. Satzungsversammlung ist zwar unter anderem angeführt worden, dass es für Anwaltsnotare aus den oben genannten Gründen „schwierig (werde), die vorgeschlagene Anzahl von Fällen zu sammeln“, jedoch hat sich die 3. Satzungsversammlung über dieses Argument hinweggesetzt, ohne dass eine Abstimmung oder Willensbildung darüber, ob dieses Argument zutrifft oder nicht, stattgefunden hat. Weder aus den Materialien der 1. noch 3. Satzungsversammlung ist somit ein Wille des Satzungsgebers feststellbar, dass Fälle im Sinne von §§ 5, 14 f) FAO, die von einem Rechtsanwalt und Notar notariell bearbeitet wurden, bei der Prüfung des Erwerbs der „besonderen praktischen Erfahrungen“ nicht berücksichtigt werden sollen.
4. Vor diesem Hintergrund erlaubt und gebietet eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift in § 5 Satz 1 m) FAO die Annahme, dass zu den dort gemeinten Fällen auch solche gehören, die ein Rechtsanwalt und Notar notariell bearbeitet hat, wenn seine Tätigkeit, inhaltlich dabei im Einzelfall einer anwaltlichen Bearbeitung weitgehend entsprochen hat. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss: Wäre die Berücksichtigung solcher Fälle untersagt, dann wäre der Rechtsanwalt, der zugleich Notar ist, wegen der zwingenden Vermutung des § 24 Abs. 2 BNotO in seinem Grundrecht auf Freiheit der Berufsausübung verletzt, denn ihm wäre grundlos die

Möglichkeit genommen, die für die Erlangung der Fachanwaltschaft erforderlichen besonderen praktischen Erfahrungen mit Fällen nachzuweisen, die er in Ausübung seiner beiden Berufe als Anwaltsnotar bearbeitet hat. Auch ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz würde nahe liegen.

Dortmund, den 09.08.2005