

*Beschluss***BVerfG, Art. 3 Abs. 2 GG, § 48b BNotO
Wiederbestellung einer Notarin nach
vorübergehender Amtsniederlegung
wegen Kinderbetreuung**

Gegenüber den sonst nach § 6 BNotO maßgeblichen Prüfungsergebnissen kann es sich als vorrangiges Kriterium der fachlichen Eignung durchsetzen, dass bereits zuvor eine – beanstandungsfreie und nicht vernachlässigbare – notarielle Amtstätigkeit vorzuweisen ist und das Amt aus familiären Gründen vorübergehend für einen längeren Zeitraum als ein Jahr nach § 48b BNotO niedergelegt wurde.

(Leitsatz der Redaktion)

Beschluss des BVerfG vom 20.11.2013, 1 BvR 63/12

Aus den Gründen:

I.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die erneute Bestellung einer früheren Notarin nach einer vorübergehenden Amtsniederlegung nach § 48b der Bundesnotarordnung (BNotO). [...]

2. a) Die Beschwerdeführerin[...] wurde im Jahr 1994 zur Notarin bestellt. Die am Ausgangsverfahren beteiligte Dienstaufsichtsbehörde (im Folgenden: Beklagter) gestattete ihr im Jahr 2004 die vorübergehende Amtsniederlegung für einen längeren Zeitraum als ein Jahr. Nach der vorübergehenden Niederlegung des Notaramts der Beschwerdeführerin war in ihrem früheren Amtsbereich zunächst kein neuer Notar bestellt worden. Im Jahr 2010 beantragte die Beschwerdeführerin, ihr das Notaramt wieder zu erteilen.

b) Der Beklagte wies den Antrag zurück. [...]

3. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 3, Art. 6 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG. [...]

II.

[...] Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, weil der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht beachtet worden ist. [...]

2. Die Beschwerdeführerin hat dem Subsidiaritätsgebot [...] deshalb nicht entsprochen, weil sie ihre Bestellung auf die zwischenzeitlich in ihrem früheren Amtsbereich ausgeschriebene Notarstelle nicht in erfolversprechender Weise verfolgt und damit eine Möglichkeit nicht genutzt hat, um die von ihr gerügte Verletzung von Grundrechten in einem hierfür geeigneten Verfahren zu beseitigen. Obgleich sie von der Landesjustizverwaltung über die Konsequenzen belehrt worden war, hat die Beschwerdeführerin mit Rücksicht auf ihren Anwaltssozius bewusst davon Abstand genommen, zur Sicherung ihres Zugangs zu der von ihr begehrten Notarstelle in ihrem

Amtsgerichtsbezirk einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

a) Mit der von ihr hingenommenen Bestellung eines mit ihr konkurrierenden Bewerbers zum Notar hat sich die Beschwerdeführerin selbst den Weg gestellt, die von ihr geltend gemachte Grundrechtsverletzung auf einfachere Weise als im vorliegenden Verfahren zu beseitigen. Wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität [...] hat das Unterlassen der Beschwerdeführerin zur Folge, dass sich die anderweitige Besetzung der ausgeschriebenen Notarstelle nicht mehr beseitigen lässt. [...] Dies[...] hätte die Beschwerdeführerin aber vermeiden können, wenn sie ihr Ziel auf die bereits ausgeschriebene Notarstelle gerichtet hätte, zumal dies auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 GG nicht ohne begründete Erfolgsaussicht gewesen wäre.

b) [...] Den durch Kinderbetreuung oder Pflege von Angehörigen beanspruchten Notarinnen und Notaren wird – entgegen der missverständlichen Formulierung des § 48b BNotO – keine von vornherein nur vorübergehende Amtsniederlegung ermöglicht. Folge der gesetzlichen Regelungen ist vielmehr zunächst nach § 47 Nr. 7 BNotO das Erlöschen ihres notariellen Amtes. Um das Amt erneut aufzunehmen, ist daher eine erneute Bestellung zur Notarin oder zum Notar erforderlich, auf die § 48c BNotO allerdings nur dann einen Anspruch gibt, wenn das Notaramt innerhalb eines Jahres wieder angetreten wird. Letztlich bleibt die Rückkehr in das konkrete frühere Amt danach lediglich für ein Jahr sichergestellt, was schwerlich dem Zeitrahmen gerecht werden kann, der typischerweise für Kinderbetreuung oder Pflegeaufgaben benötigt wird. Dies mag zumindest einer der Gründe dafür sein, dass die vorübergehende Amtsniederlegung nach den in der Stellungnahme der Bundesnotarkammer genannten Zahlen keine praktische Bedeutung erlangen konnte: Nach dem Ergebnis einer Umfrage bei allen Notarkammern wurden seit Inkrafttreten der Vorschriften nur in insgesamt 31 Fällen Anträge nach §§ 48b, 48c BNotO gestellt. Zweifel an der Eignung der genannten Vorschriften waren ausweislich der Stellungnahme der Hessischen Staatskanzlei auch bereits im Gesetzgebungsverfahren bekannt; allerdings konnte sich der Gegenvorschlag einer – das Notaramt erhaltenden – bis zu fünfjährigen Vertreterbestellung nicht durchsetzen. Ob diese Umstände im Zusammenwirken mit Grundrechten zur Verfassungswidrigkeit namentlich der engen Voraussetzung für eine Wiederbestellung führen können, kann allerdings vorliegend dahinstehen; denn selbst bei unterstellter Wirksamkeit hätte die Beschwerdeführerin mit ihrer Bewerbung um die ausgeschriebene Stelle Erfolg haben können.

Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juli 2012 – NotZ[Brfg] 12/11 –, NJW 2012, S. 2972 ff.) ist in einem neuen Auswahlverfahren um eine ausgeschriebene Notarstelle besonders zu berücksichtigen, dass eine Bewerberin oder ein Bewerber bereits einmal erfolgreich das Bewerbungsverfahren durchlaufen und die fachliche und persönliche Eignung für das Amt hierdurch sowie durch die Ausübung des Amts bewiesen habe. Auch in seiner mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof hervorgehoben, bei einer künftigen Auswahlentscheidung gemäß § 6 BNotO werde der Umstand Berücksichtigung finden müssen, dass eine Bewerberin oder ein Bewerber um eine Stelle im Bereich des Anwaltsnotariats schon einmal eine solche Stelle innegehabt und das Amt gemäß § 48b BNotO für mehr als ein Jahr vorübergehend niedergelegt habe.

c) Diese Auslegung ist verfassungsrechtlich geboten. Sie ergibt sich aus den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinreichend geklärten verfassungsrechtlichen Maßstäben des Art. 3 Abs. 2 GG (vgl. BVerfGE 113, 1 [15 ff.]).

aa) Art. 3 Abs. 2 GG bietet Schutz auch vor faktischen Benachteiligungen. Die Verfassungsnorm zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von

Frauen und Männern (vgl. BVerfGE 109, 64 [89]; 113, 1 [15]). Durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ist ausdrücklich klargestellt, dass sich das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (vgl. BVerfGE 92, 91 [109]; 109, 64 [89]; 113, 1 [15]). In diesem Bereich wird die Durchsetzung der Gleichberechtigung auch durch Regelungen gehindert, die zwar geschlechtsneutral formuliert sind, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder der gesellschaftlichen Bedingungen überwiegend Frauen betreffen (vgl. BVerfGE 104, 373 [393]; 113, 1 [15]). Demnach ist es nicht entscheidend, dass eine Ungleichbehandlung unmittelbar und ausdrücklich an das Geschlecht anknüpft. Über eine solche unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus erlangen für Art. 3 Abs. 2 GG die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung für Frauen und Männer ebenfalls Bedeutung (vgl. BVerfGE 113, 1 [15 f.]).

bb) Die Vorschrift des § 48b BNotO kann zu einer faktischen Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern führen. Wenn das Amt für einen längeren Zeitraum als ein Jahr niedergelegt wird, ist dies mit erheblichen Nachteilen verbunden, die typischerweise Frauen insbesondere im Fall der Betreuung minderjähriger Kinder treffen. Sie müssen sich nach der

gesetzlichen Konzeption erneut um eine ausgeschriebene Notarstelle bewerben und ein Bewerbungsverfahren durchlaufen. Gehen ihnen konkurrierende Mitbewerber vor, können sie auf Dauer von der Ausübung des Notarberufs ausgeschlossen sein.

In der sozialen Wirklichkeit werden hierdurch in erster Linie Frauen benachteiligt. Trotz des Anstiegs ihres Anteils unter den Berufstätigen tragen überwiegend Frauen die Aufgaben der Kinderbetreuung und verzichten aus diesem Grund zumindest vorübergehend ganz oder teilweise auf eine Berufstätigkeit (vgl. BVerfGE 113, 1 [19]). Für den Zeitraum, in dem sich die Beschwerdeführerin zur vorübergehenden Amtsniederlegung aus Gründen der Kindererziehung entschloss, wird dies nachdrücklich durch den verschwindend geringen Anteil von Männern unter den Empfängern des damals gezahlten Erziehungsgeldes belegt (vgl. BVerfGE 113, 1 [19]). Seit der Einführung des Elterngeldes hat sich die Situation zwar verbessert, nicht aber zu einem annähernden Gleichstand zwischen den Geschlechtern geführt: So stieg der Anteil von Männern im Jahr 2007 auf 11 % (vgl. Destatis, Datenreport 2008, S. 283), während 2011 die Väterbeteiligung 27,3 % erreichte, wobei allerdings immer noch Mütter in durchschnittlich 95 % der Fälle Elterngeld bezogen (Destatis, Zahlen & Fakten, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/Elterngeld/Elterngeld.html>). Es gibt keine Hinweise dafür, dass die Situation in Familien, in denen ein Elternteil oder beide Elternteile dem Notarberuf nachgehen, von diesem gesamtgesellschaftlichen Bild grundlegend verschieden ist.

cc) Bei Besetzung einer gemäß § 4 BNotO bereits ausgeschriebenen Amtsstelle kann die Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 GG – jedenfalls für die vorliegende Konstellation des Anwaltsnotariats – durch die vom Bundesgerichtshof befürwortete Auslegung der Vorschriften der Bundesnotarordnung hinreichend sichergestellt werden. Zwar ist es auch dann erforderlich, dass für die Besetzung der Notarstelle vorgeschriebene Bewerbungsverfahren zu durchlaufen, gemäß § 6 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 BNotO können aber insbesondere in Fällen der Wiederbestellung nach Anhörung der Notarkammer ausnahmsweise besondere, die fachliche Eignung vorrangig kennzeichnende Umstände berücksichtigt werden. Dass bereits zuvor eine – beanstandungsfreie und nicht vernachlässigbare – notarielle Amtstätigkeit vorzuweisen ist und das Amt aus familiären Gründen vorübergehend für einen längeren Zeitraum als ein Jahr nach § 48b BNotO niedergelegt wurde, kann sich daher im Einzelfall unter Abwägung der grundrechtlich geschützten Interessen der konkurrierenden Bewerber als vorrangiges

Kriterium der fachlichen Eignung gegenüber den sonst nach § 6 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 BNotO maßgeblichen Prüfungsergebnissen durchsetzen.

Einer solchen Auslegung stehen die in § 6 Abs. 2 Satz 1 BNotO geregelten Voraussetzungen, insbesondere die danach vorausgesetzte örtliche Wartezeit (§ 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BNotO) und das Bestehen der notariellen Fachprüfung (§ 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BNotO), nicht entgegen. Denn diese Erfordernisse sind nur in Sollvorschriften geregelt, so dass in begründeten Ausnahmefällen von ihnen abgewichen werden kann, wenn besondere Umstände des Einzelfalls dies erfordern (vgl. BVerfGK 15, 355 [371]). Die Landesjustizverwaltung wird demnach insbesondere bei Bewerbung einer früheren Notarin, die ihr Amt nach § 48b Abs. 1 BNotO vorübergehend für einen längeren Zeitraum als ein Jahr niedergelegt hatte, sorgfältig zu prüfen haben, ob unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 GG eine Ausnahme von den Regelvoraussetzungen des § 6 Abs. 2 Satz 1 BNotO möglich und geboten ist. Bislang fehlende transparente und hinreichend voraussehbare Vorgaben zur Verwaltungspraxis bei Auslegung und Anwendung der Vorschrift etwa in Form eines Erlasses der Landesjustizverwaltung könnten dazu beitragen, die mit der gesetzlichen Regelung verbundenen Unklarheiten auszuräumen und den betroffenen Amtsträgern und Bewerbern Sicherheit für ihre beruflichen Perspektiven zu vermitteln. [...]