



14/SN-332/ME

ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG

An das

Bundesministerium
für JustizMuseumstraße 7
1070 Wien

BEMERKUNG	
Zl.	39 -GE/19. P3
Datum:	3. JUNI 1993
Vorteilt	04. Juni 1993 / Ah

Betrifft: GZ 16.501/75-I 6/93 , Zl. 144/93

Entwurf eines Bundesgesetzes über Änderungen der Notariatsordnung,
des Notariatsprüfungsgesetzes und des Gerichtskommissärs-gesetzes
(Notariatsordnungs-Novelle 1993)

St. Bauer

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag erstattet aufgrund der von der Rechtsanwaltskammer für Kärnten, der Oberösterreichischen Rechtsanwaltskammer, der Salzburger Rechtsanwaltskammer, der Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer, der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer und der Rechtsanwaltskammer Wien eingelangten Stellungnahmen folgende

STELLUNGNAHME

zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes, mit welchem die Notariatsordnung, das Notariatsprüfungsgesetz und das Gerichtskommissärgesetz geändert werden soll:

I. Einleitung:

Die österreichische Rechtsanwaltschaft begrüßt jede Maßnahme, die Notaren bessere Organisationsformen zur Ausübung ihres Berufes bringen und den Wünschen des Notariates, etwa im Bereich der Ausbildung oder der Anpassung der den Notaren vorbehaltenen Tätigkeiten an moderne Kommunikationsmittel, gerecht werden. Zu all diesen Bereichen wird daher, ausgehend von der Auffassung, daß die vorgeschlagenen neuen Regelungen den Wünschen des Berufsstandes der Notare entsprechen, mit Ausnahme einer Anmerkung zu der "Notar-Partnerschaft", nichts weiter ausgeführt.

Dort, wo Interessen der Allgemeinheit oder der Rechtsanwaltschaft betroffen sind, wird kritisch Stellung bezogen, allerdings ausschließlich geleitet von sachlichen Überlegungen und nicht von Konkurrenzdenken.

II. Zu den einzelnen Bestimmungen der Novelle:

A) Zu Art. I (Änderungen der Notariatsordnung)

1. Z.2. (Aufhebung des § 3 Abs. 1 lit. a zweiter Halbsatz):

Nach der derzeit in geltend stehenden Fassung des § 3 Abs. 1 lit. a NotO können exekutionsfähige Notariatsakte errichtet werden, in denen eine Verpflichtung zu einer Leistung oder Unterlassung festgestellt wird, ausgenommen die Verpflichtung zur Räumung einer Wohnung oder einzelner Wohnungsbestandteile, sofern es sich nicht um die Räumung durch den Eigentümer oder Miteigentümer der Liegenschaft handelt. Die Räumungsverpflichtung des Mieters kann nicht in exekutionsfähiger Form mit Notariatsakt vereinbart werden. Diese Einschränkung soll nach dem vorliegenden Entwurf entfallen. Nach Auffassung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages ist die derzeit gegebene Einschränkung sehr wohl sachlich begründet. Die Novellierung ist daher abzulehnen.

Die Voraussetzungen, unter welchen ein Mietverhältnis, eine Wohnung oder ein Geschäftslokal betreffend, aufgekündigt werden kann, sind derzeit abschließend im Mietrechtsgesetz geregelt. Jede Aufkündigung eines Mietverhältnisses über eine Wohnung oder ein Geschäftslokal kann wirksam nur durch gerichtliche Aufkündigung erfolgen. Grund für diese Regelung war ganz offensichtlich der besonders sensible Bereich des Kündigungsschutzes insgesamt. Berücksichtigt man den Entwurf für ein Bundeswohnrecht, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß dem Gericht in Zukunft noch mehr Befugnisse, etwa durch das Hinausschieben einer gerichtlichen Entscheidung sozusagen durch Einräumung einer Probezeit und ähnliches mehr, zugeacht sind. Bedenkt man weiters, daß das Mietrecht zu jenen

- 3 -

Rechtsbereichen gehört, die besonders kontroversiell und daher einer ständigen auch politisch stark beeinflussten Veränderung unterliegen, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die in den erläuternden Bemerkungen zu der beabsichtigten Novelle gegebene Begründung, Notaren sei es ausdrücklich verboten, Amtshandlungen über Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes vorzunehmen und daß die Judikatur zur Sittenwidrigkeit von Räumungsvergleichen auch für einen Räumungsvergleich in Form eines vollstreckbaren Notariatsaktes Geltung haben wird, in Wahrheit nicht tragfähig ist.

Gerade in mietrechtlichen Angelegenheiten, insbesondere im Zusammenhang mit der Befristung von Mietverhältnissen, bestehen in der Regel sehr gegensätzliche Interessenslagen der Vertragsparteien und eine erhebliche Schutzbedürftigkeit auf seiten des Mieters. Der Notar als Vertragserrichter wird notgedrungen in diesen Interessenskonflikt gezogen, weshalb nicht gewährleistet ist, daß bei Abschluß eines Notariatsaktes, der Räumungstitel ist, vor allem dann, wenn der Auftraggeber des Notars der Vermieter ist, auch die Interessen des anderen Teiles entsprechend wahrgenommen werden. Dazu kommt, daß gerade im Mietrecht und vor allem in seiner steten Wandlung davon auszugehen ist, daß die Frage, ob die Übernahme einer Räumungsverpflichtung, insbesondere der Abschluß eines Räumungsvergleiches, mit dem Gesetz in Einklang steht, schwer zu beantworten ist. Es ist offenkundig, daß die Beurteilung und richtige Auslegung mietrechtlicher Bestimmungen Spezialkenntnisse voraussetzt, vor allem aber auch forensische Erfahrung, die der Notar nicht haben kann. Die Schaffung eines Exekutionstitels (auf Räumung) - sei es durch Urteil oder durch den nicht im Zuge eines streitigen gerichtlichen Verfahrens zustande gekommenen prätorischen Vergleich - sollte daher den Gerichten vorbehalten bleiben.

Zu dem allen kommt, daß in den meisten Fällen - und das mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit - durch den zur Räumung Verpflichteten Rechtsbehelfe erst in Anspruch genommen werden, wenn aufgrund des exekutionsfähigen Notariatsaktes die Räumung betrieben wird. Der Mieter wäre dann genötigt, seine Rechte durch Klage im

Exekutionsverfahren geltend zu machen, was plakativ ausgedrückt bedeutet, daß der Kündigungsschutz mit Umkehr der Beweislast in einen Bereich verlagert würde, in dem der den Rechtsbehelf in Anspruch Nehmende bereits in eine Ausnahmesituation, möglicherweise ist die Räumung tatsächlich schon erfolgt, gebracht wurde.

Die österreichische Rechtsanwaltschaft ist daher der Auffassung, daß es bei der derzeitigen Regelung zu bleiben hat. Die beabsichtigte Novellierung wird daher abgelehnt. Sie wäre im übrigen gegenläufig zu den Anliegen des Gesetzgebers, wie sie im Entwurf für ein Bundeswohnrecht zum Ausdruck kommen.

2. Z.4. (§ 5 Abs. 2):

Die Vertretungsbefugnis von Notaren in Zivilprozessen vor Bezirksgerichten ist derzeit auf jene Fälle beschränkt, in denen am "Amtssitz" des Gerichtes nicht wenigstens zwei Rechtsanwälte ihren Kanzleisitz haben. Der Entwurf sieht eine grundlegende Änderung dieser Bestimmung im Sinne einer Ausweitung der Vertretungsbefugnis (bestimmter) Notare in bezirksgerichtlichen Verfahren vor. Begründet wird dieses Vorhaben damit, daß durch organisatorische Maßnahmen im Bereich der Bezirksgerichte, insbesondere durch Gerichtszusammenlegungen, die derzeit geltende Regelung mehr und mehr obsolet wird. Durch die Konzentration von Rechtsanwälten an den (verbleibenden) Bezirksgerichten sinke die Zahl der Bezirksgerichte, vor denen Notare nach der bisherigen Bestimmung vertreten konnten, immer mehr. Andererseits bestehe aber ein Interesse daran, Notariate an jenen Orten jedenfalls zu erhalten, an welchen früher Bezirksgerichte (die nunmehr durch Zusammenlegung weggefallen sind) bestanden haben. Dies sei insbesondere aus Gründen der Erstversorgung der Bevölkerung im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege.

Während das erstgenannte Argument nicht überzeugen kann, weil eben Veränderungen, insbesondere im organisatorischen Bereich, die rechtsberatenden Berufe insgesamt berühren und der Wegfall jeder

- 5 -

Ausnahmeregelung, hier des Vertretungsrechtes des Notars, der nach seinem Berufsbild zwischen den Parteien stehender Berater und nicht Vertreter im Streit ist, nur sachgerecht ist, soll dem Argument der Aufrechterhaltung einer Erstversorgung möglichst nahe am Konsumenten nicht entgegengetreten werden, obwohl auch dieses Argument nicht voll überzeugt. Wäre es - folgte man dieser Auffassung konsequent - dann nicht auch Aufgabe des Staates gewesen, Bezirksgerichte, die inzwischen aufgelassen wurden, zu erhalten, auch wenn dies Kosten macht, wobei nicht übersehen werden soll, daß gerade mit dem Argument, man müßte "zum Konsumenten gehen", in anderen Bereichen, etwa in Wien, neue Bezirksgerichte entstanden sind.

Zu dem kommt, daß in den erläuternden Bemerkungen verschwiegen wird, daß es eine Reihe von Notariaten gibt, deren Amtssitz nicht am Sitz eines Bezirksgerichtes lag, wie insbesondere in Kärnten, wo nach der neuen Regelung anders als bisher die Notare von Arnoldstein, Eberndorf, Eberstein, Friesach, Gmünd, Greifenburg, Gurk, Kötschach-Mauthen, Millstatt, Obervellach, Paternion, Rosegg, Bad St. Leonhard, St. Paul i. Lav. und Winklern i.M. das Recht erhielten, bei Bezirksgerichten, und zwar in ganz Österreich, auch dann, wenn Anwaltpflicht besteht, zu vertreten. Es ist sohin offenkundig, daß das gewählte Argument nur ein Scheinargument ist, um eine nicht gerechtfertigte Ausdehnung des Vertretungsrechtes des Notars bei Bezirksgerichten zu Lasten der Rechtsanwaltschaft zu erreichen. Wiederholt sei ein weiteres Mal, daß es dem Berufsbild des Notars keineswegs entspricht, in der streitigen Auseinandersetzung bei Gericht zu vertreten. Es ist offenkundig, daß bewußt weit in das Rechtsanwältinnen vorbehaltenen Tätigkeitsgebiet eingegriffen und eine durchaus ausgewogene, in Einzelfällen notwendige Regelung, im Sinne eines *carpe diem* verlassen wird.

Dennoch soll, will man das Argument gelten lassen, daß Notariate an Orten, welchen das Bezirksgericht genommen wurde oder genommen werden soll, aus Gründen der Versorgung der Bevölkerung bestehen bleiben sollen, eine noch einigermaßen sachgerechte Möglichkeit

aufgezeigt werden. Für solche Notariate könnte eine Ausnahmeregelung für jenes Bezirksgericht geschaffen werden, in dessen räumlichen Zuständigkeitsbereich der Amtssitz des Notares liegt. Das bedeutet, daß das Vertretungsrecht vor Bezirksgerichten, in deren Sprengel der Amtssitz des Notars liegt, dem Notar dann einzuräumen ist, wenn an seinem Amtssitz nicht wenigstens zwei Rechtsanwälte ihren Kanzleisitz haben, wobei es nicht von Bedeutung ist, ob am Ort des Bezirksgerichtes mehrere Rechtsanwälte ihren Kanzleisitz haben. Es könnte in diesem Fall auch noch akzeptiert werden, obwohl dies verfahrensrechtlichen Grundsätzen nicht entspricht, daß dieses Vertretungsrecht auch bei Anwaltpflicht besteht. In Wahrheit gibt es, was hier offen anzumerken ist, keine sachliche Begründung dafür, daß der Notar, an dessen Amtssitz nicht wenigstens zwei Rechtsanwälte ihren Kanzleisitz haben, bei Anwaltpflicht vertreten können soll, andere Notare aber nicht.

Nochmals sei wiederholt, daß es richtiger wäre, eine Ausnahmeregelung, nämlich das Vertretungsrecht der Notare vor Bezirksgerichten, an dessen Sitz nicht wenigstens zwei Rechtsanwälte ihren Kanzleisitz haben, sozusagen als überflüssig "auslaufen" zu lassen. In Wahrheit geht es darum, daß der Berufsstand der Notare ein ihm nur im Ausnahmefall eingeräumtes Vertretungsrecht gleichsam als Besitzstand auf Dauer erhalten und zudem noch ausweiten will.

§ 5 Abs. 2 (neu) könnte daher wie folgt lauten:

"(2) Haben am Amtssitz des Notars nicht wenigstens zwei Rechtsanwälte ihren Kanzleisitz, so ist der Notar berechtigt, Parteien in Zivilprozessen vor dem Bezirksgericht zu vertreten, in dessen Sprengel sein Amtssitz liegt."

Gegen die Einfügung eines Abs. 4 a, der es auch Notaren ermöglicht, sich auf ihre Bevollmächtigung zu berufen, besteht selbstredend kein Einwand.

3. Z.5. (§ 6):

Es soll nicht dagegen aufgetreten werden, daß im Notariat, anders als dies Voraussetzung für die Ausübung der Rechtsanwaltschaft ist, eine siebenjährige Praxiszeit weiter vorgeschrieben bleibt - an die scharfe Argumentation gegen die seinerzeit idente Regelung in der Rechtsanwaltsordnung sei erinnert -, dennoch muß aber gegen die Anrechnungsvorschriften, weil dies Rückwirkungen auf die Anrechnungsvorschriften in der Rechtsanwaltsordnung haben könnte, Stellung bezogen werden. Zeiten, während welcher Praxis in Wahrheit nicht geschöpft wird, können aus grundsätzlichen Überlegungen nicht anrechenbar sein. Das gilt sowohl für den Karenzurlaub nach dem Mutterschutzgesetz oder dem Eltern-Karenzurlaubsgesetz als auch für die Anrechnung des Wehrdienstes oder Zivildienstes, ergänzt durch die Bestimmung, daß ein freiwillig geleisteter Wehrdienst darüber hinaus noch bis zu einem Höchstausmaß von insgesamt einem Jahr angerechnet würde.

Gleichfalls abzulehnen ist die Möglichkeit, Teilzeitbeschäftigungen nach den genannten Gesetzen, wenn sie zumindest die Hälfte der Normalarbeitszeit umfassen, zur Hälfte zu berücksichtigen. Abgesehen vom Grundsatz würde durch die Obergrenze für die Anrechenbarkeit von in Karenzurlaub oder Eltern-Karenzurlaub verbrachter Zeit von insgesamt einem Jahr noch verwässert.

Alle diese Regelungen mögen wegen der langen, nämlich siebenjährigen, Ausbildungszeit verständlich sein, bleiben aber dennoch inkonsequent.

4. Z.8 (III. Hauptstück Gesellschaften, § 25):

Der Notar-Partnerschaft können bestimmte Notariatskandidaten auch als persönlich haftende Gesellschafter angehören. Sie sind jedoch zur Vertretung und Geschäftsführung nicht befugt, da diese (offensichtlich ohne jede Einschränkung) allein den der Partnerschaft angehörenden Notaren zukommt, und zwar einzeln. Daraus folgt

schließlich, daß ein der Notar-Partnerschaft als persönlich haftender Gesellschafter angehöriger Notarsubstitut ohne Vertretungsrecht nach außen und ohne entsprechenden Einfluß auf die Geschäftsführung - bei der Willensbildung der Gesellschaft **muß** den Notaren ein bestimmender Einfluß zukommen - für das Ergebnis schlechter Vertretung oder Geschäftsführung persönlich und unbeschränkt haftet. Notariatskandidaten sollten daher der Notar-Partnerschaft nur als Kommanditisten angehören dürfen. Dies würde Auseinandersetzungen in der Partnerschaft weitgehend hintanhaltend und überdies das spätere Ausscheiden des Notariatskandidaten aus der Notar-Partnerschaft - etwa bei der Ernennung auf ein Notariat an einem anderen Ort - erleichtern. Schließlich sei darauf hingewiesen, daß die volle Haftung mit der Weisungsgebundenheit des angestellten Substituten kollidiert.

5. Z.12 (§ 69 a):

Es wird durchaus zugestanden, daß es in der Praxis sinnvoll ist, die Möglichkeit zu eröffnen, einen Notariatsakt schon dann errichten zu können, wenn die erforderliche Vollmacht nicht schon in der im § 69 Abs. 1 vorgeschriebenen Form vorliegt. Abzulehnen ist es allerdings, daß ein auf diese Art errichteter Notariatsakt zunächst wirksam ist und erst dann die Kraft einer öffentlichen Urkunde verliert, wenn die Vollmacht in der vorgeschriebenen Form dem Notar nicht innerhalb von 30 Tagen nach Errichtung des Notariatsaktes vorliegt. Das in Form eines Notariatsaktes geschlossene Geschäft - in einer Reihe von Fällen ist der Notariatsakt vorgeschriebenes Formerfordernis - wäre sohin jedenfalls durch 30 Tage wirksam, hat also Auswirkungen auf Rechtsverhältnisse, sowie Rechte und Pflichten der Beteiligten, die weitere Rechtshandlungen, etwa in Bezug auf Dritte, vornehmen könnten. Ein an sich schon unheimliches Szenario. Verschärft wird der an sich schon unhaltbare Zustand noch dadurch, daß die Parteien sozusagen eine Fristverlängerung, also die Dauer, während welcher ein solcher Notariatsakt wirksam bleibt, bis zu einem Jahr vereinbaren könnten. Der Versuch, das Ärgste dadurch zu verhindern, daß der Notar nicht

berechtigt ist, Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften von der Urschrift eines solchen Notariatsaktes herauszugeben, muß scheitern und kennzeichnet sich selbst, muß doch zugestanden werden, "daß abgabenrechtliche Bestimmungen durch diese Anordnung nicht berührt werden".

Will man dem nicht zu leugnenden Interesse der Praxis entgegenkommen, dann müßte ein solcher Notariatsakt (bei dessen Errichtung die Vollmacht nicht in der im § 69 Abs. 1 vorgeschriebenen Form bereits vorliegt) schwebend unwirksam sein, wobei dieser "Schwebestand" höchstens 30 Tage andauern dürfte. Bei den heute gegebenen Kommunikationsmitteln und der in der Novelle vorgesehenen Regelung, daß die Beglaubigung der Unterschrift des Vollmachtgebers auf der nachträglich vorgelegten Vollmacht auch nach Errichtung des Notariatsaktes vorgenommen worden sein kann, ist damit einerseits dem Erfordernis in der Praxis ausreichend genüge getan und andererseits die Rechtssicherheit nicht überbeansprucht.

6. Z.47 (§ 140 a Abs. 2):

Die Rechtsanwaltschaft begrüßt die im übrigen mit dem Notariat vorbesprochene Änderung der Bezeichnung "eines Zentralen Testamentsregisters" in die Bezeichnung "des Österreichischen Zentralen Testamentsregisters (ÖZTR)".

Zu ändern allerdings ist Abs. 2 Punkt 5. insoweit, als Erbenmachhabern nicht das Recht zustehen soll, die Übermittlung von Daten an sich selbst zu begehren. So wie dem Errichter einer letztwilligen Anordnung zu Lebzeiten über seinen Rechtsanwalt das Recht zusteht, seine letztwillige Anordnung "zu Kontrollzwecken" abzurufen, muß auch dem Erben als Universalsukzessor das selbe Recht über seinen Machthaber zustehen.

Die Verordnungsermächtigung, nämlich das Recht zur Erlassung von Richtlinien zur Führung des Österreichischen Zentralen Testamentsregisters (ÖZTR), ist insoferne einzuschränken, als sie die

Herstellung des Einvernehmens zu der Rechtsanwaltschaft anordnet. Das Österreichische Zentrale Testamentsregister soll eine, wenn auch bei der Notariatskammer geführte, doch gemeinsame Einrichtung des Notariats und der Rechtsanwaltschaft sein, von welcher im übrigen auch ein entsprechender Beitrag seitens des Notariats eingefordert wird. Sie soll darüber hinaus der Allgemeinheit insgesamt dienen, was wieder voraussetzt, daß diese Einrichtung sowohl vom Notariat als auch von der Rechtsanwaltschaft von ungeteilter Zustimmung getragen wird. Es ist daher nur selbstverständlich, daß Richtlinien über die Führung des Österreichischen Zentralen Testamentsregisters (ÖZTR) im Einvernehmen zwischen Notariat und Rechtsanwaltschaft zustande kommen müssen.

§ 140 a (2) 5. sollte daher lauten:

"5. die Einrichtung und Führung des Österreichischen Zentralen Testamentsregisters (ÖZTR) mittels automationsunterstützten Datenverkehrs über die von den Gerichten, Notaren oder Rechtsanwälten verwahrten letztwilligen Anordnungen, Erbverträge, Vermächtnisverträge und Erbverzichtsverträge und die Übermittlung von Daten bei Anfragen von Verlassenschaftsgerichten, öffentlichen Notaren als Gerichtskommissären oder Erbenmachthaber an diese und zu Kontrollzwecken an Gerichte, Notare und Rechtsanwälte hinsichtlich der von diesen angemeldeten Daten registrierungsfähiger Urkunden; ferner die Erlassung von Richtlinien zur Führung des Österreichischen Zentralen Testamentsregisters (ÖZTR), die besonders die Anmelde- und Eintragungsvoraussetzungen, die zu verwendenden Formblätter sowie die Höhe und Entrichtung der zur Deckung des diesbezüglichen Aufwandes notwendigen Gebühren regeln, nach Herstellen des Einvernehmens mit dem Österreichischen Rechtsanwaltskammertag;"

B) Zu Art. II (Änderungen des Notariatsprüfungsgesetzes)

Es sei lediglich die Frage gestellt, ob die Verkürzung der Mindestfrist zwischen erster und zweiter Teilprüfung der Notariatsprüfung auf ein Jahr Praxiszeit als Notariatskandidat im Hinblick auf die oben kritisierten Anrechnungsvorschriften wirklich sinnvoll und sachgerecht ist (Karenz, Wehrdienst, Zivildienst im Ausmaß bis zu höchstens einem Jahr).

C) Zu Art. III (Änderung des Gerichtskommissärs Gesetzes)

Gegenüber der bisherigen Rechtslage soll die Todfallsaufnahme nicht nur dann zwingend dem Notar überlassen werden, wenn in der Gemeinde, in der der Erblasser seinen Wohnsitz hatte, ein Notar seinen Amtssitz hat, sondern ohne diese Einschränkung immer dann, wenn das Abhandlungsgericht die Todfallsaufnahme zu veranlassen hat.

Die in den erläuternden Bemerkungen hiefür angegebene Begründung (heutige Mobilität der Bevölkerung, mangelhafte Ausbildung der Gemeindebediensteten) ist nicht tragfähig. Zum einen stellt es gerade in ländlichen Gebieten und für ältere Leute auch heute noch ein nicht unbeträchtliches Problem dar, vom Wohnort in eine andere, möglicherweise weiter entfernte Gemeinde zu einem Notar anzureisen. Zum anderen besitzen gerade in kleinen Gemeinden, in denen kein Notar seinen Amtssitz hat, die Gemeindebediensteten regelmäßig nähere Kenntnisse über die Familien- und Vermögensverhältnisse, die bei der Todfallsaufnahme festgehalten werden sollen. Gerade diese Nahebeziehung zur Bevölkerung rechtfertigt es, in kleineren Gemeinden, in denen sich kein Notariat befindet, Gemeinden zur Durchführung der Todfallsaufnahme heranzuziehen. Die Novellierung des § 2 Abs. 1 (1) des Gerichtskommissärs Gesetzes sollte daher unterbleiben.

Wien, am 01. Juni 1993

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



Dr. Schuppich

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Generalsekretär