



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

NotZ 6/07

Verkündet am:  
26. November 2007  
K i e f e r  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Verfahren

wegen Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

BNotO § 9 Abs. 1 Satz 2

§§ 1 und 2 der Hamburger Verordnung über die gemeinsame Berufsausübung und die Beschäftigung juristischer Mitarbeiter hauptberuflicher Notare vom 5. Juli 2005 sind von der Ermächtigung des § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO gedeckt und mit dem Grundgesetz vereinbar, soweit die Verbindung von Notaren zur gemeinsamen Berufsausübung der behördlichen Genehmigung bedarf und diese regelmäßig versagt werden soll, wenn sich mehr als drei Notare verbinden.

BGH, Beschluss vom 26. November 2007 - NotZ 6/07 - OLG Hamburg

Der Bundesgerichtshof, Senat für Notarsachen, hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter Schlick, die Richter Galke und Dr. Herrmann sowie die Notare Dr. Lintz und Eule

beschlossen:

Die sofortigen Beschwerden der Antragsteller und der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, Senat für Notarsachen, - VA (Not) 2/06 - vom 13. Dezember 2006 werden zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens haben die Antragsteller zu je 1/14 und die Antragsgegnerin zur Hälfte zu tragen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens beträgt 50.000 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Antragsteller sind zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellte Notare mit Sitz in der Freien und Hansestadt Hamburg. Sie beabsichtigen, sich zur gemeinsamen Berufsausübung zu verbinden. Die Antragsteller zu 1 bis 6 bilden unter der Bezeichnung "Notariat am A. " bereits eine Sozietät. Sie schlossen am 9. November 2004 mit dem Antragsteller zu 7, welcher seit dem 3. Fe-

bruar 2003 als Notarassessor im Anwärterdienst des Antragsgegners tätig war, eine Beitrittsvereinbarung. Danach sollte der Antragsteller zu 7 mit seiner Ernennung zum Notar auf Lebenszeit weiterer Partner der Sozietät werden.

2 Die Antragsgegnerin legte Anfang Mai 2005 den ersten Entwurf einer Verordnung über die gemeinsame Berufsausübung hauptberuflicher Notare vor, der eine Genehmigungspflicht für Notarsozietäten und deren Begrenzung auf in der Regel drei Sozien vorsah. Ein nach politischer Diskussion veränderter zweiter Entwurf wurde am 23. Juni 2005 von der Deputation angenommen und trat am 1. August 2005 in Kraft (Verordnung über die gemeinsame Berufsausübung und die Beschäftigung juristischer Mitarbeiter hauptberuflicher Notare vom 5. Juli 2005 - HmbGVBl. S. 274 - im Folgenden: Verordnung - VO).

3 Mit Bescheid vom 14. Juli 2006 versagte die Antragsgegnerin unter anderem die mit Schreiben der Antragsteller vom 24. Januar 2006 beantragte Genehmigung des Beitritts des Antragstellers zu 7 zur Sozietät der Antragsteller zu 1 bis 6 (Nummer 3 des Bescheides). Sie stützte dies auf § 2 Abs. 4 VO. Zur Wahrung der Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege werde eine Verbindung von mehr als drei Notaren zur gemeinsamen Berufsausübung regelmäßig nicht mehr genehmigt. Diese Vorschrift sei auch auf den Beitritt des Antragstellers zu 7 anwendbar. Zwar sei die entsprechende Vereinbarung bereits im November 2004 abgeschlossen worden. Sie sei jedoch noch nicht wirksam, da sie unter der aufschiebenden Bedingung der Bestellung des Antragstellers zu 7 zum Notar stehe. Für die Anwendbarkeit der Übergangsvorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 2 VO, nach dem die Beschränkung des § 2 Abs. 4 VO für vor dem 1. Mai 2005 geschlossene Verbindungen nicht gelte, sei eine wirksame Verbindung zwischen Notaren ausschlaggebend.

4 Der Antragsteller zu 7 wurde am 29. November 2006 zum Notar auf Lebenszeit bestellt.

5 Mit ihrem gegen den Bescheid der Antragsgegnerin gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung haben die Antragsteller in erster Linie die Feststellung begehrt, dass zwischen ihnen und der Antragsgegnerin kein Rechtsverhältnis bestehe, kraft dessen sie verpflichtet seien, für die gemeinsame Berufsausübung der Antragsteller zu 1 bis 6 mit dem Antragsteller zu 7 eine Genehmigung der Antragsgegnerin einzuholen. Sie haben geltend gemacht, die Verordnung sei verfassungswidrig und damit nichtig. Sie verstoße gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, weil sie sich nicht im Rahmen der Verordnungsermächtigung des § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO halte und den Genehmigungsvorbehalt auch auf bestehende Sozietäten beziehe (§ 6 Abs. 2 VO). Die Antragsgegnerin habe überdies die örtlichen Bedürfnisse und Gewohnheiten missachtet, indem sie aus mehr als drei Notaren bestehende Sozietäten in Hamburg im Wege einer Regelversagung ausgeschlossen habe (§ 2 Abs. 4 VO). Ferner genüge es für einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht, wenn, wie die Antragsgegnerin unterstelle, von Großsozietäten abstrakt die Möglichkeit einer Gefährdung der geordneten Rechtspflege ausgehe. Verhältnismäßig sei allein ein Eingriff bei Vorliegen einer tatsächlichen Gefährdungslage, welche jedoch nicht bestehe. Zudem werde die Berufsfreiheit durch § 2 Abs. 1 Satz 1 VO verletzt. Der normativ vorgegebene Eingriffsmaßstab sei nicht hinreichend bestimmt, um einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG zu rechtfertigen, weil auf der Rechtsfolgenrechte ein blankettartiges Ermessen eingeräumt werde. Weiterhin verstoße die Verordnung auch gegen Art. 9 Abs. 1, Art. 14, Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG.

6            Hilfsweise haben die Antragsteller geltend gemacht, die Antragsgegnerin sei verpflichtet, die gemeinsame Berufsausübung zu genehmigen. Jedenfalls aber hätten sie einen Anspruch auf Bescheidung ihres Antrags unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts.

7            Der Senat für Notarsachen des Oberlandesgerichts hat die Antragsgegnerin auf den zweiten Hilfsantrag unter teilweiser Aufhebung ihres Bescheids vom 14. Juli 2006 verpflichtet, über den Antrag der Antragsteller vom 24. Januar 2006 auf Genehmigung des Beitritts des Antragstellers zu 7 zu der Sozietät der Antragsteller zu 1 bis 6 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Im Übrigen hat es den Antrag auf gerichtliche Entscheidung hinsichtlich des Hauptantrags als unzulässig verworfen und in Bezug auf den ersten Hilfsantrag mangels Spruchreife zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung des Oberlandesgerichts wenden sich sowohl die Antragsteller als auch die Antragsgegnerin mit ihren sofortigen Beschwerden. Während die Antragsteller in erster Linie ihren Hauptantrag weiterverfolgen, macht die Antragsgegnerin die vollständige Zurückweisung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung geltend.

## II.

8            Die sofortigen Beschwerden (§§ 111 Abs. 4 BNotO, § 42 Abs. 4 BRAO) sind zulässig, bleiben aber in der Sache ohne Erfolg.

9            1.      Allerdings ist der Hauptantrag entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts zulässig.

10 a) Zwar sind nach der ständigen Rechtsprechung des Senats im Verfahren nach § 111 BNotO Feststellungsanträge grundsätzlich nicht statthaft (Senatsbeschlüsse vom 25. November 1996 - NotZ 2/96 - BGHR BNotO § 111 Abs. 1 Feststellungsantrag 6 und vom 22. Oktober 1979 - NotZ 4/79 - NJW 1980, 1854, 1855; anders jedoch: Custodis in Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 111 BNotO Rn. 80-82 und Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand Februar 1996, § 40 Rn. 642). Überdies kennt die Bundesnotarordnung im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsordnung kein Normenkontrollverfahren (Senatsbeschluss vom 22. Oktober 1979 aaO). § 111 BNotO eröffnet den Rechtsweg im Allgemeinen nur insoweit, als ein Verwaltungsakt angefochten oder die Vornahme eines solchen begehrt wird (Senatsbeschluss vom 9. Januar 1995 - NotZ 33/93 - NJW-RR 1995, 826). Ein Antragsteller kann jedoch ausnahmsweise dann eine Feststellungsklage erheben oder im Verfahren nach § 111 BNotO entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zu einer Fortsetzungsfeststellungsklage übergehen, wenn andernfalls die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG leerlaufen würde (vgl. z.B.: Senat BGHZ 67, 343, 346; 81, 66, 68; Senatsbeschlüsse vom 9. Januar 1995 aaO S. 827 und vom 22. Oktober 1979 und jew. aaO). Dies ist der Fall, wenn der Antragsteller sonst in seinen Rechten beeinträchtigt wäre und die begehrte Feststellung eine Rechtsfrage klären hilft, die sich der Justizverwaltung bei künftigen Gelegenheiten stellt (z.B.: Senat BGHZ 67, 343, 347; 81 aaO; Senatsbeschlüsse vom 26. März 2007 - NotZ 44/06 - juris Rn. 5; vom 31. Juli 2000 - NotZ 12/00 - NJW-RR 2001, 784; und vom 9. Januar 1995 aaO S. 827).

11 b) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist der in der Hauptsache gestellte Feststellungsantrag der Antragsteller zulässig.

- 12 Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts können die Hilfsanträge den Antragstellern keinen hinreichenden Rechtsschutz verschaffen. Mit ihrem hilfsweise gestellten Verpflichtungsantrag können sie das von ihnen geltend gemachte Recht auf Vereinigung zwar durchsetzen, wenn ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht. Stellt sich jedoch im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Genehmigungserfordernisses die - von den Antragstellern vorrangig geltend gemachte - Unwirksamkeit der Verordnung heraus, ist der Verpflichtungsantrag der Antragsteller jedoch unbegründet - ebenso wie in dem Fall, dass die Verordnung zwar gültig und damit eine Genehmigung erforderlich ist, die Antragsteller jedoch keinen Anspruch auf deren Erteilung haben. Bei Nichtigkeit der Verordnung, auf der das Genehmigungserfordernis beruht, darf eine Verpflichtung zur Erteilung der Genehmigung nicht ausgesprochen werden. Das Nichtbestehen einer Genehmigungspflicht ergibt sich dann aber nur aus den Gründen und wird entgegen dem primären Rechtsschutzziel der Antragsteller nicht bindend festgestellt. Hieran haben die Antragsteller jedoch im Hinblick auf die sich an die Unwirksamkeit der entsprechenden Bestimmungen der Verordnung anknüpfenden weiteren Rechtsfolgen (z.B. kein aufsichtsrechtliches Einschreiten gegen die Sozietät) ein berechtigtes Interesse. Überdies wäre es widersinnig, die Antragsteller darauf zu verweisen, einen (Verpflichtungs-)Antrag zu stellen, der ihrer in erster Linie vertretenen Auffassung widerspricht, um die begehrte Beantwortung der Rechtsfrage (nur) in einer abweisenden Entscheidung erhalten zu können.
- 13 2. Der Hauptantrag ist jedoch unbegründet. Der beabsichtigte Zusammenschluss der Antragsteller zur gemeinsamen Berufsausübung bedarf gemäß § 1 Satz 2 VO der Genehmigung durch die Antragsgegnerin. Die Verordnung ist entgegen der Ansicht der Antragsteller nicht nichtig.

- 14 a) Rechtsgrundlage der Verordnung ist § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Danach werden die Landesregierungen oder die von ihnen bestimmten Stellen ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass sich ein zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellter Notar nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde mit einem anderen Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder gemeinsame Geschäftsräume mit ihm haben kann. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ermächtigungsnorm des § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO bestehen nicht (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 - NotZ 5/05 - NJW-RR 2005, 1722, 1723 m.w.N.) und werden von den Antragstellern auch nicht geltend gemacht.
- 15 b) §§ 1, 2 VO halten ebenfalls einer verfassungsrechtlichen Kontrolle stand, weil sie sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung halten und nicht gegen Grundrechte verstoßen. Die von den Antragstellern gegen die Notarverordnung auf Art. 80, Art. 12, Art. 9, Art. 14, Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG gestützten verfassungsrechtlichen Bedenken sind nicht begründet.
- 16 aa) Das in den §§ 1, 2 VO statuierte Genehmigungserfordernis hält sich innerhalb des Rahmens, den § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO dem Ordnungsgeber vorgibt. Zweck der in dieser Bestimmung enthaltenen Verordnungsermächtigung ist, wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt, den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege, insbesondere im Hinblick auf die örtlichen Bedürfnisse und Gewohnheiten Rechnung zu tragen (siehe ferner BT-Drucks. 13/4184, S. 22; Senat BGHZ 127, 83, 88 f). Diesem Ziel dient auch die von der Antragsgegnerin erlassene Rechtsverordnung.
- 17 (1) Der Notar übt als Träger eines öffentlichen Amtes einen staatlich gebundenen Beruf aus, der auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO) der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dient (BVerfGE 73, 280, 292).

Wegen seiner Nähe zum öffentlichen Dienst ist es der Organisationsgewalt der Justizverwaltung vorbehalten, Zahl und Zuschnitt der Notariate zu bestimmen (z.B.: BVerfG aaO und BVerfGE 17, 371, 379 f; Senat BGHZ 127, 83, 90; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO, S. 1722). Der Justizverwaltung kommt ein - durch die örtlichen Befugnisse und Gewohnheiten und insbesondere die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege begrenztes - Organisationsermessen zu, das sich auf alle Maßnahmen erstreckt, die die Errichtung, Ausgestaltung und Einziehung von Notarstellen betreffen. Dazu gehört auch die - bei Wahrnehmung der Verordnungsermächtigung des § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO erforderliche - Genehmigung der Verbindung mehrerer Nur-Notare zur gemeinsamen Berufsausübung, da hierdurch mehrere selbständige Notariate organisatorisch vereinigt werden (Senat BGHZ aaO). Der Genehmigungsvorbehalt dient, wie noch näher ausgeführt wird (unten bb (2) (c)), der Aufrechterhaltung der Personalhoheit der Justizverwaltung und damit der Sicherung einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege.

- 18 (2) Die Bedenken gegen die Gültigkeit der Verordnung, welche die Antragsteller darauf stützen, dass der Ordnungsgeber ein unzulässiges Harmonisierungsziel verfolge, indem er, wie aus der Ordnungsbegründung hervorgehe, primär darauf abhebe, die Verhältnisse in Hamburg denen in den übrigen Bundesländern anzugleichen, sind unberechtigt. Aus der amtlichen Begründung des Verordnungsentwurfs (ZNotP 2005, 304, 305) geht vielmehr hervor, dass die Verordnung Gefahren für eine geordnete Rechtspflege begegnen soll, die sich durch eine Konzentration von Großnotariaten im Hamburger Innenstadtbereich ergeben. Die Versorgung der gesamten Stadt mit notariellen Leistungen soll nachhaltig und langfristig gesichert werden. Dieser Zweck soll mit Maßnahmen erreicht werden, die, wie die Begründung (aaO) einräumt, zwar im Ergebnis auf eine Annäherung der Hamburger Verhältnisse an diejenigen in

den übrigen Bundesländern mit Nur-Notariat hinauslaufen. Darin besteht aber nicht das Ziel der Verordnung.

19           (3) Soweit die Antragsteller unter Bezugnahme auf das Gutachten von Professor Kämmerer meinen, nicht die Vereinheitlichung, sondern nur die Erhaltung der Vielfalt der Notariatsformen in Deutschland sei das Ziel des § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO, folgt der Senat dem nicht. Aus der Entstehungsgeschichte des § 9 Abs. 2 BNotO in seiner bis zum 7. September 1998 geltenden Fassung (vgl. hierzu eingehend Senat BGHZ 46, 29, 33 f) geht hervor, dass die Verordnungsermächtigung der Abwendung von Gefahren dient, die allgemein aus der gemeinsamen Berufsausübung von Nur-Notaren für die vorsorgende Rechtspflege entstehen (Senat BGHZ 59, 274, 282 f; 127, 83, 94 f). Diese Zielsetzung liegt auch der heutigen Fassung des § 9 BNotO zugrunde, denn bei der Neufassung der Norm hat sich der Gesetzgeber an der bisherigen Regelung orientiert (vgl. BT-Drucks. 13/4184 aaO). Bei der Verwirklichung dieses Ziels sollten die länderspezifischen Besonderheiten („örtliche Bedürfnisse und Gewohnheiten“) zwar berücksichtigt werden. Die Erhaltung der Vielfalt der Notariatsstrukturen in den Bundesländern selbst ist aber nicht der Zweck der Verordnungsermächtigung.

20           Der Senat hat bereits zu § 9 Abs. 2 a.F. BNotO ausgeführt, dass die Vorschrift die örtlichen Bedürfnisse und Gewohnheiten nur als Motiv für die Schaffung der Ermächtigung angibt, der Ordnungsgeber aber nicht allein mit Rücksicht auf die landesspezifischen Verhältnisse entscheiden muss (BGHZ 59, 274, 277). Daran hält der Senat auch für die nunmehr gültige Fassung der Norm fest. Dem Gesetz lässt sich entgegen der Auffassung der Antragsteller nicht entnehmen, dass der Ordnungsgeber sich beim Inhalt der zu erlassenden Verordnung nur oder jedenfalls so weit wie möglich an den bestehenden

Strukturen und Gewohnheiten zu orientieren hat, was eine weitgehende Zementierung der bestehenden Verhältnisse zur Folge hätte. Einen Ewigkeitsschutz für die in Hamburg bis zum Erlass der Verordnung vorhandene Struktur begründet § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO gerade nicht, wie das Oberlandesgericht zutreffend hervorgehoben hat. Vielmehr ist es dem Ordnungsgeber gestattet, das Notarwesen in Hamburg neu zu regeln und zu diesem Zweck auch bestehende Strukturen zu verändern, wenn dies der Sicherung einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege dient.

21 (4) Ein Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ist auch nicht darin zu erblicken, dass der Ordnungsgeber in § 2 Abs. 1 Satz 1 VO die Entscheidung über die Genehmigung der gemeinsamen Berufsausübung in das Ermessen der Justizbehörde gestellt hat. Entgegen der Auffassung der Antragsteller eröffnet die Vorschrift kein blankettartiges Ermessen auf der Rechtsfolgenseite. Vielmehr sind die Voraussetzungen, unter denen eine Genehmigung versagt oder nur mit Nebenbestimmungen erteilt werden darf, in ausreichendem Maße erkennbar. Die Justizverwaltung hat das ihr übertragene Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Dabei ist § 2 Abs. 2 bis 4 VO und dem Zweck der Verordnungsermächtigung bei verfassungskonformer Auslegung hinreichend klar zu entnehmen, dass die Verwaltung die Genehmigung nur versagen oder beschränken darf, wenn und soweit die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege dies gebieten oder wenn sie damit örtlichen Bedürfnissen und Gewohnheiten Rechnung tragen will (vgl. BVerfG DNotZ 1973, 493 f; Senat BGHZ 59, 274, 277; 127, 83, 91 zu § 9 BNotO a.F., der aber inhaltlich insoweit mit der aktuellen Fassung übereinstimmt).

- 22 (5) § 2 Abs. 1 Satz 1 VO läuft auch nicht, wie die Antragsteller meinen, auf ein System faktischen Verbots von Notarsozietäten mit bloßer Erlaubnismöglichkeit hinaus, welches das vom Bundesgesetzgeber vorgegebene Programm einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt in dessen Gegenteil verkehrt. Vielmehr enthält § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO die Ermächtigung für ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, ohne dass sich hieraus, wie die Antragsteller möglicherweise verkennen, ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Erteilung und Versagung der Genehmigung ergibt (z.B.: Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO, S. 1723 m.w.N.).
- 23 (6) Soweit die Antragsteller einen Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG weiter darin erblicken, dass § 6 Abs. 2 Satz 1 VO den Genehmigungsvorbehalt auch auf zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung am 1. August 2005 bestehende Sozietäten bezieht, bedarf diese Frage vorliegend keiner Entscheidung. Die Antragsteller begehren mit ihrem Antrag auf gerichtliche Entscheidung lediglich die Feststellung, dass die nach dem 1. August 2005 aufzunehmende gemeinsame Berufsausübung der Antragsteller zu 1 bis 6 mit dem Antragsteller zu 7 nicht (gemäß § 1 Satz 2 VO) genehmigungsbedürftig ist. Die Frage, ob die bei Inkrafttreten der Notarverordnung bereits bestehende Sozietät zwischen den Antragstellern zu 1 bis 6 nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VO einer Genehmigung der Antragsgegnerin bedarf, ist hingegen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Diese Norm ist von dem übrigen Verordnungsinhalt abtrennbar, so dass sich ihre etwaige Nichtigkeit nicht auf die vorliegende rechtliche Auseinandersetzung auswirken würde.
- 24 Im Übrigen ergibt sich aus § 6 Abs. 2 Satz 2 VO, dass die Genehmigung für die Sozietät der Antragsteller zu 1 bis 6 ohne Probleme zu erteilen sein dürf-

te. Es ist ersichtlich Zweck der Vorschrift, im Hinblick auf den Vertrauensschutz zu gewährleisten, dass bestehende Sozietäten nicht aufgelöst werden müssen.

25           bb) Art. 12 Abs. 1 GG ist durch die Notarverordnung ebenfalls nicht verletzt. Der in den §§ 1, 2 VO statuierte Genehmigungsvorbehalt greift zwar in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein. Dies ist aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

26           (1) Unzutreffend ist die Auffassung der Antragsteller, die Notarverordnung verstoße bereits aus formalen Gründen gegen Art. 12 Abs. 1 GG, weil die Antragsgegnerin es unterlassen habe, bei der Ermittlung des Bedürfnisses einer Regulierung die nach § 92 Nr. 1 und 2 BNotO als zusätzliche Aufsichtsbehörden fungierenden Stellen der Justizverwaltung (Präsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts und Präsident des Landgerichts Hamburg) sowie die Hamburgische Notarkammer ernsthaft zu konsultieren. Die Anhörung Beteiligter, die Einholung von Gutachten und Ähnliches mögen im Verordnungs- oder Gesetzgebungsverfahren zweckmäßig und ein Gebot der Klugheit sein, verfassungsrechtlich geboten sind sie jedoch nicht. Insoweit handelt es sich nicht um eine selbständige Verhaltenspflicht des Gesetzgebers, deren Verletzung schon aus formalen Gründen zur Annahme einer Grundrechtsverletzung führt. Für die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes sind vielmehr die materiellen Maßstäbe des Verfassungsrechts maßgebend. Deren Einhaltung bemisst sich allein nach dem objektiven Inhalt der durch das Gesetz erfolgten Regelung (Badura, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VII, § 163 Rn. 28).

27           (2) Materiell-rechtlich ist Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls nicht verletzt.

- 28 (a) Das Grundrecht der Berufsfreiheit schützt auch die Freiheit des Notars, seinen Beruf gemeinsam mit anderen auszuüben (z.B.: BVerfGE 80, 269, 278; Senat BGHZ 127, 83, 91; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO S. 1723). Der Genehmigungsvorbehalt des § 1 Satz 2 VO greift zwar in dieses Grundrecht ein, betrifft aber nicht den Bereich der Berufswahl, sondern lediglich den der Berufsausübung (vgl. z.B.: BVerfGE aaO; NJW 2003, 419, 420; Senat BGHZ 59, 274, 278; aaO; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO m.w.N.). Dies gilt auch für solche Notarassessoren, die - wie der Antragsteller zu 7 - im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Notarverordnung bereits aufschiebend bedingte Beitrittsvereinbarungen mit Sozietäten abgeschlossen hatten, welche die Höchstzahlbegrenzung des § 2 Abs. 4 VO überschreiten. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Assessoren in Hamburg infolge der regelmäßigen Sozietätsobergrenze von drei Notaren nicht die Möglichkeit haben, ihr künftiges Amt mit vernünftiger wirtschaftlicher Perspektive auszuüben.
- 29 Die Freiheit der Berufsausübung kann gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden, soweit sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist (z.B.: BVerfGE 7, 377, 405; Senat BGHZ 59,aaO; 127, 83, 94; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO). Dies ist hier der Fall.
- 30 (b) Darüber hinaus können mit Rücksicht darauf, dass der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) einen staatlich gebundenen Beruf ausübt (vgl. zum Begriff BVerfGE 7, 377, 398), der auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dient (z.B.: BVerfGE 73, 280, 292; Senat BGHZ 127, 83, 90; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO, S. 1722), für ihn als Inhaber eines öffentlichen Amtes Sonderrege-

lungen in Anlehnung an Art. 33 GG Anwendung finden, welche die Wirkungen des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG zurückzudrängen vermögen (z.B.: BVerfGE 7 und 73 jew. aaO; NJW 2003, 419, 420; Senat BGHZ 59, 274, 278).

31 (c) Der mit dem Genehmigungsvorbehalt verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit der Nur-Notare ist inhaltlich zulässig; insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO soll der Abwendung von Gefahren dienen, die allgemein aus der gemeinsamen Berufsausübung von Nur-Notaren für die vorsorgende Rechtspflege entstehen. Der Genehmigungsvorbehalt hat vornehmlich den Zweck, der durch die Bildung von Sozietäten bewirkten Einschränkung der Personalhoheit der Landesjustizverwaltungen bei der Besetzung von Notarstellen entgegenzuwirken (z.B.: Senat BGHZ 59, 274, 279; 127, 83, 94; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO, S. 1724). Die Personalhoheit soll auch die Chancengleichheit aller Bewerber (Art. 3 Abs. 1 GG) und den gemäß Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich garantierten gleichen Zugang zu dem öffentlichen Amt des Notars nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gewährleisten. Insbesondere beugt die Personalhoheit der Justizverwaltung vor, dass die Besetzung der Notarstellen nach sachfremden Motiven wie persönlichen Beziehungen oder gar finanziellen Zuwendungen erfolgt. Zugleich wird dadurch die erforderliche Bestenauslese sichergestellt, die ebenfalls dem Interesse der Allgemeinheit an einer geordneten Rechtspflege dient. Die Personalhoheit sichert so eine geordnete Rechtspflege und damit ein Gemeingut von hohem Stellenwert, das die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit grundsätzlich rechtfertigt (z.B.: BVerfGE 54, 237, 249; 80, 269, 279; Senat BGHZ 59, 274, 279; 127, 83, 95; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO).

32

Wie der Senat bereits entschieden hat, besteht die Gefahr, dass die Personalhoheit der Justizverwaltung durch notarielle "Großsozietäten" unangemessen beeinträchtigt wird (Senat BGHZ 127, 83, 94 f; Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO). Scheidet ein Notarsozius aus dem Amt aus, kann seine Stelle faktisch in der Regel nur mit einem Bewerber besetzt werden, den der oder die verbleibenden Partner in ihre Sozietät aufnehmen wollen. Wird die Stelle aus der Sozietät abgespalten, etwa weil die Justizverwaltung sie mit einem Bewerber besetzt, der sich mit dem oder den Kollegen aus der ursprünglichen Sozietät beruflich nicht verbinden möchte oder mit dem sich die verbliebenen Notare nicht verbinden wollen, kann sie einer "Nullstelle" gleichkommen. Einer solchen Entwicklung lässt sich auch nicht in ausreichendem Maße dadurch entgegenwirken, dass die Justizverwaltung - etwa abweichend von der bisherigen Praxis in Hamburg - die Verwaltung der frei gewordenen Notarstelle (§ 56 BNotO) und die Aktenverwaltung (§ 51 BNotO) nicht einem Angehörigen der Sozietät des ausgeschiedenen Notars überträgt, sondern auf den von ihr neu bestellten Notar. Denn erfahrungsgemäß werden die Mandanten des ausgeschiedenen Notars bei der ihnen bereits bekannten Sozietät bleiben und nicht zu dem nunmehr als Einzelnotar tätigen Nachfolger wechseln (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO). Damit wird die Entscheidung über die Besetzung der Stelle nicht mehr allein von der hierfür zuständigen Justizverwaltung, sondern maßgeblich von dem oder den verbliebenen Partner(n) der Sozietät getroffen. Zwar bleibt auch bei mehrgliedrigen beruflichen Verbindungen die nach den Kriterien des § 6 BNotO zu treffende Personalentscheidung letztlich der Justizverwaltung überlassen. Gleichwohl kann bereits der Kreis der Bewerber, aus dem die Auswahl zu treffen ist, eingeengt sein, weil an einer Mitarbeit in der betreffenden Sozietät ebenso wie an einer abgespaltenen, einer Nullstelle vergleichbaren Notarstelle kein Interesse besteht (Senat aaO). Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr, dass sich Interessenten bereits von einer Bewerbung

um eine Notarstelle abhalten lassen, die zuvor ein in Sozietät verbundener Notar innehatte, so dass die Sicherstellung des Prinzips der Bestenauslese in Gefahr gerät. Damit wird die Personalhoheit der Landesjustizverwaltung ebenfalls beeinträchtigt.

33            Diese Erwägungen treffen entgegen der Ansicht der Antragsteller nicht nur auf Flächenländer, sondern auch auf Hamburg zu. Der vorliegende Fall verdeutlicht geradezu den rechtlich nicht zu billigen Einfluss größerer Sozietäten auf die Besetzung freier Notarstellen. In Hamburg ist es weit verbreitete Praxis, dass Notarassessoren schon lange vor ihrer Bewerbung um eine Notarstelle Kontakte zu großen Sozietäten herstellen und gegebenenfalls Beitrittsvereinbarungen unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Ernennung zum Notar in Hamburg abschließen. So datiert die entsprechende Vereinbarung des Antragstellers zu 7 mit der aus den Antragstellern zu 1 bis 6 gebildeten Sozietät bereits vom 9. November 2004. Ein Interessent, der sich zuvor nicht mit einer Sozietät, in der die eine Stelle frei wird, geeinigt hat, hat ungleich geringere Chancen, wirtschaftlich erfolgreich zu bestehen, als ein Bewerber, dem dies gelungen ist. Der Kreis der potentiellen Bewerber wird durch diese Praxis eingeschränkt, weil die Gefahr besteht, dass Notarassessoren, die eine solche Einigung nicht erzielt haben, von einer Bewerbung um eine Notarstelle absehen. Nach dem eigenen Vorbringen der Antragsteller war für den Antragsteller zu 7 die Möglichkeit, als Notar in einer größeren Sozietät tätig werden zu können, sogar ausschlaggebend dafür, dass er überhaupt in den Anwärterdienst der Antragsgegnerin eingetreten ist.

34            Die Auffassung der Antragsteller und der Notarkammer, die in Hamburg praktizierte Form der "abstrakten Stellenausschreibung" (nach Ausscheiden eines Notars, etwa durch Eintritt in den Ruhestand, wird nicht die konkrete frei

gewordene Stelle ausgeschrieben, sondern abstrakt eine Notarstelle in Hamburg) schließe eine Beeinträchtigung der Personalhoheit der Antragsgegnerin durch die bestehenden (Groß-)Sozietäten "zwangsläufig" aus, trifft nicht zu. Auch wenn nach Ausscheiden eines Notars nicht dessen konkrete Stelle ausgeschrieben wird, sondern - bei entsprechendem Bedarf - abstrakt eine Notarstelle in Hamburg, handelt es sich doch der Sache nach um die Nachfolge dieses Notars. Dies wird gerade durch die verbreitete Hamburger Praxis der frühzeitigen Sozietätsbeitrittsvereinbarungen mit Notarassessoren bestätigt, mit der de facto die Nachfolge eines sozietätsangehörigen Notars - von den Sozien selbst - geregelt wird.

35 (d) Die gegen die Zulässigkeit der Größenbeschränkung für Notarsozietäten erhobenen Einwände der Antragsteller überzeugen nicht.

36 (aa) Den Antragstellern ist zuzugeben, dass eine Sozietät auch Vorteile, etwa für die Einarbeitung des in das Berufsleben neu eintretenden Notars, die fachliche Spezialisierung und die Büroorganisation, mit sich bringt (Senat BGHZ 59, 274, 280 f). Diese Effekte sind aber gleichfalls, wenn auch in geringerem Maße, bei Zusammenschlüssen von zwei oder drei Notaren zu erzielen. Die Vorteile noch größerer Sozietäten sind nicht so gewichtig, dass die Antragsgegnerin selbst unter Berücksichtigung ihres Beurteilungsspielraums als Normgeber (siehe zur Einschätzungsprärogative z.B.: BVerfGE 98, 49, 60, 62; BVerfG NJW 2003, 419, 420) davon absehen musste, von der Verordnungsermächtigung des § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO Gebrauch zu machen (vgl. auch Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO zur Situation in Sachsen). Auch insoweit sind für Hamburg keine von anderen Bundesländern durchgreifend abweichenden Verhältnisse erkennbar. Im Übrigen ist nicht zu verkennen, dass die gerade bei "Großsozietäten" bestehende Möglichkeit, die Amtsgeschäfte nach Sachge-

bieten aufzuteilen, mit der Verpflichtung des Notars zur persönlichen Amtsführung und zur Gewährung der Urkundstätigkeit auf dem Gesamtgebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§§ 1, 15 BNotO) in Konflikt geraten kann. Darüber hinaus können sich hierarchische Strukturen herausbilden, die mit der persönlichen und unabhängigen Amtsführung eines jeden Sozietätsmitglieds unvereinbar sind.

37 (bb) Die von den Antragstellern geäußerte Befürchtung, dass zunächst verstärkt "Nullstellen" entstehen werden, bis die Notariate mit derzeit mehr als drei Sozien auf die Regelgröße geschrumpft sind, ist zwar nicht von der Hand zu weisen. Dies begründet aber keinen Verstoß von §§ 1 und 2 VO gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Es liegt im rechtspolitischen Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin als Verordnungsgeber, ob sie diesen übergangsweise entstehenden Nachteil um der beabsichtigten langfristigen Wirkungen willen in Kauf nimmt. Von Verfassungs wegen ist sie zu einem bestimmten Abwägungsergebnis nicht genötigt.

38 (cc) Schließlich ist den Antragstellern auch nicht darin beizupflichten, dass die Antragsgegnerin im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG nur dann berechtigt war, von der Verordnungsermächtigung des § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO Gebrauch zu machen, wenn eine konkrete Gefahr für die vorsorgende Rechtspflege durch die Existenz von "Großsozietäten" bestand. Vielmehr sind die Landesregierungen beziehungsweise die von ihr bestimmten Stellen berechtigt, diese Ermächtigung auch zur Abwehr abstrakter Gefahren, die von solchen Sozietäten für die Rechtspflege ausgehen, zu nutzen (vgl. Senat BGHZ 46, 29, 34; 59, 274, 283). Die Antragsgegnerin durfte deshalb schon den Befund, dass sich seit 1961 eine langsame, aber stetige Entwicklung zu immer mehr und immer größeren Sozietäten bemerkbar macht (vgl. amtliche Begründung des Verordnungsentwurfs

ZNotP 2005, 304, 305), zum Anlass nehmen, eine Grenze für die Anzahl der in einer Sozietät verbundenen Notare einzuführen, auch wenn sich die aus dieser Entwicklung ergebende abstrakte Gefahr noch nicht konkretisiert haben sollte.

39            Soweit die Antragsteller demgegenüber aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Sozietäten von Anwaltsnotaren (BVerfGE 98, 49) und zur Nebentätigkeitsgenehmigung (BVerfG NJW 2003, 419) herzuleiten versuchen, eine Beschränkung der Berufsfreiheit der Notare dürfe allgemein nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahrenlage erfolgen, ist dem nicht zu folgen. Die Entscheidungen äußern sich zu diesem Problemkreis nicht. Überdies sind die Erwägungen in der "Sozietätsentscheidung" ohnehin nicht auf die vorliegende Fallgestaltung übertragbar. Für diese Entscheidung war tragend, dass es - anders als hier - an einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung der in Rede stehenden Beschränkungen fehlte (vgl. BVerfGE 98, 49, 61; Jaeger ZNotP 2003, 402, 403). Schließlich können die Antragsteller auch den Senatsbeschluss vom 24. Juli 2006 (NotZ 1/06 - NJW-RR 2007, 274, 275) nicht für ihre Rechtsposition in Anspruch nehmen, bei dem es nicht um die Wirksamkeit eines Gesetzes im materiellen Sinn ging, sondern um die Anwendung einer speziellen Norm (§ 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO) in einem Einzelfall.

40            (dd) Unbegründet ist die Rüge der Antragsteller, die Antragsgegnerin verfolge mit dem Erlass der Notarverordnung das unzulässige Ziel eines Konkurrentenschutzes zugunsten kleinerer Notariate. Zwar stellt ein solcher Zweck allein noch keinen Gemeinwohlbelang dar, der einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigt (Senatsbeschluss vom 24. Juli 2006 aaO; BVerfG NJW 2000, 3486, 3488). Soweit die Antragsgegnerin nach der amtlichen Begründung des Verordnungsentwurfs (aaO) anstrebt, die Situation von Einzelnotaren und kleineren Sozietäten außerhalb der Hamburger Innenstadt zu stärken, bezieht sich

dies auf den Erhalt des personellen Bestandes und der Standorte solcher Notariate, nicht aber auf die Verbesserung von deren Konkurrenzfähigkeit im Wettbewerb um Mandanten.

41 cc) Wie der Senat bereits entschieden hat, können sich die Notare, die sich zu einer Sozietät zusammenschließen wollen, nicht auf das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) berufen (BGHZ 127, 83, 95 unter Bezugnahme auf BVerfGE 54, 237, 251; im Ergebnis auch Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl., 2007, Art. 9, Rn. 9; a.A. allerdings: Höfling in Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl., 2003, Art. 9 Rn. 20; Sachs MDR 1996, 1197, 1200 f). Dieses Grundrecht kann einem gemeinsam verfolgten Zweck keinen weitergehenden Schutz vermitteln als einem individuell verfolgten; es kann hier deshalb jedenfalls nicht weiter reichen als Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. BVerfG und Senat aaO).

42 dd) Art. 14 GG ist durch den Genehmigungsvorbehalt der §§ 1, 2 VO bei Gründung neuer Sozietäten beziehungsweise im Falle des Beitritts eines neuen Partners zu einer bereits bestehenden Sozietät ebenfalls nicht verletzt. Denn Art. 14 Abs. 1 GG vermittelt nur Bestands-, nicht aber Erwerbsschutz (vgl. z.B.: BGHZ 98, 341, 351 m.w.N.). Dafür, dass durch die Genehmigungspflicht in die Substanz der Sozietät "Notariat am A. " eingegriffen würde, ist aber nichts ersichtlich.

43 Ob die Statuierung der Genehmigungspflicht für Altsozietäten aufgrund der Übergangsvorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 1 VO - wie von den Antragstellern geltend gemacht - unverhältnismäßig in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreift, ist zweifelhaft, hier jedoch nicht entscheidungserheblich. Denn mit ihrem Antrag auf

gerichtliche Entscheidung wenden sich die Antragsteller nicht gegen eine Ver-  
sagung der Genehmigung ihrer bereits bei Inkrafttreten der Verordnung beste-  
henden Sozietät, sondern dagegen, dass die Antragsgegnerin die Aufnahme  
eines weiteren Sozius wegen Überschreitung der Regelgröße unterbindet.

44 ee) Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist ebenfalls nicht ersichtlich. Der  
allgemeine Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normad-  
ressaten im Vergleich zu einer anderen unterschiedlich behandelt wird, obwohl  
zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem  
Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten  
(z.B.: BVerfGE 95, 39, 45; 102, 41, 54). Das Vorbringen der Antragsteller zeigt  
derartige unzulässige Ungleichbehandlungen verschiedener Normadressaten  
nicht auf. Soweit die Antragsteller auf größere Anwaltsnotariate im Hamburger  
Umland oder in anderen deutschen Wirtschaftsmetropolen mit internationaler  
Verflechtung verweisen, vermag dies eine gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende  
Ungleichbehandlung bereits deshalb nicht zu begründen, weil eine Verletzung  
des allgemeinen Gleichheitssatzes nur bei Ungleichbehandlung durch dieselbe  
Rechtsetzungsgewalt erfolgen kann (z.B.: BVerfGE 33, 224, 231; Jarass aaO,  
Art. 3, Rn. 4 a).

45 Auch soweit die Antragsteller rügen, die in § 2 Abs. 4 VO bestimmte Re-  
gelhöchstzahl von drei Soziern sei willkürlich, liegt eine Verletzung von Art. 3  
Abs. 1 GG nicht vor. Nahezu jede mathematisch-naturwissenschaftlich nicht  
ableitbare zahlenmäßige Grenzziehung in einer Rechtsnorm ist letztlich rational  
nicht begründbar, sondern beruht auf einer wertenden Entscheidung des Norm-  
gebers, dem hierbei ein Beurteilungsspielraum zusteht. Es hält sich innerhalb  
dieses Spielraums, wenn die Antragsgegnerin die von notariellen Sozietäten für  
eine geordnete vorsorgende Rechtspflege ausgehenden Gefahren bei Dreier-

zusammenschließen noch für hinnehmbar hält, nicht jedoch bei größeren Sozietäten.

46 ff) §§ 1, 2 VO verletzen schließlich auch nicht das in Art. 20 GG verankerte Prinzip der Rechtssicherheit in der Form des Vertrauensschutzes.

47 (1) Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips zählt die Rechtssicherheit, die verhindern soll, dass der rechtsunterworfenen Bürger durch die rückwirkende Beseitigung erworbener Rechte über die Verlässlichkeit der Rechtsordnung getäuscht wird. Rechtsbeständigkeit bedeutet daher für ihn in erster Linie Vertrauensschutz, welcher Verfassungsrang genießt (st. Rspr., z.B.: BVerfGE 105, 48, 57 m.w.N.).

48 Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine echte Rückwirkung nur vor, wenn ein Gesetz vor seiner Verkündung bereits abgeschlossene Rechtsverhältnisse nachträglich veränderten Bedingungen unterwirft (BVerfGE 88, 384, 403 f; 94, 241, 258 f), was nur aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls zulässig ist (z.B.: BVerfGE 97, 67, 79 f). Eine unechte Rückwirkung besteht demgegenüber, wenn das Gesetz für noch andauernde Tatbestände mit Wirkung für die Zukunft erstmalig oder veränderte Rechtsfolgen vorsieht (z. B.: BVerfGE 95, 64, 86; 97, 378, 389; 103, 392, 403; für die erstmalige Einführung von Genehmigungserfordernissen vgl. BVerwG NVwZ 1991, 166 f; Sachs aaO, Art. 20 Rn. 136). Dies ist unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich zulässig (z.B.: BVerfGE 95 aaO und 97, 378, 383; Sachs aaO), wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen und ihr Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage die Veränderungsgründe des Gesetzgebers nicht überwiegen (z. B.: BVerfGE 76, 256, 356; 95 aaO; 101, 239, 263). Das Gewicht des Vertrauensschutzes wird bestimmt

durch die betroffenen Rechtsgüter, die Intensität der Nachteile sowie das Maß berechtigten Vertrauens (Sachs aaO, Rn. 137 m.w.N.).

49 (2) Gemessen an diesen Grundsätzen liegt bei der vorliegend zu beurteilenden Fallgestaltung eine zulässige unechte Rückwirkung vor. Durch das Erfordernis der Genehmigung des Beitritts eines weiteren Sozius werden die bei Inkrafttreten der Notarverordnung bereits bestehenden Sozietäten (nur) für die Zukunft einer bislang nicht geltenden Regelung unterworfen. Diese unechte Rückwirkung ist zulässig, weil die Bestandsinteressen der betroffenen Notare und Notarassessoren die Veränderungsgründe des Gesetzgebers nicht überwiegen. Die Einführung des Genehmigungserfordernisses dient, wie oben ausgeführt, der Gewährleistung der Personalhoheit der Landesjustizverwaltung bei der Neubesetzung frei werdender Notarstellen. Die Personalhoheit der Landesjustizverwaltung sichert eine geordnete Rechtspflege und damit ein Gemeingut mit hohem Stellenwert (z.B.: Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 aaO, S. 1724 m.w.N.). Insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der Verordnungsgeber den Befund hatte, dass die derzeitige Zusammensetzung der Hamburger Notariate erst das Ergebnis einer zwar langsamen, aber stetigen Entwicklung zu immer mehr und immer größeren Notariaten ist (amtliche Begründung des Verordnungsentwurfs aaO), ist das Vertrauen der bei Verkündung der Notarverordnung bestehenden Notarsozietäten, einen Bestand von mehr als drei Soziern auf Dauer beizubehalten beziehungsweise auf mehr als drei Notare aufzustoßen, nicht generell gewichtiger als dieser Gemeinwohlbelang.

50 Dabei fällt auch ins Gewicht, dass die Rechtsverordnung in § 6 Abs. 2 Satz 2 VO eine Übergangsregelung vorsieht, welche den notwendigen Raum für eine verfassungskonforme Handhabung des Genehmigungsverfahrens im Einzelfall lässt. Insbesondere aber hat der Verordnungsgeber durch die Aus-

gestaltung des § 2 Abs. 4 VO als Norm mit (gebundenem) Ermessen die Möglichkeit geschaffen, berechnete Erwartungen betroffener Notare oder Notarasessoren zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn sie im Vertrauen auf das Fortbestehen der bisherigen Rechtslage schützenswerte Dispositionen getroffen haben (vgl. amtliche Begründung des Verordnungsentwurfs zu § 2 Abs. 4 VO, ZNotP 2005, 304, 306).

51 3. In Bezug auf die beiden Hilfsanträge ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts nicht zu beanstanden, so dass die insoweit eingelegten Rechtsmittel beider Seiten unbegründet sind.

52 Zwar ist die Versagung der Genehmigung des Beitritts des Antragstellers zu 7 zur Sozietät der Antragsteller zu 1 bis 6 rechtswidrig und verletzt sie in ihren Rechten. Die Sache ist allerdings noch nicht entscheidungsreif, so dass die Antragsgegnerin lediglich zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verurteilt werden kann. Die Erteilung der Genehmigung steht im Ermessen der Antragsgegnerin (§ 2 Abs. 1 Satz 1 VO). Das Gericht kann diese Ermessensausübung nicht ersetzen. Es liegt auch kein Fall der sogenannten Ermessensreduzierung auf Null vor, bei der gleichwohl eine endgültige Entscheidung zur Sache ergehen kann.

53 a) Die Antragsgegnerin hat von dem ihr nach § 2 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 4 VO zustehenden (gebundenen) Ermessen in einer der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht. Bei Abwägung mit den Belangen einer geordneten Rechtspflege hat die Antragsgegnerin dem grundsätzlich schutzwürdigen Vertrauen der Antragsteller auf den Fortbestand der Sozietätsfreiheit mit der Möglichkeit, den Antragsteller zu 7 ohne weiteres in das "Notariat am A. " aufzunehmen, nicht das gebührende Gewicht eingeräumt.

54           aa) Der Verordnungsgeber hat unter anderem mit dem lediglich als Sollvorschrift ausgestalteten § 2 Abs. 4 VO eine Regelung geschaffen, die es im Hinblick auf die unechte Rückwirkung des Genehmigungserfordernisses ermöglicht, den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz berechtigten Vertrauens in den Fortbestand der Genehmigungsfreiheit für Notarsozietäten zu gewährleisten. Nach der Verordnungsbegründung (ZNotP 2005, 304, 306) sind insbesondere in diesem Vertrauen getätigte wirtschaftliche Dispositionen und etwaige bereits getroffene bindende Vereinbarungen bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen.

55           bb) Die Antragsteller haben Tatsachen vorgetragen, welche unter diesen Gesichtspunkten eine Ausnahme von der Regel des § 2 Abs. 4 VO in Betracht kommen lassen.

56           Zwar konnte der Antragsteller zu 7 bei der Aufnahme seines Anwärterdienstes nicht allgemein darauf vertrauen, dass die für ihn günstige Genehmigungsfreiheit solcher Zusammenschlüsse für alle Zukunft unverändert weitergelten würde. Die Antragsteller haben jedoch nach Aufnahme des Anwärterdienstes des Antragstellers zu 7 konkrete Abreden im Vertrauen auf die bisherige Rechtslage getroffen und nach ihrem Vortrag im Vorgriff auf den seinerzeit berechtigt erwarteten Beitritt des Antragstellers zu 7 zahlreiche auch wirtschaftliche Dispositionen getroffen.

57           Sie haben den Beitritt des Antragstellers zu 7 bereits am 9. November 2004 und damit deutlich vor der Veröffentlichung des ersten Entwurfs der VO vereinbart. Dieser Zusammenschluss genießt grundsätzlich Vertrauensschutz,

da er der von der Antragsgegnerin über lange Zeiträume hinweg zumindest tolerierten "Hamburger Praxis" entsprach.

58 Diese Vereinbarung ist auch zum Teil bereits umgesetzt worden. So hat die Sozietät den Antragsteller zu 7 seit dem 9. November 2004 intern wie einen gleichberechtigten Partner behandelt. Er erhielt Zugang zu allen wirtschaftlichen Daten des Notariats und unterzeichnete alle sozietätsvertraglichen Vereinbarungen. Von einer Einbindung des Antragstellers zu 7 in die Sozietät zeugt ferner der Umstand, dass dieser im Vertrauen auf den Bestand seines Beitritts neben seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Notarkammer Hamburg in nicht unerheblichem Umfang seine Arbeitskraft in das "Notariat am A. " einbrachte. Er bearbeitete Mandate, gestaltete die Büroorganisation mit und wirkte an Personalangelegenheiten mit. Damit stellt sich die Einbindung des Antragstellers zu 7 in das "Notariat am A. " als weitaus intensiver dar als diejenige eines Notarassessors, der im normalen Verlauf seiner Ausbildung einem Notar zugewiesen wird.

59 Vor allem aber hat der Antragsteller zu 7 im Vertrauen auf den Bestand seiner Beitrittsvereinbarung davon abgesehen, sich andere gleichartige und gleichwertige berufliche Perspektiven offen zu halten. Insbesondere hat er andere Sozietätsgebote abgelehnt. Diese Entscheidungen sind möglicherweise inzwischen irreversibel, da diese Sozietäten zwischenzeitlich anders disponiert haben und gegebenenfalls mit Rücksicht auf § 2 Abs. 4 VO den Antragsteller zu 7 auch nicht mehr aufnehmen können.

60 Der Reichweite dieses Vertrauensschutzes wird in Nummer 1 der verwaltungsinternen Leitlinien der Antragsgegnerin für die Genehmigung von Sozietätsverträgen, welche sie der angefochtenen Entscheidung erkennbar zugrunde

gelegt hat, nicht hinreichend Rechnung getragen. Dort kündigt sie an, in restriktiver Weise Gebrauch von der Ermessensnorm des § 2 Abs. 4 VO zu machen, indem Ausnahmen nur zugunsten solcher Notarassessoren gemacht werden sollen, die am 3. Mai 2005 als Verwalter oder faktisch wie ein Notar in eine Sozietät eingebunden waren. Eine derartig restriktive Handhabung der Vorschrift, welche die in der Verordnungsbegründung dargelegten Ermessensgrundsätze begrenzt und damit eine die Notarverordnung einschränkende Rechtsanwendung bewirkt, wird solchen Betroffenen nicht gerecht, die - wie die Antragsteller im vorliegenden Verfahren - in anderer Weise wirtschaftliche und berufliche Dispositionen getroffen haben, die aber unter Vertrauensgesichtspunkten ebenfalls schützenswert sind.

61           Soweit die Antragsgegnerin in ihrem angefochtenen Bescheid die Beitrittsvereinbarung nicht als bindend ansieht, weil deren Wirksamkeit von der Genehmigung der Berufsverbinding nach der Notarverordnung abhängt, unterliegt sie einem Fehlschluss. Denn das schützenswerte Vertrauen der Antragsteller resultiert gerade aus dem Umstand, dass die Beitrittsvereinbarung im Zeitpunkt ihres Abschlusses frei getroffen werden konnte und die Genehmigungspflicht erst nach Vertragsschluss eingeführt wurde.

62           Ermessensfehlerhaft ist der angefochtene Bescheid auch deshalb, weil die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung unberücksichtigt gelassen hat, dass der Antragsteller zu 7 auf Veranlassung der Notarkammer seit dem 1. März 2004 als deren Geschäftsführer tätig war und er ohne die Wahrnehmung dieser im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe möglicherweise bereits im Anschluss an den Beitrittsvertrag einem Sozium des "Notariats am A.           " zur Ausbildung zugewiesen worden wäre. Dies hätte eine faktische Einbindung in die Sozietät wie ein Notar gemäß Nummer 1 der Genehmigungsleitlinien der

Antragsgegnerin zumindest gefördert. Wenn die Antragsgegnerin diesem Umstand bei ihrer Ermessensentscheidung im angefochtenen Bescheid keine Bedeutung beimisst, wird dies dem Grundrecht der Berufsfreiheit gleichfalls nicht gerecht.

63 cc) Demgegenüber ist das Allgemeininteresse an der Sicherung einer geordneten Rechtspflege im konkreten Fall, jedenfalls nach dem derzeitigen Erkenntnisstand, nicht in einem solchen Maße gefährdet, dass den dargelegten Einzelinteressen der Antragsteller nicht der Vorrang eingeräumt werden könnte. Es ist nicht ersichtlich, dass die Erreichung des Ziels der Verordnung erheblich erschwert würde, wenn die Antragsgegnerin den vor Bekanntwerden des Entwurfs der Verordnung vereinbarten Beitritt des Antragstellers zu 7 in das "Notariat am A. ..." genehmigte und dieses dadurch bis zum altersbedingten Ausscheiden des Antragstellers zu 1 spätestens am 31. August 2011 aus sieben Sozien bestünde. Die Antragsgegnerin rechnet selbst damit, dass der mit Einführung der Notarverordnung eingeleitete Abschmelzungsprozess des "Notariats am A. ..." erst im Jahre 2029 abgeschlossen sein wird. Akute Missstände in der Sozietät der Antragsteller zu 1 bis 6, denen kurzfristig entgegenzuwirken wäre, hat die Antragsgegnerin nicht dargetan. Vor diesem Hintergrund kann das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauen der Antragsteller in die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage gegenüber der Abwehr einer lediglich abstrakten Gefahr für die geordnete Rechtspflege überwiegen.

64 b) Allerdings ist das Ermessen der Antragsgegnerin nicht auf Null reduziert. Derzeit lässt sich insbesondere nicht feststellen, dass nur eine uneingeschränkte Genehmigung des Beitritts als einzige Entscheidung nicht ermessensfehlerhaft wäre. Die Genehmigung kann gemäß § 4 Satz 1 VO mit Auflagen verbunden oder befristet werden. Von dieser Möglichkeit hat die Antrags-

gegnerin im Falle des Beitritts des Antragstellers zu 6 Gebrauch gemacht. Die Beitrittsvereinbarungen der Antragsteller zu 6 und zu 7 sind nahezu identisch.

65 Entgegen der Ansicht der Antragsteller ist das Ermessen der Antragsgegnerin auch nicht deshalb auf Null reduziert, weil zugunsten der Antragsteller § 6 Abs. 2 Satz 2 VO auf den Beitritt des Antragstellers zu 7 in das "Notariat am A. " anzuwenden sei, deshalb hierfür die Regelhöchstzahl des § 2 Abs. 4 VO nicht gelte und damit der tragende Versagungsgrund entfallen sei. § 6 Abs. 2 Satz 2 VO erfasst nur solche Sozietäten von Notaren, die am 1. Mai 2005 bereits wirksam bestanden. An diesem Tag war der Antragsteller zu 7 jedoch noch nicht Notar und dementsprechend auch noch nicht Sozius des Notariats. Es genügt nicht, dass eine solche Verbindung, wie hier, mit der Folge aufschiebend bedingt vereinbart war, dass - unbeschadet einzelner Vorwirkungen - die Rechtsfolgen noch suspendiert waren. Die Verordnung unterscheidet, wie sich aus § 1 und § 2 Abs. 3 Nr. 2 und 3 ergibt, zwischen der wirksamen (vollzogenen) Verbindung von Notaren zur gemeinsamen Berufsausübung und der ihr zugrunde liegenden (genehmigungsbedürftigen) Vereinbarung. Hieraus folgt weiter, dass auch der Begriff der Verbindung in § 6 Abs. 2 Satz 2 VO nur die bereits vollwirksamen Sozietäten erfasst. Dieses Verständnis wird durch die Begründung des Entwurfs der Verordnung gestützt, in der zu der Vorschrift ausgeführt wird, bestehende Berufsverbindungen müssten nicht aufgelöst werden (ZNotP 2005, 304, 307). Bestehen und aufgelöst werden können aber nur wirksam begründete Sozietäten.

66 c) Da aus den oben genannten Gründen Ermessenserwägungen nachzuholen sind, ist die Sache noch nicht zur Entscheidung reif. Die Antragsgegnerin ist daher in den Stand zu versetzen, das ihr zustehende Ermessen - auch hinsichtlich etwaiger Auflagen und Befristungen - erneut auszuüben.

Schlick

Galke

Herrmann

Lintz

Eule

Vorinstanz:

OLG Hamburg, Entscheidung vom 13.12.2006 - VA (Not) 2/06 -