



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

NotZ(Brfg) 3/19

vom

20. Juli 2020

in dem Rechtsstreit

Der Senat für Notarsachen des Bundesgerichtshofs hat am 20. Juli 2020 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richter Tombrink und Offenloch und die Notare Dr. Strzyz und Dr. Frank

beschlossen:

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Senats für Notarsachen des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 3. Mai 2019 wird abgelehnt, mit der Maßgabe, dass die Klage als unzulässig abgewiesen wird. Die Klägerin trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens. Der Streitwert wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen ihre Nichtberücksichtigung in Bezug auf die Besetzung einer Notarstelle.
- 2 Der Beklagte schrieb im Jahr 2018 eine Stelle für eine Notarin oder einen Notar zur hauptberuflichen Amtsausübung im Bezirk des Amtsgerichts S. im Land Baden-Württemberg aus. Hierauf bewarb sich unter anderem die im Jahr 1974 geborene Klägerin. Sie ist Rechtsanwältin. Ihre zweite juristische Staatsprüfung legte sie im Jahr 2004 mit der Note "befriedigend" (6,69 Punkte) ab. Nach Teilnahme am Anwaltsnotariatsgrundkurs im Jahr 2008 bestand sie 2012

die notarielle Fachprüfung ebenfalls mit der Note "befriedigend" (6,82 Punkte). Einen notariellen Anwärterdienst absolvierte die Klägerin nicht, ließ sich aber im Mai 2012 im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 2 BNotO praktisch ausbilden. Bereits seit 2005 arbeitet sie für Anwaltsnotare und war mehrfach als Notarvertreterin bzw. -verwalterin tätig.

3 Die Beigeladene bewarb sich ebenfalls auf die ausgeschriebene Stelle. Sie legte die Prüfung der Notarakademie Baden-Württemberg für die Ausbildung von Bezirksnotaren im Jahr 1989 mit der Note "befriedigend" (9,25 Punkte auf einer 15-Punkte-Skala) ab. Aus dem Landesdienst, in dem sie zuletzt als beamtete Notarvertreterin tätig war, schied sie im Jahr 1994 auf eigenen Wunsch aus und war seitdem als angestellte Württembergische Notariatsassessorin für verschiedene Notare tätig.

4 Weitere Bewerber waren - unter anderem - zwei im Jahr 2017 zu Justizräten auf Lebenszeit ernannte Notare im Landesdienst, von denen der eine beide Staatsexamina mit "gut" und der andere mit "befriedigend" bzw. "vollbefriedigend" bestanden hatte und die seit Inkrafttreten der baden-württembergischen Notariatsreform zum 1. Januar 2018 als Richter kraft Auftrags an verschiedenen Amtsgerichten tätig sind.

5 Der Beklagte entschied sich für die Beigeladene und teilte dies der Klägerin mit Bescheid vom 17. Januar 2019 mit. Zur Begründung führte der Beklagte unter näheren Darlegungen aus, die Bewerbung der Klägerin sei nach Maßgabe der § 7 Abs. 1, § 114 Abs. 5 Satz 1 BNotO nicht zu berücksichtigen, weil sie weder einen dreijährigen Anwärterdienst absolviert habe noch diese Voraussetzungen im Hinblick auf § 114 Abs. 5 Satz 1 BNotO ersetzt werden könnten. Die von der Klägerin hiergegen geführte Klage, mit der sie die Berück-

sichtigung ihrer Bewerbung und deren Neubescheidung begehrte, ist erstinstanzlich ohne Erfolg geblieben. Die Berufung hat das Oberlandesgericht nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrem Antrag auf Zulassung des Rechtsmittels. Nach inzwischen erfolgter Bestellung der Beigeladenen zur Notarin verfolgt die Klägerin das Ziel, feststellen zu lassen, dass die Ablehnung ihrer Bewerbung rechtswidrig gewesen ist und sie in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt hat.

## II.

6                    Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist jedenfalls unbegründet.

7                    1. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Neubescheidung ihrer Bewerbung nach § 113 Abs. 5 VwGO, denn sie werde durch die Auswahl der Beigeladenen nicht in ihrem aus Art. 12 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2 GG abzuleitenden Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Der Beklagte habe die Beigeladene formell und materiell rechtmäßig sowie ermessensfehlerfrei unter Berücksichtigung der Voraussetzungen der §§ 5 ff., § 114 BNotO, Art. 12 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2 GG und damit unter Beachtung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Klägerin ausgewählt. Zwar erfülle die Beigeladene weder die Voraussetzung des § 5 Abs. 1 BNotO, wonach zum Notar nur bestellt werden dürfe, wer die Befähigung zum Richteramt habe, noch diejenigen des § 7 Abs. 1 BNotO, wonach Notare einen mindestens dreijährigen Anwärterdienst geleistet haben und sich im Anwärterdienst des Landes Baden-Württemberg befinden sollten. Die Beigeladene brauche diesen Voraussetzungen nach § 114 Abs. 5 Satz 2 BNotO bzw. § 114 Abs. 5 Satz 1 BNotO aber nicht zu genügen, weil sie

am 31. Dezember 2017 die Voraussetzungen für die Ernennung zur Bezirksnotarin erfüllt und sich auf eine Stelle als Notarin im Hauptberuf im Sinne des § 3 Abs. 1 BNotO beworben habe. Nach § 114 Abs. 5 Satz 1 BNotO sei sie Notarassessoren mit dreijährigem Anwärterdienst gleichzustellen. § 114 Abs. 5 BNotO sei verfassungsgemäß.

8           Schließlich habe der Beklagte die Beigeladene auch unter Beachtung der Anforderungen des § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO, Art. 33 Abs. 2 GG im Wege der Bestenauslese ausgewählt, ohne den Bewerbungsverfahrensanspruch der Klägerin zu verletzen. Die Auswahlentscheidung sei ermessensfehlerfrei und im Rahmen des dem Beklagten zustehenden Beurteilungsspielraums erfolgt. Insbesondere zeigten seine Erwägungen über eine mögliche Abweichung von der Soll-Vorschrift der § 114 Abs. 5 Satz 1, § 7 Abs. 1 BNotO, dass er sein diesbezügliches Ermessen tatsächlich ausgeübt habe und anhand der beachtlichen Grundsätze wie insbesondere dem Gemeinwohlziel des Bedürfnisses der Rechtspflege erwogen habe, ob er zugunsten der Klägerin von der Sollvorschrift des § 7 Abs. 1 BNotO abweiche. Anhaltspunkte für eine Ermessensreduzierung auf Null dahingehend, dass der Beklagte insoweit von der genannten Bestimmung hätte abweichen müssen, seien nicht ersichtlich. Auch habe der Beklagte sein Ermessen hinsichtlich der Möglichkeit, von § 7 Abs. 1 BNotO abzusehen, nicht deshalb fehlerhaft ausgeübt, weil er es im Sinne einer Ermessensüberschreitung oder eines Ermessensfehlgebrauchs auf unzulässige oder sonst unbeachtliche Erwägungen gestützt habe. Er habe sich vielmehr an den hierzu entwickelten Grundsätzen orientiert.

9           2. Entgegen der Auffassung der Klägerin liegt ein Grund für die Zulassung der Berufung gemäß § 124 Abs. 2 VwGO in Verbindung mit § 111d Satz 2 BNotO nicht vor. Es kann dabei insbesondere auf sich beruhen, ob die ange-

fochtene Entscheidung richtig ist, wogegen nach Auffassung des Senats allerdings keine ernsthaften Bedenken bestehen.

10            Nachdem die umstrittene Notarstelle der Beigeladenen rechtsbeständig übertragen wurde, hat sich die Hauptsache erledigt. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse der Klägerin gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO i.V.m. § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO (vgl. zu diesem Erfordernis z.B. Senatsbeschluss vom 18. Juli 2011 - NotZ(Brfg) 10/10, NJW-RR 2012, 57 Rn. 16 mwN; siehe auch Senatsurteil vom 4. März 2013 - NotZ(Brfg) 9/12, BGHZ 196, 271 Rn. 12) besteht entgegen ihrer Ansicht nicht, so dass die Klage unzulässig geworden ist.

11            Die Klägerin macht insoweit nur geltend, die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids sei präjudiziell für Amtshaftungsansprüche. Zwar ist die Präjudizialität der etwaigen Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche grundsätzlich geeignet, das Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu begründen (Senatsurteile vom 19. November 2018 - NotZ(Brfg) 5/17, ZNotP 2019, 86 Rn. 26 und vom 4. März 2013 aaO Rn. 13 mwN). Jedoch scheidet dies aus, wenn ein Prozess, mit dem solche Ansprüche verfolgt werden, offenbar aussichtslos ist (Senat aaO). Dies ist hier der Fall.

12            Eine etwaige Amtshaftungsklage (§ 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG) gegen den Beklagten würde offensichtlich am fehlenden Verschulden der für ihn handelnden Bediensteten scheitern. In ständiger Rechtsprechung haben der Bundesgerichtshof und vor ihm bereits das Reichsgericht entschieden, dass einen Beamten in der Regel ein Verschulden nicht trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat. Diese sogenannte Kollegialgerichts-

Richtlinie, die, wie die Klägerin nicht verkennt, auch auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte in verwaltungsrechtlichen Notarsachen Anwendung findet (vgl. Senat aaO), beruht auf der Erwägung, dass von einem Beamten eine bessere Rechtseinsicht als von einem mit mehreren Rechtskundigen besetzten Kollegialgericht regelmäßig nicht erwartet und verlangt werden kann (z.B. BGH, Urteile vom 9. Juli 2020 - III ZR 245/18, zur Veröffentlichung bestimmt; vom 4. November 2010 - III ZR 32/10, BGHZ 187, 286 Rn. 36 f.; vom 18. November 2004 - III ZR 347/03, NVwZ-RR 2005, 152, 153; vom 13. Juli 2000 - III ZR 131/99, NVwZ-RR 2000, 744; vom 18. Juni 1998 - III ZR 100/97, NVwZ 1998, 1329, 1330 und vom 2. April 1998 - III ZR 111/97, NVwZ 1998, 878; BeckOGK/Dörr, BGB, § 839 Rn. 465 ff. [15.04.2020]; jeweils mwN).

13

Die Verneinung des Verschuldens ist allerdings nur in denjenigen Fällen gerechtfertigt, in denen das Kollegialgericht die Rechtmäßigkeit der Amtstätigkeit nach sorgfältiger Prüfung bejaht hat. Die Richtlinie greift daher nicht ein, wenn die Annahme des Kollegialgerichts, die Amtshandlung sei rechtmäßig gewesen, auf einer unzureichenden tatsächlichen oder rechtlichen Beurteilungsgrundlage beruht. Das ist etwa dann der Fall, wenn das Gericht infolge unzureichender Tatsachenfeststellung von einem anderen Sachverhalt als dem, vor den der Beamte gestellt war, ausgegangen ist, wenn es den festgestellten Sachverhalt nicht sorgfältig und erschöpfend gewürdigt hat, etwa für die Beurteilung des Falles wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen hat, wenn es sich bereits in seinem Ausgangspunkt von einer rechtlich oder sachlich verfehlten Betrachtungsweise nicht hat freimachen können oder eine gesetzliche Bestimmung "handgreiflich falsch" ausgelegt hat (BGH, Urteile vom 21. Februar 2019 - III ZR 115/18, NJW 2019, 1374 Rn. 20; vom 18. November 2004 aaO; vom 20. Februar 2002 - III ZR 188/90, BGHZ 117, 240, 250; vom 24. Januar 2002 - III ZR 103/01,

NJW 2002, 1265, 1266; vom 13. Juli 2000 aaO; vom 2. April 1998 aaO und vom 21. Oktober 1993 - III ZR 68/92, NVwZ 1994, 825, 826; BeckOGK/Dörr aaO).

- 14           Entgegen der Ansicht der Klägerin ist keiner dieser Ausnahmetatbestände, die der Anwendung der sogenannten Kollegialgerichts-Richtlinie entgegenstehen, erfüllt. Das Oberlandesgericht hat vielmehr seiner Entscheidung den zutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt und sich umfassend, sorgfältig und mit zumindest gut vertretbaren rechtlichen Erwägungen mit dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch befasst. Die Vorinstanz hat sich insbesondere eingehend mit den Grundrechten der Klägerin aus Artt. 3, 12 und 33 Abs. 2 GG, mit den von ihr aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit § 114 Abs. 5 BNotO sowie mit etwaigen Vertrauensschutzgesichtspunkten auseinandergesetzt. Das Oberlandesgericht hat auch eine nach dem Grundsatz der Bestenauslese gebotene mögliche Abweichung von der Sollvorschrift der § 114 Abs. 5 Satz 1, § 7 Abs. 1 BNotO in Erwägung gezogen.
- 15           Soweit die Klägerin die Entscheidung des Oberlandesgerichts angreift, tritt sie lediglich dessen Rechtsausführungen argumentativ entgegen, vermag indessen nicht einen Fehler aufzuzeigen, der nach den oben dargestellten Maßstäben zur Unanwendbarkeit der sogenannten Kollegialgerichts-Richtlinie führt.
- 16           Vor diesem Hintergrund besteht der von der Klägerin geltend gemachte Berufungszulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 111d Satz 2 BNotO) nicht. Es ist lediglich klarzustellen, dass die Klage nunmehr als unzulässig abgewiesen

wird. Ebenso stellen sich entgegen der Ansicht der Klägerin keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 111d Satz 2 BNotO).

Herrmann

Tombrink

Offenloch

Strzyz

Frank

Vorinstanz:

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 03.05.2019 - 1 Not 3/19 -