



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

NotZ 47/02

vom

14. Juli 2003

in dem Verfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

---

BNotO §§ 4, 7 Abs. 1, 10 Abs. 1 Satz 2

Zum Ermessen der Landesjustizverwaltung (hier: im Freistaat Sachsen), wenn bei der Besetzung einer freigewordenen Notarstelle amtierende Notare aus anderen Amtsbezirken mit Notarassessoren konkurrieren.

BGH, Beschluß vom 14. Juli 2003 - NotZ 47/02 - OLG Dresden

wegen Übertragung einer Notarstelle

Der Bundesgerichtshof, Senat für Notarsachen, hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne, die Richter Streck und Seiffert sowie die Notare Dr. Lintz und Justizrat Dr. Bauer

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluß des Senats für Notarverwaltungssachen des Oberlandesgerichts Dresden vom 6. Dezember 2002 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen und die dem Antragsgegner und dem weiteren Beteiligten im Beschwerderechtszug entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.

Der Geschäftswert für beide Rechtsszüge wird auf 50.000 € festgesetzt.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner hat eine Notarstelle in T.       ausgeschrieben. Beworben haben sich neben sächsischen Notarassessoren auch der Antragsteller, der Notar in W.       ist. Der Antragsgegner beabsichtigt, die ausgeschriebene Stelle mit dem weiteren Beteiligten, einem Notarassessor, zu besetzen. Er teilte dies dem Antragsteller mit Schreiben vom 2. Juli 2002 mit, wobei er als Begründung angab, daß er den sächsischen Notarassessoren, die bereits über Anwärterdienstzeiten von annähernd fünf Jahren verfügten, einen beruflichen Einstieg ermöglichen wolle; er habe deshalb von seiner Organisationsgewalt und Personalhoheit Gebrauch gemacht und von einer Verlegung des Amtssitzes des Antragstellers abgesehen. Hiergegen hat der Antragsteller Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Er hat geltend gemacht, daß er für die Jahre 2001 und 2002 durch die Ländernotarkasse Einkommensergänzungszahlungen empfangen habe. In seinem Amtsbereich beschränke sich das durchschnittliche Urkundsaufkommen der Notare auf 895 Urkunden pro Jahr. Deshalb hätten sich nicht nur die Notarkollegen seines Amtsbereichs und der benachbarten Bezirke, sondern auch die Notarkammer Sachsen für die Amtssitzverlegung ausgesprochen. Wenn sein Amtssitz verlegt würde, könnte eine der Notarstellen in W.       eingezogen werden, was angesichts des Urkundenaufkommens geboten sei, da die vorhandenen Notarstellen nicht lebensfähig seien und den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege nicht mehr entsprächen. Der Antragsgegner habe bereits in vergleichbaren Fällen den Bewerbungen von Notaren vor denen der Notarassessoren Vorrang eingeräumt. Der Antragsteller hat sich auf ein insoweit anerkanntes Vorrücksystem berufen. Ihm, dem Antrag-

steller gebühre aber auch unter dem Gesichtspunkt der Bestenauslese der Vorrang.

Das Oberlandesgericht hat den auf Übertragung der ausgeschriebenen Notarstelle, hilfsweise auf Neubescheidung durch die Justizverwaltung gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Mit der sofortigen Beschwerde verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter.

## II.

Die gemäß § 111 Abs. 4 BNotO i.V.m. § 42 Abs. 4 BRAO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Soweit der Antragsteller erstmals mit seiner Beschwerde rügt, der am erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren als ehrenamtlicher Beisitzer beteiligte Notar Dr. C. sei - als früherer Ausbilder des weiter beteiligten Notarassessors - befangen gewesen, geht dies schon deshalb ins Leere, weil etwaige Verfahrensfehler im erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren dadurch als "geheilt" anzusehen wären, daß der Senat im Beschwerdeverfahren als weitere Tatsacheninstanz entscheidet (Rechtsgedanken der §§ 539, 540 ZPO a.F.; § 538 n.F.).

2. Das Oberlandesgericht hat den Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung gegen den Bescheid vom 2. Juli 2002 mit Recht zurückgewiesen, denn die darin getroffene Auswahlentscheidung des Antragsgegners ist rechtmäßig.

a) Wenn sich um eine frei gewordene (Nur-)Notarstelle sowohl anstellungsreife Notarassessoren aus dem Anwärterdienst des betreffenden Bundeslandes (vgl. § 7 Abs. 1 BNotO) als auch amtierende Notare bewerben - sei es, wie im vorliegenden Fall, durch Antrag auf Amtsübernahme in demselben Bundesland nach § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO, sei es, falls der Bewerber Notar in einem anderen Bundesland ist, im Sinne eines "Bestellungswechsels" (vgl. Senatsbeschuß vom 2. Dezember 2002 - NotZ 13/02 - DNotZ 2003, 228) -, so ist für die Justizverwaltung ein erheblicher Ermessensspielraum gegeben, der nur in den Grenzen des § 111 Abs. 1 Satz 3 BNotO gerichtlich überprüfbar ist (vgl. Senatsbeschlüsse vom 5. Februar 1996 - NotZ 25/95 - DNotZ 1996, 906 [Konkurrenz zwischen zwei bereits amtierenden Notaren als Bewerbern], vom 26. März 2001 - NotZ 28/00 - DNotZ 2001, 73 [Konkurrenz zwischen zwei amtierenden Notaren aus verschiedenen OLG-Bezirken] und vom 2. Dezember 2002 aaO [Konkurrenz zwischen landeseigenem Notarassessor und Notar aus anderem Bundesland]).

Dabei besteht bei der der eigentlichen Auswahlentscheidung "vorgelagerten" Entscheidung, ob die frei gewordene Notarstelle durch die (Neu-) Bestellung eines Notars oder durch die Verlegung des Amtssitzes eines bereits bestellten Notars besetzt werden soll, für die Justizverwaltung ein grundsätzlich allein organisationsrechtlich und personalwirtschaftlich bestimmter, also an dem Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen und der Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs (§ 4 Satz 2 BNotO) ausgerichteter Ermessensspielraum (Senatsbeschuß vom 5. Februar 1996 aaO). Erfolgt jedoch die betreffende "Vor"- Entscheidung der Sache nach schon im Blick auf bestimmte, entsprechend

konkurrierende Bewerber, so ist der Ermessensmaßstab dahingehend modifiziert, daß auch den Art. 3, 12, 33 Abs. 2 GG und - allerdings nur bei auffälligen (erheblichen) Leistungsunterschieden der Bewerber (vgl. Senatsbeschluß vom 2. Dezember 2002 aaO) - dem Prinzip der Bestenauslese Rechnung zu tragen ist (siehe dazu unter d).

b) Die Entscheidung, die frei gewordene Notarstelle in T. mit dem Notarassessor (dem weiteren Beteiligten) zu besetzen, hält sich in dem dem Antragsgegner gegebenen Ermessensrahmen.

aa) Zutreffend hat der Antragsgegner in die Ermessensabwägung eingestellt, daß den Notarassessoren ein beruflicher Einstieg ermöglicht werden muß. Es mag hier dahinstehen, ob der Antragsgegner in den früheren Jahren zu viele Notarassessoren eingestellt hat. Die vorhandenen Notarassessoren stehen nunmehr in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staat (§ 7 Abs. 4 Satz 1 BNotO). Das Gesetz sieht die Ernennung zum Notar und die Einweisung in eine Notarstelle nach Ablauf von drei Jahren (vgl. § 7 Abs. 1, Abs. 6 Nr. 1 BNotO) als Regel an, zumal in § 7 Abs. 7 Nr. 3 BNotO die Entlassung eines Notarassessors vorgesehen ist, falls er sich nach Ableistung des dreijährigen Anwärterdienstes ohne hinreichenden Grund nicht um eine ihm von der Landesjustizverwaltung angebotene Notarstelle bewirbt, die zuvor ausgeschrieben worden war und mangels geeigneter Bewerber nicht besetzt werden konnte (Lerch, in: Arndt/Lerch/Sandkühler BNotO 5. Aufl. § 7 Rn. 44). Vorliegend ist die dreijährige Notarassessorenzeit durch den weiteren Beteiligten und neun weitere Notarassessoren im dem Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin schon deutlich überschritten. Zu einem funktionierenden Notariat gehört auch ein geordnetes Notarassessorensystem. Gemäß § 4 Satz 2 BNotO ist

die Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs bei der Organisationsentscheidung zu berücksichtigen. Diese wird insbesondere durch die Bestellung von Notarassessoren zu Notaren gewahrt, da dies in der Regel zu einer Absenkung des Durchschnittsalters der Notare führt. Dies kann aber nur dann gewährleistet werden, wenn auch die Notarassessoren nicht überaltern. Neue und junge Notarassessoren können regelmäßig nur bestellt werden, wenn ältere durch Bestellung zum Notar die Assessorenzeit beendet haben. Des weiteren kommt den Notarassessoren bei der Übernahme von Vertretungen gemäß § 39 Abs. 3 Satz 2 BNotO und Notariatsverwaltungen gemäß § 56 Abs. 5 BNotO besondere Bedeutung zu. Dies dient der Versorgung der Rechtssuchenden mit notariellen Leistungen im Sinne des § 4 Satz 2 BNotO.

bb) Andererseits weist der Antragsteller im Ansatz durchaus zutreffend darauf hin, daß in die Ermessensausübung auch einzustellen war, daß sich bei einer Verlegung seines Amtssitzes die Möglichkeit - wenn nicht die Notwendigkeit - ergeben hätte, die dann in W. frei werdende Notarstelle einzuziehen. Wie der Senat bereits ausgeführt hat (Beschlüsse vom 16. Juli 2001 - NotZ 7/01 - ZNotP 2001, 440 f und vom 20. Juli 1998 - NotZ 31/97 - NJW-RR 1999, 207), ist der Rahmen des Organisationsermessens nicht unbegrenzt, den das Gesetz der Landesjustizverwaltung zieht. Es ist nicht mehr mit den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege zu vereinbaren, so viele Notarstellen zu schaffen, wie gerade noch lebensfähig sind. Dann ist das Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit für die Notare nicht mehr gewährleistet, so daß die Erfüllung ihrer Aufgabe als unabhängige und unparteiische Berater in Frage steht. Im Rahmen der Ermessensausübung sind auch solche Umstände zu berücksichtigen, die am bisherigen Amtssitz eingetreten sind und die den Einsatz des Notars an anderer Stelle im Interesse einer geordneten

Rechtspflege als geboten erscheinen lassen können (Senatsbeschluß vom 5. Februar 1996 aaO).

cc) Ob die Notarstelle in W. tatsächlich im Falle einer Verlegung des Amtssitzes des Antragstellers einzuziehen wäre, kann hier aber letztlich dahinstehen, weil dieser Gesichtspunkt jedenfalls keinen Vorrang gegenüber dem von der Justizverwaltung in den Vordergrund gerückten Gesichtspunkt eines geordneten Notarassessorenwesens einzuräumen ist. Der Antragsgegner hat sich auch insoweit im Rahmen seines Ermessensspielraums gehalten. Er durfte in seine Erwägungen auch mit einbeziehen, daß im Falle einer Einziehung einer der Notarstellen in W. diese Stelle auch nicht mehr für die Notarassessoren zur Verfügung stand.

(1) Ein Vorrang für eine Besetzungsentscheidung durch Verlegung des Amtssitzes eines Notars ergibt sich im vorliegenden Fall nicht aus einer Selbstbindung durch entsprechende Verwaltungsvorschriften - die es nicht gibt - oder durch eine entsprechende Verwaltungsübung (vgl. Senatsbeschlüsse vom 28. März 1991 - NotZ 27/90 - DNotZ 1993, 59, 61; vom 13. Dezember 1993 - NotZ 60/92 - DNotZ 1994, 333, 334). Eine derartige Verwaltungsübung ist zwar vom Antragsteller vorgetragen worden; er weist auf fünf Fälle von Amtssitzverlegungen hin, in denen der Antragsgegner einem solchen Verfahren den Vorrang vor der Besetzung der Notarstelle mit einem Notarassessor eingeräumt habe. Es kommt darauf aber nicht entscheidend an. Denn eine derartige Selbstbindung der Verwaltung endet jedenfalls dann, wenn diese ihre Praxis aus einem vertretbaren Grund - erkennbar - aufgibt (vgl. BVerwGE 46, 89; 70, 127, 136; Kopp/Ramsauer VwVfG 8. Aufl. § 40 Rn. 25). Im vorliegenden Fall hat der Antragsgegner erklärt, in Zukunft von Fall zu Fall entscheiden zu



wollen, ob einer Amtssitzverlegung oder der Besetzung einer frei gewordenen Notarstelle mit einem Notarassessor der Vorzug zu geben sei. Eine eventuelle Selbstbindung des Antragsgegners ist damit jedenfalls für die Zukunft beseitigt, da es angesichts der Änderung der Verhältnisse nicht unvertretbar ist, den Interessen der Notarassessoren zumindest dann den Vorrang einzuräumen, wenn die Mindestanwärterzeit einer erheblichen Anzahl von Assessoren deutlich überschritten ist und die wirtschaftliche Situation des Notariats im Lande die Einziehung einer größeren Zahl von Notarstellen nahelegt.

(2) Ein Vorrang der Amtssitzverlegung ergibt sich auch nicht aus einem besonderen Schutz des "Vorrücksystems". Der Senat hat ein solches System als eine zulässige personalwirtschaftliche Maßnahme im Rahmen der Organisationsgewalt der Landesjustizverwaltung anerkannt (Beschlüsse BGHZ 151, 252, 255; vom 5. Februar 1996 aaO; vom 13. Dezember 1993 - NotZ 60/92 - DNotZ 1994, 333, 335). Ein besonderer (rechtlicher) Vorrang des Vorrücksystems vor anderen personalwirtschaftlichen Maßnahmen ist damit aber nicht verbunden. Vielmehr kann sich die Landesjustizverwaltung aus sachlichen Gründen für ein solches System, je nach Lage auch dagegen entscheiden. Daß sich die Antragsgegnerin im vorliegenden Einzelfall unter dem Gesichtspunkt einer Überalterung der Notarassessoren gegen ein Vorrücksystem entschieden hat, ist für sich betrachtet als Ermessensausübung nicht zu beanstanden.

(3) Es ergibt sich auch nicht aus dem vom Antragsteller vorgetragene Urkundenaufkommen seiner Notarstelle eine Ermessensreduzierung auf "Null" in dem Sinne, daß nur die von ihm begehrte Amtssitzverlegung eine rechtmäßige Ermessensausübung darstellte. Der Antragsteller geht selbst aufgrund des Urkundenaufkommens für 2001 von einem Notarüberhang in Sachsen von

50 bis 60 Stellen aus. Danach handelt es sich aber bei dem eigenen nicht ausreichenden Urkundenaufkommen des Antragstellers nicht um ein singuläres Problem einer bestimmten Notarstelle, dem durch eine Amtssitzverlegung verbunden mit der anschließenden Einziehung der frei werdenden Notarstelle erfolgreich begegnet werden könnte. Vielmehr würde bei einem landesweiten "Einbrechen" des Urkundenaufkommens in dem vom Antragsteller beschriebenen Umfang die Einräumung eines - generellen - Vorranges der Amtssitzverlegung mit anschließender Stelleneinziehung den im Dienst befindlichen Notarassessoren auf Jahre hinaus jede Zukunftsperspektive nehmen. Auf absehbare Zeit hätte kein Notarassessor die Chance, zum Notar bestellt zu werden, da die frei werdenden Stellen wegen des geringen Urkundenaufkommens eingezogen werden müßten. Lukrative Stellen würden von amtierenden Notaren anstelle defizitärer Notarstellen im Wege der Amtssitzverlegung übernommen werden. Andererseits würden ohne eine Einziehung der frei werdenden Notarstellen im Anschluß an Amtssitzverlegungen die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege nur unzureichend gewahrt, da die dann einem Notarassessor übertragene Stelle nach wie vor defizitär und das Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit des Notars auf dieser Stelle nicht gewahrt wäre.

Dem Antragsgegner mußte sich auch nicht zwingend die Überlegung aufdrängen, daß einem Berufsanfänger die Übernahme einer - zur Zeit - unwirtschaftlichen Notarstelle eher zuzumuten sei als dem dort amtierenden Notar. Auch insoweit werden - abgesehen davon, daß der Antragsteller mit seinem Vorbringen der Sache nach selbst geltend macht, jede andere Entscheidung als die Einziehung der zweiten Notarstelle in W. im Falle ihres Freiwerdens wäre ermessenfehlerhaft - die von dem Antragsgegner anzustellenden Erwägungen notwendigerweise von Gesichtspunkten überlagert, die einem ge-

ordneten Assessorenwesen einen besonderen Stellenwert einräumen und insbesondere die Berufungsperspektiven auch künftiger Notaranwärter einbeziehen.

c) Die Verfahrensweise des Antragsgegners ist auch unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts des Antragstellers aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden. Die Verwirklichung der Grundrechte fordert - auch im Verfahren der Notarauswahl - eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung. Das gilt auch und gerade für die Wahrung der Rechte der Notarbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG. Durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens wird unmittelbar Einfluß auf die Konkurrenzsituation und damit das Ergebnis der Auswahlentscheidung genommen. In den der Justizverwaltung bei der Auswahl der Notare im Rahmen ihrer Organisationsgewalt zustehenden weiten Ermessensspielraum sind auch öffentliche Interessen einzustellen. Sie sind im Hinblick auf die Grundrechte der Bewerber zu gewichten und mit verhältnismäßigen Mitteln durchzusetzen (BVerfG DNotZ 2002, 891, 892). Insbesondere ist eine transparente und an nachvollziehbaren rechtlichen Kriterien ausgerichtete Verfahrensweise unabdingbar (BVerfG DNotZ 2002, 889, 890). Der Antragsgegner hat seiner Ermessensentscheidung der Sache nach nicht nur die öffentlichen Interessen im Sinne der Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege, sondern auch die Grundrechte der beteiligten Amtsbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG gegenübergestellt und gewichtet. Es handelt sich um nachvollziehbare Kriterien. Anhaltspunkte für eine willkürliche Steuerung des Bewerberfeldes durch den Antragsgegner liegen nicht vor.

d) Schließlich steht der Auswahlentscheidung des Antragsgegners auch nicht das Prinzip der Bestenauslese entgegen, soweit dieses vorliegend über-

haupt als Ermessensmaßstab zum Tragen kommt (siehe oben zu 2 a). Es war dabei nicht entscheidend auf den Gesichtspunkt der Berufserfahrung abzustellen; dies würde den Vergleich zwischen Notarassessor und amtierendem Notar stets zugunsten des letzteren ausgehen lassen und dem Assessor damit jede Chance auf die Bestellung nehmen. Wohl aber können die besondere Qualität der Amtsführung auf seiten des Notars und herausragende Leistungen des Assessors im Einzelfall in den Vergleich einfließen. Auch können, wenn solche besonderen Qualitätsunterschiede nicht festzustellen sind, stark divergierende Ergebnisse der Staatsprüfungen den Ausschlag bei der Stellenbesetzung geben.

f) Wenn sich damit im vorliegenden Einzelfall die Besetzungsentscheidung der sächsischen Justizverwaltung "zugunsten der Notarassessoren" (unter Aufgabe der früheren Praxis) als rechtlich haltbar erweist, so ist doch zu bezweifeln, ob es in Zukunft rechtlichen Maßstäben genügen wird, bei Konkurrenzen der vorliegenden Art ohne weitere Vorgaben "von Fall zu Fall" zu entscheiden. Der Antragsgegner wird künftig in vergleichbaren Fällen seiner Pflicht zur sachgemäßen Ermessensausübung nur dann genügen können, wenn er Vorkehrungen trifft, um durch geeignete strukturelle Maßnahmen einen Ausgleich zwischen dem Interesse der amtierenden Notare an der Erhaltung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Amtsinhaber gewährleistender Notarstellen und dem Interesse der Notarassessoren, in angemessener Zeit mit der Bestellung zu Notaren rechnen zu können, im Rahmen des Möglichen sicherzustellen. Dem kann er durch einzelfallbezogene Entscheidungen allein nicht (mehr) gerecht werden. Es bedarf vielmehr einer längerfristigen möglichst konkreten Planung, wie - mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Situation der Notarstellen im Freistaat Sachsen, die bestehende Altersstruktur bei Notaren

und Notarassessoren und den Bedarf an die Zukunft eines funktionstüchtigen Notariats sichernden Nachwuchskräften - das Erfordernis einer allmählichen Reduzierung der Zahl der Notarstellen umgesetzt werden soll.

3. Die vorliegende Beurteilung im gerichtlichen Verfahren erfordert nicht die vom Antragsteller beantragte Beiziehung der Akten der Antragsgegnerin betreffend ihre Besetzungsentscheidung. Die dafür maßgeblichen Gesichtspunkte

sind dem Antragsteller eröffnet worden; sie sind bekannt. Der Senat hat daher von einer Beiziehung der Verwaltungsakten des Antragsgegners abgesehen.

Rinne

Streck

Seiffert

Lintz

Bauer