



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

NotZ 3/08

vom

28. Juli 2008

in dem Verfahren

wegen Bestellung zum Notar

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BNotO §§ 6, 7 Abs. 1

Bei der Auswahlentscheidung zwischen einem schon bestellten Notar und einem Notarassessor, der die Ableistung des dreijährigen Regelanwärterdienstes noch nicht vollendet hat, ist der Ermessensspielraum der Justizverwaltung zwar eingeschränkt, aber nicht aufgehoben.

BGH, Beschluss vom 28. Juli 2008 - NotZ 3/08 - OLG Brandenburg

Der Bundesgerichtshof, Senat für Notarsachen, hat durch den Vorsitzenden Richter Schlick, die Richter Wendt und Dr. Appl sowie die Notare Dr. Lintz und Justizrat Dr. Bauer

am 28. Juli 2008

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Senats für Notarsachen des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 10. Dezember 2007 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen und dem Antragsgegner sowie dem weiteren Beteiligten die im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten zu erstatten.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Der Antragsgegner schrieb am 15. März 2004 im Justizministerialblatt Brandenburg eine Notarstelle im Amtsbezirk K.
aus. Innerhalb der bis zum 15. April 2004 laufenden Bewerbungsfrist gingen vier Bewerbungen ein, darunter die des Antragstellers und des weiteren Beteiligten.

- 2 Der 1958 geborene Antragsteller war nach Abschluss der einstufigen Juristenausbildung in der früheren Bundesrepublik seit 1987 als Rechtsanwalt tätig und wurde 1993 zum Notar im Land Brandenburg bestellt; seit 15. April 1998 hat er seinen Amtssitz in S. .
- 3 Der 1973 geborene weitere Beteiligte ist nach Ablegung des zweiten Staatsexamens seit 20. August 2001 Notarassessor im Anwärterdienst des Landes Brandenburg; nach der Verwaltung einer Notarstelle in Strausberg von Januar bis April 2004 verwaltet er seit 1. Juni 2004 die verfahrensgegenständliche Stelle in K. .
- 4 Nachdem der Antrag einer Notarin dieses Amtsbezirks gegen die Wiederbesetzung der offenen Notarstelle rechtskräftig zurückgewiesen worden war (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2005 - NotZ 1/05 - DNotZ 2005, 947), teilte der Antragsgegner dem Antragsteller mit Bescheid vom 7. September 2005 mit, dass er unter anderem mit Blick auf disziplinarrechtliche Vorerkenntnisse beim Antragsteller einerseits und im Interesse der im Land ausgebildeten Notarassessoren, in überschaubarer Zeit eine Notarstelle übernehmen zu können, sowie einer geordneten Altersstruktur dieses Amtsbezirks andererseits beabsichtige, die Stelle dem weiteren Beteiligten zu übertragen.
- 5 Diesen Bescheid hob der Senat durch Beschluss vom 7. Dezember 2006 (NotZ 24/06 - ZNotP 2007, 107 = DNotZ 2007, 154) insbesondere deshalb auf, weil der Antragsgegner bei der Auswahlentscheidung verkannt hatte, dass der weitere Beteiligte zum Bewerbungstichtag die dreijährige Regelausbildungszeit nach § 7 Abs. 1 BNotO noch nicht vollendet hatte.

- 6 Nach Einholung einer Stellungnahme der Notarkammer bestätigte der Antragsgegner mit Bescheid vom 18. Mai 2007 das Ergebnis seiner ersten Auswahlentscheidung. Dem weiteren Beteiligten, der fachlich etwa gleich, persönlich aber deutlich besser geeignet sei als der Antragsteller, gebühre als Notarassessor, der sonst voraussichtlich erst 2010 eine Notarstelle zu erwarten habe, unter anderem auch aus Altersstrukturgesichtspunkten trotz der zum Stichtag noch nicht ganz abgeleisteten Regelanwärterzeit der Vorrang.
- 7 Der Antragsteller sieht sich durch diese Auswahlentscheidung erneut in seinen Grundrechten insbesondere aus Artt. 12 Abs. 1 GG, 3 Abs. 1 GG und 33 Abs. 2 GG verletzt. Der Antragsgegner habe vor allem wieder in unzulässiger Weise Organisations- und Eignungsaspekte miteinander verknüpft und die eigene Verwaltungspraxis bei Besetzungsverfahren in Brandenburg nicht beachtet. Danach dürfe ein Notarassessor vor Vollendung der Regelanwärterzeit unabhängig von der Eignungsfrage einem Amtsinhaber im Grundsatz nie vorgezogen werden, es sei denn, dafür sei - wie hier gerade nicht - ein unabwendbares Bedürfnis festzustellen. So sei auch die erste (Aufhebungs-)Entscheidung des Bundesgerichtshofs in diesem Besetzungsverfahren zu verstehen.
- 8 Das Oberlandesgericht hat seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit dem Inhalt, den Antragsgegner zu verpflichten, die ausgeschriebene Notarstelle mit dem Antragsteller zu besetzen, hilfsweise seine Bewerbung neu zu bescheiden, zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich seine sofortige Beschwerde, mit der er sein Begehren weiterverfolgt.

9 II. Die sofortige Beschwerde ist gemäß § 111 Abs. 4 BNotO i.V. mit § 42 Abs. 4 BRAO zulässig in der Sache aber unbegründet. Die getroffene Auswahlentscheidung erweist sich nunmehr als rechtsfehlerfrei. Der Antragsgegner hat den ihm dabei infolge der vom Antragsteller begehrten Amtssitzverlegung gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO zustehenden Entscheidungsspielraum gegenüber dem Beurteilungsspielraum bei reinen Auswahlentscheidungen im Zuge einer Erstbestellung von Notaren gemäß § 6 Abs. 3 BNotO (BGHZ 124, 327) nach den Vorgaben des Senats in seiner Ausgangsentscheidung vom 7. Dezember 2006 (aaO Rn. 6 ff.) in rechtlicher und tatsächlicher Sicht rechtsfehlerfrei angewandt und ausgeschöpft.

10 1. Der Senat hat in dieser Entscheidung noch einmal die nach seiner gefestigten Rechtsprechung gültigen rechtlichen Kriterien dargelegt, die bei der Konkurrenz zwischen einem amtierenden Notar und einem Notarassessor zu beachten sind.

11 a) Danach hat - zusammengefasst - die Justizverwaltung zunächst in Ausübung der ihr zustehenden Organisationsgewalt und Personalhoheit nach ihrem freien, allein organisationsrechtlich und personalwirtschaftlich bestimmten Ermessen darüber zu befinden, ob die freigewordene Notarstelle durch (Neu-)Bestellung eines Notars oder durch die Verlegung des Amtssitzes eines bereits bestellten Notars besetzt werden soll. Dieser Entscheidungsspielraum ist mithin lediglich an dem Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen unter Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs gemäß § 4 Satz 2 BNotO ausgerichtet. Der Entscheidungsmaßstab wird allerdings, wenn - wie hier - die "Vor"-Entscheidung bereits mit Blick auf einen bestimmten konkurrierenden Bewerber erfolgt, dahingehend modifiziert, dass bei auffälligen, erhebli-

chen Leistungsunterschieden der Konkurrenten im Rahmen der Artt. 3, 12 und 33 Abs. 2 GG dem Prinzip der Bestenauslese Rechnung zu tragen ist (vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 7. Dezember 2006 aaO Rn. 6, 7; 14. Juli 2003 - NotZ 47/02 - DNotZ 2004, 230 ff. = juris Rn. 6, 7; 2. Dezember 2002 - NotZ 13/02 - NJW-RR 2003, 562 f.; 5. Februar 1996 - NotZ 25/95 DNotZ 1996, 906, 907 f.; 13. Februar 1967 - NotZ 3/66 - DNotZ 1967, 705, 707 f.). Eine derartige, zugunsten des Notarasessors ausfallende "Vor-"Entscheidung ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn - wie hier - der konkurrierende Notarassessor bei Ablauf der Bewerbungsfrist den in § 7 Abs. 1 BNotO in der Regel geforderten dreijährigen Anwärterdienst noch nicht vollständig abgeleistet hat (Senat, Beschlüsse vom 2. Dezember 2002 aaO S. 563 und vom 6. Juli 1970 - NotZ 2/70 - DNotZ 1970, 751, 752 ff.).

- 12 b) An diese Grundsätze hat sich der Antragsgegner (nunmehr) gehalten. Er ist dabei insbesondere auf die vom Senat in seiner ersten Entscheidung aufgezeigten Gesichtspunkte - Nichterfüllung der dreijährigen Regelausbildungszeit nach § 7 Abs. 1 BNotO durch den weiteren Beteiligten, Wiederbesetzung der jetzigen Notarstelle des Antragstellers im Falle seiner Amtssitzverlegung, Einstellung des disziplinarrechtlichen Vorermittlungsverfahrens 2004, Amtssitzverlegung 1998 unabhängig von dem disziplinarrechtlich geahndeten Vorfall 1994, Prüfung eines vom Antragsgegner etwa praktizierten Vorrücksystems - eingegangen. Aufgrund der angestellten Ermittlungen und der vorgenommenen fehlerfreien Bewertung aller zu berücksichtigenden Gesichtspunkte durch den Antragsgegner ist es nicht zu beanstanden, wenn er (erneut) einer (Neu-)Bestellung des weiteren Beteiligten für die ausgeschriebene Stelle den Vorrang vor der vom Antragsteller nachgesuchten Amtssitzverlegung geben möchte.

13 Insoweit kann - auch um bloße Wiederholungen zu vermeiden -
auf die zutreffende ausführliche Begründung des Oberlandesgerichts in
dem angefochtenen Beschluss verwiesen werden.

14 2. Die dagegen von der sofortigen Beschwerde erhobenen Rügen
greifen nicht durch.

15 a) Der Vorwurf unzulässiger Verquickung von Organisations- und
Eignungsaspekten trifft nicht zu. Den vom Antragsteller gebildeten
Rechtssatz, in einer Konkurrenzsituation wie der vorliegenden gebühre
bei noch nicht vollendeter Regelanwärterzeit des Notarassessors immer
dem amtierenden Notar der Vorzug, allenfalls bei einem unabwendba-
ren Bedürfnis - wenn etwa außer dem Notaranwärter kein anderer ge-
eigneter Kandidat zur Verfügung steht - oder wenn der Notarassessor
die Mitbewerber "ganz eindeutig überragt", könne etwas anderes gelten,
gibt es nicht. Einen solchen Rechtssatz hat der Senat in seiner Erstent-
scheidung nicht aufgestellt, er ist auch der weiteren Senatsrechtspre-
chung (insbesondere dem Beschluss vom 6. Juli 1970 aaO, in dem bei-
spielhaft solche Ausnahmetatbestände angesprochen werden) nicht zu
entnehmen.

16 Danach ist die Befugnis der Landesjustizverwaltung, nach pflicht-
gemäßem Ermessen von der gesetzlichen Regel des § 7 Abs. 1 BNotO
abzuweichen und einen Bewerber zum (Nur-)Notar zu bestellen, der den
Anwärterdienst noch nicht vollständig abgeleistet hat, auch dann nicht
in Zweifel zu ziehen, wenn er sich in einer Konkurrenzsituation mit an-
deren Bewerbern befindet, die bereits zu Notaren bestellt worden sind
oder die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Bestellung erfül-
len. In Ermangelung gesetzlicher Vorgaben, unter welchen Vorausset-
zungen eine Ausnahme von der Regel gemacht werden darf, kann es

auch hier entscheidend nur auf die pflichtmäßige Ermessensprüfung ankommen, ob im Einzelfall sachliche, dem Gesetzeszweck gerecht werdende Gründe festzustellen sind, die die Regelabweichung rechtfertigen. Allerdings bedarf es in einem solchen Falle einer besonderen Begründung, warum bereits vor Ableistung des dreijährigen Regelanwärterdienstes das Vertrauen des Notarnachwuchses, in absehbarer (zumutbarer) Zeit zum Notar bestellt zu werden, bei einer Nichtberücksichtigung ernsthaft enttäuscht zu werden droht (vgl. BVerfG, ZNotP 2005, 316, 319 zum Senatsbeschluss vom 2. Dezember 2002). Zudem ist, je länger der Zeitraum ist, der an der Vollendung des Regelanwärterdienstes fehlt, umso stärker der Aspekt der Eignung in den Blick zu nehmen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Ermessensspielraum der Justizverwaltung zwar eingeschränkt, aber nicht aufgehoben ist (vgl. auch, wengleich wohl etwas enger hinsichtlich des Ermessensspielraums der Verwaltung, Eylmann/Vaasen/Baumann, BNotO/BeurkG 2. Aufl. § 7 BNotO Rn. 10; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO 6. Aufl. § 7 Rn. 5; Schipfel/Bracker, BNotO 8. Aufl. § 7 Rn. 17).

- 17 Diese Grundsätze hat der Antragsgegner nicht verkannt; er hat alle Belange der beiden Konkurrenten auf der ersten organisationsrechtlich und personalwirtschaftlich geprägten Stufe der Bedürfnisprüfung gemäß § 4 Satz 2 BNotO und unter zusätzlicher Beachtung des Prinzips der Bestenauslese gegeneinander abgewogen. Dabei sind insbesondere die Anwartschaft des Antragstellers auf eine Notarstelle auch im Verhältnis zu anderen Notarassessoren, der zum Stichtag kurz bevorstehende Ablauf der Regelanwärterzeit, die Altersstruktur der Notariate bezirks- und landesweit, die Wiederbesetzung der ausgeschriebenen wie der vom Antragsteller gehaltenen Stelle im Falle einer Amtssitzverlegung, das Fehlen einer selbst bindenden Verwaltungspraxis und die fachliche wie persönliche Eignung der Konkurrenten gewürdigt worden.

- 18 b) Der Antragsteller verkennt mit seinen diesbezüglichen Rügen bereits die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie der Auswahlentscheidung des Antragsgegners zutreffend zugrunde gelegt worden sind.
- 19 aa) Geeignete dienstältere Notarassessoren standen für eine Stellenbesetzung nicht zur Verfügung; die dienstälteren Notarassessoren kamen dafür infolge ihrer Abordnung an die Ländernotarkasse bzw. den Deutschen Notarverein gerade nicht in Betracht. Die zum Stichtag zu prognostizierende nächste planmäßige Anstellung erst 2010 verliert durch spätere, unvorhersehbare Ausfälle im Notariat nicht ihre Bedeutung für die Auswahlentscheidung. Der Umstand, dass, wie der Antragsteller hervorhebt, niemals zuvor ein Notarassessor ohne vollständige Ableistung der Regelanwärterzeit gegenüber einem amtierenden Notar den Vorzug erhalten habe, belegt keineswegs die Unrichtigkeit der Auswahlentscheidung, sondern ist, wie bereits das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat, darauf zurückzuführen, dass ein Konkurrenzverhältnis der vorliegenden Art noch nicht zu behandeln war.
- 20 bb) Die vom Antragsteller weiter herangezogenen angeblichen, vom Antragsgegner missachteten Grundregeln, die bislang stets für die Auswahlentscheidung den Ausschlag gegeben hätten, erweisen sich schon auf den ersten Blick als bloße Einzelkriterien, die im konkreten Einzelfall eine Entscheidung in Ermangelung anderer erheblicher Parameter getragen haben mögen. Generelle oder gar absolut ausschlaggebende Bedeutung kommen etwa der Vollendung der Regelanwärterzeit nur eines Mitbewerbers, dem Dienstalter und der bereits erfolgten Notarbestellung eines anderen Mitbewerbers indes nicht zu. Ebenso wenig kann der persönlichen Eignung eine entscheidungserhebliche Relevanz deswegen abgesprochen werden, weil in Brandenburg ein Fall, bei dem

dieser Eignungsaspekt die Auswahlentscheidung maßgeblich beeinflusst hat, bislang noch nicht vorgekommen sein soll.

21 Die im Zusammenhang mit den Disziplinarverfügungen 1995 und 1999 vom Antragsteller geäußerten Bedenken gegenüber der Maßgeblichkeit des Bewertungsstichtages gemäß § 6b Abs. 4 Satz 1 BNotO übersehen, dass das Stichtagsprinzip auch bei dem Auswahlkriterium der persönlichen Eignung Geltung erheischt, anderenfalls es ein Mitbewerber in der Hand hätte, durch den mit Anfechtungen von Auswahlentscheidungen verbundenem bloßen Zeitgewinn seine Eignungsqualifikation zu steigern (vgl. nur Senatsbeschluss vom 7. Dezember 2006 aaO juris Rn. 10). Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich, bei disziplinarrechtlichen Erkenntnissen davon abzuweichen.

22 cc) Der Antragsgegner hat, wie bereits das Oberlandesgericht zutreffend erkannt hat, nunmehr detailliert und insgesamt überzeugend dargelegt, dass es selbst bindende Verwaltungsvorschriften oder auch nur eine entsprechende Verwaltungsübung (vgl. dazu bereits Senat, Beschluss vom 13. Februar 1967 - NotZ 3/66 - DNotZ 1967, 705, 706 f., 710) bei der Besetzung von Notarstellen in Brandenburg insbesondere über ein so genanntes Vorrückensystem (vgl. nur Senat, Beschluss vom 14. Juli 2003 aaO S. 232 f.) nicht gegeben hat und derzeit auch (noch) nicht gibt. Die vom Antragsteller demgegenüber herangezogenen vorangegangenen beiden Stellenbesetzungen in Brandenburg belegen nichts anderes. Die für das Festhalten an der Vollendung der Regelanwärterzeit gemäß § 7 Abs. 1 BNotO maßgeblichen Gründe in jenen Fällen stützten sich auf die jeweilig zu beurteilende Bewerberlage. Damit werden sie nicht - wie der Antragsteller meint - durch die in diesem Konkurrentenstreit gegebene Begründung "in das genaue Gegenteil verkehrt". Auch hier tragen die Gründe - wie stets geboten - der konkre-

ten Bewerbersituation Rechnung, ohne damit zugleich eine irgendwie geartete Verwaltungsübung mit Selbstbindungswirkungen zu schaffen.

23 dd) Für die angemessene Berücksichtigung der Grundsätze einer geordneten Altersstruktur bedarf es nicht - wie der Antragsteller wohl annehmen möchte - einer abstrakt generellen Darlegung des auch im Verhältnis zu anderen Amtsbezirken einzuhaltenden Ordnungsprinzips etwa hinsichtlich der Altersabstände der amtierenden Notare und damit der Angabe, welche "Streubreite" noch hinnehmbar ist. Es liegt auf der Hand, dass mit einer Bestellung des weiteren Beteiligten Jahrgang 1973 eine - wünschenswerte - erheblich stärkere Differenzierung in der Altersstruktur der Notariate im fraglichen Amtsbezirk verbunden wäre gegenüber einer sonst eintretenden Konzentration auf Jahrgänge der 50-iger Jahre. Landesweit ergibt sich ein vergleichbares Bild, wie der Antragsgegner in seiner Beschwerdeerwiderung unter Bezugnahme auf die Auskunft der Landesnotarkammer unwidersprochen dargelegt hat.

24 ee) Schließlich verfahren der Antragsgegner bzw. die zu beteiligende Notarkammer keineswegs widersprüchlich, wenn sie in anderen Besetzungsverfahren etwa eine vierjährige Dienstzeit für Notarassessor und länger als zumutbar angesehen haben. Es wurde dort nur - wie geboten - das jeweilige Bewerberfeld zu dem maßgeblichen Stichtag vergleichend in den Blick genommen. Widersprüchliches ist daraus in Bezug auf das Konkurrentenstreitverfahren hier nicht abzuleiten. Der Antragsgegner durfte sehr wohl - wie vorstehend bereits ausgeführt - berücksichtigen, dass für den weiteren Beteiligten im Falle seiner Nichtberücksichtigung eine Bestellung erst 2010 zu prognostizieren war.

25

Auf die frei werdende Stelle des Antragstellers brauchte der Antragsgegner den weiteren Beteiligten insoweit nicht unbedingt zu verweisen. Anderes ist auch der Senatsentscheidung vom 7. Dezember 2006 nicht zu entnehmen; darin wird nur gefordert, dass dieser Aspekt - wie geschehen - bei der erneuten Auswahlentscheidung mit einbezogen wird. Alles andere würde - wie das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat - der Justizverwaltung mittelbar doch ein "Vorrücksystem" aufzwingen oder ihr in vielen Fällen doch einen generellen Vorrang von Notarbewerbern vorschreiben. Beides wäre aber mit den dargelegten, in solchen Konkurrenzsituationen zu beachtenden Auswahlgrundsätzen nicht zu vereinbaren.

26

3. Der Antragsgegner durfte daher aufgrund der erfolgten umfassenden Abwägung aller für die Belange einer geordneten Rechtspflege bedeutsamen Umstände unter zusätzlicher Einbeziehung der besseren persönlichen Eignung dem weiteren Beteiligten den Vorzug geben, ohne den ihm eingeräumten, gerichtlich nur beschränkt nachprüfaren Entscheidungsspielraum zu überschreiten.

Schlick

Wendt

Appl

Lintz

Bauer

Vorinstanz:

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 10.12.2007 - Not 1/07 -