

Dokumentnummer: notz124_07
letzte Aktualisierung: 28.7.2008

BGH, 28.7.2008 - NotZ 124/07

BNotO §§ 6, 7 Abs. 1; GG Art. 12 Abs. 1

Trotz Rechtsverletzung in Bewerbungsverfahren keine fiktive Behandlung des unterlegenen Bewerbers wie ein Notar für künftige Bewerbungsverfahren

Hat ein Verfahren über die Bewerbung zum Notar im Hauptberuf in Nordrhein-Westfalen durch die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit einem konkurrierenden Bewerber vorzeitig seine Erledigung gefunden, so kann der unterlegene landesfremde Bewerber, dessen Rechte in dem Bewerbungsverfahren verletzt worden sind, von der Landesjustizverwaltung nicht verlangen, in künftigen Bewerbungsverfahren so gestellt zu werden, als habe er die begehrte Stelle erhalten und bewerbe sich aus der Position eines hauptberuflichen Notars in Nordrhein-Westfalen.



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

NotZ 124/07

Verkündet am:
28. Juli 2008
Kiefer,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Verfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BNotO §§ 6, 7 Abs. 1

Hat ein Verfahren über die Bewerbung zum Notar im Hauptberuf in Nordrhein-Westfalen durch die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit einem konkurrierenden Bewerber vorzeitig seine Erledigung gefunden, so kann der unterlegene landesfremde Bewerber, dessen Rechte in dem Bewerbungsverfahren verletzt worden sind, von der Landesjustizverwaltung nicht verlangen, in künftigen Bewerbungsverfahren so gestellt zu werden, als habe er die begehrte Stelle erhalten und bewerbe sich aus der Position eines hauptberuflichen Notars in Nordrhein-Westfalen.

BGH, Beschluss vom 28. Juli 2008 - NotZ 124/07 - OLG Köln

wegen Bestellung zum Notar

Der Bundesgerichtshof, Senat für Notarsachen, hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Richter Schlick, die Richterin Dr. Kessal-Wulf, den Richter Dr. Appl, den Notar Dr. Lintz und den Notar Justizrat Dr. Bauer

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Notarsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 28. September 2007 - 2 VA (Not) 10/01 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen und der Antragsgegnerin die im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf

50.000 €

festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Der Antragsteller, Notar in Thüringen, bewarb sich im Jahre 2001 auf eine für das Land Nordrhein-Westfalen ausgeschriebene Notarstelle im Amtsgerichtsbezirk G. . Im Zuge des Auswahlverfahrens beschied ihn der vormalige Antragsgegner, das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, er wolle von der Regel des § 7 Abs. 1 BNotO Gebrauch machen und

einem landesangehörigen Notarassessoren den Vorzug geben. Der Antragsteller hatte mit seinem gegen die Rechtmäßigkeit dieser Auswahlentscheidung gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung weder vor dem Oberlandesgericht noch vor dem Senat Erfolg. Der Antragsgegner besetzte die Stelle daraufhin mit dem Mitbewerber. Durch Beschluss vom 28. April 2005 (DNotZ 2005, 473) hob das Bundesverfassungsgericht die beiden gerichtlichen Entscheidungen sowie den Bescheid des Antragsgegners auf und verwies die Sache an das Oberlandesgericht zurück, weil es den Antragsteller durch die schematische Anwendung des Regelvorrangs für "Landeskinder" in seinen Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ansah.

2 Vor dem Oberlandesgericht verfolgte der Antragsteller zunächst seinen Antrag weiter, die für das Auswahlverfahren nunmehr zuständige Antragsgegnerin zu verpflichten, über seine Bewerbung auf die ausgeschriebene Notarstelle neu zu entscheiden, hilfsweise festzustellen, dass der vormalige Antragsgegner verpflichtet gewesen wäre, die ausgeschriebene Stelle mit seiner Person zu besetzen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung lehnte er den beisitzenden Richter Notar Dr. Sch. mit der Begründung ab, dass dieser an der vom Bundesverfassungsgericht später aufgehobenen Ausgangsentscheidung beteiligt gewesen sei. Das Oberlandesgericht hat das Ablehnungsgesuch als unbegründet zurückgewiesen. Die Beschwerde des Antragstellers hat der Senat als unzulässig verworfen (Beschluss vom 26. März 2007 - NotZ 49/06 - juris).

3 Danach hat der Antragsteller vor dem Oberlandesgericht erklärt, weder das Ziel zu verfolgen, die damals ausgeschriebene Stelle in G. zu gewinnen zu bekommen noch - ohne Ausschreibung - eine erst zu errichtende weitere Notarstelle in G. ; seinen hilfsweise gegen den vormaligen Antragsgegner gestellten Antrag hat er nicht weiterverfolgt. Die Antragsgegnerin sei aber verpflichtet, ihn in künftigen Besetzungsverfahren wie einen dienst-

altersgleichen Notar im Hauptberuf mit Amtssitz in Nordrhein-Westfalen zu behandeln. Nur so könnte die Rechtsverletzung durch den vormaligen Antragsgegner in dem vorangegangenen Besetzungsverfahren und die ihm dadurch entstandenen Nachteile ausgeglichen werden. Für den Ausspruch einer entsprechenden Verpflichtung der Antragsgegnerin bestehe ein Rechtsschutzbedürfnis, weil ihm nicht zuzumuten sei, sich in künftigen Bewerbungsverfahren zur Klärung dieser Frage auf weitere langwierige Rechtsstreitigkeiten einzulassen.

4 Das Oberlandesgericht hat seinen diesbezüglichen Antrag zurückgewiesen. Mit der sofortigen Beschwerde verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter.

5 II. Die sofortige Beschwerde ist gemäß § 111 Abs. 4 BNotO i.V. mit § 42 Abs. 4 BRAO zulässig, aber in der Sache unbegründet.

6 1. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist verfahrensfehlerfrei ergangen. Der vom Antragsteller geltend gemachte Verfahrensverstoß (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) liegt nicht vor; ein nach dem Gesetz ausgeschlossener Richter hat an der angegriffenen Entscheidung nicht mitgewirkt. Der Antragsteller hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, seine diesbezüglichen Rügen nicht aufrechtzuerhalten.

7 Im Übrigen ist der Senat als neue Tatsacheninstanz unabhängig vom Vorliegen eines wesentlichen Mangels des oberlandesgerichtlichen Verfahrens befugt, eine eigene Sachentscheidung zu treffen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. Juni 2001 - AnwZ(B) 10/00 - NJW-RR 2001, 1642, 1643 und vom 30. Sep-

tember 2007 - AnwZ(B) 11/97 - NJW-RR 1998, 267, 268; siehe auch Senatsbeschluss vom 22. November 2004 - NotZ 23/04 - ZNotP 2005, 116, 117).

8 2. Überdies ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts sachlich richtig. Der Antragsteller ist nicht berechtigt, sich aus der Stellung eines Notars im Hauptberuf mit Amtssitz in Nordrhein-Westfalen auf künftig ausgeschriebene Stellen zu bewerben.

9 a) Das Bundesverfassungsgericht (DNotZ 2005, 473 ff.) hat die Bestimmung des § 7 Abs. 1 BNotO als grundsätzlich verfassungsgemäß gebilligt. Die Vorschrift hält einer Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG stand, weil sie einer Auslegung und Anwendung zugänglich ist, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht. Dabei zählt das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege zu den Gemeinwohlbelangen, die namentlich bei Notaren einen Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen können. Die "Landeskinderklausel" aus § 7 Abs. 1 BNotO dient dem Ziel einer geordneten Rechtspflege in zweierlei Hinsicht, wobei auch mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Regelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Zunächst soll mit dem Regelvorrang zugunsten von Notarassessoren im Dienst des jeweiligen Landes auf die Besonderheiten Rücksicht genommen werden, die sich aus dem Landesrecht ergeben und für die notarielle Tätigkeit - etwa im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit - bedeutsam sind. Vor allem aber obliegt es den Ländern, aufgrund der ihnen insoweit zustehenden Justizhoheit für eine den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entsprechende Zahl von Notaren Sorge zu tragen (vgl. § 4 BNotO) und die hohe Qualität des hauptberuflichen Notariats zu sichern. Dies setzt bei der Bestellung von Notaren zur hauptberuflichen Amtsausübung eine Bedarfsprognose der zuständigen Landesjustizverwaltung und den Aufbau eines geordneten Anwärterdienstes mit einer hinreichenden Zahl qualifizierter Notarassessoren voraus. Die Funktionsfähigkeit dieses Sys-

tems der Vorsorge für ein in jeder Hinsicht ausreichendes Angebot notarieller Leistungen wird in Frage gestellt, wenn nicht im Regelfall bei der Besetzung von Notarstellen Bewerber aus dem Anwärterdienst des jeweiligen Landes berücksichtigt werden. Anderenfalls könnte den Notarassessoren, die entsprechend dem prognostizierten Bedarf eingestellt und ausgebildet wurden, keine berufliche Perspektive in Gestalt einer zeitnahen Bestellung zum Notar geboten werden. Dies würde die Attraktivität des Notaranwärterdienstes mindern und es deshalb empfindlich erschweren, Berufsanfänger mit hinreichender persönlicher und fachlicher Qualifikation für die Vorbereitung auf das Notaramt zu gewinnen. Aus der Sicht der landesangehörigen Notarassessoren findet dieses Gemeinwohlziel Ausdruck in ihrer Anwartschaftsposition hinsichtlich des Notarates und der Fürsorgepflicht der Landesjustizverwaltung, die das Vertrauen in den künftigen Erwerb einer Notarstelle nicht enttäuschen darf (BVerfG aaO Rn. 27-28).

10

b) Das Bundesverfassungsgericht hat aber auch hervorgehoben, dass sich die Landesjustizverwaltung - wie bei der Bewerbung des Antragstellers auf die ausgeschriebene Stelle in G. geschehen - nicht schematisch auf das "Landeskinderprivileg" berufen darf. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 BNotO ermöglicht die gebotene Berücksichtigung der Wertentscheidungen des Grundgesetzes deshalb, weil sie "in der Regel" einen Vorrang der landesangehörigen Notarassessoren vorsieht. Das wiederum bedeutet, dass die Landesjustizverwaltung bei jeder einzelnen Auswahlentscheidung das Interesse an einer geordneten Rechtspflege (erneut) in den Blick zu nehmen und zu überprüfen hat, ob dieses Gemeinwohlziel ein Festhalten an dem Regelvorrang rechtfertigen kann. Die Auswahlentscheidung des vormaligen Antragsgegners wurde diesen verfassungsgerichtlichen Anforderungen nicht gerecht, weil er einem weiteren Bewerber, der damals seinen Anwärterdienst in Nordrhein-Westfalen ableistete, den Vorrang gegeben hatte, ohne sich näher damit zu befassen, ob das Inte-

resse an einer geordneten Rechtspflege im konkreten Fall diesen Vorrang tatsächlich erforderte und im Hinblick auf die grundrechtliche Position des Antragstellers zur Geltung kommen konnte (BVerfG aaO Rn. 28 ff.).

11 Das Bundesverfassungsgericht hat der Landesjustizverwaltung die Nachholung der bis dahin unterlassenen Prüfung aufgegeben. Für den Fall, dass der Regelvorrang zu verneinen sei, hat es einen umfassenden Eignungsvergleich der beiden Bewerber gefordert und einige der dafür einzubeziehenden Kriterien genannt, ohne aber zugleich eine abschließende Aussage dahin zu treffen, dass der Antragsteller die ausgeschriebene Stelle zwingend erhalten müsse (aaO Rn. 32-35).

12 Zu dieser auf den Einzelfall bezogenen Prüfung ist es für das konkrete Bewerbungsverfahren nicht mehr gekommen, weil die Landesjustizverwaltung die ausgeschriebene Stelle mittlerweile mit dem konkurrierenden Bewerber besetzt hatte. Das damalige Bewerbungsverfahren hat durch diese Besetzung seine Erledigung gefunden. Der Antragsteller nimmt dies im Hinblick auf die Senatsentscheidung BGHZ 165, 139 hin. Er strebt eine Neubescheidung seiner Bewerbung auf die vormals ausgeschriebene Stelle als Notar im Hauptberuf in G. zu Recht nicht mehr an.

13 c) Ihm kann allerdings darin nicht gefolgt werden, dass er bei künftigen Bewerbungen eine Auswahlentscheidung auf hypothetischer Grundlage verlangen kann, um dadurch die Folgen auszugleichen, die ihm durch das fehlerhaft durchgeführte und durch die Besetzung der Stelle mit einem konkurrierenden Bewerber vorzeitig beendete Bewerbungsverfahren entstanden sind. Er kann die Antragsgegnerin nicht verpflichten, ihn bei den von ihm angestrebten Bewerbungen auf neu ausgeschriebene Stellen wie einen Notar im Hauptberuf mit Amtssitz in Nordrhein-Westfalen zu behandeln.

14 (1) Der Antragsteller darf den erlittenen Grundrechtsverstoß nicht dadurch kompensieren, dass die Grundrechte anderer Bewerber in diesen Bewerbungsverfahren verkürzt werden. Vom Standpunkt des Antragstellers aus hätte die - vom Bundesverfassungsgericht für jedes konkrete Bewerbungsverfahren geforderte - Prüfung, ob die Regelvoraussetzung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles zur Anwendung gelangen kann, für seine Person von vornherein zu unterbleiben. Die schematische Berufung auf den Regelvorrang, wie sie das Bundesverfassungsgericht als unzulässig gerügt hat, würde durch ein mit Blick auf die Grundrechte der Mitbewerber (Art. 12 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlichen Vorgaben ebenfalls nicht genügendes gänzlich Ausblenden des § 7 Abs. 1 BNotO ersetzt. Auch das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege als Gemeinwohlbelang hätte zurückzutreten, um die Grundrechtsverletzung eines Bewerbers auszugleichen, die dieser in einem zurückliegenden, in sich abgeschlossenen Bewerbungsverfahren erlitten hat; das aber wäre in Bezug auf das neue Bewerbungsverfahren ein sachfremder Gesichtspunkt, der sich somit als nicht berücksichtigungsfähig erweist (vgl. BVerfG NJW 2006, 2395 Rn. 15 a.E.).

15 (2) Das Bundesverfassungsgericht (aaO Rn. 25 f.) hat betont, dass die "Landeskinderklausel" im Grundsatz dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Rechtspflege dient, wenn auch dieser Gemeinwohlbelang nicht abstrakt und losgelöst von den Umständen des Einzelfalles, die sich für die jeweiligen Bewerbungsverfahren durchaus unterschiedlich darstellen können, betrachtet und gewichtet werden darf. Dabei muss die gebotene, auf das konkrete Auswahlverfahren bezogene Abwägung nicht notwendig zugunsten des landesfremden Bewerbers ausfallen, sie kann ebenso eine Privilegierung der "Landeskinder" zum Ergebnis haben, wobei auch das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang von einem "Regelvorrang" spricht, der lediglich nicht "schematisch" zum Tragen kommen darf. Diesen verfassungsrechtlichen

(Art. 12 Abs. 1 GG) und einfachgesetzlichen (§ 7 Abs. 1 BNotO) Erfordernissen könnte die Landesjustizverwaltung nicht mehr umfassend und vollständig Rechnung tragen, müsste sie den Antragsteller aufgrund der auf einem früheren und möglicherweise anders gelagerten Sachverhalt beruhenden Erkenntnisse in künftigen Bewerbungsverfahren wie einen landeseigenen Notar im Hauptberuf behandeln. Anders als dem Antragsteller, der als (in Thüringen) bereits amtierender Notar lediglich in seiner Berufsausübungsfreiheit berührt ist, wäre einem konkurrierenden Notarassessor - bezogen auf das konkrete Bewerbungsverfahren - sogar der Zugang zu dem gewählten Beruf verschlossen, würde er nach Ableistung des regelmäßigen Anwärterdienstes auf einer in solcher Weise reduzierten Entscheidungsgrundlage nicht zum Notar im Hauptberuf bestellt. Auch stünde die vom Antragsteller nur fiktiv eingenommene Notarstelle in Nordrhein-Westfalen faktisch nicht zur Wiederbesetzung zur Verfügung - wie dies bei Anwendung des "Vorrücksystems" typischerweise der Fall ist - und nähme dem Notarassessor auch unter diesem Gesichtspunkt die Perspektive, in absehbarer Zeit als Notar im Hauptberuf bestellt zu werden; die Landesjustizverwaltung könnte seinen darauf gerichteten berechtigten Erwartungen nicht anderweit entsprechen (vgl. Senatsbeschluss vom 14. April 2008 - NotZ 114/07 - juris Rn. 8, 12 m.w.N.).

16

(3) Bewirbt sich zudem ein landeseigener Notar um eine in demselben Bundesland ausgeschriebene Stelle, entspricht dies dem Ersuchen um eine Verlegung seines Amtssitzes gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO, um die freie Stelle einnehmen zu können. In diesem Fall hat die Landesjustizverwaltung beim Vorliegen mehrerer Bewerbungen nicht nur eine Auswahl nach § 6 Abs. 3 BNotO zu treffen. Ihre Entscheidung über die Bewerbung des bereits amtierenden Notars hängt auch davon ab, ob die Verlegung des Amtssitzes im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO mit den Belangen einer geordneten Rechtspflege in Einklang steht. Bei der Beurteilung dieser Frage ist der Landesjustizverwal-

tung im Rahmen ihrer Organisationshoheit wiederum ein erheblicher, gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Entscheidungsspielraum eingeräumt; dieser ist insgesamt weiter als derjenige, der bei einer reinen Auswahlentscheidung nach § 6 Abs. 3 BNotO besteht (st. Rspr.; vgl. - jeweils m.w.N. - Senatsbeschlüsse vom 14. April 2008 aaO; vom 28. März 1991 - NotZ 27/90 - NJW 1993, 1591 f.; vom 13. Dezember 1993 - NotZ 60/92 - DNotZ 1994, 333 f.; vom 5. Februar 1996 - NotZ 25/95 - DNotZ 1996, 906 ff.). Auch diesen Entscheidungsspielraum könnte die Landesjustizverwaltung - zu Lasten der übrigen Bewerber und der Belange einer geordneten Rechtspflege - nicht wahrnehmen und ausschöpfen, wenn der Antragsteller kein tatsächlich in Nordrhein-Westfalen amtierender Notar im Hauptberuf ist, sondern lediglich (fiktiv) als solcher zu behandeln wäre. Denn die in diesem Zusammenhang - etwa bei Anwendung des "Vorrücksystems" - anstehenden Fragen der Organisation und des sachgerechten Personaleinsatzes knüpfen vielfach an die konkreten Verhältnisse vor Ort an (Senatsbeschluss vom 5. Februar 1996 aaO S. 908).

17

3. Auf weiteres kommt es nicht an. Der Antragsteller wird schließlich nicht, wie er dies meint, rechtlos gestellt, weil der vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigte Grundrechtsverstoß folgenlos bliebe. Ist es unmöglich geworden, einen Bewerbungsverfahrensanspruch neu zu bescheiden, bleiben dem Antragsteller Amtshaftungsansprüche unbenommen (BVerfG NJW 2006 aaO Rn. 19). Der Senat hat die dafür geltenden Grundsätze bereits aufgezeigt. Wird eine Konkurrentenstreitigkeit durch die vorzeitige Ernennung eines Mitbewerbers vereitelt, so kann darin eine selbständige Amtspflichtverletzung liegen, die Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hat, soweit es um die Beantwortung der Frage geht, ob die Bewerbung des Rechtsbehelfsführers bei pflichtgemäßer Durchführung des Auswahlverfahrens hätte Erfolg

haben müssen (BGHZ 165, 139, 145 unter Bezugnahme auf BGHZ 129, 226, 232 f.).

Schlick

Kassal-Wulf

Appl

Lintz

Bauer

Vorinstanz:

OLG Köln, Entscheidung vom 28.09.2007 - 2 VA (Not) 10/01 -