
Datum: 07.09.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 VA (Not) 3/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:0907.2VA.NOT3.06.00

Schlagworte: Notarbestellung; Voraussetzungen; Notariatsverwaltung

Normen: BNotO § 6

Leitsätze:

1) § 17 AVNot NRW in der seit 2004 geltenden Fassung genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

2) Tätigkeiten als Notariatsverwalter oder Notarvertreter müssen unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 Nr. 6 lit. d) AVNot NRW auch dann durch die Vergabe von Sonderpunkten berücksichtigt werden, wenn die gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 4 AVNot NRW maximal zu vergebende Punktzahl für Beurkundungen noch nicht erreicht ist.

3) Wird ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen einen Bewerber um eine Notarstelle gemäß § 170 Abs. 2 eingestellt, ist dies zu seinen Gunsten bei der Besetzungsentscheidung auch dann noch zu berücksichtigen, wenn die Einstellung erst nach Schluss der Bewerbungsfrist erfolgt.

Tenor:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen des Antragsgegners und des Beteiligten zu 4).

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wurde 1982 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen und ist seitdem als Rechtsanwältin in E. tätig. In der Zeit vom 28.01.2004 bis 30.04.2005 war sie an Stelle des verstorbenen Notars Dr. F. in E. zur Notariatsverwalterin bestellt.

Die Antragstellerin hat sich auf eine von drei Notarstellen im Bezirk des Amtsgerichts Dortmund beworben, die am 01.06.2005 ausgeschrieben worden waren. Mit Schreiben vom 31.10.2005 hatte der Antragsgegner ihr mitgeteilt, dass er beabsichtige, diese Stellen drei anderen, besser bewerteten Bewerbern, nämlich den Beteiligten zu 2) und 3) sowie Rechtsanwalt R., zu übertragen. Bevor es hierzu kam, teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 14.11.2005 mit, dass er "aufgrund einer nach Ablauf der Bewerbungsfrist eingetretenen Veränderung der Sachlage" nun einen weiteren Bewerber, den Beteiligten zu 4), in die Auswahlentscheidung einbeziehen und eine neue Besetzungsentscheidung treffen werde. Hintergrund war, dass die StA E. am 03.11.2005 ein Ermittlungsverfahren gegen den Beteiligten zu 4) gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt hatte. Bei der nunmehr erfolgten erneuten Bewertung ihrer Leistungen gem. § 17 AVNot 2004 durch den Antragsgegner erreichte die Antragstellerin einen Punktwert von 137,1 Punkten, während die besser bewerteten Mitbewerber auf 195,95, 151,8 und 138,95 Punkte kamen. Die Ermittlung der Punktwerte stellt sich im einzelnen wie folgt dar:

Bewerber	Beteiligter zu 4)	Beteiligter zu 3)	Beteiligter zu 2)	weiterer Bewerber	Antragstellerin.
Rang	1	2	3	4	5
2. Staatsexamen	55,95	33,5	38,75	36,15	37,4
RA-Tätigkeit	30	30	30	30	30
Fortbildungen	0	56,5	27	25,5	39
Beurkundungen	90	31,8	43,2	45,6	30,7
Sonderpunkte	20 (Notar von 1987 bis 2001)	0	0	0	0
Summe	195,95	151,8	138,95	137,25	137,1

Mit Schreiben vom 09.01.2006 hat der Antragsgegner der Antragstellerin mitgeteilt, dass er nunmehr beabsichtige, die Stellen mit drei anderen, besser bewerteten Bewerbern, den Beteiligten zu 2) bis 4), zu besetzen.

Die Antragstellerin hält die Regelung in § 17 AVNot 2004 für verfassungswidrig, weil sie nicht dem Gesichtspunkt der Bestenauslese entspreche. Insbesondere beanstandet sie, dass der Antragsgegner ihr für ihre Tätigkeit als Notariatsverwalterin keine Sonderpunkte zugebilligt hat, weil sie die Höchstzahl der Punkte bei den Beurkundungen noch nicht erreicht hatte. Außerdem hält sie es für fehlerhaft, dass der Beteiligte zu 4) nachträglich noch in die

Entscheidung mit einbezogen wurde.

Die Antragstellerin beantragt,	8
dem Antragsgegner aufzugeben, unter Aufhebung des ablehnenden Bescheides vom 09.01.2006 über den Antrag der Antragstellerin auf Bestellung zur Notarin im Amtsgerichtsbezirk Dortmund unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu befinden.	9
Der Antragsgegner und der Beteiligte zu 4) beantragen,	10
den Antrag zurück zu weisen.	11
Der Antragsgegner weist darauf hin, dass auch die höher bewerteten Mitbewerber, die Beteiligten zu 2) und 3) sowie Rechtsanwalt R. ebenfalls und teilweise deutlich länger als die Antragstellerin als Notariatsverwalter tätig waren, ohne dass dies durch die Vergabe von Sonderpunkten berücksichtigt wurde. Selbst wenn für diese Tätigkeit Sonderpunkte zu vergeben wären, würde dies deshalb nicht zu einer anderen Besetzungsentscheidung führen können.	12
Der Antragsgegner hat auf Bitten des Senats bislang die ausgeschriebene Stelle nicht besetzt.	13
II.	14
Der von der Antragstellerin vorsorglich gestellte Antrag, dem Antragsgegner aufzugeben, bis zur Entscheidung in der Hauptsache zumindest eine der drei ausgeschriebenen Stellen freizuhalten, ist durch die Erklärung des Antragsgegners, die Stellen vorläufig nicht zu besetzen, erledigt. Der im übrigen zulässige Antrag der Antragstellerin ist nicht begründet. Entgegen der von der Antragstellerin vertretenen Rechtsauffassung erfolgte die Entscheidung auf der Grundlage wirksamer Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Die Entscheidung des Antragsgegners, die Antragstellerin bei der Stellenvergabe nicht zu berücksichtigen, beruht auch nicht auf einer fehlerhaften Anwendung der bestehenden Rechts- und Verwaltungsbestimmungen.	15
1. § 17 AVNot 2004, der die Grundsätze für die fachliche Bewertung der Bewerber um eine Stelle im Bereich des Anwaltsnotariats regelt, ist verfassungsgemäß. Rechtsgrundlage für die Auswahl der Bewerber um eine Stelle als Anwaltsnotar ist § 6 Abs. 2 und 3 BNotO. Diese Bestimmung ist verfassungsgemäß (BVerfG NJW 2004, 1935, 1936f.). Danach kommt es neben den zwingenden Erfordernissen gemäß § 6 Abs. 2 BNotO – mindestens fünfjährige Zulassung zur Anwaltschaft und mindestens dreijährige Tätigkeit als Rechtsanwalt in dem in Aussicht genommenen Amtsbezirk – insbesondere auf die Bewertung der fachlichen Eignung der Bewerber an. Hierfür können	16
• die Note des 2. Staatsexamens, • die Dauer der Tätigkeit als Rechtsanwalt, • die bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen sowie • notarbezogene Lehrgänge	17
in die Bewertung einbezogen werden. In Nordrhein-Westfalen wird die Regelung über die Bewertung der fachlichen Qualifikation in § 6 Abs. 3 BNotO durch § 17 Abs. 2 AVNot 2004 konkretisiert. Diese Konkretisierung entspricht den verfassungsrechtliche Anforderungen,	18

denn danach kommt es für die Vergabe einer Notarstelle entscheidend darauf an, dass die Grundsätze der Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 GG gewahrt werden (BVerfG NJW 2004, 1935, 1940f.). Diese wird durch § 17 Abs. 2 AVNot 2004 gewährleistet.

a) Die für die Bewertung herangezogenen Kriterien sind geeignet, die Qualifikation eines Bewerber um eine Notarstelle zu beurteilen. 19

aa) Das Ergebnis der die Ausbildung abschließenden Staatsprüfung ist nach § 6 Abs. 3 S. 1 BNotO zu berücksichtigen. Es gibt Aufschluss über die allgemeine juristische Befähigung des Bewerbers (vgl. BGH, Beschluss vom 14.03.2005 – NotZ 27/04 -, NJW-RR 2006, 55, 56) . Im Hinblick darauf, dass besondere, notarspezifische Fähigkeiten nur auf dieser allgemeinen Grundlage aufbauen können, kommt auch dieser eine aussagekräftige Bedeutung für die Befähigung zum Amt des Notars zu. 20

bb) Die Dauer der Rechtsanwaltsstätigkeit ist gemäß § 6 Abs. 3 S. 3 BNotO "angemessen zu berücksichtigen". Aus der reinen Zeitdauer der Tätigkeit als Rechtsanwalt ergeben sich zwar keine notarspezifischen Qualifikationen. Sie belegt jedoch immerhin – und zwar unabhängig von der fachlichen Ausrichtung der Anwaltstätigkeit -, dass der Bewerber mit dem Umgang mit Mandanten und der Führung einer Kanzlei vertraut ist. 21

cc) Die Berücksichtigung der bereits als Notarvertreter oder Notarverwalter vorgenommenen Beurkundungen entspricht in besonderer Weise dem vom Bundesverfassungsgericht herausgestellten Prinzip der Bestenauslese: 22

"..., dass die ständige Vertretung eines Notars neben der reinen Beurkundungstätigkeit eine Vielzahl von weiteren Aufgaben umfasst, insbesondere die unparteiische Beratung der Rechtsuchenden, das selbständige Aufsetzen von Urkunden sowie die Durchführung der beurkundeten Geschäfte. Eine solche Vertretung ist – je länger sie dauert, umso stärker – vielseitig und steht der vollen Ausübung des Amts des Notars gleich." (BVerfG NJW 2004, 1936, 1941).

Es wäre sachwidrig, die aus der Tätigkeit als Notarvertreter bzw. Notariatsverwaltergewonnene praktische Erfahrung bei der Beurteilung der fachlichen Eignung zu vernachlässigen, denn hierdurch würde "die fachliche Berufserfahrung, also ein wesentliches Merkmal für die Eignungsprognose, fast vollständig entwertet" (BVerfG NJW 2004, 1935, 1941). 24

Der Berücksichtigung dieser praktischen Erfahrungen steht nicht entgegen, dass nicht alle Interessenten im gleichen Umfang die Möglichkeit haben, diese praktischen Erfahrungen in einer Notarvertretung zu sammeln und außerdem auch Art und Umfang der Tätigkeit des Notarvertreters im Zusammenhang mit der Beurkundung nicht bewertet werden. 25

(1) Es spricht einiges dafür, dass ein Einzelanwalt gegenüber einem in einer Rechtsanwalts- und Notarsozietät tätigen Mitbewerber geringere Chancen hat, als Notarvertreter bestellt zu werden. Diese Mitbewerber erhalten über ihren Sozius vielfach die Möglichkeit, als Notarvertreter tätig zu werden. Dem gegenüber werden Einzelanwälte kaum die Chance haben, als Notarvertreter eingesetzt zu werden, denn die Notare werden einen in ihrem eigenen Geschäftsbezirk ansässigen Rechtsanwalt, also einen wirtschaftlichen Konkurrenten, kaum mit der Vertretung beauftragen. Bedeutsamer ist die Möglichkeit, praktische Erfahrungen als Notariatsverwalter eines ausgeschiedenen oder amtsunfähigen Notars zu sammeln, wie dies auch der Antragstellerin gelungen ist. Es fällt jedenfalls auf, dass die Bewerber in den derzeit beim Senat anhängigen Besetzungsverfahren fast sämtlich – und die 26

bestplatzierten insgesamt – in einer Sozietät mit einem Anwaltsnotar tätig sind.

Den Bewerbern, die mit einem Anwaltsnotar in einer Sozietät verbunden sind, entsteht hierdurch im fachlichen Teil ein möglicher Punktvorsprung von 30 Punkten – ein Bewerber ohne praktische Erfahrungen kann durch umfangreiche theoretische Fortbildungen maximal 90 von möglichen 120 Punkten bekommen. Eine Kompensation dieses Punktvorsprungs durch andere Bewertungsbereiche ist kaum möglich, denn

27

- bei der Examensnote machen 30 Punkte sechs Punkte oder zwei Noten im Examensergebnis aus;
- bei der Anwaltstätigkeit werden ohnehin nur zehn Jahre (= 30 Punkte) berücksichtigt und fünf Jahre Anwaltstätigkeit muss jeder Bewerber schon gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 BNotO vorweisen, so dass gegenüber Mitbewerbern, die bereits umfangreich als Notarvertreter tätig waren, was i. d. R. mit einer längeren Anwaltstätigkeit korrespondiert, kaum "Boden gutgemacht" werden kann.
- Sonderpunkte gemäß § 17 Nr. 6 AVNot 2004 sind am ehesten für Anwälte erreichbar, die als Notarvertreter bestellt waren (§ 17 Abs. Nr. 6 lit. d) AVNot 2004). Für Einzelanwälte kommen allenfalls 20 Zusatzpunkte aus benoteten Leistungsnachweisen (§ 17 Nr. 6 lit. e) AVNot 2004) und Veröffentlichungen zu notarspezifischen Themen (§ 17 Nr. 6 lit. g) AVNot 2004) in Betracht.

28

Die Wahrung der Chancengleichheit beim Zugang zum Notaramt erscheint damit zumindest zweifelhaft. Die Frage, ob dies verfassungswidrig ist, oder aber hingenommen werden muss, weil die Regelung des § 39 Abs. 3 S. 3 BNotO, wonach grundsätzlich nur zum Notarvertreter bestellt werden darf, wer von dem amtierenden Notar hierfür vorgeschlagen wurde, Ausfluss der Berufsfreiheit des Notars ist – wofür vieles spricht -, bedarf jedoch keiner Entscheidung. Auch wenn der Zugang zu Notarvertretungen verfassungswidrig beschränkt sein sollte, ändert das nichts an der durch die Vertretung gewonnenen zusätzlichen Qualifikation des Mitbewerbers:

29

"Das Ziel der Gewährleistung eines chancengleichen Zugangs zum Notaramt rechtfertigt nicht, unbestritten erworbene Qualifikationen außer Betracht zu lassen. Sofern bei der Bestellung des Beschwerdeführers zum ständigen Vertreter des seiner Sozietät angehörenden Notars Auswahlfehler vorgekommen sein sollten, ... können diese die danach gezeigte Bewährung und Befähigung für das Amt des Notars nicht in Frage stellen." (BVerfG NJW 2004, 1936, 1941).

(2) Die Berücksichtigung der praktischen Erfahrungen aufgrund vorgenommener Beurkundungen ist auch nicht deshalb verfassungswidrig, weil allein die Zahl und nicht auch die Qualität der hiermit verbundenen Leistungen berücksichtigt wird. Das Erreichen der Höchstpunktzahl 60 setzt mindestens 300 Beurkundungen voraus, wenn diese sämtlich innerhalb der letzten drei Jahre vor dem Ende der Bewerbungsfrist erfolgten und der Bewerber jeweils für eine ununterbrochene Dauer von mindestens zwei Wochen als Notarvertreter tätig war. Andernfalls sind bis zu 600 Beurkundungen zur Erreichung der Höchstpunktzahl erforderlich. Bei dieser großen Zahl von Beurkundungen kann davon ausgegangen werden, dass der Bewerber mit der ganzen Breite der in der jeweiligen Notarpraxis anfallenden Beurkundungen konfrontiert wurde und er insoweit Erfahrungen sammeln konnte. Eigenverantwortlich war dabei jeweils zumindest die Belehrung vorzunehmen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass auch bei der Fortbildung im wesentlichen nur der Zeitaufwand berücksichtigt wird, denn die Maximalpunktzahl ist allein durch die Teilnahme an 120 halbtägigen Fortbildungsveranstaltungen erreichbar.

31

Die vorstehenden Überlegungen gelten jedenfalls für den Regelfall, in dem die Beurkundungen im Rahmen von Notarvertretungen bzw. Notariatsverwaltungen erfolgten, die sich über einen längeren, mehrjährigen Zeitraum erstreckten. Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 Nr. 4 AVNot 2004 würde allerdings auch eine Vielzahl gleichgelagerter Beurkundungen innerhalb eines ganz kurzen Zeitraums zur Vergabe von Punkten führen, obwohl in diesem Fall aus der Zahl der Beurkundungen ersichtlich nicht auf eine entsprechende Qualifikation und Erfahrung geschlossen werden kann. Im Hinblick auf die hinter der Regelung des § 17 Abs. 2 Nr. 4 AVNot 2004 stehende, oben näher dargelegte Überlegung ist in derartigen Fällen, in denen die Quantität der Beurkundungen ersichtlich keinen Rückschluss auf die Qualifikation zulässt, eine teleologische Reduktion der Bestimmung vorzunehmen, die in der Praxis auch erfolgt. Von daher besteht auch unter diesem Gesichtspunkt nicht die Gefahr, dass die grundsätzlich zunächst einmal rein quantitative Beurteilung zu sachwidrigen Ergebnissen führt.

32

Es besteht auch kein zwingender Grund, die Beurkundungen von Tatsachen (§ 36 BeurkG) oder die Abnahme eidesstattlicher Versicherungen (§ 38 BeurkG) bei der Zahl der Beurkundungen unberücksichtigt zu lassen. Auch diese Beurkundungen gehören mit zum Spektrum der Tätigkeit eines Notars. Sie sind auch nicht den Unterschriftsbeglaubigungen gemäß § 40 BeurkG, die nicht berücksichtigt werden, vergleichbar, weil sie rechtlich durchaus anspruchsvoll sein können, etwa wenn es sich um die Beurkundung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft handelt. Auch die erforderliche Belehrung desjenigen, der eine eidesstattliche Versicherung abgibt, erfordert eine entsprechende rechtliche Prüfung. Zudem besteht angesichts der Zahl von Beurkundungen gemäß § 38 BeurkG, die in einem durchschnittlichen Notariat anfallen, nicht die Gefahr, dass ein Bewerber seine Punkte ausschließlich oder ganz überwiegend mit der Abnahme eidesstattlicher Versicherungen erzielt hat. Der Anteil der Beurkundungen gemäß § 38 BeurkG am Geschäftsanfall übersteigt nach den Feststellungen der Westfälischen Notarkammer nur selten 25%. Sollte sich im Einzelfall gleichwohl erweisen, dass ein überproportional hoher Anteil der Beurkundungen solche gemäß §§ 36, 38 BeurkG betrifft, besteht schließlich auch noch die Möglichkeit, diese im Wege einer teleologischen Reduktion der Bestimmung im Einzelfall unberücksichtigt zu lassen, soweit deshalb anzunehmen war, dass die Zahl der Beurkundungen keinen Rückschluss auf die gewonnenen praktischen Erfahrungen zulässt.

33

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, besondere, über den Durchschnitt der Beurkundungen hinausgehende inhaltliche Qualitäten der im Rahmen der Notarvertretungen bzw. Notariatsverwaltungen vom Bewerber erbrachten Leistungen über Sonderpunkte (§ 17 Abs. 2 Nr. 6 lit. d) AVNot 2004) zu erfassen. Hierdurch wird dem Gesichtspunkt, dass es für die Qualifikation eines Bewerbers nicht allein auf die Quantität der Beurkundungen ankommen kann, hinreichend Rechnung getragen.

34

(3) Die im wesentlichen rein quantitative Betrachtung bei den Beurkundungen und die auf herausgehobene Tätigkeiten beschränkte Vergabe von Sonderpunkten – vergleichbares gilt für die Fortbildungsveranstaltungen - erscheint auch unter dem Gesichtspunkt der Effizienz der Verwaltung geboten und ist deshalb bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Regelung mit zu berücksichtigen. Bei einem Besetzungsverfahren mit mehreren – teilweise deutlich über zehn – Bewerbern wären andernfalls einige tausend Urkunden und jedenfalls mehrere hundert Fortbildungsveranstaltungen im Rahmen des Besetzungsverfahrens zu beurteilen. Dabei ließe sich ohne Beiziehung der Handakten des Notars der Anteil des Bewerbers an der jeweiligen Beurkundung gar nicht nachvollziehen. Der mit einem solchen Vorgehen verbundene Aufwand wäre für die Notarkammern und die Justizverwaltung schlechterdings nicht zu leisten und würde damit die zeitnahe Besetzung frei gewordener

35

Notarstellen unmöglich machen.

dd) Das zweite Feld notarspezifischer Aus- und Fortbildung ist die Teilnahme an entsprechenden Kursen. Allein schon die Teilnahme an einer großen Zahl von Kursen lässt erwarten, dass entsprechende Kenntnisse erworben wurden, auch wenn keine bewertete Erfolgskontrolle durchgeführt wurde. Zwar würden bewertete Leistungskontrollen im Rahmen der Fortbildung dem Leistungsgedanken eher entsprechen. Die Justizverwaltung, die diese Fortbildungsveranstaltungen nicht selbst durchführt, muss es jedoch hinnehmen, wenn die Veranstalter (bisher) von einer differenzierten Bewertung der Leistungskontrollen absehen. Durch die möglichen Sonderpunkte gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 6 lit. e) AVNot 2004 ist darüber hinaus gewährleistet, dass bewertete Leistungen im Rahmen der Fortbildung ein höheres Gewicht erlangen als unbewertete. Dies schafft für die Zukunft einen Anreiz bei den Veranstaltern und Teilnehmern von Fortbildungskursen, Leistungsbewertungen vorzunehmen. Die unbewerteten Teilnahmenachweise müssen aber gegenwärtig schon deshalb weiterhin bei der Bewertung mit berücksichtigt werden, weil insoweit aufgrund der Rechtsprechung des BGH (NJW-RR 1997, 948, 949; 1998, 637) ein Vertrauensschutztatbestand entstanden ist.

36

ee) Besondere notarspezifische Leistungen, die die Qualifikation eines Bewerbers erhöhen, lassen sich darüber hinaus durch die Sonderpunktregelung des § 17 Abs. 2 Nr. 6 AVNot 2004 erfassen. Die dort aufgeführten Merkmale lassen jeweils eine gegenüber den vorhergehenden Merkmalen gesteigerte Befähigung für das Notaramt erkennen.

37

Nicht ausdrücklich in § 17 Nr. 6 AVNot 2004 erwähnt ist allerdings der Umstand, dass die Anwaltstätigkeit notarnäher oder notarferner ausgestaltet sein kann. Während in § 17 Abs. 2 Nr. 2 AVNot 2004 die reine Zeit der Anwaltszulassung im Hinblick auf die dabei erworbenen Fähigkeiten im Umgang mit Mandanten und die Organisation einer Kanzlei berücksichtigt wird, kann sich aus der konkreten anwaltlichen Tätigkeit eine berufsspezifische Qualifikation für das Amt des Notars ergeben (vgl. auch BGH NJW-RR 2006, 781 Rdnr. 17).

38

Die von der Beteiligten zu 1) vertretene Auffassung, dass es nach der Neufassung der AVNot nicht mehr geboten sei, den Bezug der Anwaltstätigkeit zur Notartätigkeit noch gesondert zu bewerten, weil die Dauer der Anwaltstätigkeit ein geringeres Gewicht für die Besetzungsentscheidung bekommen habe und nunmehr wesentlich auf die fachbezogene Qualifikation abgestellt wird, teilt der Senat – in Übereinstimmung mit dem Antragsgegner – nicht. Der Gesichtspunkt der Bestenauslese spricht dafür, dass für die Besetzungsentscheidung der Frage, ob die Berufstätigkeit des Rechtsanwalts notarnäher oder notarferner ausgerichtet war, Bedeutung zukommen muss. Es ist offensichtlich, dass bei ansonsten gleichen Voraussetzungen eine notarnähere Anwaltstätigkeit, mit einem Schwerpunkt auf der Vertragsgestaltung im Gesellschafts-, Immobilien-, Familien- und/oder Erbrecht eine höhere Qualifikation bedeutet als eine notarfernere Tätigkeit etwa im Bereich des Strafrechts oder des Verkehrsunfallrechts. Dies muss dann auch bei der Besetzung berücksichtigt werden.

39

§ 17 Abs. 2 Nr. 6 AVNot 2004 ermöglicht diese Berücksichtigung, auch wenn der Wortlaut dieser Regelung nicht ganz klar ist. Die beiden Einleitungssätze

40

"Im Rahmen der Gesamtentscheidung können weitere Punkte für im Einzelfall vorhandene besondere notarspezifische Qualifikationen angerechnet werden. Dies kommt in der Regel in Betracht für:..."

42

lassen die Auslegung zu, dass der Katalog des § 17 Abs. 2 Nr. 6 AVNot 2004 nur Regelbeispiele enthält, für die insbesondere ("in der Regel") die Vergabe von Sonderpunkten in Betracht kommt, aber nicht abschließend ist. Für diese Deutung sprechen entscheidend folgende Argumente:

- Der Katalog des § 17 Abs. 2 Nr. 6 S. 2 AVNot 2004 dient der Konkretisierung der allgemeinen Regelung in Satz 1, wonach "besondere notarspezifische Qualifikationen" durch die Vergabe von Sonderpunkten berücksichtigt werden. Die Entscheidung dafür, "besondere notarspezifische Qualifikationen" zu berücksichtigen, wäre aber mit einer abschließenden Aufzählung, die ersichtlich nicht alle denkbaren Qualifikationsmöglichkeiten aufzählt, nicht vereinbar. 43
- Dem verfassungsrechtlichen Gebot der Bestenauslese kann nur dadurch Rechnung getragen werden, dass auch weitere Qualifikationen berücksichtigt werden. 44

Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen, dass § 17 Abs. 2 Nr. 6 AVNot 2004 hinsichtlich der maximal erreichbaren Zahl von Sonderpunkten zwischen verschiedenen Tätigkeiten differenziert – teilweise können bis zu 20 Sonderpunkte, teilweise dagegen nur maximal 10 Sonderpunkte erreicht werden. Ebenso wie es möglich ist, aufgrund eines wertenden Vergleichs nicht ausdrücklich aufgezählte Tätigkeiten überhaupt als solche zu qualifizieren, die die Vergabe von Sonderpunkten rechtfertigen, ist es möglich, diese einer der beiden Gruppen mit jeweils unterschiedlicher Höchstpunktzahl zuzuordnen. 45

b) Auch die Gewichtung der einzelnen Qualifikationsmerkmale entspricht dem Grundsatz der Bestenauslese. 46

aa) Die notarspezifischen Qualifikation (Beurkundungen und Fortbildungskurse) hat größere Bedeutung als die allgemeine Befähigung (Examensergebnis und Zeit der Rechtsanwaltszulassung). Theoretisch können aus beiden Bereichen jeweils 120 Punkte erreicht werden, so dass beide Bereiche dasselbe Gewicht hätten. Praktisch ist es jedoch nahezu ausgeschlossen, im Bereich der allgemeinen Befähigung mehr als 90 Punkte zu erreichen, nämlich 30 aus der Anwaltstätigkeit und 60 aus dem Examensergebnis. Dies setzt bereits voraus, dass das Examen mit einem gehobenen vollbefriedigend (12 Punkte) bestanden wurde. Bessere Examensergebnisse erreicht in Nordrhein-Westfalen nur eine verschwindend geringe Zahl von Kandidaten (unter 3 %). Hinzu kommt noch, dass durch die Möglichkeit der Vergabe von Sonderpunkten für besondere notarspezifische Qualifikationen für ein weiteres Übergewicht des notarspezifischen Teils gesorgt ist. 47

Es ist zwar weiterhin denkbar, dass bei ansonsten gleicher Qualifikation letztlich das Examensergebnis den Ausschlag gibt. Dies liegt jedoch in der Natur der Sache und ist auch sachgerecht (vgl. auch BGH NJW-RR 2006, 55, 56), denn wenn das Examensergebnis überhaupt berücksichtigt wird, muss es zwingend auch den Ausschlag geben können, wenn alle anderen Faktoren gleich bewertet sind. Die Zahl der Fälle, in denen dies praktisch relevant wird, dürfte jedoch verschwindend gering sein. In den derzeit beim Senat anhängigen Verfahren hat das Examensergebnis in keinem Fall den Ausschlag gegeben, Es ist nicht einmal durchgängig der Bewerber mit dem besten Examensergebnis auf Platz 1 gekommen. 48

bb) Auch die Gewichtung der beiden notarspezifischen Qualifikationsmerkmale ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Grundsätzlich werden beide Qualifikationsmerkmale gleich gewichtet. Das erscheint auch sachgerecht, denn Theorie und 49

Praxis der Notartätigkeit kommt eine etwa gleiche Bedeutung zu. Für die gleiche Bewertung spricht hier auch, dass lediglich quantitative Anforderungen gestellt werden, denn es kommt nur auf die Zahl der Fortbildungsveranstaltungen bzw. Fortbildungskurse an, nicht aber qualitative.

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass nur maximal 30 Punkte aus dem einen Bereich auf den anderen übertragen werden können. Eine volle Übertragung der Punkte aus dem notarpraktischen Teil auf den theoretischen Teil würde es ermöglichen, dass ein Bewerber ohne jede theoretische Fortbildung sich allein durch eine besonders große Zahl von Beurkundungen für das Notaramt qualifizieren könnte. Angesichts des eigenständigen Wertes theoretischer Aus- und Fortbildung gegenüber der praktischen Tätigkeit ist es zulässig, dass dies durch die Begrenzung der Punkteübertragung verhindert oder zumindest erschwert wird.

50

Umgekehrt würde eine volle Übertragung von im theoretischen Bereich erreichten Punkten auf den praktischen Teil es ermöglichen, dass dieses Qualifikationsmerkmal ausgeblendet würde, was ersichtlich nicht mit dem Grundsatz der Bestenauslese vereinbar wäre, denn ein Bewerber der über dieselbe theoretische Qualifikation verfügt wie ein Mitbewerber, zusätzlich aber auch über praktische Erfahrung, ist überlegen. Die Auffassung in dem Gutachten von Prof. Dr. T., das in dem Verfahren 2 VA (NOt) 20/05) vorgelegt wurde, "dass diese Gewichtung der Auswahlkriterien (d. i. Fortbildung und Beurkundungspraxis) mit dem Leistungsprinzip ... nicht zu vereinbaren ist, liegt auf der Hand" überzeugt deshalb nicht. T. selbst hat dies auch in einem früheren Aufsatz (NWVBl. 2005, 41, 50) noch anders gesehen. Der Umstand, dass es durch die Berücksichtigung der notarpraktischen Erfahrungen zu einer Art "closed shop" der bestehenden Anwaltsnotariate kommt, ist nur durch eine andere Regelung bei der Notarvertretung, nicht aber im Rahmen der Besetzung freier Notarstellen nach dem Grundsatz der Bestenauslese zu lösen.

51

cc) Es ist schließlich auch nicht zu beanstanden, dass die Zahl der erreichbaren Sonderpunkte beschränkt ist. Es ist insbesondere nicht geboten, jede über die im Rahmen des § 17 Abs. 2 Nr. 4 AVNot 2004 maximal zu berücksichtigende Zahl von Beurkundungen hinausgehende Beurkundung durch eine – letztlich unbegrenzte Zahl von Sonderpunkten – zu berücksichtigen. Im Hinblick darauf, dass im Rahmen des § 17 Abs. 2 Nr. 4 AVNot 2004 allein auf die Zahl der Beurkundungen abgestellt wird, kann es für Sonderpunkte nach § 17 Abs. 2 Nr. 6 lit. d) AVNot 2004 auf die Zahl der Beurkundungen generell nicht mehr ankommen. Oberhalb der durch § 17 Abs. 2 Nr. 4 AVNot 2004 vorgegebenen Grenze von 300 bzw. 600 Beurkundungen kann auch nicht mehr ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass jede weitere Beurkundung zu einem beurteilungserheblichen Anstieg der Befähigung führt. Eine rein quantitative Berücksichtigung von Beurkundungstätigkeit auch bei den Sonderpunkten würde letztlich dazu führen, dass das legitime Ziel der Justizverwaltung, theoretische und praktische Erfahrungen im Bereich der Notartätigkeit in etwa gleich zu gewichten, unterlaufen würde. Es wäre dann auf dem Weg über Sonderpunkte möglich, letztlich doch ohne theoretische Fortbildung die Maximalpunktzahl zu erreichen. Deshalb ist es auch sachgerecht, dass auch die maximal erreichbare Punktzahl für benotete Leistungsnachweise gem. § 17 Abs. 2 Nr. 6 lit. e) AVNot 2004 auf zehn beschränkt ist. Die Beschränkung der durch die Tätigkeit als Notarvertreter bzw. Notariatsverwalter erreichbaren maximalen Zahl von Sonderpunkten trägt im übrigen auch dem Gesichtspunkt des gleichmäßigen Zugangs zu öffentlichen Ämtern Rechnung. Dadurch wird gewährleistet, dass der Vorsprung von Bewerbern, die die Möglichkeit der Notarvertretung haben, gegenüber solchen Bewerbern, die diese Möglichkeit nicht haben, nicht völlig uneinholbar wird.

52

53

c) Schließlich ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Bewertung der Bewerber nach einem schematisierten Punkteverfahren und nicht durch einen individuellen Vergleich erfolgt. Das Punkteverfahren hat den Vorteil, besonderer Transparenz: die Bewerber können sich im Vorhinein ausrechnen, welche Punktzahl sie erreichen werden und sie können sich für die Zukunft durch spezifische Aktivitäten sei es im Bereich der Fortbildung, der Beurkundungstätigkeit oder der notarspezifischen Qualifikationsmerkmale "verbessern".

Ein individueller Vergleich wäre demgegenüber praktisch nur durch eine Prüfung möglich. Diese ist verfassungsrechtlich nicht geboten. Sie hat darüber hinaus den Nachteil, dass sie nur eine Momentaufnahme liefert. Immerhin wird aber durch die Regelung in § 17 Abs. 2 Nr. 6 AVNot 2004 die Möglichkeit eröffnet, besondere, über den Durchschnitt hinausragende notarspezifische Leistungen auch gesondert zu bewerten, so dass auch dem Grundsatz

"Herausragende Leistungen müssen – gegebenenfalls durch Sonderpunkt – das ihnen gebührende Gewicht erhalten." (BVerfG NJW 2004, 1936, 1940)

Rechnung getragen ist.

2. Der Umstand, dass der Antragsgegner der Antragstellerin für ihre Tätigkeit als Notariatsverwalterin keine Sonderpunkte zugebilligt hat, war nach Auffassung des Senats fehlerhaft. Der Senat kann jedoch ausschließen, dass eine Berücksichtigung dieser Tätigkeit zu einer anderen, der Antragstellerin günstigeren Entscheidung geführt hätte.

a) Die Praxis des Antragsgegners, Sonderpunkte gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 6 lit. d) AVNot 2004 erst zu vergeben, wenn der Bewerber bereits die Maximalpunktzahl im Rahmen des § 17 Abs. 2 Nr. 4 AVNot 2004 ausgeschöpft hat, ist durch die Bestimmung selbst nicht gedeckt und entspricht nicht dem Grundsatz der Bestenauslese. Damit wird außer Acht gelassen, dass der langfristig tätige Notarvertreter/Notariatsverwalter nicht nur aufgrund der Beurkundungen Erfahrungen und Kenntnisse sammelt, sondern zusätzlich noch aufgrund der Vorbereitungen und seiner Einschaltung in die Vertragsabwicklung. Hat von zwei Bewerbern mit der gleichen Zahl von Beurkundungen der eine zusätzlich eine längere Zeit als Notarvertreter/Notariatsverwalter gewirkt, erscheint er praktisch erfahrener als der Mitbewerber, der lediglich fremde Entwürfe beurkundet hat. Dieser Erfahrungsvorsprung muss durch die Vergabe von Sonderpunkten erfasst werden. Anders als der Antragsgegner bislang vorgegangen ist, wird man dabei nicht allein auf die Dauer der Notarvertretung bzw. Notariatsverwaltung abstellen können, weil dies letztlich nichts über den Umfang der Tätigkeit aussagt. Der Antragsgegner weist selbst darauf hin, dass es gerade im Bereich der Notariatsverwaltungen vorkommt, "dass der Notariatsverwalter/die Notariatsverwalterin über längere Zeiträume entweder gar keine oder aber nur 'wenig anspruchsvolle' Tätigkeit entfalten musste". Deshalb erscheint eine differenzierte Punktevergabe in diesem Bereich geboten. Keinen Bedenken begegnet es dagegen, dass Sonderpunkte nur für solche Notarvertretungen bzw. Notariatsverwaltungen vergeben werden, die mindestens sechs Wochen ohne Unterbrechung angedauert haben, weil erst bei einem solch langen Vertretungs- bzw. Verwaltungszeitraum davon ausgegangen werden kann, dass der Vertreter bzw. Verwalter im wesentlichen selbständig agiert hat.

b) Für die Besetzungsentscheidung ist dies hier aber letztlich nicht erheblich, weil die Antragstellerin auch bei Berücksichtigung ihrer Tätigkeit als Notariatsverwalterin nicht besser als ihre vier vor ihr platzierten Mitbewerber bewertet worden wäre. Der Punktabstand zu der Beteiligten zu 3) (14,7 Punkte) und zu dem Beteiligten zu 4) (58,85 Punkte) ist jeweils so groß, dass dieser auch unter Berücksichtigung der nach § 17 Abs. 2 Nr. 6 lit. d) AVNot 2004 maximal erreichbaren zehn Sonderpunkte nicht ausgeglichen werden könnte. Der

Punktabstand zu dem Beteiligten zu 2) beträgt zwar lediglich 1,85 Punkte. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch diesem keine Sonderpunkte gewährt wurden, obwohl auch er in der Vergangenheit als Notariatsverwalter tätig war und zwar insgesamt 42 Monate. Anhaltspunkte dafür, dass die Notariatsverwaltertätigkeit des Beteiligten zu 2) deutlich weniger anspruchsvoll war als diejenige der Antragstellerin und er deshalb trotz der zweieinhalbmal so langen Dauer dieser Tätigkeit (42 Monate : 15 Monate) weniger Sonderpunkte bekommen müsste als die Antragstellerin, bestehen nicht. Im Gegenteil hat der Beteiligte zu 2) immerhin ca. 50 % mehr Beurkundungen vorgenommen, was darauf schließen lässt, dass der Umfang seiner Inanspruchnahme während der Zeit der Notariatsverwaltung jedenfalls nicht deutlich hinter derjenigen der Antragstellerin zurückgeblieben ist.

3. Es ist schließlich auch nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner seine zunächst getroffene Auswahlentscheidung noch einmal abgeändert und den Beteiligten zu 4) ebenfalls berücksichtigt hat. Grundlage für die Besetzungsentscheidung können allerdings nur die Tatsachen sein, die bereits am Tag des Bewerbungsschlusses vorlagen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass solche Tatsachen erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist vom Bewerber selbst mitgeteilt oder von Amts wegen ermittelt werden. Gerade dies ist im Fall des Beteiligten zu 4) geschehen: Im Hinblick auf das zunächst noch laufende Ermittlungsverfahren konnte zunächst die persönliche Eignung dieses Bewerbers nicht festgestellt werden. Nachdem dieses Ermittlungsverfahren vor Abschluss des Besetzungsverfahrens eingestellt worden ist, konnte – und musste – der Antragsgegner die nunmehr feststellbare persönliche Eignung des Beteiligten zu 4) berücksichtigen und seine Besetzungsentscheidung entsprechend korrigieren. Anderenfalls hätte der Beteiligte zu 4) die Besetzungsentscheidung mit Erfolg anfechten können (vgl. KG, Beschluss vom 28.08.2002 – Not 35/01). Die nachträgliche Berücksichtigung von Umständen, die bereits bei Ablauf der Bewerbungsfrist vorgelegen haben, kommt auch unter zahlreichen anderen Gesichtspunkten in Betracht: So hätte der Hinweis des Senats auf die Bedeutung einer notarnahen Anwaltstätigkeit nachträglich dazu führen können, dass entsprechende Angaben gemacht werden und auf dieser Grundlage eine Neubewertung erfolgt.

III. 61

Der die Gerichtskosten betreffende Kostenausspruch beruht auf § 111 Abs. 4 Satz 2 BNotO in Verbindung mit § 201 Abs. 1 BRAO. Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten erfolgt gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 BNotO i.V.m. § 40 Abs. 4 BRAO nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG. Dabei wurde berücksichtigt, dass neben dem Antragsgegner nur der Beteiligte zu 4) durch Stellung eines Sachantrags ein Kostenrisiko übernommen hat (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl., 2005 § 162 Rdnr. 23 m.w.N.). 62

IV. 63

Der Gegenstandswert wird auf 50.000 € festgesetzt. 64