

Risikomanagement im Notariat

Erkennen, Vermeiden und Reduzieren von Haftungsgefahren

*Christian Zimmermann*¹

Risikomanagement beschreibt die Art und Weise des Umgangs mit dem Haftungspotenzial. Ausbildungs- und Qualitätsstandards oder die Pflichtversicherungen sind dabei nur ein Aspekt der (kollektiven) Risikovorsorge des Berufsstandes. Zusätzlich wird untersucht, welche konkreten Maßnahmen dem einzelnen Notar zur Verfügung stehen, um das allgegenwärtige Haftungsrisiko zu steuern. Ein Mahnen mit dem erhobenen Zeigefinger ist dabei unangebracht. Vielmehr geht es um das Aufzeigen eines Repertoires haftungsreduzierender Maßnahmen, über deren Einsatz der Notar eigenverantwortlich entscheidet.

A. Bedarf an Risikomanagement

I. Strenges Haftungsregime

Bekanntermaßen haftet der Notar unbegrenzt mit seinem Privatvermögen, § 19 BNotO. Dies wird v.a. damit begründet, dass er hoheitlich tätig wird². Selbst die Rechtsberatung hat bei dem Notar als Amtsperson eine andere Funktion und Bedeutung als diejenige des Anwalts als Parteivertreter. Deshalb ist z. B. die Entwurfstätigkeit, wegen der ein Notar im Rahmen von § 24 Abs. 1 BNotO konsultiert wird, auch dann als Amtshandlung zu werten, wenn die Beteiligten von vornherein keine Beurkundung wünschen³.

Hinzu kommt, dass gem. § 15 BNotO Amtsgeschäfte nur in begründeten Ausnahmefällen abgelehnt werden dürfen, so dass sich der Notar den Haftungsgefahren nicht entziehen kann.

¹ Prokurist bei der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH, Fachversicherungsmakler für die rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe.

² Sandkühler in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung 6. Aufl., Köln München 2008, § 19a Rn. 3; Schlüter/Knippenkötter, Die Haftung des Notars, Köln, Berlin, München 2004, Rn. 4.

³ H.M. Schlüter/Knippenkötter, Die Haftung des Notars, Köln, Berlin, München 2004, Rn. 706ff; Ganter in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 1, Rn. 1547 (S. 390); Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. München 1997, Rn. 8ff; a.A. Reithmann; Haftungsbegrenzung im dispositiven Amtsbereich, MittBayNot 1999, 159, 160.

Christian Zimmermann

II. Weitere risikoe erhöhende Umstände

Verschärft wird diese Haftungsdoktrin zum einen dadurch, dass die notarielle Tätigkeit regelmäßig mit großen Vermögenswerten verbunden ist. Zum anderen besteht ein ausgeprägtes Spätschadenrisiko der Art, dass sich das Haftungsrisiko insbesondere bei Ehe- und Erbverträgen, Unternehmenstransaktionen oder Liegenschaftserwerb immer erst zeitverzögert im Scheidungs- bzw. Erbfall oder bei der Weitergabe des Unternehmensanteils oder des Grundstücks realisiert. Hinzu kommt, dass nach dem Haftungsprivileg des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO der Haftpflichtprozess gegen den Notar häufig solange unschlüssig ist, bis im Vorprozess über das Nichtbestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit entschieden wurde. Durchschnittlich werden Notarhaftpflichtfälle daher erst mit einer Verzögerung von 5-10 Jahren entdeckt und sind mit weiterer Verzögerung von bis zu 12 Jahren ausjudiziert. Nach altem wie neuem Verjährungsrecht bleibt das Haftungspotenzial in solchen Fällen bis zum Eintritt der sicheren Verjährung nach 30 Jahren bestehen, §§ 195, 199 Abs. 3 Nr. 3 BGB bzw. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Risikoe erhöhend sind zudem die immer ausgeprägter formulierten Sorgfaltsanforderungen des Notars zu werten. Zählte Haug⁴ in dem Zeitraum von 1953 - 1997 noch 204 veröffentlichte und nicht veröffentlichte Haftpflichturteile des BGH, sind in dem ungleich kürzeren Zeitraum danach über 300 veröffentlichte BGH-Entscheidungen recherchierbar.

Nachteilig ist auch die verstärkte Anspruchsmentalität zu verzeichnen. Wenn sich wirtschaftliche Erwartungen an eine Transaktion oder des Erben nicht erfüllen, ist die Haftungsfrage schnell gestellt. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn der Anspruchsteller die Vergleichsbereitschaft des Notars durch Hinweis auf dessen Haftpflichtversicherung fördern möchte. Beachtlich ist in dem Zusammenhang die Zunahme der Zulassungen zur Anwaltschaft. Seit 1990 ist die Zahl der Rechtsanwälte von 56.630 auf 147.557 (1.1.2009) hochgeschwungen, was einer Scheu vor der Inanspruchnahme des Notars tendenziell entgegenwirkt.

Auch die Rechtspolitik darf bei Verdacht auf risikoe erhöhende Einflüsse hinterfragt werden. Stellt das MoMiG mit der UG haftungsbeschränkt eine Rechtsform zur Verfügung, die zum Vorteil des rechtssuchenden Publikums schnell und gebührenscheidend gegründet werden kann, stellt sich die Frage, warum der Notar dennoch in gewohnt strenger Weise haften soll. Wird z.B. eine UG haftungsbeschränkt zwanzig Jahre später als erfolgreiche Gesellschaft veräußert, wobei sich ein Fehler in ihrer (Muster-) Gründungssatzung herausstellt, warum

⁴ Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. München 1997, Anhang S. 281 ff.

soll der Notar zwanzig Jahre später mit Zins- und Zinseszins in voller Höhe haften müssen, wenn sein Gebührenaufkommen bei Gründung ca. € 70 betrug?

III. Gesetzliche Risikominderung

Haftungsmildernd bleibt dem Notar – außer in Fällen der §§ 23, 24 BNotO oder vorsätzlicher Pflichtverletzung – lediglich der Einwand, dass andere Berater vorrangig haften, § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO, oder der Anspruchsteller naheliegende Rechtsmittel schuldhaft nicht ausgeschöpft hat, § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO i.V.m. § 839 Abs. 3 BGB. Der aus dem Amtshaftungsrecht stammende Grundsatz der entschuldigenden Wirkung von Kollegialgerichtsentscheidungen - wenn also ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Gericht unrichtigerweise das Verhalten des Amtsträgers objektiv für rechtmäßig gehalten hat⁵ - ist zumindest im Notarhaftungsrecht völlig verwässert und denkbar ungeeignet, die Haftungsgefahr einzugrenzen⁶.

B. Individuelles Risikomanagement

I. Vertragliche Haftungsbeschränkung im „dispositiven“ Bereich?

Spiegelbildlich zum Haftungspotenzial ist der Wunsch nach einer vertraglichen Haftungsbeschränkung, wie sie andere rechts- und wirtschaftsberatende Berufe kennen, besonders groß. Einigkeit besteht insoweit, dass im Rahmen der Urkundstätigkeit des Notars insbesondere wegen seines hoheitlichen Handelns kein Raum für eine vertragliche Haftungsbeschränkung bleibt⁷.

⁵ Vgl. z.B. Ganter in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Auflage Münster 2009, Rn. 2129.

⁶ Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. München 1997, Rn. 92a.

⁷ BGH NJW 1997, 661, 663; RG JW 1913, 1152; Schlüter/Knippenkötter, Die Haftung des Notars, Köln, Berlin, München 2004, Rn. 706ff; Ganter in: Würburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 1, Rn. 1546; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Auflage Rn. 280ff; Richter, Der Ausschluss der Staatshaftung nach Art. 34 GG, Diss. München, 1968, 237 ff; Schneider, Zur Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen Angestellten, NJW 1962, 709; Tiemann, Grundfragen der Staats- und Benutzerhaftung in öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen, Verw.-Arch. 1974, 381/398; Haug, DNotZ 1982, 477.

Im Schrifttum⁸ wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass Haftungsbeschränkungen im „dispositiven“ Bereich der notariellen Amtstätigkeit möglich sein sollen, also bei der konsultativen, beratenden Tätigkeit nach § 24 BNotO sowie bei der Belehrung über ausländisches Recht, § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG. Da der Notar in solchen Fällen den Inhalt seiner Amtspflicht beschränken könne etwa derart, dass er keine steuerliche Beratung durchführe, nicht für die rechtlichen oder wirtschaftlichen Konsequenzen nach dem Abgabenrecht einstehe oder nicht über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen belehre, müsse a maiore ad minus auch eine vertragliche zeitliche oder zahlenmäßige Haftungsbegrenzung zulässig sein.

Dem steht jedoch die einhellige Auffassung in der Rechtsprechung gegenüber, dass der Notar ausschließlich hoheitlich tätig wird – also auch im sog. dispositiven Bereich⁹. Hinzu kommt, dass die mit der Urkundstätigkeit verbundenen Belehrungs- und Einreichungspflichten nicht als selbständige Betreuungsgeschäfte¹⁰ anzusehen sind. Das gilt insbesondere für die Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG, die eine wesentliche Funktion der Beurkundung darstellt. Wenn auch in diesem Bereich die Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG über ausländisches Recht und nach ständiger Rechtsprechung über Steuerfragen¹¹ eingeschränkt werden kann, so bleibt die hoheitliche Natur der Amtstätigkeit bestehen. Belehrt der Notar z. B. in Steuerfragen, so müssen seine Angaben zutreffen. Auch bei den selbständigen Betreuungsgeschäften (§§ 23, 24 BNotO) steht es dem Notar zwar frei, ob oder in welchem Umfang er sie übernehmen will. Übernimmt er sie aber, so übt er die Amtspflichten voll aus, die er im Rahmen der Übernahme aus denselben Gründen wie bei der Urkundstätigkeit nicht haftungsmäßig mindern kann. Es ist schwer vorstellbar, dass er in diesem Bereich nur „ein bisschen“ hoheitlich tätig ist. Im Grunde kommt mit der Differenzierung der Literaturmeinung zwischen der Unzulässigkeit der Haftungsbeschränkung bei der Urkunds- und der Zulässigkeit der Beschränkung bei der Betreuungstätigkeit wieder die überholte Ansicht zum Vorschein, dass die letztgenannte keine „eigentliche“ Amtstätigkeit sei¹².

⁸ Rossak, Darf der Notar seine Haftung ausschließen oder einschränken?, *VersR* 1985, 1121; Reithmann; Haftungsbegrenzung im dispositiven Amtsbereich, *MittBayNot* 1999, 159; vgl. Seybold/Hornig (5. Aufl.), § 19 Rn. 61; Höfer/Huhn, S. 252.

⁹ Z. B. *DNotZ* 1960, 265; *NJW* 1974, 692; *DNotZ* 1980, 496; *DNotZ* 1983, 509; *WM* 1987, 1205; *DNotZ* 1990, 661; *DNotZ* 1991, 682; *NJW* 1993, 2317; *WM* 1994, 647; *NJW* 1996, 3343f; *WM* 1997, 325, 326; *NJW* 1998, 231, 232; *NJW* 1998, 2134; *DNotZ* 2001, 856, 857; Nichtzulassungsbeschwerde BGH *NJW-RR* 2008, 1377, 1378; OLG Frankfurt a.M.; *BKR* 2003, 835, 836; OLG Frankfurt a.M. *NJOZ* 2004, 2405, 2406; OLG Thüringen OLG-NL 2004, 245, 246.

¹⁰ Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 176ff.

¹¹ Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rn. 559ff.

¹² Vgl. *RGZ* 85, 404; *RG JW* 1930, 753; 1936, 2535; Rossak, Darf der Notar seine Haftung ausschließen oder einschränken?, *VersR* 1985, 1121.

Nach hier vertretener Ansicht bleibt es also auch im „dispositiven“ Bereich bei dem Grundsatz, dass eine vertragliche Haftungsbeschränkung weder betragsmäßig noch in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht statthaft ist.

II. Haftungsbegrenzung außerhalb der hoheitlichen Tätigkeit

Keine hoheitliche Tätigkeit und folglich keine Haftung nach § 19 BNotO liegt vor bei einer dem Notar nach § 8 Abs. 2 u. 3 BNotO genehmigten oder genehmigungsfreien Nebentätigkeit außerhalb seiner amtlichen Zuständigkeiten etwa als Vormund, Betreuer, Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker. In diesem Bereich richtet sich die Haftung allein nach bürgerlichem Recht¹³, das die Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung wenigstens nicht ausschließt. Allein es bleibt die Frage offen, ob sie auf dem „Markt“ für Rechtsdienstleistungen durchsetzbar ist.

Bisher empfahl sich gerade dem Testamentsvollstrecker die Vereinbarung einer zeitlichen Haftungsbeschränkung zum Schutz vor Haftpflichtansprüchen aus § 2219 Abs. 1 BGB¹⁴. Eine solche Haftungsfreistellung z.B. ab Beendigung der Testamentsvollstreckung lohnte sich insbesondere, wenn der Testamentsvollstrecker solche Dritte (Anwälte, Steuerberater, Verwerter) quasi untermandatierte, die kürzer hafteten als er selbst. Diese Vorsichtsmaßnahme war angezeigt, nachdem die frühere BGH-Rechtsprechung den Haftpflichtanspruch gegen den Testamentsvollstrecker der 30-jährigen Verjährung gem. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. zuordnete¹⁵. Nach Wegfall dieser Vorschrift mit Wirkung vom 1.1.2010¹⁶ hat sich dieses Problem weitgehend entschärft, da der Haftpflichtanspruch gegen den Testamentsvollstrecker nach neuer Rechtslage der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB unterliegt¹⁷.

Die Literatur¹⁸ war im Übrigen auch schon nach früherer Rechtslage der Ansicht, dass der Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker dem Schuldrecht zuzuordnen ist, wohingegen die lange Verjährung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. lediglich den „genuin erbrechtlichen“ Tätigkeiten des Testamentsvollstreckers vorbehalten blieb.

¹³ Ganter in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Auflage Münster 2009, Rn. 296; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. München 1997, Rn. 4.

¹⁴ Zimmer, Anm. zu BGH NJW 2007, 2175, 2176.

¹⁵ BGH NJW 2007, 2174 (mit zust. Anm. Zimmer, 2175f); BGH NJW 2002, 3773.

¹⁶ Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009 BGBl. I S. 3142.

¹⁷ Vgl. Zimmermann, in: MünchKomm, 5. Aufl. 2009, § 2219 Rdnr. 15.

¹⁸ Staudinger/Reimann, § 2219 Rn. 22; Otte ZEV 2002, 500; Baldus/Roland ZEV.2006, 318; OLG Karlsruhe ZEV 2006, 317, 317f.

III. Dokumentation

Gerade die Spätschadenproblematik erfordert eine sorgfältige Dokumentation. Nach dem Grundsatz „wer schreibt der bleibt“ sollten Vorgänge so dokumentiert werden, dass der Notar auch nach zehn und mehr Jahren nach einem Blick in die Akte den Vorwurf der Pflichtverletzung substantiiert bestreiten kann. Zweckmäßig sind unterschiedliche Stufen in der Intensität der Dokumentation. Bei einfach gelagerten Sachverhalten genügt häufig ein interner Aktenvermerk oder eine Telefonnotiz.

Wichtigere Vorgänge sollten als Anschreiben in Form von Klarstellungen, Inhaltsbestätigungen bzw. einer Art Auftragsannahmeschreiben an den Kunden kommuniziert werden. Der Notar definiert darin seine geschuldete Tätigkeit und grenzt indirekt seine Haftung darauf ein. Die Beteiligten erhalten auf diese Weise die Chance, mögliche Missverständnisse im Vorfeld auszuräumen und mit dem Notar in Dialog zu treten, bevor ein Schaden entsteht. Durch diese verhältnismäßig einfache Maßnahme lassen sich folgende häufige Vorwürfe aus dem Bereich des § 17 BeurkG vermeiden: der Vorwurf mangelnder Erforschung des Parteiwillens, mangelnder Aufklärung des Sachverhalts, mangelnder Belehrung über die Bedeutung des Rechtsgeschäfts, mangelnder Belehrung über die Bedeutung einzelner Vertragsklauseln, mangelnder Belehrung über die über handels-, gewerbe-, und abgabenrechtliche Wirkungen und evtl. mangelnder Belehrung über Sicherungsmöglichkeiten. Nach internen Statistiken führender Haftpflichtversicherer ist immerhin gut die Hälfte (sic!) aller Haftpflichtschäden im Notariat diesen vermeidbaren Mängeln geschuldet¹⁹.

Der Notar hat zudem die Möglichkeit, seine Haftung gegenüber anderen Beratern abzugrenzen. Sofern er nicht ohnehin einen entsprechenden Belehrungsvermerk in die Urkunde aufnimmt, kann der Notar auf diese Weise klarstellen, dass er etwa für den steuerlichen Erfolg nicht einsteht. Umgekehrt kann er gerade bei der beratenden, gestaltenden Arbeit nach Ende seiner Tätigkeit ein Erledigungsschreiben an die Beteiligten verfassen, um zu kommunizieren, dass seine Beratungs- und Belehrungspflichten mit Stand der derzeit aktuellen Rechtslage enden, er also nicht zeitlich unbegrenzt jegliche Änderung in Gesetz, Judikatur und Lehre zu berücksichtigen hat.

Die stärkste Form der Dokumentation ist das von den Beteiligten gegengezeichnete Protokoll. Die Anfertigung eines solchen empfiehlt sich zur Dokumentation von Motiven besonders Streit- und spätschadengeneigter Geschäfte, etwa bei Ehe- und Erbverträgen oder Un-

¹⁹ Quelle: Allianz September 2004; vgl. auch Schlee, MittBayNot 2002, 499, 500 und 502; das Bild lässt sich durch die berufliche Praxis des Verfassers bestätigen, der einen Überblick über knapp 7.500 Notarrisiken in Deutschland, Österreich und Luxemburg hat.

ternehmensübertragungen. Häufig zweifelt eine Erbengemeinschaft auch die Testierfähigkeit des Erblassers an. Um dem vorzubeugen, kann der Notar z.B. vor Testamentserrichtung ein Kontrollgespräch mit dem Erblasser unter Anwesenheit eines Zeugen führen oder bei begründeten Zweifeln an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit im Vorfeld der Amtstätigkeit die Vorlage eines medizinischen Gutachtens einfordern.

IV. Maßnahmen der Büroorganisation

Das Vier-Augen-Prinzip ist unverzichtbar auch im Notariat. Die Übertragung von Textpassagen aus fremden Urkunden oder das Einfügen von Flurnummern lässt sich durch einfaches „Gegenlesen“ absichern. Dabei liest ein Mitarbeiter des Notariats einem anderen sein Dokument vor, während der andere das Gelesene zeitgleich mit der ihm vorliegenden Version vergleicht.

Sollte sich trotz aller Vorsichtsmaßnahmen ein Fehler einschleichen, müssen die Mitarbeiter dies selbstverständlich umgehend dem Notar melden. Vereinzelt versuchen Mitarbeiter ihre Fehler durch vermeintliche Nachbesserung zu vertuschen, wobei dann erst die eigentlichen Haftungsfehler passieren. Wichtig ist also ein Klima, das die Mitarbeiter ermuntert, sich quasi selbst zu denunzieren, damit der Notar frühzeitig wirksame Gegenmaßnahmen treffen kann²⁰.

Ein internes Ablaufschema mit Zuständigkeiten der einzelnen Mitarbeiter („Organigramm“, Arbeitsplatzbeschreibung) schützt den Notar vor dem Vorwurf des Instruktions- oder Überwachungsverschuldens²¹. Manche Notariate haben auch einen jour fixe zur Fristenkontrolle, Koordinierung von Abläufen, Fokussierung auf komplizierte Mandate, Beschwerdemanagement, etc.

Bei Verwahrungstätigkeiten hat sich gezeigt, dass wissentliche Auszahlungsfehler häufig einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von wenigen Großkunden geschuldet sind. Sofern beeinflussbar sollten ein möglichst breiter Kundenstamm und ein „dickes Fell“ vor dem Druck wirtschaftlich wichtiger Kunden schützen. Zwar betreffen Vollzugs- und Anderkontenfehler nach oben genannter Statistik der Assekuranz nur etwa 7% aller notariellen Scha-

²⁰ Vgl. Schmitz/Germ, Gruppenberatung zum Qualitätsmanagement im Notariat, MittBayNot 2002, 509, 511.

²¹ Detailreich: Hantke/Malzer/Kirchner/Pauker/Schervier, Qualitätsmanagement im Notariat Einführung und Entwurf eines Systems, MittBayNot 2002, 433, 437; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. München 1997, Rn. 128.

densfälle; dafür ist die daraus entstandene Schadenshöhe mit ca. 15% überproportional groß.

V. Faktische Haftungseingrenzung

Der Notar kann z. B. telefonische Auskünfte verweigern oder ihre Verbindlichkeit von seiner nachfolgenden schriftlichen Bestätigung abhängig machen. Eine fehlerhafte telefonische Auskunft z.B. gegenüber der finanzierenden Bank über Rangverhältnisse ist im Nachhinein z.B. nach Kreditzusage kaum korrigierbar²².

Zusätzlich kann der Notar seine Haftung gegenüber an der Urkunde nicht beteiligten Dritten eingrenzen²³. Tritt z. B. ein Verkäufer den nicht zur Ablösung von Grundpfandrechten auf dem Notaranderkonto verbliebenen Restkaufpreis ab und wendet sich deshalb der Zessionar an den Notar, so kann sich je nach Lage des Falles die Antwort empfehlen, dass ihm gegenüber keine Amtspflicht übernommen werde und insbesondere keine Aussage darüber getroffen werden könne, dass ein abzuführender Restbetrag verbleibe.

Das Personal muss ebenfalls auf entsprechende Vorsichtsmaßnahmen in Wort und Schrift trainiert sein. Gerade im Zeitalter der elektronischen Korrespondenz sollte der Mitarbeiter, zu dem in der Regel ein direkter Kontakt besteht, über die Konsequenzen eines vorschnellen oder unbedarften Umgangs mit dem Medium aufgeklärt sein²⁴. Allein der Umstand, dass der Notar im Zeitalter von Emails keinen vollständigen Überblick über den Posteingang mehr haben kann, erfordert eine Stärkung der Eigenverantwortung der Mitarbeiter durch gute Ausbildung und regelmäßige Besprechung bzw. Überprüfung von Vorsichtsmaßnahmen im oben beschriebenen Sinne.

VI. Fachliche Absicherung

Fälle mit (erkennbarer) Auslandsberührung oder steuergestaltendem Hintergrund lassen sich durch entsprechende Belehrungsvermerke vor dem Vorwurf absichern, dass beispielsweise ein ausländisches Zwangserbrecht übersehen wurde (vgl. § 17 Abs. 3 BeurkG) oder der erhoffte steuerliche Vorteil nicht eintritt. Belehrt der Notar nämlich eingehend darüber, dass ausländisches Recht zur Anwendung kommen könnte und er deshalb nicht wisse, ob

²² Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. München 1997, Rn. 31.

²³ KG DNotZ 1978, 182.

²⁴ Insbes. zu Sicherheitsbedenken Kirchner, Qualitätssicherung durch EDV - trotz EDV, MittBayNot 2002, 505, 506.

das Rechtsgeschäft davon in seiner Wirksamkeit berührt werde, so haftet er grundsätzlich nicht, wenn die Beteiligten gleichwohl auf die Vornahme bestehen. Oder erklärt der Notar ausdrücklich, dass er nicht über nebenberufliche Themen wie z.B. steuerliche Fragen belehren wird und enthält er sich so auch in dieser Hinsicht jeder Äußerung, so kann er nicht wegen einer Pflichtverletzung haften. Kommt ein Vermerk nicht in Betracht, weil etwa gerade die Prüfung nach ausländischem Recht erforderlich ist, kann der kollegiale Austausch zu Fachfragen gesucht oder eine Anfrage an das DNotI oder z.B. ausländischer Rechtsinstitute oder Gerichte gestellt werden.

Besondere Vorsicht ist geboten bei bestehenden Bebauungshindernissen oder Dienstbarkeiten z.B. der Sozialbindung eines Grundstücks, das nur an Studenten veräußert oder vermietet werden darf²⁵. Selbstverständlich schützt auch die gem. § 14 Abs. 6 BNotO obligatorische, laufende Fortbildung vor Inanspruchnahme.

C. Kollektives Risikomanagement

Hierunter sind diejenigen Maßnahmen zu verstehen, die der Gesetzgeber, die Landesvertretungen (Kammern, Vereine) und sonstige standesnahe Institutionen (z.B. DNotI) zum Schutz der einzelnen Notare vorschreiben (I) bzw. diesen fakultativ zur Verfügung stellen (II).

I. Obligatorische Schutzmechanismen

1. Notarielles Versicherungssystem

Die Verzahnung von Individualversicherung, Gruppenanschlussversicherung und diversen Vertrauensschadenversicherungen ist einzigartig bei den rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen und aus der Risikovorsorge des Berufsstandes nicht mehr hinweg zu denken²⁶. Von Anfang an hat der Jubilar die Einführung der notariellen Pflichtversicherungen nach § 19 a und § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO, deren Ausgestaltung und praktische Anwendung im Notariat begleitet und tut dies bis heute.

²⁵ BGH NJW 2004,1865.

²⁶ Die Einzelheiten zum Versicherungssystem werden ausführlich dargestellt von Zimmermann in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 1, Rn. 1553 – 1608 (S. 391 - 403); Sandkühler in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung 6. Aufl., Köln München 2008, § 19a Rn. 6 ff.

a) Haftpflichtversicherung

aa) Einheitlicher Versicherungsstandard

§ 19 a BNotO definiert einen einheitlichen Versicherungsstandard für den Vorwurf des bloß fahrlässigen Berufsversehens. Der in Abs. 2 formulierte Ausschlusskatalog ist verhältnismäßig kurz, was umgekehrt ausgedrückt bedeutet, dass ein weiter Risikobereich abgedeckt ist. Lediglich für wissentliche Pflichtverletzungen, Schäden durch Beratung im Zusammenhang mit außereuropäischem Recht oder Veruntreuung durch das Personal braucht der Haftpflichtversicherer nicht einzustehen. In der Praxis gehen die Bedingungswerke der Versicherer häufig noch über diesen Mindeststandard hinaus. Speziell für die Berufshaftpflichtversicherung empfiehlt sich die Einschaltung eines Fachversicherungsmaklers, der zu Gunsten des Berufsträgers auf ein optimiertes Deckungskonzept achtet beispielsweise auf einen kostenfreien weltweiten Deckungsschutz oder eine Begrenzung der Selbstbeteiligung bei Serienschäden. Auch das richtige Zusammenspiel zwischen Basis- und Gruppenanschlussversicherung oder den diversen Deckungen für Assessoren und Verwalter, die die Kammer unterhält, und der jeweiligen Individualversicherung des vertretenden Notars oder des Verwalters selbst, will klargestellt sein.

bb) Versicherungssummen

Zusätzlich zur Basisversicherung sorgt die Gruppenanschlussversicherung gem. § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO für eine Erhöhung der Versicherungssumme. Je Notar stehen in der Addition aus Basis- und Gruppenanschlussversicherung mindestens € 1 Mio. pro Fall und mind. € 2 Mio. pro Jahr zur Verfügung. Die Jahreshöchstersatzleistung sowohl in der Basis- als auch in der Gruppenanschlussversicherung ist in der Praxis häufig sogar deutlich höher nämlich € 3 Mio. bis € 3,5 Mio. insgesamt.

Es ist jedoch zu bedenken, dass der Gesetzgeber die Pflichtversicherungssummen seit dem 1.3.1999²⁷ nicht mehr angepasst hat bis auf eine leichte Abrundung nach der Euroumstellung zum 1.1.2002²⁸. Schon der nötige Inflationsausgleich gebietet eine individuelle Erhöhung der Versicherungssumme. Ohnehin besteht nach h.M. sogar eine Pflicht zur „ange-

²⁷ Art. 14 des Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.08.1998 (BGBl. I S. 2585).

²⁸ Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes vom 13.12.2001 (BGBl. I S. 3574).

messen“ Erhöhung der Versicherungssumme²⁹. Der Abschluss einer angemessenen Berufshaftpflichtversicherung wurde schon in der Vergangenheit standesrechtlich gefordert³⁰. Fraglich ist, ob dem Erfordernis angemessenen Versicherungsschutzes durch Einführung der Pflichtversicherung zum 1.1.1983 in § 19a BNotO³¹ bereits Genüge getan wurde. Die Vorschrift verpflichtet den Notar, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen zur Deckung der sich aus „seiner“ Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren. Aus dem Wortlaut „seiner“ ist die Pflicht zur individuellen Risikoabsicherung auch über die Mindestversicherungssumme hinaus abzuleiten. In der Anwaltschaft – siehe die Parallelvorschrift über die Pflichtversicherung von Rechtsanwälten (§ 51 Abs. 1 Satz 1 BRAO) – zieht die wohl h.M. genau diesen Schluss³². Vorsorglich ist daher davon auszugehen, dass eine risiko- und anlassbezogene Versicherungspflicht besteht. Ob die Mindestversicherungssumme angemessen und ausreichend ist, muss daher jeder Notar im Einzelfall entscheiden. Anhaltspunkte sind der angetragene Geschäftswert sowie Art und Umfang der notariellen Tätigkeit. Bei den Notariaten in den großen Ballungszentren sind daher häufig Versicherungssummen im zweistelligen, vereinzelt auch im dreistelligen Millionenbereich anzutreffen.

Bisher wird die Wahl einer zu niedrigen Versicherungssumme jedenfalls nicht aufsichtsrechtlich sanktioniert. Im Sinne eines vorbeugenden Risikokonzeptes wäre eine Überprüfung der Angemessenheit des Versicherungsschutzes und ggf. eine Sanktion bei Unterversicherung wünschenswert. Hier ist der Berufsstand gefordert, verbindliche Maßstäbe für eine „angemessen hohe“ Versicherungssumme zu definieren, damit der Notarprüfer rasch vor Ort eine rechtsmittelfähige Entscheidung über das Ausreichen des Versicherungsschutzes treffen kann.

cc) Fallbezogene Erhöhung der Versicherungssumme

Eine fallbezogene Erhöhung der Versicherungssumme scheidet in der Regel an den Kosten. Eigentlich sollte die gesetzliche Kostentragungsregel des § 152 Abs. 2 Nr. 4 KostO den

²⁹ Zimmermann, Erstes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und Staatshaftungsgesetz, DNotZ 1982, 4, 29; C. Zimmermann, Berufshaftpflichtversicherung: Gesetzliche und vertragliche Kostentragung für die Einzelfallversicherung, DNotZ 2005, 661, 664 f; wohl auch Sandkühler in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung 6. Aufl., Köln München 2008, § 19a Rn. 6.

³⁰ Bundesnotarkammer, DNotZ 1963, 130; Zimmermann, Erstes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und Staatshaftungsgesetz, DNotZ 1982, 4, 29.

³¹ Erstes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 7.8.1981 (BGBl. I S. 803).

³² C. Zimmermann, Kappungsgrenze im RVG: Haftpflichtkosten als Auslage, AnwBl. 2006, 55, 56; Braun, BRAK-Mitt. 2002, 150, 151; Gräfe in: Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Rdnr. D 191; a.A. Henssler/Prütting-Stobbe, BRAO, 2. Aufl., München 2004, § 51 BRAO Rn. 89.

Notar ermutigen, höhere Versicherungssummen für den Einzelfall abzuschließen. Bei Geschäftswerten ab € 60 Mio. können die Versicherungskosten für den diesen Wert übersteigenden Teil nach dem gesetzlichen Auslagentatbestand auf die Beteiligten abgewälzt werden. Jedoch sind in der Praxis häufig schon die Kosten für die Versicherung bis € 60 Mio. deutlich höher als die Gebühreneinnahme aus diesem Geschäft³³.

b) Vertrauensschadenversicherung

Anders als bei der Haftpflichtversicherung deckt die Vertrauensschadenversicherung den Fall des wissentlichen oder vorsätzlichen Pflichtenverstößes. Daher steht die Versicherungsleistung unmittelbar dem Geschädigten zu³⁴; sie dient also in erster Linie einer positiven Außenwirkung des Berufsstandes bzw. einer Vermeidung von Imageschäden.

Bemerkenswert ist die Vielzahl an Maßnahmen zur Risikovermeidung, die in diesem Bereich bereits getroffen wurden. Nachdem die Prämie für diese Versicherung schadenabhängig in den Jahren 2001 - 2003 auf € 706 je Notar (zzgl. 15% bzw. ab 1.1.2002 zzgl. 16% Versicherungssteuer) hochgeschnellt war, lag sie im Zeitraum 2007 – 2010 mit rd. € 270 (zzgl. 19% Versicherungssteuer) auf einem historischen Tiefstand. Auch die Prämie für den Zeitraum 2011 – 2014 liegt mit ca. € 299 netto nicht einmal bei der Hälfte des Höchstbetrages. Inflationsbereinigt dürften sich die Schadenaufwendungen sogar noch positiver darstellen. Da die Versicherungsprämie für die Vertrauensschadenversicherung schadenabhängig ist, ist die Prämienreduktion unmittelbar auf die positive Schadenentwicklung zurückzuführen.

Ein Maßnahmenkatalog des Notariats hat mit zu dieser positiven Entwicklung beigetragen: Durch genaue Analyse der Schadenstatistik und Schadenursachen wurde auffällig, dass viele Ersatzleistungen im Zusammenhang mit wissentlichen Verstößen bei Verwahrungsgeschäften standen. Mit Einführung des § 54 a Abs. 2 BeurkG im Jahre 1998³⁵ wurde die notarielle Verwahrung reduziert auf Fälle mit berechtigtem Sicherungsinteresse. Auch die Auslegung des „berechtigten Sicherungsinteresses“ in Rechtsprechung, Lehre, Kammerrichtlinien gem. § 67 Abs. 2 BNotO und Kammerleitlinien trägt dazu bei, einer formular-

³³ C. Zimmermann, Berufshaftpflichtversicherung: Gesetzliche und vertragliche Kostentragung für die Einzelfallversicherung, DNotZ 2005, 661 ff.

³⁴ Zimmermann in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 1. Aufl. 2005, Teil 1, Rn. 1604 ff (S. 402f); Sandkühler in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung 6. Aufl., Köln München 2008, § 19a Rn. 20.

³⁵ Drittes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998 (BGBl I S. 2585).

mäßig vorgesehenen Verwahrung entgegenzuwirken³⁶. Die Notarprüfer verlangen einen Nachweis für das berechtigte Sicherheitsinteresse. Weiterhin übernahm der Vertrauensschadenfonds der Notarkammern (jetzt Notarversicherungsfonds) verstärkt Verantwortung bei der Schadenabwicklung. Mit ihm wurde ein Kompetenzzentrum speziell für die Bedürfnisse bei Abwicklung notarieller Vertrauensschäden geschaffen, das bei der Schadenbearbeitung und folglich der Überwachung der versicherungstechnischen Reservebildung eine führende Rolle übernommen hat. Parallel wurde die Kollegenschaft auf das Haftungsrisiko in diesem Bereich geschult, das Problembewusstsein in zahlreichen Veranstaltungen, Kammerversammlungen und Kammerrundschreiben geschärft mit dem Ergebnis, dass in den meisten Bundesländern bei Vollzug einer normalen Urkunde fast ausschließlich mit Fälligkeitsbestätigungen gearbeitet wird, was sich – wie an der Versicherungsprämie zu sehen ist – gewünscht risikomindernd auswirkt. Diese vielschichtige gebündelte Vorgehensweise gibt ein mustergültiges Beispiel für ein erfolgreiches Risikomanagement.

c) Notartreuhandbank?

Nicht nur in Deutschland sind notarielle Treuhandschaften tendenziell risikoe erhöhend. In Österreich versucht man der Haftungsgefahr bei Treuhandschaften über die Einrichtung der Notartreuhandbank Herr zu werden. Sie wickelt fast sämtliche notariellen Treuhandschaften im bargeldlosen Verkehr ab. Der Risikomanagementansatz ist dabei durchaus vergleichbar mit dem deutschen. Die Notartreuhandbank bündelt das Know-How für die friktionslose Abwicklung von Treuhandschaften. Die Mitarbeiter sind auf auffällige Verhaltensmuster in den Transaktionen sowie auffällige begünstigte Personen geschult und greifen proaktiv in die Abwicklung ein, möglichst bevor ein Schaden entsteht. In Deutschland findet ebenfalls eine Bündelung von Know-How statt, nämlich die Zentralisierung der Schadenkompetenz bei notariellen Treuhandschaften. Ob das österreichische oder das deutsche Modell erfolgreicher ist, kann dahinstehen. Vielmehr darf an dieser Stelle die Frage aufgeworfen werden, wie viel effektiver wohl eine Kombination der beiden Methoden wäre? Im Übrigen sind über die Notartreuhandbank abgewickelte Treuhandschaften automatisch bis zu einem bestimmten Geschäftswert versichert. Die Verknüpfung der Abwicklung von Treuhandschaften über eine Spezialbank mit einer automatischen Höherversicherung erscheint aus risikotechnischer Sicht besonders reizvoll.

³⁶ BT-Drucks. 13/4184, 37.

d) Nicht versicherte Schäden

So ausgeprägt die Versicherungslösungen im Notariat auch sein mögen, sie decken nur einen Teilaspekt der Risikovorsorge ab, nämlich die wirtschaftlichen Konsequenzen aus bereits entstandenen Haftungssituationen. Die Versicherung kann jedoch nicht alle Schäden auffangen wie z.B. unter- oder nicht versicherte Schäden, Gebührenaussfall, Nachbesserungskosten. Nicht zu unterschätzen sind überdies Schäden durch Zeit-, Produktivitäts- und Reputationsverlust. In diesem Zusammenhang darf auf den „Fall“ der einstigen Vorzeigekanzlei Haarmann Hemmelrath verwiesen werden, die an einer erwiesenermaßen unbegründeten (!) Inanspruchnahme aus dem Jahr 2004 zerbrach und sich seit 2006 in Liquidation befindet³⁷. Ein umfassendes Risikomanagement bezieht daher Maßnahmen der Haftungsvermeidung und -reduzierung mit ein, bevor sich die Frage nach der Risikoüberwälzung auf einen Versicherer stellt.

2. Ausbildungs- und Qualitätsstandards

Nur pauschal soll auf die Haftungsprävention durch hohe Ausbildungs- und Qualitätsstandards z.B. durch die Fortbildungspflicht (§ 14 Abs. 4 BNotO) oder regelmäßige Notarprüfung hingewiesen werden. Ein drittes Staatsexamen „Notarexamen“ als Zulassungsvoraussetzung im Anwaltsnotariat erscheint als konsequenter Schritt zur weiteren Professionalisierung des Notarwesens.

II. Fakultative Maßnahmen

Über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinaus liegt es in der Hand des Berufsstandes, ein Angebot an konsultativen Medien zur Risikominderung zur Verfügung zu stellen. Beispielsweise verschafft das DNotI dem Notar Rechtssicherheit in Zweifelsfragen und sorgt durch den Aufbau der Gutachtendatenbank für den nötigen Wissenstransfer.

Wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang auch eine „White-List“ gerichtsfester Belehrungsvermerke. Weiterhin haben der Ausschuss „Qualitätsmanagement“ der Landesnotarkammer Bayern 1999 – 2001 sowie parallel der Deutsche Notarverein³⁸ einen Bedarf an verschiedenen Mustertexten, Checklisten und Merkblättern festgestellt, auf die der einzelne Notar zurückgreifen kann: Merkblätter zu belehrungssensiblen Tätigkeiten, Ablauf-

³⁷ Die Tagespresse berichtete.

³⁸ Schmitz/Germ, Gruppenberatung zum Qualitätsmanagement im Notariat, MittBayNot 2002, 509.

schemata, Muster-Treuhandvereinbarungen, Besprechungshilfen zu Kaufverträgen, Gesellschaftsverträgen, Eheverträgen, Testamentserrichtung³⁹.

Einige Kammern wie z.B. die Rheinische Notarkammer oder die Notarkammer Koblenz bereiten angehende Notare in einem speziellen Seminar auf die Übernahme einer Notarstelle vor. Praxisbezogen schärfen diese Veranstaltungen den Blick für Haftung, Versicherung und angemessene Büroorganisation.

Weiterhin ist in den rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen ein Trend zur sog. Iso-Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 auszumachen. Kennt man diese Form der Zertifizierung ursprünglich etwa von Produktionsbetrieben oder Reparaturwerkstätten, hat die „Zertifizierungsindustrie“ auch größere Bürobetriebe wie Steuerberatungspraxen, Anwalts- und Insolvenzverwalterkanzleien als Zielgruppe entdeckt. Die Optimierung technischer Abläufe (Fristenkontrolle, Prüfung des Faxeingangs), Kommunikationswege, Arbeitsteilung oder Beschwerdemanagement bilden dabei die Schwerpunkte der Zertifizierung selbstverständlich verbunden mit einem regelmäßigen und kostenpflichtigen externen Audit. Es bleibt abzuwarten, ob sich dieser Trend auch für das Notariat durchsetzt. Die Überschaubarkeit des notariellen Bürobetriebes und die ohnehin regelmäßigen Notarprüfungen lassen nach hier vertretender Ansicht den Bedarf an einer zusätzlichen Iso-Zertifizierung derzeit nicht in den Vordergrund treten.

D. Zusammenfassung

Der Notar kann eine Reihe von Maßnahmen treffen, um sein Haftungsrisiko zu steuern und dadurch abzumildern. Wichtigste Maßnahme ist wohl, dass er Zweifelsfälle, Motivationslagen und Sachverhalte genau dokumentiert. Denn häufig werden Haftpflichtansprüche gegen den Notar erst nach Jahren und Jahrzehnten angemeldet, so dass er zu seiner Entlastung unbedingt auf eine vollständige Aktenlage angewiesen ist. Es gilt daher die Faustregel „wer schreibt, der bleibt“.

Weiterhin hat der Gesetzgeber bzw. der Berufsstand ein funktionierendes Versicherungssystem geschaffen, das den Notar und ggf. seine Erben einerseits sowie auch den Geschä-

³⁹ Hantke/Malzer/Kirchner/Pauker/Schervier: Qualitätsmanagement im Notariat Einführung und Entwurf eines Systems, MittBayNot 2002, 433; Schlee: Erkenntnismöglichkeiten aus Schadensfällen - Prävention durch Qualitätssicherung, MittBayNot 2002, 499; Kirchner: Qualitätssicherung durch EDV - trotz EDV, MittBayNot 2002, 505; Vollrath, Qualität und Qualitätssicherung im Notariat: MittBayNot 2001, 1; Bay. Staatsministerium der Justiz: Musteranschreiben, Merkblatt und Checkliste für die Amtsprüfung der Notare (Anlagen 5-7 zur Bekanntmachung betreffend die Angelegenheiten der Notare), MittBayNot 2002, 529.

digten andererseits umfassend absichert. Im Bereich der Vertrauensschäden bleibt abzuwarten, ob eine Verzahnung von automatischer Höherversicherung und Abwicklung über eine Notartreuhandbank nach österreichischem Vorbild in Deutschland umsetzbar ist. Im Bereich der Haftpflichtversicherung wird auch in Zukunft der Schwerpunkt auf einer Schadenursachenanalyse liegen. Ziel ist es, schadenträchtige Verhaltensmuster aufzudecken. Kann ein wiederholt schadenträchtiges Verhalten identifiziert werden, liegt es an der Standesvertretung, wie schon Ende der 1990er Jahre zur Vertrauensschadenversicherung ihre Mitglieder auf diese Situation aufmerksam zu machen und das Bewusstsein des Notariats darauf hin zu schärfen.

Christian Zimmermann