

**DIE HAFTUNG DES NOTARS ZWISCHEN ÖFFENTLICHER
AMTSHAFTUNG UND PRIVATER BERUFSHAFTUNG
EIN BEITRAG AUS DEUTSCHLAND**

*Prof. Dr. Andreas SPICKHOFF**

I. Einführung

Der Jubilar hat sich als einer der bedeutendsten, wenn nicht als der bedeutendste Prozessrechtswissenschaftler der Türkei tiefgründig mit verfahrensrechtlichen Fragen im umfassenden Sinne befasst. Zur Weite seines Blickfeldes gehört auch sein Interesse für das Notariat, das in vielen seiner Aufgaben und Funktionen der vorsorgenden Rechtspflege dient, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schafft und so in hervorgehobener Weise der Streitvermeidung dient. Sanktionen für Fehlverhalten des Notars können berufsrechtlicher Natur sein und sie können bei besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen strafrechtlich relevant werden. Den Beratenen, beim Notar Rechtssuchenden interessieren demgegenüber eher mögliche Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Beratung oder sonstiger Fehler durch den Notar. Dabei ist die Präventionswirkung und -funktion des Haftungsrechts, die bei Notaren zu einer besonders sorgfältigen Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Kontext der vorsorgenden Rechtspflege führen kann, zunehmend anerkannt¹.

* Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, IPR und Rechtsvergleichung an der juristischen Fakultät und zugleich geschäftsführender Leiter des Instituts für Notarrecht der Georg-August-Universität Göttingen

¹ Siehe insbesondere die Arbeiten von *G. Wagner*, Schadensersatz - Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2006*; *ders.*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht - Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006; *ders.*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? *AcP* 206

Indes nehmen die Notare haftungsrechtlich in Deutschland eine Zwitterstellung ein. Das beruht auf ihrer in Deutschland tradierten, von EuGH indes relativierten² Qualifikation als Träger eines öffentlichen Amtes, gegebenenfalls als hoheitlich die Staatsgewalt Ausübende. Andererseits zeigt sich gerade dann, wenn der Notar nicht – wie namentlich in Bayern oder im Rheinland – als so genannter „Nur-Notar“ in Erscheinung tritt, sondern – wie etwa in Westfalen oder Niedersachsen – als „Anwaltsnotar“ (er ist dann in Personalunion Rechtsanwalt und zugleich Notar), dass – auch im Kontext der Rechtsberatung – die Grenzen zwischen anwaltlicher und notarieller Tätigkeit doch fließend sein können, was eine gewisse Nähe zur allgemeinen Berufshaftung (im Sinne der Haftung der so genannten „freien“ Berufe) anzeigt.

In seiner Habilitationsschrift mit dem Titel „Berufshaftung“ (erschienen 1996) hat *Heribert Hirte* denn auch sechs Berufsgruppen für das Thema der Berufshaftung genauer ins Auge gefasst: die Haftung des Rechtsanwaltes, die Steuerberaterhaftung, die Wirtschaftsprüferhaftung, die Arzthaftung, die Haftung von Architekten und eben die Notarhaftung. Anders als im Falle der eben sonst genannten Berufsgruppen ist die Haftung des Notars in § 19 BNotO, der als ausschließliche Anspruchsgrundlage verstanden wird³, ausschließlich dem Deliktsrecht im weiteren Sinne zugeordnet, genauer gesagt: dem Bereich der Haftung für Amtspflichtverletzungen. Er steht daher § 839 BGB (in Verbindung mit Art. 34 GG) nahe⁴. Diese Einordnung war bereits der Reichsnotarordnung von 1937 (dort geregelt in § 21) eigen. Wesentlich ist, dass die Notarhaftung damit zumindest formal keine vertragliche Haftung begründet⁵. Damit gilt von vornherein insbesondere nicht § 280 Abs. 1 BGB als zentrale Haftungsgrundlage der vertraglichen Haftung der anderen freien Berufe.

(2006), 350; ferner etwa *Kötz*, Festschrift für Steindorff, 1990, 643; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 18; *Soergel/Spickhoff*, BGB, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 29-35; *Staudinger/Hager*, BGB, Bearbeitung 1999, Vor § 823 Rn. 9-11.

² Rs C-54/08.a njw 2011, 2941= DNotZ 2011, 462; siehe dazu näher unten.

³ *Schramm*, in: Schippel/Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 19 Rn. 1.

⁴ MünchKommBGB/Papier, 6. Auf. 2013, § 839 Rn. 41.

⁵ *Hirte*, Berufungshaftung, 1996, S. 71; *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 Rn. 4.

Aufgabe der folgenden Überlegungen wird es sein, zunächst einige Charakteristika der Notarhaftung im Vergleich zur „normalen“ Berufshaftung, die durch die Parallelität von vertraglicher und deliktischer Haftung geprägt ist, aufzuzeigen. Dabei fällt allerdings sogleich auf, dass es ein in sich konsistentes „System“ der Berufshaftung in Deutschland (und erst recht in Europa) zumindest noch nicht gibt⁶. Insbesondere werden richterrechtliche Berufspflichten zum Schutz reiner Vermögensinteressen, namentlich in Form unrichtiger Auskünfte oder Erklärungen, im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB⁷ mit Grund nicht anerkannt⁸. Ob es sinnvoll ist, überhaupt von der Existenz eines solchen Systems auszugehen bzw. danach zu suchen, ist obendrein alles andere als unbestritten⁹. Das beruht zum einen auf den unterschiedlichen Personengruppen, die durch die Berufshaftung geschützt werden: Vertragshaftung führt zu Partnerschutz; im Recht der Notarhaftung spricht man von unmittelbar oder mittelbar „Beteiligten“ und ggf. deren Schutz: Unmittelbar Beteiligte veranlassen mit eigenem Ansuchen die Notartätigkeit, während bloß mittelbar Beteiligte anlässlich des Amtsgeschäfts für einen anderen im eigenen Interesse mit dem Notar Verbindung aufnehmen; genannt wird hier insbesondere ein (vermeintlich) Vorkaufsberechtigter¹⁰. Auf der anderen Seite besteht der echte Drittschutz, der vom Deliktsrecht oft nicht zureichend befriedigt werden kann¹¹. Dieser

⁶ Ansätze hierzu bei *Hopt*, AcP 183 (1983), 608; *Hirte*, Berufshaftung, S. 313 ff.; *Odersky*, NJW 1989, 1.

⁷ Dafür *K. Huber*, Festschr. f. v. Caemmerer, 1978, 359; v. *Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 237.

⁸ *Canaris*, Festschrift f. Larenz II, 1983, S. 27, 83f.

⁹ Gegen eine „Figur der Berufshaftung“ aus unterschiedlichen Gründen *Canaris*, Festschrift f. Larenz II, 1983, S. 27, 83 ff., 92 f. (aber Einbeziehung der Auskunftshaftung in den Bereich der culpa in contrahendo, heute § 311 Abs. 2 und 3 BGB); *Picker*, AcP 1983 (183), 369, 441 ff, 519 in: Fußnote 362; skeptisch auch *Schiemann*, Haftung der Dienstleistungsberufe nach deutschem Recht, in: Deutsch/Taupitz, Haftung der Dienstleistungsberufe, 1993, S. 137, 138.

¹⁰ Siehe etwa BGH, NJW 2003, 1940: Der vermeintlich Vorkaufsberechtigte muss über die Unwirksamkeit dieses Rechts belehrt werden, wenn das Vorkaufsrecht des Dritten entgegen der Annahme der Beteiligten nicht wirksam ist.

¹¹ *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz, Haftung der Dienstleistungsberufe, S. 137 f.

Einwand gegenüber dem privaten Deliktsrecht beruht auf dem nur sehr fragmentarischen Schutz des genuinen Vermögens (Recht am Unternehmen, Schutzgesetzhaftung und §§ 824 und 826 BGB, den es im Bereich der Notarhaftung in dieser Form nicht zu beklagen gibt. Dennoch bleibt, dass sich dem Betrachter des Rechts der Dienstleistungen und der Berufshaftung ein Bild „verwirrender Vielfalten verschiedenster Haftungsansätze“ bietet¹². Die Haftungsgrundlagen spiegeln eben regelmäßig nicht ein bestimmtes berufliches Rollenverständnis wider, sieht man einmal von einer Vorschrift wie § 19 BNotO oder den neuen §§ 630a ff. BGB für die Arzthaftung (genauer: für diejenigen Berufsgruppen, die einen der dort geregelten medizinischen Behandlungsverträge abschließen können) ab (wobei in den §§ 630a ff. BGB nur ein Pflichtenkatalog, aber keine eigenständige Anspruchsgrundlage niedergelegt ist).

In Deutschland ist die Notarhaftung in letzter Zeit scheinbar etwas in den Hintergrund getreten. Von Ende 2012 bis zu Beginn des Jahres 2014 hatte der dafür zuständige II. (Zivil-) Senat des BGH überhaupt nur eine einzige Entscheidung zu damit aufgeworfenen Fragen zu treffen¹³. Das letzte Urteil befasst sich (nur) mit der Frage nach einem Auskunftsanspruch der Partei einer Beurkundung gegenüber der Landesjustizverwaltung bzw. der zuständigen Notarkammer über den Namen und die Adresse der Berufshaftpflichtversicherers (einschließlich der Versicherungsnummer) eines Notars¹⁴. Das mag gewiss auch als Ausdruck der Qualität und des hohen Standards des deutschen („lateinischen“) Notariats zu bewerten sein.

Gleichwohl ist das Thema von besonderer Aktualität, haben sich doch nach dem Koalitionsvertrag vom 14.12.2013 („Deutschlands Zukunft gestalten“, S. 107) die Regierungsparteien CDU, CSU und SPD zum Ziel gesetzt, dass zersplitterte Staatshaftungsrecht zusammenzufassen. Davon wäre auch das Notarhaftungsrecht als Sonderform der deutschen Amtshaftung erfasst. Daher besteht aus deutscher Sicht auch aktuell Anlass, sich (wieder) genauer mit der Notarhaftung zu befassen.

¹² Schiemann, in: Deutsch/Taupitz, Haftung der Dienstleistungsberufe, S. 137, 138.

¹³ Siehe dazu auch Herrmann, in: Spickhoff (Hrsg.), Perspektiven der Notarhaftung, 2014.

¹⁴ BGH VersR 2014, 966.

II. Charakteristika der Notarhaftung in Deutschland im Vergleich zu sonstigen Fällen der Berufshaftung

1. Private Haftung und Ausübung öffentlich-rechtliche Amtsträgerschaft

§ 19 BNotO steht als Sonderfall der Amtshaftung von Notaren eng im Zusammenhang mit der allgemeinen Amtshaftung nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. Bei letzterer wird eine zunächst einmal offenbar zivilrechtliche Haftung des Beamten (unabhängig davon, ob dieser nun öffentlich-rechtlich, gar hoheitlich oder privatrechtlich tätig wird) auf den Staat übergeleitet¹⁵.

Da es eine solche Überleitung der Haftung auf den Staat im Bereich der Notarhaftung sonst nicht gibt, wird regelmäßig die Notarhaftung nach § 19 BNotO generell als privatrechtliche Haftung und Haftungsgrundlage angesehen¹⁶. Dafür spricht in der Tat die systematische Stellung der Amtshaftung im BGB und deren angelehnte Regelung in § 19 BNotO. Jedoch ist nicht zu verkennen, dass sowohl der Beamte als auch und insbesondere der Notar als Amtspersonen tätig werden, jedenfalls nicht im Rahmen privatvertraglicher Beziehungen. Das zeigt sich sofort an manchen Privilegierungen der Schuldner aus Amts- bzw. Notarhaftung, die es im Bereich der sonstigen (auch deliktsrechtlichen) privaten Haftung zugunsten des Deliktsschuldners sonst nicht gibt. Die Notarhaftung zeigt daher zumindest ihre deutliche Nähe zu (aus deutscher Perspektive traditionell) öffentlich-rechtlich tätigen Amtsträgern.

2. Keine Konkurrenz von vertraglicher und deliktischer Haftung

§ 19 BNotO versperrt als Anspruchsgrundlage den Rückgriff auf sonstige deliktische Anspruchsgrundlagen und erst recht auf die Anspruchsgrundlagen der Vertragshaftung, insbesondere also § 280 Abs. 1 BGB, sofern die betreffende Person in ihrer Eigenschaft als Notar tätig geworden ist. Das ist auch im Falle versehentlicher Auszahlungen von einem

¹⁵ Jauernig/Teichmann, BGB, 15. Aufl. 2014, § 839 Rn. 4.

¹⁶ Etwa Schramm, in: Schippel/Bracker, § 19 Rn. 2 unter Hinweis auf Römer, Notariatsverfassung und Grundgesetz, 1963, S. 31.

Notaranderkonto so bestätigt worden¹⁷. Daran ändert auch nichts, dass § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO von einem „Auftraggeber“ des Notars spricht¹⁸. Allerdings können auch Notare fiskalisch tätig werden, etwa wenn ein Bankkonto eingerichtet wird, und ebenso können sie – dann nicht als Amtsperson tätig – Nebenbeschäftigungen ausüben¹⁹.

3. Gehilfenhaftung

In Bezug auf Gehilfen haftet der Notar zum einen gemäß § 19 Abs. 2 BNotO unter Umständen für Fehler eines eingeschalteten Notarassessors. Im Übrigen soll trotz des Grundsatzes, dass zwischen dem Notar und dem Auftraggeber keine vertragliche Beziehung entsteht, § 278 BGB analog anwendbar sein können²⁰. Dafür spricht, dass § 278 BGB lediglich ein zur Zeit der Pflichtverletzung zwischen den Beteiligten bestehendes Schuldverhältnis verlangt. Und hiervon kann man zumindest entsprechend im Falle der Tätigkeit eines Notars ausgehen. Die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, die ohnedies rechtspolitisch missglückt ist, wird dadurch ausgeschaltet. Im Übrigen hat der Notar sein Büro sorgfältig zu organisieren, falls er Mitarbeiter einschaltet; anderenfalls haftet er unter dem Aspekt einer Organisationspflichtverletzung. Höchstpersönlich wahrzunehmende Pflichten darf er von vornherein nicht delegieren²¹.

Die Gehilfen selbst haften nicht aus Vertrag, erst recht nicht gemäß § 19 BNotO, sondern allenfalls deliktsrechtlich, was – da es um Vermögensschäden geht – typischerweise nur unter den engen Voraussetzungen der Haftung wegen Verletzung von Schutzgesetzen (die zumeist freilich Vorsatz voraussetzen, § 15 StGB) sowie – insoweit parallel – aus § 826 BGB möglich ist. Auch eine Sozietätshaftung von Notaren wie im Falle des Tätigwerdens von Anwälten soll nicht in Betracht kommen²².

¹⁷ BGH NJW 1990, 1794; BVerfG DNotZ 1992, 56, gegen OLG Düsseldorf DNotZ 1987, 562 mit Anm. Haug.

¹⁸ Schramm, in: Schippel/Bracker, § 19 Rn. 7.

¹⁹ Schramm, in: Schippel/Bracker, § 19 Rn. 8 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf DNotZ 1986, 431, 432.

²⁰ BGH DNotZ 1996, 581 gegen BGH NJW 1989, 586 und früher.

²¹ Schramm, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 161.

²² BayOblG DNotZ 1981, 317.

4. Verschulden und (keine) Verschuldensvermutung

Anders als im Rahmen der vertraglichen Haftungsgrundlage des § 280 Abs. 1 BGB kennt die Haftung wegen Verletzung einer Amtspflicht durch den Notar keine Verschuldensvermutung, die § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechen würde.

Ebenso wie § 280 Abs. 1 BGB unterscheidet freilich auch § 19 BNotO zwischen der Pflichtverletzung (der einem anderen gegenüber bestehenden Amtspflicht) und dem Verschulden in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Anders als § 280 Abs. 1 S. 2 BGB differenziert § 19 BNotO indes nicht in Bezug auf die Verteilung der Beweislast insoweit, als nur die Pflichtverletzung vom Anspruchsteller, das Nicht-Vertretenmüssen demgegenüber vom in Anspruch Genommenen bewiesen werden muss. Demgemäß entspricht es zwar bestrittener, aber doch ganz herrschender Ansicht, dass im Rahmen von § 19 BNotO der Kläger im Haftpflichtprozess gegen den Notar alle behaupteten Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen hat, und dazu gehört auch die Beweislast für sogenannte innere Tatsachen wie des Verschuldensgrades²³.

Es mag an diesem Ausgangspunkt liegen, dass man bis heute und anders als im Bereich der Anwaltshaftung²⁴ die Abgrenzung von Pflichtverletzung (wie die Belehrungspflicht als Pflicht im engeren Sinne) und Verschulden im Bereich der Notarhaftung eher vernachlässigt. Indes gilt (natürlich) auch im Bereich der Notarhaftung der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab von § 276 Abs. 2 BGB²⁵. Der BGH spricht vom Maßstab des „Durchschnittsnotars“, freilich von einem erfahrenen,

²³ BGH DNotZ 1973, 494, 498; *Schramm*, § 19 BNotO Rn. 170; anders (§ 282 BGB a. F. analog, heute § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) *Hirte*, Berufshaftung S. 90.

²⁴ Hierzu *Karg*, Anwaltsvertragshaftung - Pflichtverletzung und Verschulden im neuen Schuldrecht, Diss. iur. Regensburg 2004, S. 197 ff., 204 ff. und zur Beweislast S. 243 ff.; zum Steuerberater *Salder*, Die Haftung des Steuerberaters aus Vertrag, 2007, S. 88 ff., 109 ff.

²⁵ Statt aller: *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 303 ff.; siehe auch *Walter*, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, 2004, S. 34 ff., 227 ff.

pflichtbewussten und gewissenhaften²⁶. Durch diesen objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab wird die Unterscheidung von (objektiver) Pflicht und Verschulden heikel.

Zum Verschulden wird in der Kommentarliteratur insbesondere die ausreichende Rechts- und Gesetzeskenntnis gerechnet; ihr Fehlen entschuldigt den Notar grundsätzlich nicht²⁷. Bei alledem stellt die Rechtsprechung an die Kenntnis der veröffentlichten Judikatur erhebliche, nach Ansicht mancher übermäßige Anforderungen. Nicht anders als im Bereich der Anwaltshaftung ist jedenfalls die Rechtsprechung der obersten Gerichte auszuwerten²⁸. Dabei hat der Notar – wiederum in Parallelität zur Anwaltshaftung – nicht mehr nur den „sichereren“ Weg zu wählen, wenn mehrere gangbare Wege nebeneinander vorhanden sind, sondern den „sichersten“ und gefahrlosesten²⁹. Das wird – naheliegend – ebenso wie im Bereich der Anwaltshaftung kritisiert³⁰. Anders als im Bereich der Amtshaftung nach § 839 BGB ist nicht einmal gesichert, dass die Rechtsprechung im Bereich der Notarhaftung von einer entschuldigenden Wirkung von Kollegialgerichtsentscheidungen ausgeht, die im Bereich der normalen Amtshaftung wenigstens als „Richtlinie“ anerkannt ist³¹. Im Kontext der Notarhaftung werden nach einer Analyse von *Schramm*³² die entschuldigenden Wirkungen von Kollegialgerichtsentscheidungen „meist mit der Begründung ab[gelehnt], dass die Richter den Streitstoff nicht erschöpfend erfasst oder Art und Ausmaß einer Pflichtverletzung unzutreffend gewürdigt hätten“.

Im Bereich der Anwaltshaftung wird demgegenüber – dogmatisch zutreffender und vor dem Hintergrund der Beweislastverteilungsregel in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB – die rechtliche Prüfung des Sachverhaltes bis hin zur

²⁶ BGH DNotZ 2009, 45; BGHZ 175, 111; BGH DNotZ 2001, 49.

²⁷ *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 54.

²⁸ BGH NJW 1992, 3237; kritisch *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 57.

²⁹ BGH NJW 2009, 71; früher RGZ 148, 321, 325.

³⁰ Etwa *Lang*, MDR 1984, 458, 459.

³¹ MünchKommBGB/*Papier*, § 839 Rn. 290 m. w. N.

³² In: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 65-58 m. w. N.

Gesetzes- und Rechtsprechungskennntnis dem Bereich des Pflichtenkreises von Rechtsanwälten zugeordnet³³. Eine andere systematische Einordnung würde dort die Gefahr einer doch signifikanten Verschiebung der Beweislast heraufbeschwören. Zwar ist das Recht an sich nicht dem Beweis und daher auch nicht Regeln der Beweislastverteilung zugänglich; Recht und Tatsachen sind im Prozess voneinander zu trennen. Doch gilt dies schon nicht mehr im Bereich von Auslandsrecht, und auch die Frage nach der Erkennbarkeit, insbesondere von örtlich begrenztem Recht, mag im Einzelfall für die Pflichtenbegründung doch eine Rolle in tatsächlicher Hinsicht spielen. Bei alledem darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass gerade im Bereich der Rechtsberatung (gleich, ob sie durch Anwälte, Steuerberater oder Notare erfolgt) die Gesetzes- und Judikaturkenntnis einen, wenn nicht den zentralen Bestandteil des Gegenstandes des geschuldeten Leistung bildet.

Freilich hat kein geringerer als *Ulrich Huber* als derjenige, auf dessen Gutachten für das Bundesjustizministerium die Norm des heutigen § 280 Abs. 1 BGB zurückgeht, den entschuldigten Rechtsirrtum des Schuldners geradezu als einzigen denkbaren Fall einer nicht zu vertretenden Pflichtverletzung angesehen³⁴. Der Rechtsanwalt und nicht der Mandant hat dann aber darzulegen und zu beweisen, dass eine fehlerhaft zugrunde gelegte Rechtsauffassung für den Anwalt nicht erkennbar war³⁵. Ist dem aber so – und dem entspricht immerhin die bisherige Linie im Bereich der Notarhaftung, die die entsprechende Problematik wie gezeigt dem Verschulden zuordnet – so ergibt sich dann doch ein bemerkenswerter Unterschied im Bereich der Verteilung der Beweislast zwischen der Notarhaftung und der Anwaltshaftung durch das schlichte Fehlen einer Regel wie die des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im Bereich der Notarhaftung, mögen sich auch die praktischen Konsequenzen (die freilich bislang kaum reflektiert zur Kenntnis genommen worden sind) in Grenzen halten.

³³ *Karg*, Anwaltsvertragshaftung, S. 54 ff.

³⁴ In: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 31, 102 f.; ebenso *MünchKommBGB/Ernst*, 6. Aufl. 2012, § 280 Rn. 14.

³⁵ *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2536 f.

5. Die Subsidiarität der Haftung (§ 19 Abs. 1 S. 2 BNotO)

Nicht anders als im Bereich der normalen Amtshaftung nach § 839 BGB kann auch der Notar im Falle von fahrlässigem Verhalten nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Allerdings gilt das nicht bei Amtsgeschäften gemäß §§ 23, 24 BNotO im Verhältnis zwischen dem Notar und dem Auftraggeber. Dabei geht es einerseits um die Aufbewahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten einschließlich der Übergabe zur Ablieferung an Dritte (§ 23 BNotO) sowie andererseits um die Anfertigung von Urkundenentwürfen und die Beratung der Beteiligten, ferner um die Stellung von Anträgen beim Grundbuchamt oder bei Registerbehörden (§ 24 BNotO).

Abgesehen von den freilich praktisch höchst relevanten Sonderfällen der §§ 23, 24 BNotO schließt jede rechtliche oder auch rein tatsächliche Möglichkeit einer anderweitigen Inanspruchnahme die Notarhaftung aus³⁶. Darunter fallen etwa Ansprüche gegen Vertragspartner, Anfechtungsrechte, Ersatzansprüche auch gegen nahe Verwandte oder gegen andere Berater bzw. gegen Vertreter oder Angestellte³⁷, es sei denn, die Ersatzmöglichkeit ist unzumutbar, wenn und weil in absehbarer Zeit keine Befriedigung zu erwarten ist³⁸. Gleichfalls greift der Einwand der subsidiären Haftung nicht, wenn der andere Ersatzpflichtige gleichfalls subsidiär haftet, namentlich im Falle der weiteren Amtshaftung³⁹; dann kommt es zum Gesamtschuldnerausgleich (§ 426 BGB). In den durchaus wesentlichen Fällen insbesondere des § 24 BNotO (Anfertigung von Urkundenentwürfen und Beratung der Beteiligten) kann der Einwand der Subsidiarität der Haftung auch in Fällen der Fahrlässigkeit zwar nicht erhoben werden, dies aber nur im Verhältnis zwischen dem Notar und Auftraggebern. Letzteres sind vorrangig diejenigen, die den Notar um eine Beratung, Vertretung oder

³⁶ BGH NJW-RR 2008, 1506; BGH NJW 1999, 2038.

³⁷ Näher *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rdnrn. 112 ff.

³⁸ Siehe etwa BGH NJW 1996, 3006 (Fälle der Insolvenz).

³⁹ BGH DNotZ 1960, 260, 265 (Grundbuchbeamte oder Gerichtsvollzieher); BGH NJW-RR 1992, 1178; BGH DNotZ 1996, 563: Haftung eines anderen Notars.

Verwahrung ersuchen⁴⁰. Dabei hat der BGH⁴¹ eine gewisse Ausdehnung des Auftraggeberbegriffs zum Zwecke der Zurückdrängung der Subsidiaritätsklausel in Betracht gezogen, die im Recht der Amtshaftung ohnedies vielfach als verfehlt angesehen wird. Diejenigen, die in den Schutzbereich der Amtspflicht einbezogen sind, könnten danach noch als Auftraggeber angesehen werden; die Parallele zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter liegt auf der Hand⁴².

Auch wenn sowohl derartige Tendenzen der Rechtsprechung als auch die genannten Bereichsausnahmen den Subsidiaritätseinwand im Bereich der Notarhaftung zurückdrängen, bleibt doch auch insoweit ein wesentlicher Unterschied zur allgemeinen Berufshaftung bestehen. Angesichts der Möglichkeit der Versicherbarkeit und der doch bestehenden Parallele zur Anwaltshaftung ist der Subsidiaritätseinwand im Bereich der Notarhaftung zumindest rechtspolitisch noch deutlicher zu hinterfragen als im Bereich der allgemeinen Haftung bei Amtspflichtverletzung gemäß § 839 BGB.

6. Unterlassene Rechtsmittel (§ 19 Abs. 1 S. 3 BNotO, § 839 Abs. 3 BGB)

Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht wegen Amtspflichtverletzung nicht ein, wenn der Verletzte schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittel abzuwenden. Dazu gehört auch die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO gegen die Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit eines Notars⁴³, ferner alle anderen Maßnahmen, die geeignet sind, Nachteile aufgrund des schädigenden Verhaltens des Notars abzuwenden, wie Erinnerungen, Mahnungen, Gegendarstellungen oder Dienstaufsichtsbeschwerden. Das Rechtsmittel muss sich unmittelbar gegen eine bereits begangene Amtspflichtverletzung richten und deren Beseitigung bezwecken. Dazu soll nicht etwa eine unterlassene Beschwerde des

⁴⁰ *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 121 m. w. N.

⁴¹ NJW 1999, 2183, 2185f. (nur obiter erwogen, aber tendenziell befürwortet).

⁴² Mit Grund gesehen in BGH NJW 1999, 2183, 2186. Kritisch gegenüber dieser Ausdehnung *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 122.

⁴³ *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 129.

Geschädigten gegen eine Pflichtverletzung des Grundbuchbeamten gehören, in welcher der Urkundsentwurf des Notars hätte beanstandet werden können; hier bleibt nur im Einzelfall der Mitverschuldenseinwand gemäß § 254 BGB⁴⁴. Der Einwand des unterlassenen Rechtsmittels gemäß § 839 Abs. 3 BGB kann trotz eines eventuellen Mitverschuldens des Notars erhoben werden; seine Erhebung ist auch dann nicht per se rechtsmissbräuchlich⁴⁵.

Auch insoweit ergibt sich also eine Privilegierung des Notars in haftungsrechtlicher Hinsicht, die zum Ausschluss der Notarhaftung führt. All dies wird noch dadurch ergänzt, dass nach § 19 Abs. 1 S. 4 BNotO eine Haftung des Staates anstelle des Notars im Gegensatz zu Art. 34 GG nicht stattfindet.

7. Resümee

Die Haftung des Notars in Deutschland führt demgemäß gegenüber den Fällen der sonstigen Felder klassischer Berufshaftung, insbesondere derjenigen der Vergleichsgruppe von Rechtsanwälten und Steuerberatern, in dreifacher Hinsicht zu Privilegierungen: (1.) Es besteht von vornherein keine Verschuldensvermutung wie im § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, (2.) die Haftung ist nach § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO entsprechend der Amtshaftung, wenn auch mit leichten Abschwächungen, nur subsidiär, und (3.) unterlassene Rechtsmittel führen nach § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO in Verbindung mit § 839 Abs. 3 BGB zum Ausschluss der persönlichen Haftung des Notars. Eine Überleitung der Haftung auf den Staat kommt im Gegensatz zu Art. 34 GG von vornherein nicht in Betracht.

III. Die Notarhaftung als Haftung für Amtspflichtverletzungen im europäischen Normenumfeld

Es erhebt sich die Frage, wie die damit angesprochenen Privilegierungen der Notarhaftung gegenüber den sonstigen Berufshaftungen rechtspolitisch zu bewerten sind. Anlass dazu gibt auch eine Passage im für die aktuelle Bundesregierung maßgeblichen Koalitionsvertrag

⁴⁴ BGH NJW 2009, 71, 73.

⁴⁵ BayObLGZ 14, 649, 665; *Schramm*, in: Schippel/Bracker, § 19 BNotO Rn. 133.

(„Deutschlands Zukunft gestalten“ für die 18. Legislaturperiode), in dem es unter 5. 2. („Moderne Justiz“) immerhin heißt, man wolle, „damit die Bürger einfacher Ersatz für die Schäden erhalten, die sie durch fehlerhaftes Verhalten staatlicher Stellen erlitten haben, [...] das zersplitterte Staatshaftungsrecht zusammen [fassen]“. Das gibt zugleich Anlass für die Herstellung einer besseren Passgenauigkeit der Wertungen, die den jeweiligen Haftungsregelungen zugrunde liegen.

1. Die Entscheidungen des EuGH vom 24.05.2011

Zusammen mit anderen Parallelverfahren hat der EuGH in einer europaweit vielfach diskutierten Entscheidungsserie vom 24.05.2011⁴⁶ die deutsche Staatsangehörigkeit als Voraussetzung für die Bestellung zum Notar als mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar angesehen. In diesem Zusammenhang hat der EuGH die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (früher Art. 45 EGV), wonach u. a. die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung findet, soweit es um Tätigkeiten geht, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, nicht auf die Tätigkeit von Notaren erstreckt. Notare übten keine öffentliche Gewalt im Sinne der Bereichsausnahme aus. Grund dafür war im Wesentlichen die Erwägung, dass der Notar keine Entscheidung gegen den Willen einer der Parteien, die er berät, durchsetzt. Die Parteien würden selbst über den Umfang ihrer Rechte und Pflichten entscheiden, ihre Übereinstimmung sei maßgeblich. Weder die Beurkundungstätigkeit selbst noch die Rechtmäßigkeitsprüfung durch den Notar sei wesentlich für die Ausübung öffentlicher Gewalt. Selbst die Beweiskraft und die Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden genüge für die Annahme der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht.

Man hat deshalb davon gesprochen, dass der Notar nun im Ausgangspunkt zwar noch „zwitterig von Natur, nicht Staat und nicht ganz privat“, aber gleichwohl ein im Ausgangspunkt im Prinzip „normaler“ freier Beruf im Sinne des Primärrechts⁴⁷ sei. Abgesehen von der Frage der

⁴⁶ Rs C-54/08.a njw 2011, 2941= DNotZ 2011, 462.

⁴⁷ *Kämmerer*, FAZ v. 10.08.2011, 19.

Staatsangehörigkeit als (unzulässige) Zugangsvoraussetzung hat der EuGH in seiner Entscheidung freilich sowohl die Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie⁴⁸ für nicht anwendbar erklärt, weil sich dies aus der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Richtlinie ergibt, als auch die weiteren Qualitätsstandards wie die Bedürfnisprüfung, die Befähigung zum Richteramt sowie die sonstigen fachlichen Eignungsvoraussetzungen jedenfalls zunächst einmal nicht weiter angetastet⁴⁹.

Zur Haftung von Notaren hat der EuGH in seiner Entscheidung nicht Stellung genommen. Freilich wird man nicht fehlgehen in der Annahme, dass der EuGH eine angemessene Haftung eines freien, aus europarechtlicher Hinsicht privaten Berufes wie denjenigen des Notars als europäischen Standard und damit zumindest im Kernbereich als unverzichtbar ansehen wird, so wie der EGMR dies bereits in anderen berufshaftungsrechtlichen Zusammenhängen getan hat⁵⁰. Wie dem auch sei: Jedenfalls wird man die derzeitige Regelung des § 19 BNotO nicht ohne weiteres als europarechtswidrig ansehen können, mögen auch die Haftungsanforderungen im Vergleich zu denjenigen der sonstigen freien Berufe zum Nachteil potenziell Geschädigter verschärft sein.

2. Die Notarhaftung im europäischen Internationalen Prozess- und Privatrecht

Ein deutlicher Hinweis darauf, dass jedenfalls aus europäischer Perspektive die Notarhaftung trotz ihrer der Amtshaftung angelehnten Natur in Deutschland eine als privatrechtlich zu qualifizierende Haftung eines „freien“ Berufs ist, folgt auch aus einer Reihe von Entscheidungen des EuGH bzw. des BGH zum europäisierten Internationalen Prozess- und Privatrecht.

⁴⁸ 2005/36/EG v. 07.09.2005, ABI EU L 255/22; Vorläuferrichtlinie 89/48.

⁴⁹ *Spickhoff*, JZ 2012, 333 ff. m. w. N.; *ders.*, *Jusletter* (CH) v. 28.10.2013.

⁵⁰ Siehe EGMR NJW 2005, 727 (Schädigung eines Fötus durch Ärzte mit anschließender Fehlgeburt; auch der Nasciturus sei durch Menschenrechte geschützt. Zwar müssten Verletzungen nicht in jedem Falle strafbewehrt sein, doch liege dann zumindest die Zuerkennung von Schadensersatz nahe); dazu *Groh/Lange-Bertalot*, NJW 2005, 713.

So hat der EuGH⁵¹ eine Amtshaftungsklage gegen einen deutschen verbeamteten Lehrer aus Baden-Württemberg, der seiner Aufsichtspflicht nicht zureichend nachgekommen sein soll, als Zivilsache von Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ (heute EuGVVO, ebenso formuliert in der Rom I-VO und in der Rom II-VO) angesehen. Im Rahmen eines Adhäsionsverfahrens hatten die Erben eines tödlich verunglückten deutschen Schülers den Lehrer auf Schadensersatz vor einem italienischen Gericht in Anspruch genommen. Die nach europäischem Zivilprozessrecht (heute Art. 5 Nr. 3 EuGVVO) einschlägige Tatortzuständigkeit hat der EuGH toleriert. Mag auch öffentlicher Sozialversicherungsschutz bestanden haben: Zwischen Lehrern von Privatschulen und öffentlichen Schulen sei insoweit kein Unterschied zu machen. Ebenso hat der BGH⁵² die nach kantonalem Recht der Schweiz allein bestehende, öffentlich-rechtlich ausgestaltete Staatshaftung von Kantonsspitalern als Zivilsache im Sinne des Parallelabkommens zur EuGVVO, dem LugÜ, angesehen. Es war deshalb zwar kritikwürdig, aber auch nicht überraschend (jedenfalls nicht für den, der sich mit europäischem Zivilprozessrecht beschäftigt), dass der EuGH seiner hier sichtbar gewordenen Linie treu geblieben ist. Der EuGH hat den Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt (in der Diktion des europäisierten Internationalen Privat- und Prozessrechts „*acta iure imperii*“, siehe Art. 1 Abs. 1 a. e. Rom II-VO) autonom und eng ausgelegt.

Bei alledem ist kaum ein Unterschied zwischen der Auslegung von primärem und sekundärem europäischem Recht zu erkennen, mögen auch die Zwecke differieren. Das bedeutet, dass auch § 19 BNotO als ein der klassischen Amtshaftung des § 839 BGB nachgebildeter Tatbestand unter die normalen Regeln des internationalen Deliktsrechts fällt; es gilt also keinesfalls prinzipiell nur das Recht des Amtsträgers, auf das bislang allgemein nach (nur) autonomem Kollisionsrecht abgestellt wurde⁵³.

⁵¹ NJW 1993, 2091 auf Vorlage des BGH, IPRspr 1991 Nr. 206.

⁵² NJW 2008, 2344 = MedR 2008, 666 mit Anm. *Seibl*; siehe auch die Folgeentscheidung BGH MedR 2012, 316 m. Anm. *Spickhoff*.

⁵³ BGH NJW 1976, 2074; BGH NJW 1978, 495; Bamberger/Roth/*Spickhoff*, BGB, 3. Aufl. 2012, Art. 40 EGBGB Rn. 9 und Art. 1 Rom II-VO Rn. 10.

3. Ausblick

Damit sind die Zeichen der Zeit an sich deutlich zu erkennen: Das europäische Normenumfeld belässt zwar den nationalen Rechten die Möglichkeit, intern die Rechtsstellung von Notaren als Amtsträger zu definieren. Daher besteht auch keine Notwendigkeit einer vollständigen Anschaffung des § 19 BNotO. Indes zeigt die europäische Rechtsentwicklung doch funktional an, dass die Notarhaftung zumindest weitgehend von den Haftungsregeln für freie Berufe geprägt sein sollte. Daran vermag auch eine im Einzelfall unbezweifelbar bestehende Nähe der Tätigkeit des Notars zur Ausübung hoheitlicher Gewalt wenig zu ändern. Das spricht jedenfalls rechtspolitisch dafür, im Bereich der Notarhaftung die rechtstechnische Nähe der Notarhaftung zur Haftung für Amtspflichtverletzung und zur Staatshaftung aufzuheben, genauer: zu lockern.

Bei richtig verstandener Auslegung ist dabei weniger die Introduktion der ohnedies wenig relevanten und obendrein unklar gebliebenen Verschuldensvermutung von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB und erst recht nicht die schlichte Abschaffung des § 19 BNotO in den Vordergrund des Anliegens zu stellen.

Wohl aber erscheint zum einen die Subsidiarität der Notarhaftung nach § 19 Abs. 1 S. 2 BGB selbst in der im Vergleich zur normalen Beamtenhaftung des § 839 BGB zurückgenommenen Subsidiarität nicht als zeitgemäß. Der Notar ist zwar als Amtsträger ggf. zum Tätigwerden verpflichtet. Doch kennt auch das Arztrecht in Deutschland im Bereich der Krankenhäuser einen Kontrahierungszwang, und ebenso sind Vertragsärzte zur Behandlung von Kassenpatienten verpflichtet⁵⁴. Nicht anders als in Bereich der Mediziner kann indes auch ein (Nur- ebenso wie ein Anwalts-) Notar unter dem Aspekt der Aus- oder Überlastung der Pflicht zu Tätigwerden entrinnen. Hinzu kommt, dass schon die Subsidiaritätsklausel der klassischen Beamtenhaftung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB als „anachronistisches Fiskusprivileg“⁵⁵ und „antiquiert“⁵⁶ bezeichnet worden

⁵⁴ S. *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 7. Aufl. 2014, Rn. 125.

⁵⁵ *Isensee*, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, S. 86ff.

ist. Die früheren Argumente für die Subsidiarität, nämlich Entschlussfreude und Tatkraft des Beamten zu fördern⁵⁷, greifen – zumal im Vergleich zur Haftung von Rechtsanwälten oder Steuerberatern – im Kontext von Notaren kaum, zumal (auch) der Notar über eine Berufshaftpflichtversicherung verfügen kann und muss (§ 19a BNotO). Schließlich zeigt die Rechtsprechung auch im Bereich der Notarhaftung die Neigung, die Subsidiarität der Haftung zu umgehen, zumindest aber eine gewisse Zufälligkeit ob des Eingreifens dieses Haftungsausschlussgrundes. Eine neuere Entscheidung des BGH⁵⁸ zur zweiwöchigen Regelfrist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2, S. 2 BeurkG ist dafür beispielhaft: Die Erstinstanz nahm eine vorrangige Ersatzmöglichkeit in Form von Ansprüchen gegen eine Vermittlerin an, die Berufungsinstanz statt dessen gegen den Vermittler (aus Beratungsvertrag), während der BGH beide anderweitigen Ersatzmöglichkeiten in Ermangelung hinreichender Anhaltspunkte verneinte.

Ähnliche Kritik ist gegenüber dem besonderen Haftungsausschlussgrund der schuldhaften Unterlassung des Gebrauchs eines Rechtsmittels angebracht. Auch dieser Einwand könnte de lege ferenda nicht anders als im sonstigen Recht der Berufshaftung wesentlich flexibler und angemessener im Rahmen von § 254 BGB berücksichtigt werden sollte. All das spricht deutlich dafür, die Haftungsregimes von Anwälten und Notaren grundsätzlich zumindest anzunähern.

⁵⁶ BGHZ 42, 176, 181; *Scheuner*, DÖV 1055, 545, 548. Kritisch auch MünchKommBGB/Papier, § 839 Rn. 303; *Deutsch*, JZ 1974, 712, 713; vorsichtiger *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 80ff, 88 ff.

⁵⁷ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 81 m. w. N.

⁵⁸ BGHZ196, 166 = DNotZ 2013, 552 = NJW 2013, 1451.