



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

IV ZR 291/10

Verkündet am:  
20. Juli 2011  
Heinekamp  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch die Vorsitzende Richterin Dr. Kessal-Wulf, die Richterin Harsdorf-Gebhardt, die Richter Dr. Karczewski, Lehmann und die Richterin Dr. Brockmüller auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2011

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 4. Zivilsenat - vom 14. Juli 2010 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung des Hauptantrags durch Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 24. November 2009 wird zurückgewiesen. Hinsichtlich des Hilfsantrags wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt als ehemaliger Berufshaftpflichtversicherer des Notars Dr. S. von der beklagten Notarkammer die Erstattung einer gemäß § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO erbrachten Vorleistung.

2 Auf eine Klage der Geschädigten verurteilte das Landgericht den Notar mit Urteil vom 12. August 2005 zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 80.659,80 € nebst Zinsen, weil er seine Pflichten im Rahmen der Abwicklung eines Grundstücksgeschäfts durch die vorzeitige Auszahlung des ihm von der Geschädigten zu treuen Händen zur Verfügung gestellten Kaufpreises verletzt habe. Die Geschädigte hatte ihm zur Auflage gemacht, die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld an erster Rangstelle vor Auszahlung des Darlehens sicherzustellen. Hierzu war die Löschung eines vorrangigen Zwangsverwaltungsvermerks erforderlich. Dem Zwangsverwaltungsverfahren war auch eine Wohnungseigentümergeinschaft beigetreten. Der Notar zahlte das Darlehen vor Rücknahme des Zwangsverwaltungsantrags durch die Wohnungseigentümergeinschaft aus, erreichte diese und damit die Löschung des Zwangsverwaltungsvermerks allerdings nachträglich. Die Klägerin erstattete der Geschädigten den Schadensersatzbetrag, die im Haftpflichturteil titulierten Verzugszinsen sowie die Kosten des Haftpflichtprozesses und verlangt diese Beträge nunmehr von der Beklagten ersetzt. Hilfsweise macht sie einen Anspruch auf treuhänderische Einziehung und Auskehrung der an die Geschädigte gezahlten Beträge geltend.

3 Der von der Beklagten abgeschlossene "Vertrauensschaden-Versicherungsvertrag" (im Folgenden: AVB) enthält unter § 4 die folgende Regelung:

"Ausschlüsse

Eine Versicherungsleistung ist ausgeschlossen aufgrund von Schäden,

1. (...)

3. die mittelbar entstehen, wie entgangener Gewinn, Zinsverlust"

4 Die Klägerin behauptet, der Notar habe seine Treuhandpflichten vorsätzlich verletzt, und meint, die Beklagte sei nach § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO zur Erstattung der erbrachten Vorleistung verpflichtet.

5 Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass eine wissentliche Pflichtverletzung nicht erwiesen sei. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO aufgehoben und die Sache an die erste Instanz zurückverwiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, die ihren Antrag auf Klageabweisung weiter verfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur teilweisen Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Landgericht habe entscheidungserheblichen Vortrag der Klägerin zur Wissentlichkeit der Pflichtverletzung nicht berücksichtigt und damit das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt. Eine Beweisaufnahme zu dieser Frage sei nicht entbehrlich. Die Beklagte sei zwar bei wissentlicher Pflichtverletzung als Notarkammer nicht nach § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO zum Aufwendungsersatz verpflichtet, aber zur Einziehung und Auskehrung der von der Klägerin vorgeleisteten Beträge bei dem Vertrauensschadenversicherer. Die Leistungspflicht des Vertrauensschadenversicherers umfasse auch

die von der Klägerin geltend gemachten Zinsen und Kosten des Haftpflichtprozesses. Der Ausschluss einer Einstandspflicht für mittelbare Schäden in § 4 Nr. 3 AVB stehe dem nicht entgegen, da die Klausel nach § 307 BGB wegen unangemessener Benachteiligung der Geschädigten unwirksam sei.

8                   II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

9                   1. Im Hauptantrag ist die Klage abzuweisen. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Klägerin der geltend gemachte Zahlungsanspruch gegen die Beklagte nicht zusteht. Insoweit kam eine Aufhebung und Zurückverweisung an die erste Instanz nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht in Betracht, da die Sache entscheidungsreif ist.

10                  a) Auf den Forderungsübergang nach § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO lässt sich der Zahlungsanspruch nicht stützen. Zwar geht hiernach mit der Vorleistung gemäß § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO der Anspruch des Geschädigten gegen die Notarkammer auf den Berufshaftpflichtversicherer über. Die Geschädigte hatte aber keinen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte, sondern lediglich einen Anspruch auf treuhänderische Einziehung der Regulierungsleistung bei dem Vertrauensschadenversicherer und Auskehrung an die Geschädigte. Bei der Vertrauensschadenversicherung handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung (Senatsurteil vom 12. Dezember 1990 - IV ZR 213/89, VersR 1991, 299 unter I 3 b; BGH, Beschluss vom 29. Juli 1991 - NotZ 25/90, NJW 1992, 2423 unter II 1 c aa). Der Geschädigte kann die Rechte aus dem Versicherungsvertrag nach § 44 Abs. 2 VVG bzw. § 75 Abs. 2 VVG a.F. nicht unmittelbar gegenüber dem Vertrauensschadenversicherer geltend ma-

chen. Vielmehr ist die Notarkammer gegenüber dem Geschädigten aufgrund eines gesetzlichen Treuhandverhältnisses verpflichtet, den Entschädigungsbetrag bei dem Vertrauensschadenversicherer einzuziehen und ihn an den Geschädigten auszukehren (Senatsurteil vom 12. Dezember 1990 aaO unter I 4).

11                    b) Auch ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO steht der Klägerin gegen die Beklagte nicht zu.

12                    aa) Die Frage, gegen wen sich der Aufwendungsersatzanspruch nach § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO richtet, ist streitig. Nach einer Ansicht ist Anspruchsgegner nach dem Sinn der Aufwendungsersatzregelung nur der Vertrauensschadenversicherer, da der Berufshaftpflichtversicherer nur im Verhältnis zu diesem nach § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO eintrittspflichtig ist (Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO 6. Aufl. § 19a Rn. 59). Nach anderer Auffassung zählt auch die Notarkammer zu den Aufwendungsersatzpflichtigen und kann vom Berufshaftpflichtversicherer insbesondere auf Ausgleich erforderlicher Abwehrkosten aus dem Haftpflichtprozess in Anspruch genommen werden (Brügge in Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung [2006] A IV Rn. 267 ff.).

13                    bb) Eine Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Zweck des § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO ergibt, dass der Berufshaftpflichtversicherer hieraus keinen Anspruch gegen die Notarkammer auf Erstattung seiner Regulierungsleistung nebst Zinsen und der Kosten aus dem Haftpflichtprozess herleiten kann.

14                    Der Anspruch richtet sich gegen die "Personen, für deren Verpflichtungen" der Berufshaftpflichtversicherer gemäß Satz 2 einzustehen

hat. Die Verwendung des Plurals ("Personen") macht zwar deutlich, dass der Gesetzgeber nicht nur an den Vertrauensschadenversicherer gedacht hat. Zu Recht weist aber das Berufungsgericht darauf hin, dass jedenfalls auch der Notar zu den Verpflichteten i.S. des § 19a Abs. 2 Satz 2 und 4 zählt, außerdem bei Amtspflichtverletzung des Notariatsverwalters gesamtschuldnerisch neben diesem auch die Notarkammer (§ 61 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Daher ergibt sich hieraus kein Argument für eine Aufwendungsersatzpflicht der Notarkammer auch in anderen Fällen.

15            Entscheidend ist, dass § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO auf die Vorleistungspflicht in Satz 2 Bezug nimmt. Hieraus folgt, dass die "Personen" aufwendungsersatzpflichtig sein sollen, die gegenüber dem Geschädigten schadensersatzpflichtig sind. Auch aus dem Rechtsfolgenverweis, wonach der Berufshaftpflichtversicherer "wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen" verlangen kann, ist zu schließen, dass er mit der Regulierungsleistung an den Geschädigten eine Verpflichtung der Anspruchsgegner des Aufwendungsersatzanspruchs erfüllt haben muss. Die Notarkammer ist jedoch - von dem Ausnahmefall des § 61 BNotO abgesehen - gegenüber dem Geschädigten nicht zur "Leistung" von Schadensersatz i.S. des § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO verpflichtet, sondern lediglich zur treuhänderischen Einziehung und Auskehrung der Regulierungsleistung (vgl. Senatsurteil vom 12. Dezember 1990 aaO unter I 4). Aus der Formulierung "wie ein Beauftragter" folgt weiter, dass es sich um einen Rechtsfolgenverweis auf § 670 BGB handelt. Es sind daher die Aufwendungen zu ersetzen, die der Berufshaftpflichtversicherer den Umständen nach für notwendig halten durfte. Auch die Erforderlichkeit von Aufwendungen muss sich aber an der Vorleistung i.S. des Satzes 2, d.h. an der Schadensersatzzahlung orientieren, nicht an dem Interesse der Notarkammer an einer Befreiung von ihrer Einziehungspflicht.

- 16 Für einen gesetzlichen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Notarkammer besteht schließlich kein Bedürfnis. Dem berechtigten Interesse des Berufshaftpflichtversicherers an einer Erstattung seiner aufgrund der Vorleistungspflicht erbrachten Aufwendungen wird bereits durch Regressansprüche gegen die vorsätzlich handelnde Vertrauensperson und den Vertrauensschadenversicherer genügt. Außerdem geht der Anspruch des Geschädigten auf Einziehung und Auskehrung gegen die Notarkammer nach § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO auf den Berufshaftpflichtversicherer über (vgl. Brügge in Gräfe/Brügge aaO Rn. 261).
- 17 c) Obwohl das Berufungsgericht Zahlungsansprüche der Geschädigten zu Recht abgelehnt hat, hat es auf die Berufung der Klägerin das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und das Verfahren auch hinsichtlich des Hauptantrags an das Landgericht Frankfurt am Main mit der Begründung zurückverwiesen, dass über die Frage der Wissentlichkeit der Pflichtverletzung noch Beweis zu erheben sei. Hierfür findet sich jedoch in § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO keine Grundlage. Einer Beweisaufnahme bedarf es für die Entscheidung über den Hauptantrag nicht. Die geltend gemachten Zahlungsansprüche stehen der Klägerin aus den dargelegten Gründen unabhängig von der Frage der Verschuldensform nicht zu. Die Klage ist daher im Hauptantrag vom Landgericht zu Recht abgewiesen worden.
- 18 2. Soweit die Klägerin mit dem Hilfsantrag die treuhänderische Einziehung der an die Geschädigte geleisteten Beträge beim Vertrauensschadenversicherer und ihre Auskehrung begehrt, ist die Sache zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.



- 19 a) Die Entscheidung des Berufungsgerichts, das erstinstanzliche Urteil nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wegen eines schweren Verfahrensfehlers aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen, beruht auf einer mangelhaften Ermessensausübung.
- 20 aa) Grundsätzlich setzt nach § 538 Abs. 1 ZPO das Berufungsverfahren das erstinstanzliche Verfahren fort, so dass das Berufungsgericht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über den gesamten Streitstoff ein neues eigenes Urteil zu fällen und die hierfür erforderlichen tatsächlichen Feststellungen selbst zu treffen hat (BGH, Urteil vom 7. Juni 1993 - II ZR 141/92, NJW 1993, 2318, 2319). § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist eine den Grundsatz der Prozessbeschleunigung durchbrechende Ausnahmeregelung (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 270/03, MDR 2005, 645). Die Entscheidung zwischen der Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 ZPO und der eigenen Sachentscheidung nach § 538 Abs. 1 ZPO steht im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts. Diese Ermessensentscheidung ist auch im Revisionsrechtszug auf ihre Voraussetzungen und Grenzen zu überprüfen (BGH, Urteile vom 20. Dezember 1956 - III ZR 97/55, BGHZ 23, 36, 50 f.; vom 7. Juni 1993 aaO).
- 21 bb) Die Feststellung des Berufungsgerichts, das Urteil des Landgerichts leide unter einem "wesentlichen Mangel" i.S. des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, ist nicht zu beanstanden. Ein wesentlicher Verfahrensfehler liegt vor, wenn das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem so erheblichen Mangel leidet, dass es keine ordnungsgemäße Grundlage für eine instanzbeendende Entscheidung sein kann (BGH, Urteil vom 26. September 2002 - VII ZR 422/00, NJW-RR 2003, 131). Hierzu ist die mangelhafte Tatsachenfeststellung durch eine gegen § 286 ZPO versto-

ßende Nichtberücksichtigung von Beweisangeboten zu zählen (Zöller/Heßler, ZPO 28. Aufl. § 538 Rn. 25; Gerken in Wieczorek/Schütze, ZPO 3. Aufl. § 538 Rn. 27). Das Landgericht hat Beweisangebote der Klägerin übergangen. Es hat ausgeführt, dass allein aus einer "Gesamtbetrachtung" der Tatsache, dass dem Notar Dr. S. bereits mehrere wissentliche Pflichtverletzungen nachgewiesen worden seien, nicht auf ein vorsätzliches Handeln im vorliegenden Fall geschlossen werden könne. Hierzu sei ein konkreter Nachweis erforderlich, für den die Klägerin jedoch keine tatsächlichen Beweismittel angeboten habe. Auf die Beweisangebote der Klägerin zu der Behauptung, der Notar habe noch vor Auszahlung des Darlehens erfahren, dass es bei dem Zwangsverwaltungsverfahren auch um Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft gehe, ist das Landgericht nicht eingegangen, obwohl diese Beweisfrage auch auf Grundlage seiner rechtlichen Beurteilung erheblich war.

22                    cc) Es fehlt jedoch an einer hinreichenden Begründung im Berufungsurteil, weshalb das Berufungsgericht die erforderliche Beweisaufnahme nicht selbst durchgeführt, sondern die Sache an das Landgericht zurückverwiesen hat.

23                    Das Berufungsgericht ist gehalten, nachprüfbar darzulegen, inwieweit eine noch ausstehende Beweisaufnahme so aufwändig oder umfangreich ist, dass sie eine Zurückverweisung rechtfertigt. Dabei hat es eine Abwägung zwischen der mit einer Zurückverweisung verbundenen Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens auf der einen und dem Interesse an der Wahrung des vollen Instanzenzuges auf der anderen Seite vorzunehmen (BGH, Urteile vom 7. Juni 1993 aaO; vom 16. Dezember 2004 aaO; vom 22. September 2006 - V ZR 239/05, MDR 2007, 289). Die

Aufhebung und Zurückverweisung wegen einer noch durchzuführenden Beweisaufnahme ist auf Ausnahmefälle zu beschränken, in denen die Durchführung des Verfahrens in der Berufungsinstanz voraussichtlich zu größeren Nachteilen führt als die Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz (BGH, Urteile vom 16. Dezember 2004 aaO; vom 22. September 2006 aaO). Das Fehlen einer Begründung stellt einen mit der Revision angreifbaren Verfahrensverstoß dar (BGH, Urteile vom 20. Dezember 1956 aaO; vom 4. Juli 1969 - V ZR 199/68, NJW 1969, 1669 unter I 2). An diese Begründung sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen; es reicht regelmäßig aus, wenn sie erkennen lässt, dass das Berufungsgericht die Alternative zwischen § 538 Abs. 1 und 2 ZPO gesehen und erwogen hat (BGH, Urteile vom 15. März 2000 - VIII ZR 31/99, MDR 2000, 716, 717; vom 4. Juli 1969 aaO).

24

Diesen Anforderungen wird das Berufungsurteil nicht gerecht. Die Begründung der Zurückverweisung beschränkt sich auf den Hinweis, es werde "eine umfangreiche Beweisaufnahme notwendig". Zwar wird zuvor erläutert, dass die Klägerin vier Zeugen zu der Frage benannt habe, ob dem Notar der Beitritt der Wohnungseigentümergeinschaft zum Zwangsverwaltungsverfahren bekannt gewesen sei. Das Urteil lässt aber nicht erkennen, ob das Berufungsgericht die Folgen einer Zurückverweisung, insbesondere die damit verbundene Verfahrensverzögerung, gegen die Nachteile einer Beweisaufnahme in zweiter Instanz abgewogen hat. Es ist bereits nicht ersichtlich, dass sich das Berufungsgericht des Ausnahmecharakters der Zurückverweisung und der Notwendigkeit einer solchen Abwägung bewusst war. Dass die Zurückverweisung allein mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer umfangreichen Beweisaufnahme begründet wird, legt nahe, dass das Berufungsgericht die Zurückverweisung allein aus diesem Grund als zwingend angesehen und das ihm

eingerräumte Ermessen, entweder eine eigene Sachentscheidung zu treffen oder ausnahmsweise den Rechtsstreit an das Erstgericht zurückzuverweisen, nicht erkannt hat.

25            b) Die Klage ist im Hilfsantrag nicht entscheidungsreif. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin die Beklagte im Falle einer wissentlichen Pflichtverletzung des Notars aufgrund der Legalzession des § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO nach erbrachter Vorleistung auf treuhänderische Einziehung und Auskehrung der an die Geschädigte geleisteten Zahlungen in Anspruch nehmen kann.

26            Entgegen der Auffassung der Revisionsbegründung bestehen gegen einen Übergang des Anspruchs des Geschädigten auf treuhänderische Einziehung und Auskehrung auf den Haftpflichtversicherer keine Bedenken. Die Ansprüche gegen die Notarkammer sind in § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO ausdrücklich erwähnt. Für eine einschränkende Auslegung besteht auch angesichts des Zwecks der Regelung in § 19a Abs. 2 Satz 3 und 4 BNotO, den vorleistenden Haftpflichtversicherer von den mit der Vorleistung verbundenen Nachteilen freizustellen, kein Anlass.

27            Die Beklagte ist nur unter der Voraussetzung einer Einstandspflicht des Vertrauensschadenversicherers zur Einziehung und Auskehrung der Entschädigung verpflichtet. Die Einstandspflicht des Vertrauensschadenversicherers setzt wiederum die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des Notars voraus, so dass die Verschuldensform durch Beweisaufnahme zu klären ist.

28            3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

- 29                    Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Verpflichtung der Beklagten die Einziehung von Zinsen und Kosten als mittelbare Schäden umfasst, weil der Ausschluss mittelbarer Schäden in § 4 Nr. 3 AVB unwirksam ist. Allerdings ist auf den Vertrauensschaden-Versicherungsvertrag in der letzten, ab dem 1. April 1998 geltenden Fassung nicht § 307 BGB, sondern § 9 AGBG anzuwenden (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).
- 30                    a) Eine Auslegung der Ausschlussklausel ergibt, dass die mit dem Hilfsantrag geltend gemachten Kosten jedenfalls teilweise als mittelbare Schäden i.S. des § 4 Nr. 3 AVB anzusehen sind.
- 31                    aa) Eine gesetzliche, von der Rechtsprechung entwickelte oder in der Literatur anerkannte Definition des Begriffs "mittelbarer Schaden" gibt es nicht, so dass dessen Inhalt im Wege der Auslegung aus dem jeweiligen Vertrag, insbesondere der Haftungsbegrenzungsklausel selbst zu ermitteln ist (BGH, Urteil vom 8. Juni 1994 - VIII ZR 103/93, NJW 1994, 2228 unter II 2 b).
- 32                    Allgemeine Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss (Senatsurteil vom 23. Juni 1993 - IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 85). Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit - auch - auf seine Interessen an. Bei Risikoausschlussklauseln geht das Interesse des Versicherungsnehmers in der Regel dahin, dass der Versicherungsschutz nicht weiter verkürzt wird, als der erkennbare Zweck der Klausel es erfordert. Daher sind Ri-

sikoausschlussklauseln nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eng auszulegen und nicht weiter, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise gebietet. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer braucht nicht damit zu rechnen, dass er Lücken im Versicherungsschutz hat, ohne dass die Klausel ihm dies hinreichend verdeutlicht (Senatsurteile vom 11. Dezember 2002 - IV ZR 226/01, VersR 2003, 236 unter III 1; vom 17. März 1999 - IV ZR 89/98, VersR 1999, 748 unter 2 a).

33           bb) Nicht unter den Begriff des "Zinsverlustes" und des "mittelbaren" Schadens im Sinne dieser Klausel fallen nach diesen Grundsätzen die von der Klägerin geltend gemachten gesetzlichen Verzugszinsen gemäß § 288 Abs. 1 BGB.

34           Ausgehend von dem Wortlaut der Ausschlussklausel wird der verständige Versicherungsnehmer unter den Begriff "Zinsverlust" in erster Linie den Vermögensnachteil fassen, der als Folge des durch das pflichtwidrige Verhalten eintretenden primären Vermögensnachteils in Form eines Verlustes von Zinsen entsteht, d.h. den entgangenen und damit "verlorenen" Anlagezins. Dagegen ist der Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 und 2 BGB unabhängig von dem Nachweis eines tatsächlichen Verlustes. Der Verzugszins ist dem Grunde und der Höhe nach als objektiver Mindestschaden gesetzlich festgelegt, so dass dem Schuldner der Beweis, dass tatsächlich kein Schaden entstanden ist, bzw. der Nachweis eines geringeren Schadens abgeschnitten wird (Palandt/Grüneberg, BGB 70. Aufl. § 288 Rn. 4). Die Ersatzfähigkeit von gesetzlichen Verzugszinsen ist allein an das Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen gekoppelt, so dass die Anspruchsentstehung nahe liegender ist als die eines Anspruchs auf Ersatz weitergehenden Zinsscha-

dens oder entgangenen Gewinns. Da mit einer vorsätzlichen Pflichtverletzung oftmals die Zahlungsunfähigkeit des Notars verbunden ist, kann der Vertrauensschadenversicherer regelmäßig von einer Verpflichtung des Notars zur Zahlung von Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB ausgehen.

35

Auch der erkennbare Zweck des Vertrauensschaden-Versicherungsvertrages und des Risikoausschlusses spricht für eine enge Auslegung des Begriffs "Zinsverlust". Die Vertrauensschadensversicherung dient in erster Linie dem Schutz der Geschädigten, außerdem der Wahrung des Ansehens des Notarstandes (Senatsurteile vom 12. Dezember 1990 aaO unter I 3 a; vom 27. Mai 1998 - IV ZR 166/97, VersR 1998, 1016 unter 1; vom 30. September 1998 - IV ZR 323/97, VersR 1998, 1504 unter II 2; BGH, Urteil vom 29. Juli 1991 - NotZ 25/90, NJW 1992, 2423 unter II 1 c aa; ebenso: Wolff, VersR 1993, 272, 273; MünchKommVVG/Dageförde, § 43 Rn. 21). Beide Zwecke sprechen dafür, dass der Geschädigte zumindest den mit dem primären Vermögensschaden nahezu zwangsläufig verbundenen gesetzlichen Verzugsschaden geltend machen kann. Soweit man den Grund für den Ausschluss mittelbarer Schäden in der Begrenzung und Kalkulierbarkeit des Schadenpotentials sieht, wird dieses Ziel bereits durch die in § 3 I Abs. 1 AVB festgelegte Mindestversicherungssumme pro Versicherungsfall erreicht, was der durchschnittliche Versicherungsnehmer den AVB ohne weiteres entnehmen kann. Eine weite Auslegung des Begriffs "mittelbarer Schaden" ist also auch nicht aufgrund berechtigter Interessen der Vertrauensschadenversicherer oder der Prämien zahlenden Notarkammern und ihrer Mitglieder geboten.

36 Gesetzliche Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB sind daher nicht von der Ausschlussklausel des § 4 Nr. 3 AVB erfasst.

37 cc) Als mittelbarer Schaden sind hingegen die Kosten des Haftpflichtprozesses anzusehen. Zwar werden Rechtsverfolgungskosten in der Klausel nicht ausdrücklich erwähnt. Ihre Entstehung ist aber von einer Entscheidung des Geschädigten abhängig, den Notar gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer wird diese Kosten daher nicht als mit dem primären Vermögensschaden notwendig verbundene Folgekosten ansehen, sondern als von weiteren Umständen abhängige und damit dem entgangenen Gewinn vergleichbare Schäden.

38 b) Der so auszulegende Ausschluss einer Einstandspflicht für mittelbare Schäden benachteiligt die Beklagte als Notarkammer und Versicherungsnehmerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher nach § 9 AGBG unwirksam.

39 aa) Die Klausel ist grundsätzlich kontrollfähig.

40 (1) Nach § 24 AGBG ist eine Inhaltskontrolle jedenfalls am Maßstab des § 9 AGBG vorzunehmen, so dass die Frage, ob die AVB ausschließlich gegenüber der Notarkammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts "verwendet" wurden, keiner Entscheidung bedarf.

41 (2) Einer Inhaltskontrolle der Deckungsbeschränkung am Maßstab des § 9 AGBG steht auch § 8 AGBG nicht entgegen. Hiernach ist lediglich die Leistungsbeschreibung, die den unmittelbaren Gegenstand der geschuldeten Hauptleistung festlegt und ohne deren Vorliegen mangels



Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann, einer Überprüfung entzogen. Die Vorschrift hindert eine richterliche Inhaltskontrolle hingegen nicht, wenn die betreffende Klausel nach ihrem Wortlaut und erkennbaren Zweck das vom Versicherer gegebene Hauptleistungsversprechen lediglich einschränkt, verändert, ausgestaltet oder sonst modifiziert (Senatsurteil vom 26. September 2007 - IV ZR 252/06, VersR 2007, 1690 unter Rn. 13). Das Hauptleistungsversprechen wird in §§ 1 und 2 AVB derart umschrieben, dass der wesentliche Vertragsinhalt bestimmt werden kann. Nach § 1 Abs. 1 AVB übernimmt der Versicherer Deckungsschutz für Vermögensschäden, die Dritten durch vorsätzliche Handlungen von Vertrauenspersonen i.S. von § 2 Abs. 1 AVB in Ausübung ihrer Berufstätigkeit zugefügt werden. Bereits durch die Formulierung "Vermögensschaden" sind grundsätzlich alle Schadensarten von dieser primären Risikobeschreibung umfasst. Nach § 1 Abs. 2 AVB wird die Höhe der Versicherungsleistung durch den "Umfang der Schadenersatzpflicht der Vertrauensperson" bestimmt, richtet sich also nach den allgemeinen Grundsätzen der Notarhaftung. Dieses Versprechen wird durch § 4 Nr. 3 AVB unter der Überschrift "Ausschluss" für den Bereich der mittelbaren Schäden wieder eingeschränkt.

42                   (3) Die Frage der Wirksamkeit des Ausschlusses einer Einstandspflicht für mittelbare Schäden in den Vertrauensschadenversicherungen der Notarkammern ist in der Literatur umstritten.

43                   Teilweise wird die Ausschlussklausel für unwirksam gehalten, da die Funktion der Vertrauensschadenversicherung, eine vollständige Schadloshaltung des Geschädigten auch im Vorsatzbereich bis zur Höhe der gesetzlichen Mindestversicherungssumme (Brügge in Gräfe/Brügge

aaO Rn. 225) und einen der Staatshaftung vergleichbaren Schutz zu gewährleisten (Haug, Die Amtshaftung des Notars 2. Aufl. Rn. 319), verfehlt werde.

44 Als Argument für die Wirksamkeit des Ausschlusses mittelbarer Schäden wird hingegen angeführt, dass § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO lediglich bestimmte Mindestversicherungssummen vorschreibe, vertragliche Leistungsausschlüsse aber nicht generell verbiete (Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler aaO Rn. 15; Bresgen in Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars 3. Aufl. Rn. 869). Der Gesetzgeber habe keinen Klarstellungsbedarf gesehen, obwohl bei Einführung der Versicherungspflicht im Jahr 1983 die von den Notaren zuvor auf freiwilliger Basis abgeschlossenen Versicherungsverträge die Einschränkungen bereits enthalten hätten. Auch bei der Novelle der Bundesnotarordnung im Jahr 1998 habe der Gesetzgeber das Versicherungskonzept nicht verändert, weil sich das bisherige System der Schadenvorsorge bewährt habe (Barchewitz, MDR 2008, 1258, 1261; Bresgen aaO Rn. 871). Hingewiesen wird weiter auf die Marktüblichkeit der Ausschlusstatbestände (Bresgen aaO Rn. 869) und die geringe wirtschaftliche Bedeutung mittelbarer Schäden (Bresgen aaO Rn. 866).

45 bb) Einer Inhaltskontrolle stehen weder der Wortlaut des § 67 Abs. 3 BNotO noch das Verhalten des Gesetzgebers entgegen. Dass § 67 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 und 2 BNotO vertragliche Leistungsausschlüsse nicht ausdrücklich verbietet, lässt nicht auf eine Entscheidung des Gesetzgebers für die Zulässigkeit eines Deckungsausschlusses für bestimmte Schadensarten schließen. Auch aus den Gesetzesmaterialien zur 1. Änderung der Bundesnotarordnung ergeben sich keine Hinweise darauf, dass dem Gesetzgeber die damals bereits existierenden (vgl.

Zimmermann, DNotZ 1982, 90, 93) Deckungsbeschränkungen in den Vertrauensschadenversicherungen bekannt waren. Entsprechendes gilt für die Materialien zur 3. Änderung der Bundesnotarordnung. Die Diskussion in der juristischen Fachliteratur über die Wirksamkeit der Deckungsbeschränkungen entwickelte sich erst nach den Gesetzesänderungen. Mangels einer Erwähnung in der Gesetzesbegründung kann daher nicht angenommen werden, dass dem Gesetzgeber dieses Problem bewusst war.

46           cc) Nach § 9 Abs. 1 AGBG sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Das ist im Zweifel anzunehmen, wenn diese Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG).

47           (1) Die Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung ist hier nach zwar in erster Linie an den Interessen des Vertragsgegners des Verwenders, hier also an denen der Notarkammer, zu orientieren, während Drittinteressen bei der Angemessenheitskontrolle grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind (BGH, Urteil vom 7. Oktober 1981 - VIII ZR 214/80, NJW 1982, 178 unter II 3 a bb; Staudinger/Coester, BGB [2006] § 307 Rn. 145; MünchKomm-BGB/Kieninger, 5. Aufl. § 307 Rn. 48; Erman/H.P. Westermann, BGB 12. Aufl. § 307 Rn. 10). Bei der Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung der Notarkammer ist jedoch auf die Interessen der Geschädigten abzustellen, weil die Notarkammer zum Abschluss der Vertrauensschadenversicherung nach § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO verpflichtet ist. Wird der mit einer Pflichtversicherung bezweckte

Schutz des Dritten wegen der Ausgestaltung der Versicherungsbedingungen nicht erreicht, ist die Versicherung zur Erfüllung der gesetzlichen Versicherungspflicht untauglich. Eine Beschränkung des Deckungsumfangs, die von den gesetzlichen Vorgaben abweicht, ist daher wesentlich und gefährdet den Vertragszweck (Armbrüster/Dallwig, VersR 2009, 150, 151 f.).

48                   (2) Die Beschränkung der Einstandspflicht des Vertrauensschadenversicherers in § 4 Nr. 3 AVB gefährdet die Erreichung des Zwecks der Pflichtversicherung (§ 9 Abs. 2 Ziff. 2 AGBG).

49                   Die Ausgestaltung als Pflichtversicherung dient in erster Linie der Schadloshaltung des Geschädigten (s.o. a) bb)). Die Einführung der Versicherungspflicht beruhte auf der Überlegung, dass der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes Funktionen ausübt, die aus dem Aufgabenbereich des Staates abgeleitet sind, während andererseits seine Zahlungsfähigkeit von seinen Vermögensverhältnissen abhängt, was für den Geschädigten schwer erträglich ist und eine Erweiterung der Versicherungspflicht in Ergänzung des neuen Staatshaftungsrechts erforderte (BT-Drucks. 8/2782, S. 9; Bericht der Abgeordneten Lambinus und Dr. Langner, BT-Drucks. 9/597, S. 9). Durch die Gruppenanschluss- und Vertrauensschadenversicherung wollte der Gesetzgeber den Vermögensschutz sicherstellen, den die Staatshaftung bei Amtspflichtverletzungen anderer Amtsträger schafft (Senatsurteil vom 30. September 1998 aaO).

50                   Diese Funktion eines der Staatshaftung vergleichbaren Schutzes der Geschädigten wird durch den generellen Ausschluss einer Deckung mittelbarer Schäden gefährdet. Aus der gesetzlichen Festlegung der

Mindestversicherungssumme auf 250.000 € je Schadenfall folgt, dass eine Schadloshaltung des Geschädigten unterhalb dieser Grenze als unzureichend anzusehen ist. Dass sich diese Untergrenze nur auf den unmittelbar durch das pflichtwidrige Verhalten ausgelösten Vermögensschaden beziehen soll, kann unter Berücksichtigung der Funktion, einen der Staatshaftung vergleichbaren Vermögensschutz zu gewährleisten, nicht angenommen werden. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Amtshaftung wird nicht zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden differenziert. Zu ersetzen ist das negative Interesse; der Geschädigte ist also so zu stellen, wie er bei pflichtgemäßem Handeln des Amtsträgers stünde (BGH, Urteil vom 11. Juli 1996 - IX ZR 116/95, NJW 1996, 3343 unter II 1). Mittelbare Schäden sind im Verhältnis zum primären Vermögensschaden auch nicht wirtschaftlich unbedeutend, sondern können bei längerem Zeitablauf während des außergerichtlichen Regulierungsverfahrens und des Haftpflichtprozesses einen erheblichen Teil des Gesamtschadens ausmachen. Insbesondere durch den Ausschluss des beispielhaft aufgeführten entgangenen Gewinns sind potentiell große Schadenbeträge durch die Vertrauensschadenversicherung nicht gedeckt (von Bergner in Handbuch Versicherungsrecht 4. Aufl. § 20 Rn. 103). Der nach §§ 249 Satz 1, 252 Satz 1 BGB zu ersetzende entgangene Gewinn umfasst alle Vermögensvorteile, die zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses zwar noch nicht zum Vermögen des Geschädigten gehörten, ohne dieses Ereignis aber angefallen wären (BGH, Urteil vom 11. Mai 1989 - VII ZR 39/88, NJW-RR 1989, 980 unter 2 a). Auch Rechtsverfolgungskosten und der Verlust von Anlagezinsen können bis zum Abschluss des Haftpflichtprozesses zu einer erheblichen Vergrößerung des Schadens führen, die vom Geschädigten kaum beeinflussbar, für ihn aber ebenso nachteilig ist wie der primäre Vermögensschaden. Die Klausel des § 4 Nr. 3 AVB benachteiligt daher den Geschädigten und

damit auch die Notarkammer unangemessen und ist nach § 9 Abs. 1, § 2 Abs. 2 Nr. 2 AGBG unwirksam.

Dr. Kessal-Wulf

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Karczewski

Lehmann

Dr. Brockmüller

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 24.11.2009 - 2-17 O 37/09 -  
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 14.07.2010 - 4 U 41/10 -