BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 180/10

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BNotO §§ 19a Abs. 2, 67 Abs. 3 Nr. 3; AGBG § 9 Bk (BGB § 307 n.F. Bk)

1. Der nach § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO vorleistende Berufshaftpflichtversicherer kann seine Aufwendungen im Falle wissentlicher Pflichtverletzung des Notars gemäß § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO nur vom Vertrauensschadenversicherer, jedoch nicht von der Notarkammer ersetzt verlangen.

2. Die in § 4 Ziff. 2 der Bedingungen der Vertrauensschadenversicherungsverträge der Notarkammern für die Geltendmachung von Schäden bestimmte Ausschlussfrist von vier Jahren ist wirksam. Der Versicherer kann sich auf die Fristversäumnis jedoch nicht berufen, wenn diese unverschuldet ist.

BGH, Urteil vom 20. Juli 2011 - IV ZR 180/10 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

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. Brockmöller auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2011

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 4. Zivilsenat - vom 14. Juli 2010 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten zu 1 und 2 wird das Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, die als ehemaliger Berufshaftpflichtversicherer des Notars W. wegen einer wissentlichen Pflichtverletzung des Notars eine Leistung an die Geschädigte erbracht hat, verlangt von der Beklagten zu 1 als Notarkammer und von der Beklagten zu 2 als Ver-

trauensschadenversicherer die Erstattung des gezahlten Betrages nebst Zinsen ab dem Zeitpunkt ihrer Leistung an die Geschädigte, von der Beklagten zu 1 hilfsweise treuhänderische Einziehung und Auskehrung.

2 In dem zwischen den beiden Beklagten geschlossenen Vertrauensschaden-Versicherungsvertrag (im Folgenden: AVB) finden sich die folgenden Regelungen:

> "§ 1 VI.
>
> Eine Leistung erfolgt nur, wenn und soweit der Schaden nicht auf andere Weise gedeckt ist. Eine anderweitige Deckung besteht insbesondere, wenn und soweit durchsetzbare Ansprüche gegen die Vertrauensperson oder Dritte oder Mittel aus Versicherungsleistungen zur Verfügung stehen. (...)
>
> § 4 Ausschlüsse
>
> Eine Versicherungsleistung ist ausgeschlossen aufgrund von Schäden,
>
> 1. (...)
>
> 2. die später als vier Jahre nach ihrer Verursachung dem Versicherer gemeldet werden; ist ein bestimmter Einzelschaden oder Teilbetrag eines Schadens durch mehrere vorsätzliche unerlaubte Handlungen der Vertrauensperson verursacht worden, so beginnt der Lauf der Nachhaftungsfrist mit der letzten für diesen Einzelschaden oder Teilbetrag eines Schadens ursächlichen, vorsätzlichen unerlaubten Handlung. Hat eine Vertrauensperson einen Schaden in mehreren Teilbeträgen verursacht so ist nur der innerhalb der Nachhaftungsfrist verursachte Schadenteilbetrag gedeckt,
>
> 3. (...)"

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3 Der Notar wurde von einer Bank wegen einer im Jahr 2001 erfolgten Verletzung von Treuhandweisungen bei Abwicklung eines Grundstücksgeschäfts auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Den Schaden meldete die Geschädigte erstmals mit an die Beklagte zu 1 gerichtetem Anwaltsschreiben vom 12. April 2006. Nach rechtskräftiger Verurteilung des Notars zur Zahlung von 89.944,92 € nebst Zinsen machte die Geschädigte die Schadensersatzforderung gegenüber der Klägerin geltend, die den Betrag am 30. Oktober 2008 an sie auskehrte. Zuvor war im erfolglosen Deckungsprozess des Notars gegen die Klägerin festgestellt worden, dass der Schaden durch eine wissentliche Pflichtverletzung verursacht worden war. Der Vertrauensschadenfonds der Notarkammern (heute: "Notarversicherungsfonds") lehnte eine Erstattung der Vorleistung mit Schreiben vom 27. März 2009 unter Verweis auf die Versäumung der Vierjahresfrist für die Schadenmeldung und auf die Pflicht zur vorrangigen Inanspruchnahme des Notars ab.

4 Die Klägerin meint, die Beklagten seien gesamtschuldnerisch nach § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO zur Erstattung ihrer Aufwendungen in Höhe des an die Geschädigte gezahlten Betrages verpflichtet. Die Beklagten berufen sich auf die Ausschlussfrist in § 4 Ziff. 2 AVB und die Subsidiaritätsklausel in § 1 VI AVB.

5 Das Landgericht hat die Klage gegen die Beklagte zu 2 abgewiesen, die Klage gegen die Beklagte zu 1 hingegen im Hauptantrag überwiegend als begründet angesehen. Auf die Berufung der Klägerin und der Beklagten zu 1 hat das Berufungsgericht die Beklagte zu 2 zur Erstattung von 89.944,92 € nebst Zinsen und die Beklagte zu 1 auf den Hilfsantrag der Klägerin zur Einziehung und Auskehrung der Versicherungsleistung verurteilt.

6 Hiergegen richten sich die Revision der Klägerin, die eine weitergehende Verurteilung der Beklagten zu 1) erreichen will, und die Revision der beiden Beklagten.

Entscheidungsgründe:

7 A. Das Berufungsgericht hat den Anspruch gegen die Beklagte zu 2 auf § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO gestützt. Dass zwischen Pflichtverletzung und Schadenmeldung mehr als vier Jahre lägen, stehe dem Anspruch nicht entgegen. Die Ausschlussfrist in § 4 Ziff. 2 AVB gefährde den Zweck des Vertrauensschaden-Versicherungsvertrages und sei daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam. Da Schäden aufgrund notarieller Pflichtverletzungen häufig erst Jahre nach der Verursachung bemerkt würden, sei die Ausschlussklausel mit dem Pflichtversicherungsgebot des § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO, das eine Schadloshaltung des Geschädigten bei wissentlicher Pflichtverletzung gewährleisten solle, nicht vereinbar.

8 Hingegen sei die Beklagte zu 1 nicht zum Aufwendungsersatz aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO verpflichtet, da sich der Anspruch allein gegen den Vertrauensschadenversicherer richte. Auch ein Amtshaftungsanspruch stehe der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 nicht zu. Zwar habe die Beklagte zu 1 im Hinblick auf die Ausschlussfrist des § 4 Ziff. 2 AVB gegen ihre Versicherungspflicht aus § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO verstoßen. Wegen der Unwirksamkeit der Ausschlussklausel habe diese Amtspflichtverletzung jedoch nicht zu einem Schaden der Geschädigten geführt. Lediglich der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf treu-

händerische Einziehung und Auskehrung der Entschädigung stehe der Klägerin zu, da der Anspruch der Geschädigten aus dem gesetzlichen Treuhandverhältnis gemäß § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO auf die Klägerin übergegangen sei.

9 B. Diese Ausführungen halten nur teilweise der rechtlichen Überprüfung stand.

10 I. Das Rechtsmittel der Klägerin hat keinen Erfolg. Der mit dem Hauptantrag geltend gemachte Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 1 steht der Klägerin nicht zu.

11 1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Klägerin gegen die Beklagte zu 1 keinen Aufwendungsersatzanspruch aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO habe, ist nicht zu beanstanden.

12 a) Die Frage, gegen wen sich der Aufwendungsersatzanspruch nach § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO richtet, ist streitig. Nach einer Ansicht richtet sich der Anspruch nach dem Sinn der Aufwendungsersatzregelung nur gegen den Vertrauensschadenversicherer, da der Berufshaftpflichtversicherer nur im Verhältnis zu diesem nach § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO eintrittspflichtig sei (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 erforderliche Abwehrkosten aus dem Haftpflichtprozess in Anspruch genommen werden (Brügge in

Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung 2006 A IV Rn. 267 ff.).

13 b) 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 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 Satzes 2 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 und damit im Verhältnis zum Berufshaftpflichtversicherer, den nur eine Vorleistungspflicht trifft, bei wissentlicher Pflichtverletzung vorrangig leistungspflichtig 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 - IV ZR 213/89, VersR 1991, 299 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 getätigten 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 2. Die Beklagte zu 1 ist nicht unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG wegen Verletzung der Versicherungspflicht aus § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO zum Schadensersatz verpflichtet. Die Beklagte hat ihre Versicherungspflicht durch die Vereinbarung der Ausschlussklausel des § 4 Ziff. 2 AVB nicht verletzt, weil diese

Klausel den Anforderungen des § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO nicht widerspricht (s. dazu im Einzelnen unter II. 1. b) aa)).

18 II. Die Revisionen der beiden Beklagten führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

19 1. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen die Verurteilung der Beklagten zu 2 zum Aufwendungsersatz nicht.

20 a) Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass der Berufshaftpflichtversicherer nach Erfüllung seiner Vorleistungspflicht gemäß § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO den an den Geschädigten gezahlten Betrag grundsätzlich als "Aufwendungen" i.S. von § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO gegenüber dem Vertrauensschadenversicherer geltend machen kann. Anspruchsgegner sind nach dem Wortlaut die "Personen, für deren Verpflichtungen" der Berufshaftpflichtversicherer gemäß Satz 2 einzustehen hat, also in erster Linie der Vertrauensschadenversicherer. Nach dem Regelungszusammenhang soll der Aufwendungsersatzanspruch den durch den Anspruchsübergang nach Satz 3 gewährleisteten Schutz des vorleistenden Berufshaftpflichtversicherers ergänzen und ihn von Kosten freistellen, die ihm aufgrund seiner Vorleistungspflicht entstanden sind. Da dem Geschädigten im Regelfall keine direkten Ansprüche aus dem Vertrauensschaden-Versicherungsvertrag zustehen (Senatsurteil vom 12. Dezember 1990 aaO unter I 3), kann der Berufshaftpflichtversicherer einen Ausgleichsanspruch gegen den Vertrauensschadenversicherer nicht auf die Legalzession nach § 19a Abs. 2 Satz 3

BNotO stützen. Anspruchsgrundlage für den Ausgleichsanspruch ist daher § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO.

21 b) Der Aufwendungsersatzanspruch setzt jedoch, wie sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung ergibt, voraus, dass die Klägerin mit der Leistung eine "Verpflichtung" des Vertrauensschadenversicherers gegenüber der Geschädigten erfüllt hat. Ob die Beklagte zu 2 aus dem Vertrauensschaden-Versicherungsvertrag zum Schadenausgleich verpflichtet war, kann auf Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend entschieden werden.

22 aa) Einer Leistungspflicht des Vertrauensschadenversicherers könnte zunächst § 4 Ziff. 2 AVB entgegenstehen, da die Pflichtverletzung des Notars bereits im Jahr 2001 erfolgte, während der Versicherungsfall frühestens mit anwaltlichem Schreiben vom 12. April 2006 der Beklagten zu 1 gemeldet worden ist. Dementsprechend ist das Berufungsgericht von einer Verfristung ausgegangen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Ausschlussfrist wirksam.

23 (1) Die Annahme des Berufungsgerichts, dass es sich bei den AVB um vorformulierte Vertragsbedingungen i.S. von § 305 Abs. 1 BGB handele, ist nicht zu beanstanden. Anwendbar ist allerdings § 1 AGBG, da der gegenständliche Vertrauensschaden-Versicherungsvertrag vor dem 1. Januar 2002 geschlossen wurde (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

24 Bereits nach dem unstreitigen Sachverhalt handelt es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen i.S. von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG. Die Beklagten selbst haben unwidersprochen vorgetragen, dass im Jahr 1965 sämtliche Notarkammern in der Bundes-

republik Deutschland in den wesentlichen Punkten übereinstimmende Vertrauensschaden-Versicherungsverträge abgeschlossen haben, in denen von Anfang an Ausschlussfristen vereinbart waren. Spätestens seit 1981 enthielt der Vertrauensschaden-Versicherungsvertrag der Beklagten zu 2 eine Ausschlussfrist von vier Jahren.

25 Dass die AVB von der Beklagten zu 2 als Verwenderin "gestellt" worden sind, folgt aus der äußeren Gestaltung der Bedingungen. Verwender ist diejenige Partei, auf deren Veranlassung die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag zurückgeht (Ulmer/Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht 11. Aufl. § 305 BGB Rn. 27 m.w.N.). Aufgrund Inhalt und Gestaltung des Vertrages kann nach der Lebenserfahrung auch der erste Anschein dafür sprechen, dass er von einer Partei gestellt worden ist (BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238). Die "Vertrauensschaden-Versicherungsverträge" enthalten jeweils auf Seite 1 oben das Logo der Beklagten zu 2 sowie am unteren Rand die Angabe ihrer Vertretungsverhältnisse, Anschrift, Kontoverbindung etc. Die Verträge wurden also erkennbar von der Beklagten zu 2 gefertigt, wie es nach der Lebenserfahrung im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer zu erwarten ist. Die Beklagten haben nichts vorgetragen, was den durch die Vertragsgestaltung hervorgerufenen Anschein eines von der Beklagten zu 2 verwendeten Formularvertrages in Frage stellen könnte. Sie haben lediglich behauptet, dass die Vertrauensschaden-Versicherungsverträge ausgehandelt worden seien. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagten damit ihrer Darlegungslast nicht genügt haben. Ein Aushandeln im Einzelnen gemäß § 1 Abs. 2 AGBG setzt voraus, dass der Verwender den Kerngehalt seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt und dem

anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen eingeräumt hat (BGH, Urteil vom 3. April 1998 - V ZR 6/97, NJW 1998, 2600 unter II 2 b). Der Vortrag der Beklagten erschöpft sich jedoch in der allgemeinen Behauptung, die Bedingungen seien zwischen der Beklagten zu 2 und den Notarkammern, zunächst repräsentiert durch die Bundesnotarkammer, ausgehandelt worden. Zu Einzelheiten hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt dieser Verhandlungen wurde nicht vorgetragen, insbesondere nicht zur Aushandlung der hier streitigen Ausschlussfrist.

26 (2) Jedoch ist § 4 Ziff. 2 AVB nicht wegen unangemessener Benachteiligung nach § 9 AGBG unwirksam.

27 (a) Das Berufungsgericht hat bei der Inhaltskontrolle der Klausel nicht berücksichtigt, dass der Versicherungsnehmer einen Entlastungsbeweis führen kann.

28 Allerdings wurde in § 4 Ziff. 2 AVB eine Ausschlussfrist und nicht eine Obliegenheit des Versicherungsnehmers vereinbart, so dass der Leistungsausschluss grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Obliegenheiten des Versicherungsnehmers, die von ihm ein bestimmtes Verhalten zur Aufklärung des Sachverhalts verlangen, unterscheiden sich von einer Befristung der Geltendmachung versicherungsvertraglicher Ansprüche. Eine Befristung bezweckt objektiv eine zeitliche Begrenzung der Leistungspflicht des Versicherers. Sie begründet nicht vorwiegend eine Verhaltensnorm für den Versicherungsnehmer, sondern zielt in erster Linie darauf, unabhängig vom Verhalten des Versicherungsnehmers die regelmäßig schwer aufklärbaren und kaum übersehbaren Spätschäden von der Deckungspflicht auszunehmen (Senatsurteile vom 24. März 1982 - IVa ZR 226/80, VersR 1982, 567 unter II 2 b; vom 15. April 1992 - IV

ZR 198/91, VersR 1992, 819 unter I 2 a; vom 2. November 1994 - IV ZR 324/93, VersR 1995, 82 unter 2 b). Auch die Vierjahresfrist für die Meldung von Schäden dient für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer erkennbar einer objektiven Risikobegrenzung. Sie schafft durch die Anknüpfung an die Verursachung des Schadens eine objektive zeitliche Grenze für die Deckungspflicht und dient ersichtlich dem Zweck, solche Schadenfälle von der Deckung auszunehmen, deren Ursache durch die mindestens vier Jahre zurückliegende Pflichtverletzung schwerer aufklärbar ist.

29 Eine Anknüpfung an die Kenntnis des Versicherungsnehmers von der Pflichtverletzung und/oder der Schadenentstehung durch eine entsprechende Anwendung des § 852 BGB a.F. scheidet aus. Die "Nachhaftungsfrist" soll erkennbar eine klare zeitliche Begrenzung der Leistungspflicht des Versicherers festlegen. Dieser Zweck würde bei einer Anknüpfung an die Kenntnis des Versicherungsnehmers oder des Geschädigten verfehlt (ebenso für § 4 Abs. 4 ARB: Senatsurteil vom 15. April 1992 aaO).

30 Ausschlussfristen in Versicherungsverträgen, die auf die Untätigkeit des Versicherungsnehmers binnen bestimmter Frist abstellen, sind jedoch nach ständiger Senatsrechtsprechung unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben im Interesse des sorgfältigen Versicherungsnehmers einschränkend auszulegen. Der Versicherer kann sich hiernach auf die Versäumung der Ausschlussfrist nicht berufen, wenn den Versicherungsnehmer an der Fristversäumung, was Letzterer zu beweisen hat, kein Verschulden trifft (zu § 12 Abs. 3 VVG: BGH, Urteil vom 8. Februar 1965 - II ZR 171/62, BGHZ 43, 235; Senatsurteil vom 9. Februar 1977 - IV ZR 25/75, VersR 1977, 442 unter II 1; zu § 4 Abs. 4 ARB:

Senatsurteil vom 15. April 1992 aaO unter II 1; zu § 18 Abs. 3 Nr. 2 AKB: Senatsurteil vom 24. März 1982 aaO unter II 2 c; zu § 7 Abschn. 1 Nr. 1 Abs. 2 AUB 88: Senatsurteil vom 19. November 1997 - IV ZR 348/96, VersR 1998, 175 unter 2 b cc; zu § 1 Abs. 3 Satz 2 BB-BUZ: Senatsurteil vom 2. November 1994 aaO unter 2 c). Anlass, von dieser Rechtsprechung für die Ausschlussfrist in den gemäß § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO abgeschlossenen Vertrauensschadenversicherungen abzuweichen, besteht nicht. Vielmehr bedarf es zum Schutz des Geschädigten, dessen Interessen die Versicherung dient, dieser Möglichkeit eines Entlastungsbeweises, zumal der Geschädigte von den Versicherungsbedingungen nicht notwendig Kenntnis hat und sich diese Kenntnis zunächst über die Notarkammer oder den Vertrauensschadenfonds verschaffen muss. In vielen Fällen wird daher die Versäumung der Ausschlussfrist nicht auf einem Verschulden des Geschädigten beruhen. Allerdings ist dem Vertrauensschadenversicherer die Berufung auf die Fristversäumnis nur dann zu versagen, wenn weder ein Verschulden der Notarkammer als Versicherungsnehmerin noch ein solches des Geschädigten, zu dessen Gunsten ihre Pflicht zur treuhänderischen Einziehung und Auskehrung besteht, vorliegt.

31 (b) Ohne einen Entlastungsbeweis in Erwägung zu ziehen, sieht ein Teil der Literatur die Ausschlussfrist als unwirksam an. Ein vollständiger Ausschluss von Spätschäden sei mit dem gesetzgeberischen Ziel, einen möglichst umfassenden, der Staatshaftung vergleichbaren Vermögensschutz zu gewährleisten, nicht in Einklang zu bringen (Brügge aaO Rn. 227; Haug, Die Amtshaftung des Notars 2. Aufl. Rn. 319).

32 Nach anderer Auffassung ist die Ausschlussfrist mit den gesetzlichen Vorgaben in § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO zu vereinbaren, da der Ge-

setzgeber hierin mit Ausnahme der Versicherungssumme und der Jahreshöchstsumme keine Vorgaben für die Ausgestaltung des Versicherungsvertrages gemacht habe (Bresgen in Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars 3. Aufl. Rn. 868 ff.; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler aaO Rn. 15; einschränkend Barchewitz, MDR 2008, 1258, 1261). Der Ausschlusstatbestand sei zudem marktüblich (Bresgen aaO).

33 (c) Unter Berücksichtigung der Möglichkeit eines Entlastungsbeweises führt die Ausschlussfrist nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung der Notarkammer i.S. von § 9 AGBG. Insbesondere wird der Zweck der Pflichtversicherung nicht gefährdet (§ 9 Abs. 2 Ziff. 2 AGBG).

34 Die Vertrauensschadenversicherungen der Notarkammern dienen in erster Linie der Schadloshaltung des Geschädigten (Senatsurteile vom 12. Dezember 1990 - IV ZR 213/89, VersR 1991, 299 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; MünchKomm-VVG/Dageförde, 1. Aufl. § 43 Rn. 21; a.A. Zimmermann, DNotZ 1982, 90, 91). 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). Mit der Ergänzung der Berufshaftpflichtversicherung durch eine Gruppenanschluss- und eine Vertrauens-

schadenversicherung wollte der Gesetzgeber den Vermögensschutz sicherstellen, den die Staatshaftung bei Amtspflichtverletzungen anderer Amtsträger schafft (Senatsurteil vom 30. September 1998 aaO).

35 Allerdings gefährdet nicht schon jede Leistungsbegrenzung den Vertragszweck. Eine Gefährdung liegt vielmehr erst dann vor, wenn mit der Begrenzung der Leistung der Vertrag ausgehöhlt werden kann und damit der Versicherungsvertrag in Bezug auf das versicherte Risiko zwecklos wird (Senatsurteil vom 19. November 1997 aaO unter 2 b aa). Bereits durch die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises werden jedoch Härtefälle, in denen die rechtzeitige Schadenmeldung unverschuldet unterblieben ist, vermieden. Die relativ lange Frist von vier Jahren begrenzt zudem das Risiko, dass im Einzelfall der Schaden erst nach Fristablauf entsteht. Zu berücksichtigen ist weiter, dass für die Meldung des Versicherungsfalles keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Insbesondere ist nach dem Vertrauensschaden-Versicherungsvertrag eine schlüssige Darstellung nicht erforderlich (Bresgen in Haug/Zimmermann aaO Rn. 859). Auch ist in der Regel eine Meldung innerhalb der Vierjahresfrist gegenüber der Notarkammer zur Fristwahrung ausreichend, da diese nach § 13 Abs. 1 Satz 1 des Statuts des Notarversicherungsfonds zur unverzüglichen Anzeige gegenüber dem Notarversicherungsfonds verpflichtet ist, sobald sich die Möglichkeit eines Vertrauensschadenfalles abzeichnet. Nach alledem ist die Gefahr von Härtefällen gering. Auf der anderen Seite wird durch die Ausschlussfrist dem Interesse des Vertrauensschadenversicherers Rechnung getragen, seine Einstandspflicht klar zu begrenzen, sich Gewissheit über seine Leistungspflicht zu verschaffen und ihn vor einer Inanspruchnahme für solche Schäden zu schützen, bei denen infolge Zeitablaufs die Aufklärung des Ursachenzusammen-

hangs und der Wissentlichkeit der Pflichtverletzung regelmäßig schwierig ist.

36 Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - ein Verschulden der Geschädigten nicht geprüft. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

37 bb) Das Berufungsgericht hätte sich darüber hinaus mit der Subsidiaritätsklausel des § 1 VI AVB auseinandersetzen müssen.

38 Gegen deren Wirksamkeit bestehen im Hinblick auf § 9 AGBG keine Bedenken. Auch die Amtshaftung für fahrlässige Amtspflichtverletzungen ist nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Entlastung des für den Amtsträger haftenden Staates (BGH, Urteil vom 12. April 1954 - GSZ 1/54, BGHZ 13, 88, 103) gegenüber anderweitigen Ersatzmöglichkeiten subsidiär. Der Zweck der Vertrauensschaden- und Gruppenanschlussversicherung, einen der Staatshaftung vergleichbaren Vermögensschutz sicherzustellen, wird bereits aus diesem Grund durch die Subsidiarität gegenüber einer Inanspruchnahme des vorsätzlich handelnden Notars nicht gefährdet. Dass der Geschädigte zur Entlastung der Gemeinschaft der die Vertrauensschadenversicherung finanzierenden Notare vorrangig den pflichtwidrig handelnden Notar in Anspruch nehmen muss, ist vielmehr angemessen und zumutbar.

39 Das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, ob eine Vollstreckung des titulierten Anspruchs der Geschädigten gegen den Notar wegen Vermögenslosigkeit oder aus anderen Gründen gescheitert ist oder nicht Erfolg versprechend war. Die Darlegungs- und Beweislast trifft grundsätzlich die Geschädigte, da das Nichtbestehen einer anderen Er-

satzmöglichkeit in § 1 VI AVB als negative Anspruchsvoraussetzung formuliert ist. Im Verhältnis zwischen den Parteien hat daher die Klägerin darzulegen und zu beweisen, dass mangels anderer Ersatzmöglichkeit zum Zeitpunkt der Vorleistung am 30. Oktober 2008 eine Leistungspflicht der Beklagten zu 2 gegenüber der Geschädigten bestand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin ihrer Darlegungslast genügt, indem sie hinreichend konkrete Umstände vorgetragen hat, aus denen auf die Vermögenslosigkeit des Notars zu schließen ist. Nach Erteilung eines Vollstreckungsauftrags zu dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Köln seien zunächst im Juni und Juli 2009 zwei Teilzahlungen geleistet worden; weitere Zahlungen habe der Notar trotz Vollstreckungsandrohung der Klägerin wegen Vermögenslosigkeit nicht erbringen können. Zum Beweis ihrer Behauptung hat sie den Notar als Zeugen benannt. Die Beklagten haben ihrerseits darauf verwiesen, dass der Notar nach wie vor seine Tätigkeit als Rechtsanwalt und Notar ausübe. Eine Beweisaufnahme zu dieser Frage wäre daher erforderlich gewesen.

40 c) Soweit die Beklagte zu 2 zum Aufwendungsersatz nach § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO verpflichtet ist, hat sie die Aufwendungen nach §§ 256, 246 BGB in Höhe von 4% zu verzinsen, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat. Im Falle eines Aufwendungsersatzanspruchs stehen der Klägerin auch Verzugszinsen gemäß §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB seit dem 11. November 2008 zu. Das an den Vertrauensschadenfonds gerichtete Schreiben vom 7. November 2008, mit dem die Klägerin die Erstattung der an die Geschädigte gezahlten Vorleistung angemahnt hat, ist als Mahnung gegenüber der Beklagten zu 2 zu werten. Das Berufungsgericht ist auf Grundlage des Vortrages der Parteien zu Recht davon ausgegangen, dass der Vertrauensschadenfonds "un-

streitig" sowohl die Notarkammer als auch den Vertrauensschadenversicherer vertritt. Die Beklagten selbst hatten unter Bezugnahme auf den Schriftwechsel zwischen der Klägerin und dem Vertrauensschadenfonds vorgetragen, dass der Vertrauensschadenfonds der Notarkammer den Vorgang federführend bearbeitet habe, und haben zu keinem Zeitpunkt dessen Empfangsbevollmächtigung für den Schriftverkehr, der den Vertrauensschadenfall betraf, beanstandet. Erstmals mit der Revisionsbegründung haben die Beklagten die Auffassung vertreten, dass die Zahlungsaufforderungen gegenüber dem Vertrauensschadenfonds "in Ermangelung einer dortigen Zahlungsverpflichtung" die Beklagte zu 2 nicht in Verzug gesetzt hätten.

41 2. Auch für die Verurteilung der Beklagten zu 1 zur treuhänderischen Einziehung und Auskehrung der Regulierungsleistung fehlen hinreichende Feststellungen des Berufungsgerichts. Der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Anspruch ist nach § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO begründet, wenn und soweit der Geschädigten zum Zeitpunkt der Vorleistung aus dem gesetzlichen Treuhandverhältnis ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1 zugestanden hat. Dies richtet sich wiederum nach der vom Berufungsgericht noch zu prüfenden Leistungspflicht der Beklagten zu 2. Dass dem Berufshaftpflichtversicherer nach erbrachter Vorleistung mit dem Anspruch gegen die Notarkammer aus § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO auf Einziehung und Auskehrung einerseits und dem Aufwendungsersatzanspruch aus § 19a Abs. 2 Satz 4 BNotO gegen den Vertrauensschadenversicherer andererseits zwei auf dasselbe wirtschaftliche Interesse gerichtete Ansprüche zustehen, ist vom Gesetzgeber gewollt, wie sich aus der ausdrücklichen Erwähnung der Notarkammer in § 19a Abs. 2 Satz 3 BNotO ergibt.

42 3. Dass die Beklagten nicht nur Zug um Zug gegen Abtretung etwaiger Ansprüche gegen andere Ersatzpflichtige verurteilt worden sind, begegnet entgegen der Auffassung der Beklagten keinen Bedenken. Die Beklagten haben sich in den Vorinstanzen gegenüber den Ansprüchen der Klägerin weder auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen noch die Abtretung von Ansprüchen gegen andere Ersatzpflichtige verlangt.

Dr. Kessal-Wulf Harsdorf-Gebhardt Dr. Karczewski

Lehmann Dr. Brockmöller

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 19.01.2010 - 2-17 O 110/09 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 14.07.2010 - 4 U 22/10 -