

# Übungsfall: Eile mit Weile – die verspätete vorläufige Amtsenthebung

Von Rechtsanwältin **Anja Mayer**, lic. en droit., Rechtsreferendar **Alexander Sperlich**, LL.M. (Cornell) Düsseldorf\*

*Die nachfolgende Falllösung behandelt im Schwerpunkt Probleme des Staatshaftungsrechts. Verletzt ein Notar vor-sätzlich seine Pflichten und führt dies zu Schäden, stellt sich regelmäßig die Frage, wer für diese einzustehen hat. Wenn der Notar selbst nicht solvent ist, kommen auch Amtshaf-tungsansprüche für eine mangelhafte staatliche Aufsicht über den Notar in Betracht. Diese anspruchsvolle Fallgestaltung beschäftigt sich mit Inhalt und Umfang von Amtspflichten an der Schnittstelle zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht, der Drittbezogenheit von Amtspflichten sowie der Subsidiarität von Amtshaftungsansprüchen. Daneben werden auch allge-meine Fragen des Schadensrechts behandelt. Aufgrund der Vielzahl unbekannter Normen und Probleme ist dieser Übungsfall als sehr schwierig einzustufen.*

## A. Sachverhalt<sup>1</sup>

Die Geschäfte des Düsseldorfer Notars Josef Nollmann (N) laufen schlecht. Er braucht dringend einige lukrative Aufträge. Da kommt es wie gerufen, dass sein alter Freund Willi Fuchs (F) ebenso dringend Geld braucht. F hatte schon vor einiger Zeit sein Gespür dafür bewiesen, neue Geldströme zu erschließen: Er hatte es nach historischem Vorbild ohne juristisches Staatsexamen<sup>2</sup> als Prominentenanwalt „Dr. Neu“ zu einigem Vermögen gebracht. Mit diesem erwarb „Dr. Neu“ alias F unter anderem drei Grundstücke (X, Y und Z) in der Umgebung, die er aber nahezu vollständig mit durch erstrangige Hypotheken gesicherten Darlehen finanzierte. Da sein aufwendiger Lebensstil jedoch Unsummen verschlang, wurde das Geld im Laufe der Zeit wieder knapper.

F will daher aus den drei Grundstücken Geld ziehen. Hierfür braucht er allerdings die Mithilfe des N. Dieser ist in Anbetracht seiner Geldnot gern zur Hilfe bereit. Anfang Februar wendet sich N im Namen des F an die B-Bank (B) in Düsseldorf und beantragt ein Darlehen in Höhe von EUR 1 Million. Als Sicherheit bietet er die Eintragung einer erstrangigen Hypothek an dem Grundstück X zugunsten der B an. B ist einverstanden. N erstellt am 21. Februar die Urkunde über die Bestellung der Hypothek. Zusätzlich bestätigt er entgegen den Angaben im Grundbuch die Erstrangigkeit der Hypothek. Beide Urkunden versieht er mit seinem Siegel und versendet sie an die B. Die B zahlt daraufhin am 22. Februar die Darlehenssumme an N aus, ohne sich einen aktuellen Grundbuchauszug vorlegen zu lassen. N leitet das Geld an F weiter, der es verschwenderisch ausgibt.

Auf Grund einer Beschwerde der G-Bank AG über die Amtsführung des N in einer anderen Angelegenheit findet am 22. Februar eine Überprüfung der Amtsgeschäfte des N durch einen Revisor des Landgerichts (LG) Düsseldorf statt. Auf dessen Nachfragen gesteht N, dass ein auf einem seiner Treuhandkonten befindlicher Darlehensbetrag der G-Bank in Höhe von EUR 2 Millionen verschwunden ist, nachdem er dem F unterschriebene Blanko-Überweisungsträger für dieses Konto zur Verfügung gestellt hatte. Auch über den Verbleib anderer Geldbeträge kann N keine Auskunft geben. Zudem ist die Aktenführung des N lückenhaft. Der Revisor erstattet noch am selben Tag dem Präsidenten des LG Düsseldorf Bericht. Am 27. Februar berichtet dieser dem Präsidenten des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf davon und regt an, N vorläufig des Amtes zu entheben. Am 5. März bittet der Präsident des OLG um eine Stellungnahme der Notarkammer.

In der Folgezeit allerdings tritt N im Auftrag des F erneut an die B heran, die von der Überprüfung des N nichts weiß. Unter der gleichen Vorgehensweise soll N ein weiteres Darlehen in Höhe von EUR 3 Millionen für F gegen Eintragung einer erstrangigen Hypothek am Grundstück Y als Sicherheit erhalten. Nachdem N die Bestätigung über die Erstrangigkeit der Hypothek am 18. März vorgelegt hat, wird der Betrag am 22. März, ohne Vorlage eines aktuellen Grundbuchauszugs und trotz der negativen Bonitätsmitteilung einer Kreditauskunftei, von B an N ausgezahlt. Auch diese EUR 3 Millionen werden nach Weiterleitung an F von diesem alsbald verbraucht.

Am 25. März spricht sich die Notarkammer für die Amtsenthebung des N aus. Daraufhin enthebt der Präsident des OLG am 4. April N vorläufig seines Amtes. Die Amtsenthebung wird am 10. April wirksam. Das Siegel des N wird daraufhin eingezogen.

Im folgenden Oktober wiederholt sich das Ganze ein drittes Mal. Gegen Sicherung durch eine erstrangige Hypothek am Grundstück Z gewährt die B, die nichts von der Amtsenthebung des N weiß, ein weiteres Darlehen in Höhe von EUR 1 Million. Diesmal fabriziert N – in Ermangelung seines eingezogenen Siegels – die Hypothekenbestellungsurkunde sowie die Rangbestätigung mit Hilfe von Siegeln, die er von alten Urkunden ablöst. Die Idee dazu stammt von F, der die Alturkunden aufgrund früherer Transaktionen mit N besitzt, und diese dem N zur „Wiederverwendung“ der Siegel zur Verfügung stellt. Erneut vertraut die B allein der Rangbestätigung. Der von N an F weitergeleitete Betrag wird alsbald von diesem verbraucht.

Als F kurze Zeit später nicht mit der vertraglich vorgesehenen Tilgung der drei Darlehen beginnt, erfährt die B von dem ganzen Schwindel. Sie kündigt die Darlehen und versucht erfolglos gegen die mittellosen F und N vorzugehen. Auch die Hypotheken sind wertlos: Für die Grundstücke X und Y stehen sie nur im zweiten Rang, beide Grundstücke sind bereits durch die erstrangig gesicherten Hypotheken vollständig verwertet worden. Für das Grundstück Z wurde mangels wirksamer Beurkundung der Bestellungsurkunde

\* Anja Mayer ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Clifford Chance im Bereich Litigation & Dispute Resolution in Düsseldorf, Alexander Sperlich war dort wissenschaftlicher Mitarbeiter und ist derzeit Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt ist an eine tatsächliche Begebenheit angelehnt.

<sup>2</sup> Gaserow, Die Zeit Nr. 22/1998, Zeitmagazin.

überhaupt keine Hypothek zugunsten der B eingetragen. Daraufhin versucht die B zu retten, was zu retten ist. Sie erhebt wegen des Ausfalls der drei Darlehen Klage vor dem Landgericht Düsseldorf gegen das Land Nordrhein-Westfalen auf Schadensersatz in Höhe von EUR 5 Millionen wegen mangelhafter Dienstaufsicht durch verspätete Amtsenthebung des N.

Hat die Klage der B gegen das Land Nordrhein-Westfalen Aussicht auf Erfolg?

### B. Bearbeitervermerk

Auf die Bedeutung von Ansprüchen gegen den Vertrauensschadensfond nach § 67 Abs. 4 Nr. 3 Bundesnotarordnung (BNotO) soll nicht eingegangen werden. Es soll davon ausgegangen werden, dass eine endgültige Amtsenthebung nach § 50 BNotO in der Kürze der Zeit nicht durchführbar gewesen wäre. Zudem besteht keine Deckung für wissentliche Amtspflichtverletzungen durch den Notar im Rahmen der Haftpflichtversicherung nach § 19a BNotO, die Haftung der Versicherung nach § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO ist auf die Mindestsumme beschränkt. Auf folgende Vorschriften der BNotO und der Allgemeinverfügung des Justizministeriums Nordrhein-Westfalen über die Angelegenheiten der Notarinnen und Notare (AVNot NRW) wird hingewiesen:

### Bundesnotarordnung

#### § 19 (Auszug)

(1) <sup>1</sup>Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er diesem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. <sup>2</sup>Fällt dem Notar nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag; das gilt jedoch nicht bei Amtsgeschäften der in §§ 23, 24 bezeichneten Art im Verhältnis zwischen dem Notar und dem Auftraggeber. <sup>3</sup>Im übrigen sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Schadensersatzpflicht im Fall einer von einem Beamten begangenen Amtspflichtverletzung entsprechend anwendbar. <sup>4</sup>Eine Haftung des Staates an Stelle des Notars besteht nicht.

#### § 19a (Auszug)

(1) <sup>1</sup>Der Notar ist verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten [...]

(2) Vom Versicherungsschutz können ausgeschlossen werden

1. Ersatzansprüche wegen wissentlicher Pflichtverletzung

#### § 50 (Auszug)

(1) Der Notar ist seines Amtes zu entheben,

8. wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse, die Art seiner Wirtschaftsführung oder der Durchführung von Verwahrungsgeschäften die Interessen der Rechtssuchenden gefährden;

(3) <sup>1</sup>Die Amtsenthebung geschieht durch die Landesjustizverwaltung nach Anhörung der Notarkammer. <sup>2</sup>Der Notar ist vorher zu hören. [...]

#### § 54 (Auszug)

(1) Der Notar kann von der Aufsichtsbehörde vorläufig seines Amtes enthoben werden,

1. wenn sie die Voraussetzungen des § 50 für gegeben hält;

#### § 55 (Auszug)

(1) <sup>1</sup>Im Fall der vorläufigen Amtsenthebung hat das Amtsgericht, wenn dem Notar kein Vertreter bestellt ist, seine Akten und Bücher sowie Siegel, Stempel und Amtsschild für die Dauer der vorläufigen Amtsenthebung in Verwahrung zu nehmen. [...]

#### § 67 (Auszug)

(3) Außer den der Notarkammer durch Gesetz zugewiesenen Aufgaben obliegt ihr,

1. Versicherungsverträge zur Ergänzung der Haftpflichtversicherung nach § 19a abzuschließen, um auch Gefahren aus solchen Pflichtverletzungen zu versichern, die nicht durch Versicherungsverträge nach § 19a gedeckt sind, [...] oder weil sie als vorsätzliche Handlungen durch die allgemeinen Versicherungsbedingungen vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind. Für diese Versicherungsverträge gilt, dass die Versicherungssumme für jeden versicherten Notar und für jeden Versicherungsfall mindestens 250.000 Euro für Schäden aus wissentlichen Pflichtverletzungen [...] betragen muss

#### § 92

Das Recht der Aufsicht steht zu

1. dem Präsidenten des Landgerichts über die Notare und Notarassessoren des Landgerichtsbezirks
2. dem Präsidenten des Oberlandesgerichts über die Notare und Notarassessoren des Oberlandesgerichtsbezirks
3. der Landesjustizverwaltung über sämtliche Notare und Notarassessoren des Landes.

#### § 93 (Auszug)

(1) <sup>1</sup>Den Aufsichtsbehörden obliegt die regelmäßige Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare und des Dienstes der Notarassessoren.

(2) <sup>1</sup>Gegenstand der Prüfung ist die ordnungsmäßige Erledigung der Amtsgeschäfte des Notars.

### AVNot NRW

#### § 37 (Auszug)

(1) <sup>1</sup>Zur vorläufigen Amtsenthebung (§ 54 BNotO) sind die Präsidentinnen oder Präsidenten der Oberlandesgerichte zuständig. <sup>2</sup>Sie sollen vor der Entscheidung die Notarkammer hören. [...]

### Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen

#### § 57 (Auszug)

(1) <sup>1</sup>Die Landesregierung vertritt das Land Nordrhein-Westfalen nach außen. <sup>2</sup>Sie kann diese Befugnis auf den Ministerpräsidenten, auf ein anderes Mitglied der Landesregierung oder auf nachgeordnete Stellen übertragen.

## Anordnung über die Vertretung des Landes Nordrhein-Westfalen im Geschäftsbereich des Justizministeriums (VertretungsO JM NRW)

### A. Vertretung (Auszug)

Das Land Nordrhein-Westfalen wird, wenn nicht durch Gesetz oder Verordnung etwas anderes bestimmt ist, im Geschäftsbereich des Justizministeriums nach Maßgabe der folgenden Regelung vertreten:

#### I. Vertretung in gerichtlichen Verfahren

##### 1. Allgemeine Bestimmungen

In gerichtlichen Verfahren wird das Land – vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen nach Nr. 2 – jeweils für ihren Geschäftsbereich vertreten durch [...]

c) die Präsidentinnen, die Präsidenten der Oberlandesgerichte; vor den ordentlichen Gerichten jedoch an ihrer Stelle durch die Generalstaatsanwältin oder den Generalstaatsanwalt bei dem jeweiligen Oberlandesgericht, das sachlich zuständig ist,

### C. Lösungsvorschlag

Die Klage der B hat Aussicht auf Erfolg, wenn ihre Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet ist.

#### I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

##### 1. Rechtswegeröffnung

Möglicherweise ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich der Rechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Außerdem dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung zu einer anderen Gerichtsbarkeit bestehen.

##### a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn sich das Begehren des Klägers als unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts darstellt, sich der zugrundeliegende Sachverhalt also nach einer Norm beurteilt, die öffentlich-rechtlich ist.<sup>3</sup> B macht einen Schadensersatzanspruch aus Staatshaftung für eine mangelnde Dienstaufsicht über den Notar N geltend. Streitentscheidende Normen sind § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Eine Norm ist dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie auf einer Seite ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet (Sonderrechtstheorie).<sup>4</sup> § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verpflichtet infolge der durch Art. 34 GG bewirkten Haftungsüberleitung den Staat. Hier geht es um die Verletzung der Dienstaufsichtspflicht des Staates über Notare. Diese Pflicht trägt dafür Sorge, dass die Notare das ihnen übertragene öffentliche Amt ordnungsgemäß

erfüllen.<sup>5</sup> Sie ist mithin öffentlich-rechtlich. Folglich sind auch die Normen, die für ihre Verletzung Rechtsfolgen vorsehen und die nach ihnen zu beurteilende vorliegende Streitigkeit öffentlich-rechtlich.

##### b) Nichtverfassungsrechtlicher Art

Die Streitigkeit muss nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Nach herrschender Ansicht ist eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art, wenn Verfassungsrechtssubjekte um materielles Verfassungsrecht streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).<sup>6</sup> Die genaue Abgrenzung dieses Kriteriums im Einzelnen ist umstritten.<sup>7</sup> Hier stehen sich jedenfalls keine Verfassungsrechtssubjekte gegenüber, so dass die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist.

##### c) Keine abdrängende Sonderzuweisung

Gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 Var. 3 VwGO könnte die Streitigkeit durch eine abdrängende Sonderzuweisung der Verwaltungsgerichtsbarkeit entzogen sein. Danach ist für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Die B macht Schadensersatz wegen der Verletzung der öffentlich-rechtlichen Pflicht, die Dienstaufsicht über die Notare ordnungsgemäß auszuüben, geltend. Daher ist hier abweichend von § 40 Abs. 1 VwGO der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Dies korrespondiert mit Art. 34 S. 3 GG, der für Amtshaftungsklagen den Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs verbietet.

##### d) Ergebnis

Für die Klage der B ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet.

#### 2. Zuständigkeit des Gerichts

##### a) Sachliche Zuständigkeit

Nach § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG ist das Landgericht für Ansprüche gegen Beamte wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen sachlich ausschließlich zuständig.

##### b) Örtliche Zuständigkeit

Der allgemeine Gerichtsstand des Landes Nordrhein-Westfalen gemäß § 18 ZPO richtet sich nach dem Sitz der vertretungsberechtigten Behörde. Grundsätzlich wird das Land Nordrhein-Westfalen gemäß § 57 S. 1 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen<sup>8</sup> (Land NRW) durch die Landesregierung, diese durch den Ministerpräsidenten und dieser wiederum durch den jeweils zuständigen Ressortminister ver-

<sup>3</sup> Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 15. Aufl. 2007, § 40 Rn. 6; Rennert, in: Eyermann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 40 Rn. 31.

<sup>4</sup> Kopp/Schenke (Fn. 3), § 40 Rn. 7; Rennert (Fn. 3), § 40 Rn. 44; GmSOGB BGHZ 108, 284 (287).

<sup>5</sup> Lemke, in: Schippel/Bracker (Hrsg.), Bundesnotarordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2006, § 92 Rn. 1.

<sup>6</sup> Z.B. von Nicolai, in: Redeker/von Oertzen (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 14. Aufl. 2004, § 40 Rn. 3, Kopp/Schenke (Fn. 3), § 40 Rn. 32 m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. Rennert (Fn. 3), § 40 Rn. 21.

<sup>8</sup> GV NRW 1950, S. 127.

treten. Gemäß Art. 1c) VertretungsO JM NRW<sup>9</sup> wird das Land NRW im Ressort des Justizministeriums im Geschäftsbereich der Präsidenten der Oberlandesgerichte vor den ordentlichen Gerichten durch den Generalstaatsanwalt bei dem Oberlandesgericht, das sachlich zuständig ist, vertreten. Da die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts nur nach dem für die Ansprüche aus Amtspflichtverletzung örtlich ausschließlich zuständigen Landgericht bestimmt werden kann, ist die Zuständigkeitsbestimmung in diesem Fall zirkulär. Der Zirkelschluss ließe sich auf verschiedene Arten lösen. Zum einen könnte auf den Sitz der Landesregierung als hierarchisch höher gelegener vertretungsberechtigter Behörde abgestellt werden. Deren Sitz liegt in Düsseldorf. Zum anderen könnte auf die örtliche Zuständigkeit für die geltend gemachte Verletzung der deliktischen Amtspflichten abgestellt werden. B macht eine Verletzung der Dienstaufsicht über den Düsseldorfer Notar N durch den Präsidenten des OLG Düsseldorf zu ihrem Nachteil geltend. Die Pflicht wurde mithin in Düsseldorf verletzt. Auch der Schaden trat am Sitz der B in Düsseldorf ein. Damit hat sich der Vorfall vollständig im Gerichtsbezirk des OLG Düsseldorf zugetragen. Einer Streitentscheidung bedarf es daher nicht. Jedenfalls ist das Landgericht Düsseldorf örtlich zuständig.

### 3. Partei- und Prozessfähigkeit

B ist nach § 50 Abs. 1 ZPO, § 1 Abs. 1 S. 1 AktG parteifähig und wird durch ihren Vorstand vertreten, § 78 Abs. 1 AktG. Das beklagte Land ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts nach § 50 Abs. 1 ZPO parteifähig und wird gemäß Art. 1c) VertretungsO JM NW durch den Generalstaatsanwalt beim OLG Düsseldorf vertreten.<sup>10</sup>

### 4. Ergebnis

Alle Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. Die Klage vor dem Landgericht Düsseldorf ist damit zulässig.

## II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn B ein Anspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gegen das Land Nordrhein-Westfalen zusteht.

Dies ist der Fall, wenn jemand, für den das Land NRW haftungsrechtlich einzustehen hat, in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes eine ihm gegenüber der B als Dritter obliegende Amtspflicht verletzt hat, der B hierdurch ein Schaden entstanden und der Anspruch nicht nach § 839 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 3 BGB ausgeschlossen ist. Ein solcher Anspruch könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass der Präsident des Oberlandesgerichts Düsseldorf den N nicht sofort vorläufig des Amtes enthob, sondern hiermit mehrere Wochen zuwartete.

### 1. Passivlegitimation des Landes Nordrhein-Westfalen

Gemäß Art. 34 S. 1 GG wird die Haftung des pflichtwidrig handelnden Amtsträgers auf die Körperschaft übergeleitet, in deren Dienst dieser steht. Dies ist die Körperschaft, die den Amtsträger angestellt hat und ihn besoldet (Anstellungstheorie).<sup>11</sup> Der Präsident des OLG Düsseldorf ist vom Land NRW angestellt und wird von diesem besoldet. Daher geht die Haftung für Amtspflichtverletzungen des Präsidenten des OLG Düsseldorf nach Art. 34 S. 1 GG auf das Land NRW über. Das Land NRW ist folglich für die Klage der B passivlegitimiert.

### 2. Handeln in Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes

Der Präsident des OLG Düsseldorf müsste in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt haben. Ihm ist nach § 92 BNotO die Dienstaufsicht über die Notare, die gemäß § 1 BNotO Träger eines öffentlichen Amtes sind, anvertraut. Damit stellt auch die Aufsicht über die Notare ein öffentliches Amt dar. Die verspätete Amtsenthebung des N fand in Ausübung der Dienstaufsicht statt und nicht nur bei Gelegenheit.

### 3. Amtspflichtverletzung

Fraglich ist, ob der Präsident des OLG Düsseldorf durch die verspätete Amtsenthebung des N eine Amtspflicht verletzt hat.

#### a) Vorläufige Amtsenthebung als Amtspflicht

Jede persönliche Verhaltenspflicht eines Amtsträgers bezüglich seiner Amtsführung stellt eine Amtspflicht dar.<sup>12</sup> Daher müsste dem Gerichtspräsidenten im Rahmen der Dienstaufsicht zunächst die Pflicht obliegen, den N sofort vorläufig seines Amtes zu entheben. Innenrechtlich ist er gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 AVNot NRW i.V.m. § 92 Abs. 2 BNotO für die vorläufige Amtsenthebung zuständig. Darüber hinaus müsste gemäß § 50 BNotO ein Amtsenthebungsgrund vorgelegen haben, der ihn auch zur sofortigen vorläufigen Amtsenthebung gemäß § 54 BNotO verpflichtet hätte.

#### aa) Amtsenthebungsgrund

Nach § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO ist ein Notar seines Amtes zu entheben, wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse, die Art seiner Wirtschaftsführung oder der Durchführung von Verwahrungsgeschäften die Interessen der Rechtssuchenden gefährden. Ein typisches Verwahrungsgeschäft ist die Verwahrung fremder Gelder als Treuhänder. Hier könnte die Art und Weise wie N mit den Geldern der G-Bank umgegangen ist, die Interessen der Rechtssuchenden gefährdet haben.

Für den Notar besteht eine grundlegende Pflicht, Verwahrungsgeschäfte äußerst sorgfältig und genau durchzuführen.<sup>13</sup> Begründet der Umgang mit fremden Treuhandgeldern erheb-

<sup>9</sup> Ausführungsvorschrift des Justizministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 25. April 2000, 5002 – I B. 10.

<sup>10</sup> Vgl. oben unter I. 2. b).

<sup>11</sup> *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 361; *Reinert*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, 8. Edition 2007, § 839 Rn. 104.

<sup>12</sup> *Sprau*, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 839 Rn. 31.

<sup>13</sup> *Püls*, in: Schippel/Bracker (Fn. 5), § 50 Rn. 33.

liche Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Notars, so reicht dies für eine Gefährdung der Interessen der Rechtssuchenden aus.<sup>14</sup> Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn weisungswidrig über Fremdgelder verfügt wird.<sup>15</sup> Auch die Ausstellung von Blankoschecks und -überweisungsträgern an Dritte, ohne deren weitere Benutzung zu überwachen, stellt eine Interessengefährdung der Rechtssuchenden dar, da zwangsläufig die Verletzung von Treuhandaufgaben die Folge sein kann.<sup>16</sup>

Der Revisor des Landgerichts Düsseldorf stellte bei N fest, dass dieser dem F Blanko-Überweisungsträger für ein Treuhandkonto ausgestellt hatte und dadurch treuhänderisch verwahrte Gelder in Höhe von EUR 2 Millionen verschwunden waren. Somit lag nicht nur eine bloße Gefährdung der Rechtssuchenden vor, sondern war bereits ein tatsächlicher Schaden bei diesen eingetreten. Darüber hinaus sind auch andere Geldbeträge, die dem N anvertraut waren, verschwunden. Dies zeigt, dass die Art der Durchführung der Verwahrungsgeschäfte durch B die Interessen der Rechtssuchenden erheblich gefährdete. Ein Amtsenthebungsgrund lag damit vor.

*bb) Voraussetzungen der vorläufigen Amtsenthebung*

Der Amtsenthebungsgrund müsste auch eine vorläufige Amtsenthebung des N rechtfertigen. Gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 BNotO kann ein Notar vorläufig seines Amtes enthoben werden, wenn ein Amtsenthebungsgrund nach § 50 BNotO vorliegt. Dies ist hier der Fall. Da jedoch die vorläufige Amtsenthebung auf das Verfahren nach § 50 Abs. 3 BNotO verzichtet, bedarf sie einer weiteren Rechtfertigung. Mangels einer konkreten Regelung der Voraussetzungen für die vorläufige Amtsenthebung in der BNotO wendet die Rechtsprechung die zu § 150 BRAO entwickelten Grundsätze entsprechend an.<sup>17</sup> Die vorläufige Amtsenthebung ist mithin zulässig, wenn mit einer dauernden oder zeitlich begrenzten Amtsenthebung in der Hauptsache zu rechnen ist; zudem muss die Maßnahme zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter vor konkreten Gefahren geboten sein und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.<sup>18</sup> Verstöße gegen Treuhandaufgaben sind für die Entscheidung über eine dauerhafte Amtsenthebung von besonderem Gewicht.<sup>19</sup> Verstößt ein Notar mehrfach gegen Treuhandaufgaben, so besteht nämlich die Gefahr, dass er dies auch künftig tun wird und dadurch Treugebern erhebliche Schäden zufügt.<sup>20</sup> Zudem wird durch ein derartiges Verhalten des Notars das Vertrauen der Bevölkerung in das wichtige Gemeinschaftsgut der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege erschüttert.<sup>21</sup> Je schwerer das Fehlverhalten des Notars gewesen ist, desto eher kann auch die Verhältnismäßigkeit der vorläufigen Amtsenthebung be-

jaht werden.<sup>22</sup> Ein mögliches Verschulden ist dabei nicht zu berücksichtigen, da die vorläufige Amtsenthebung eine rein präventive Maßnahme zum Schutz des Rechtsverkehrs darstellt.<sup>23</sup>

N hat hier gegen Treuhandaufgaben verstoßen und damit der G-Bank und anderen erhebliche Schäden zugefügt. Daher lag bereits ein Grund für eine endgültige Amtsenthebung des N vor. Das Verhalten des N war auch geeignet, das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege zu erschüttern. Schließlich bestand zu befürchten, dass F immer noch im Besitz von Blanko-Überweisungsträgern für das betroffene Konto des N war. Dadurch bestand die konkrete Gefahr weiterer Schäden. Damit bestanden auch unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit keine Bedenken gegen eine vorläufige Amtsenthebung des N, deren Voraussetzungen damit vorlagen.

*cc) Pflicht zur vorläufigen Amtsenthebung*

Fraglich ist allerdings, ob auch eine *Pflicht* bestand, N vorläufig des Amtes zu entheben. § 54 Abs. 1 BNotO stellt die Entscheidung über die vorläufige Amtsenthebung durch die Verwendung des Wortes „kann“ in das Ermessen der Aufsichtsbehörde. Vorliegend könnte dieses Ermessen jedoch auf Null reduziert worden sein, so dass sogar eine Pflicht zur vorläufigen Amtsenthebung bestand. Eine Ermessensreduzierung auf Null liegt dann vor, wenn von den eingeräumten Handlungsmöglichkeiten alle bis auf eine ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig wären.<sup>24</sup>

Aufgrund der Ermittlungen des Revisors des Landgerichts Düsseldorf und des Geständnisses des N bestanden keine Zweifel daran, dass der Amtsenthebungsgrund des § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO vorliegt. Damit bestand nicht nur ein bloßer Verdacht gegen N, sondern die konkrete Gefahr weiterer erheblicher Schäden. Wie der zwingende Charakter des § 50 Abs. 1 BNotO zeigt, der – anders als § 54 Abs. 1 BNotO – den Aufsichtsbehörden keinen Ermessensspielraum lässt, war nur die Entscheidung, N vorläufig des Amtes zu entheben, richtig. Das Ermessen der Aufsichtsbehörden, einen Notar in einem solchen Fall des Amtes zu entheben, ist daher auf Null reduziert. Damit bestand eine Pflicht zur vorläufigen Amtsenthebung des N.

*dd) Ergebnis*

Es bestand für den Präsidenten des OLG Düsseldorf eine Amtspflicht, N vorläufig des Amtes zu entheben.

*b) Verletzung der Amtspflicht*

Fraglich ist, ob trotz der am 4. April ausgesprochenen vorläufigen Amtsenthebung eine Amtspflichtverletzung vorliegt. Die Verletzung der Amtspflicht kann sowohl in der Vornahme einer unzulässigen Handlung als auch im Unterlassen

<sup>14</sup> BGH DNotZ 1991, 94.

<sup>15</sup> OLG Schleswig DNotZ 1999, 726 (729).

<sup>16</sup> BGH DNotZ 1986, 310 (311).

<sup>17</sup> Bracker, in: Schippel/Bracker (Fn. 5), § 54 Rn. 6.

<sup>18</sup> OLG Schleswig DNotZ 1999, 726 (728).

<sup>19</sup> BGHZ 135, 354 (364).

<sup>20</sup> OLG Schleswig DNotZ 1999, 726 (729).

<sup>21</sup> OLG Schleswig DNotZ 1999, 726 (729).

<sup>22</sup> BGH DNotZ 1985, 487 (488 f.).

<sup>23</sup> Bracker (Fn. 17), § 54 Rn. 7.

<sup>24</sup> Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Aufl. 2001, § 40 Rn. 56.

einer gebotenen Handlung liegen.<sup>25</sup> Sie liegt insbesondere auch dann vor, wenn der Präsident des OLG Düsseldorf die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschritten hat.<sup>26</sup> Hier könnte eine Amtspflichtverletzung darin liegen, dass der Präsident des OLG Düsseldorf es unterlassen hat, die Amtsenthebung unverzüglich auszusprechen, sondern vielmehr vorher die Notarkammer um Stellungnahme bat. Zunächst dauerte es nach der Revision vom 22. Februar bereits fünf Tage, bis der Bericht des Revisors mit der Empfehlung des Präsidenten des LG Düsseldorf an den Präsidenten des OLG Düsseldorf weitergeleitet wurde. Der Präsident des OLG leitete den Bericht mit der Bitte um Stellungnahme nach weiteren sechs Tagen an die Notarkammer weiter. Die Stellungnahme der Notarkammer traf erst drei Wochen später, am 25. März, beim Präsidenten des OLG Düsseldorf ein. Schließlich dauerte es noch einmal zehn Tage, bis die vorläufige Amtsenthebung endlich ausgesprochen wurde.

Gemäß § 37 Abs. 1 S. 2 AVNot NRW „soll“ die Notarkammer angehört werden. Damit handelt es sich bei der Frage, welches Verfahren zur vorläufigen Amtsenthebung angewendet wird, ebenso wie bei der Frage nach dem „Ob“ und „Wann“ der Amtsenthebung, um eine Entscheidung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens. Da das Ermessen rechtsfehlerfrei auszuüben ist und die fehlerhafte Ausübung des Ermessens der gerichtlichen Kontrolle unterliegt (vgl. § 114 VwGO), kommt eine von den Zivilgerichten zu überprüfende Amtspflichtverletzung dann in Betracht, wenn die Grenzen des fehlerfreien Ermessens überschritten werden.<sup>27</sup> Hier könnte das Ermessen des OLG-Präsidenten, N unverzüglich des Amtes zu entheben, auf Null reduziert gewesen sein.

Die Anhörung der Notarkammer nach § 37 Abs. 1 S. 2 AVNot NRW stellt den Regelfall dar. Sie ermöglicht die Nutzung des bei der Notarkammer konzentrierten Sachverständnisses in notariellen Fragen und ermöglicht u.a. die Einbeziehung von Umständen, die nur der Kammer aus Beschwerdevorgängen bekannt sind. Unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hätte aber von diesem Verfahren abgewichen werden müssen, wenn durch eine Beteiligung der Notarkammer der Zweck der vorläufigen Maßnahme gefährdet würde.<sup>28</sup> Die Überprüfung Ns als auch dessen Geständnis belegten deutlich, dass N nachlässig, eventuell sogar in strafrechtlich relevanter Weise mit Fremdgeldern umgeht. Durch die Aushändigung der Blankoüberweisungsaufträge an F hatte N diesem eine nicht kontrollierbare Verfügungsmöglichkeit für ein Treuhandkonto eingeräumt, von dem bereits mehrfach Gelder verschwunden waren. Aufgrund der Höhe der verschwundenen Beträge und der Möglichkeit, dass sich ähnliche Vorfälle auch in Zukunft wiederholen könnten, war die dem rechtsuchenden Publikum drohende Gefahr als sehr hoch einzuschätzen. Aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht lagen daher bereits zum Zeitpunkt der Berichterstattung des Revisors an das LG Düsseldorf gravierende notarielle Pflichtverlet-

zungen des N vor. Aufgrund der mit diesen Pflichtverletzungen einhergehenden Gefahr des Eintritts weiterer Schäden war eine Amtsenthebung des N äußerst eilbedürftig und daher unverzüglich durchzuführen.<sup>29</sup> Eine vorherige Anhörung des N war nach § 54 BNotO nicht erforderlich. Selbst wenn man diese aufgrund einer entsprechenden Anwendung von Art. 103 Abs. 1 GG bzw. des Rechtsgedankens des Art. 6 Abs. 1 EMRK und der besonderen Bedeutung der Berufsfreiheit grundsätzlich für geboten hält, hätte sie wegen der Eilbedürftigkeit nachträglich erfolgen können und müssen. Anderenfalls wäre der Zweck der Entscheidung gefährdet gewesen.<sup>30</sup> Das Ermessen des OLG-Präsidenten hinsichtlich des Verfahrens war daher auf Null reduziert. Er hätte auf die Anhörung der Notarkammer verzichten und N unverzüglich des Amtes entheben müssen. Selbst wenn man annimmt, dass die Weiterleitung des Berichts durch den Präsidenten des LG Düsseldorf an den Präsidenten des OLG Düsseldorf angemessen schnell erfolgte, so hätte die vorläufige Amtsenthebung deutlich eher, namentlich in der ersten Märzhälfte erfolgen müssen. Durch die Unterlassung der rechtzeitigen Amtsenthebung hat der Präsident des OLG Düsseldorf somit seine Amtspflicht verletzt.

#### c) Ergebnis

Eine Amtspflichtverletzung durch den Präsidenten des OLG Düsseldorf liegt vor.

#### 4. Drittbezogenheit der verletzten Amtspflicht

Um nicht jede Amtspflichtverletzung dem Amtshaftungsanspruch zu unterstellen, begrenzen § 839 Abs. 1 S. 1 BGB und Art. 34 S. 1 GG den Anspruch auf die Verletzung von Amtspflichten, die dem Amtsträger einem Dritten gegenüber obliegen.<sup>31</sup> Die Amtspflicht des OLG-Präsidenten müsste diesem daher auch gegenüber der B obliegen haben.

Die staatliche Aufsicht dient grundsätzlich zunächst den Interessen der Allgemeinheit und des Staates.<sup>32</sup> Staatlichen Behörden obliegen daher prinzipiell bei der Ausübung der Dienstaufsicht keine Amtspflichten gegenüber dritten Personen.<sup>33</sup> Auch die tatsächliche Beeinträchtigung von Drittinteressen durch die Amtshandlung oder ihre Unterlassung begründet nur dann eine Haftung, wenn die Amtspflicht auch gerade diesen dritten Personen gegenüber bestand. Diese Grundsätze gelten auch für die staatliche Dienstaufsicht über die Notare.<sup>34</sup> Möglicherweise ist hier aber aufgrund einer besonderen Beziehung zwischen der Amtspflicht und den Interessen der B eine Ausnahme geboten. Ist nämlich eine Amtshandlung mit den Interessen einzelner Betroffener oder eines bestimmten Personenkreises dergestalt verknüpft, dass ihr überwiegender Zweck nicht mehr bloß die Wahrung der

<sup>25</sup> *Sprau* (Fn. 12), § 839 Rn. 31.

<sup>26</sup> Vgl. *Sachs* (Fn. 24), § 40 Rn. 55.

<sup>27</sup> BGH NJW 1979, 1354 (1356).

<sup>28</sup> OLG Hamm, Urt. v. 21. März 2003 – 11 U 121/02 (unveröffentlicht).

<sup>29</sup> OLG Hamm, Urt. v. 21. März 2003 – 11 U 121/02.

<sup>30</sup> OLG Hamm, Urt. v. 21. März 2003 – 11 U 121/02.

<sup>31</sup> *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 2. Teil III. 3. a).

<sup>32</sup> BGHZ 35, 44 (46); *Reinert* (Fn. 11), § 839 Rn. 65.

<sup>33</sup> BGHZ 35, 44 (46).

<sup>34</sup> BGHZ 35, 44 (49).

Interessen der Allgemeinheit ist, so ergibt sich eine Drittbegrenztheit der Amtspflicht.<sup>35</sup> Eine Amtsenthebung gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO verfolgt ausdrücklich schon nach dem Wortlaut der Vorschrift den Zweck, die Interessen der Rechtssuchenden zu schützen, die sich in ihren Angelegenheiten an einen Notar wenden. Da der Notar gegenüber dem rechtssuchenden Publikum ein erhebliches Vertrauen genießt und er mit für den Einzelnen bedeutenden Vermögensangelegenheiten betraut wird, schützt die Aufsichtspflicht die Interessen der Rechtssuchenden. Sie ist damit ausnahmsweise als drittbeschützend einzuordnen.<sup>36</sup> Zum geschützten Personenkreis gehört auch die B, die sich in ihren vermögensrechtlichen Angelegenheiten auf die neutrale Vertrauensstellung des N verlassen hat.

Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt die Amtspflicht zur Amtsenthebung des N gegenüber der B entstand. Dieser ist grundsätzlich dann gekommen, wenn die Voraussetzungen der Amtsenthebung nach § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO feststehen oder wenn die Behörde einen Verdacht von gewisser Stärke hegt, dass diese vorliegen.<sup>37</sup> Dem Präsidenten des Oberlandesgerichts Düsseldorf wurde am 27. Februar, d.h. fünf Tage nach der Prüfung durch den Revisor, der Bericht des Revisors vorgelegt. Ab diesem Zeitpunkt wusste er, dass die Gründe für eine zwingende Amtsenthebung nach § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO vorlagen. Daher bestand die Amtspflicht zur vorläufigen Amtsenthebung des B von diesem Zeitpunkt an auch der B gegenüber.

#### 5. Verschulden

Der Präsident des OLG Düsseldorf müsste als Aufsichtsbehörde die Amtspflichtverletzung auch schuldhaft begangen haben. Gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat er sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit zu vertreten. Hier kommt ein fahrlässiges Handeln in Betracht. Fahrlässig handelt gemäß § 276 Abs. 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte der Präsident des OLG aufgrund des ihm vorgelegten Sachverhalts erkennen müssen, dass infolge des Verhaltens des N erhebliche Gefahren einer weiteren Schädigung von rechtssuchenden Personen bestanden und der N daher unverzüglich vorläufig des Amtes hätte enthoben werden müssen. Durch das Unterlassen dieser gebotenen Amtshandlung handelte er mithin fahrlässig.

#### 6. Ausschluss der Haftung nach § 839 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 3 BGB

Die Haftung des Landes NRW dürfte auch nicht ausgeschlossen sein. Möglicherweise greift hier die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ein. Danach ist eine Haftung des Landes ausgeschlossen, wenn dem die Amtspflicht verletzenden Amtsträger nur Fahrlässigkeit zur Last fällt und der Verletzte auf andere Weise Ersatz erlangen kann als durch Inanspruchnahme des Staates. Die anderweitige Ersatzmöglichkeit

muss im Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis erworben worden sein, die rechtlich oder tatsächlich begründete Aussicht auf Erfolg bieten und durchsetzbar sein.<sup>38</sup> Da die Amtspflichtverletzung fahrlässig erfolgte<sup>39</sup>, könnte die Haftung des Landes NRW ausgeschlossen sein, wenn der B Ansprüche gegen N, die Berufshaftpflichtversicherung (§ 19a BNotO) oder die Vertrauensschadensversicherung (§ 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO) zuständen.

#### a) Anspruch gegen N

N hat durch Ausstellung falscher Rangbestätigungen wissentlich seine Amtspflichten verletzt und haftet daher der B nach § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO. N ist jedoch mittellos, ein Anspruch gegen ihn wäre daher tatsächlich nicht durchsetzbar. Auf die Frage, ob ein Anspruch gegen ihn dem Grunde nach eine anderweitige Ersatzmöglichkeit darstellen würde, kommt es hier daher nicht an.<sup>40</sup>

#### b) Anspruch gegen die Berufshaftpflichtversicherung

Die Berufshaftpflichtversicherung des N hat gemäß § 19a BNotO die Haftung für wissentlich pflichtwidriges Handeln des N ausgeschlossen<sup>41</sup> und haftet daher nicht.

#### c) Anspruch gegen die Vertrauensschadensversicherung

Daher könnte eine Haftung des Landes NRW vorliegend nur durch einen Anspruch gegen die Vertrauensschadensversicherung nach § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO ausgeschlossen sein. Diese sichert bis zu einer gewissen Höhe Schäden ab, die von der Berufshaftpflichtversicherung – wie zum Beispiel Schäden aus wissentlichen Pflichtverletzungen – nicht umfasst sind. Ob ein Anspruch gegen die Vertrauensschadensversicherung von der Subsidiaritätsklausel umfasst wird, ist allerdings doppelt zweifelhaft. Die allgemeine Subsidiaritätsregel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB hat aus teleologischen Gründen viele Ausnahmen erfahren. Zum einen werden Ansprüche gegen die haftende öffentliche Körperschaft nicht ausgeschlossen, wenn sich der Ersatzanspruch des Geschädigten gegen eine Versicherung richtet. Zum anderen stellen auch Ansprüche gegen andere Hoheitsträger keine anderweitigen Ersatzansprüche im Sinne des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB dar. Problematisch ist hier folglich, dass es sich bei der Vertrauensschadensversicherung um eine Versicherung handelt, die zudem an die Stelle des eigentlich haftenden Notars tritt, der als Träger eines öffentlichen Amtes ebenfalls Hoheitsträger ist.

#### aa) Ausschluss der Subsidiarität aufgrund der Versicherungseigenschaft

Die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB greift nicht, wenn sich der Ersatzanspruch des Geschädigten gegen eine Versicherung richtet, die sich der Geschädigte selbst durch seine Beiträge erkaufte hat. Von dieser Eigenleistung

<sup>35</sup> BGHZ 35, 44 (50 f.); *Papier* (Fn. 11), § 839 Rn. 258.

<sup>36</sup> Vgl. BGHZ 35, 44 (52); BGHZ 135, 354 (358 f.); *Reinert* (Fn. 11), § 839 Rn. 65.

<sup>37</sup> BGHZ 35, 44 (52); BGHZ 135, 354 (358).

<sup>38</sup> *Sprau* (Fn. 12), § 839 Rn. 58 f.

<sup>39</sup> Vgl. oben unter II. 5.

<sup>40</sup> Vgl. dazu unten II. 7. c) bb).

<sup>41</sup> Vgl. Bearbeitervermerk.

des Geschädigten soll der Staat nicht profitieren.<sup>42</sup> Bei der Vertrauensschadensversicherung liegt der Fall jedoch anders. Diese ist gerade nicht vom Geschädigten erkaufte, sondern von der Notarkammer zugunsten des Geschädigten abgeschlossen worden, so dass die B auf ihren Anspruch gegen die Versicherung verwiesen werden kann.<sup>43</sup> Die Haftung des Landes NRW ist damit nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich subsidiär.

*bb) Ausschluss der Subsidiarität wegen der primären Haftung eines anderen Hoheitsträgers*

Die Subsidiaritätsklausel greift dann nicht, wenn sich der anderweitige Ersatzanspruch gegen einen anderen Hoheitsträger richtet. Einerseits kann der Zweck der Subsidiaritätsklausel, die öffentliche Hand als „wirtschaftliches Ganzes“<sup>44</sup> zu entlasten, bei Verweisung auf einen anderen staatlichen Rechtsträger nicht erreicht werden.<sup>45</sup> Andererseits soll sich der Geschädigte nicht zwischen verschiedenen Hoheitsträgern aufgrund wechselseitiger Subsidiarität hin und her verweisen lassen müssen.<sup>46</sup>

Die Haftung der Vertrauensschadensversicherung tritt an die Stelle des haftenden Notars. Ein Anspruch gegen N nach § 19 Abs. 1 BNotO als Haftung eines anderen Hoheitsträgers würde grundsätzlich keine anderweitige Ersatzmöglichkeit darstellen.<sup>47</sup> Allerdings ist hier die Besonderheit zu beachten, dass eine Fahrlässigkeitshaftung des Landes mit einer Vorsatzhaftung des Notars N zusammentrifft. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB wie auch der gleichlautende § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO, die beide die Subsidiarität auf Ansprüche wegen fahrlässigen Handelns beschränken, bringen zum Ausdruck, dass bei einem Zusammentreffen zweier Ansprüche der vorsätzlich handelnde Teil vorrangig für den Schaden aufkommen soll.<sup>48</sup> Damit wäre vorliegend ein gegenseitiges Verweisen verschiedener Hoheitsträger auf den Ersatzanspruch gegen den jeweils anderen zu Lasten des Geschädigten ausgeschlossen, da dem N nach § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO die Subsidiaritätsklausel nicht zu Gute kommt. Darüber hinaus wird der Notar auch nicht als wirtschaftlicher Teil der ansonsten haftenden öffentlichen Hand angesehen, wie dies etwa im Verhältnis zwischen anderen Hoheitsträgern der mittelbaren und unmittelbaren Staatsverwaltung der Fall ist.<sup>49</sup> Die Vertrauensschadensversicherung tritt an die Stelle der Haftung des Notars, auf dessen vorrangiges Entstehen sich das aus Amtshaftung in Anspruch genommene Land berufen könnte, wenn er nicht mittellos wäre. Wenn schon die Verweisung auf den Notar hier entgegen der Grundregel möglich wäre, so muss dies erst Recht für die Verweisung auf die für diesen eintretende Versicherung gelten. Damit stellt die Inanspruchnahme der Ver-

trauensschadensversicherung nach § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO eine anderweitige Ersatzmöglichkeit dar.

*cc) Anspruchsumfang*

Die Einstandspflicht der Vertrauensschadensversicherung ist auf die Haftungssumme von EUR 250.000 je Versicherungsfall begrenzt. Fraglich ist, wie sich ein Mitverschulden der B an der Schadensentstehung auswirkt. Ob ein Mitverschulden der B vorliegt, kann hier noch dahinstehen. B hätte allenfalls fahrlässig gehandelt, während die Versicherung an die Stelle des vorsätzlich handelnden N tritt. Treffen eine Vorsatzhaftung des Schädigers und ein fahrlässiges Mitverschulden des Geschädigten zusammen, findet grundsätzlich keine Anrechnung des Mitverschuldens statt.<sup>50</sup> Damit steht der B pro Versicherungsfall ein Ersatzanspruch gegen die Vertrauensschadensversicherung in Höhe von EUR 250.000 zu. In dieser Höhe muss sich die B also vorrangig an die Versicherung halten.

*dd) Ergebnis*

Die Haftung des Landes NRW ist aufgrund der vorrangig eingreifenden Haftung der Vertrauensschadensversicherung nach § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO in Höhe von EUR 250.000 je Versicherungsfall subsidiär.

*7. Mitverschulden*

Fraglich ist, ob sich die B gemäß § 254 Abs. 1 BGB ein anspruchsminderndes Mitverschulden an der Schadensentstehung anrechnen lassen muss. Ein Mitverschulden trifft denjenigen, der diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt.<sup>51</sup> Dies lässt sich auf eine Bank übertragen und bedeutet, dass diese die im Bankgewerbe üblichen Standards bei Darlehensvergaben einzuhalten hat. Im vorliegenden Fall hat sich die B in allen drei Fällen der Darlehensvergabe ausschließlich auf die Rangbestätigung durch N verlassen, ohne ansonsten die Bonität des F zu prüfen oder sich aktuelle Grundbuchauszüge vorlegen zu lassen. Sogar die negative Mitteilung über die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers F durch eine Kreditauskunft wurde ignoriert. Hätte die B diese Maßnahmen ergriffen, wäre mit einiger Wahrscheinlichkeit der Schaden nicht oder nicht in dieser Höhe entstanden. Daher muss sich die B ein erhebliches Mitverschulden anrechnen lassen, um das ein Anspruch wegen Amtspflichtverletzung gegen das Land NRW zu kürzen ist.

*8. Rechtsfolge*

Als Folge der schuldhaften Amtspflichtverletzung seines Amtsträgers muss das Land NRW der B den aus der verspäteten Amtsenthebung des N entstandenen Schaden, gekürzt um den Anspruch gegen die Vertrauensschadensversicherung sowie den Mitverschuldenanteil der B, ersetzen.

<sup>42</sup> BGHZ 79, 35 (37).

<sup>43</sup> Vgl. BGHZ 135, 354 (366 f.).

<sup>44</sup> *Papier* (Fn. 11), § 839 Rn. 310.

<sup>45</sup> BGHZ 13, 88 (104 f.).

<sup>46</sup> *Ossenbühl*, JZ 1998, 45, Anm. zu BGHZ 135, 354.

<sup>47</sup> BGHZ 123, 1 (7).

<sup>48</sup> *Ossenbühl*, JZ 1998, 45 (47).

<sup>49</sup> BGHZ 135, 354 (368).

<sup>50</sup> *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2007, § 254 Rn. 112; BGH NJW 1992, 310 (311).

<sup>51</sup> BGH VersR 1979, 532; *Ossenbühl* (Fn. 31), 2. Teil IV. 2. a).

a) Schaden

Insgesamt hat die B aufgrund der amtswidrigen Handlungen des N dreimalig Darlehenssummen an F ausbezahlt, ohne dass als Auszahlungsvoraussetzung eine Absicherung der Darlehen in Form einer wertgleichen erstrangigen Hypothek auf den Grundstücken des F eingetragen wurden. Am 22. Februar zahlte sie EUR 1 Million, am 22. März EUR 3 Millionen und im Oktober nochmals EUR 1 Million an F aus. Aufgrund der fehlenden wertgleichen Sicherung ist der B durch die Handlungen des N damit ein Schaden in Höhe von EUR 5 Millionen entstanden.

b) Kausalität

Die Amtspflichtverletzung des Präsidenten des OLG Düsseldorf müsste diesen Schaden der B auch adäquat kausal verursacht haben.<sup>52</sup> Eine Amtspflichtverletzung ist dann nicht kausal für den Schaden, wenn dieser auch bei amtspflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.<sup>53</sup> Besteht die Amtspflichtverletzung wie hier in einem pflichtwidrigen Unterlassen, reicht es zur Begründung einer hypothetischen Kausalität aus, wenn sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten des Amtsträgers nicht oder nicht in der eingetretenen Höhe entstanden wäre.<sup>54</sup> Fraglich ist, ob der Schaden der B dann nicht eingetreten wäre, wenn der Präsident des OLG den N unverzüglich des Amtes enthoben hätte.

aa) EUR 1 Million durch das am 22. Februar ausgezahlte Darlehen

Die Aufsichtsbehörde erfuhr erst am 22. Februar vom Verhalten des N. Zu diesem Zeitpunkt hatte N bereits eine Rangbestätigung sowie die Hypothekenbestellungsurkunde ausgefertigt. Das Darlehen wurde bereits an diesem Tag valutiert. Daher hätte selbst eine umgehende vorläufige Amtsenthebung den Schaden der B nicht mehr verhindert. Die Amtspflichtverletzung ist daher für den Schaden der B in Höhe von EUR 1 Million aufgrund der ersten Darlehensgewährung an F nicht kausal geworden.

bb) EUR 3 Millionen durch das am 22. März ausgezahlte Darlehen

Fraglich ist, ob die Amtspflichtverletzung für die Auszahlung des Darlehens in Höhe von EUR 3 Millionen kausal war. Dies hängt davon ab, ob der Schaden dann nicht eingetreten wäre, wenn der Präsident des OLG Düsseldorf seinen Amtspflichten unverzüglich nachgekommen wäre. Hätte der Präsident des OLG Düsseldorf den N spätestens Anfang März des Amtes enthoben, dann wären gemäß § 55 BNotO seine Akten, Bücher, Siegel, Stempel sowie sein Amtsschild in Verwahrung genommen worden, wenn kein Vertreter bestellt worden wäre. Aufgrund der Eilbedürftigkeit der Angelegenheit dürfte es überwiegend wahrscheinlich sein, dass

kein Vertreter bestellt, sondern sofort die Verwahrung angeordnet worden wäre. In diesem Fall hätte N mangels Siegel am 18. März keine notarielle Rangbestätigung und Hypothekenbestellungsurkunde mehr erstellen können, so dass die Unterlassung der unverzüglichen Amtsenthebung insoweit für den Schaden der B kausal geworden ist. Fraglich ist, ob es sich insoweit auf die Kausalität auswirkt, dass N noch im Oktober, obwohl längst des Amtes enthoben, weitere notarielle Urkunden ausstellte, indem er alte Siegel verwendete. Möglicherweise hätte er im März genauso gehandelt. Die bloße Möglichkeit reicht hierzu nicht aus. Es muss vielmehr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass der Schaden auch ohne die Amtspflichtverletzung eingetreten wäre.<sup>55</sup> Einerseits besteht Grund zu der Annahme, dass N, der immerhin im Oktober die kriminelle Energie besaß, Urkunden mit falschen Siegeln zu versehen, auch im März davor nicht zurückgeschreckt wäre. Andererseits mangelt es aber an genügenden Anhaltspunkten, die es erlauben davon auszugehen, dass N auch im März schon Fälschungen begangen hätte. Insbesondere war es nicht die Idee des N, sondern die des F, die alten Siegel zu benutzen. Ob F mit dieser Idee bereits im März an N herangetreten wäre, kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht bejaht werden.<sup>56</sup> Die Kausalität der durch den Präsidenten des OLG Düsseldorf begangenen Amtspflichtverletzung für einen Schaden der B in Höhe von EUR 3 Millionen liegt damit vor.

cc) EUR 1 Million durch das im Oktober ausgezahlte Darlehen

Zur Zeit der Gewährung des dritten Darlehens im Oktober war B längst nicht mehr Notar. Selbst wenn er rechtzeitig des Amtes enthoben worden wäre, so hätte dies nichts daran geändert, dass er im Oktober „notarielle“ Urkunden mittels Siegeln von alten Urkunden fabriziert hätte. Hier scheidet eine Kausalität der Amtspflichtverletzung für den Schaden aus.

dd) Ergebnis

Das amtspflichtwidrige Handeln des Präsidenten des OLG Düsseldorf ist nur für einen Schaden der B in Höhe von EUR 3 Millionen kausal geworden.

d) Anspruchsumfang

Der B steht gegen das Land NRW ein Schadensersatzanspruch gemäß § 839 Abs.1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu. Dieser beläuft sich aufgrund der der B zustehenden anderweitigen Ersatzmöglichkeit gegen die Vertrauensschadensversicherung in Höhe von EUR 250.000 nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB auf EUR 2,75 Millionen, die um den Mitverschuldensanteil der B an der Schadensentstehung zu kürzen sind.

III. Gesamtergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. Die Klage der B gegen das Land NRW ist auch teilweise begründet, so dass sie auch teilweise Aussicht auf Erfolg hat.

<sup>52</sup> Vgl. *Papier* (Fn. 11), § 839 Rn. 276.

<sup>53</sup> *Papier* (Fn. 11), § 839 Rn. 278; BGH, LM Nr. 2, 5 (D) zu § 839 BGB.

<sup>54</sup> *Papier* (Fn. 11), § 839 Rn. 279.

<sup>55</sup> *Papier* (Fn. 11), § 839 Rn. 279.

<sup>56</sup> A.A. vertretbar.