

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

145. JAHRGANG

01  
2013



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Hermann Wilhelmer:*

Zur Zulässigkeit und Gestaltung von Haftungsvereinbarungen durch den Notar      Seite 1

---

*Gernot Fellner:*

Auslegung des § 141 Abs 1 und 3 UGB idF BGBl I 2010/58 (IRÄG 2010)      Seite 11

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Ablehnung eines Rechtspflegers *Peter G. Mayr*      Seite 30

---

Antrag eines Pflichtteilsberechtigten auf Kontoöffnung      Seite 18

---

Akteneinsicht in den Sachwalterschaftsakt durch Erben      Seite 26

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Waldemar Jud, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2013/1

## Zur Zulässigkeit und Gestaltung von Haftungsvereinbarungen durch den Notar

*Haftungsrisiken des Notars nehmen zu. Darf der Notar Haftungsmanagement betreiben, dh ua seine Haftung begrenzen? Der Beitrag informiert über die literarische Diskussion und zeigt Gestaltungsmöglichkeiten bei Haftungsvereinbarungen auf.*

Von Hermann Wilhelmer

### Inhaltsübersicht:

- A. Fragestellung
- B. Begriffsklärung
- C. Meinungsstand zur Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen
  - 1. Deutschland
  - 2. Österreich
    - a) Meinungsstand
    - b) Eigene Stellungnahme
    - c) Fazit
- D. Gestaltung von Haftungsvereinbarungen
  - 1. Allgemeines
  - 2. Regelung von Vertragspflichten
  - 3. Haftungsvereinbarung dem Grunde nach („Haftungsausschluss“)
    - a) Schaden
    - b) Verschulden
    - c) Verjährung
    - d) Haftungsvereinbarung mit Wirkung gegenüber Dritten
  - 4. Haftungsvereinbarung der Höhe nach („Haftungsbeschränkung“)
    - a) Höchsthafungsbetrag
    - b) Befreiungserklärung („Höherversicherungsverzicht“)
    - c) Praktisches Beispiel
- D. Zusammenfassung

### A. Fragestellung

Haftungsrisiken für Rechtsberater nehmen zu. Dies zeigt ein Blick auf die zunehmende Haftungsjudikatur und Haftungsliteratur.<sup>1</sup> Vermögenswerte steigen in wohlhabenden Volkswirtschaften. Damit gehen höhere Trans-

aktionswerte einher (zB steigende Kaufpreise beim Kauf von Liegenschaften oder Unternehmen, steigendes Vermögen von Erblassern).<sup>2</sup> Unterläuft dem Notar im Rahmen seiner Rechtsberatung und Rechtsgestaltung ein Fehler, können die wirtschaftlichen Haftungsfolgen groß sein. Es stellt sich die Frage, in welcher Form der Notar sein Haftungsrisiko steuern kann. Ein Ansatz dazu ist das notarielle Risikomanagement.<sup>3</sup> Ein weiterer Ansatz liegt in der Vereinbarung von Haftungsregelungen. Darf aber der Notar seine Haftung einschränken oder sogar ausschließen? Wird die Frage der Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen bejaht, stellt sich die weitere Frage nach der zulässigen Gestalt und Form sowie nach dem zulässigen und angemessenen Inhalt von Haftungsvereinbarungen. Damit ist das Thema für diesen Beitrag vorgegeben. In einem ersten Schritt wird der für diesen Beitrag gewählte Überbegriff „Haftungsvereinbarung“ erläutert (B.). Sodann werden die Meinungen in der Literatur zur Frage der Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen referiert und eine eigene Stellungnahme dazu abgegeben (C.). Schließlich werden die zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten von Haftungsvereinbarungen erörtert (D.).

### B. Begriffsklärung

In Literatur und Judikatur sind unterschiedliche Begriffe bei der Abhandlung dieses Themas in Verwendung: Haftungsfreizeichnung, Haftungsbegrenzung, Haftungsausschluss, Haftungsbeschränkung etc. Dabei sind rechtsdogmatisch „Haftungsausschluss“ und „Haftungsbeschränkung“ zu unterscheiden.<sup>4</sup> Während beim Haftungsausschluss die Haftung in vollem Umfang ausgeschlossen wird (zB für Fehler, die auf leichter Fahrlässigkeit beruhen), wird die Haftung durch Haftungsbeschränkungen nicht zur Gänze, sondern nur zu einem bestimmten Ausmaß begrenzt, sodass der Geschädigte

<sup>1</sup> Zählte Haug im Zeitraum von 1953–1997 noch 204 veröffentlichte und nicht veröffentlichte Haftpflichturteile des BGH (vgl. Haug, Die Amtshaftung des Notars<sup>2</sup> [1997] Anhang 281), sind in dem ungleich kürzeren Zeitraum danach über 300 veröffentlichte BGH-Entscheidungen recherchierbar, vgl. Zimmermann, Risikomanagement im Notariat – Erkennen, Vermeiden und Reduzieren von Haftungsgefahren, in FS Zimmermann (2010) 436 ff. Auch für das österr. Haftungsrecht ist ein starker Anstieg von Haftpflichtklagen und Haftpflichtfällen zu konstatieren, vgl. nur die Artikelserie zur Haftung des Rechtsberaters von Fenzl/Völkl/Völkl, ÖJZ 1989, 514, ÖJZ 1986 (294, 417), 1989 (513) und Völkl/Völkl, ÖJZ 1991 (617), 1998 (856), 2002 (1), 2006 (261), 2008 (383), 2010 (487) oder Völkl/Völkl, Beraterhaftung. Die Haftung und Haftungsvermeidung bei komplexen Dienstleistungen (2007).

<sup>2</sup> Schlee, Erkenntnismöglichkeiten aus Schadensfällen, Prävention durch Qualitätssicherung, MittBayNot 6/2002, 499. Nach Schlee ist neben dem steigenden Anspruchsdenken auch „die Vermögensentwicklung“ in Deutschland für das angespannte Ergebnis in der Berufshaftpflichtversicherung verantwortlich.

<sup>3</sup> Ausführlich dazu Zimmermann, Risikomanagement im Notariat – Erkennen, Vermeiden und Reduzieren von Haftungsgefahren 436 ff.

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler Völkl/Völkl, Beraterhaftung Rz 416 ff, Rz 429 ff; Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997) 18/9 ff betreffend Haftungsschlüsse und 18/24 ff betreffend Haftungsbeschränkungen.

weiterhin einen bestimmten Schadensausgleich erhält, nur nicht zur Gänze. Als prominentes Beispiel hierfür gilt die Vereinbarung von betragslichen Höchsthaftungsgrenzen.<sup>5</sup>

Als Überbegriff für das Thema „Haftungsausschluss bzw Haftungsbeschränkung“ wird für diesen Beitrag der Begriff „Haftungsvereinbarung“ verwendet.<sup>6</sup> Dieser Begriff zeigt zum einen, dass der Notar seine an sich unbeschränkte Verschuldenshaftung nur durch eine aktive Vereinbarung mit seinen Klienten abändern kann. Der Begriff Haftungsvereinbarung bezeichnet – besser als andere Begriffe wie Haftungsfreizeichnung, Haftungsausschluss, Haftungsbeschränkung, Haftungsbegrenzung – den Modus der Haftungsgestaltung, nämlich das Erfordernis einer zivilrechtlichen Vereinbarung.<sup>7</sup> Mit dem Begriff Haftungsvereinbarung sind zudem keine inhaltlichen Festlegungen verbunden. Deshalb lässt sich auch die Regelung von Vertragspflichten unter diesen Begriff subsumieren, obwohl dieser Themenkreis im haftungsrechtlichen Diskurs nicht unter dem Stichwort Haftungsausschluss oder Haftungsbeschränkung im engeren Sinn diskutiert wird.<sup>8</sup> Die Regelung von Vertragspflichten ist – gerade in der Beraterhaftung – aber eine entscheidende Form der Haftungssteuerung (vgl dazu unten D.1 und D.2). Insgesamt eignet sich der „weite“ und inhaltlich nicht festgelegte Begriff „Haftungsvereinbarung“, um das Thema gesamthaft zu besprechen.

## C. Meinungsstand zur Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen

### 1. Deutschland

In Deutschland wird von der hM eine Haftungsvereinbarung durch den Notar im Bereich seiner gesetzlichen (amtlichen) notariellen Tätigkeit abgelehnt.<sup>9</sup> Diese Ablehnung wird einerseits mit der hoheitlichen Tätigkeit

des Notars und andererseits mit der gesetzlichen Haftungserleichterung der subsidiären Haftung des Notars sowie mit dem Entfall der Notarhaftung bei schuldhaftem Nichtgebrauch eines Rechtsmittels durch den Beteiligten begründet.<sup>10</sup> Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass Haftungsvereinbarungen im „dispositiven“ Bereich der notariellen Amtstätigkeit möglich wären, zB bei konsultativer, beratender Tätigkeit nach § 24 BNotO sowie bei Belehrung über ausländisches Recht (§ 17 Abs 3 Satz 2 BeurkG).<sup>11</sup> Da der Notar in solchen Fällen den Inhalt seiner Amtspflicht (zB durch Ausschluss der steuerlichen Beratung oder durch Ausschluss der Beratung oder Belehrung über ausländisches Recht) beschränken könne (was auch von der hM nicht bestritten wird),<sup>12</sup> ergäbe sich eine Zulässigkeit von vertraglichen, zeitlichen oder zahlenmäßigen Haftungsvereinbarungen. Dem steht jedoch die hM in der deutschen Judikatur und Literatur gegenüber, dass der deutsche Notar ausschließlich hoheitlich tätig wird – also auch im dispositiven Bereich der notariellen Tätigkeit.<sup>13</sup> Deshalb gilt nach hM auch im „dispositiven“ Bereich der notariellen Tätigkeit das Verbot der vertraglichen Haftungsvereinbarung, womit weder betragsmäßig noch in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht eine Haftungsbeschränkung zulässig ist.<sup>14</sup> Einzelne Amtspflichten (etwa Beratung zum Steuerrecht oder zum ausländischen Recht) können zwar dadurch „umgangen“ werden, indem explizit dazu keine Beratung durchgeführt und diese Tätigkeit daher gegenüber dem Klienten nicht ausgeübt wird. Werden diese Themenkreise jedoch vom Notar beraten, treffen ihn auch die vollen (und nicht einschränkbar) Haftungsrisiken.<sup>15</sup>

Übt der Notar eine nach § 8 Abs 2 und 3 BNotO genehmigte oder genehmigungsfreie Nebentätigkeit außerhalb seiner amtlichen Zuständigkeiten etwa als Vormund, Betreuer, Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker aus, liegt keine hoheitliche Tätigkeit mehr vor und richtet sich dann die Haftung auch nicht nach § 19 BNotO.<sup>16</sup> In diesem Rahmen ist wohl eine zivilrechtliche Haftungsvereinbarung nicht ausgeschlossen.<sup>17</sup>

<sup>5</sup> Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> 18/24.

<sup>6</sup> Diesen Begriff verwendete schon *Junge-Ilges*, Haftungsvereinbarungen der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe (1995), bei der Thematisierung von Haftungsbeschränkungen.

<sup>7</sup> Der Notar kann mit zivilrechtlichen Vereinbarungen dagegen seine Haftung auch ausweiten, etwa wenn er (im Zuge von Treuhandschaften) „die persönliche Haftung“ für einen bestimmten Erfolg (zB Einverleibung des Pfandrechts) übernimmt, womit nach der Judikatur des OGH (vgl 2 Ob 586/87) eine verschuldensunabhängige Haftung begründet wird. Weil eine verschuldensunabhängige Haftung über die gesetzliche Haftpflicht des Notars hinausgeht, besteht kein Versicherungsschutz in der notariellen Berufshaftpflichtversicherung, vgl statt aller *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (2006) Rz 298. Deshalb ist von derartigen Haftungsübernahmen abzuraten, da in solchen Fällen eine Haftung begründet werden könnte, aber kein Versicherungsschutz besteht.

<sup>8</sup> Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> 18/31, der ausführt, dass es sich bei Pflichtenregelungen um keine Regelungen handle, „die einer Haftungsbeschränkung oder einem Haftungsausschluss gleichkämen“.

<sup>9</sup> Vgl *Haug/Zimmermann*, Amtshaftung<sup>3</sup> (2011) Rz 306 mwN zur hM in FN 854.

<sup>10</sup> *Haug/Zimmermann*, Amtshaftung<sup>3</sup> Rz 306–307, mit weiteren Argumenten zum Verbot der Haftungsvereinbarung (das Verbot der Amtsverweigerung bei Urkundstätigkeit verunmöglicht andere Vorbehalte [etwa Haftungsbegrenzungen], keine gesetzlichen Regelungen zur Haftungsbegrenzung des Notars im Vergleich zu anderen Berufsgruppen, Dritthaftung des Notars als Haftungsbeschränkungshindernis).

<sup>11</sup> *Rossak*, Darf der Notar seine Haftung ausschließen oder einschränken? *VersR* 1985, 1121; *Reithmann*, Haftungsbegrenzung im dispositiven Amtsbereich, *MittBayNot* 1999, 159.

<sup>12</sup> *Zimmermann*, Risikomanagement 438.

<sup>13</sup> *Zimmermann*, Risikomanagement 438 mwN zur deutschen Judikatur.

<sup>14</sup> *Zimmermann*, Risikomanagement 439.

<sup>15</sup> *Zimmermann*, Risikomanagement 438.

<sup>16</sup> *Zimmermann*, Risikomanagement 439.

<sup>17</sup> *Zimmermann*, Risikomanagement 439.

## 2. Österreich

### a) Meinungsstand

In Österreich wird die Frage der Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen ebenfalls anhand unterschiedlicher Tätigkeitsbereiche diskutiert.

Klar ist die Rechtslage im Bereich des Gerichtskommissariats. Für den Notar als Gerichtskommissar wird eine Haftungsvereinbarung einhellig als unzulässig betrachtet.<sup>18</sup> Der Notar wird hier im Auftrag des Gerichts als Organ der Gerichtsbarkeit hoheitlich („öffentlich-rechtlich“) tätig und unterliegt dem Amtshaftungsrecht,<sup>19</sup> das ein direktes Vertragsverhältnis und somit eine Haftungsvereinbarung zwischen Notar und den Beteiligten ausschließt. Es besteht zwischen Notar und geschädigtem Dritten keine direkte Haftung.<sup>20</sup> Im Wege der Amtshaftung ist die Republik Österreich in Anspruch zu nehmen. Diese kann sich beim Notar regressieren, sofern die Pflichtverletzung grob fahrlässig oder vorsätzlich erfolgte (§ 3 Abs 1 AHG).

Spannender ist die Diskussion mit Blick auf die §-1-NO- und §-5-NO-Tätigkeit des Notars. *Wagner/Knechtel*<sup>21</sup> und *Godl*<sup>22</sup> sprechen sich für ein Verbot von Haftungsvereinbarungen aus. *Völkl/Völkl*<sup>23</sup> äußern sich dazu nicht direkt, nehmen jedoch zwischen Notar und Klienten im Rahmen seiner „berufsbildlichen Tätigkeiten“ sowie seiner hoheitlichen Aufgaben ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis an.<sup>24</sup> Beruht das Rechtsverhältnis zwischen Notar und Klienten auf einem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis, wird in der Literatur die Unzulässigkeit von Haftungsvereinbarungen mangels privatrechtlicher Gestaltungsgrundlage geschlussfolgert.<sup>25</sup> *Feil/Hajek*<sup>26</sup>, *Bydlinski*<sup>27</sup>, *Koziol*<sup>28</sup>,

*Schummer*<sup>29</sup> – und im Ergebnis wohl auch *Fitz/Roth*<sup>30</sup> – bejahen dagegen das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen Notar und Klient. Nach Ansicht dieser Autoren finden die Bestimmungen des Geschäftsbesorgungs- und Bevollmächtigungsrechts gem §§ 1002 ff ABGB Anwendung;<sup>31</sup> dies nicht nur im Bereich der §-5-NO-Tätigkeit, sondern auch im Bereich der §-1-NO-Tätigkeit des Notars, hier jedoch angereichert um öffentlich-rechtliche Komponenten.<sup>32</sup> Als Konsequenz dieser zivilrechtlichen Einordnung des Vertragsverhältnisses wird die Möglichkeit und Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen grundsätzlich bejaht.<sup>33</sup> Dies gilt nach *Schummer* auch für den §-1-NO-Bereich. Seiner Meinung nach dürfen Notare im Bereich der §-1-NO-Tätigkeit haftungsrechtlich nicht schlechter gestellt sein als im Falle der Amtshaftung gegenüber der Republik Österreich.<sup>34</sup> Nach § 3 Abs 1 AHG ist ein Regress der Republik gegenüber dem Notar möglich, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Im Falle grober Fahrlässigkeit kann das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Rückerersatz mäßigen (§ 3 Abs 2 AHG). Gelten diese begrenzten Haftungsgrundsätze im Bereich der Amtshaftung, müssen diese Haftungseingrenzungen auch bei der Beurkundungstätigkeit des Notars nach § 1 NO durch entsprechende Haftungsvereinbarungen möglich sein.<sup>35</sup> *Schummer* vergleicht die §-1-NO-Tätigkeit auch mit jener des Schiedsrichters, der auf Basis eines öffentlich-rechtlichen Schiedsvertrags tätig wird und wo Haftungsbeschränkungen (sogar trotz öffentlich-

<sup>29</sup> *Schummer*, Haftung 13–14.

<sup>30</sup> *Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 205 ff (206), die von einer „entgeltlichen Beauftragung des Notars“ bei der Errichtung eines Notariatsakts ausgehen.

<sup>31</sup> Auf die unterschiedlichen vertraglichen (zivilrechtlichen) Grundlagen der Beraterstätigkeit (Geschäftsbesorgungs- und Bevollmächtigungsvertrag, freier Dienstvertrag, Werkvertrag) kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl dazu ausführlich *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung Rz 50 ff.

<sup>32</sup> *Bydlinski*, Notariatsakt und Notarhaftung, NZ 1991, 237 FN 12; *Koziol*, Haftung der Notare für Substituten 431 ff, 443. Die öffentlich-rechtliche Komponente der notariellen Tätigkeit kommt etwa bei der Errichtung eines Notariatsakts zum Vorschein. Über den Notariatsakt können Vertragsansprüche für vollstreckbar erklärt werden (vgl §§ 3, 3a NO), was bei einer Privaturkunde nicht möglich ist. Dem Notariatsakt kommt als „öffentliche Urkunde“ auch erhöhte Beweiskraft zu, vgl *Wagner/Knechtel* § 1 NO Rz 1, § 2 NO Rz 1; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 794 ff. Die Tätigkeit des Notars ist überdies ua durch § 52 NO (iS von Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften, den wohlverstandenen Interessen und dem tatsächlichen, gültigen Willen der Parteien) und § 53 NO (Unparteilichkeit und Verpflichtung zum Schutz der schwächeren Partei gegen Übervorteilung durch andere) determiniert, sodass nicht das Parteieninteresse, sondern der Interessenausgleich im Vordergrund steht, was die objektive Interessenwahrnehmungspflicht des Notars unterstreicht.

<sup>33</sup> So ausdrücklich *Schummer*, Haftung 13–14.

<sup>34</sup> *Schummer*, Haftung 14.

<sup>35</sup> *Schummer*, Haftung 14.

<sup>18</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) § 39 Rz 1; *Godl*, Notarhaftung im Vergleich (2000) 26–28. *Koziol*, Haftung der Notare für Substituten, in FS Weissmann (2001) 431 ff, 443. *Schummer*, Die Haftung des Rechtsberaters (2010) (Skriptum unveröffentlicht) 1 ff.

<sup>19</sup> *Wagner/Knechtel* § 39 NO Rz 1.

<sup>20</sup> *Godl*, Notarhaftung 28.

<sup>21</sup> *Wagner/Knechtel* § 39 NO Rz 1: „Eine Vereinbarung des Notars mit den Beteiligten über einen Haftungsausschluss oder eine Haftungsbeschränkung wäre unzulässig, im Übrigen ohne Wirkung gegenüber dem Dritten. Der Notar kann nur die Amtshandlung ablehnen.“

<sup>22</sup> *Godl*, Notarhaftung 15, dies jedenfalls für §-1-NO-Tätigkeiten; mit Bezugnahme auf §-5-NO-Tätigkeiten schwankend, aber letztlich ebenfalls verneinend, *Godl*, Notarhaftung 57–58.

<sup>23</sup> *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung (2007) Rz 694 FN 183.

<sup>24</sup> Bei Erbringung darüber „hinausgehender“ oder „anderer“ Tätigkeit soll die Grundlage der Tätigkeit des Notars nach *Völkl/Völkl* dagegen dem Privatrecht unterliegen, vgl *ebd.* Daraus ist aber zu erschließen, dass nicht nur die Tätigkeit als Gerichtskommissar für *Völkl/Völkl* öffentlich-rechtlicher Natur ist, sondern auch die (wohl unstrittig als) berufsbildlich zu bezeichnenden Tätigkeiten nach § 1 sowie § 5 NO.

<sup>25</sup> So etwa *Godl*, Notarhaftung 15–17, 21–24, sodann 55 ff.

<sup>26</sup> *Feil/Hajek*, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare (1990) Rz 65.

<sup>27</sup> *Bydlinski*, Notariatsakt und Notarhaftung, NZ 1991, 237 FN 12.

<sup>28</sup> *Koziol*, Haftung der Notare für Substituten 431 ff, 443.

rechtlicher Rechtsgrundlage) als zulässig erachtet werden.<sup>36</sup>

## b) Eigene Stellungnahme

Den Befürwortern der Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen ist beizupflichten. Anders als in Deutschland kommt dem österr Notar kein Haftungsprivileg im Sinne der *gesetzlichen* Subsidiärhaftung zu.<sup>37</sup> Insofern ist die deutsche Lehre und Judikatur nicht auf die österr Rechtslage anwendbar.<sup>38</sup> Im Bereich der §-5-NO-Geschäfte geht die hM (unter Hinweis auch auf § 109 a NO, welcher die notarielle Treuhandschaft regelt) bereits gesichert von einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Notar und den Klienten aus.<sup>39</sup> Unterliegen die Geschäfte nach § 5 NO der Privatautonomie, muss eine zivilrechtliche Haftungsbegrenzung möglich sein.

Weniger eindeutig ist die Frage der Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen im Bereich der §-1-NO-Tätigkeit, da hier – auch bei Annahme einer zivilrechtlichen Vertragsgrundlage – die „öffentlich-rechtliche Komponente“ der notariellen Tätigkeit hineinspielt. Der zuvor referierten Meinung von *Schummer* kann aber auch hier gefolgt werden. Dazu einige weiterführende Überlegungen.

Eine Haftungsvereinbarung muss im Bereich der §-1-NO-Tätigkeit schon deshalb möglich sein, weil der Notar zur Übernahme von „Amtshandlungen“ (zB Errichtung von Notariatsakten oder Beglaubigungen von Unter-

schriften) verpflichtet ist (§ 35 NO) und er diese „Amtshandlungen“ nur im Rahmen enger Ablehnungsgründe (vgl §§ 33 und 34 NO) verweigern darf. Aus dem „Kontrahierungszwang“ kann die Notwendigkeit eines *Ausgleichs* abgeleitet werden.<sup>40</sup> Dieser Ausgleich liegt darin, das Haftungsrisiko aus der „zwingenden Tätigkeit“ durch Haftungsvereinbarungen zu steuern. Muss der Notar tätig werden, soll er sich durch Haftungsvereinbarungen schützen können.<sup>41</sup> Dem steht die Rechtsnatur der §-1-NO-Tätigkeit nicht entgegen. Die §-1-NO-Tätigkeit, also die Errichtung von Notariatsakten und sonstigen Beurkundungen, Beglaubigungen, begründet kein (die Haftungsbegrenzung verunmöglichendes) öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Vielmehr ist mit *Feil/Hajek, Bydlinski, Koziol, Fitz/Roth* und *Schummer* ein privatrechtliches Rechtsverhältnis mit öffentlich-rechtlichen Komponenten anzunehmen.<sup>42</sup> Dies zeigt zB das enge Zusammenspiel bei der Errichtung von Privaturkunde und Notariatsakt. Die §-1-NO-Tätigkeit baut nicht selten auf zuvor errichtete Privaturkunden auf. Dabei ist der Unterschied der Beauftragung bei Privaturkunden zur Beauftragung bei Errichtung von Notariatsakten oder bei Beurkundungen, Beglaubigungen in der notariellen Praxis ein *gradueller, kein substanzieller*. Gerade das Beispiel der „Mantelung“ von Privaturkunden durch einen Notariatsakt verdeutlicht den fließenden Übergang zwischen der §-1-NO-Tätigkeit und der §-5-NO-Tätigkeit. Warum soll bei einem „Mantelakt“ gem § 1 NO, der häufig vorgefertigte Vertragskonzepte der Klienten zur Grundlage hat, von einem anderen als einem zivilrechtlichen Auftrag ausgegangen werden und somit jegliche Haftungsvereinbarung unzulässig sein,

<sup>36</sup> *Schummer*, Haftung 14 mit Verweis auf *Krejci*, Zur Schiedsrichterhaftung, ÖJZ 2007, 97.

<sup>37</sup> In Österreich ist die (nicht gesetzlich geregelte) Subsidiärhaftung des Notars von der Judikatur des OGH zu unterscheiden, wonach bei Vertragsstreitigkeiten zwischen den Parteien nicht sofort auch auf den Vertragsschlichter zugegriffen werden darf, sondern zB bei Gewährleistungsfragen Ansprüche zunächst und primär direkt gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner geltend zu machen sind, vgl *Godl*, Notarhaftung 67 ff, 109, 119 ff mit weiteren Judikaturnachweisen. Erst wenn ein direkter Ausgleich zwischen den Vertragsparteien (etwa wegen Insolvenz des Vertragspartners) unzumutbar wird, wäre eine Beraterhaftung des Vertragsschlichters, also auch des Notars, zulässig geltend zu machen.

<sup>38</sup> Die Argumente von *Haug/Zimmermann* (Amtshaftung<sup>3</sup> Rz 307) zum Haftungsbegrenzungsverbot für deutsche Notare sind auf Österreich aus mehreren Gründen nicht übertragbar. So gibt es in Österreich analog zu § 51 a Abs 1 Nr 1 und Nr 2 BRAO keine gesetzlichen Regelungen betr Zulässigkeit von Haftungsbegrenzung, egal ob es sich um die Berufsgruppe der Rechtsanwälte, Wirtschaftstreuhänder, Unternehmensberater oder Notare handelt. Aus dem Fehlen derartiger gesetzlicher Regelungen lässt sich im Umkehrschluss nicht dessen Verbot folgern. Zum anderen ist die Dritthaftung kein zwingendes Argument gegen die Zulässigkeit von Haftungsbegrenzungen. Haftungsbegrenzungen im zivilrechtlichen Rechtsverhältnis zum Klienten entfalten nämlich auch Wirksamkeit gegenüber Dritten. Zur zulässigen Drittwirkung von Haftungsbegrenzungen bei Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vgl unten D.3.d).

<sup>39</sup> *Spruzina*, Rechts- und Standespflichten des Notars, NZ 1995, 219 ff; *Feil/Hajek*, Berufshaftung Rz 7 und 12; *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 78; OGH in JBI 1966, 525, OGH in NZ 1980, 73; 3 Ob 35/02.x.

<sup>40</sup> Hierzu ist ein analoger Blick auf die Kfz-Haftpflichtversicherung mit Kontrahierungszwang (vgl § 25 KHVG) hilfreich. Obwohl der Kfz-Haftpflichtversicherer den ihm zugewiesenen Versicherungsnehmer versichern muss, steht ihm ein Ausgleich zu, vgl *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1994) 416 ff, 418–419. Dieser Ausgleich besteht zB in einem erheblichen Prämienzuschlag. Die Idee eines Ausgleichs bei Kontrahierungszwang ist auch auf das Haftpflichtrecht der Notare übertragbar.

<sup>41</sup> Natürlich stößt die Möglichkeit von Haftungsvereinbarungen gegenüber Verbrauchern auch auf Grenzen; vgl dazu unten D.

<sup>42</sup> Es obliegt dem Staat, bestimmten Urkunden besondere Rechtskraft und Rechtswirksamkeit einzuräumen, vgl dazu schon oben FN 33. Nur weil öffentlichen Urkunden eine besondere öffentlich-rechtliche Rechtswirksamkeit zugesprochen wird und dem Notar eine objektive Interessenwahrnehmungspflicht zukommt, ist damit noch nichts Zwingendes zum Rechtsverhältnis zwischen dem Notar und seinem Klienten gesagt. Die (öffentlich-rechtliche) Rechtswirkung von Urkunden sowie die öffentlich-rechtliche Komponente der notariellen Tätigkeit, darunter die objektive Interessenwahrnehmungspflicht des Notars, sind von der zivilrechtlichen Grundlage des notariellen Tätigwerdens zu unterscheiden. Der Notar kann die objektive (dh nicht parteiische) Interessenwahrnehmung (so wichtig diese für das Berufsbild des Notars auch ist) auch auf Basis zivilrechtlichen Auftragsrechts erfüllen, wie die parallele Diskussion zur Zulässigkeit der Doppel- oder Mehrfachvertretung bei der Vertragsschlichtung- und Treuhändertätigkeit des Rechtsanwalts zeigt, vgl *Graf*, Anwaltschaft (1990) 80 ff, 81; *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht<sup>7</sup> (2012) § 10 RAO Rz 12, 15.

während bei der Errichtung der gleichen Verträge „nur“ als Privaturkunde als Ausfluss der §-5-NO-Tätigkeit die Anwendung von zivilrechtlichem Auftragsrecht bejaht wird und eine Haftungsvereinbarung damit möglich ist?

Dass der Notar eine im Rahmen des Zivilrechts zulässige Haftungsvereinbarung für den §-1-NO-Bereich treffen kann, zeigen (indirekt) auch die notariellen Kammerrichtlinien THR<sup>43</sup> und VHR<sup>44</sup>. P 6 VHR regelt die Verpflichtung, bei notariellen Treuhandschaften die Versicherungssumme bis auf maximal 4,5 Mio Euro bzw 7,5 Mio Euro anzuheben. Der Notar kann von der Verpflichtung zur Erhöhung des Versicherungsschutzes durch die Befreiungserklärung der Treugeber befreit werden (P 17 THR<sup>45</sup>). P 17 THR grenzt die Möglichkeit der Befreiungserklärung nicht danach ein, ob der Treuhandschaft ein Rechtsgeschäft in Form einer Privaturkunde oder in Form eines Notariatsakts zugrunde liegt. Auf die Form des Grundgeschäfts (Privaturkunde oder Notariatsakt) wird in den Richtlinien nicht Bezug genommen. Ist eine (privatrechtliche) Befreiungsvereinbarung zur Höherversicherung möglich, so muss im Gegenzug auch eine (privatrechtliche) Vereinbarung zur Höchsthaftung zulässig sein,<sup>46</sup> und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Privaturkunde oder um eine öffentlich-rechtliche Urkunde handelt. Es wäre unbillig, dem Notar die Möglichkeit einer Haftungsvereinbarung nicht einzuräumen, wenn der Klient eine Höherversicherung ablehnt. Der Notar würde in diesem Fall weiterhin in unbegrenzter Höhe haften, sein Risiko aber nicht entsprechend absichern können. Als Ausgleich zur Nichtanpassung der Versicherungssumme an das notarielle Haftungsrisiko ist dem Notar die Möglichkeit der Beschränkung der Haftung zugestehen.

### c) Fazit

Die Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen ist einerseits rechtsdogmatisch begründbar. Andererseits indiziert die Zunahme von Haftungsrisiken (mit steigenden Transaktionswerten, komplexen rechtlichen und/oder wirtschaftlichen Zusammenhängen, mit steigendem Anspruchsbewusstsein, arbeitsteiliger Dienstleistung zB durch Errichtung von Privaturkunden und damit korrespondierend von Mantelakten, Grenzen der Versicherbar-

keit) die Notwendigkeit, Möglichkeit und Zulässigkeit einer *Haftungssteuerung durch Haftungsvereinbarung*. Der Notar kann in bestimmten Bereichen (§ 35 NO) „Amtshandlungen“ wie andere Berater nicht ablehnen, was aber Teil des allgemeinen Risikomanagements wäre.<sup>47</sup> Deshalb soll er zum Ausgleich Haftungsvereinbarungen schließen dürfen. Die Vereinbarung von Haftungsbegrenzungen ist innerhalb der Beraterszene auch branchenüblich. Rechtsanwältinnen und Wirtschaftstreuhänder begrenzen ihre Haftung schon seit Längerem.<sup>48</sup> Warum soll dies dem Notar als Teil der Rechtsberaterdienstleistungsbranche verwehrt sein?

Wird die Frage der Zulässigkeit von Haftungsvereinbarung im Bereich der §-1-NO- und § 5-NO-Tätigkeit des Notars grundsätzlich bejaht, bedeutet dies nicht, dass der Notar „jegliche“ Haftung ausschließen darf. In welchem Ausmaß Haftungsvereinbarungen zulässig sind, ist eine Frage der zulässigen Gestaltung von Haftungsvereinbarungen (dazu sogleich D.).

## D. Gestaltung von Haftungsvereinbarungen

### 1. Allgemeines

Bei der Technik von Haftungsvereinbarungen sind zwei Formen zu unterscheiden: einmal die Vereinbarung von Allgemeinen Geschäfts- oder Auftragsbedingungen („AAB“) sowie die Vereinbarung von individuellen Haftungsregelungen.<sup>49</sup> Individualvereinbarungen sind aufgrund stärkerer Willenseinbindung des Klienten in der Regel bestandssicherer als die Vereinbarung von AAB.<sup>50</sup> Die inhaltliche Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen hängt von mehreren Faktoren ab: Grad des Verschuldens, Willensfreiheit bei der Vereinbarung von Haftungsbegrenzungen, Grad der Zurechnung, Wertigkeit der verletzten Güter, Art der Pflichten (Haupt- oder

<sup>43</sup> Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer über die Vorgangsweise bei notariellen Treuhandschaften (THR 1999) vom 8. 6. 1999 idF DT-Beschluss 18. 10. 2012.

<sup>44</sup> Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer über die Vertragsbedingungen der Haftpflichtversicherung (VHR 1999) vom 8. 6. 1999 idF DT-Beschluss 21. 10. 2011.

<sup>45</sup> P 17 THR lautet: „Übersteigt der Treuhandrahmen im Einzelfall den Versicherungsschutz des Notars, so hat er eine entsprechende Erweiterung des Versicherungsschutzes zu veranlassen, es sei denn, der Treugeber befreit den Notar davon durch schriftliche Erklärung.“

<sup>46</sup> Diese Überlegung wird auch von *Godl*, Notarhaftung 24 FN 115, zugestanden, wengleich sie die Möglichkeit der Haftungsbegrenzung weiterhin verneint.

<sup>47</sup> Nämlich Risikomanagement als Form der Risikovermeidung durch Nichtausübung bestimmter Tätigkeiten, vgl *Keil*, Allgemeine Versicherungen des privaten und des gewerblichen Geschäfts<sup>2</sup> (2002) 35, oder *Aust*, Risikobewältigung bei Treuhandschaften, in *Apathy*, Die Treuhandschaft (1995) 239.

<sup>48</sup> Wirtschaftstreuhänder vereinbaren standardmäßig Allgemeine Auftragsbedingungen, sog AAB, vgl die aktuelle Fassung 2011 auf [www.kwt.or.at/de/desktopdefault.aspx/tabid-83/](http://www.kwt.or.at/de/desktopdefault.aspx/tabid-83/). Auch Rechtsanwältinnen vereinbaren vermehrt Allgemeine Auftragsbedingungen.

<sup>49</sup> Vgl für die deutsche Rechtslage *Borgmann/Jungk/Grams*, Anwaltshaftung<sup>4</sup> § 41 Rz 44 ff, Rz 54 ff; für die österr Rechtslage vgl *Völk/Völk*, Beraterhaftung Rz 415 ff.

<sup>50</sup> Zu den Detailfragen der Vereinbarung wirksamer Individualvereinbarungen oder AAB vgl für österreichisches Recht *Frotz*, Die Haftung des Versicherungsmaklers: Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung, in *Fenyves*, Die Haftung des Versicherungsmaklers (1993) 23 ff, *Karollus*, Die beschränkte Haftung der Wirtschaftstreuhänder (AAB) – Anmerkungen zu § 8 der Allgemeinen Auftragsbedingungen, RdW 1997, 583 ff; *Bydlinski*, Gedanken zur Haftung des Abschlussprüfers, in *FS Ostheim* (1990) 349 ff. Für das deutsche Recht vgl zB *Zimmermann*, Haftungsbegrenzung statt Versicherung? – Zur Reichweite von § 51a BRAO, NJW 2005, 177 ff.

Nebenpflichten), eigenem Verschulden oder Gehilfenverschulden, wirtschaftlicher Tragfähigkeit (Versicherbarkeit), Relation von Haftung und Entgelt.<sup>51</sup> Ob und in welchem Ausmaß eine Haftungsvereinbarung zulässig ist, ist auch abhängig davon, mit welchem Vertragspartner die Haftungsvereinbarung geschlossen wird. Ist der Vertragspartner ein Verbraucher, ist § 6 Abs 1 Z 9 KSchG zu berücksichtigen. Ist der Vertragspartner ein Unternehmer, ist der allgemeine Maßstab des § 879 ABGB (insb § 879 Abs 3 ABGB) beachtlich, weil Haftungsvereinbarungen keinen „gröblich benachteiligenden“ Inhalt aufweisen dürfen. In Haftungsvereinbarungen kann eine „Salvatorische Klausel“ enthalten sein, wonach die Haftungsbegrenzung bei ggf zu weitgehenden Haftungsvereinbarungen auf den gesetzmäßigen Teil des Haftungsausschlusses oder der Haftungsbeschränkung reduziert wird.<sup>52</sup>

AAB sind gleichzeitig mit Erteilung der Vollmacht zu vereinbaren, damit sie wirksamer Gegenstand des Mandatsinhalts werden. In Vollmachtsformularen sollte zu Beginn eines Auftrags eine Bestätigung zum Erhalt der AAB<sup>53</sup> und/oder ein Hinweis auf die Möglichkeit der Einsichtnahme in AAB (etwa auf der Homepage des eigenen Unternehmens) enthalten sein. Individuelle Haftungsregelungen sind vor oder im Rahmen eines Mandats (spätestens jedoch mit Erbringung der zentralen notariellen Dienstleistung<sup>54</sup>) individuell mit dem Klienten zu vereinbaren.

<sup>51</sup> Ausf Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/11 ff, im Anschluss an das bewegliche System von *Wilburg* (Die Elemente des Schadensrechtes [1941]); *Koziol* folgend ua *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung Rz 424; vgl dazu auch OGH 4 Ob 179/02 f.

<sup>52</sup> So der Praxistipp von *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung Rz 432. Allerdings ist nach der Judikatur des OGH (vgl 7 Ob 233/06 z; 7 Ob 78/06 f; 7 Ob 82/07 w) eine „Salvatorische Klausel“ im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG intransparent und unwirksam, vgl *Kathrein* in *KBB*<sup>3</sup> (2010) § 6 KSchG Rz 32. Diese Judikatur gilt jedoch nur gegenüber Verbrauchern, nicht gegenüber Unternehmern. Auch bei möglicher Unwirksamkeit der Salvatorischen Klausel gegenüber Verbrauchern ist zu fragen, ob der hypothetische Parteiwille einer (wenn auch unwirksamen, weil intransparenten) Haftungsvereinbarung nicht dennoch auszulegen ist (vgl §§ 914 f ABGB). Daher kann die (wenn auch als unwirksam kritisierte) Salvatorische Klausel für die Erhebung des hypothetischen Parteiwillens Orientierungspunkte für den Parteiwillen geben. Da die Möglichkeit der geltungserhaltenden Interpretation von AAB-Klauseln in Österreich als zulässig betrachtet wird, vgl nur *Fenyves*, Das Verhältnis von Auslegung, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle von AVB als methodisches und praktisches Problem, in *FS Bydlinski* (2001) 121 ff, 137, insb mwN in FN 95 und 96; *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung Rz 431, kommen die Parteien oder das Gericht bei einem Streit um die Zulässigkeit und um den Inhalt einer AAB-Klausel an einer Vertragsauslegung ohnehin nicht vorbei, weshalb es mE besser ist, die Salvatorische Klausel zu vereinbaren als nicht.

<sup>53</sup> Einen „Bestätigungs-Hinweis“ enthält die vom Uwe Kirschner Forschungsinstitut ausgearbeitete „Vollmacht“, auf welche im Folgenden verwiesen wird.

<sup>54</sup> ZB Kaufvertragserrichtung und Kaufvertragsunterfertigung mit damit einhergehender Belehrung über rechtliche und wirtschaftliche Risiken.

Inhaltlich sind zwei Formen der Haftungsvereinbarung zu unterscheiden: die Haftungsvereinbarung „dem Grunde nach“ sowie die Haftungsvereinbarung „der Höhe nach“. Davon ist – haftungstechnisch – nochmals die Regelung von Vertragspflichten zwischen Notar und Klient zu trennen,<sup>55</sup> die grundsätzlich nicht als Haftungsausschluss oder Haftungsbeschränkung im engeren Sinn angesehen werden.<sup>56</sup> Die Regelung der Vertragspflichten unterliegt nicht der AAB-Kontrolle des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB. Allerdings gibt es auch hier Grenzen, wenn Pflichten soweit eingeschränkt werden, dass sie einem Haftungsausschluss gleichkommen.<sup>57</sup>

Die weiteren Ausführungen erörtern zunächst die Möglichkeiten und den Inhalt bei der Regelung von Vertragspflichten (D.2). Im Anschluss daran wird auf die Gestaltungsmöglichkeiten von Haftungsvereinbarungen dem Grunde nach (D.3) sowie der Höhe nach (D.4) eingegangen.

## 2. Regelung von Vertragspflichten

Im Zentrum der notariellen Pflichten stehen – abgesehen von gesetzlichen Pflichten, die sich zB aus der NO oder aus dem ABGB ableiten – die rechtsgeschäftlich eingegangenen Pflichten, dh Pflichten, die durch Vertrag (Auftrag, Werkvertrag, freier Dienstvertrag etc) begründet werden. In der Beraterhaftung ist es entscheidend, welcher Leistungsumfang und welche Sorgfaltspflichten dem Klienten gegenüber konkret geschuldet werden. Die haftungsrechtliche Judikatur beschäftigt sich vielfach mit der Auslegung der jeweils vertraglich geschuldeten Pflichten, die oft nur allgemein oder gar nicht durch AAB oder individuelle Vereinbarungen spezifiziert sind. „Pflichtenrecht“ ist oft „Richterrecht“,<sup>58</sup> weil die Vertragspflichten im Rechtsstreit vom Gericht (ergänzend) auszulegen sind. Der Umfang von Pflichten ist für das Haftungsrisiko des Notars daher zentral. Die Regelung der vertraglichen Pflichten im Rahmen der Auftragsübernahme ebenso. Zu prüfen ist, auf welche Weise die Regelung von Vertragspflichten erfolgen kann.

Der Pflichtenumfang kann zum einen auf individueller Ebene zB durch Formulierung von Vorbehalten in den Urkunden etwa zu steuerlichen Fragen, zum Auslandsrecht oder zu Vorarbeiten der Parteien (und deren Vertreter) in den öffentlichen oder privaten Urkunden erfolgen.<sup>59</sup> Ferner helfen Belehrungsvermerke (in-

<sup>55</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/30 ff, insb Rz 18/31.

<sup>56</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/31.

<sup>57</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/32.

<sup>58</sup> *Haug/Zimmermann*, Amtshaftung<sup>3</sup> Rz 448; *Graf*, Anwaltshaftung 41–42; *Borgmann/Jungk/Grams*, Anwaltshaftung<sup>4</sup> (2004) § 16 Rz 1 ff.

<sup>59</sup> Eine Pflichteneingrenzung bei der Mantelung von Urkunden erfolgt etwa durch die vom Uwe Kirschner Forschungsinstitut ausgearbeitete individuelle „Belehrungsklausel“, die bei Erstellung von Notariatsakten oder Urkunden Verwendung finden kann. Ge-

nerhalb der Urkunde) zB zum Verzicht auf bestimmte Sicherungsmaßnahmen (Verzicht auf Rangordnung, Verzicht auf bestimmte Sicherstellungen<sup>60</sup>) bei der Eingrenzung des Haftungsrisikos. Auch Bestätigungsschreiben an den Klienten bei Beauftragung oder nach Beendigung des Auftrags wirken haftungseingrenzend, wenn sie dazu genutzt werden, die Aufgaben des Notars zu umschreiben und zu detaillieren.<sup>61</sup> Nach Beendigung des Auftrags ließe sich zB gleichzeitig mit der Übersendung der Honorarnote eine Leistungsübersicht in das Notarschreiben aufnehmen, womit der Tätigkeitsumfang des Notars dem Klienten gegenüber verdeutlicht wird und womit gleichzeitig auch angezeigt wird, dass die Tätigkeit des Notar zu Ende ist, sodass ggf Missverständnisse über die Erbringung oder Nichterbringung weiterer Dienstleistungen aufgedeckt werden können.<sup>62</sup> Zumindest bei wichtigen, komplizierten und umfangreichen Aufträgen würde eine derartige „klarstellende“ Korrespondenz haftungseingrenzend wirken.

Die Regelung des Pflichtenumfangs kann auch „generalisiert“ durch Vereinbarung von AAB erfolgen.<sup>63</sup> So können Aufklärungs-, Berichts- und Mitwirkungspflichten des Klienten/Mandanten in den AAB formuliert werden,<sup>64</sup> um die Verantwortlichkeiten zwischen Notar und Klient besser zu balancieren. Telefonische Auskünfte können in ihrer Verbindlichkeit von einer nachfolgenden schriftlichen Bestätigung abhängig gemacht werden.<sup>65</sup> Oder die Kenntnis von ausländischem Recht von der zuvor erfolgten schriftlichen Vereinbarung.<sup>66</sup>

### 3. Haftungsvereinbarung dem Grunde nach („Haftungsausschluss“)

Neben der Pflichtenkreisregelung sind auf der grundsätzlichen Haftungsebene ua Regelungen zum Schaden 3.a), Verschulden 3.b), zur Verjährung 3.c) sowie zur Dritthaftung 3.d) möglich.

rade diese Belehrungsklausel zeigt, dass die Autoren dieser Klausel von der Zulässigkeit von Haftungsbegrenzungen im Bereich der §-1-NO-Tätigkeit des Notars ausgehen, was die oben unter C.2 referierte (eigene) Rechtsmeinung unterstreicht.

<sup>60</sup> ZB mit folgendem Inhalt: „Die Klienten verzichten auf einen vollstreckbaren Notariatsakt aus Kostengründen.“ Oder: „Die Parteien verzichten auf die Sicherung einer Rangordnung aus Kostengründen.“

<sup>61</sup> Zimmermann, Risikomanagement im Notariat – Erkennen, Vermeiden und Reduzieren von Haftungsgefahren 440.

<sup>62</sup> Missverständnisse bei der Auftragsabwicklung oder bei der Abwicklung von Folgegeschäften aus einem an sich unstrittigen Erstauftrag sind nicht selten Anlass für notarielle Haftungsfälle.

<sup>63</sup> Das Uwe Kirschner Forschungsinstitut hat dazu Allgemeine Auftragsbedingungen (im Folgenden kurz „AAB“) ausgearbeitet, die diese Regelungsebene genau beachten. Auf diese AAB-Fassung wird im Folgenden verwiesen.

<sup>64</sup> So insb P 4 AAB.

<sup>65</sup> P 4.2 AAB.

<sup>66</sup> P 8 AAB.

#### a) Schaden

Nicht alle Schäden sind durch AAB oder individuelle Vereinbarungen von der Haftung ausschließbar.<sup>67</sup> Der Ausschluss von Personenschäden ist zB gegenüber Verbrauchern unzulässig (§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG).<sup>68</sup> Gegenüber Unternehmern gibt es zwar kein konkretes gesetzliches Verbot, aber auch hier wird aufgrund der hohen Wertigkeit des Rechtsguts Gesundheit und/oder persönliche Integrität der Ausschluss von Personenschäden wohl nicht zulässig sein. In der Beraterhaftung ist der Ausschluss von Personenschäden allerdings wenig relevant, da solche Schäden nur sehr selten und häufig nur im Rahmen der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten (etwa bei Verletzung von Verkehrssicherungspflichten<sup>69</sup>) auftreten.

#### b) Verschulden

Der Verschuldensgrad, für den der Notar einzustehen hat, kann ebenfalls eingegrenzt werden. Nach hM in Literatur und Judikatur ist der Ausschluss der leichten Fahrlässigkeit – ausgenommen davon sind Personenschäden<sup>70</sup> sowie sonstige unvorhersehbare oder atypische Schäden<sup>71</sup> – sowohl gegenüber dem Verbraucher (Umkehrschluss zu § 6 Abs 1 Z 9 KSchG) als auch gegenüber dem Unternehmer zulässig.<sup>72</sup> In der Regel wird diese Vereinbarung standardmäßig in den AAB getroffen. Um die Gültigkeit der Verschuldenseingrenzung in den AAB sicherzustellen, ist eine drucktechnische Hervorhebung im AAB-Text empfehlenswert.<sup>73</sup> Mit einem AAB-Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit können zB Tippfehler oder kleine Flüchtigkeitsfehler mit großem Schadenpotenzial von der Haftung ausgeschlossen werden.

In welchem Ausmaß bei Unternehmern grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden kann (bei Verbrauchern

<sup>67</sup> Vgl dazu auch die zur Bankenhaftung ergangene E des OGH 5 Ob 42/11 d; vgl dazu auch *Kerres/Kainz*, Wertpapierdienstleistungen nach dem WAG 2007 (2012) 93–94, oder *Eliskases/Kepplinger* in *Dullinger/Kaindl*, Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell, Jahrbuch 2011/2012 (2012) 97–98.

<sup>68</sup> P 8.1 zweiter Satz der AAB sowie Abs 6 der Vollmacht berücksichtigen dies.

<sup>69</sup> Bricht sich zB der Klient wegen eines unsachgemäß aufgelegten Teppichs ein Bein oder erleidet er Schnittwunden wegen eines nicht geeigneten Glastisches in den Kanzleiräumlichkeiten des Notars, können haftungsbegründende Verkehrssicherungspflichten verletzt worden sein und könnte daraus eine Haftung resultieren.

<sup>70</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 879 Rz 166.

<sup>71</sup> OGH 5 Ob 707/78 JBl 1979, 483; vgl dazu jedoch die Kritik von *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/6, der gerade den Ausschluss für unvorhersehbare oder atypische Schäden aufgrund der ohnehin fehlenden Adäquanz der schadenskausalen Tätigkeit für den Schaden für unproblematisch hält.

<sup>72</sup> *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 417–421.

<sup>73</sup> Vgl jüngst die zur Anlageberaterhaftung ergangene E des OGH 7 Ob 64/04 v, in welcher der OGH die drucktechnische Hervorhebung im AGB-Text zur Voraussetzung macht, damit der Ausschluss der leichten Fahrlässigkeit in AGB nicht als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB angesehen wird.



ist der Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit wegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht zulässig), ist in Lehre und Judikatur nicht gesichert.<sup>74</sup> Die (ältere) Judikatur unterscheidet zwischen „schlicht grober“ und „krass grober“ Fahrlässigkeit<sup>75</sup>, wonach ersterer Ausschluss noch zulässig sein soll, letzterer jedoch nicht mehr. Die Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen hängt aber von mehreren Faktoren ab, ua davon, um welche Art der Pflichten (Haupt- oder Nebenpflichten) es sich handelt und für welche Pflichten der Haftungsausschluss gelten soll.<sup>76</sup> Der gänzliche Ausschluss der groben Fahrlässigkeit bei zentralen Beraterhauptpflichten (Prüfung des Sachverhalts, Rechtsberatung, Gestaltung von Urkunden, Vollzug) wird daher kritisch zu sehen sein.<sup>77</sup> Ein geringerer Prüfungsmaßstab wird dann anzulegen sein, wenn zB detaillierte Vorarbeiten zu einem Vertrag durch die Klienten vorliegen und die notarielle Tätigkeit auf diesen Vorarbeiten aufbaut. In diesem Fall wird der Ausschluss der groben Fahrlässigkeit eher zulässig sein als bei vollständig selbst zu erfüllenden Hauptpflichten. Jedenfalls unzulässig ist der Ausschluss der Haftung für vorsätzlich herbeigeführte Schäden.

### c) Verjährung

Die Regelung des Beginns der Verjährung ist ein weiterer Ansatz der Haftungsbegrenzung.<sup>78</sup> Dabei ist zwischen der absoluten (30-jährigen) und relativen (3-jährigen) Verjährungsfrist zu unterscheiden. Einerseits kann nach hier vertretener Ansicht auch im Notarbereich die relative Verjährungsfrist von drei Jahren auf sechs Monate ab Kenntnis von Schaden und Schädiger verkürzt werden,<sup>79</sup> andererseits die absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren auf fünf Jahre ab dem schadenstiftenden Verhalten<sup>80</sup> oder – besser – ab Eintritt

des Schadens.<sup>81</sup> Gegenüber dem Verbraucher ist eine Verkürzung der Verjährungsfristen aufgrund § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nur dann zulässig, wenn es Haftungen für leichte Fahrlässigkeit betrifft.

### d) Haftungsvereinbarung mit Wirkung gegenüber Dritten

Eine Haftungsvereinbarung mit Wirkung gegenüber Dritten wird bei Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Analogie zu § 881 ABGB als zulässig betrachtet, sofern sich der Ausschluss auf reine Vermögensschäden bezieht.<sup>82</sup> Dies wird damit begründet, dass im Rahmen einer Vertragshaftung Dritte wegen reiner Vermögensschäden gesetzlich nicht geschützt sind, außer bei wissentlich fehlerhaftem Rat (vgl § 1300 ABGB).<sup>83</sup> Dem Dritten kommt daher nicht mehr Rechtsposition als dem Vertragspartner des Notars zu, die im Rahmen der Mandatsvereinbarung mit dem Vertragspartner vereinbart wird.<sup>84</sup> Die Haftung gegenüber dem Dritten kann

verjährt. Wird zB ein formnichtiges Testament errichtet und stirbt der Testamentserrichter erst nach sieben Jahren, wäre der Haftungsanspruch aufgrund einer vertraglich vereinbarten 5-jährigen Verjährungsfrist ab Beendigung der schadenstiftenden Tätigkeit verjährt, der Schaden aber erst im 7. Jahr nach Testamentserrichtung eingetreten, weil bis zum Tod des Erblassers eine Korrektur des Testaments noch möglich ist. In der E zu 1 Ob 1/00 d verwies der OGH auf die Judikatur des BGH (BGHZ 97, 21 NJW 1992, 2766), wonach eine Verjährungsfrist, die (objektiv) auf die Beendigung eines Treuhandmandats abstellt, als unzulässig betrachtet wird. Gleiches wird wohl gelten, wenn die Verjährungsfrist objektiv auf das schadenstiftende Verhalten abstellt, da auch hier eine Verjährung für fehlerhafte Dienstleistungen möglich ist, bevor der Schaden eintritt.

<sup>81</sup> Diesen Ansatz der zeitlichen Haftungsbegrenzung enthalten die AAB des Uwe Kirschner Forschungsinstituts nicht; es wird – wie zuvor unter FN 81 ausgeführt – auf das schadenstiftende Verhalten, nicht auf den Eintritt des Schadens abgestellt. Würde die Verjährungsregelung jedoch an den Schadenseintritt anknüpfen, würde diese Form der zeitlichen Haftungseingrenzung der gesetzlichen Bestimmung ua des § 275 Abs 5 UGB gleichkommen (die nach hM in der Judikatur klar als eine objektive Frist beginnend ab Schadenseintritt verstanden und als zulässig erachtet wird, vgl *Doralt*, Haftung des Abschlussprüfers [2005] 199 ff, vgl OGH 2 Ob 299/05 t sowie zur Verjährungsfrist bei Abschlussprüfer-Dritthaftung jüngst OGH 1 Ob 35/12 x). Die in den AAB angeordnete objektive Verjährungsfrist beginnend mit Eintritt des Schadens müsste daher analog zu § 275 Abs 5 UGB als zulässig angesehen werden.

<sup>82</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/41. Zur zulässigen Drittwirkung von Haftungsbegrenzungen bei Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vgl auch *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2006) 217 ff, mit Bezug auf die österr Judikatur OGH SZ 51/169, sowie deutsche Judikatur BGH NJW 1984, 355. Die Meinung in der österr Lehre ist zwar dazu differenzierter, *ebd*, 219–223, aber nicht gänzlich ablehnend. Eine Einschränkung der Dritthaftung wird bei Personen- oder Sachschäden dagegen mehrheitlich ablehnt, vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I 18/41; *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 219–223 mwN.

<sup>83</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/41.

<sup>84</sup> *F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 239 (363). Ähnlich *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 108, sofern die Drittschutzwirkung vertraglich angeordnet oder bewirkt wird; anderes gilt nach *Welser* dann, wenn die Rechte des Dritten auf objektiv-rechtlichen

<sup>74</sup> *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 423 ff.

<sup>75</sup> Die Abgrenzung zwischen schlicht grober und krass grober Fahrlässigkeit ist im Einzelnen schwierig, vgl OGH 6 Ob 836/83 (unveröffentlicht), OGH 8 Ob 77/63, OGH Rv II 284/20. Krass grobe Fahrlässigkeit grenzt an die vorsätzliche Pflichtverletzung, wobei der Vorsatz in diesem Fall nicht nachweisbar ist.

<sup>76</sup> *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 424, im Anschluss an das bewegliche System der Haftungseingrenzung bei *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/11 ff mit zahlreichen Judikaturnachweisen.

<sup>77</sup> Vgl auch *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 425; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/11 ff; *Karollus*, Die beschränkte Haftung für Wirtschaftstreuhand 584–585.

<sup>78</sup> Zur Verjährung im deutschen Notarhaftungsrecht vgl *Haug/Zimmermann*, Amtshaftung<sup>3</sup> Rz 277 ff.

<sup>79</sup> Diese Form der zeitlichen Haftungsbegrenzung ist nach OGH 1 Ob/00 d *ecolex* 2001, 68 ausdrücklich zulässig. Die Entscheidung des OGH behandelte eine Klausel in den AAB der Wirtschaftstreuhand, vgl zu den Rechtsfragen der AAB der Wirtschaftstreuhand inbs *Karollus*, Die beschränkte Haftung der Wirtschaftstreuhand 583. Die AAB der Wirtschaftstreuhand wirken dabei typischerweise gegenüber Unternehmern, sodass der OGH bei der vorgenannten Entscheidung die Wirksamkeit der in den AAB Haftungsvereinbarungen nicht im Lichte des Konsumentenschutzrechts prüfen musste.

<sup>80</sup> So P 8.5 AAB. Soll die Verjährungsfrist schon ab dem schadenstiftenden Verhalten zu laufen beginnen, könnte jedoch der Fall eintreten, dass der Anspruch bereits vor dem Eintritt eines Schadens

daher inhaltlich im gleichen Ausmaß eingeschränkt werden, als dies gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner (ob Verbraucher oder Unternehmer) zulässig ist.<sup>85</sup>

#### 4. Haftungsvereinbarung der Höhe nach („Haftungsbeschränkung“)

##### a) Höchsthaftungsbetrag

Neben der Haftungsvereinbarung dem Grunde nach („Haftungsausschluss“) sind auch Haftungsvereinbarungen der Höhe nach („Haftungsbeschränkung“) möglich. Bei dieser Form der Haftungsvereinbarung haftet der Schädiger dem Geschädigten nur bis zu einem bestimmten Schadensbetrag. Schäden, die darüber hinausgehen, sind von der Haftung ausgeschlossen. Haftungsbeschränkungen der Höhe nach sind freilich gegenüber dem Verbraucher nur im Rahmen des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG (also nur bei leichter Fahrlässigkeit, nicht bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz) zulässig. In welchem Ausmaß Haftungsbeschränkungen der Höhe nach gegenüber Unternehmen zulässig sind, ist in Diskussion und hängt letztlich – vereinfacht formuliert – davon ab, ob es sich um mehr oder weniger voraussehbare Schäden handelt und ob diese voraussehbaren Schäden mehr oder weniger versicherbar sind.<sup>86</sup>

Üblicherweise wird die Haftung auf die Höhe der Pflichtversicherungssumme beschränkt.<sup>87</sup> Aber nicht jede Höchsthaftungsbeschränkung in AAB oder durch individuelle Vereinbarung muss damit anfechtungssicher sein. Die vertragliche Beschränkung der Haftung steht unter dem Vorbehalt der Inhaltskontrolle nach Maßgabe des § 879 Abs 3 ABGB.<sup>88</sup> Die Zulässigkeit von Haftungsvereinbarungen „der Höhe nach“ wird ua von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise abhängig gemacht.<sup>89</sup> Ist zB ein Risikoausgleich über Einkauf

Schutzpflichten beruhen, die von einem Vertrag unabhängig sind, *ebd* ff, was bei einer Haftung aus Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aber nicht der Fall ist.

<sup>85</sup> Deshalb beschränkt P 8.2 AAB die Haftung nicht nur gegenüber dem Klienten, sondern zutreffend auch gegenüber dem Dritten. Da in der Beraterhaftung typischerweise Schäden als reine Vermögensschäden auftreten, ist dieser Dritthaftungsausschluss wirksam.

<sup>86</sup> Vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> 18/25–18/29, *Karollus*, Die beschränkte Haftung für Wirtschaftstreuhand 584–586, insb 586.

<sup>87</sup> Rechtsanwälte beschränken ihre Haftung zB auf € 400.000,- (so RA-Einzelunternehmen und RA-Personengesellschaften) oder auf € 2.400.000,- (so RA-GmbHs), Wirtschaftstreuhand üblicherweise auf ca € 720.000,- (dieser Betrag resultiert aus der Pflichtversicherungssumme von € 72.673,- in Kombination mit dem – obligatorischen – Gruppenvertrag der Kammer der Wirtschaftstreuhand, sodass eine Gesamtversicherungssumme von ca € 720.000,- besteht, die dann mit der Höchsthaftungsgrenze in den AAB korrespondiert); kritisch zur Beschränkung der Haftung in Höhe des 9-Fachen der Pflichtversicherungssumme bei Wirtschaftstreuhandern *Karollus*, Die beschränkte Haftung für Wirtschaftstreuhand 584–586.

<sup>88</sup> *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 430; *Karollus*, Die beschränkte Haftung für Wirtschaftstreuhand 584, 586.

<sup>89</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/28, ihm folgend *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 430. Die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Haftung

einer höheren Versicherungssumme durch das entsprechend vereinbarte Entgelt möglich, wird die rechtswirksame Vereinbarung zur Höchsthaftungsgrenze davon abhängig, ob bei der Haftungsvereinbarung die Frage der Höherversicherung mit angesprochen wurde.<sup>90</sup> Abreden sind dann nicht sachgerecht und anfechtbar, wenn die potenzielle Höchsthaftungsbegrenzung außer Verhältnis zum Entgelt, zur Größe des Verschuldens steht, eine Haftpflichtversicherung möglich und Kosten einer Haftpflichtversicherung vertretbar sind.<sup>91</sup> Anderes gilt dann, wenn der Abschluss einer Versicherung (zB mangels Versicherungskapazitäten) nicht möglich und/oder Kosten einer Versicherung wirtschaftlich nicht vertretbar sind.<sup>92</sup>

Daraus folgt: Es ist für den Notar (insbesondere bei High-Risk-Mandaten) empfehlenswert, mit dem Klienten über die Möglichkeit einer Höherversicherung zu sprechen. Je nachdem, ob es möglich ist, eine Versicherung abzuschließen oder ob der Klient bereit ist, die Kosten für die Höherversicherung zu übernehmen, kann der Versicherungsschutz entweder auf das tatsächliche betragliche Haftungsniveau angehoben oder bei Ablehnung der Höherversicherung die Haftung auf die bestehende Versicherungssumme beschränkt werden. Möglich und hilfreich ist uU auch nur eine teilweise Höherversicherung, sollte mangels Versicherbarkeit des Haftungsrisikos oder aus Kostengründen eine Versicherung in voller betraglicher Höhe nicht möglich sein. Insgesamt gilt: Je mehr mit dem Klienten über das Thema Haftung und Versicherung gesprochen wird, umso eher werden vertragliche Höchsthaftungsvereinbarungen, die damit korrespondieren, wirksam vereinbart sein.

##### b) Befreiungserklärung („Höherversicherungsverzicht“)

In der notariellen Berufshaftpflichtversicherung nimmt die Frage der Höherversicherung deshalb nicht zu Unrecht einen wichtigen Platz ein. Punkt 2.1 VHR schreibt vor, dass „der Inhaber der Notarstelle [...] die Versicherungssumme so wählen“ muss, „daß sie den aus seiner Geschäftstätigkeit absehbaren Risiken entspricht“. Daraus ist für den gesamten notariellen Geschäftsbereich die Pflicht zur Evaluierung von Haftungsrisiken und Versicherungssumme sowie ggf eine Pflicht zur Erhöhung der Versicherungssumme bis auf max 4,5 Mio Euro zu er-

– abgeleitet aus §§ 1306 a und 1310 ABGB – ist nach *Koziol* ua ein Prüfkriterium für die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung, vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/28. Die wirtschaftliche Tragweite ist „ein wichtiger Anhaltspunkt dafür, ob eine Abänderung der vom Gesetz vorgesehenen Haftung zwischen konkreten Partnern als sachgerecht oder als sittenwidrig anzusehen ist“, *ebd*.

<sup>90</sup> *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 430; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/28.

<sup>91</sup> *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 430; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/28.

<sup>92</sup> *Vökl/Vökl*, Beraterhaftung Rz 430; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/28.

schließen. Die Vorhaltung lediglich der Pflichtversicherungssumme kann, bei entsprechend höherem Haftpflichtrisiko, unter Umständen nicht den Vorgaben der NO sowie der Kammerrichtlinien entsprechen.<sup>93</sup>

P 6 VHR geht noch weiter und ordnet an, dass bei notariellen Treuhandschaften die Versicherungssummen bis auf maximal 4,5 Mio Euro bzw 7,5 Mio Euro anzuheben sind, es sei denn, der Notar lässt sich von der Erhöhung des Versicherungsschutzes durch eine Treugebererklärung befreien (P 17 THR).<sup>94</sup> Bei Treuhandschaften sind daher nach den Kammerrichtlinien – je nach (Geschäfts-)Fall – individuelle Gespräche mit dem Treugeber zur Versicherungshöhe erforderlich. Im Zuge dieser Gespräche kann entschieden werden, ob eine Höherversicherung über den vertraglich bestehenden Versicherungsschutz des Notars hinaus auf Wunsch des Treugebers erfolgt oder nicht. Lehnt der Treugeber eine Höherversicherung ab, sollte der Notar im Gegenzug gleichzeitig mit der Befreiungserklärung zur Höherversicherung auch die Haftung auf die Höhe der bestehenden Versicherungssumme begrenzen.<sup>95</sup>

Das Zusammenspiel von voraussehbarem Schaden, Höchsthaftungsbegrenzung und Versicherbarkeit des Risikos ist für die Bestandssicherheit einer Haftungsvereinbarung von erheblicher Bedeutung. Werden die Richtlinienvorgaben der THR/VHR bei der Versicherung und Vereinbarung von Haftungsbegrenzungen eingehalten, erfüllen diese die in der Literatur und Judikatur diskutierten Anforderungen an wirksame Haftungsvereinbarungen. Die THR/VHR bieten insgesamt ein gutes Risikomanagement bei der Haftungssteuerung durch Höchsthaftungsvereinbarungen.

### c) Praktisches Beispiel

Ein praktisches Beispiel soll die Gestaltung des Haftpflichtrisikos in Abhängigkeit von der Person des Klienten

ten sowie von der Möglichkeit der Vereinbarung einer Höchsthaftungsgrenze und/oder einer Höherversicherung erläutern. Es wird von folgendem Sachverhalt ausgegangen: Eine Person will einen hohen Geldbetrag in Höhe von 50 Mio Euro schenken. Der Notar soll den Schenkungsvertrag errichten. Begünstigte sind nicht Familienmitglieder. Damit besteht ein erhöhtes Haftungspotenzial, sollte der Schenkungsvertrag zum Streitgegenstand werden. Der Notar möchte vorsorgen und überlegt die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung in Kombination mit einer Höherversicherung. Welche Möglichkeiten stehen dem Notar zur Verfügung?

- Handelt es sich beim Geschenkgeber um einen Verbraucher, wäre eine Höchsthaftungsbeschränkung nur bei leichter Fahrlässigkeit möglich.
- Bei einem Unternehmer (Geschenkgeber ist zB eine GmbH oder eine Stiftung) wäre eine Höchsthaftungsbeschränkung grundsätzlich auch bei grober Fahrlässigkeit möglich. Um die Bestandssicherheit einer derartigen Vereinbarung zu gewährleisten, sollte sich das voraussehbare Haftungsrisiko jedoch im Verhältnis zur Höhe der Haftungsbeschränkung in einem angemessenen Verhältnis bewegen, die Haftungsbeschränkung individuell mit dem Auftraggeber verhandelt und die Alternative einer Höherversicherung aufgezeigt werden. Dabei sind auch eine teilweise Erhöhung der Versicherung und eine damit korrespondierende Höchsthaftungsbegrenzung besser als gar keine Regelung. Verfügt der Notar zB über eine vertragliche Versicherungssumme von 4,5 Mio Euro, wäre mit Blick auf das potenzielle Haftpflichtrisiko von 50 Mio Euro eine Beschränkung der Haftung auf die Höhe der Versicherungssumme ohne Erörterung der Alternative einer Höherversicherung (mit Blick auf die in Literatur und Judikatur aufgestellten Vorgaben an die Wirksamkeit der Haftungsvereinbarung) wohl problematisch. Lehnt der Auftraggeber dagegen auf Anraten des Notars eine Höherversicherung (zB aus Kostengründen) gänzlich oder nur zu einem Teil ab, wird eine damit korrespondierende individuelle Höchsthaftungsvereinbarung zB auf einen Betrag von 4,5 Mio Euro bestandswirksam sein.
- Gegenüber dem Verbraucher bleibt die Möglichkeit, das erhöhte Haftungsrisiko von 50 Mio Euro durch eine Höherversicherung in voller Höhe abzufangen oder das unbeschränkte Haftungsrisiko (welches über den eigenen vertraglichen Versicherungsschutz hinausreicht) in Kauf zu nehmen. Eine Haftungsbeschränkung nur für leichte Fahrlässigkeit bietet kaum Schutz; die Grenze zu grob fahrlässigen Pflichtenverstößen ist rasch überschritten. Sollte der Auftraggeber eine Höherversicherung ablehnen und der Notar das Haftungsrisiko nicht ungeschützt übernehmen wollen, verbleibt die Möglichkeit, den Auftrag abzulehnen (sofern es sich nicht gleichzeitig um ein zwinzendes „§-1-NO-Geschäft“ handelt).

<sup>93</sup> Vgl dazu in einem anderen Zusammenhang, nämlich mit Blick auf die Aliquotierungsklausel in der Haftpflichtversicherung, auch *Wilhelmer*, Die Kostenaliquotierung in der Haftpflichtversicherung, VR 9/2012, 15 ff (23).

<sup>94</sup> Treugeber können die Vertragsparteien sein oder aber – bei einer mehrseitigen Treuhandschaft – auch weitere Dritte (wie zB Banken des Käufers sowie Verkäufers), vgl zur mehrseitigen Treuhandschaft *Lehner*, Die notarielle Treuhandschaft aus berufsrechtlicher Sicht, in *Apathy*, Die Treuhandschaft (1995) 287. Die Freistellung des Notars von der Höherversicherung durch den Treugeber setzt voraus, dass *alle* Treugeber die Befreiungserklärung unterfertigen. Im Falle einer mehrseitigen (fremdfinanzierten) Treuhandschaft würde eine Freistellung lediglich durch den Käufer nicht ausreichen, um die Befreiungserklärung richtlinienkonform zu vereinbaren.

<sup>95</sup> Befreiungserklärung und Höchsthaftungsbegrenzungsvereinbarung können – durchaus praktikabel – im gleichen Dokument erfolgen. Ein entsprechendes Dokument stellt der Verfasser auf Anfrage gerne zur Verfügung. Der Verzicht auf Höherversicherung alleine würde keine Beschränkung der Haftung des Notars der Höhe nach bewirken! Unterbleibt eine gleichzeitige Höchsthaftungsbeschränkung, haftet der Notar betraglich in unbegrenzter Höhe persönlich, während sein Versicherungsschutz reduziert bleibt.

## E. Zusammenfassung

Der Notar kann seine Haftung rechtsdogmatisch nicht nur begründet begrenzen (dies gilt sowohl für Tätigkeiten nach § 5 NO als auch nach § 1 NO, nicht für die Tätigkeit als Gerichtskommissar). Er kann auch konkrete Haftungsvereinbarungen schließen, sofern er sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen hält. Die vom Uwe Kirschner Institut ausgearbeiteten Unterlagen (Vollmacht, Belehrungsklausel, AAB)<sup>96</sup> sind insgesamt gut geeignet, den Notar bei der Haftungsteuerung zu unterstützen. Zudem sind die Kammerrichtlinien VHR sowie THR geeignete Maßgaben, um bestandwirksame Höchsthaftungsvereinbarungen zu treffen. Die Kammerrichtlinien stellen einen überzeugenden Zusammen-

hang zwischen Erhöhung des Versicherungsschutzes, der Möglichkeit des Höherversicherungsverzichts sowie der damit korrespondierenden (möglichen) Höchsthaftungsbeschränkung her. Damit wird den in der Literatur geäußerten Anforderungen an wirksame Haftungsvereinbarungen angemessen entsprochen. Ob und inwieweit der Notar von Haftungsvereinbarungen Gebrauch macht, ist letztlich der Opportunität sowie den individuellen Gegebenheiten, insbesondere der Durchsetzbarkeit, anheimgestellt.

### Über den Autor:

Dr. **Hermann Wilhelmer** ist Prokurist und Leiter der „von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH“ in Österreich.

<sup>96</sup> Vgl die Ausführungen oben zu D., insbesondere die Hinweise in den FN 53, 59, 63–66, 68, 80–83, 85.