
ULRICH G. SCHROETER
Privatdozent an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

**Die Dritthaftung
staatlich anerkannter Gutachter im deutschen
und schweizerischen Recht**

Sonderdruck aus

Private Law, national – global – comparative
Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von:
Andrea Büchler
Markus Müller-Chen

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011



intersentia

Die Dritthaftung staatlich anerkannter Gutachter im deutschen und schweizerischen Recht

Ulrich G. Schroeter

I. Einleitung

Die Vertragsfreiheit gilt als die praktisch bedeutsamste Erscheinungsform der Privatautonomie.¹ Sie weist im Bereich des Schuld- oder Obligationenrechts grundsätzlich den Vertragsparteien die Aufgabe zu, die für sie wesentlichen Eigenschaften des Leistungsgegenstandes und des Vertragspartners zu beurteilen und auf dieser Grundlage eine Einigung über Vertragsschluss und -konditionen zu erzielen. Fehlt Vertragsparteien die notwendige Sachkunde, um entscheidungsrelevante Tatsachen selbst einschätzen zu können, so greifen sie nicht selten auf Gutachten fachkundiger Experten zurück, in denen eine Beurteilung etwa des Verkehrs- oder Beleihungswertes eines Grundstücks oder der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Unternehmens vorgenommen wird. Stellt sich der Inhalt eines solchen Gutachtens später als unzutreffend heraus, so muss jede Rechtsordnung die Frage beantworten, unter welchen Voraussetzungen und wem gegenüber der Gutachter für dadurch verursachte Vermögensschäden haften soll.

Auf dem damit angesprochenen Gebiet der Gutachter-, Experten- oder Auskunftshaftung werfen Fälle der sog. «Dritthaftung» besondere Schwierigkeiten auf. Gemeint sind Konstellationen, in denen es sich bei dem Geschädigten, der auf ein unzutreffendes Gutachten vertraut hat, nicht um den Auftraggeber des Gutachters handelt, sondern um einen am Gutachtenvertrag selbst nicht beteiligten Dritten (der typischerweise in Vertrauen auf den Gutachteninhalt einen Kauf- oder Finanzierungsvertrag mit dem Gutachtauftraggeber geschlossen hat). Das Schrifttum hat zur Herleitung einer Dritthaftung von Gutachtern eine Fülle unterschiedlicher Lösungsansätze entwickelt, die hier nicht im Einzelnen nachzuzeichnen sind. Die folgenden Ausführungen widmen sich stattdessen einer (praktisch freilich häufigen) Sonderkonstellation, nämlich der Dritthaftung in Fällen, in denen der Auftraggeber des Gutachtens und der vertrauende Dritte gegenläufige Interessen verfolgen, und untersucht insbesondere die zentrale Bedeutung, welche die deutsche Rechtsprechung der «staatlich anerkannten Sachkunde» bestimmter Gutachter in diesem Zusammenhang beimisst. Im Lichte der gewonnenen Erkenntnisse soll sodann die Behandlung der Gutachterdritthaftung in der schweizerischen Recht-

¹ Vgl. HONSELL, Obligationenrecht BT, Bern 2010, § 2; LARENZ/WOLF, BGB AT, 9. Aufl., München 2004, § 34 Rn. 22.

sprechung beleuchtet werden, in der einschlägige Urteile bislang selten waren² – eine Tatsache, die im Schrifttum auf den Umstand zurückgeführt wird, dass Schweizer Professoren im Allgemeinen keine Berufshaftpflichtversicherung hätten,³ aber natürlich ebenso darauf beruhen kann, dass Gutachten Schweizer Professoren (wie namentlich der Jubilarin) keinen Anlass zu Beanstandungen geben. Nachdem das BGer in jüngerer Zeit doch noch über die Gutachterhaftung bei gegenläufigen Interessen der Hauptvertragsparteien zu entscheiden hatte und dabei einen gänzlich anderen Ansatz wählte als der BGH, wird schließlich zu fragen sein, ob einzelne Erkenntnisse des deutschen Rechts gleichwohl als rechtsvergleichende Anregung für das Schweizer Recht fruchtbar gemacht werden können.⁴

II. Die Dritthaftung von Gutachtern nach deutschem Recht

Die deutsche Rechtsprechung begründet eine Gutachterdritthaftung traditionell mit der Schutzwirkung des Vertrages zwischen dem Gutachter und seinem Auftraggeber, in die unter bestimmten Voraussetzungen auch Dritte einbezogen sein können. Unterläuft dem Gutachter eine Pflichtverletzung und hat er diese zu vertreten, so kann dem Dritten folglich ein vertraglicher Schadensersatzanspruch zustehen – eine rechtliche Konstruktion, die entwickelt wurde, um vermeintliche Unzulänglichkeiten des deutschen Deliktsrechts zu umgehen.⁵ Die Rechtsprechung hält bis heute an ihr fest, obgleich der durch die Schuldrechtsreform des Jahres 2002 neu geschaffene § 311 Abs. 3 S. 2 BGB auch die Möglichkeit einer nichtvertraglichen Haftung von Personen verdeutlicht, die in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen und dadurch Vertragsverhandlungen oder Vertragsschlüsse erheblich beeinflusst haben.⁶ Der Wunsch des Gesetzgebers, diese Vorschrift werde «der Rechtsprechung aufzeigen, dass diese Fälle auch auf diesem Wege zu lösen sind»⁷, ist bislang also ohne praktische Folgen geblieben.

2 HOFSTETTER, Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht, AJP 1998, 261, 262; PLOTKE, Bemerkungen zu BGE 130 III 345, AJP 2005, 350, 351.

3 So HOFSTETTER, AJP 1998, 261, 262 unter Berufung auf einen «bekannten Haftrechtsspezialisten» einer Versicherungsgesellschaft.

4 Vgl. allgemein SCHWENZER, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: SCHWENZER (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert: Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Peter Schlechtriem, Tübingen 1999, 59 ff.

5 Statt vieler GRÜNEBERG, in: PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München 2010, § 328 BGB Rn. 13.

6 OLG Düsseldorf, DB 2009, 2369, 2370.

7 BT-Drs. 14/6040, 163.

1. *Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Haftungsgrundlage*

Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages setzt dabei nach überkommener Rechtsprechungsformel voraus, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung aus dem Vertrag in Berührung kommt (Leistungsnahe), der Auftraggeber als Vertragsgläubiger ein objektives Interesse am Schutz des betroffenen Dritten besitzt (Schutz- oder Einbeziehungsinteresse), beide Umstände für den Schuldner erkennbar waren und der Dritte schutzbedürftig ist.⁸ Die entscheidenden Abgrenzungen erfolgen in der Rechtsanwendungspraxis bei der Bestimmung des Schutzinteresses: Dieses entscheidet regelmäßig darüber, ob der Schuldner nicht nur seinem Vertragspartner, sondern potentiell auch Dritten nach vertraglichen Grundsätzen auf Schadensersatz haftet. Verträgen ist dabei lange Zeit vor allem dort Schutzwirkung zugunsten Dritter zuerkannt worden, wo deren Schutz vor physischen Einwirkungen in Rede stand und der Schuldner auf deliktischer Grundlage nicht haftete, weil er sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren konnte.⁹ Ein Schutzinteresse wurde dabei immer dann angenommen, wenn der Gläubiger «sozusagen für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich [war], weil dessen Schädigung auch ihn trifft, indem er ihm gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist»¹⁰ (sog. «Wohl und Wehe»-Formel).

Erst seit den 1980er Jahren setzt der BGH den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch ein, um Geschädigten einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen Gutachter einzuräumen, denn durch das Vertrauen auf ein Gutachten entstandene «reine» Vermögensschaden sind nach deutschem Deliktsrecht nicht ausgleichspflichtig, solange der Gutachter lediglich fahrlässig handelte.¹¹ Schwierigkeiten macht in den Gutachtenfällen allerdings das erforderliche objektive Interesse des Gutachtauftraggebers am Schutz des Dritten, denn die «Wohl und Wehe»-Formel passt hier kaum. Dem BGH zufolge ist diese Formel jedoch nicht als abschließend zu verstehen, weshalb die Parteien eines (Gutachten-)Vertrages dessen Schutzbereich privatautonom auf jeden beliebigen Dritten erstrecken können.¹² Von einer Erstreckung des vertraglichen Schutzbereiches soll dabei insbesondere dann auszugehen sein, wenn – wie der BGH in ständiger Rechtsprechung betont – «der Auftraggeber von einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte

8 GRÜNEBERG (Fn. 5), § 328 BGB Rn. 16 ff.

9 VON CAEMMERER, Verträge zugunsten Dritter, FS Wieacker, Göttingen 1978, 311 f.

10 BGHZ 51, 91, 96; BGHZ 56, 269, 273; BGHZ 66, 51, 57; BGH, NJW 1971, 1931.

11 Das Vermögen gehört nicht zu den in § 823 Abs. 1 BGB enumerativ aufgezählten Rechtsgütern; RGZ 51, 92, 93; BGHZ 41, 123, 126 f.

12 BGH, NJW 1984, 355 f.; BGH, JZ 1985, 951, 952. So zuvor schon VON CAEMMERER, FS Wieacker, 311, 316 f.

Sachkunde verfügt, ein Gutachten oder eine gutachtliche Äußerung bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen».¹³

2. Die Relevanz der «besonderen, vom Staat anerkannten» Sachkunde

Der «besonderen, vom Staat anerkannten Sachkunde» des Gutachters, auf welche die Rechtsprechung formelhaft abstellt, kommt bei genauerem Hinsehen eine doppelte Relevanz zu:

a) Hinreichendes, aber nicht notwendiges Indiz eines rechtsgeschäftlichen Schutzwillens der Parteien

So spielt sie zum einen für die Feststellung eine Rolle, ob der Gutachtenvertrag nach dem Willen seiner Parteien überhaupt den Schutz Dritter umfassen soll. Entscheidend ist insoweit der übereinstimmende rechtsgeschäftliche Wille von Auftraggeber und Gutachter, den der Tatrichter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln hat.¹⁴ Ein Schutzinteresse des Auftraggebers nimmt der BGH nun immer dann an, wenn dieser ein Gutachten, das erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt ist, bei einem Gutachter in Auftrag gibt, der über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, weil ein solches Gutachten «in der Regel nach dem Willen des Bestellers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein» solle.¹⁵ Könnte der Gutachter dies erkennen und müsse er daher damit rechnen, dass sein Gutachten gegenüber Dritten verwendet und von diesen zur Grundlage einer Entscheidung über Vermögensdispositionen gemacht wird, so stimme er der Einbeziehung dieser Dritten in den Schutzbereich des Gutachtenvertrages konkludent zu, wenn er das Gutachten erstellt.¹⁶

Die «besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde» des Gutachters stellt in diesem Zusammenhang also nur eine (unter potentiell zahlreichen) Tatsachen dar, von denen auf einen Schutzwillen der Vertragsparteien geschlossen werden kann.¹⁷ Sie ist damit eine zwar hinreichende, aber keine notwendige Voraussetzung des Schutzwillens: Wird ein Gutachtenvertrag mit einem Gutachter ohne staatliche Anerkennung abgeschlossen, so haftet auch dieser gegenüber Dritten, sofern der

13 BGHZ 127, 378, 380; BGHZ 138, 257, 260 f.; BGHZ 145, 187, 197; BGH, NJW 2004, 3420, 3421; BGH, NJW 2006, 1975, 1976. BGH, NJW 2002, 3625, 3626 spricht von einer «Berufshaftung für Berufsgruppen, die über eine vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen».

14 BGH, NJW 1984, 355, 356; BGH, NJW 2001, 514, 516; BGHZ 159, 1, 4.

15 BGH, JZ 1985, 951, 952; BGH, NJW-RR 1986, 1307; BGH, NJW 1987, 1758, 1759; BGH, DB 1989, 101, 102; BGH, NJW-RR 1989, 696; BGHZ 159, 1, 4.

16 BGH, WM 1985, 450, 452; BGHZ 127, 378, 380 f.; BGHZ 145, 187, 197; BGHZ 159, 1, 5.

17 Kritisch HONSELL, Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten, FS Nobel, Bern 2005, 939, 952.

Wille der Vertragsparteien – wie vom Tatrichter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ermittelt – den Schutz Dritter umfasst.¹⁸

b) Notwendige Voraussetzung einer Dritthaftung bei «gegenläufigen Interessen»

Als notwendige Voraussetzung einer Dritthaftung erweist sich die staatlich anerkannte Sachkunde des Gutachters hingegen in Konstellationen, in denen die Interessen von Auftraggeber und Drittem gegenläufig sind und es daher auf den ersten Blick abwegig erscheint, ein «objektives Interesse» des Gutachtauftraggebers am vertraglichen Schutz des betroffenen Dritten anzunehmen. «Gegenläufige Interessen» dieser Art bestehen namentlich zwischen Verkäufer und Käufer eines Gegenstandes (typischerweise eines Grundstückes), über dessen Wert ein Gutachten eingeholt wird: Während der Verkäufer in einem solchen Fall an der gutachtlichen Feststellung eines möglichst hohen Verkehrswerts interessiert ist, wünscht der Käufer die Ermittlung eines möglichst niedrigen Verkehrswerts. Die diametral divergenten wirtschaftlichen Interessen der (potentiellen) Kaufvertragsparteien scheinen die Annahme auszuschließen, eine der Parteien könnte bei Beauftragung «ihres» Gutachters den rechtsgeschäftlichen Willen gehabt haben, die Gegenpartei der anstehenden Preisverhandlungen als Dritten in den Schutzbereich ihres Gutachtenvertrages einzubeziehen. Die Konstellation «gegenläufiger Interessen» hebt sich damit von Dritthaftungsfällen ab, in denen die Interessen von Auftraggeber und Drittem entweder gleich laufen (wie etwa bei der Gutachtenbeauftragung durch einen Kaufinteressenten, der Schutzwirkung zugunsten eines anderen Kaufinteressenten zukommt,¹⁹ oder einem Gutachten, das durch eine GmbH in Auftrag gegeben wird, um deren Gesellschafter vor steuerlich nachteiligen Folgen einer verdeckten Gewinnausschüttung zu bewahren²⁰) oder zumindest nicht offensichtlich divergieren (wie wohl bei Gutachten über den Beleihungswert eines Grundstückes, bei dessen Bestellung der Grundstückseigentümer und potentielle Kreditnehmer zwar an einem möglichst hohen Wert, die mitgeschützte Bank aber nicht an einem möglichst niedrigen Wert interessiert sein dürfte²¹).

Die Beurteilung des Schutzinteresses in Fällen «gegenläufiger Interessen» ist im Laufe der Zeit wechselhaft gewesen und bleibt bis heute umstritten. Die frühere Rechtsprechung lehnte ein Schutzinteresse noch pauschal ab²² und verschiedene

18 BGH, NJW 2001, 514, 516; BGHZ 159, 1, 5; JAGMANN, in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin 2001, § 328 BGB Rn. 139.

19 So in BGH, NJW 1984, 355, 356.

20 BGH, NJW 1983, 1053, 1054.

21 A.A. insoweit BGH, NJW 1973, 321, 322, wo gegenläufige Interessen angenommen wurden.

22 BGH, NJW 1973, 321, 322: «verbietet sich [...] mit Rücksicht auf die erkennbare Gegenläufigkeit der Interessen».

Stimmen im Schrifttum halten an dieser Auffassung fest, weil es «ungereimt, ja fast paradox [wirke], einen Vertrag als Instrument zum Schutz des Widerparts (!) eines anderen Vertrages zu benutzen».²³ Der BGH hält eine Drittschutzwirkung von Gutachtenverträgen dagegen in mittlerweile st. Rspr. trotz «gegenläufiger Interessen» für möglich und stellt dabei wiederum auf die «besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde» des Gutachters ab: Wer bei einer solchen Person (z.B. öffentlich bestellter Sachverständiger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater) ein Gutachten oder eine gutachtliche Äußerung bestelle, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen, sei in der Regel daran interessiert, dass die Ausarbeitung die entsprechende Beweiskraft besitze. «Dies ist jedoch nur dann gewährleistet, wenn der Verfasser sie objektiv nach bestem Wissen und Gewissen erstellt und auch dem Dritten gegenüber dafür einsteht.»²⁴ Dementsprechend spreche in einem solchen Fall – nicht hingegen auch in anderen Fällen! – die Gegenläufigkeit der Interessen nicht gegen die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages.²⁵ Die Rechtsprechung unterscheidet damit zwei Kategorien von Gutachtern:

aa) Gutachter mit staatlich anerkannter Sachkunde

Zu den Personen mit «besonderer, vom Staat anerkannter Sachkunde» zählt sie zunächst die (häufig beispielhaft genannten) öffentlich bestellten Sachverständigen, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater,²⁶ deren gutachtliche Äußerungen gemeinsam zugleich den größten Teil der praktischen Dritthaftungsfälle ausmachen. Dasselbe wurde angenommen für einen Arzt²⁷ und den verpflichteten Bausachverständigen einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse, in dessen Verpflichtung der BGH einen der staatlichen Anerkennung «vergleichbaren Akt» erkannte.²⁸

23 So CANARIS, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei «Gegenläufigkeit» der Interessen, JZ 1995, 441, 443; in diesem Sinne ebenfalls EICHLER, Vertragliche Dritthaftung: Eine Auseinandersetzung mit der Frage der Dritthaftung von sogenannten Experten und anderen Auskunftspersonen im Rahmen des § 311 Abs. 3 BGB, Frankfurt 2007, 172; HONSELL, FS Nobel, 939, 954.

24 BGH, NJW 1987, 1758, 1759 f.

25 BGH, NJW 1987, 1758, 1759 f.; BGH, NJW-RR 1989, 696; BGHZ 127, 378, 380; BGHZ 138, 257, 261. BGHZ 127, 378, 381 hat diese Formel geringfügig erweitert und eine «besondere, durch staatliche Anerkennung *oder einen vergleichbaren Akt* nachgewiesene Sachkunde» genügen lassen.

26 BGHZ 127, 378, 382; BGHZ 145, 187, 197 und öfter.

27 BGH, NJW 2002, 3625, 3626 (betraf einen Todesfallbericht, der als Gutachten für eine Versicherung erstattet worden war).

28 BGHZ 127, 378, 382. BGH, NJW-RR 2002, 1528 hat dasselbe bei einem vereidigten (aber nicht öffentlich bestellten) Sachverständigen angenommen.

bb) Mangels staatlicher Anerkennung nicht hinreichende Sachkunde

Dagegen hat der BGH von vornherein betont, dass ein «bloß privater» Sachverständiger bei gegenläufigen Interessen nicht gegenüber Dritten haftet.²⁹ Die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat eine Dritthaftung daher bei einer ganzen Reihe von Gutachtern abgelehnt, wenn es an der staatlichen Anerkennung ihrer Sachkunde – die selbst gar nicht zweifelhaft war – fehlte: So wurden Schadensersatzansprüche Dritter gegen ein privates Sachverständigenbüro für die Wertermittlung von Immobilien,³⁰ gegen einen nicht öffentlich zum Sachverständigen bestellten Architekten³¹ und gegen eine private Sachverständigenfirma für Haus- und Grundstücksbewertung zurückgewiesen, obwohl Letztere immerhin Mitglied im (Vertrauen erweckenden?) «Hauptverband freier Sachverständiger Deutschland-Ost» war.³² In jüngerer Zeit wurde mit dieser Begründung sogar die Dritthaftung einer marktbekannten deutschen Großbank (der Deutschen Bank AG) verneint,³³ obgleich der BGH dasselbe Kreditinstitut noch kurz zuvor ausdrücklich als «besonders angesehene deutsche Bank» eingestuft hatte.³⁴

3. Bewertung

Die Rechtsprechung misst der staatlichen Anerkennung der gutachterlichen Sachkunde nach alledem entscheidende Bedeutung zu, indem sie ein Schutzinteresse des Auftraggebers in Fällen «gegenläufiger Interessen» allein bei deren Vorliegen annimmt. Die Literatur spiegelt diese Differenzierung überraschenderweise kaum wieder, sondern behauptet fast durchgehend verkürzend (und irreführend), eine Gegenläufigkeit der Interessen stehe einem vertraglichen Drittschutz generell nicht entgegen.³⁵ Dies mag auch damit zusammenhängen, dass im ersten Zugriff in der Tat nicht einleuchtet, warum gerade die staatliche Anerkennung der Sachkunde eines Gutachters für die Annahme sprechen soll, dessen Auftraggeber wolle seinem Vertragsgegner gratis einen vertraglichen Schutz zukommen lassen: Die durch eine solche Anerkennung ausgelöste Erwartung einer besonders hervorgehobenen

29 So BGHZ 127, 378, 382.

30 OLG Dresden, NJW-RR 1997, 1001, 1002.

31 OLG Düsseldorf, BauR 2005, 1054, 1056.

32 OLG Dresden, NJW-RR 1997, 1456.

33 LG München I, 31.3.2009 – 33 O 25598/05, Rn. 258, insoweit nicht abgedruckt in BB 2009, 729.

34 BGHZ 166, 84, 95.

35 So statt vieler etwa GOTTWALD, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., München 2007, § 328 BGB Rn. 124, 151; GRÜNEBERG (Fn. 5), § 328 BGB Rn. 34; JAGMANN (Fn. 18), § 328 BGB Rn. 108; ZUGEHÖR, Uneinheitliche Rechtsprechung des BGH zum (Rechtsberater-)Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, NJW 2008, 1105, 1106.

Kompetenz, Erfahrung und Zuverlässigkeit, auf die der BGH erläuternd verweist,³⁶ mag für die inhaltliche Richtigkeit des erwarteten Gutachtens sprechen, sagt jedoch über den Altruismus einer Verhandlungspartei nichts aus.³⁷ Der Grund für die besondere Behandlung staatlich anerkannter Gutachter dürfte richtigerweise auch nicht in deren zertifizierter *Sachkunde* liegen, auf die formelhaft Bezug genommen wird, sondern in ihrer *Unparteilichkeit* und Unabhängigkeit von dem Auftraggeber, zu der eine staatliche Anerkennung sie regelmäßig verpflichtet. So werden öffentlich bestellte Sachverständige in der Tat gemäß § 36 Abs. 1 S. 2 GewO darauf vereidigt, ihre Aufgaben unabhängig, weisungsfrei, gewissenhaft und unparteiisch zu erfüllen,³⁸ und auch Wirtschaftsprüfer und Steuerberater sind nach § 43 Abs. 1 S. 2 WiPrO, § 57 Abs. 1 StBerG gesetzlich verpflichtet, sich bei der Erstattung von Gutachten unparteiisch zu verhalten. Ist es staatlich anerkannten Gutachtern danach ohnehin gesetzlich untersagt, bei der Gutachtenerstellung auf Interessen ihres Auftraggebers Rücksicht zu nehmen, so spricht die Gegenläufigkeit der Interessen eines Dritten in der Tat nicht entscheidend dagegen, ihn in den Schutzbereich des Gutachtenvertrages einzubeziehen.

Im Ergebnis erweist sich die Anknüpfung an die «besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde» des Gutachters also als eine *falsa demonstratio*, weil tatsächlich die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des staatlich anerkannten Gutachters gemeint ist. In manchen Entscheidungen des BGH klingt dies auch an.³⁹ Man wird daher richtigerweise auch nicht jede staatliche Anerkennung genügen lassen können, sondern anhand der daran gebundenen Folgepflichten zu differenzieren haben: Nur Anerkennungen, die zur Unparteilichkeit bei Gutachtenerstattungen verpflichten, sollten per se den Einwand der Gegenläufigkeit der Interessen überwinden können. Hieran fehlt es etwa bei der staatlichen Zulassung von Rechtsanwälten, die durch § 43a Abs. 4 BRAO gerade zur parteiischen Interessenswahrnehmung verpflichtet werden.⁴⁰

36 BGH, NJW 2001, 514, 516; BGHZ 127, 378, 382.

37 Kritisch deshalb HONSELL, FS Nobel, 939, 955: «Im Kontext der juristischen Konstruktionen des BGH haftet dieser Begründung etwas Zufälliges, ja Beliebiges an.»

38 In den einschlägigen Sachverständigenordnungen der Industrie- und Handelskammern werden diese Anforderungen näher konkretisiert; vgl. § 8 Muster-Sachverständigenordnung des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) in der Fassung vom 21. Juni 2001.

39 So in BGH, JZ 1985, 951, 952; BGH, NJW-RR 1989, 696 und namentlich in BGH, NJW 2006, 1975, 1976: «... auf Grund der Sachkunde und der von ihm erwarteten Unabhängigkeit, Gewissenhaftigkeit und Unparteilichkeit ...».

40 Unklar ZUGEHÖR, NJW 2008, 1105, 1110.

III. Die Dritthaftung von Gutachtern nach schweizerischem Recht

1. Die Konstellation «gegenläufiger Interessen» als Fallgruppe jenseits des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Anders als in Deutschland konnte der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Schweiz nie eine vergleichbare Anerkennung erlangen, soweit die Gutachterdritthaftung in Rede steht: Im Schrifttum treffen befürwortende Stellungnahmen⁴¹ seit jeher auf zahlreiche kritische Gegenstimmen, die namentlich das rechtsgeschäftliche Drittschutzinteresse der Gutachtenvertragsparteien als reine Fiktion ablehnen.⁴² Nachdem das BGer die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte mehrfach beiläufig angesprochen hatte, ohne sie jemals grundsätzlich anzuerkennen,⁴³ stellte es in seiner wegweisenden «Liegenschaftenschätzer»-Entscheidung schließlich klar, dass eine Gutachterhaftung auf dieser Grundlage allenfalls denkbar wäre, wenn der Auftraggeber im Einverständnis mit den zu schützenden Dritten den Schätzungsauftrag in eigenem Namen erteilt und dem Gutachter diese gemeinsame Interessenlage offen gelegt hätte. In Fällen, in denen die Interessen der Vertragsparteien gegenläufig seien, scheidet die Annahme eines Schutzinteresses dagegen jedenfalls aus.⁴⁴ Das BGer bezieht damit bewusst die gegenteilige Position zum deutschen BGH (auf dessen abweichende Rechtsprechung es ausdrücklich hinweist⁴⁵) und lehnt eine vertragliche Dritthaftung zumindest für Fälle «gegenläufiger Interessen» ab.⁴⁶

41 BaslerKomm/WIEGAND, Einl. zu Art. 97-109 OR N 9; BUCHER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1988, 484 f.; WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, 273, 290.

42 Commentaire romand/THÉVENOZ, Art. 97 OR N 48 f.; HOFSTETTER, AJP 1998, 261, 262 f.; KOLLER, Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: KOLLER (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, N 24; SCHÖNENBERGER, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten, Basel 1999, 115; SCHWENZER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, N 87.05.

43 BGE 120 II 112, 116; 121 III 310, 315; 123 III 204, 211; BGer, ZBJV 2000, 289, 291 (alles keine Gutachten- oder Auskunftsfälle).

44 BGE 130 III 345, 347 f. unter Verweis auf WALTER, ZBJV 1996, 273, 291 f. sowie CANARIS, JZ 1995, 441 ff.

45 BGE 130 III 345, 348 unter Verweis auf BGH, NJW 1995, 392 mit zustimmender Anm. MEDICUS, JZ 1995, 308.

46 Dem BGer zustimmend HONSELL, FS Nobel, 939, 949; LOSER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, N 1014.

2. Die Vertrauenshaftung des Gutachters

Die Dritthaftung von Gutachtern wird in der Schweiz stattdessen auf die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung gestützt,⁴⁷ die das BGer seit jüngerer Zeit im Anschluss an Stimmen im Schrifttum⁴⁸ als eigenständige Haftungsgrundlage anerkennt⁴⁹ und die es dogmatisch «zwischen Vertrag und Delikt»⁵⁰ ansiedelt.

a) Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung

Die Vertrauenshaftung des Gutachters wird dabei nicht aus dem Gutachtenvertrag mit seinem Auftraggeber abgeleitet, sondern gründet in dem Vertrauen, das der Gutachter durch sein Gutachten in dem (aktuellen oder potentiellen) Vertragspartner des Auftraggebers erweckt. Der Gutachter haftet danach nicht einem Dritten *gegenüber*, sondern wird *selbst* als der Dritte angesehen, der nach Vertrauensgrundsätzen derjenigen Partei des (angebahnten) Hauptvertrages haftet, mit der er selbst nicht vertraglich verbunden ist – eine Perspektive, die derjenigen des deutschen § 311 Abs. 3 S. 2 BGB ähnelt.⁵¹ Die Vertrauenshaftung nach Schweizer Recht setzt dabei zum einen eine «rechtliche Sonderverbindung» zwischen Schädiger (hier: dem Gutachter) und Geschädigtem sowie zum anderen ein «schutzwürdiges Vertrauen» voraus, welches der Gutachter auf Seiten des Geschädigten geweckt hat.⁵² Trifft der Geschädigte aufgrund der erzeugten Erwartungen nachteilige Dispositionen, so haftet der Gutachter ihm auf Schadensersatz.

b) Die mangelnde Vorherseh- und Abgrenzbarkeit der Haftung

Der zentrale Kritikpunkt, der gegen die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung vorgebracht wird, ist ihre Konturenlosigkeit.⁵³ Dass dieses Monitum berechtigt ist, wird bei Anwendung ihrer Haftungsvoraussetzungen auf die hier interessierenden Gutachterkonstellationen deutlich: So ist schon das Erfordernis einer «rechtlichen

47 BGE 130 III 345, 349 ff. (Liegenschaftenschätzer); ebenso zuvor schon (obiter) BGE 124 III 363, 369 (Rechtsanwalt).

48 BernerKomm/KRAMER, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N 142 ff.; dieser wiederum anknüpfend an CANARIS, JZ 1965, 475 ff.

49 BGE 120 II 331, 336; 121 III 350, 355; 124 III 297, 304; 124 III 363, 369; 130 III 345, 349; 133 III 449, 451; 134 III 390, 395.

50 BGE 121 III 350, 354; 130 III 345, 349; 134 III 390, 395.

51 Auch die Vertrauenshaftung wird im Folgenden gleichwohl unter den Begriff der «Dritthaftung» gefasst.

52 BGE 120 II 331, 336; 121 III 350, 355; 124 III 297, 304; 128 III 324, 327; 130 III 345, 349; BaslerKomm/BUCHER, Art. 1 OR N 69a ff.

53 KOLLER (Fn. 42), N 22; SCHWENZER (Fn. 42), N 52.03 f.; SCHWENZER (Fn. 4), 59, 68; WIDMER, Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR 2001 I, 101, 114 ff.; ebenso aus Sicht der Praxis HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Die Vertrauenshaftung aus der Sicht eines praktizierenden Anwalts, in: KOLLER (Hrsg.), Dritthaftung einer Vertragspartei, St. Gallen 2005, 199, 205 ff.

Sonderverbindung» zwischen Gutachter und vertrauendem Dritten, das die Vertrauenshaftungsfälle von dem ungewollten und zufälligen Zusammenprallen zweier Personen abgrenzen soll (das allein dem Deliktsrecht unterfällt),⁵⁴ kaum greifbar. Wenn das BGer zur Konkretisierung darauf abstellt, ob eine «persönliche Beziehung zwischen den Beteiligten» bestand,⁵⁵ sie «rechtlich in besonderer Nähe zueinander stehen»,⁵⁶ eine hinreichende «Intensität der Sonderverbindung»⁵⁷ oder ein «bewusstes oder normativ zurechenbares Verhalten» der in Anspruch genommenen Person⁵⁸ vorliegt, ist damit wenig oder nichts geklärt. Dies gilt umso mehr, als in Gutachterfällen bereits eine «mittelbare» Beziehung zu vertragsfremden Dritten genügen soll, die ohne unmittelbaren Kontakt schlicht durch eine normativ zurechenbare Kundgabe des Gutachters entsteht, er stehe für die Richtigkeit seines Gutachtens ein.⁵⁹ Daneben wird auch das «schutzwürdige Vertrauen» nicht mit Blick auf Perspektive und Verhalten des Dritten bestimmt, sondern soll wiederum allein ein Verhalten des Gutachters voraussetzen, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des geschädigten Dritten zu wecken.⁶⁰

Rechtliche Sonderverbindung und erwecktes Vertrauen stellen also – obwohl als zwei zu unterscheidende, kumulative Voraussetzungen der Vertrauenshaftung postuliert⁶¹ – letztlich übereinstimmend auf das normativ oder vertrauensrechtlich zurechenbare Verhalten⁶² des Gutachters ab. Es bleibt jedoch gänzlich unklar, wo die Grenze zu einer normativ oder vertrauensrechtlich ausgelösten Dritthaftung verläuft und durch welches Verhalten ein Gutachter sie überschreitet – ein Dilemma, das (ungeachtet der unterschiedlichen dogmatischen Haftungsherleitung) Parallelen zur schwierigen Ermittlung des rechtsgeschäftlichen Schutzwillens im deutschen Recht offenkundig werden lässt. Die Praxis belastet dies mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit.⁶³

54 BGE 120 II 331, 336; 121 III 350, 356; 128 III 324, 327; BGer, ZBJV 2000, 289, 291; BGE 130 III 345, 349; BernerKomm/KRAMER, Allg. Einl. in das schweizerische OR, N 141; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER (Fn. 53), 199, 205; PLOTKE, AJP 2005, 350, 353.

55 BGer, ZBJV 2000, 289, 291; BGE 130 III 345, 350.

56 BGE 128 III 324, 327.

57 BGE 130 III 345, 351.

58 BGE 128 III 324, 327; BGer, ZBJV 2000, 289, 291; BGE 130 III 345, 349. Kritisch dazu LOSER (Fn. 46), N 771: «Wenig aussagekräftig und als Haftungskriterium ungeeignet».

59 BGE 130 III 345, 350; LOSER (Fn. 46), N 800.

60 BGE 120 II 331, 336; 121 III 350, 355; 124 III 297, 304; 130 III 345, 349; BaslerKomm/BUCHER, Art. 1 OR N 69a ff.

61 BGer, 9.12.2004, 4C.47/2004, E. 3; PLOTKE, AJP 2005, 350, 353. Anders hingegen MOSER, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Bern 1998, 155 ff.

62 So namentlich BGer, ZBJV 2000, 289, 291; BGE 130 III 345, 349 f.

63 HÜRLIMANN/SIEGENTHALER (Fn. 53), 199, 209; WIDMER, ZSR 2001 I, 101, 118.

3. *Die Relevanz der staatlichen Anerkennung des Gutachters im schweizerischen Haftungsrecht*

Die staatliche Anerkennung des Gutachters, die im deutschen Recht für eine gewisse Konkretisierung der Dritthaftungsvoraussetzungen sorgt, hat im Schweizer Recht der Vertrauenshaftung bislang keine Bedeutung erlangt. Nimmt man jedoch das Schweizer Haftungsrecht in seiner Gesamtheit in den Blick, so lassen sich durchaus Grundlagen für einen Argumentationsansatz finden, der das Bestehen (oder Fehlen) einer staatlichen Anerkennung auch in diesem Zusammenhang fruchtbar macht:

- a) Die besondere Stellung «obrigkeitsrechtlich konzessionierter Gewerbe» gemäß Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR

So ist es nach schweizerischem Obligationenrecht gemäß Art. 100 Abs. 1 OR grundsätzlich zulässig, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit vertraglich auszuschließen,⁶⁴ und Rechtsprechung und Literatur erstrecken einen solchen Haftungsausschluss regelmäßig auch auf die außervertragliche Haftung.⁶⁵ Von diesem Grundsatz macht das Gesetz jedoch wichtige Ausnahmen⁶⁶ für Konstellationen, in denen die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines «obrigkeitsrechtlich konzessionierten Gewerbes» folgt: In solchen Fällen stellt Art. 100 Abs. 2 OR es in das Ermessen des Richters, den im voraus erklärten Verzicht auf die Haftung für leichtes Verschulden für nichtig zu erklären, und nach Art. 101 Abs. 3 OR darf auch die Haftung für Hilfspersonen, die grundsätzlich im Voraus abbedungen werden kann, von Betreibern obrigkeitsrechtlich konzessionierter Gewerbe höchstens auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden. Als «obrigkeitsrechtlich konzessionierte Gewerbe» sind dabei nach herrschender Ansicht alle Gewerbe und Berufe anzusehen, zu deren Ausübung es einer verwaltungsrechtlichen Konzession oder einer sonstigen öffentlich-rechtlichen Erlaubnis (Polizeierlaubnis),⁶⁷ also gleichsam einer staatlichen Anerkennung bedarf. Zu ihnen werden neben der Post,⁶⁸ Eisenbahnen und

64 BernerKomm/WEBER, Art. 100 OR N 101; SCHWENZER, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: KOLLER (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, 99, 113.

65 BGE 107 II 161, 168; 120 II 58, 61; BernerKomm/WEBER, Art. 100 OR N 49 mit zahlreichen Nw.

66 Vgl. SCHWENZER (Fn. 64), 99, 113: «wesentliche Einschränkung der Freizeichnungsmöglichkeit».

67 BernerKomm/BECKER (1941), Art. 100 OR N 8; KOLLER, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zürich 1980, N 374, 377; ZürcherKomm/OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 100 OR N 5; kritisch BernerKomm/WEBER, Art. 100 OR N 116; SPIRO, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 353.

68 SCHWENZER (Fn. 42), N 24.06.

Luftseilbahnen⁶⁹ namentlich Banken⁷⁰ gezählt, aber auch Ärzte, Notare, Rechtsanwälte, Apotheker, Energieversorgungsunternehmen und Gastwirte,⁷¹ der Salz- und der Pulververkauf⁷² und sogar Stiefelputzer und Zeitungsausrufer.⁷³

Die Gründe, derentwegen die Angehörigen staatlich zulassungspflichtiger Berufsgruppen durch das Gesetz in ihren vertraglichen Freizeichnungsmöglichkeiten beschränkt und somit einer schärferen Haftung unterworfen werden, haben sich dabei im Laufe der Zeit gewandelt. Während ursprünglich vor allem den monopolistischen Eisenbahnen die Möglichkeit einer vollumfänglichen Haftungsfreizeichnung entzogen werden sollte,⁷⁴ steht heute der Gedanke im Vordergrund, dass der Besitz einer staatlichen Erlaubnis ein erhöhtes Vertrauen auf Seiten des Publikums hervorruft;⁷⁵ das BGer spricht von einer «Vertrauenswirkung der obrigkeitsrechtlichen Konzessionierung».⁷⁶ Dass die so bewirkte Vertrauensstellung nicht durch eine Wegbedingung der Haftung untergraben werden soll, rechtfertigt danach die zwingenden Schranken der Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR.⁷⁷ Es lässt sich folglich festhalten, dass die staatliche Anerkennung eines Berufsträgers auch im schweizerischen Recht auf dessen zivilrechtliche Haftung ausstrahlt – eine Parallele zum deutschen Recht der Gutachterdritthaftung, weil die staatliche Anerkennung hier wie dort ein schärferes zivilrechtliches Haftungsregime mit sich bringt.

b) Die Übertragbarkeit des Rechtsgedankens aus Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR auf die Dritthaftungs begründung

Nun ist freilich ebenso unverkennbar, dass Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR das Maß der vertraglichen Haftung betreffen und daher unmittelbar nichts zur Frage aussagen, unter welchen Voraussetzungen und wem gegenüber eine nichtvertragliche Vertrauenshaftung eingreift. Es sprechen jedoch gute Gründe dafür,

69 BGE 113 II 246, 251.

70 BGE 112 II 450, 455; 132 III 449, 452; BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 2 (unter Verweis auf die Bewilligungspflicht des Art. 3 BankG); BezG Horgen, SJZ 1994, 65, 66; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil II, 9. Aufl., Zürich 2008, N 3091; KOLLER (Fn. 67), N 374.

71 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 70), N 3091; SCHWENZER (Fn. 42), N 24.06; ZürcherKomm/OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 100 OR N 5; hinsichtlich der freien Berufe zurückhaltender BaslerKomm/WIEGAND, Art. 100 OR N 11.

72 STOCKAR, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel/Stuttgart 1971, 25 f.; KOLLER (Fn. 67), N 374.

73 ZürcherKomm/OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 100 OR N 5.

74 BernerKomm/WEBER, Art. 100 OR N 112. Zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund im Einzelnen STOCKAR (Fn. 72), 22 ff.

75 BernerKomm/BECKER (1941), Art. 100 OR N 8; KOLLER (Fn. 67), N 377; STOCKAR (Fn. 72), 38; a.A. BernerKomm/WEBER, Art. 100 OR N 117; SPIRO (Fn. 67), 353.

76 BGer, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 2.2 (betraf eine Bank).

77 BernerKomm/BECKER (1941), Art. 100 OR N 8; KOLLER (Fn. 67), N 377.

den in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken auf die Vertrauenshaftungsbegründung zu übertragen: Indem Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR eine «Vertrauenswirkung» obrigkeitsrechtlicher Konzessionierungen⁷⁸ kodifizieren, drücken sie eine gesetzgeberische Wertentscheidung aus, der zufolge durch eine staatliche Anerkennung hervorgerufenen Vertrauens im Geschäftsverkehr erhöhten haftungsrechtlichen Schutz genießen soll. Diese Wertentscheidung muss auch bei der Ausformung der richterrechtlichen Vertrauenshaftung Berücksichtigung finden.⁷⁹ Eine Anknüpfung an die obrigkeitsrechtliche Konzessionierung von Gutachtern vermag schließlich zur Rechtssicherheit beizutragen, der gerade im Rahmen der Vertrauenshaftung besondere Bedeutung zukommt:⁸⁰ Indem sie eine bessere Vorhersehbarkeit und Abgrenzbarkeit der einschlägigen Haftungskonstellationen ermöglicht, reduziert sie eine der entscheidenden Schwächen, unter denen die Rechtsfigur bislang leidet.

Die staatliche Anerkennung eines Gutachters wird im Rahmen der Vertrauenshaftungsbegründung dabei in verschiedener Hinsicht eine Rolle spielen können.⁸¹ So mag man in ihr ein Indiz für die normativ zurechenbare Kundgabe des Gutachters erkennen, auch Dritten gegenüber für die Richtigkeit seines Gutachtens einstehen und somit eine «rechtliche Sonderverbindung» begründen zu wollen. Wie auch im deutschen Recht kann die staatliche Anerkennung insoweit freilich nicht mehr als ein Beurteilungsfaktor sein, dessen Fehlen eine rechtliche Sonderverbindung ebenso wenig ausschließt wie dessen Vorhandensein sie unwiderlegbar indiziert. Ihre entscheidende Bedeutung dürfte die staatliche Anerkennung auch im Schweizer Recht allerdings dort erlangen, wo der Auftraggeber des Gutachters und der auf das Gutachten vertrauende Dritte gegenläufige Interessen verfolgen: Obgleich diese Konstellation im Rahmen der Vertrauenshaftung bislang nicht als gesonderte Fallgruppe behandelt wird,⁸² kann nämlich für das Entstehen «schutzwürdigen Vertrauens» kaum unberücksichtigt bleiben, wenn ein Gutachten erkennbar im Auftrag des Verhandlungsgenossens erstellt wurde. Da auch in der Schweiz konsentiert wird, dass eine von Interessierten veranlasste Stellungnahme wenig Vertrauen schafft⁸³ und namentlich Parteien einer rechtlichen Auseinandersetzung

78 So BGER, 10.11.2006, 4C.158/2006, E. 2.2.

79 Allgemein für die Anwendung vertraglicher Haftungsregeln auf die Vertrauenshaftung MOSER (Fn. 61), 118 f.; SCHMIDLIN, Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der schweizerischen Rechtsprechung?, FS Bydliniski, Wien 2002, 415, 425; WALTER, ZBJV 1996, 273, 295; spezifisch für einen «materiellen Gleichklang» mit Art. 100, 101 OR EMMENEGGER, Haftungsbeschränkung und Haftungsausschluss im Vertrauenskontext, ZBJV 2005, 537, 545 f.

80 BGE 134 III 390, 398.

81 A.A. MOSER (Fn. 61), 161 (zur Wirtschaftsprüferhaftung).

82 HOFSTETTER, AJP 1998, 261, 266; PLOTKE, AJP 2005, 350, 355 f.

83 BaslerKomm/BUCHER, Art. 1 OR N 69o.

nicht auf Gutachten des gegnerischen Anwalts vertrauen dürfen,⁸⁴ heißt dies im Ergebnis nichts anderes, als dass «gegenläufige Interessen» auch einer Vertrauenshaftung beauftragter Gutachter entgegen stehen können. Etwas anderes wird man sodann auch hier anzunehmen haben, wenn der betreffende Gutachter durch seine obrigkeitsrechtliche Konzessionierung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet wird und daher das Vertrauen rechtfertigt, er werde bei der Gutachtenerstellung nicht auf Interessen seines Auftraggebers Rücksicht nehmen.

Entscheidend ist folglich wiederum das an den Konzessionierungsakt anknüpfende Pflichtenprogramm, das eine entsprechende Unparteilichkeitspflicht umfassen kann, aber nicht muss. Im Ergebnis vermag damit nicht jede obrigkeitsrechtliche Konzessionierung ein schutzwürdiges Vertrauen Dritter zu begründen: Etwa Stiefelputzer und Zeitungsausrufer werden folglich zwar durch Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR in ihren Freizeichnungsmöglichkeiten beschränkt,⁸⁵ unterlägen bei einer etwaigen Gutachterhaftung aber keinen Besonderheiten, ohne dass dadurch freilich relevante Schutzlücken aufgerissen werden dürften.

IV. Ergebnis: Die staatliche Anerkennung des Gutachters als Grund seiner Dritthaftung trotz gegenläufiger Interessen

Die Haftung von Gutachtern gegenüber Personen, die das Gutachten selbst nicht in Auftrag gegeben haben (sog. Dritthaftung), wirft schwierige Fragen auf, die im Schrifttum zu einer kaum überschaubaren Anzahl von Lösungsvorschlägen geführt haben. Im deutsch-schweizerischen Rechtsvergleich hat sich die Rechtsprechung für unterschiedliche dogmatische Begründungsansätze entschieden, indem der Gutachtenvertrag in Deutschland als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eingeordnet wird, während man in der Schweiz eine Vertrauenshaftung des Gutachters gegenüber dem vertrauenden Dritten annimmt. Als entscheidender Testfall erweist sich dabei die Konstellation «gegenläufiger Interessen» von Gutachtenauftraggeber und Drittem, die im deutschen Recht die Annahme eines rechtsgeschäftlichen Schutzinteresses des Gutachtenauftraggebers, im Schweizer Recht hingegen die Bildung eines schutzwürdigen Vertrauens auf Seiten des Dritten als nur schwierig begründbar erscheinen lässt.

Wenn die deutsche Rechtsprechung eine Gutachterdritthaftung trotz «gegenläufiger Interessen» annimmt, sofern der Gutachter über eine «besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde» verfügt, erweist sich diese Formel als irreführend: Es kommt nicht auf die mit der staatlichen Anerkennung verbundene Sachkunde,

84 Zum Schweizer Recht LOSER (Fn. 46), N 807; MOSER (Fn. 61), 171 (für «Parteigutachten, das als solches erkennbar ist»); zum deutschen Recht BGH, NJW 1991, 32; HADDING, in: SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart 2009, Anh. § 328 BGB Rn. 28.

85 ZürcherKomm/OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 100 OR N 5.

sondern die Pflicht des Gutachters zur Unparteilichkeit an, bei deren Existenz gegenläufige Parteiinteressen einen Schutzwillen nicht ausschließen müssen. Nach hier vertretener Ansicht wird man eine staatliche Anerkennung des Gutachters auch im Rahmen der schweizerischen Vertrauenshaftung berücksichtigen können, zumal Art. 100 Abs. 2, 101 Abs. 3 OR bereits eine haftungsrechtliche Wirkung obrigkeitsrechtlicher Konzessionen vorsehen. Maßgeblich werden dabei im deutschen wie im Schweizer Recht die Folgepflichten der staatlichen Anerkennung sein, von deren Inhalt die Auswirkungen auf die Dritthaftungsfrage abhängen.

Im Ergebnis unterscheiden sich das deutsche und schweizerische Recht im Bereich der Gutachterdritthaftung damit vor allem in der dogmatischen Konstruktion, während in den sachlichen Ergebnissen weitgehende Übereinstimmung besteht. So ist für den Kreis der geschützten Dritten in beiden Rechtsordnungen der Inhalt des Gutachtens entscheidend, obgleich das deutsche Recht diesen im Rahmen des vertraglichen Schutzinteresses,⁸⁶ das Schweizer Recht hingegen bei der Bestimmung der rechtlichen Sonderverbindung⁸⁷ berücksichtigt. Nicht abschließend geklärt ist die Kongruenz bislang für den Bereich des Haftungsumfangs, der sich im deutschen Recht auf das positive Interesse erstreckt, während die schweizerische Judikatur zur Vertrauenshaftung insofern uneinheitlich ist.⁸⁸ Es bleibt abzuwarten, ob sich Gutachter in Deutschland und der Schweiz auch insoweit künftig einem vergleichbaren oder aber einem divergenten Haftungsrisiko gegenüber sehen.

86 BGHZ 159, 1, 6.

87 BGE 130 III 345, 350 f.

88 BGE 124 III 363, 369 beschränkte den Schadensersatz auf das Erhaltungsinteresse (d.h. das negative Interesse), während BGer, SJ 2000 I, 533 einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zusprach. BGE 130 III 345 ff. brauchte zu der Frage keine Stellung zu nehmen. Die bestehende Unsicherheit kritisiert WIDMER, ZSR 2001 I, 101, 122.