Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext

Private and Commercial Law in a European and Global Context

Festschrift für

NORBERT HORN

zum 70. Geburtstag

herausgegeben von

Klaus Peter Berger · Georg Borges · Harald Herrmann
Andreas Schlüter · Ulrich Wackerbarth

(2006)

W DE G RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach neuem Recht – Zweifelsfragen und Streitstände zu § 839 a BGB

Christian Katzenmeier

I. Einleitung

In einer immer stärker technisierten, spezialisierten und ausdifferenzierten Gesellschaft und Wirtschaftsordnung, deren komplexe und komplizierte nicht-juristische Fragestellungen die zur Entscheidung berufenen Gerichte ohne sachkundige Unterstützung vielfach nicht zu erfassen vermögen, gewinnt die Tätigkeit gerichtlicher Sachverständiger zunehmend an Bedeutung.[1] Deren Stellung hat sich infolge anhaltenden Machtzuwachses aufgrund spezieller Kenntnisse und Erfahrungen gewandelt. Vom ursprünglich eher untergeordneten „Berater des Gerichts" oder „Gehilfen des Richters" avancierte der Sachverständige über den nahezu gleichgestellten „wissenden Partner", die „personifizierte Meta-Analyse", zum „heimlichen Richter", „wirklichen Herrn des Verfahrens", „Entscheidungs-Diktierer".[2] Da Gerichte ihre Entscheidungen in weit über 90 % auf die von einem Experten ermittelten Erkenntnisse stützen,[3] bergen Falschgutachten ein erhebliches Schadenspotential. Die Frage der Einstandspflicht des gerichtlichen Sachverständigen für Fehlleistungen erwies sich indes als ein von der Schuldrechtsdogmatik letztlich nicht befriedigend zu lösendes Problem.[4] Im Zuge des Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes[5] fügte der Gesetzgeber daher eine spezielle Haftungsnorm in das Bürgerliche Gesetzbuch ein, zum 1. 8. 2002 trat der neue § 839 a BGB in Kraft. Die Vorschrift ist im Staudinger'schen Kommentar zum BGB, in dem *Norbert Horn* nicht nur das Bürg-

[1] Vgl. *Bayerlein-Heck* Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 3. Aufl. 2002, § 1, Rn. 1 ff.

[2] Vgl. nur *Jessnitzer/Ulrich* Der gerichtliche Sachverständige, 11. Aufl. 2001, Vorwort; spez. zur zentralen Rolle medizinischer Sachverständiger in Arzthaftungsprozessen vgl. *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 395 ff.

[3] AnwKomm-BGB/*C. Huber* 1. Aufl. 2005, § 839a, Rn. 1 mwN.

[4] Monographisch *Eickmeier* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschäden, 1993.

[5] Ges. v. 19. 7. 2002, BGBl. I 2674; vgl. dazu nur den Übersichtsaufsatz von *Wagner* Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049.

schaftsrecht meisterhaft bearbeitet, sondern u. a. auch das gesamte Deliktsrecht redigiert, in der dreizehnten Bearbeitung aus dem Jahr 2002 noch schmal kommentiert. Zwischenzeitlich aber hat die Rechtswissenschaft die Norm einer eingehenden Analyse unterzogen und eine Reihe von Zweifelsfragen aufgedeckt,[6] zu denen sich nun Streitstände bilden, bevor die höchstrichterliche Rechtsprechung Gelegenheit erhält, Position zu beziehen.[7]

II. Entstehungsgeschichte und Normzweck

1. *Entstehungsgeschichte*

Bis zum Inkrafttreten des § 839 a BGB gewährte das Bürgerliche Gesetzbuch nur einen lückenhaften und unzureichenden Schutz vor gutachterlichen Fehlleistungen:[8] Ein gerichtlich bestellter Sachverständiger ist – anders als der private Gutachter – gegenüber den Parteien des Rechtsstreits oder sonst von einem gerichtlichen Verfahren Betroffenen keiner Vertragshaftung unterworfen,[9] denn an dem zwischen dem Träger der Gerichtsbarkeit und dem Sachverständigen bestehenden öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis sind die Parteien weder beteiligt, noch entfaltet dieses Schutzwirkungen zu

[6] Genannt seien an dieser Stelle nur die Monographie von *Thole* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, Diss. Bonn 2004; die Kommentierungen zu § 839a BGB von *C.Huber* in: AnwKomm-BGB, 1. Aufl. 2005; *Spickhoff* in: *Soergel* BGB, 13. Aufl. 2006; *G. Wagner* in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004; die Aufsätze von *Brückner/Neumann* Die Haftung des Sachverständigen nach neuem Delikts- und Werkvertragsrecht, MDR 2003, 906; *Häsemeyer* Die neue Haftungsregelung für gerichtliche Sachverständige (§ 839a BGB) auf dem zivilprozessrechtlichen Prüfstand, in: Festschrift für *Adolf Laufs*, 2006, S. 569; *Jaeger* Sachverständigenhaftung nach Vertrags- und Deliktsrecht, ZAP 2004, Fach 2, 441; *Jacobs* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 2001, 489; *Kilian* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, VersR 2003, 683; *ders.* Zweifelsfragen der deliktsrechtlichen Sachverständigenhaftung nach § 839a BGB, ZGS 2004, 220; *Schöpflin* Probleme der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, zfs 2004, 241; zu speziellen Fragen: *Hau* Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug, RIW 2003, 822; *Spickhoff* Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts, in: Festschrift für *Andreas Heldrich*, 2005, S. 419; *Uhlenbruck* Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters als gerichtlicher Sachverständiger, ZInsO 2002, 809; *Wagner/Thole* Die Haftung des Wertgutachters gegenüber dem Ersteigerer, VersR 2004, 275.

[7] Die Vorschrift gilt gem. Art. 229 § 8 EGBGB für schädigende Ereignisse, die nach dem 31. 7. 2002 eingetreten sind. Bei § 839a BGB ist die spätere Abgabe des Gutachtens maßgebend, vgl. *Zimmermann* Neuregelung zur Haftung gerichtlich ernannter Sachverständiger für Falschgutachten, BuW 2003, 154.

[8] Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 839a BGB in BT-Drs. 14/7752, S. 27f.; ausführlich *Thole* (Fn. 6) S. 12ff.

[9] OLG Düsseldorf, NJW 1986, 2891; *Thole* (Fn. 6), S. 12ff. Zur vertraglichen Haftung des privaten Sachverständigen gem. §§ 634, 280, 281 BGB vgl. BGH, VersR 2003, 1049; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906, 909ff.

ihren Gunsten.[10] Auch eine Haftung aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB) kommt mangels Ausübung hoheitlicher Aufgaben durch den Sachverständigen nicht in Betracht.[11] Ansprüche konnten sich daher nur aus allgemeinem Deliktsrecht ergeben. Diese Ansprüche waren indes unterschiedlich, je nachdem ob der Sachverständige beeidigt worden oder unbeeidigt geblieben ist: Der beeidigte Sachverständige haftete nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 154, 163 StGB für jeden Vermögensschaden bereits bei fahrlässiger Falschbegutachtung. Der unbeeidigte Sachverständigte haftete – da die den §§ 410 ZPO, 79 StPO zugrunde liegende prozessuale Wahrheitspflicht nicht als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anerkannt ist[12] – für Vermögensschäden erst bei vorsätzlicher Falschbegutachtung (§ 826 BGB).[13] Im Übrigen traf ihn eine Haftung nur für die seltenen Fälle einer Verletzung absoluter Rechte (§ 823 Abs. 1 BGB),[14] die von der Rechtsprechung auf vorsätzliche und grob fahrlässige Falschbegutachtung beschränkt wurde.[15] Die unterschiedliche Behandlung war nicht sachgerecht. Ob ein Sachverständiger beeidigt worden oder unbeeidigt geblieben ist, ist eine verfahrensrechtlich und strafrechtlich beachtliche Unterscheidung, haftungsrechtlich indes kein geeignetes Differenzierungskriterium.[16]

2. *Normzweck*

Der Sondertatbestand des § 839 a BGB ermöglicht eine einheitliche Lösung. Für die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen kommt es weder auf dessen Beeidigung an, noch darauf, ob ein Eingriff in ein absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut gegeben ist.[17] Die Norm erfüllt eine dop-

[10] BGH, NJW 2003, 2825.

[11] BGHZ 59, 310; OLG Düsseldorf, NJW 1986, 2891; *Thole* (Fn. 6) S. 16ff.; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 4.

[12] BGHZ 42, 313, 317; 62, 54, 57; AnwKomm-BGB/*Katzenmeier*, 1. Aufl. 2005, § 823, Rn. 549; näher *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 1; ausf. *ders.* Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 116f.; *Thole* (Fn. 6) S. 32ff.; a. A. *Damm* Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, JuS 1976, 359, 362.

[13] OLG Hamm, NJW-RR 1998, 1686.

[14] OLG Nürnberg, NJW-RR 1988, 791: Freiheitsentziehung aufgrund Einweisung in eine psychiatrische Anstalt, die auf einem falschen medizinischen Gutachten beruht.

[15] BVerfGE 49, 304; OLG Schleswig, NJW 1995, 791.

[16] BT-Dr. 14/7752, S. 28, mit Verweis auf BVerfGE 49, 304; aus dem Schrifttum vgl. nur *Canaris* Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: Festschrift für *Karl Larenz*, 1983, S. 27, 60.

[17] *Erman/Hecker* BGB, 11. Aufl. 2004, § 839a, Rn. 1: „Erhöhung der wertungssystematischen Konsistenz der Regelungsmaterie." Die Vorschrift hat nahezu unbemerkt Einzug ins BGB gehalten. Sie trägt die Handschrift der Kommission für das Zivilprozessrecht von 1976, deren Vorschlag (vgl. BMJ (Hrsg.), Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, 1977, S. 358f., Begründung S. 142f.) vom Gesetzgeber ohne ausführliche Diskussion weitgehend übernommen wurde, vgl. *Wagner* NJW 2002, 2049, 2061f.

pelte Funktion: Einerseits weitet sie die deliktische Haftung aus, indem sie reine Vermögensschäden, die sonst nur durch spezielle Schutzgesetze und bei vorsätzlich-sittenwidrigem Handeln gegenüber Beeinträchtigungen abgeschirmt sind, in den Schutzbereich einbezieht, andererseits beschränkt sie die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen durchgehend auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.[18] Um dieses Ziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber § 839 a BGB als abschließenden Sondertatbestand konzipiert, der den Rückgriff auf die allgemeinen Deliktstatbestände ausschließt.[19]

3. *Reaktionen*

Die Einführung des § 839 a BGB als eigenständiger Haftungstatbestand für gerichtliche Sachverständige ist im Vorfeld kaum diskutiert worden.[20] Zwar übten einige Standesvertretungen Kritik, so der Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger (BVS), der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) und der Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH). Sie befürchteten eine erhebliche Verschärfung des Haftungsrisikos, obwohl dafür kein Handlungsbedarf bestehe und vertraten den Standpunkt, dem gerichtlichen Sachverständigen dürfe als „Gehilfe des Gerichts" keine schärfere und weitergehende Haftung als dem Richter aufgebürdet werden,[21] fanden damit aber kein Gehör im Gesetzgebungsverfahren. Die Rechtswissenschaft bewertete die Neuregelung zur Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach Inkrafttreten nahezu einmütig positiv, nachdem der Vorschrift vorher keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt worden war. § 839 a BGB wurde begrüßt als „die zur Schadensvermeidung und für die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt optimale Regelung", als „eine rechtspolitisch sachgerechte Regelung in der goldenen Mitte", welche die Sachverständigen einerseits zu sorgfältiger Arbeit anhalte, andererseits den Rechtsfrieden wahre, indem sie die Zahl der Regressverfahren gegen sie durch das Erfordernis grober Fahrlässigkeit begrenze.[22] In jüngerer Zeit aber werden doch auch Regelungsschwächen

[18] S. auch *Wagner* NJW 2002, 2049, 2062; *Kilian* VersR 2003, 684; *Schöpflin* zfs 2004, 241; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 3; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 14; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 5; Hk-BGB/*Staudinger*, 4. Aufl. 2005, § 839a, Rn. 1; *Thole* (Fn. 6) S. 39f.

[19] BT-Drs. 14/7752, S. 28; *Bollweg* zfs Sonderheft 2002, 1, 4; krit. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* Zivilprozessrecht, 16. Auflage 2004, § 120, Rn. 52: „mit der nach BGB generell möglichen Anspruchskonkurrenz kaum vereinbar."

[20] Vgl. unter II. 2., Fn. 17.

[21] Vgl. den Aufsatz des Geschäftsführers des BVS *Jacobs* ZRP 2001, 489, 491f.

[22] *Schöpflin* zfs 2004, 241 und 246; s. auch etwa *Däubler* Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625, 629; *G.Müller* Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1, 8; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906, 909.

deutlich[23] und es treten Zweifelsfragen auf, die einer Klärung durch Wissenschaft und Rechtspraxis bedürfen.

III. Ausgewählte Streitfragen

1. *Anwendungsbereich*

§ 839 a BGB verlangt, dass ein Sachverständiger von einem Gericht in einem konkreten Verfahren ernannt worden ist. Der Haftungstatbestand gilt über zivil- und strafrechtliche Erkenntnisverfahren hinaus im Rahmen sämtlicher staatlicher Gerichtsverfahren.[24] Streitig ist seine Geltung im Rahmen schiedsgerichtlicher Verfahren. Der BGH hat die von ihm vormals im Wege richterlicher Rechtsfortbildung angenommenen Haftungsprivilegien des Gerichtssachverständigen[25] auf den im Schiedsverfahren auftretenden Gutachter erstreckt[26] und fand damit Zustimmung in der Literatur.[27] Entsprechend wird im Schrifttum nun dafür plädiert, § 839 a BGB analog anzuwenden.[28] Der Wortlaut der Norm lasse dies zu, die Gesetzesgeschichte soll dafür sprechen, außerdem rechtfertige die identische Funktion der Verfahren und der in ihnen tätigen Sachverständigen, dem Rechtsfrieden zu dienen, auch die haftungsrechtliche Gleichbehandlung.

Diese Argumentation übersieht, dass die Interessenlage durchaus unterschiedlich ist. Im Schiedsverfahren besteht zum einen schon keine dem § 407 ZPO entsprechende Pflicht des Sachverständigen zur Gutachtenerstattung. Vor allem aber wird der Sachverständige im Schiedsverfahren nicht von einem staatlichen Gericht bestellt, sondern auf Grund eines Vertrages mit den Parteien tätig. Bei Vertragsschluss kann er seine Vergütung ungeachtet des JVEG frei aushandeln, er kann die geforderte Gegenleistung am Umfang des übernommenen Haftungsrisikos ausrichten und die Parteien können Haftungsbeschränkungen vereinbaren. Damit treffen maßgebliche Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Einführung des § 839 a BGB veranlasst haben, auf den schiedsgerichtlichen Sachverständigen nicht zu.[29] Weil sich die Er-

[23] Vgl. insbes. *Häsemeyer* in: FS *Laufs*, 2006, S. 569ff.; *Jaeger* ZAP 2004, Fach 2, 441: nicht gelungene Gesetzesänderung.

[24] Nachweise bei MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 7; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 9.

[25] Vgl. dazu unter III. 3.

[26] BGHZ 42, 313, 316f.

[27] MünchKomm-ZPO/*Münch*, 2. Aufl. 2001, § 1049, Rn. 11, 15; *Stein-Jonas/Schlosser* ZPO, 21. Aufl. 2002, § 1042, Rn. 12; *Schwab/Walter* Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl. 2000, Kap. 15, Rn. 18; *Bayerlein-Wessel* Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Fn. 1), § 35, Rn. 2.

[28] *Schöpflin* zfs 2004, 241, 242f.; *Staudinger/Wurm* BGB, 13. Bearb. 2002, § 839a, Rn. 8.

[29] MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 11: Soweit keine Haftungsbeschränkung vertraglich vereinbart wird, „besteht keinerlei Anlass, im Wege der Analogie oder der ergän-

satzpflicht für Vermögensschäden der Parteien aus dem Vertrag ableiten lässt, der Grundlage für die Gutachtenerstattung ist, besteht weder Raum noch Bedürfnis für eine exklusive deliktische Haftungsregelung. Die Einstandspflicht des schiedsgerichtlichen Sachverständigen richtet sich daher weiterhin nach den vertraglichen Vereinbarungen und nach allgemeinem Deliktsrecht.[30]

2. *Erstattung eines unrichtigen Gutachtens*

a. Der Haftungstatbestand setzt voraus, dass der Sachverständige ein „unrichtiges Gutachten" erstattet hat. Ein Gutachten ist unrichtig, wenn es objektiv falsch ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn falsche oder unvollständige Tatsachen zugrunde gelegt oder aus richtigen Tatsachen falsche Schlussfolgerungen gezogen werden. Die Unrichtigkeit kann sich auch daraus ergeben, dass das Gutachten allgemein vertretenen Ansichten nicht entspricht.[31] Mit dieser Definition der „Unrichtigkeit" fangen die Probleme der Praxis freilich erst an, die Subsumtion unter den Begriff kann sich schwierig gestalten.[32] So lässt sich die Unrichtigkeit oftmals erst anhand eines zweiten Gutachtens erkennen, das seinerseits falsch sein kann, so dass ein weiteres („Ober"-)Gutachten erforderlich ist, ohne dass dies eine Richtigkeitsgarantie böte. Auf diese Weise drohen infinite Kettenprozesse, zudem setzt sich die Abhängigkeit der Parteien und des Gerichts von den Sachverständigen im Regressverfahren fort. Soll dieses nicht dem Streit rivalisierender Sachverständiger anheim gestellt werden, kann es bei der Frage, ob ein Gutachten richtig oder unrichtig ist, nur um eine Plausibilitätskontrolle gehen. Überspitzt gesagt: „Solange das Gutachten in seiner Argumentation logisch nachvollziehbar ist und keine formellen Fehler aufweist, kann es praktisch kaum falsch sein."[33] Freilich müssen Lehren oder Untersuchungsmethoden, die in den maßgeblichen Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei anerkannt sind, der Expertise zugrunde gelegt werden, denn das Sachverständigengutachten ist „keine Spielwiese für neue und noch nicht genügend gesicherte

zenden Vertragsauslegung nachzubessern und den Sachverständigen in den Genuss eines Privilegs kommen zu lassen, das den Wert seiner Leistungen für seine Vertragspartner herabsetzt und folgerichtig also das vertragliche Äquivalenzinteresse verändert."

[30] *Thole* (Fn. 6) S. 84ff.; s. auch MünchKomm-BGB/ *Wagner* § 839a, Rn. 11; AnwKomm-BGB/ *C.Huber* § 839a, Rn. 21; *Soergel/ Spickhoff* § 839a, Rn. 18; Hk-BGB/ *Staudinger* § 839a, Rn. 2; *Cahn* Einführung in das neue Schadensersatzrecht, 2003, Rn. 152.

[31] *Jaeger/Luckey* Das neue Schadensersatzrecht, 2002, Rn. 419; *Kilian* VersR 2003, 683, 685.

[32] So zu Recht *Schöpflin* zfs 2004, 241, 243; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906, 907; eingehend zur Frage nach dem Maßstab der Richtigkeit *Thole* (Fn. 6) S. 93ff.

[33] *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906, 908; krit. *Soergel/ Spickhoff* § 839a, Rn. 20, Fn. 73. Diese Sichtweise wird wegen des Erfordernisses grober Fahrlässigkeit auf Verschuldensebene (dazu unter III. 3.) nicht virulent.

Theorien".[34] Herrschen mehrere widerstreitende Auffassungen vor, muss der Sachverständige einer folgen, die abweichende(n) Meinung(en) aber deutlich machen.[35] Verbleibende Zweifel müssen ebenso wie die eigene Vorgehensweise und bestehende Alternativen offen gelegt werden.[36]

b. Gelegentlich sehen Gerichte von der Erhebung eines Sachverständigenbeweises ab und verwerten Gutachten, die in einem anderen Prozess eingeholt wurden. Das war früher nur im Wege des Urkundsbeweises zulässig,[37] seit dem 1. 9. 2004 gestattet der neue § 411 a ZPO auch die Verwertung als Sachverständigenbeweis, wodurch nun nicht mehr nur bewiesen werden kann, dass ein Sachverständiger eine bestimmte Bewertung vorgenommen hat, sondern die Bewertung selbst Ergebnis der Beweisaufnahme ist.[38] Materiellrechtlich stellt sich die Frage, ob der Sachverständige gem. § 839 a BGB auch für Schäden haftet, die sein unrichtiges Gutachten durch eine unrichtige Entscheidung im Folgeprozess hervorgerufen hat.

Im Schrifttum stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die eine spricht sich dafür aus, die Haftung auf das Ursprungsverfahren zu begrenzen, da das Risiko des Sachverständigen sonst unkalkulierbar sei, zumal er keinen Einfluss darauf hat, in welchen Prozessen sein Gutachten herangezogen wird. Die Parteien eines späteren Prozesses hingegen hätten es in der Hand, die Haftung herbeizuführen, indem sie die abermalige Bestellung zum Gutachter beantragen.[39] Die entgegen gesetzte Auffassung spricht sich für eine Haftung auch gegenüber den Parteien des Folgeprozesses aus. Zwar erhöhe sich auf diese Weise das den Sachverständigen treffende Haftungsrisiko, doch wiege dies nicht schwer, solange die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt bleibe, der Sachverständige also um die Unrichtigkeit des Gutachtens wisse oder diese mit einfachsten Mitteln vermeiden könne.[40]

Für letztgenannten Standpunkt spricht die Rechtsnatur des § 839 a BGB als Norm des Deliktsrechts. Andererseits ist zu bedenken, dass der Sachverständige nicht mehr in dem Maße an das die Entscheidung treffende Gericht angebunden ist, wenn sein Gutachten von diesem lediglich als Schriftstück gewürdigt wird, keine Nachfragen gestellt werden und keine Erläuterungen

[34] *Kilian* VersR 2003, 683, 685.

[35] *Jessnitzer/Ulrich* (Fn. 2) Rn. 242; *Kilian* VersR 2003, 683, 685.

[36] S. auch MünchKomm-BGB/ *Wagner* § 839a, Rn. 17: Ist nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich, darf der Sachverständige keine Sicherheit vorgaukeln, sondern muss sich auf einen Wahrscheinlichkeitsschluss beschränken und den Wahrscheinlichkeitsgrad richtig angeben.

[37] Vgl. *Stein-Jonas/Leipold* ZPO, 21. Aufl. 1999, vor § 402, Rn. 54; MünchKomm-ZPO/ *Damrau*, 2. Aufl. 2000, § 402, Rn. 8.

[38] BT-Drs. 15/1508, S. 19f.; Hk-ZPO/ *Eichele*, 1. Aufl. 2006, § 411a, Rn. 2; *Rath/Küppersbusch* Erstes Justizmodernisierungsgesetz – § 411a ZPO und seine Auswirkungen auf den Personenschadensprozess, VersR 2005, 890.

[39] *Schöpflin* zfs 2004, 241, 243: i.Erg. auch *Cahn* (Fn. 30) Rn. 151.

[40] MünchKomm-BGB/ *Wagner* § 839a, Rn. 29; s. auch AnwKomm-BGB/ *C.Huber* § 839a, Rn. 28.

erfolgen können. Dies spricht für eine eher restriktive Handhabung der Norm.[41] Bei dem Hinweis auf das Verschuldenserfordernis als geeignetem Regulativ ist zu bedenken, dass dieses sich grundsätzlich nur auf die Verletzung der Verhaltenspflicht (die Falschbegutachtung), nicht hingegen auf den eingetretenen Schaden beziehen muss.[42]

3. *Erfordernis qualifizierten Verschuldens*

Eine Haftung des gerichtlichen Sachverständigen besteht nach § 839 a BGB nur im Falle grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Handelns, nicht bei einfacher Fahrlässigkeit. Die Privilegierung wird damit begründet, dass anderenfalls dem Sachverständigen die innere Freiheit genommen würde, derer er bedürfe, um sein Gutachten unabhängig und ohne Druck eines möglichen Rückgriffs erstatten zu können. Dies gelte umso mehr, als der öffentlich bestellte Sachverständige regelmäßig zur Erstattung verpflichtet sei.[43]

Mit dem Erfordernis qualifizierten Verschuldens setzt § 839 a BGB die bisherige Rechtsprechung zur Haftung des Gutachters aus § 823 Abs. 1 BGB fort.[44] Dabei verlief diese nicht gradlinig. In der spektakulären und heftig kritisierten Entscheidung im Fall *Weigand*, in dem ein Rechtsanwalt auf Grund eines grob fehlerhaften psychiatrischen Gutachtens über drei Monate zwangsweise in einer Heilanstalt untergebracht worden war, hatte der BGH die Einstandspflicht des Gerichtssachverständigen gar auf Fälle vorsätzlich falscher Begutachtung beschränkt.[45] Dem ist das BVerfG jedoch entgegengetreten, wodurch die – bis zu dieser Entscheidung vom BGH bejahte – Haftung für grob fahrlässig verursachte Schäden wieder hergestellt wurde.[46] Vier der acht Richter plädierten darüber hinaus gegen jedwede Beschränkung der Sachverständigenhaftung und damit für eine Einstandspflicht bereits bei leichter Falschbegutachtung, wie sie auch von großen Teilen der Literatur für richtig gehalten wird.[47] Der Gesetzgeber ist dem mit der Rege-

[41] *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 11; ähnlich *Kilian* VersR 2003, 683, 685, der die Haftung von der nochmaligen Vernehmung als Sachverständiger im Folgeprozess abhängig machen will; *ders.* ZGS 2004, 220, 221, lässt es genügen, wenn das Verfahren eine dienende Funktion gegenüber dem anderen einnimmt, wie etwa ein selbständiges Beweisverfahren gegenüber dem Hauptverfahren.

[42] Vgl. zur entspr. Frage bei §§ 823 Abs. 2, 839 BGB die Entscheidungen BGHZ 34, 375, 381; BGH, NJW 1965, 962, 963.

[43] BT-Dr. 14/7752, S. 28.

[44] BVerfGE 49, 304, 316 ff.; OLG Schleswig, NJW 1995, 791, 792.

[45] BGHZ 62, 54, 57 ff. = NJW 1974, 312; abl. *Hopt* JZ 1974, 551, 552; *Rasehorn* Zur Haftung für fehlerhafte Sachverständigengutachten, NJW 1974, 1172, 1173; *Damm* JuS 1976, 359, 361 ff.

[46] BVerfGE 49, 304, 316 ff. = NJW 1979, 305.

[47] Vgl. *Hopt* JZ 1974, 551, 552; *Brüggemeier* Deliktsrecht, 1986, Rn. 212; *Staudinger/J.Hager*, 13. Bearb. 1999, § 823, Rn. B 56.

lung in § 839 a BGB nicht gefolgt. Aufgrund der „dissenting opinion" wird vereinzelt von einer latenten Gefahr der Verfassungswidrigkeit der neuen Norm gesprochen.[48]

Bei näherer Betrachtung erweist sich jedes der für die Haftungsprivilegierung angeführten Argumente als angreifbar.[49] Der Hinweis auf die innere Freiheit des Gutachters vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil auch etwa Rechtsanwälte oder Ärzte innere Freiheit und Unabhängigkeit für ihre Berufsausübung benötigen, trotzdem – bei jeweils strengem Pflichtenprogramm – für jede Fahrlässigkeit haften.[50] Das Argument, die Beschränkung sei sachgerecht, weil Sachverständige nach den Verfahrensordnungen verpflichtet seien, Gutachten zu erstatten (§ 407 ZPO; § 75 StPO), sich dem nicht entziehen könnten, überzeugt wenig, weil in der Praxis die Befreiungsmöglichkeit nach § 408 ZPO häufig zum Tragen kommt.[51] Die These, bei einer Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit falle es schwer, überhaupt gerichtliche Sachverständige für eine Begutachtung zu gewinnen, verwirft das Schrifttum als nicht verifiziert,[52] im Übrigen schütze der Abschluss einer Haftpflichtversicherung vor persönlicher Inanspruchnahme.[53] Auch der Umstand, dass der gerichtliche Gutachter keine marktkonforme Vergütung, sondern lediglich eine Entschädigung nach dem JVEG erhält, rechtfertige noch keine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit, sondern nur eine Anhebung der als unzureichend erachteten Entschädigungssätze.[54]

Übrig bleibt das Argument des Schutzes der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung. Der Gesetzgeber will der Gefahr begegnen, „dass rechtskräftig abgeschlossene Prozesse im Gewand des Sachverständigenhaftungsprozesses neu aufgerollt werden".[55] Das Erfordernis grober Fahrlässigkeit mindert den Anreiz für die unterlegene Partei, das Verfahrensergebnis durch

[48] AnwKomm-Schuldrecht/*C.Huber* 2002, § 839a, Rn. 36.

[49] S. bereits *Hopt* JZ 1974, 551, 553 f.; zu § 839a vgl. *Thole* (Fn. 6) S. 63 ff.; *Jaeger/Luckey* (Fn. 31) Rn. 410 ff.; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 6 ff., 11: alle ins Feld geführten Argumente stehen auf tönernen Beinen; auch *G.Müller* VersR 2003, 1, 8.

[50] Vgl. *Borgmann/Jungk/Grams* Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2005; *Vollkommer/Heinemann* Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl. 2003; *Zugehör* Handbuch der Anwaltshaftung, 1999; *Giesen* Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995; *Katzenmeier* Arzthaftung (Fn. 2).

[51] MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 4; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 8.

[52] *Jaeger/Luckey* (Fn. 31) Rn. 412; *C.Huber* Das neue Schadensersatzrecht, 2003, § 5, Rn. 31; anders *G.Müller* VersR 2003, 1, 8: „denkbar pragmatischer Gesichtpunkt, dessen Bedeutung aber nicht gering zu veranschlagen ist".

[53] *Hopt* JZ 1974, 551, 553. Zu den Grenzen des Versicherungsschutzes *Bayerlein-Littbarski* Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Fn. 1), § 40, Rn. 52 ff.

[54] AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 9; abw. MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 4: die Vorschrift substituiere eine Regelung, die dem hypothetischen Vertragsinhalt entspreche.

[55] BT-Dr. 14/7752, S. 28.

einen Regressprozess nachbessern zu wollen.[56] Freilich wird die Rechtskraft des Urteils durch einen solchen Regress formal nicht angetastet, da es nur zwischen den Parteien wirkt (§ 325 Abs. 1 ZPO) und sich nicht auf den Gutachter erstreckt.[57] Aber die Rechtskraft wird faktisch tangiert, kann ihre Befriedungsfunktion im (Haupt-) Prozess nicht mehr erfüllen, wenn es für den Unterlegenen allzu leicht ist, sich beim Gutachter zu erholen.[58] Insofern dient das qualifizierte Verschuldenserfordernis „dem Schutz der Entscheidung selbst, deren Bestandskraft nur durch als gewichtig ausgewiesene Zweifel in Frage gestellt werden darf, und auch dem Schutz der Beteiligten: Es gilt zu verhindern, dass sie mit Sekundärprozessen allein zwecks Artikulation erlittener Enttäuschungen überzogen werden."[59] Freilich handelt es sich nicht um eine Eigenheit gerade der Sachverständigenhaftung, vielmehr können solche Regressprozesse insbesondere auch etwa gegen Rechtsanwälte geltend gemacht werden.[60]

Festzuhalten bleibt, dass kein Argument die Haftungsprivilegierung zweifelsfrei begründet, die Regelung in § 839 a BGB im Ergebnis gleichwohl ein anerkennenswertes Ziel verfolgt.[61] In Zukunft wird viel davon abhängen, wie der Haftungsmaßstab der groben Fahrlässigkeit im Einzelnen eingestellt wird. Die Abgrenzung von grober und einfacher Fahrlässigkeit lässt den Gerichten Spielraum.[62] Bei der gebotenen Zurückhaltung der Qualifizierung eines Gutachtens als „falsch" und Anerkennung eines weiten Beurteilungsspielraumes[63] wären die dann noch festgestellten Fehler regelmäßig als grob fahrlässig einzustufen.

4. *Gerichtliche Entscheidung*

Eine Ersatzpflicht nach § 839 a BGB kommt nur insoweit in Betracht, als einem Prozessbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung, die auf dem

[56] *Karczewski* Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070, 1075; *G.Müller* VersR 2003, 1, 8; *Schöpflin* zfs 2004, 241; *Thole* (Fn. 6) S. 58.

[57] Rechtskrafterstreckung erwogen von *Hopt* Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, 1968, S. 296; *ders.* JZ 1974, 551, 553.

[58] Vgl. *Häsemeyer* in: FS *Laufs*, 2006, S. 569, 579; *Thole* (Fn. 6) S. 58 f., 63 f.

[59] *Häsemeyer* in: FS *Laufs*, 2006, S. 569, 574, der auf S. 578 ff. für eine Harmonisierung von Regressrecht und Restitutionsrecht plädiert.

[60] *Hopt* JZ 1974, 551, 553; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906, 909 meinen, es sei „nicht zu erwarten, dass es zu einer großen Zahl an Sachverständigenhaftungsprozessen kommen wird, zumal die Prozessbevollmächtigten in besonderem Maße gefordert sind, Gutachten im Hinblick auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, um nicht selbst in die Haftung genommen zu werden."

[61] So auch *G.Müller* VersR 2003, 1, 8; *Thole* (Fn. 6) S. 256.

[62] *Wagner* NJW 2002, 2049, 2062; näher zur Feineinstellung in der tatrichterlichen Praxis *Thole* (Fn. 6) S. 107 ff.

[63] Vgl. die Ausführungen unter III. 2.

Gutachten beruht, ein Schaden entsteht. Damit sind Schädigungen Dritter von der Vorschrift nicht erfasst, die bei Ausübung der Gutachtertätigkeit entstehen, z.B. durch Körperverletzungen bei der Untersuchung,[64] durch Sachbeschädigungen bei einer Ortsbegehung oder durch Verletzungen der Schweigepflicht i.S.d. § 203 StGB.[65] Für solche „Begleitschäden" haftet der Sachverständige – ebenso wie für „Verzögerungsschäden", also Verletzungen der Pflicht, das Gutachten in angemessener oder vom Gericht gesetzter Frist zu erstatten – nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 823 ff. BGB),[66] da sie sich nicht in der gerichtlichen Entscheidung niederschlagen.

An die Form der gerichtlichen Entscheidung (Urteil oder Beschluss) stellt § 839 a BGB keine besonderen Anforderungen. Erfasst werden nicht nur verfahrensabschließende Entscheidungen, sondern auch Zwischenurteile, vorläufige Entscheidungen, sowie Verfügungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes.[67] Ausgeschlossen von der Ersatzpflicht sind aber die Fälle anderweitiger Erledigung des Rechtsstreits als durch gerichtliche Entscheidung, so z.B. wenn die Parteien einen Vergleich abschließen. Das überzeugt wenig, denn das Gutachten kann die Einschätzung der Prozessaussichten wesentlich beeinflussen, die wiederum maßgebender Faktor für den Inhalt des Vergleichs sind.[68] Die Regierungsbegründung rechtfertigt die Einschränkung mit der Erwägung, der Nachweis, dass das Gutachten auf die Motivation der Parteien eingewirkt hat, sei bei Vergleichsschlüssen ohnehin nur schwer zu erbringen.[69] Diese Begründung befremdet.[70] Typische Probleme beim Nachweis der Kausalität rechtfertigten auch sonst keine gesetzliche Freistellung des Schädigers von der Haftung,[71] sondern geben im Gegenteil Anlass zu Überlegungen, ob und gegebenenfalls welche Beweiserleichterungen dem Geschädigten zu gewähren sind, damit eine Haftung nicht wegen zu hoher Hürden des Beweisrechts leer läuft.[72]

[64] BGHZ 59, 310.

[65] OLG Hamm, MedR 1995, 328.

[66] *Palandt/Sprau*, 65. Auflage 2006, § 839a, Rn. 5; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 25 f.; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 48; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 40 ff.; *Kilian* VersR 2003, 683, 686. Für eine Begrenzung auch dieser Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit *Thole* (Fn. 6) S. 191 ff.

[67] MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 19; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 18.

[68] *Däubler* JuS 2002, 625, 629; *Kilian* VersR 2003, 683, 686; *Thole* (Fn. 6) S. 183 ff.; *Häsemeyer* in: FS *Laufs*, 2006, S. 569, 572 f.

[69] BT-Dr. 14/7752, S. 28; so auch schon der Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht (Fn. 17), S. 143.

[70] So auch *Cahn* (Fn. 30) Rn. 157; zustimmend aber *Kilian* VersR 2003, 683, 686, Fn. 50.

[71] Anders nur, wenn an die Stelle der Haftung eine versicherungsrechtliche Lösung tritt, dazu *Katzenmeier* Überlagerungen des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht, VersR 2002, 1449, 1454 f. mwN.

[72] Vgl. *Katzenmeier* Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZZP 117 (2004), 187 ff.; spez. zur Produkthaftung *ders.* Entwicklungen des Produkthaftungsrechts, JuS 2003, 943, 947 f.; zur Arzthaftung *ders.* Arzthaftung, 2002, S. 416 ff., 421 ff.

Ist § 839 a BGB auf die Fälle vergleichsweiser Streitbeilegung nicht anwendbar und kommt angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts sowie der Gesetzesbegründung auch keine analoge Anwendung in Betracht, so stellt sich die Frage, ob nun wieder die allgemeinen Haftungsnormen anwendbar sind.[73] Dagegen spricht, dass dadurch die Beeidigung als haftungsrechtliches Differenzierungskriterium wieder belebt würde.[74] Andererseits verliert die vom Gesetzgeber mit dem Zivilprozessreformgesetz so nachdrücklich propagierte gütliche Streitbeilegung[75] an Attraktivität, verneint man eine Ersatzpflicht des Sachverständigen zur Gänze.[76] Darüber hinaus droht dann dem Anwalt des Geschädigten die Regressfalle, wenn er in Prozessen, in denen ein Gutachten erstattet wurde, zu einem Vergleich rät. Die Auswirkungen sollten nicht überbewertet werden, doch wird der Rechtsanwalt seinen Mandanten über den Wegfall eines potentiellen Haftungsschuldners stets aufklären müssen.[77]

5. *Kausalität*

Notwendig für eine Haftung nach § 839 a BGB ist, dass die gerichtliche Entscheidung auf dem unrichtigen Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen beruht. Dieser Kausalitätsnachweis kann theoretisch erhebliche Schwierigkeiten bereiten, da der unabhängige Richter eine eigene Entscheidung trifft.[78] In der Praxis hilft dem Geschädigten jedoch, dass das Gericht gehalten ist, sich in seiner Entscheidung mit einem eingeholten Gutachten auseinanderzusetzen und auszuführen, inwieweit dieses der Entscheidung zugrunde liegt.[79] Kausalität ist zu bejahen, wenn das Gericht dem Gutachten zumindest teilweise folgt und die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, dass die Entscheidung ohne das Gutachten oder bei anderem Inhalt und Ergebnis

[73] Dafür *Palandt/Sprau* § 839a, Rn. 6; *Jauernig/Teichmann* BGB, 11. Auflage 2004, § 839a, Rn. 1; *Cahn* (Fn. 30) Rn. 158; auch *Erman/Hecker* § 839a, Rn. 11, jedoch unter Annahme einer dem § 839a BGB entsprechenden Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit.

[74] MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 20.

[75] Vgl. dazu *Katzenmeier* Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung, ZZP 115 (2002), 51 ff.

[76] *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 34. § 779 BGB und § 313 BGB dürften den Parteien nur selten einen Ausweg bieten, so aber MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 20; sympathisierend AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 40.

[77] Hk-BGB/*Staudinger* § 839a, Rn. 4; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 41; abw. *Schöpflin* zfs 2004, 241, 244: nur bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit eines Gutachtens.

[78] Hinweis von MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 22, dass die Vorschrift jeden Zweifel daran ausschließt, dass die Entscheidung des Gerichts den Zurechnungszusammenhang zwischen dem Schaden und dem unrichtigen Gutachten nicht unterbricht.

[79] *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 19) § 120, Rn. 65; *Zöller/Greger* ZPO, 25. Auflage 2005, § 402, Rn. 7a; *Jessnitzer/Ulrich* (Fn. 2) Rn. 190; *Kilian* VersR 2003, 683, 686: prima-facie-Beweis.

weniger ungünstig für den betreffenden Verfahrensbeteiligten ausgefallen wäre.[80] Es ist nicht erforderlich, dass das Gutachten Grundlage für die gesamte Entscheidung ist, sondern es genügt, dass Teile der Entscheidung darauf beruhen. Zu beachten ist außerdem, dass Mitursächlichkeit für eine Haftung genügt. Das unrichtige Gutachten muss also nicht alleinige Grundlage der Entscheidung oder einzelner Teile sein, vielmehr reicht aus, dass es neben anderen Beweismitteln zur Überzeugungsbildung des Gerichts beigetragen hat.[81] Der Gefahr einer Überdehnung der Einstandspflicht ist durch Eingrenzungen des Haftungsumfangs zu begegnen: Der Sachverständige hat nicht den gesamten Schaden zu ersetzen, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, sondern haftet nur für die Schäden, die – vermittelt über die gerichtliche Entscheidung – gerade durch die Unrichtigkeit des Gutachtens verursacht worden sind.[82]

6. *Haftungsausschluss nach Abs. 2*

a. § 839 a Abs. 2 BGB ordnet die entsprechende Geltung des § 839 Abs. 3 BGB an. Danach tritt eine Ersatzpflicht nicht ein, „wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden". Zum Ausdruck kommt damit der Vorrang des Primärrechtsschutzes: Der Betroffene soll nicht – getreu dem Motto „dulde und liquidiere" – eine fehlerhafte gerichtliche Entscheidung hinnehmen und sich dann beim Sachverständigen schadlos halten können.[83] Bei der Bestimmung handelt es sich um eine besondere Ausprägung des Mitverschuldensprinzips, das allgemein in § 254 BGB niedergelegt ist. Während § 254 BGB aber die Berücksichtigung und Abwägung der Umstände des Einzelfalls gestattet und die Möglichkeit der Anspruchsminderung und Schadensteilung vorsieht, führt § 839 Abs. 3 BGB bei jeder Form schuldhafter Schadensmitverursachung zum völligen Anspruchsverlust. Die Bestimmung ist fragwürdig, vor allem insoweit sie den Sachverständigen selbst bei vorsätzlicher Erstattung eines unzutreffenden Gutachtens vor einer Inanspruchnahme durch geschädigte Verfahrensbeteiligte schützt, die leicht fahrlässig die Einlegung eines Rechtsmittels versäumt haben.[84]

[80] *Palandt/Sprau* § 839a, Rn. 5; *Kilian* VersR 2003, 683, 686 f.; abw. zur Frage des Beweismaßes AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 36.

[81] MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 21; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 35; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 37.

[82] *Cahn* (Fn. 30) Rn. 159, 165 f.

[83] Vgl. zur Amtshaftung BGHZ 98, 85, 91 f.; MünchKomm-BGB/*Papier* § 839, Rn. 330; im vorliegenden Kontext MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 30.

[84] Vgl. zur Haftung bei Amtspflichtverletzung nur etwa MünchKomm-BGB/*Papier* § 839, Rn. 329; AnwKomm-BGB/*vom Stein* § 839, Rn. 240: „drastische Anspruchsbeschränkung"; zu § 839a BGB *Cahn* (Fn. 30) Rn. 169: vorzugswürdig wäre eine Anwendung der allgemeinen Regelung des § 254 BGB, ergänzt um eine Vorschrift nach dem Vorbild des

b. Der Begriff „Rechtsmittel" wird im Rahmen des § 839 Abs. 3 BGB weit ausgelegt, er umfasst nach h. M. „alle Rechtsbehelfe, die sich gegen die eine Amtspflichtverletzung darstellende Handlung oder Unterlassung richten und sowohl deren Beseitigung oder Berichtigung als auch die Abwendung des Schadens zum Ziel haben und herbeizuführen geeignet sind".[85] Bei einer Übertragung dieses Begriffsverständnisses auf § 839 a Abs. 2 BGB wären als Rechtsmittel alle Rechtsbehelfe anzusehen, die sich gegen die Erstattung eines unrichtigen Gutachtens oder gegen die darauf beruhende gerichtliche Entscheidung richten und eine Abwendung des Schadens ermöglichen. Neben der Berufung oder Revision käme danach insbesondere auch der Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen nach § 406 ZPO in Betracht. Das führte zu dem seltsamen Ergebnis, dass ein Sachverständiger, der vorsätzlich ein unrichtiges Gutachten erstattet hat, einer Haftung entgehen kann, indem er geltend macht, dass er für den Anspruchsteller erkennbar befangen war und daher auf dessen Antrag hin von der Gutachtenerstattung ausgeschlossen worden wäre.[86] Gleichwohl will das Schrifttum das Ablehnungsgesuch unter den Begriff des Rechtsmittels subsumieren.[87] Dafür spreche, dass die rechtzeitige Geltendmachung der Befangenheit zum einen unnötigen Regressprozessen gegen Sachverständige vorbeuge, zum anderen der Verwirklichung des materiellen Rechts diene, wenn der Prozess auf Grundlage des folgenden Gutachtens eines Unbefangenen richtig entschieden werde.[88] Verkannt wird dabei, dass es sich bei dem Ablehnungsantrag gem. § 406 ZPO um einen Rechtsbehelf ad personam handelt und nicht um einen Rechtsbehelf gegen ein unrichtiges Gutachten, zumal der Antrag gemäß § 406 Abs. 2 ZPO unter Umständen bereits gestellt werden muss, bevor das Gutachten überhaupt vorliegt.[89] Gegenüber dem Gutachten sind die Parteien aber gehalten, von ihren in § 411 Abs. 4 ZPO verankerten Rechten Gebrauch zu machen und sich im laufenden Verfahren mit Einwendungen, Ergänzungsfragen und Anträgen gegen dieses zu wenden, um so von vorn herein zu verhindern, dass es im Falle seiner Unrichtigkeit vom Gericht dem Urteil zugrunde gelegt wird.[90]

§ 255 BGB für Fälle, in denen dem Schaden des Verfahrensbeteiligten ein abschöpfungsfähiger Vorteil eines anderen Verfahrensbeteiligten korrespondiert.

[85] BGHZ 28, 104, 106; 137, 11, 23; MünchKomm-BGB/*Papier* § 839, Rn. 331; AnwKomm-BGB/*vom Stein* § 839, Rn. 241.

[86] Kritisch *Cahn* (Fn. 30) Rn. 171; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 30; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 46.

[87] *Däubler* JuS 2002, 625, 629; *Kilian* VersR 2003, 683, 687f.; *Schöpflin* zfs 2004, 241, 245.

[88] *Schöpflin* zfs 2004, 241, 245.

[89] So zutreffend *C.Huber* (Fn. 52) § 5, Rn. 65f.; AnwKomm-BGB/*C.Huber* § 839a, Rn. 43; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 30; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 46.

[90] *Jaeger/Luckey* (Fn. 31) Rn. 422f.; *Staudinger/Wurm* § 839a, Rn. 6; MünchKomm-BGB/*Wagner* § 839a, Rn. 30.

IV. Fazit

Der Blick auf die Regelung des § 839 a BGB zeigt, dass die neue Haftungsnorm zu keiner nennenswerten Haftungsverschärfung gegenüber dem vormaligen Rechtszustand führt. Der gerichtliche Sachverständige wird einerseits in die Verantwortung für sein Gutachten genommen, andererseits vor einer Inanspruchnahme bewahrt, die seine Freiheit beeinträchtigen und die Rechtskraft des ergangenen Urteil faktisch unterlaufen könnte. Manche Zweifelsfrage im Detail ist aufgeworfen, sie harrt der Klärung durch Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Grundsätzlich aber bestehen weder Gerechtigkeitsdefizite, noch ist Rechtsunsicherheit zu beklagen, vielmehr stellt die Regelung in § 839 a BGB einen akzeptablen „modus vivendi" dar.[91]

[91] So auch *G.Müller* VersR 2003, 1, 8; *Thole* (Fn. 6) S. 256; *Soergel/Spickhoff* § 839a, Rn. 6: „ausgewogener Kompromiss der Interessen".