

Gemeinwohl und Privatinteresse - Expertenhaftung am Scheideweg?^{*}

Dr. Bernd Kannowski und Dr. Peer Zumbansen, LL.M. (Harvard), Frankfurt a.M.

I. Einleitung

Gibt eine Behörde ein Gutachten in Auftrag, das ihr zur Entscheidungsfindung dienen soll, und unterlaufen dem Gutachter hierbei Fehler, die zu einer falschen Einschätzung der Verwaltung und damit zu einem Schaden bei dem davon Betroffenen führen, so muss dieser seinen Schaden selbst tragen. Zu diesem Ergebnis kam der X. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 26. 6. 2001¹. Eine Bank, deren Mehrheitsaktionärin die Klägerin ist, hatte bei dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) eine Genehmigung („Vollbankerlaubnis“) beantragt. Für die Sachverhaltsaufklärung, welche eine solche Genehmigung nach § 44b Kreditwesengesetz erfordert, beauftragte das BAKred die beklagte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Nach Darstellung der Klägerin sind der Beklagten bei ihrem Gutachten Fehler unterlaufen. Nur aus diesem Grund liege die Genehmigung bislang nicht vor. Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe ihr für die hierdurch erlittenen finanziellen Verluste einzustehen.

II. Von „Wohl und Wehe“ zur Expertenhaftung

Die Entscheidung des BGH ist mehr als nur ein Steinchen in dem farnefrohen Mosaik der „Expertenhaftung“². In diesem Zusammenhang hat der BGH für die Begründung von Ansprüchen neben dem als unzureichend empfundenen Deliktsrecht immer wieder auf den Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zurückgegriffen³. Dabei hat sich der BGH in Ausdehnung des Haftungsmaßstabs bewusst immer weiter von dem Erfordernis eines „personenrechtlichen Einschlags“ im Verhältnis zwischen Geschädigtem (Drittem) und Vertragspartner - „Wohl und Wehe“ - entfernt⁴. Beim Vorliegen einer entsprechend personenrechtlich geprägten Obhuts- oder Sorgfaltspflicht bezog das Gericht einen Dritten in den Schutzbereich des Vertrags ein, wenn diese Person typischerweise von der Leistungsbeziehung erfasst wurde und dies von den Vertragsparteien auch gewollt war. Ob dies zutrifft, sei regelmäßig im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) durch den Tatrichter zu ermitteln⁵. Zentral für die Entwicklung der „Expertenhaftung“ stellt sich hier die fallgruppenorientierte Herausbildung von Kriterien dar. Nach der mittlerweile einschlägigen Formel wird ein Anspruch des Dritten bejaht, wenn „der Auftraggeber von einer Person, die über besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, wie zum Beispiel ein öffentlich bestellter Sachverständiger, ein Wirtschaftsprüfer oder ein Steuerberater, ein Gutachten bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen“⁶. Die jüngste Entscheidung des BGH lag, so wollte man meinen, genau auf dieser Linie, aber dennoch verneinte der Senat einen Anspruch.

III. Öffentliches Interesse versus Privatinteresse

Der Senat stellte den Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter als die einzige für die Klägerin in Betracht kommende Anspruchsgrundlage heraus, da ein eigener Vertrag zwischen Klägerin und Beklagter nicht zu Stande gekommen sei⁷, das Deliktsrecht ausscheide⁸, weil kein geschütztes Rechtsgut betroffen sei, insbesondere kein betriebsbezogener Eingriff vorläge und eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nicht in Betracht komme. Den neuralgischen Punkt dieser Entscheidung bildete wie bei anderen⁹ vergleichbaren Konstellationen die Frage, ob der Kreis in den Schutzbereich des Vertrags einbezogener Dritter gegenüber der bisherigen Rechtsprechung auszuweiten ist. Der Senat verneinte eine

Notwendigkeit im vorliegenden Fall mit beachtlichen Argumenten. Aus der Sicht des *Senats* unterscheidet sich der hier betroffene Fall von denen, in welchen ein Anspruch aus „Expertenhaftung“ bejaht worden war, gerade dadurch, dass es hier nicht der Dritte (die Klägerin) sei, der im Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens eine Entscheidung über Vermögensdispositionen getroffen habe. Somit könne sich die Klägerin nicht erfolgreich auf einen „Vertrauensschutz“¹⁰ berufen¹¹. Das Gesetz schreibe die Sachverhaltsaufklärung nicht im Interesse der Klägerin vor, sondern im Interesse der Allgemeinheit. Geradezu fern liege aus Sicht des *Senats* die Annahme, „dass in den Vertrag zwischen der Behörde und dem Gutachter über die vorzunehmende Prüfung nach dem Parteiwillen derjenige als Dritter einbezogen werden sollte, der durch die Aufsichtsmaßnahme der Behörde betroffen ist“¹². Mit der Ausdehnung des Kreises der in den Schutzbereich fallenden Personen ist der *BGH* von jeher sparsam umgegangen¹³. Eine solche komme nur in Betracht, wenn die betroffene Person „sonst nicht hinreichend geschützt wäre“. Das hat das Gericht in der Vergangenheit verneint, wenn sich aus einer anderen Rechtsgrundlage ein Anspruch ergibt¹⁴ oder wenn ein solcher gegen eine andere Person besteht¹⁵. Beides ist hier nicht der Fall. Die Bank kann Schadensersatz, wenn überhaupt, nur von der beklagten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und nur auf Grund eines Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter verlangen. Der *Senat* lehnte hier die Schutzbedürftigkeit ab, indem er auf einen hypothetischen Kausalverlauf rekurrierte: Hätte das BAKred die Prüfung selbst durchgeführt - was nach dem Gesetz ohne weiteres möglich gewesen wäre und nur aus Gründen der Personalknappheit nicht geschah -, so hätte der Klägerin ebenso wenig ein Schadensersatzanspruch zugestanden¹⁶. Nichts anderes könne gelten, wenn sozusagen *zufällig* ein Dritter die Prüfung durchführt. Dieser Umstand darf sich nach Meinung des Gerichts

Kannowski, Zumbansen: Gemeinwohl und Privatinteresse -
Expertenhaftung am Scheideweg?

NJW 2001 Heft 42

3103



nicht zu Gunsten der Klägerin auswirken. Mit anderen Worten, sie ist nicht schutzbedürftig. An dieser Herleitung ergeben sich Zweifel aus zwei Gründen. Erstens versteht sich die Aussage, es liege fern, dass die Beklagte und das BAKred die Klägerin in den Schutzbereich des zwischen ihnen geschlossenen Vertrags hätten einbeziehen wollen beziehungsweise billigerweise hätten einbeziehen wollen müssen, keineswegs von selbst. Dieser Punkt ist vor allem deshalb erklärungsbedürftig, weil in früheren Entscheidungen gerade bezüglich der Ermittlung des „mutmaßlichen Parteiwillens“ große Begründungsarbeit geleistet worden ist¹⁷. Wie verhält es sich hier? Muss eine für das Gemeinwohl handelnde Behörde nicht - auch im Hinblick auf Art. 2 I GG - daran interessiert sein, auch diejenigen, welche von ihren Genehmigungen abhängig sind, Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, unter anderem deshalb, weil sonst Staatshaftungsansprüche drohen? Ließe sich nicht vertreten, dass sich die Beklagte von daher redlicherweise auf eine Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des Vertrags hätte einlassen müssen? Die Überlegungen des *Senats* hierzu fielen auffällig knapp aus¹⁸. Zweitens geht es hier um nichts anderes als die Frage, ob der Zufall hinsichtlich der eigenverantwortlichen Durchführung der Prüfung durch das BAKred oder deren vertraglicher Auslagerung an den Wirtschaftsprüfer zur Privilegierung der Klägerin in Form einer Haftungsfreistellung gegenüber der Beklagten führen darf: „Zufälle“, das heißt Umstände, die sich weder dem einen noch dem anderen eindeutig zurechnen lassen, spielen für die Rechtsordnung immer wieder eine Rolle. Sie hat in solchen Fällen mit einer nachvollziehbaren Begründung zu beurteilen, zu wessen Gunsten oder Lasten sie sich auswirken sollen¹⁹. Einem solchen Urteil liegt dabei (selbstverständlich) stets eine Wertung zu Grunde, die offen zu legen ist. Ganz besonders bei Schädigung dritter, nicht an einem Vertragsverhältnis beteiligter Personen ist der „Zufall“ immer wieder von Bedeutung. So spricht der *BGH* auch im Zusammenhang mit der Drittschadensliquidation von zufälliger Schadensverlagerung²⁰. In solchen ungewöhnlichen Fällen aber lieferte die Rechtsprechung stets eine Begründung dafür, warum das von keiner der Parteien beeinflussbare Ereignis sich in der vom Gericht bestimmten Weise zu Lasten einer der Parteien auswirken soll²¹.

IV. Öffentlich-rechtliche Effektivität versus privatrechtliche Effizienz

An einer solchen Begründung ermangelt es hier, obwohl keineswegs feststeht, dass auch bei Begutachtung durch das BAKred die behauptete Verzögerung aufgetreten wäre. Der für die Ablehnung des Rechtsanspruchs gebildete hypothetische Sachverhalt ist mithin ein solcher, bei

dem tatsächlich vielleicht gar kein Schaden eingetreten wäre. Angreifbar ist die Argumentation des *Senats* darüber hinaus aus folgendem Grund: Zwar leuchtet im Prinzip ein, dass in Bezug auf ein Gutachten, das „im öffentlichen Interesse“ erstellt wurde, andere Haftungsmaßstäbe gelten können als für ein solches, das allein privaten Interessen dient. Hier aber führt das „Gemeinwohlargument“ zu einem Ergebnis, das mit dem Schutz der involvierten Interessen im konkreten Fall schwerlich zu vereinbaren ist: Wer sich nach dem Gesetz einem Prüfungsverfahren zu unterziehen hat, bekommt seinen Schaden, den er dadurch erleidet, dass eine in das Verfahren einbezogene dritte Person (die Beklagte) einen Fehler macht, nicht ersetzt. Für die Beklagte bedeutet dies, dass für ein durch sie im öffentlichen Interesse erstelltes Gutachten geringere Haftungsmaßstäbe gelten, als wenn sie es im privaten Interesse angefertigt hätte. Ist eine Behörde dazwischen geschaltet, so entfällt demnach allein aus diesem Grund der Schadensersatzanspruch für ein fehlerhaftes Gutachten, der sonst nach den Grundsätzen der „Expertenhaftung“ gegeben sein könnte. Kann das im Interesse der Allgemeinheit liegen, welche das vorgesehene Prüfungsverfahren schützen soll? Hinter der Argumentation des *BGH* steht nichts weniger als eine Zwei-Reiche-Lehre, die zwischen öffentlich-rechtlicher *Effektivität* und privatrechtlicher *Effizienz* zu unterscheiden versucht²². Die Prüfung von Genehmigungsvoraussetzungen als Beispiel der Verwirklichung rechtsstaatlicher Vorgaben ist am öffentlichen, allgemeinen Interesse ausgerichtet, und dessen Abgrenzung von einem als ungezügelt verstandenen Eigeninteresse der Marktteilnehmer hat für die Klägerin zur Folge, dass sie ihren Schaden nicht ersetzt bekommt. Damit aber führt das Gericht die zu Grunde gelegte Unterscheidung zwischen Gemeinwohl- und Privatinteresse wieder *ad absurdum*, weil gleichzeitig weder für das eine noch das andere eine Lanze gebrochen wird. Der *Senat* verpasst an dieser Stelle die Chance, die wechselseitigen Überschneidungen und Komplementaritäten ernst zu nehmen, die derartigen Vertragskonstellationen inhärent sind²³. Die Rechtsfigur der vertraglichen Schutzwirkung zu Gunsten Dritter drängt in einem solchen Fall geradezu auf die Erforschung des „öffentlichen“ Gehalts eines „privaten“ Vertrags - und umgekehrt.

¹Besprechung von *BGH*, Urt. v. 26. 6. 2001 - X ZR 231/99, NJW 2001, 3115 (in diesem Heft). - Der Autor *Kannowski* ist Habilitationsstipendiat im Graduiertenkolleg „Europäische antike und mittelalterliche Rechtsgeschichte, neuzeitliche Rechtsgeschichte und juristische Zeitgeschichte“ an der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt a.M.; der Autor *Zumbansen* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Institut für Wirtschaftsrecht, ebda.

²NJW 2001, 3115 (in diesem Heft). - Vgl. hierzu bereits *Kannowski*, German Law Journal, 2. Jg. Nr. 13 v. 1. 8. 2001: <http://www.germanlawjournal.com>; *Kamphausen*, IBR 2001, 502.

³Dazu *Hirte*, Expertenhaftung, 1996; *Gounalakis*, NJW 1998, 3593; *Zugehör*, NJW 2000, 1601; *Damm*, JZ 1991, 373; *Zumbansen*, JZ 2000, 442.

⁴So bereits *BGH*, NJW 1982, 2431 („dänischer Konsul“); *BGH*, NJW 1984, 355; anders noch *BGH*, NJW 1973, 321 (322); NJW 1970, 1737 (1737f.).

⁵NJW 2001, 3115 (in diesem Heft); *BGHZ* 61, 227 (234) = NJW 1973, 2059; *BGHZ* 69, 82 (86) = NJW 1977, 1916; *BGH*, NJW 1984, 355 (356) („Käufergruppe“); NJW 1987, 1758 (1759) m.w. Nachw.; in neueren Entscheidungen geht der *BGH* gar nicht mehr auf dieses Merkmal ein, *BGH*, NJW 2001, 514; NJW 2000, 725 (m. Anm. *Zumbansen*, JZ 2000, 442); NJW 1998, 1059; *BGHZ* 127, 378 = NJW 1995, 392; anders noch *BGHZ* 51, 91 = NJW 1969, 269.

⁶*BGH*, NJW 2001, 514; NJW 1987, 1758; WM 1985, 450; NJW 1984, 355; v. *Caemmerer*, in: Festschr. f. Wieacker, 1978, S. 311 (316f.); krit. zu dieser Rechtsprechung *Canaris*, JZ 1995, 441 (443); JZ 1998, 603 (604f.); ZHR 163 (1999), 206 (215).

⁷Neben den in dem hier besprochenen Urteil zitierten Entscheidungen seien noch genannt *Senat*, NJW 2001, 514 (516); *BGH*, NJW 1998, 1948 (1949); NJW 1987, 1758 (1759); insoweit zust. *Hopt*, NJW 1987, 1745 (1746).

⁸NJW 2001, 3115 (in diesem Heft).

⁹So auch *Senat*, NJW 2001, 514.

¹⁰So auch *BGHZ* 40, 91 (103f.) = NJW 1963, 2071; *BGHZ* 51, 91 (93) = NJW 1969, 269 („Hühnerpest“).

¹¹Dazu auch *Senat*, NJW 2001, 514.

¹²*BGHZ* 127, 378 = NJW 1995, 392 („Dachboden“); *BGHZ* 138, 257 = NJW 1998, 1948 („Wirtschaftsprüfer“); *BGH*, NJW 2000, 725 („Rechtsanwalt“; m. Anm. *Zumbansen*, JZ 2000, 442); NJW 1998, 1059 („Wertgutachten für Grundstücksbeileihung“); NJW 1987, 1758 („Steuerberater“); NJW 1984, 355 („Grundstücksbewertung“).

¹³NJW 2001, 3115 (in diesem Heft).

¹⁴*BGHZ* 49, 350 (354) = NJW 1968, 885; *BGHZ* 61, 227 (234) = NJW 1973, 2059; *BGHZ* 70, 327 (330) = NJW 1978, 883; *BGH*, NJW 1987, 1758 (1760); NJW 1998, 1059 (1062); *Kamphausen*, IBR 2001, 502, meint zustimmend, die neue Entscheidung bestätige die Zurückhaltung des *BGH* und setze daher ein richtiges Signal angesichts einer „ausufernden Experten-Drittwirkung“.

¹⁴ BGHZ 129, 136 (169) = NJW 1995, 1739: Aktionäre sind nicht in den Schutzbereich eines Vertrags einbezogen, weil sie einen Schadensersatzanspruch aus § 179 BGB analog haben.

¹⁵ BGHZ 70, 327 (329f.) = NJW 1978, 883: Dem Untermieter stehen keine Ansprüche gegen den Vermieter zu, weil er sich an den Mieter halten kann.

¹⁶ NJW 2001, 3115 (in diesem Heft).

¹⁷ BGH, NJW 2001, 514 (516); NJW 1998, 1059 (1061); BGHZ 127, 378 (380f.) = NJW 1995, 392; BGH, NJW 1987, 1758 (1759f.); WM 1985, 450 (II 2); NJW 1984, 355 (355). - Auf die Gefahr, durch solche Ermittlungen des hypothetischen Willens der Parteien ihrem wirklichen Willen Gewalt anzutun, hat die Literatur immer wieder kritisch hingewiesen, BGHZ 40, 91 (102) = NJW 1963, 2071 m.w. Nachw.; Honsell, JZ 1985, 952 (952f.) (Anm. zu BGH, NJW 1982, 2431); Bayer, Der Vertrag zu Gunsten Dritter, 1995, S. 191ff.; Canaris, ZHR 1999, 206 (215).

¹⁸ So bereits Zumbansen, JZ 2000, 442 (446), in Bezug auf BGH, NJW 2000, 725.

¹⁹ Explizit im Gesetz geregelt ist der „Zufall“ in §§ 287 S. 2, 350, 446 I, 848, 992, 2025 BGB; Zum Begriff des Zufalls in § 287 S. 2 BGB Knütel, NJW 1993, 900 (900f.).

²⁰ BGHZ 51, 91, 95 = NJW 1969, 269. - Andere sprechen von einer „atypischerweise“ (Kuckuk, in: Erman, BGB, 10. Aufl. (2000), Vorb. § 249 Rdnr. 137) oder „durch besondere Umstände“ (Staudinger/Schiemann, BGB, 13. Bearb. [1998], Vorb. § 249 Rdnr. 62) erfolgten Schadensverlagerung.

²¹ RGZ 93, 39 (41); RGZ 170, 246 (251); BGHZ 15, 224 (229) = NJW 1955, 257; BGHZ 40, 91 (107) = NJW 1963, 2071; vgl. Grunsky, in: MünchKomm, 3. Aufl. (1994), Vorb. § 249 Rdnr. 116f. m.w. Nachw.

²² S. hierzu Kirchner, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 63, 70.

²³ Vgl. hierzu Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, 2000, S. 189ff.