

Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten*

Heinrich Honsell

Inhaltsübersicht

| | | |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. | Einführung..... | 1 |
| II. | Deliktshaftung | 2 |
| III. | Vertragshaftung | 5 |
| IV. | Vertrauenshaftung (culpa in contrahendo)..... | 7 |
| V. | Auskunftsvertrag mit Schutzwirkung für Dritte..... | 9 |
| 1. | Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts..... | 9 |
| 2. | Die deutsche Rechtsprechung | 11 |
| 3. | Die Begründung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte mit dem Parteiwillen .. | 14 |
| 4. | Begrenzung des neuen Prinzips?..... | 15 |
| 5. | Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch bei gegenläufigen Interessen? | 17 |
| 6. | Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch bei Arglist des Vertragspartners?..... | 18 |
| VI. | Zusammenfassung | 20 |

I. Einführung

Das Thema ist durch einen neueren Entscheid des Bundesgerichts¹ auch für die Schweiz aktuell geworden. Gegenüber einer allgemeinen Berufshaftung zeichnet sich die Haftung für Beratung, Gutachten, Auskunft usw. von vornherein durch ein Spezifikum aus: Es geht typischerweise nicht um eine unmittelbare körperliche Schadenszufügung, wie z.B. bei der Arzthaftung wegen einer fehlerhaften Operation oder bei der mangelhaften Ausführung eines Werkes, durch die ein Schaden verursacht wird. Vielmehr handelt es sich um Schäden, die erst dadurch entstehen, dass der Beratene den falschen Rat befolgt oder im Vertrauen auf eine Auskunft nachteilige Dispositionen trifft. In der Regel geht es um Vermögensschäden.

* Der Beitrag wurde zuerst in der FS Nobel (2005) publiziert. Ich danke dem Verlag Stämpfli, Bern, für die freundliche Genehmigung des Nachdrucks.

¹ BGE 130 III 345.

§ 675 Abs. 2 BGB und § 1300 ABGB bestimmen, dass die Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung für daraus resultierende Schäden nicht haftbar macht, sofern nicht ein Vertrag oder ein Delikt vorliegt. Dies ist eine Reminiszenz an das römische *mandatum tua gratia*², dem die *ratio* zugrunde lag, dass ein Rat nicht befolgt werden muss und daher keine Haftung auslöst. Dieser Gedanke reflektiert einen zentralen Aspekt der Privatautonomie, dass nämlich jeder seine Angelegenheiten selbst beurteilen und entscheiden muss. Es geht also um die Beachtung der nach wie vor gültigen gesetzgeberischen Wertung, dass Rat und Auskunft keine Haftung begründen, weil eine Haftpflicht für bloße Worte zu weit ginge und es auch nicht der Verkehrsauffassung entspricht, jemanden für einen Rat oder eine Auskunft haften zu lassen. Die Gefahren einer zu weitgehenden Haftung hat RUDOLPH V. JHERING plastisch formuliert: „alle Unbefangenheit der Konversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick“³. In der Schweiz fehlt eine ausdrückliche Regelung, doch ist die Rechtslage dieselbe, denn ein unentgeltlicher Rat ist in aller Regel nicht als Vertrag zu qualifizieren und das Deliktsrecht kennt grundsätzlich keine Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung⁴.

II. Deliktshaftung

Das Vermögen wird, anders als die absoluten Rechte (Gesundheit, Eigentum usw.), gegen fahrlässige Beeinträchtigung in der Regel nicht geschützt, sondern nur bei vorsätzlicher Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR, § 826 BGB.

Die Schweiz (Art. 41 Abs. 1 OR), Österreich (§ 1293 Abs. 1 ABGB), Italien (Art. 2043 Codice civile) und Frankreich (Art. 1382 f. Code civil) haben eine deliktische Generalklausel, so dass an sich auch primäre Vermögensschäden schon bei blosser Fahrlässigkeit ersetzt werden könnten⁵. Eine extensive Anwendung der Vorsatzdelikte von Art. 41 Abs. 2 OR bzw. § 1295 Abs. 2 ABGB, wie wir sie aus der deutschen Judikatur zu § 826 BGB kennen, wird deshalb nicht befürwortet. Die Schweiz und Österreich haben aber den deutschen

² Gaius Dig. 17, 1, 2: quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur: Wenn ich dich aber nur in deinem Interesse beauftrage, so ist das Mandat überflüssig und es entsteht deshalb keine Obligation.

³ Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts 1861, 12 f.

⁴ Rechtsvergleichend dazu HONSELL, Der Ersatz reiner Vermögensschäden, in: FS Lorenz (2001) 483 ff.

⁵ Rechtsvergleichend zur Auskunftshaftung HONSELL, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, in: FS Medicus (1999) 211 ff.

zweigliedrigen Rechtswidrigkeitsbegriff (§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB) übernommen, so dass der einfache Rekurs auf Verschulden nicht mehr zulässig ist, sondern eine Haftung nur eingreift, wenn entweder eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter oder ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB verletzt ist. Dadurch ergibt sich dann quasi von selbst, dass primäre Vermögensschäden nicht ersetzt werden, weil das Vermögen nicht zu den absolut geschützten Rechtsgütern gehört. Anders ist es nur, wenn entweder Vorsatz vorliegt oder ein Schutzgesetz eingreift. Das Vermögen als solches wird im Deliktsrecht nach Art. 41 Abs. 1 OR grundsätzlich also nicht geschützt⁶, denn es ist nach h.L. kein absolutes Recht und – anders als eine Sache, die beschädigt oder entzogen werden kann – einem unmittelbaren Eingriff, der Rechtswidrigkeit begründet, nicht zugänglich. Eine Vermögensbeeinträchtigung führt daher nicht wie beim Eigentum automatisch zu Rechtswidrigkeit und Schadenersatz.

Schutznormen sind in unserem Kontext selten. Als Schutznorm gilt nach h.L. Art 152 StGB⁷, der die Publikation *unwahrer Angaben über ein kaufmännisches Gewerbe* unter Strafe stellt⁸. Dies betrifft etwa unrichtige ad hoc-Mitteilungen. Der Schutznormcharakter und die Annahme einer Haftung sind in diesem Kontext nicht unproblematisch, denn die Haftung ist uferlos und unüberschaubar. Jeder, der ein schlechtes Investment getätigt oder gehalten hat, wird sich hinterher darauf berufen, dass er dies im Vertrauen auf die Richtigkeit der Mitteilungen getan hätte. Weiter hat das BGER⁹ die Meinung vertreten, dass Art. 755 OR, der die Haftung der Revisionsstelle regelt, den Schutz der Allgemeinheit bezweckt und damit auch die Interessen künftiger Aktienerwerber schützt, eine Auffassung die wiederum zweifelhaft erscheint, weil die Vorschrift neben der Gesellschaft und den Gläubigern nur die Aktionäre als Aktivlegitimierte nennt, was nicht auf Aktienerwerber erstreckt werden kann, die im Vertrauen auf einen falschen Bericht der Revisionsstelle Aktien erwerben. Soweit die Aktivlegitimation der Vorschrift reicht, ist sie nicht als Schutznorm i.S.v. Art. 41 ff. OR heranzuziehen, weil Art. 755 selbst schon eine Haftungsnorm ist, der keiner Transformation

⁶ Vgl. etwa BGE 119 II 127 E. 3; dazu AJP 1994, 791 ff. mit Anm. von A. KOLLER; sowie HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht (3. Aufl. 2000) § 4 II. 3. m.N.w. zur Lit. u. Jud.

⁷ Vgl. auch die ähnliche Regelung in § 331 dHGB.

⁸ Dazu zuletzt WATTER, Investorschaden wegen falscher Rechnungslegung, in: FS Zobl (2004) 430, 436.

⁹ Urteil 4C. 13/1997 vom 19. 12. 1997 = Pra 87 (1998) Nr. 121; im Ergebnis zustimmend VOGT/GRONER, Zur Haftung der Revisionsstelle gegenüber Investoren, recht 1998, 257 ff., wobei diese Autoren die Haftung auf Art. 41 Abs. 1 OR stützen; HIRSCH, La responsabilité des réviseurs envers les investisseurs, SZW 1999, 48 ff.; a.M. VON GREYERZ SPR VIII/2 (1982) 294; RUOSS, Zur Haftung der Revisionsstelle für unmittelbaren Schaden eines Investors, ST 1996, 562.

bedarf. Dasselbe gilt für die verwandte Sondervorschrift von § 323 HGB, der die Haftung des Abschlussprüfers für ein unrichtiges Testat regelt. Diese Haftung ist ein Sonderfall, der schwerlich verallgemeinert werden kann. Sie gilt nur für Pflichttestate und besteht lediglich gegenüber der geprüften Kapitalgesellschaft, nicht gegenüber Dritten, wie Gesellschaftern oder Gläubigern. Auch ist sie nach § 323 Abs. 2 HGB auf eine bzw. vier Millionen Euro begrenzt. Allerdings bejaht die h.L. zu Unrecht die Möglichkeit eines vertraglichen Drittschutzes neben der Haftung nach § 323 HGB auch im Rahmen von Pflichttestaten¹⁰. Die Judikatur lässt aber daneben einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu. Auch VOGT/GRONER¹¹ bejahen einen Anspruch aus Vertrauenshaftung, wenn der Dritte im Vertrauen auf die Richtigkeit eines Revisionsberichts Aktien erworben hat und die Revisionsstelle die Bedeutung des Berichts für den Aktienkauf kannte. Eine solche Haftungsausweitung ist uferlos und nicht mehr kalkulier- und versicherbar, denn das schriftliche Gutachten kann einer beliebigen Zahl Dritter zur Kenntnis kommen.

Fehlt eine Schutznorm, so besteht in der Schweiz bei primären Vermögensschäden ein Anspruch nur bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung nach Art. 41 Abs. 2 OR. Diese Norm wird von der Judikatur indes nicht erweitert, sondern umgekehrt sogar einengend im Sinne einer Schikane interpretiert¹². Ungeachtet dieses Haftungs- und Widerrechtlichkeitskonzepts¹³ gewährt die Rechtsprechung ausnahmsweise Ersatz primärer Vermögensschäden bei Rat Auskunft usw. Das Schweizer Bundesgericht bejaht in krassen Fällen unter allgemeinem Hinweis auf Art. 41 OR (ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 41 Abs. 1 oder 2 OR) in engen Grenzen eine Haftung für falschen Rat, Auskunft oder Gutachten, welche nachteilige Dispositionen des Geschädigten zur Folge haben. Danach wird *„aus Art. 41 OR schadenersatzpflichtig, wer aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskünfte erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnten“*¹⁴. Betrachtet man nur den

¹⁰ Vgl. näher HONSELL (Fn 5).

¹¹ Vgl. Fn 9; ebenso MOSER, Die Haftung gegenüber vertragfremden Dritten, Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers (1998) 203.; dagegen WATTER (Fn 8) 441 f..

¹² Vgl. zuletzt BGE 124 III 297, 302 f. E. 5; dazu HONSELL (Fn 6) § 4 II. 3., § 7 I. u. III.

¹³ Vgl. etwa BGE 124 III 197.

¹⁴ BGE 111 II 474 E. 3; 116 II 695 ff., ZBJV 1992, 203 f. mit Anm. von MERZ.

gesetzlichen Generaltatbestand des Art. 41 Abs. 1 OR und vernachlässigt man seine Interpretation i.S.d. deutschen Deliktsrechts, so ist gegen diese Judikatur nichts einzuwenden. Gegen fahrlässige Vermögensbeeinträchtigung gewährt also grundsätzlich nur das Vertragsrecht Schutz, nicht das Deliktsrecht. Dies spielt gerade in unserem Kontext eine Rolle, also bei fahrlässiger Erteilung eines falschen Rates oder einer unrichtigen Auskunft, ferner in anderen Fällen fahrlässiger Vermögensschädigung, wie fahrlässigem Prozessieren, Konkursantragstellung usw. Der Umstand, dass gegen fahrlässige Schädigungen nur das Eigentum und vergleichbare absolute Rechte geschützt sind, nicht aber das Vermögen, ist kein Zufall, sondern eine vom Gesetzgeber gewollte Haftungsbeschränkung. Entgegen einer verbreiteten Meinung ist das Fehlen eines generellen deliktischen Vermögensschutzes auch kein notorischer Mangel, sondern eine wohlüberlegte Barriere gegen die heute freilich modische Tendenz einer ständigen Ausweitung des Haftpflichtrechts. Die Notwendigkeit einer Haftung für primäre Vermögensschäden wird trotz der entgegenstehenden Wertung der § 823 ff. BGB und des § 675 Abs. 2 BGB einfach allgemein vorausgesetzt¹⁵. Eine (überzeugende) Begründung für diese Ausweitung der Deliktshaftung durch die h.L. findet man nicht. Eine tragfähige Argumentation müsste sich auch mit der Zulässigkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung *contra legem* befassen, die in den Methodenbüchern meist abgelehnt oder geleugnet wird¹⁶.

III. Vertragshaftung

An die Stelle einer deliktischen Haftung für Rat und Auskunft kann eine vertragliche treten: Der Auftrag ist nach Schweizer Tradition entgeltlich oder unentgeltlich (Art. 394 OR)¹⁷. Die Unentgeltlichkeit steht also der Annahme eines Vertrages nicht entgegen. Auch der unentgeltliche Auftrag ist rechtlich verbindlich und verpflichtet den Beauftragten. Vom verpflichtenden Auftrag zu unterscheiden sind aber blosse *Gefälligkeitsverhältnisse*. Aus der

¹⁵ Vgl. dazu zuletzt HIRTE, Berufshaftung (1996) 415.

¹⁶ Vgl. LARENZ/CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl. 1995) 245 ff.; BYDLINSKI, Jur. Methodenlehre (2. Aufl. 1991) 496, 500.; vgl. dagegen NEUNER, Die Rechtsfindung *contra legem* (1992) 132 ff., 184 f. u. passim, der sich sowohl gegen die Verschleierung von *contra legem*-Entscheidungen als auch gegen eine manipulative Verwendung des Lückenbegriffs wendet.

¹⁷ Hingegen hält § 662 BGB in romanisierender Tradition an der notwendigen Unentgeltlichkeit des Auftrags fest.

Übernahme von Gefälligkeiten des täglichen Lebens entstehen im Allgemeinen weder Erfüllungs- noch vertragliche Haftungsansprüche. Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein. Entscheidend ist, ob ein entsprechender *Rechtsbindungswille* des Beauftragten angenommen werden kann. Neben den Umständen des Einzelfalles kommt es nach Treu und Glauben auf die (für den Beauftragten erkennbare) Bedeutung des Geschäftes für den Auftraggeber an¹⁸. Bei bloss faktischen, unentgeltlichen Tätigkeiten wird man im Zweifel keinen Auftrag annehmen.

Die Judikatur hingegen ist mit der Annahme eines Auftrages rasch bei der Hand. BGE 112 II 347 hat Auftrag angenommen bei der unentgeltlichen Schätzung einer Jugendstillampe von Gallé durch eine Galerie. Die weit wertvollere Lampe war anhand einer telefonischen Beschreibung auf Fr. 8000.– bis Fr. 12 000.– geschätzt und für Fr. 16 500.– verkauft worden. Der Verkäufer verlangte von der Galerie Schadenersatz. Das Bundesgericht hat die Haftung bejaht¹⁹. Haftung nach Auftragsrecht hat auch BGE 112 II 258 im Fall einer fehlerhaften Bilanzdokumentation angenommen, die eine Treuhandgesellschaft erstellt hatte, um Anleger zur Zeichnung neuer Aktien zu bewegen.

Auch die deutsche Rsp. bejaht häufig einen stillschweigenden Auskunftsvertrag²⁰. Indizien für die Annahme eines stillschweigenden Auskunftsvertrages sind nach Auffassung des BGH die Sachkunde oder das eigene Interesse des Angefragten²¹. Meist handelt es sich um falsche Angaben von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern oder Rechtsanwälten gegenüber Gläubigern des Mandanten oder gegenüber Kaufinteressenten, also Dritten, zu denen keine vertraglichen Beziehungen bestehen²².

Leading case war eine Entscheidung des Reichsgerichts²³. Ein Notar hatte der Bank eines Mandanten auf dessen Veranlassung eine *unrichtige* Auskunft über die hypothekarische Belastung eines Grundstückes des Mandanten erteilt. Die Bank hatte einen Hypothekenkredit

¹⁸ Vgl. etwa BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR N 64 f.

¹⁹ Vgl. zu dem Urteil MERZ ZBJV 1988, 215 ff., der u. a. auf die Notwendigkeit einer Herabsetzung der Haftung nach Art. 99 Abs. 2 OR hinweist.

²⁰ Vgl. zuletzt BGH NJW 1994, 2620; BGHZ 74, 103, 106, 107; 100, 117, 118, 119 m.w.N.; diese Urteile betreffen Fälle der Anlagevermittlung; weitere Nachweise bei JOST, Vertragslose Auskunfts- und Beratungshaftung (1991) 105 ff.

²¹ BGH NJW 1992, 2080 m.w.N.

²² Ausführlich zur Anwaltshaftung gegenüber Dritten BELL, Anwaltshaftung gegenüber Dritten (1996); BORGMANN/HAUG, Anwaltshaftung (3. Aufl. 1995) Rn 1 ff.

²³ RGZ 52, 365; vgl. auch RG JW 1928, 1134; JW 1933, 510; 2701.

gewährt und war in der Zwangsversteigerung mit der Forderung ausgefallen. Das Reichsgericht bejahte ein Auftragsverhältnis zwischen Bank und Notar. Hierfür genüge es, „dass sie (sc. die Parteien) in Beziehungen getreten sind, die, wenn sie einmal vorliegen, nach Massgabe der bürgerlichen Rechtsordnung als vertragliche anzusehen und dementsprechend in ihren rechtlichen Auswirkungen zu beurteilen sind“. Diese auch vom BGH²⁴ noch verwendete Formel, hat man zurecht als lebensfremd²⁵ bezeichnet und als *petitio principii*²⁶ enttarnt. Das Urteil ist auf lebhaft Kritik gestossen: Die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Vertrages sei eine willkürliche Fiktion und ein schlechter Notbehelf der juristischen Konstruktion²⁷. Der Vertrag bestehe einzig und allein in der Haftung für die Richtigkeit der erteilten Auskunft. In der Tat ist ein Vertrag, der nichts weiter als eine Schadensersatzpflicht zum Gegenstand hat, ein Unikum. Gleichwohl hat die deutsche Judikatur und insbesondere der BGH diesen Ansatz weiter ausgebaut. Ein stillschweigender Auskunftsvertrag kommt danach zustande, wenn die Auskunft für den Anfragenden erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Vermögensverfügungen machen will²⁸.

IV. Vertrauenshaftung (*culpa in contrahendo*)

Schliesslich wird die Haftung für Rat, Auskunft usw. im ausservertraglichen Bereich nach deutschem Vorbild zunehmend als *Vertrauenshaftung*²⁹ aus *culpa in contrahendo*³⁰ oder, was meist dasselbe bedeuten soll, aus einem gesetzlichen Schutzverhältnis aus besonderem Kontakt hergeleitet, so obiter BGE 120 II 331, 336 f. „Swissair“, dort ging es primär nicht um die Beratungshaftung, sondern um die Haftung aus „erwecktem Konzernvertrauen“, Verwendung des Swissair-Logos durch eine Tochtergesellschaft, die in Konkurs gefallen

²⁴ BGHZ 7, 371; kritisch dazu BAUR JZ 1953, 373, 374.

²⁵ So FRIEDLÄNDER JW 1928, 1134 f.

²⁶ BORGMANN/HAUG (Fn 22) Rn 3.

²⁷ LABAND DJZ 1903, 259, 262.

²⁸ BGH NJW 1991, 352; WM 1988, 1828, 1829; 1989, 1409.

²⁹ Vgl. dazu zuletzt EUGEN BUCHER, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in: FS Walter (2005) 231 ff.

³⁰ So BGE 124 III 369 E. 5, zust. WYSS/VON DER CRONE, Haftung für Auskunft, SZW 2002, 112 ff.

war³¹. Das Bundesgericht bejaht seither³² eine Haftung aus culpa in contrahendo, bzw. aus dem Oberbegriff der Vertrauenshaftung. Voraussetzung der Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen ist, so das Bundesgericht, dass die Beteiligten in eine sogenannte „rechtliche Sonderverbindung“ zueinander getreten sind, welches rechtfertigt, die aus Treu und Glauben hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen zu lassen. Eine derartige Sonderverbindung entstehe aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Vorverhalten der in Anspruch genommenen Person. Ein unmittelbarer Kontakt zwischen dem Schädiger und dem Haftpflichtigen sei nicht unabdingbar. Es genüge, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen und der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten. Für culpa in contrahendo als „gesetzliches Schuldverhältnis hat sich nach deutschen Vorbildern³³ auch eine neuere Lehrmeinung ausgesprochen³⁴. Dagegen ist dreierlei einzuwenden: Der Begriff „gesetzliches

³¹ Ablehnend HONSELL, Haftung aus „Konzernvertrauen“ im schweizerischen Recht, in: GS Sonnenschein (2003) 661; AMSTUTZ/WATTER, Konzernhaftung, AJP 1995, 502 ff.; GONZENBACH, Senkrechtstart oder Bruchlandung? – Unvertraute Vertrauenshaftung aus „Konzernvertrauen“, recht 1995, 117 ff.; WICK, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, AJP 1995, 1280; vgl. auch LUTTER, Haftung aus Konzernvertrauen?, in: GS Knobbe-Keuk (1997) 232 ff., 240 f.; zustimmend WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, 273 ff.; WIEGAND, Vertrauenshaftung: BGE 121 III 350, ZBJV 1997, 114 ff.; VON DER CRONE/WALTER, Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW 2001, 53 ff.; vorsichtig DRUEY, Konzernrecht, Rechtsprechung, BGE 120 II 331, SZW 1995, 93 ff. Das BGer hat inzwischen zurückbuchstabiert und einschränkend festgestellt, dass eine Haftung aus Konzernvertrauen nur unter strengen Voraussetzungen angenommen werden kann. Der Geschäftspartner des Tochterunternehmens muss danach dessen Kreditwürdigkeit selbst überprüfen und kann das Bonitätsrisiko nicht einfach auf die Muttergesellschaft abwälzen: BGE 124 III 297, 304 E. 6a. Die blossе Werbung mit dem Namen der Mutter reicht also nicht (ein „schnellwachsendes Unternehmen der Telecolumbus-Gruppe“).

³² Vgl. etwa BGE 124 III 297; 130 III 345; Urteil des BGer 4C 193/2000 v. 26. 9. 2001.

³³ CANARIS, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 476 f.; GERHARDT, Der Haftungsmassstab im gesetzlichen Schuldverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597 ff.

³⁴ Vor allem BK-KRAMER (Fn 18) N 142 ff.; vgl. ferner GAUCH/SWEET, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: FS Keller (1989) 117; KUHN, Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung, SJZ 1986, 345 ff.; KAISER, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten (Diss. Bern 1987); FISCHER, Dritthaftung für falsche freiwillige Auskünfte, ZvglRw 1983, 19 ff.; WALTER (Fn 31) 273 ff.; WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997, 85 ff., 86 f.; differenzierend MEIER-SCHATZ, Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in: Mél. Piotet (1990) 151 ff.

Schuldverhältnis“ sollte, wenn Worte noch einen Sinn haben, den gesetzlich geregelten ausservertraglichen Anspruchsgrundlagen vorbehalten bleiben, das sind die Art. 41 ff., 62 ff. und 422 f. OR. Zum anderen war die culpa in contrahendo bislang auf das vorvertragliche Stadium sowie auf nichtige Verträge beschränkt³⁵. Schliesslich werden durch diese Haftungsausweitung die klare Dogmatik von Vertrags- und Deliktsrecht verwischt und die Grenzen der Deliktshaftung für primäre Vermögensschäden gesprengt. Nach der hier vertretenen Auffassung gehört die culpa in contrahendo zu den Quasikontrakten. Heranzuziehen ist aber bei ausservertraglicher Raterteilung (usw.) nicht die culpa in contrahendo, sondern Deliktsrecht.

V. Auskunftsvertrag mit Schutzwirkung für Dritte

1. Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht ist inzwischen noch einen Schritt weiter gegangen und bejaht jedenfalls im Grundsatz sogar einen Auskunftsvertrag mit Schutzwirkung für Dritte³⁶. Wiederum übernimmt es eine deutsche delikterweiternde Vertragsfiktion von höchst zweifelhaftem Wert. Die Kritik wendet sich gegen die Fiktion eines entsprechenden Parteiwillens wie auch dagegen, dass die Frage nicht einmal mehr gestellt wird, ob das Fehlen eines Deliktsanspruchs wirklich als Lücke zu qualifizieren ist und nicht vielmehr eine vernünftige Haftungsbegrenzung im Rahmen der Privatautonomie. In concreto hat das Bundesgericht die Haftung eines Liegenschaftsschätzers, der bei Erstellung eines Schätzungsgutachtens Mängel des Gebäudes übersehen hatte, allerdings verneint. Das Schätzungsgutachten, das dem Käufer vorgelegen hatte, war zwei Jahre zuvor erstellt worden, zur Vorlage bei einer Bank im Rahmen der Erhöhung eines Hypothekarkredits. Das BGer rekuriert zunächst auf seine Grundsätze zur Vertrauenshaftung und stellt einen Zusammenhang her zwischen dem Konzernvertrauen von BGE 120 II 331 E. 5a, S. 37, und der Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft. Daraus – so das BGer – folge, dass unter denselben Voraussetzungen auch ein Experte, dessen Auftrag im Wesentlichen stets darin bestehe, bestimmte Fragen aus seinem Fachbereich zu beantworten, bereits bei einer mittelbaren Beziehung gegenüber einem

³⁵ Vgl. schon den gleichnamigen Aufsatz von JHERING, Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jahrbücher für Dogmatik 4 (1861) 1 ff.

³⁶ BGE 130 III 345; vgl. auch die beiden nicht amtlich publizierten Entscheide unten bei Fn 37 u. 38.

vertragsfremden Dritten aus erwecktem Vertrauen haftbar werden könne. Die Analogie zur culpa in contrahendo lasse sich herstellen durch Anknüpfung an den (intendierten) Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber des Experten, auf den die Expertise Einfluss zu nehmen bestimmt sei. Der Experte, der ein Schriftstück erarbeite, welches dann von seinem Auftraggeber an den Dritten weitergegeben werde, trete jedenfalls dann in mittelbare Beziehung zum Empfänger, wenn die Weitergabe mit seinem wirklichen oder vertrauensrechtlich – zurechenbaren – Einverständnis erfolge (unter Berufung auf CANARIS, Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 163 (1999) 224 ff.). Dabei spiele keine Rolle, ob der Experte den Dritten kennt oder zumindest weiss, um wen es sich handelt oder nicht, denn das Haftungsrisiko richte sich nach den davon unabhängigen Kriterien des Inhalts der Expertise und deren Verwendungszweck. Ob der Gutachter mit der Begebung seiner Expertise an den Dritten rechnen musste, entscheidet sich nach den konkreten Umständen, dem gesellschaftlichen und beruflichen Kontext und der sozialen Rolle der Betroffenen.

Eine Sonderverbindung hatte das Bundesgericht zutreffend schon in den Parallelfällen 4 C.280/1999³⁷ und 4 C.296/1999, beide vom 28.1.2000³⁸ verneint für den mit der Baugrundabklärung und der Überwachung von Aushubarbeiten beauftragten Geologen bzw. Bauingenieur und die betroffenen Nachbarn des Auftraggebers³⁹.

Im Fall des Liegenschaftsschätzers stellte das Bundesgericht darauf ab, dass das Gutachten ursprünglich für eine Bank im Rahmen der Erhöhung eines Hypothekarkredits bestimmt war und dem Käufer erst zwei Jahre später vorgelegt wurde. Zwar habe der Gutachter nicht ausschliessen können, dass sein Gutachten zu einem späteren Zeitpunkt auch von Dritten eingesehen werden könnte; allein die Möglichkeit einer zufälligen Kenntnisnahme genüge nicht zur Begründung einer Vertrauenshaftung. Der Gutachter kannte den Käufer nicht und er musste ihn nicht kennen. Es bestand keine Verbindung, die ein legitimes Vertrauen in die Richtigkeit des Gutachtens hätte begründen können. Eine Vertrauensbasis hätte das Gutachten lediglich gegenüber der Bank abgeben können, wenn diese gestützt auf dessen falsche Angaben nachteilige Dispositionen getroffen hätte.

Eine Haftung sei, so das Bundesgericht, „nur denkbar, wenn der Verkäufer im Einverständnis mit den Käufern den Schätzungsauftrag im eigenen Namen erteilt und dem Beklagten diese

³⁷ Vgl. Sem Jud 2000 I 549 ff.; vgl. auch LEUENBERGER, Haftung von Hilfspersonen gegenüber vertragsfremden Dritten, ZBJV 2000, 289 ff.

³⁸ Abgedruckt bei A. KOLLER (Hrsg.), Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht (2004) 55.

³⁹ Verneint wird auch eine Verkehrssicherungspflicht (Gefahrensatz), was m.E. unzutreffend ist.

gemeinsame Interessenlage offen gelegt hätte. Dies trifft im vorliegenden Fall aber nicht zu. Damit aber sind die Interessen der Vertragsparteien gegenläufig: Der Verkäufer ist an einem möglichst hohen, die Käufer an einem möglichst tiefen Verkehrswert interessiert. In einem solchen Fall scheidet die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch nach Auffassung der in der neueren Rechtslehre vertretenen Befürworter dieser Rechtsfigur aus⁴⁰.

Das BGR kommt in concreto zum richtigen Ergebnis. Die Kriterien sind jedoch unstimmig und wenig überzeugend. Die bloße Kenntnis des Dritten oder das Rechnen mit der Möglichkeit, dass das Gutachten einem Dritten vorgelegt werden könnte, ist kein hinreichendes Kriterium und begründet auch keine Sonderverbindung; ebenso wenig wie die Voraussehbarkeit auf die – vom BGR zurecht beanstandet – das Instanzgericht abgestellt hatte. Schliesslich ist der Entscheid insofern unklar, als er auf der einen Seite die Einbeziehung Dritter bei gegenläufigen Interessen ablehnt, andererseits eine Haftung bejaht, „wenn der Verkäufer im Einverständnis mit den Käufern den Schätzungsauftrag in eigenem Namen erteilt und dem Beklagten diese gemeinsame Interessenlage offengelegt hätte“. Die Offenlegung ändert nichts an der Gegenläufigkeit der Interessen. Indessen muss man grundsätzlich fragen, ob nicht bereits der Ansatz beim Institut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte falsch ist. Diese Figur beruht in ihrem Kern auf einer ergänzenden Vertragsauslegung des Inhalts, dass die Parteien auch Dritte in den Schutzbereich ihres Vertrages einbeziehen hätten wollen. Dies ist aber jedenfalls bei gegenläufigen Interessen, wie sie zwischen Verkäufer und Käufer bestehen, nicht der Fall.

2. Die deutsche Rechtsprechung

Die Konstruktionsjurisprudenz des BGR hat ihre Vorläufer in der Rechtsprechung des BGH, die eine Auskunft- oder Gutachtervertrag (usw.) mit Schutzwirkung für Dritte geschaffen hat, um auch Dritten einen Anspruch gegen den Gutachter (usw.) zu geben. Diese Judikatur arbeitet nicht nur mit stillschweigenden Auskunftsverträgen, sondern schreckt auch vor der doppelten Fiktion eines stillschweigenden Vertrages und eines Parteikonsenses über die

⁴⁰ WALTER (Fn 31) 291 f.; anders die Praxis in Deutschland, vgl. BGH NJW 1995, 392; zustimmend MEDICUS JZ 1995, 308 f.; vgl. auch CANARIS, Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen, JZ 1995, 441 ff.

Einbeziehung Dritter nicht zurück: Damit ist der stillschweigende Auskunftsvertrag mit Schutzwirkung für Dritte⁴¹ kreiert.

Folgende typische Fälle gehören in die Gruppe der Auskunftsverträge mit Schutzwirkung für Dritte: Ein Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater erstellt im Auftrag eines Unternehmens eine unrichtige Bilanz, die ein zu günstiges Bild gibt, z.B. wegen Überbewertung der Aktiva. Der Unternehmer verwendet sie zu Kreditzwecken oder legt sie einem Kaufinteressenten vor. So haftet z.B. nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Steuerberater, der einen Jahresabschluss erstellt und zugleich bescheinigt, dabei die handelsrechtlichen und steuerlichen Vorschriften beachtet und sich von der Ordnungsmässigkeit der Buchführung überzeugt zu haben, Dritten, denen – für den Steuerberater erkennbar – der Jahresabschluss als Entscheidungsgrundlage für wirtschaftliche Dispositionen dienen soll, für die inhaltliche Richtigkeit seiner Bescheinigung⁴².

Ein Grundstücksachverständiger erstellt ein Gutachten über den Wert eines Grundstücks, das Gutachten wird einer Bank vorgelegt, die einen Hypothekenkredit gewährt und in der Zwangsversteigerung ausfällt⁴³. Ein Kunstsachverständiger erstellt eine falsche Expertise, der Erwerber kauft ein vermeintlich echtes Bild. Eine Bank erteilt einer anderen eine unrichtige Auskunft, die an Dritte weitergegeben wird. Eine Gemeinde bescheinigt einem Bauunternehmer, dass sie ihm einen Auftrag erteilt habe, aus dem ihm bereits eine grössere Summe als Werklohn zustehe. Der Unternehmer legt dieses Schriftstück einer Bank und einem Baustofflieferanten vor, um Kredit zu erlangen. Die Besonderheit ist stets, dass ein Dritter Schaden erleidet, den mit dem Auskunftserteilenden weder ein Vertrag verbindet noch ein geschäftlicher Kontakt. Soweit die Auskunft vorsätzlich falsch erteilt wird, hat jeder beliebige Dritte den Anspruch aus § 826 BGB. Akzeptiert man die Vertragskonstruktion, greift die Haftung bereits bei leichter Fahrlässigkeit ein.

⁴¹ Vgl. JOST (Fn 20) 166 ff.; DICKES, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte in den Fällen der Auskunftshaftung (1992); BELL (Fn 22); allgemein zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zuletzt: ZIEGLTRUM, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte: vom „Fürsorgeverhältnis“ zu „gegenläufigen“ Interessen (1992); URBAN, „Vertrag“ mit Schutzwirkung für Dritte und Drittschadensliquidation (1989); MARTINY, Pflichtorientierter Drittschutz beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Eingrenzung uferloser Haftung, JZ 1996, 19 ff.

⁴² BGH NJW 1997, 1235; NJW 1987, 1758 ff.; Vgl. auch BGHZ 138, 257. Nach richtiger Ansicht schliesst § 323 HGB als lex specialis die Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte aus. Zur Problematik des § 323 HGB vgl. oben II.

⁴³ BGH WM 1998, 440 ff.

Da meist schon ein Vertragsverhältnis besteht (z.B. zwischen Unternehmer und Wirtschaftsprüfer, zwischen Gutachter und Hausverkäufer usw.), erscheint es als einfache Lösung, die geschädigten Dritten in den Schutzbereich dieses Vertrages einzubeziehen. Hier wird also nicht ein Vertrag fingiert, sondern nur die Einbeziehung des Dritten durch die Parteien.

Die älteste, etwas anders gelagerte Fallgruppe sind Säumnisse oder Fehler von Anwälten oder Notaren bei der Errichtung von Testamenten⁴⁴. Hier bejahte der BGH⁴⁵ schon 1965 einen Anspruch der Erben aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (auch in Kombination mit culpa in contrahendo). Die Besonderheit dieser Fälle liegt darin, dass, – soweit es sich um Begünstigung von gesetzlichen Erben handelt – der Bereich der „Wohl- und Wehe“-Rechtsprechung⁴⁶ nicht verlassen ist. Wichtiger noch ist, dass es in den Erbfällen nicht um Einbeziehung gegenläufiger Interessen⁴⁷ geht. So gesehen liegt die Einbeziehung der Wunsch-Erben näher als die der Dritten in den übrigen Fällen. Problematisch bleibt gleichwohl die Verdopplung des Nachlasses zu Lasten des Notars oder Anwalts aufgrund eines Testamentsformalismus, der auch einen klar hervorgetretenen Erblasserwillen ignoriert, wenn die Testamentsform fehlt⁴⁸. Vielleicht wird dieser Formalismus eines Tages einer Normzwecklehre unterworfen und der Satz *cessante ratione cessat lex ipsa* auch bei Formvorschriften anerkannt.

⁴⁴ Vgl. dazu HONSELL (Fn 5).

⁴⁵ NJW 1965, 1955 = JZ 1966, 141; ebenso BGH NJW 1995, 51, 52 f.; 1995, 2551 f.; der Rsp. zustimmend vCAEMMERER, Verträge zugunsten Dritter, in: FS Wieacker (1978) 311, 320 ff.; MEDICUS, Bürgerliches Recht (16. Aufl. 1993) Rn 847, 847a; MUSIELAK, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1974) 38 ff.; BELL (Fn 22) 79 ff.; ablehnend LORENZ JZ 1966, 413; BÖHMER MDR 1966, 468; SCHLITT/SEILER NJW 1996, 1325; KEGEL, Die lachenden Doppelerben, in: FS Flume (1978) 545; ZIMMERMANN, Lachende Doppelerben? – Erbfolge und Schadenersatz bei Anwaltsverschulden, FamRZ 1980, 99. Zur Haftung gegenüber Dritten (insbes. gegenüber Erben) im englischen Recht vgl. GOTTWALD, Haftung für Auskunft und Gutachten gegenüber Dritten: England, Deutschland, Schweiz (1994) 10 ff.; F. MÜLLER, Auskunftshaftung nach deutschem und englischem Recht (1995); MIDDLETON VersR 1994, 1027 ff.; KESSEL, Neues zur Anwaltshaftung gegenüber Dritten in England – zum Urteil des House of Lords im Fall White v. Jones, NJW 1996, 30 ff.; weitere Nachweise bei MARTINY (Fn 41) 19 ff.

⁴⁶ Dazu unten V.3.

⁴⁷ Dazu näher unten V.5.

⁴⁸ Für Berücksichtigung des Erblasserwillens etwa KEGEL (Fn 45) 545 ff.; dagegen MEDICUS (Fn 45) Rn 847b, der dies für „allzu kühn“ hält; vgl. zu dieser Frage ferner ZIMMERMANN (Fn 45) 99 ff.

3. Die Begründung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte mit dem Parteiwillen

Ursprünglich wurde die Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte von der Rechtsprechung nur in Fällen von Körperverletzung und Sachbeschädigung benutzt, um die Schwächen von § 831 BGB durch Zuflucht zu § 278 BGB zu korrigieren. Zwar gibt es in der Schweiz ein vergleichbares Problem, da die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR in der herrschenden Interpretation nur bei eigenem Verschulden durch Verletzung einer cura in eligendo, custodiendo, instruendo eingreift, wohingegen im Vertragsbereich für fremdes Verschulden des Erfüllungsgehilfen haftet wird. Gleichwohl spielt die wichtigste Fallgruppe der Verletzung von Familienangehörigen des Mieters keine Rolle, weil es hier die Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR gibt, eine Figur, die das deutsche Recht nicht kennt. Die der kontraktstypischen Personenbezogenheit widersprechende und obendrein rein fiktive Einbeziehung Dritter in den Vertrag wurde dogmatisch nicht überzeugend auf Personen beschränkt, für deren „Wohl und Wehe“ der anspruchsberechtigte Vertragspartner (meist der Mieter) verantwortlich sei⁴⁹, also auf Verhältnisse mit personenrechtlichem Einschlag, im wesentlichen auf Angehörige und Hausangestellte. Nachdem die Figur einmal erfunden war, hat sie – dem Werkzeug im Märchen nicht unähnlich – rasch ein neues viel weitreichenderes Anwendungsgebiet usurpiert: Sie dient jetzt überwiegend dazu, für deliktsrechtlich nicht ersatzfähige Vermögensschäden Dritter einen vertraglichen Anspruch zu konstruieren. Die Linie der „Wohl und Wehe“-Rsp., wonach die Leistungsnähe des Dritten und das Interesse des Vertragspartners an dessen Schutz für den Schuldner erkennbar sein musste, beruhte auf der Herleitung dieser Schutzwirkung aus der ergänzenden Vertragsauslegung und dem hypothetischen Parteiwillen. Schon dies wurde in der Literatur zurecht als fiktiv kritisiert⁵⁰. Später mobilisierte der BGH den Parteiwillen dann sogar für den Vermögensschutz Dritter beim stillschweigenden Auskunftsvertrag. Die Parteien, so der BGH⁵¹, „können den Schutzbereich des Vertrages auf jeden beliebigen Dritten erstrecken“. Dies soll offenbar heissen, dass sich das Gericht nicht daran gehindert sieht, einen solchen Parteiwillen zu unterstellen, wo es eine Haftung für wünschenswert hält. Indes: Von einem solchen

⁴⁹ Vgl. z.B. BGHZ 51, 91, 96; BGH NJW 1970, 40.

⁵⁰ Vgl. statt aller GERNHUBER, Drittwirkung im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe: Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, in: FS Nikisch (1958) 249, 246 ff.; der Rsp. zustimmend allerdings VCAEMMERER (Fn 45) 318.

⁵¹ JZ 1985, 951 mit ablehnender Anmerkung von HONSELL; dazu sogleich im Text.

Parteiwillen konnte in concreto keine Rede sein. Was die Parteien wollen, bestimmen nicht die Parteien, sondern der BGH. Auch wer den römischen Grundsatz des *alteri stipulari nemo potest*⁵² oder die angelsächsische *privity of contract*⁵³ für zu eng hält, wird eine derart beliebige und fiktive Ausweitung von Vertragsbeziehungen nicht gutheissen.

4. Begrenzung des neuen Prinzips?

Früher hat die Judikatur noch betont, dass an die Einbeziehung Dritter strenge Anforderungen zu stellen sind⁵⁴. Heute sind daraus mehr oder weniger floskelhafte Formulierungen geworden, und man muss sich fragen, ob die Rechtsprechung die Geister, die sie rief, wieder los wird. Die Haftung erscheint dem BGH angebracht für „Berufsgruppen, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen und deren Vertragsleistung von vornherein erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt ist“⁵⁵. Erforderlich, aber auch ausreichend sei, „dass der Gläubiger an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages ein besonderes Interesse hat und der Vertrag dahin ausgelegt werden könne, dass der Dritte in Anerkennung dieses Interesses in den Schutz des Vertrages einbezogen werden soll“⁵⁶. Die Einbeziehung des Dritten müsse für den Schuldner erkennbar sein.⁵⁷ Name und Zahl der Dritten müsse er aber nicht kennen⁵⁸. Betont wird schliesslich, der Dritte müsse schutzwürdig sein⁵⁹. Es liegt auf der Hand, dass diese Formeln keine wirkliche Begrenzung des Schutzbereichs bringen.

⁵² Vgl. HONSELL, *Römisches Recht* (5. Aufl. 2002) 36.

⁵³ Vgl. dazu die Nachweise bei HONSELL (Fn 5) bei Fn 108.

⁵⁴ BGHZ 51, 96; BGH NJW 1976, 1844.

⁵⁵ BGH NJW 1996, 2927, 2928.

⁵⁶ BGH NJW 1996, 2927, 2928; NJW 1976, 1844; 1983, 1053; 1984, 356; 1985, 459; kritisch MARTINY (Fn 41); BAYER, *Vertraglicher Drittschutz*, JuS 1996, 473.

⁵⁷ BGHZ 49, 345; 75, 323; BGH NJW 1985, 489; 2411; NJW 1996, 2927, 2929.

⁵⁸ BGH JZ 1985, 951 und wieder BGH NJW 2004, 3035, wonach auch „eine namentlich nicht bekannte Vielzahl privater Kreditgeber oder Kapitalanleger in den Schutzbereich eines Gutachterauftrags zur Wertermittlung eines Grundstücks einbezogen [werden kann] wenn der Gutachter nach dem Inhalt des ihm erteilten Gutachterauftrags wusste oder damit rechnen musste, dass das Gutachten zur Erlangung ... von Krediten verwendet werde.“ Kritisch dazu FINN NJW 2004, 3752.

⁵⁹ BGH NJW 1996, 2927, 2928.

Im Konsul-Fall⁶⁰ ging es um folgenden Sachverhalt: Einige Zeit nachdem ein Sachverständiger ein Wertgutachten über ein Grundstück erstattet hatte, fragte ein dänischer Konsul telefonisch bei ihm an, ob das Gutachten noch zutreffe. Der Konsul gab dabei zu erkennen, dass die erbetene Auskunft von einem Dritten für die Entscheidung über eine Kreditgewährung benötigt werde. Der Sachverständige bestätigte die Richtigkeit seines Gutachtens und hielt dies auf Wunsch des Konsuls in einem an diesen gerichteten Schreiben auch schriftlich fest. Tatsächlich aber war das Gutachten inzwischen unzutreffend geworden, denn die (im Zeitpunkt der Erstattung in Aussicht stehende) Bebaubarkeit des Areals mit einem Feriendorf konnte nicht realisiert werden. Der Kreditgeber, in dessen Interesse der Konsul die Auskunft erbeten hatte, erlitt infolgedessen erhebliche Verluste, deren Ersatz er daraufhin von dem Sachverständigen verlangte. Der BGH nahm einen stillschweigenden Auskunftsvertrag zwischen Konsul und Sachverständigem an, in dessen Schutzbereich der Dritte einbezogen sei. Der Sachverständige hatte in seinem Gutachten nicht klar genug zum Ausdruck gebracht, dass der angenommene Verkehrswert die Bebaubarkeit des Areals mit einem Feriendorf voraussetzte. Von dieser Unklarheit abgesehen, lag der Fehler des Sachverständigen hauptsächlich darin, dass er sich anlässlich der dem Konsul erteilten Auskunft nicht nochmals über den Stand des Planungs- bzw. Genehmigungsverfahrens vergewissert hatte. Doch fragt sich, ob eine Erkundigung bei der Behörde für den Kreditgeber nicht ungleich näher gelegen hätte. Dieser wusste, dass die Baugenehmigung noch ausstand. Anstatt seine eigenen Interessen in der gebotenen Weise wahrzunehmen, hat er den Konsul beim Gutachter anrufen lassen. Es erscheint bedenklich, eine derartig nachlässige Geschäftsführung durch einen Schadenersatzanspruch gegen einen Dritten zu kompensieren, der ausservertraglich und damit unentgeltlich tätig geworden ist und dem wohl nur der Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit gemacht werden kann.

Noch deutlicher tritt dieser Gesichtspunkt in einer anderen Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁶¹ zu Tage. Dort hatte der Sachverständige ein Gutachten über den erzielbaren Ertrag eines Mietshauses abgegeben, ohne zu wissen, dass es sich um mietpreisgebundene Sozialwohnungen handelte. Ein Dritter, der das Gutachten kannte, hatte das Haus erworben. Hier fragt man doch zu allererst, wie es denkbar ist, dass sich ein Käufer eines Mietshauses nicht nach den tatsächlich bezahlten Mieten und nach dem rechtlichen Charakter der Mietverträge erkundigt.

⁶⁰ BGH JZ 1985, 951.

⁶¹ BGH NJW 1984, 355, 356; krit. LITBARSKI, Die Berufshaftung – eine unerschöpfliche Quelle richterlicher Rechtsfortbildung?, NJW 1994, 1667 ff.

5. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch bei gegenläufigen Interessen?

Vor allem hat der BGH im Konsul- und im Miethausfall nicht gesehen, dass damit im Gegensatz zu den „Wohl- und Wehe“- Fällen und dem Testamentsfall⁶² aus dem Jahre 1965 auch Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen wurden, die nicht „im Lager des Vertragspartners stehen“ sondern gegenläufige Interessen haben. Für die Einbeziehung Dritter trotz gegenläufiger Interessen hat sich der BGH erst im Dachstuhl-Fall⁶³ und im Wertgutachten-Fall⁶⁴ klar ausgesprochen. Diesen Schritt ist das BGer glücklicher Weise noch nicht gegangen.

Bei gegenläufigen Interessen ist es evident, dass der Dritte seine Interessen selbst in der gebotenen Weise wahrnehmen muss. Dies geschieht dadurch, dass er sich selbst sachkundig macht oder gegen Risiken absichert, etwa indem er von seinem Vertragspartner entsprechende Erklärungen oder Garantien verlangt. Wo er das versäumt hat oder nicht durchsetzen konnte, sollten nicht Dritte verantwortlich gemacht werden. Dies ist eine schlichte Forderung der Privatautonomie, in der Freiheit und Verantwortung die wesentlichen Korrelate sind.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die *durch staatliche Anerkennung ausgewiesene Sachkunde*, aus welcher der BGH⁶⁵ die Haftung ableitet, weder für die Annahme eines stillschweigenden Auskunftsvertrages mit Schutzwirkung für Dritte noch für die Begründung der Sittenwidrigkeit im Rahmen von § 826 BGB ein taugliches Kriterium ist. Im Kontext der juristischen Konstruktionen des BGH haftet dieser Begründung etwas Zufälliges, ja

⁶² BGH NJW 1965, 1955 = JZ 1966, 141.

⁶³ BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392 = BGH BB 1995, 170 = JZ 1995, 306 mit zust. Anm. v. MEDICUS; zust. auch BAYER (Fn 56) 473, 477; kritisch zur Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte bei gegenläufigen Interessen zurecht GRUNEWALD, Die Haftung des Experten für seine Expertise gegenüber Dritten, AcP 187 (1987) 285, 294; BELL (Fn 22) 113; HÜBNER, Die Berufshaftung – ein zumutbares Berufsrisiko?, NJW 1989, 5, 9; KÖNDGEN, Selbstbindung ohne Vertrag (1981) 374 ff.; LAMMEL, Zur Auskunftshaftung, AcP 179 (1979) 337, 344; SCHINDHELM/GROTHE DStR 1989, 445, 447; EBKE/SHEEL, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter, WM 1991, 389, 392; STAHL, Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen (1989) 149 f.; ebenso CANARIS (Fn 40) 441; ders. ZHR 163, 206 ff.; kritisch auch SCHNEIDER und BOSIK ebenda.

⁶⁴ BGH WM 1998, 440 ff.

⁶⁵ BGHZ 127, 378, 380.

Beliebigen an. Es ist nicht einleuchtend, jemandem wegen seines besonderen Ansehens einen Vertrag zu unterstellen, den er nicht geschlossen hat, oder deswegen an die guten Sitten höhere Anforderungen zu stellen als beim Durchschnitt. Es mag für bestimmte Berufe einen strengeren Sorgfaltsmassstab wegen besonderer Sachkunde geben, eine niedrigere Ansprechschwelle für Sittenwidrigkeit aufgrund besonderen Ansehens oder staatlicher Anerkennung gibt es nicht. Da wäre es einfacher und in der Begründung ehrlicher, die Haftung, wo man sie wirklich für notwendig hält, auf richterrechtliche Schutzpflichten zu stützen, die auch aus Analogien zu gesetzlichen Haftungstatbeständen oder Schutznormen gewonnen werden können.

6. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auch bei Arglist des Vertragspartners?

Den vorläufigen End- und Höhepunkt der deutschen Rechtsprechung bildet das bereits erwähnte Dachstuhl-Urteil⁶⁶, das dem Käufer eines Hauses selbst dann einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den vom Verkäufer beauftragten Sachverständigen wegen schuldhaft unrichtiger Begutachtung gibt, wenn der Verkäufer die Unrichtigkeit des Gutachtens arglistig herbeigeführt hat. Der Gutachter hatte den schwer begehbaren Spitzboden nicht besichtigt und die Behauptung des Verkäufers ungeprüft übernommen, der Dachstuhl sei in Ordnung. Im Wertgutachtenfall⁶⁷ hat der BGH diese Linie fortgesetzt. Dort hatte der Gutachter die unrichtigen Angaben des Auftraggebers über die Mieterträge ungeprüft übernommen.

Nach Auffassung des BGH im Dachstuhl-Fall reicht es für eine Haftung des Sachverständigen, „dass diesem bewusst sein musste, dass angesichts des besonderen Vertrauens, das Kaufinteressenten in die Zuverlässigkeit und Sachkunde eines anerkannten Sachverständigen haben, seinem Gutachten ein grösseres Gewicht zukommt als den Äusserungen des Verkäufers und deshalb sein Gutachten dazu geeignet ist, ein etwaiges Misstrauen des Kaufinteressenten gegenüber den Angaben des Verkäufers zu zerstreuen“.

Ähnlich argumentiert der BGH⁶⁸ im Wertgutachten-Fall: „Der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige [nimmt] ein besonderes Vertrauen dessen in Anspruch, dem das

⁶⁶ BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392 = BGH BB 1995, 170 = JZ 1995, 306 mit zust. Anm. v. MEDICUS. Zum folgenden vgl. HONSELL (Fn 5) 211 ff.

⁶⁷ BGH WM 1998, 440 ff.

⁶⁸ BGH WM 1998, 440, 441.

von ihm gefertigte Gutachten erkennbar vorgelegt werden soll⁶⁹; das gilt in besonderem Masse, wenn er Tatsachen, die – wie hier die Mieterträge – für das Ergebnis der Wertermittlung wesentlich sind, nicht selbst erhebt oder überprüft, dies in seinem Gutachten aber verschweigt.”

Indessen ist es konstruktiv nicht möglich, eine Einbeziehung des Dritten, welchen der Versprechensempfänger gerade täuschen will, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu begründen. Denn bei dieser Konstruktion ist es nach Auffassung des BGH entscheidend, ob für den Sachverständigen – und nur auf ihn kommt es an – die Einbeziehung des Dritten erkennbar war. Das ist jedoch bei Arglist des Verkäufers klar zu verneinen. Denn nach Treu und Glauben wäre es geradezu abwegig, dass der Verkäufer vom Sachverständigen die Übernahme der Haftung für einen Fall eigener Arglist sollte erwarten dürfen. Das ist eine verfehlt konstruierte Konstruktion, die man entgegen dem BGH auch nicht mit der Annahme retten kann, es komme nicht auf den inneren Willen des Verkäufers, sondern auf den objektiven Erklärungswert an⁷⁰. Eine stillschweigende oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gewonnene Vereinbarung des Inhalts, der Sachverständige solle dem Käufer auch für den Fall einer Arglist des Auftraggebers/Verkäufers haften, lässt sich nach Treu und Glauben nicht begründen⁷¹. Hingegen meint der BGH allen Ernstes, ein (arglistiger) Kreditnehmer könne „redlicher Weise“ nichts dagegen haben, dass auch dem Kreditgeber Ansprüche gegen den Sachverständigen zustünden. Abgesehen davon, dass das „auch“ falsch ist, weil der Kreditnehmer (Auftraggeber) selbst gerade keine Ansprüche gegen den Sachverständigen hat, geht es nicht darum, ob der Kreditnehmer mit Ansprüchen des Kreditgebers einverstanden ist. Es geht auch nicht darum, wie der Kreditgeber das Verhalten des Kreditnehmers verstehen darf, sondern darum, ob eine konkludente Haftungsvereinbarung zwischen dem Kreditnehmer und dem Sachverständigen auch dann noch angenommen werden kann, wenn der Schaden vom Kreditnehmer arglistig herbeigeführt worden ist. Und dies ist klar zu verneinen.

Gegen die Argumentation des BGH besteht aber noch ein weiterer Einwand: Nach § 334 BGB stehen dem Versprechenden (sc. dem Sachverständigen) die Einwendungen aus dem Vertrag auch gegenüber dem Dritten zu. Über diese Bestimmung setzt sich der BGH

⁶⁹ Richtig muss es wohl heissen, dass der Kreditgeber dem Gutachter vertraut; So lautet der nächste Satz: „Das besondere Vertrauen, das dem Gutachten eines öffentlich bestellten Sachverständigen ... beigemessen wird ...”.

⁷⁰ Kritisch dazu auch CANARIS (Fn 40) 441, 444.

⁷¹ Ebenso CANARIS a.a.O.

wiederum mit dem Allklebmittel der ergänzenden Vertragsauslegung hinweg: § 334 BGB sei nicht zwingend und „stillschweigend“ abbedungen⁷². Das ist abzulehnen. Bei diesem Rekurs auf den „Parteiwillen“ spielt dieser in Wahrheit überhaupt keine Rolle mehr, sondern wird vom Gericht je nach Bedarf mit beliebigem Inhalt fingiert. Es ist gerade die Schwachstelle der ganzen Konstruktion, dass der Sachverständige ein natürliches Interesse daran hat, eine Haftung gegenüber beliebigen, unbekanntem Dritten abzubedingen, diesen jedenfalls nicht in grösserem Umfang zu haften als dem Auftraggeber.

VI. Zusammenfassung

Das Fehlen eines generellen deliktischen Vermögensschutzes stellt eine wohlüberlegte Barriere gegen die heute modische Tendenz einer ständigen Ausweitung des Haftpflichtrechts dar. Der Anspruch auf Ersatz infolge falscher Rat- bzw. Auskunftserteilung verursachter primärer Vermögensschäden gründet richtigerweise auf einer Auftragsverletzung oder stellt einen Fall von Art. 41 Abs. 2 OR dar. Dies führt zum sachgerechten Ergebnis, dass der Ratgeber gegenüber dem Anfragenden für Fahrlässigkeit einzustehen hat, gegenüber Dritten aber nur bei (mindestens bedingtem) Vorsatz. Hinzu kommen in Einzelfällen gesetzliche oder richterrechtliche Schutznormen bzw. Verkehrspflichten. Die Konstruktion eines stillschweigenden Auskunftsvertrages mit Schutzwirkung für Dritte bleibt eine blosser Fiktion, die diese gesetzlich vorgesehene Haftungsordnung aushebelt und die – insbesondere bei gegenläufigen Interessen oder gar Arglist des Vertragspartners – dogmatisch nicht zu halten ist.

Das Bundesgericht bejaht diese Konstruktion zwar theoretisch, schreckt aber vor ihrer Anwendung im Einzelfall zumeist und zurecht zurück. Es bleibt zu hoffen, dass auf diese Zurückhaltung auch wieder eine Rückbesinnung auf die gesetzlich vorgesehene Haftungsordnung bei reinen Vermögensschäden folgt.

⁷² BGHZ 127, 378; BGH WM 1998, 440, 442.