

A N W A L T K O M M E N T A R
DeutscherAnwaltVerein

BGB

Gesamtherausgeber

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Köln

RA Dr. Thomas Heidel, Bonn

Prof. Dr. Gerhard Ring, Freiberg

Band 2: Schuldrecht

Teilband 2: §§ 611 bis 853

Hrsg. von

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Köln

Rechtsanwalt Dr. Werner Langen,

Mönchengladbach

2005



DeutscherAnwaltVerlag



03305208

Zitiervorschlag:

AnwK-BGB/Bearbeiter, § 611 Rn 1

Copyright 2005 by Deutscher Anwaltverlag, Bonn
Satz: Reemers publishing services GmbH, Krefeld
Druck: Kösel GmbH & Co.KG, Krugzell
Titelgestaltung: D sign Agentur für visuelle Kommunikation, Peter Korn-Hornung, Solingen

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 3-8240-0603-0



§ 839a

Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

- (1) ¹Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.
- (2) ¹§ 839 Abs. 3 ist entsprechend anzuwenden.

Literatur: *Ady*, Die Schadensersatzrechtsreform, ZGS 2002, 237; *Arndt*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1973, 272; *Brückner/Neumann*, Die Haftung des Sachverständigen nach neuem Delikts- und Werkvertragsrecht, MDR 2003, 906; *Cahn*, Einführung in das neue Schadensersatzrecht, 2003; *Däubler*, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625; *Haas/Horcher*, Überblick über das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, DStR 2001, 2118; *Heumann*, Die Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen in Familiensachen für fehlerhafte Begutachtungen unter Berücksichtigung des neuen § 839a BGB; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, 2003; *Jaeger*, Sachverständigenhaftung nach Vertrags- und Deliktsrecht, ZAP 2004, Fach 2, 441; *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *Jakobs*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 2001, 489; *Karczewski*, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070; *Kilian*, Zweifelsfragen der deliktsrechtlichen Sachverständigenhaftung nach § 839a BGB, ZGS 2004, 220; *Kilian*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, VersR 2003, 683; *Lesting*, Die Neuregelung der zivilrechtlichen Haftung des Sachverständigen für ein unrichtiges Gutachten, R&P 2002, 224; *Müller*, Der neue Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, PHI 2001, 119; *Müller*, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1; *Schöpflin*, Probleme der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, zfs 2004, 241; *Thole*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a, 2004; *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *Wagner*, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049; *Wagner/Thole*, Die Haftung des Wertgutachters gegenüber dem Ersteigerer, VersR 2004, 275; *Wagner/Thole*, Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, FPR, 2003, 521; *Zimmermann*, Neuregelung zur Haftung gerichtlich ernannter Sachverständiger, BuW 2003, 154.

A. Anwendungsbereich	1	6. Haftung nach § 839a bei Verwertung des Gutachtens für ein (anderes) Gerichtsverfahren ...	27
I. Der prototypische Sachverhalt	1	IV. Grobe Fahrlässigkeit bei Erstattung des Gutachtens	29
II. Die ersatzfähigen Schadensposten	2	1. Sachliche Berechtigung der Haftungsbegrenzung	29
B. Frühere Regelung	3	2. Unterschied zu § 826	30
I. Mögliche Anspruchsgrundlagen	4	3. Der Haftungsmaßstab	31
II. Bei Beeidigung des Sachverständigen umfassender Schutz	5	V. Kausalität	35
III. Bei fehlender Beeidigung des Sachverständigen Differenzierung zwischen der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsguts und einem reinen Vermögensschaden	6	VI. Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839a bloß bei gerichtlicher Entscheidung – keine Anwendung bei Klagerrücknahme oder Vergleich	38
1. Bei Freiheitsverletzung Haftung bloß für grobe Fahrlässigkeit	6	1. (Gut gemeinte) Intention des Gesetzgebers: Vermeidung der Schwierigkeiten des Nachweises der Kausalität	38
2. Bei reinen Vermögensschäden lediglich Haftung nach § 826 (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung)	12	2. Rechtsfolgen	39
C. Eingriff des Gesetzgebers	13	3. Auswirkungen für die außergerichtliche Regulierung	41
I. Vereinheitlichung der Haftung	14	VII. Keine Möglichkeit der Abwendung durch ein Rechtsmittel (§ 839a Abs. 2 – Verweis auf § 839 Abs. 3)	42
II. Dogmatische Einordnung und systematische Stellung	15	1. Welche Rechtsmittel sind erfasst?	43
D. Die Neuregelung im Detail	16	2. Verschuldensmaßstab des Geschädigten	44
I. Schaden eines Verfahrensbeteiligten	16	VIII. Beweislastverteilung	46
II. Gerichtliche Entscheidung	18	IX. Abschließende Regelung	47
III. Ein vom Gericht ernannter Sachverständiger	19	E. Reichweite der Norm – was ist (nicht) erfasst ...	48
1. Einseitiger öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt, kein Vertrag	19	I. Schädigung bei Erstellung eines Gutachtens	48
2. Zeuge als Sachverständiger	20	II. Hoheitliche Tätigkeit des Gutachters – Anspruch aus § 839	49
3. Schiedsgericht	21	III. Schädigung durch Zeugen – analoge Anwendung des § 839a	50
4. Behörde als Sachverständiger des Gerichts – Staatshaftungsanspruch nach § 839	23	F. In-Kraft-Treten der Norm (Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB)	51
5. Sachverständiger einer Behörde – Anwendbarkeit von § 839a	24		

A. Anwendungsbereich

I. Der prototypische Sachverhalt

Infolge eines unrichtigen Gutachtens eines gerichtlich bestellten Sachverständigen ergeht eine inhaltlich falsche Entscheidung. Ist das Gutachten unzutreffend, ist diese Gefahr sehr groß, weil in weit über 90%¹ der Fälle das

Gericht bei seiner Entscheidung dem Gutachten folgt. Da die Entscheidung in Rechtskraft erwächst, kann sie nicht mehr beseitigt werden. Die durch die Entscheidung benachteiligte Person kann lediglich Schadensersatz vom Sachverständigen nach § 251 verlangen.²

II. Die ersatzfähigen Schadensposten

- 2 Schäden entstehen bei Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter oder auch im bloßen Vermögen. Vor allem bei ärztlichen Expertisen, die zu einer Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt führen,³ ist das Rechtsgut der Freiheit betroffen.⁴ Zu ersetzen ist der Vermögensschaden (Verdienstentgang) sowie Schmerzensgeld. Viel häufiger geht es aber um bloße Vermögensschäden,⁵ wenn etwa ein Bauhandwerkerprozess bei richtigem Gutachten anders ausgegangen wäre.⁶ Die unterlegene Partei dringt mit ihrem Hauptbegehren nicht durch und erleidet dadurch eine Vermögenseinbuße. Eine weitere entsteht aber dadurch, dass sie die Prozesskosten⁷ tragen muss unter Einschluss der nach §§ 91 ff. ZPO ersatzfähigen Kosten,⁸ der für das Rechtsmittelverfahren sowie für ein allfälliges Privatgutachten, um die Unrichtigkeit des Gutachtens des Gerichtssachverständigen nachzuweisen.⁹

B. Frühere Regelung

- 3 Die Neuregelung ist lediglich verständlich vor dem Hintergrund der früheren Rechtslage.¹⁰ Manche Argumente werden auch bei der nunmehrigen Regelung ins Treffen geführt. Dazu kommt, dass § 839a nicht sämtliche regelungsbedürftigen Konstellationen erfasst, sodass die bisherige Rechtslage – partiell – fortwirkt.

I. Mögliche Anspruchsgrundlagen

- 4 Der Gerichtssachverständige wird durch einseitigen Hoheitsakt bestellt. Weder zum Gericht noch zu den Prozessparteien steht er in einer vertraglichen Beziehung. Dementsprechend wird auch eine Schutzwirkung zugunsten Dritter abgelehnt.¹¹ Der Gerichtssachverständige fällt auch selbst keine Entscheidung. Er wird nicht hoheitlich tätig, weshalb auch ein Anspruch nach § 839 ausscheidet.¹² Was verbleibt, ist ein deliktsrechtlicher Anspruch, der freilich nur einen äußerst lückenhaften Schutz gewährt.¹³

II. Bei Beeidigung des Sachverständigen umfassender Schutz

- 5 Wurde der Sachverständige im jeweiligen Verfahren beeidigt, ergab sich ein umfassender Schutz. Erlitt eine Prozesspartei durch eine Entscheidung, die auf einem unrichtigen Gutachten beruhte, einen Schaden, war der Sachverständige schon bei leichter Fahrlässigkeit einstandspflichtig. Es lag eine Übertretung eines Schutzgesetzes vor; ein Schadensersatzanspruch ergab sich aus einem Zusammenwirken der §§ 153–156 bzw. 163 StGB sowie § 823 Abs 2.¹⁴ Allein, eine Beeidigung wurde kaum jemals vorgenommen;¹⁵ und nach den meisten Verfahrensordnungen hatten die Parteien keine Möglichkeit, die Beeidigung des Sachverständigen zu erzwingen.¹⁶

III. Bei fehlender Beeidigung des Sachverständigen Differenzierung zwischen der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsguts und einem reinen Vermögensschaden

- 6 1. Bei Freiheitsverletzung Haftung bloß für grobe Fahrlässigkeit. Wurde eine Beeidigung – wie im Regelfall – nicht vorgenommen, war zu unterscheiden zwischen der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes und einem bloßen Vermögensschaden. Prototypisches Beispiel für die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes war die Freiheitsentziehung nach einer falschen medizinischen Expertise. In der Leitentscheidung Weigand hat der BGH¹⁷ ausgesprochen, dass nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit eine Einstandspflicht des Sachverständigen gegeben wäre. Das wurde vom BVerfG¹⁸ in der Folge korrigiert. Zu betonen ist, dass sich bei bloßer Subsumtion unter § 823 Abs. 1 ohne weiteres ein Schadensersatzanspruch auch bei leichter Fahr-

2 MüKo/Wagner, § 839a Rn 24.

3 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 907.

4 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 10 f.

5 MüKo/Wagner, § 839a Rn 2; Lesting, R & P 2002, 224, 225; Schöpflin, zfs 2004, 241.

6 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 8 f.

7 Staudinger/Wurm, § 839a Rn 7; Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 14; Kilian, VersR 2003, 683, 688; Schöpflin, zfs 2004, 241, 245.

8 MüKo/Wagner, § 839a Rn 24.

9 Schöpflin, zfs 2004, 241, 245; Kilian, VersR 2003, 683, 688.

10 Lesting, R & P 2002, 224.

11 Erman/Hecker, § 839a Rn 2; Kilian, VersR 2003, 683, 684; BGH NJW 2003, 2825; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2891; OLG Hamm VersR 1995, 225.

12 Bamberger/Roth/Reinert, § 839a Rn 1; Lesting, R & P 2002, 224, 226; Brückner/Neumann, MDR 2003, 906; Kilian, VersR 2003, 683, 684; ders., ZGS 2004, 220, 221.

13 Kilian, ZGS 2004, 220, 221.

14 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 907.

15 Kilian, VersR 2003, 683, 684.

16 Lesting, R & P 2002, 224, 225.

17 BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312.

18 BVerfGE 49, 304.

lässigkeit ergeben hätte.¹⁹ Es ist daher den Argumenten nachzugehen, die für eine so restriktive Haltung der Rechtsprechung²⁰ verantwortlich waren.²¹

Da der Spruchrichter bloß bei Vorsatz haftet, wurde reklamiert, dass der Gerichtssachverständige als sein Gehilfe haftungsrechtlich ähnlich privilegiert werden müsse.²² Zu bedenken ist indes, dass der Sachverständige keine Entscheidung trifft.²³ Noch schwerer wiegt m.E. freilich, dass ein Richter entscheiden muss, während der Sachverständige die Erstellung des Gutachtens ablehnen kann, ja sogar muss, wenn er sich dazu nicht für befähigt erachtet.²⁴

Auch das Argument, dass sich der Sachverständige seiner Pflicht nicht entziehen könne, weil in den Verfahrensordnungen (§ 407 ZPO; § 75 StPO) eine Übernahmepflicht vorgesehen sei, ist eher theoretischer Natur.²⁵ In der Praxis kommt die Befreiungsmöglichkeit nach § 408 ZPO allerdings häufig zum Tragen.²⁶

Als Grund für den überaus milden Haftungsmaßstab wird ins Treffen geführt, dass der Sachverständige nicht marktkonform entlohnt werde, sondern lediglich eine Entschädigung erhalte. Bei schärferer Haftung würde man noch schwerer Sachverständige finden, die zeitnah die benötigten Gutachten liefern.²⁷ Dagegen ist einzuwenden, dass manche Sachverständige ihren Lebensunterhalt daraus bestreiten. Außerdem ist der Hinweis, ein gerichtlich beeideter Sachverständiger zu sein, durchaus werbewirksam, sodass sich daraus auch eine Umwegrentabilität ergibt.²⁸ Sollte die Honorierung tatsächlich unzureichend sein, wäre über eine Anhebung nachzudenken, rühren doch mangelhafte Vorprodukte in Form falscher Gutachten am Qualitätsverständnis der Justiz, ganz abgesehen davon, dass auch die Parteien ein Interesse an richtigen Gutachten und richtigen Gerichtsentscheidungen haben müssen.²⁹

Beschworen wird häufig die innere Freiheit, die beeinträchtigt wäre, wenn der Gutachter bei einem – auch nur behaupteten – Fehler mit einem Regressprozess rechnen müsste.³⁰ Das steht im Gegensatz zu dem ansonsten ins Treffen geführten Präventionsprinzip, das einen Anreiz bieten soll, die Expertise fehlerfrei abzuliefern.³¹ Die Gefahr von Regressprozessen ist zwar umso höher, je strenger der Haftungsmaßstab ist; eine solche Gefahr ist aber nicht auf Sachverständige beschränkt.³² Auch die Befriedungsfunktion eines Urteils, die durch einen Regressprozess beeinträchtigt wird,³³ stellt sich bei einem Kunstfehler eines Anwalts nicht anders dar als bei dem eines Sachverständigen.³⁴ Dazu kommt, dass sich eine solche Gefahr durch den Abschluss von Haftpflichtversicherungen abfedern lässt.³⁵

Es lässt sich somit resümieren, dass alle ins Treffen geführten Argumente auf tönernen Beinen stehen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass im Fall Weigand vier von acht Verfassungsrichtern sogar für die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von leichter Fahrlässigkeit – jedenfalls bei dem so bedeutsamen Rechtsgut der Freiheit – plädiert haben.³⁶

2. Bei reinen Vermögensschäden lediglich Haftung nach § 826 (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung). Wenn es – wie im Regelfall – um den Ersatz reiner Vermögensschäden ging, stand lediglich als letztes Auffangbecken ein Anspruch nach § 826 zur Verfügung.³⁷ Erforderlich war dafür der Nachweis, dass der Sachverständige besonders leichtfertig handelte und die Schadenszufügung vorhersah bzw. doch mit ihrer Möglichkeit rechnete und sie billigend in Kauf nahm. Schon der Nachweis einer gewissenlosen Verletzung von Berufspflichten reichte aus.³⁸

19 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 19.

20 Lesting, R & P 2002, 224 ff.

21 Eine Übersicht findet sich bei Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 19 ff.

22 Jakobs, ZRP 2001, 489, 492.

23 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 909.

24 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 24.

25 Bamberger/Roth/Reinert, § 839a Rn 5; MüKo/Wagner, § 839a Rn 3.

26 Lesting, R & P 2002, 224, 228; MüKo/Wagner, § 839a Rn 4.

27 Müller, PHI 2001, 119, 122; dies., VersR 2003, 1, 8; Schöpflin, zfs 2004, 241, 242; zu Recht skeptisch diesbezüglich Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, Rn 412; ebenso Ch. Huber, Das neue Schadensersatz-

der Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung nirgendwo in der Literatur mokiert wird, dass die Justiz keine Gerichtssachverständigen finde.

28 Arndt, DRiZ 1974, 185, 186.

29 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 29 f.

30 BT-Drucks 14/7752, S. 28; Palandt/Sprau, § 839a Rn 3; Bamberger/Roth/Reinert, § 839a Rn 5; Erman/Hecker, § 839a Rn 2; MüKo/Wagner, § 839a Rn 3; Schöpflin, zfs 2004, 241, 242.

31 Lesting, R & P 2002, 224, 228; Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 40.

32 Lesting, R & P 2002, 224, 228.

33 Schöpflin, zfs 2004, 241, 242.

34 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 36.

35 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 909.

C. Eingriff des Gesetzgebers

13 Die Neuregelung trägt die Handschrift der ZPO-Kommission aus dem Jahr 1977,³⁹ deren Vorschlag vom Gesetzgeber ohne ausführliche Diskussion übernommen wurde.⁴⁰ Was wurde dadurch bewirkt?

I. Vereinheitlichung der Haftung

14 Der neue § 839a führt zu einer Vereinheitlichung der Haftung. Für die Haftung des Gerichtssachverständigen kommt es weder auf dessen Beeidigung an noch darauf, ob ein Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut oder ein reiner Vermögensschaden gegeben ist. Die Haftung greift jeweils erst ab grober Fahrlässigkeit ein. Das führt gegenüber dem Fall der Beeidigung des Sachverständigen zu einer Haftungseinschränkung, ansonsten aber bei absolut geschützten Gütern wie der Freiheit zu einer Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung sowie bei reinen Vermögensschäden zu einer Haftungsausweitung.⁴¹

II. Dogmatische Einordnung und systematische Stellung

15 Der Gesetzgeber hat daran festgehalten, dass es sich um einen deliktischen Schadensersatzanspruch handelt. Auch wenn sich eine persönliche Gesamtverantwortung des Gerichtssachverständigen für das von ihm erstellte Gutachten ergibt, was sich in der Einstandspflicht für Überwachung, sorgfältige Auswahl des Personals sowie Organisation des Betriebs äußert,⁴² kann es ausnahmsweise bedeutsam sein, dass die Haftung für das Gehilfenverhalten nach der weniger weitreichenden Norm des § 831 und nicht nach § 278 erfolgt.⁴³ Auch für das Kollisionsrecht ist die deliktsrechtliche Qualifikation ausschlaggebend.⁴⁴ Durch die Platzierung des § 839a im Anschluss an den § 839 sowie die Versagung jeglichen Ersatzes bei schuldhafter Unterlassung der Einlegung eines Rechtsmittels (Culpakompensation) wird die Nähe zum Spruchrichterprivileg⁴⁵ und die Funktion des Gerichtssachverständigen als ein auf Objektivität verpflichtetes, dem Gericht nahe stehendes Organ⁴⁶ betont.

D. Die Neuregelung im Detail

I. Schaden eines Verfahrensbeteiligten

16 Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 839a ist ein Schaden eines Verfahrensbeteiligten – zu den möglichen Schadensposten siehe Rn 2. Verfahrensbeteiligte sind jedenfalls die beiden Prozessparteien.⁴⁷ Darüber hinaus sind aber auch weitere Personen erfasst, so namentlich der Nebenintervenient und der Rechtsnachfolger einer streitbefangenen Sache,⁴⁸ der Nebenkläger im Strafprozess sowie der Beigeladene in einem Verwaltungsverfahren.⁴⁹ Umstritten ist, ob auch ein Zeuge anspruchsberechtigt sein kann. Der Wortlaut „Verfahrensbeteiligter“ spricht dafür.⁵⁰ Dagegen spricht indes, dass dieser weder Einfluss nehmen kann, ob es zu einer gerichtlichen Entscheidung kommt, einer Voraussetzung für einen Ersatzanspruch nach § 839a, noch steht ihm die Möglichkeit offen, den Schaden durch Ergreifen eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839a Abs. 2).⁵¹ Die Norm ist daher in Bezug auf den Zeugen teleologisch zu reduzieren.⁵²

17 Kein Verfahrensbeteiligter ist der Bieter eines Zwangsversteigerungsverfahrens in Bezug auf ein fehlerhaftes Gutachten, das ein Gerichtssachverständiger dem Zwangsvollstreckungsgericht erstattet hat.⁵³ Das hat zur Folge, dass ein Bieter gegen den Gerichtssachverständigen nur Ansprüche gemäß § 826 erheben kann. Betraut aber das Vollstreckungsgericht eine Behörde, etwa einen Gutachterausschuss einer Gemeinde, führt dies dazu, dass der Ersteigerer gegen diesen einen Direktanspruch nach § 839 hat; und zwar auch bei leichter Fahrlässigkeit.⁵⁴

II. Gerichtliche Entscheidung

18 Von § 839a erfasst sind sämtliche gerichtlichen Verfahren, nicht nur Streitige Verfahren nach der ZPO,⁵⁵ sondern auch die freiwillige Gerichtsbarkeit, Zwangsversteigerungs- und Betreuungsverfahren,⁵⁶ Verfahren vor den Arbeits-, Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichten,⁵⁷ Strafverfahren sowie Insolvenzverfahren.⁵⁸ Auch geht es

39 Bamberger/Roth/Reinert, § 839a Rn 3; MüKo/Wagner, § 839a Rn 1.

40 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 50.

41 Kilian, ZGS 2004, 220, 221; Bamberger/Roth/Reinert, § 839a Rn 4; MüKo/Wagner, § 839a Rn 3.

42 MüKo/Wagner, § 839a Rn 15.

43 Staudinger/Wurm, § 839a Rn 4.

44 Dazu ausführlich Schulze/Staudinger, § 839a Rn 8.

45 Lesting, R & P 2002, 224.

46 Erman/Hecker, § 839a Rn 1.

47 Zimmermann, BuW 2003, 154, 156.

48 Wagner/Thole, VersR 2004, 275, 277.

49 Kilian, ZGS 2004, 220, 226.

50 Erman/Hecker, § 839a Rn 10.

51 Kilian, ZGS 2004, 220, 226.

52 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 92; Kilian, ZGS 2004, 220, 226.

53 MüKo/Wagner, § 839a Rn 28; Wagner/Thole, VersR 2004, 275, 277.

54 BGH NJW 2003, 2825 und dazu ausführlich Wagner/Thole, VersR 2004, 275 ff.; vgl. weiter BGHZ 146, 365; BGH MDR 2003, 629.

55 Erman/Hecker, § 839a Rn 3.

56 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 907.

57 Zimmermann, BuW 2003, 154, 155.

58 MüKo/Wagner, § 839a Rn 7.

nicht allein um Urteile⁵⁹ oder urteilsvertretende Erkenntnisse wie etwa Beschlüsse, z.B. nach § 91a ZPO.⁶⁰ Auch Zwischenurteile, vorläufige Entscheidungen wie z.B. die vorläufige Unterbringung sowie Verfügungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sind erfasst.⁶¹ Dass es sich nicht um eine das Verfahren abschließende Entscheidung handeln muss, ergibt sich aus § 839a Abs. 2. Dort wird angeordnet, dass der Ersatzanspruch entfällt, wenn es der Geschädigte unterlassen hat, bei Erkennbarkeit der Unrichtigkeit der Entscheidung ein Rechtsmittel dagegen einzulegen. Wäre nur eine das Verfahren abschließende Entscheidung gemeint, wäre die Erhebung eines solchen Rechtsmittels von vornherein nicht möglich.⁶²

III. Ein vom Gericht ernannter Sachverständiger

1. Einseitiger öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt, kein Vertrag. Durch die Ernennung gemäß § 404 ZPO bzw. § 73 StPO, einen einseitigen, nicht mitwirkungsbedürftigen hoheitlichen Akt des Gerichts,⁶³ entsteht zwischen dem Sachverständigen und jeweiligen Rechtsträger,⁶⁴ je nachdem, ob es sich um ein Land- oder Bundesgericht handelt, eine öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung. Weder zum jeweiligen Gericht noch zu den Prozessparteien entsteht eine irgendwie geartete vertragliche Beziehung. Dies gilt auch dann, wenn die Ernennung durch den Rechtspfleger erfolgt⁶⁵ oder auf Vorschlag einer Prozesspartei gemäß § 404 Abs. 3 ZPO.⁶⁶

2. Zeuge als Sachverständiger. Außer Streit steht, dass der Sachverständige sein Gutachten auch mündlich abgeben kann.⁶⁷ Umstritten ist, ob eine Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839a auch dann in Betracht kommt, wenn er als Zeuge geladen wird, dann aber auf Veranlassung des Gerichts in die Rolle des Sachverständigen schlüpft.⁶⁸ Diese Streitfrage kann aber auf sich beruhen, wenn man nach zutreffender Ansicht (Näheres dazu siehe Rn 50) den Zeugen dem gleichen Haftungsregime unterwirft.

3. Schiedsgericht. Umstritten ist, ob der von einem Schiedsgericht bestellte Sachverständige ebenfalls der Haftung nach § 839a unterliegt. *Schöpflin*⁶⁹ tritt dafür ein, weil ein Schiedsgericht die gleiche Funktion wie ein staatliches Gericht habe und die Parteien das Schiedsgericht nicht deshalb wählen, um den von diesem herangezogenen Sachverständigen einer strengeren Haftung zu unterwerfen. Freilich könnte eine solche vereinbart werden.

Die überwiegende Meinung⁷⁰ beschreitet freilich den gegenteiligen Weg. Nicht ins Gewicht fällt dabei das Argument, dass ein Sachverständiger von einem Schiedsgericht bestellt und nicht ernannt werde.⁷¹ Bedeutsam ist vielmehr, dass zwischen dem vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen und den Parteien vertragliche Beziehungen bestehen, sodass es auf die lückenfüllende Funktion des § 839a nicht ankommt.⁷² Da ein vom Schiedsgericht bestellter Sachverständiger das Entgelt frei aushandeln kann und ihn – auch nicht formal – eine Pflicht zur Übernahme des Gutachtens trifft, erscheint es wenig folgerichtig, die Rechtsprechung,⁷³ die den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen wie den von einem staatlichen Gericht ernannten behandelt, fortzuführen.⁷⁴ Mangels abweichender Vereinbarung hat ein solcher Sachverständiger daher auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen.

4. Behörde als Sachverständiger des Gerichts – Staatshaftungsanspruch nach § 839. Es gibt Konstellationen, bei denen eine Behörde nicht bloß anzuhören ist, wie etwa die IHK oder die Landwirtschaftskammer bei Handelsregistersachen,⁷⁵ sondern in denen ein Gericht anstelle einer natürlichen Person eine Behörde als Sachverständigen betraut. In einem solchen Fall besteht ein Direktanspruch gegen den Rechtsträger der Behörde gemäß § 839 – auch bei leichter Fahrlässigkeit⁷⁶ – und nicht bloß ein Schadensersatzanspruch nach § 839a – lediglich bei grober Fahrlässigkeit.⁷⁷ Der unterschiedlich strenge Haftungsmaßstab mutet zwar willkürlich an; er kann aber sachlich damit gerechtfertigt werden, dass der private Sachverständige lediglich eine Abgeltung seiner Mühewaltung nach dem ZSEG (seit dem 1.7.2004 JVEG) verlangen kann, die noch dazu auf die Höhe des Streitwerts und das damit verbundene potentielle Streitwertrisiko keine Rücksicht nimmt, während der Staat ein idealer Selbstversicherer ist, bei dem solche Überlegungen keine Rolle spielen.⁷⁸ Insgesamt ist freilich diese Haftungs differen-

59 So noch *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn 427.

60 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 224; *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 244; *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 19; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 78.

61 *Erman/Hecker*, § 839a Rn 6.

62 *Lesting*, R & P 2002, 224, 227.

63 *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 155.

64 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 221; ungenau *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906: Rechtsverhältnis zum Gericht.

65 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 221.

66 *Kilian*, VersR 2003, 683; *Erman/Hecker*, § 839a Rn 3

67 *Erman/Hecker*, § 839a Rn 4; *Kilian*, VersR 2003, 683.

69 *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 243.

70 *Kilian*, VersR 2003, 683, 686; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907; *Schulze/Staudinger*, § 839a Rn 2; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 73; *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 10.

71 *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 156.

72 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 221; *ders.*, VersR 2003, 683, 686.

73 BGHZ 43, 313.

74 So zutreffend *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 11; a.A. *Staudinger/Wurm*, § 839a Rn 8; *Kilian*, VersR 2003, 683, 686.

75 *Kilian*, VersR 2003, 683, 685.

76 *Wagner/Thole*, VersR 2004, 275, 279.

77 So aber *Kilian*, VersR 2003, 683, 688.

rung dennoch wenig einleuchtend. Wenn *Wagner/Thole*⁷⁹ dabei der Praxis eine harmonisierende Auslegung vorschlagen, die nicht nur den Unterschied zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit, sondern auch gleich noch den zur vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 reduziert, so sind diesem Bemühen in Anbetracht des ganz weit auseinander klaffenden Haftungsmaßstabs von leichter Fahrlässigkeit bis zur vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung doch enge Grenzen gesetzt, will man die Bindung an das gesetzgeberische Dictum nicht ganz leugnen.

24 5. Sachverständiger einer Behörde – Anwendbarkeit von § 839a. Von der Konstellation, dass eine Behörde als Sachverständiger von einem Gericht ernannt wird, ist der Fall zu unterscheiden, dass eine natürliche Person als Sachverständiger für eine Behörde tätig wird. Es stellt sich die Frage, ob § 839a auch in solchen Fällen anzuwenden ist. Der Wortlaut spricht zunächst eindeutig dagegen, ist doch eine Behörde gerade kein Gericht.⁸⁰ Soweit der Sachverständige bei Tätigkeit für eine Behörde das Entgelt frei aushandeln kann, besteht ebenfalls kein Anlass für eine Analogie.⁸¹ Sofern das aber nicht der Fall ist, den Sachverständigen wie beim Tätigwerden für das Gericht außerdem formal eine Pflicht zum Tätigwerden trifft, er jedenfalls lediglich eine Abgeltung nach dem ZSEG (seit 1.7.2004 JVEG) erhält, sprechen indes gute Gründe für eine Analogie.⁸² Dass der Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen auf den Fall des von einer Behörde bestellten Sachverständigen nicht explizit eingegangen ist⁸³ bzw. Funktionsdefizite bei der Haftung gerichtlicher Sachverständiger der Anlass der Regelung waren,⁸⁴ spricht gerade nicht gegen eine Analogie, geht es bei dieser doch darum, wie der Gesetzgeber hypothetisch entschieden hätte, wäre ihm dieses Problem bewusst gewesen.

25 Dass jede Entscheidung einer Behörde durch ein Gericht überprüfbar ist, spricht nicht gegen eine Anwendung des § 839a,⁸⁵ ist die Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung doch keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 839a. Auch wenn der Rechtsträger der Behörde stets für leichte Fahrlässigkeit haftet,⁸⁶ ist die Rechtsfolge allein, dass § 839a in vielen Sachverhalten bedeutungslos bleibt, weil ein Anspruch gegen den Rechtsträger der Behörde gegeben ist. Zu bedenken ist freilich, dass es Fälle gibt, in denen der Behörde auch nicht leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, während der Sachverständige grob fahrlässig gehandelt und dadurch eine unrichtige Entscheidung der Behörde hervorgerufen hat.

26 Akzeptiert man eine Analogie in diesem eingeschränkten Ausmaß, erübrigt sich auch eine Sonderstellung bei Heranziehung eines Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft.⁸⁷ Es kommt dann nicht darauf an, dass die Staatsanwaltschaft eine Behörde sui generis und zudem inhaltlich ein dem Gericht gleich geordnetes Organ sei, das Aufgaben der Justizgewährung erfülle.⁸⁸ Solch diffizile inhaltliche Umschreibungen sind dann entbehrlich. Der von der Staatsanwaltschaft herangezogene Sachverständige haftet nach § 839a einfach deshalb, weil seine Heranziehung und Entlohnung nach den gleichen Mechanismen erfolgt wie bei einem, der von einem Gericht ernannt wird.

27 6. Haftung nach § 839a bei Verwertung des Gutachtens für ein (anderes) Gerichtsverfahren. Gelegentlich wird ein Sachverständigengutachten in einem Prozess eingeholt, darüber hinaus aber auch in einem Folgeprozess verwertet. Besonders häufig wird es im Strafverfahren vorkommen, dass das Gericht auf Expertisen, die von der Staatsanwaltschaft eingeholt worden sind, zurückgreift. Es stellt sich dann die Frage, ob der Sachverständige für Schäden, die sein fehlerhaftes Gutachten durch eine unrichtige Entscheidung im Folgeverfahren hervorgerufen hat, einzustehen hat. *Kilian*⁸⁹ stellt darauf ab, ob der Gutachter im Folgeprozess als Gutachter wenigstens nochmals vernommen worden ist. Auch würde er⁹⁰ es genügen lassen, wenn das eine Verfahren eine dienende Funktion gegenüber dem anderen einnimmt, wie etwa ein selbständiges Beweisverfahren zum Hauptprozess. Noch restriktiver ist *Schöpflin*,⁹¹ der eine Haftung des Gerichtsgutachters nur für das Verfahren bejaht, in dem dieser zum Gutachter ernannt worden ist. Er begründet dies damit, dass die Parteien die Möglichkeit zu einem abermaligen Antrag auf Gutachterbestellung hätten.

28 Zu erwägen wäre, wie beim Werkvertrag eine Ausdehnung zumindest auf eine solche überschaubare Anzahl von Verfahren zu befürworten, bei denen der Sachverständige damit rechnen konnte, dass sein Gutachten eine Rolle spielt, weil etwa ein Nebenintervenient aufgetreten ist. Dann kann er vorhersehen, dass das Ergebnis seines Gut-

79 *Wagner/Thole*, VersR 2004, 275, 279.

80 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907; *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 155; *Schulze/Staudinger*, § 839a Rn 2.

81 *Kilian*, VersR 2003, 683, 686; *ders.*, ZGS 2004, 220, 225.

82 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 75; *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 14; gegen eine solche auch in diesen Fällen *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 155.

83 *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 156; *Kilian*, ZGS 2004, 220, 222.

84 *Erman/Hecker*, § 839a Rn 3.

85 So aber *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 156; *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 243; *Kilian*, ZGS 2004, 220, 222.

86 So *Kilian*, ZGS 2004, 220, 225, der dies als Argument gegen die Anwendung des § 839a anführt.

87 Eine solche befürwortend *Kilian*, ZGS 2004, 220, 222; *Lesting*, R & P 2002, 224, 227; *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 7; ablehnend hingegen *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907; *Zimmermann*, BuW, 2003, 154, 155.

88 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 223.

89 *Kilian*, VersR 2003, 683, 685.

90 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 221.

91 *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 243.

achtens auch für den Regressprozess herangezogen wird. M.E. ist aber wegen der Qualifikation als deliktischer Anspruch, vor allem aber wegen des besonders milden Haftungsmaßstabs, der noch weiter gehenden Ansicht von Wagner⁹² zu folgen, der wegen der einfachen Vermeidbarkeit der Haftung – Einstandspflicht nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz – eine Haftung bei jeder Verwertung des Gutachtens in einem Folgeverfahren als Urkundsbeweis zulassen will.

IV. Grobe Fahrlässigkeit bei Erstattung des Gutachtens

1. Sachliche Berechtigung der Haftungsbegrenzung. Schöpflin⁹³ sieht in der Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit das rechte Maß an Schadensprävention und die für die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt optimale Regelung. Warum das so sein soll, erfährt man freilich nicht. Präziser sind die Ausführungen von Wagner,⁹⁴ der die Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit damit begründet, dass der Sachverständige weder das Entgelt frei aushandeln und die Überwälzung von Haftpflichtversicherungsprämien berücksichtigen, noch Einfluss auf den Haftungsmaßstab nehmen kann. Wenn er behauptet, dass die gesetzliche Regelung zu dem Ergebnis führt, das bei freiem Aushandeln herauskäme, so ist zu betonen, dass die Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit für den potentiell haftenden Gutachter das bestmögliche Ergebnis darstellt, das im Verhandlungsweg nicht immer durchsetzbar sein wird.

2. Unterschied zu § 826. Während Kilian⁹⁵ betont, dass sich bei § 839a der Vorsatz anders als bei § 826 nicht auf die Schadenszufügung beziehen müsse, so ist dies eine in der Praxis wenig bedeutsame Detailfrage, weil im Vordergrund nicht vorsätzliche, sondern grob fahrlässige Schadenszufügungen stehen. Wagner/Thole⁹⁶ weisen darauf hin, dass der Unterschied zwischen einer Haftung nach § 826 und § 839a nicht allzu groß sei, weil die Nichtabwendung des Schadens durch schuldhaftes Nichteinlegen eines Rechtsmittels über § 254 auch bei § 826 berücksichtigt werden könne und die Rechtsprechung die Haftung nach § 826 in Richtung einer Einstandspflicht schon bei besonders leichtfertigem Verhalten fortentwickelt habe.⁹⁷ Solchen Konvergenzüberlegungen sind m.E. indes Grenzen gesetzt. Einerseits führt die schuldhaftes Nichteinlegen bei § 839a zu einer gänzlichen Versagung des Anspruchs, während bei § 826 eine Berücksichtigung im Rahmen des Mitverschuldens des § 254 zu erfolgen hat, was bloß zu einer Kürzung führt. Insoweit könnte es passieren, dass der Geschädigte nach § 826 einen weiter reichenden Anspruch hätte, der aber nicht zum Tragen kommt, weil § 839a eine abschließende Regelung sein will. Andererseits wollte der Gesetzgeber die Haftung durchaus verschärfen, sodass es wenig folgerichtig erscheint, den Haftungsmaßstab bei § 839a an dem des § 826 auszurichten.

3. Der Haftungsmaßstab. Keinesfalls hat der Sachverständige einzustehen, wenn es sich um eine vertretbare Auffassung handelt. Der Umstand allein, dass ein nachfolgender Gutachter zu einem gegenteiligen Ergebnis kommt, führt nicht ohne weiteres zur Qualifikation der Falschheit des Gutachtens bzw. des Vorliegens eines Kunstfehlers.⁹⁸ Anzuerkennen ist, dass ihm bei der Beurteilung gewisse Ermessensspielräume eingeräumt werden müssen; bei Wertgutachten werden diese mit 20% taxiert, ohne dass es sich dabei um eine starre Grenze handelt.⁹⁹ Fahrlässigkeit ist indes zu attestieren, wenn der Sachverständige ein Gutachten übernimmt, ohne über die dafür erforderliche Kompetenz zu verfügen.¹⁰⁰ Ein Kunstfehler liegt vor, wenn er unrichtige oder unvollständige Tatsachen zugrunde legt,¹⁰¹ das zu beurteilende Subjekt oder Objekt nicht in Augenschein genommen, sondern sich auf die Aktenlage oder Angaben Dritter verlassen hat,¹⁰² ohne dies kenntlich zu machen.¹⁰³ Entsprechendes gilt, wenn er nicht offen legt, dass er das Ergebnis mithilfe von der h.M. abweichenden Methoden erzielt hat¹⁰⁴ oder eine Sicherheit vorgaukelt, während in Wahrheit bloß ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich ist.¹⁰⁵ Auch die fehlende Schlüssigkeit bzw. Nachvollziehbarkeit des Gutachtens¹⁰⁶ ist als Kunstfehler anzusehen.

Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn solche Defizite besonders gravierend sind, wenn sie einem sorgfältigen Sachverständigen niemals passieren dürften, wenn also für einen solchen ganz nahe liegende Überlegungen nicht

92 MüKo/Wagner, § 839a Rn 29.

93 Schöpflin, zfs 2004, 241, 242.

94 MüKo/Wagner, § 839a Rn 4; ebenso Wagner/Thole, VersR 2004, 275, 276.

95 Kilian, VersR 2003, 683, 687.

96 Wagner/Thole, VersR 2004, 275, 279.

97 So auch MüKo/Wagner, § 839a Rn 4: Die Haftung nach § 839a entspreche weitgehend der Haftung nach § 826.

98 Zimmermann, BuW 2003, 154, 157; Lesting, R & P 2002, 224, 226.

99 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 907.

100 Kilian, VersR 2003, 683, 687.

101 Zimmermann, BuW 2003, 154, 157.

103 Vgl. dazu BGH NJW 2003, 2825: Ablehnung einer Einstandspflicht nach § 826, weil der Sachverständige die verweigerte Besichtigung des Objekts, das er zu schätzen hatte, offen gelegt hatte, wenn auch nicht zu Beginn des Gutachtens.

104 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 907; Kilian, VersR 2003, 683, 685 unter Hinweis darauf, dass ein Gerichtsgutachten keine Spielwiese für neue und noch nicht genügend gesicherte Theorien sei.

105 Erman/Hecker, § 839a Rn 4.

106 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 907, 908: Nachvollziehbarkeit als wichtigster inhaltlicher Prüfstein für die Richtigkeit des Gutachtens.

angestellt worden sind.¹⁰⁷ Zugrunde zu legen ist dabei ein objektiver Maßstab.¹⁰⁸ Der jeweilige Sachverständige kann sich somit nicht dadurch entlasten, dass er behauptet, dass zwar ein durchschnittlicher Sachverständiger seines Metiers das erkannt hätte, seine persönliche Beschränktheit das aber verhindert hat. Für einen solchen Maßstab spricht auch der systematische Standort im Anschluss an § 839, bei dem ebenfalls ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen ist.¹⁰⁹

- 34 Wenn *Wagner/Thole*¹¹⁰ dafür plädieren, den Haftungsmaßstab an § 826 anzulehnen, so trete ich für einen strengen Maßstab ein, der sich eher am Grenzbereich der leichten Fahrlässigkeit orientiert. Bei Sachverständigengutachten wird von Fachkollegen/-innen ohnehin ein weiter Bereich des Vertretbaren zugestanden, bei dem jegliche Haftung ausgeschlossen ist. Wenn dann ein Kunstfehler feststeht, der einem sorgfältigen Sachverständigen auch nicht ausnahmsweise passieren würde, sollte grobe Fahrlässigkeit bejaht werden. Zu bedenken ist, dass es zu einer Haftung ohnehin nur kommt, wenn der Geschädigte den Schaden nicht durch ein Rechtsmittel abwenden hätte können und zudem von ihm die Kausalität des Gutachtens auf die Entscheidung nachgewiesen werden muss.

V. Kausalität

- 35 Nimmt die gerichtliche Entscheidung in der Beweiswürdigung auf das Sachverständigengutachten Bezug, wird der Nachweis der Kausalität typischerweise leicht fallen.¹¹¹ Dass sich die Entscheidung auch auf andere Beweismittel stützt, schließt die Anwendung des § 839a nicht aus;¹¹² Mitursächlichkeit reicht.¹¹³ Die fehlende Bezugnahme der Entscheidung auf das Gutachten schließt einen solchen Nachweis nicht a priori aus;¹¹⁴ er ist lediglich schwieriger zu führen. Das ist namentlich der Fall, wenn eine Entscheidung ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe ergeht, wie das bei einem Urteil nach § 313a ZPO,¹¹⁵ einem Anerkenntnis- und Verzichtsurteil¹¹⁶ sowie einem Versäumnisurteil der Fall ist. Der Geschädigte muss dann auf andere Weise die Kausalität des falschen Sachverständigengutachtens für die ihn beschwerende Entscheidung nachweisen. Auf das Sitzungsprotokoll wird er kaum zurückgreifen können,¹¹⁷ weil dieses als Internum dem Geschädigten nicht zugänglich sein wird. Maßgeblich ist dabei, wie das Gericht dann richtigerweise entscheiden hätte müssen, nicht wie es tatsächlich entschieden hätte.¹¹⁸
- 36 Bedeutsam ist, welches Beweismaß für den Nachweis des Geschädigten verlangt wird, dass die Entscheidung ohne das falsche Gutachten weniger belastend für ihn ausgefallen wäre. Vertreten wird, dass es ausreicht, dass dies nicht auszuschließen sei.¹¹⁹ Das ist m.E. zu wenig. Erforderlich ist zumindest der Nachweis überwiegender Wahrscheinlichkeit, weil nur auf diese Weise dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der Geschädigte bei einem Schadensersatzanspruch die Beweislast für die Kausalität zu tragen hat.¹²⁰
- 37 Unterschiedlich beurteilt wird, ob der Anspruch nach § 839a ausgeschlossen ist, wenn das Gericht die Unrichtigkeit des Gutachtens selbst erkennen hätte können oder es durch entsprechendes Vorbringen der Parteien hinreichend deutlich darauf hingewiesen worden ist. In einem solchen Falle sei das Gutachten zwar falsch, aber ursächlich für die unrichtige Entscheidung sei die Sorglosigkeit des Gerichts.¹²¹ Auch in diesen Konstellationen hat es m.E. bei der Einstandspflicht des Sachverständigen zu bleiben, weil sein falsches Gutachten jedenfalls mitursächlich war und weitere Ursachen nicht dazu führen, ihn zu entlasten.¹²²

VI. Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839a bloß bei gerichtlicher Entscheidung – keine Anwendung bei Klagerücknahme oder Vergleich

- 38 1. (Gut gemeinte) Intention des Gesetzgebers: Vermeidung der Schwierigkeiten des Nachweises der Kausalität. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 839a kommt eine Haftung des Gerichtssachverständigen nur bei einer Entscheidung des Gerichts in Betracht, nicht aber bei einer Klagerücknahme oder einem Vergleich. Das

107 *Lesting*, R & P 2002, 224, 226; *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 158; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908; *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 245; *Erman/Hecker*, § 839a Rn 5; BGH VersR 1983, 729; OLG Schleswig NJW 1995, 791.

108 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 61; *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 158; *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 18; anders noch *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn 75.

109 *Schulze/Staudinger*, § 839a Rn 3.

110 VersR 2004, 275, 278 f.; ähnlich *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908: Es sei zu hoffen, dass die Rechtsprechung die Grenzziehung nicht zulasten der gerichtlichen Sachverständigen vornehmen werde; ebenso *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 245: grobe Fahrlässigkeit nur, wenn der Gutachter gegen elementare Regeln der Gutachterstellung in besonders schwerem Maß verstößt – muss wirklich beides gegeben sein?

111 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908.

112 *Lesting*, R & P 2002, 224, 227; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908; *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 21.

113 *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 244.

114 So aber *Ady*, ZGS 2002, 237, 241; a.A. *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 80.

115 *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 159.

116 *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 23.

117 So aber *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908.

118 *Kilian*, VersR 2003, 683, 687.

119 *Palandt/Sprau*, § 839a Rn 5; *Kilian*, VersR 2003, 683, 686 f.

120 In diesem Sinn wohl *Erman/Hecker*, § 839a Rn 7: kein vernünftiger Grund, dass Entscheidung ohne Unrichtigkeit des Gutachtens anders ausgefallen wäre.

121 *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 159.

122 *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 22; vorsichtig in diese Richtung tendierend *Erman/Hecker*, § 839a Rn 7.

gilt selbst dann, wenn der Geschädigte diese Maßnahme im Lichte des Sachverständigengutachtens gesetzt hat und das auch nachweisen kann.¹²³ Das ist kein ausgerissener Ausnahmefall, kommt es doch nach einem Sachverständigengutachten in 30% der Fälle zu einem Vergleich.¹²⁴ Der Gesetzgeber wollte damit die Fälle ausklammern, in denen mangels Bezugnahme auf das Sachverständigengutachten in der Beweiswürdigung der Entscheidung dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität schwer fällt.¹²⁵ Dass dies nicht sachgerecht ist, darauf habe ich vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens deutlich hingewiesen,¹²⁶ ohne dass dies auf fruchtbaren Boden gefallen ist. Mit eben jenen Problemen muss sich der Geschädigte nämlich auch bei so manchem Urteil herumschlagen (siehe Rn 35), ohne dass bei diesem die Schwierigkeiten für unüberwindbar angesehen werden.¹²⁷ Infolge des eindeutigen Willens des Gesetzgebers, die Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839a auf Fälle gerichtlicher Entscheidungen zu beschränken, kommt eine analoge Anwendung der Norm auf diese Fälle nicht in Betracht. Welche Rechtsfolgen ergeben sich aber stattdessen und welche Auswirkungen hat das auf die außergerichtliche Streitbeilegung?

2. Rechtsfolgen. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass die Intention des § 839a, eine abschließende Regelung treffen zu wollen, bewirke, dass jeglicher sonstige Anspruch gegen den Sachverständigen bei einem Vergleich ausgeschlossen sei.¹²⁸ Dem ist aber schon deshalb nicht zu folgen, weil eine Sperrwirkung sich bloß auf die vom Tatbestand erfassten Sachverhalte erstrecken kann, nicht aber auch auf solche, auf die er sich gar nicht bezieht.¹²⁹ Was allein diskutabel erscheint, das ist, ob die dem § 839a entnehmbare Wertung Auswirkungen auf die Beurteilung allgemeiner Schadensersatzansprüche hat. Das ist allerdings zu bejahen. Sieht man die Differenzierung zwischen beeideten und nicht beeideten Gerichtssachverständigen für die Haftung als unpassend an, wäre es widersprüchlich, würde man auf dieses Kriterium für die Haftung des Gerichtssachverständigen bei einem Vergleich der Prozessparteien zurückgreifen.¹³⁰ Was verbleibt, ist ein Anspruch nach § 826, der sich von dem nach § 839a insoweit unterscheidet, dass der Haftungsmaßstab strenger ist und die schuldhafte Unterlassung der Ergreifung eines Rechtsmittels nicht zum Wegfall jeglichen Anspruchs führt (Culpakompensation), sondern bloß zu einer Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens gemäß § 254.

Einen Ausweg aus dem vom Gesetzgeber geschaffenen Dilemma hat freilich *Wagner*¹³¹ aufgezeigt, der in einer Vielzahl der Fälle aus der Patsche helfen kann. Er weist darauf hin, dass ein Vergleich nicht rechtskräftig werde, vielmehr nach § 779 angefochten werden könne und darüber hinaus eine Beseitigung bzw. Anpassung nach den Regeln über die Geschäftsgrundlage nach § 313 in Betracht komme.¹³² Ein Anspruch bestehe in solchen Fällen nicht gegen den Sachverständigen, sondern gegen den Anfechtungsgegner. Nur wenn der Anspruch gegen diesen nicht mehr durchsetzbar sei, komme ein Schadensersatzanspruch in analoger Anwendung des § 839a in Betracht. Dem ist m.E. grundsätzlich zu folgen, freilich mit der Einschränkung, dass selbst in dem verbleibenden Anwendungsbereich eine analoge Anwendung des § 839a ausscheiden muss, weil auch in diesem Fall keine gerichtliche Entscheidung vorliegt und der Gesetzgeber § 839a für Fälle außergerichtlicher Streitbeilegung ausschließen wollte.¹³³ Anzuwenden ist dann die Auffangnorm des § 826.

3. Auswirkungen für die außergerichtliche Regulierung. Diese Rechtsfolge ist als kontraproduktiv für eine vom Gesetzgeber stets als wünschenswert angesehene außergerichtliche Streitbeilegung erachtet worden,¹³⁴ und darüber hinaus als Regressfalle für den Anwalt des Geschädigten, wenn dieser zu einem Vergleich rät.¹³⁵ Im Lichte der unterschiedlich passiv Legitimierten bei einem Urteil und bei einem Vergleich, muss der Ratschlag des Sachverständigen zu einem Vergleich stets mit größter Zurückhaltung aufgenommen werden, bewirkt dieser doch auch, dass er damit seine Haftung weitgehend beseitigt.¹³⁶ So wenig folgerichtig und sachlich berechtigt die Differenzierung auch ist, so werden die diesbezüglichen Auswirkungen doch überschätzt. Ein Schaden tritt nämlich nur dann ein, wenn eine Restitution gegenüber dem Prozessgegner nicht gelingt, was etwa dann der Fall ist, wenn dieser zwischenzeitig insolvent geworden ist. Demgegenüber ist zu bedenken, dass eine Beseitigung eines Vergleichs lediglich an den objektiven Umstand des kausalen fehlerhaften Gerichtssachverständigengutachtens

123 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908.

124 *Kilian*, VersR 2003, 683, 686.

125 BT-Drucks 14/7752, S. 28; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1076; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908
Fn 19; *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 244; *Bamberger/Roth/Reinert*, § 839a Rn 6.

126 AnwK-SchuldR/Ch. *Huber*, § 839a Rn 46; kritisch nach In-Kraft-Treten auch *Däubler*, JuS 2002, 625, 629; *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 20.

127 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 225; *Schulze/Staudinger*, § 839a Rn 4.

128 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907; *Palandt/Sprau*, § 839a Rn 6.

lässigkeit und Vorsatz auch hier gelte; das läuft dann aber der Sache doch wieder auf eine analoge Anwendung hinaus; ähnlich *Kilian*, ZGS 2004, 220, 225.

130 So aber *Cahn*, Schadensersatzrecht, Rn 158.

131 *MüKo/Wagner*, § 839a Rn 20.

132 *Skeptisch Schulze/Staudinger*, § 839a Rn 4.

133 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 225; *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 244.

134 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 86; *Schulze/Staudinger*, § 839a Rn 4.

135 *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn 429; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908; *Kilian*, VersR 2003, 683, 686.

anknüpfen kann; darauf, dass dem Gerichtssachverständigen diesbezüglich grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, kann es für die Anfechtbarkeit des Vergleichs nicht ankommen, sodass die Chancen der Überwälzung des eingetretenen Schadens insoweit sogar größer sind. Dessen ungeachtet wird vor einem Vergleichsschluss der Anwalt der Partei über diese unterschiedlichen Rechtsfolgen, nämlich mögliche Ansprüche gegen den Prozessgegner bzw. Vergleichspartner einerseits oder den Gerichtssachverständigen andererseits, stets aufklären müssen,¹³⁷ unabhängig davon, ob für ihn Anhaltspunkte bestehen, dass das Sachverständigengutachten falsch sein könnte.

VII. Keine Möglichkeit der Abwendung durch ein Rechtsmittel (§ 839a Abs. 2 – Verweis auf § 839 Abs. 3)

- 42 Da der Begriff „unrichtige Entscheidung“ nicht nur ein Urteil erfasst, ist die Verweisung des § 839a Abs. 2 auf § 839 Abs. 3, der auf § 839 Abs. 2 Bezug nimmt und nur ein Urteil erwähnt, erweiternd auszulegen.¹³⁸ Während der Sachverständige nur bei grober Fahrlässigkeit einstandspflichtig ist, verliert der Geschädigte jeglichen Anspruch, wenn er es auch nur leicht fahrlässig unterlässt, den Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden. Ganz entscheidende Bedeutung kommt dabei der Frage zu, welche Rechtsmittel gemeint sind.
- 43 **1. Welche Rechtsmittel sind erfasst?** Nach überwiegender Meinung soll unter Rechtsmittel i.S.d. § 839a Abs. 2 nicht nur ein solches im technisch-prozessualen Sinn zu verstehen sein wie Berufung oder Revision, sondern jeder Behelf, der geeignet ist, eine nachteilige Entscheidung durch ein Rechtsmittel abzuwehren.¹³⁹ Dazu werden auch Anträge auf Befangenheit des Gutachters gemäß § 406 Abs. 1 ZPO¹⁴⁰ sowie Hinweise und Anregungen zur Ladung eines Sachverständigen gemäß §§ 402, 397 ZPO, die dazu dienen, die Richtigkeit des Gutachtens zu überprüfen,¹⁴¹ gerechnet. M.E. ist Skepsis gegenüber einem so weiten und untechnischen Begriff des Rechtsmittels angebracht. Ein Befangenheitsantrag ist stets nur ein Rechtsbehelf ad personam. Es ist deshalb abzulehnen, dass ein Befangenheitsantrag bloß deshalb gestellt werden muss, um eine – spätere – Haftung nach § 839a aufrechtzuerhalten.¹⁴² In Bezug auf Rechtsbehelfe, die vor Erlass der gerichtlichen Entscheidung einzulegen sind, um einen Anspruch nach § 839a aufrechtzuerhalten, ist m.E. ebenfalls Zurückhaltung angebracht, ist doch vor Erlass der Entscheidung gar nicht sicher, in welcher Weise das Gericht eine Beweiswürdigung vornehmen wird, ob also das Gutachten kausal wird.¹⁴³ Jedenfalls über das Merkmal des Verschuldens ist eine Versagung jeglichen Anspruchs, der immerhin grobe Fahrlässigkeit des Gerichtssachverständigen voraussetzt, wenn das Defizit des Gutachtens für die Partei eindeutig erkennbar war, in engen Grenzen zu halten. Dazu kommt, dass das Rechtsmittel in der Lage gewesen sein hätte müssen, den Schaden abzuwenden,¹⁴⁴ was bei einer Dienst- und Fachaufsichtsbeschwerde kaum der Fall sein dürfte.¹⁴⁵
- 44 **2. Verschuldensmaßstab des Geschädigten.** Zu unterscheiden ist das Verschulden, das darin liegt, dass infolge der Nichteinlegung eines Rechtsmittels jeglicher Schadensersatzanspruch gegen den Gerichtssachverständigen verloren geht, von einem Anwaltsverschulden, das darin liegen kann, dass der Anwalt den eigenen Klienten nicht darauf hinweist, das Sachverständigengutachten unter Hinzuziehung eines Privatgutachters zu überprüfen.¹⁴⁶ Jedenfalls bei Abs. 2 ist vom Kenntnisstand der Partei bzw. des sie vertretenden Anwalts auszugehen, wobei sich die Partei den Kenntnisstand des Anwalts zurechnen lassen muss, als hätte sie selbst einen solchen.¹⁴⁷ Sowohl die Partei als auch der Anwalt dürfen dabei davon ausgehen, dass sowohl das Sachverständigengutachten als auch die Beweiswürdigung durch das Gericht richtig ist.¹⁴⁸ Da jeglicher Schadensersatzanspruch schon bei leichter Fahrlässigkeit zur Gänze entfällt, dürfen die Sorgfaltsanforderungen keinesfalls überspannt werden.¹⁴⁹ Keinesfalls ist die Partei gehalten, einen Privatgutachter heranzuziehen, um sich von der Richtigkeit des Gutachtens des Gerichtssachverständigen zu überzeugen.¹⁵⁰
- 45 Neben der Versagung des Schadensersatzanspruchs infolge schuldhaft unterlassener Einlegung eines Rechtsmittels mit der Folge der völligen Versagung des Anspruchs kommt eine Kürzung nach den Grundsätzen des Mitverschuldens in Betracht, wenn etwa eine Partei dem Gutachter falsche oder unvollständige Angaben macht, die für die Unrichtigkeit des Gutachtens mitursächlich sind.¹⁵¹

137 Schulze/Staudinger, § 839a Rn 4; a.A. nur bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit des Gutachtens Schöpflin, zfs 2004, 241, 244.

138 Vorsichtig in diese Richtung Erman/Hecker, § 839a Rn 6: „dürfte weiter sein als Urteil in § 839 Abs. 2“.

139 Schulze/Staudinger, § 839a Rn 6; Staudinger/Wurm, § 839a Rn 6; zu Recht kritisch MüKo/Wagner, § 839a Rn 30.

140 Kilian, VersR 2003, 683, 687 f.; Däubler, JuS 2002, 625, 629.

141 Schöpflin, zfs 2004, 241, 245; Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 908; MüKo/Wagner, § 839a Rn 31.

142 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 65 f.; MüKo/Wagner, § 839a Rn 30.

143 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 67; Zimmermann, BuW 2003, 154, 159.

144 Kilian, VersR 2003, 683, 688.

145 So aber MüKo/Wagner, § 839a Rn 3 I.

146 Zu diesem Verschulden Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, Rn 426; Kilian, VersR 2003, 683, 688.

147 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 908.

148 MüKo/Wagner, § 839a Rn 32.

149 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 70; Wagner, Das neue Schadensersatzrecht, Rn 72; Kilian, VersR 2003, 683, 688.

150 MüKo/Wagner, § 839a Rn 32.

151 Erman/Hecker, § 839a Rn 9.

VIII. Beweislastverteilung

Entsprechend der Qualifikation als deliktischer Schadensersatzanspruch trägt der Geschädigte die Beweislast für sämtliche Tatbestandsmerkmale.¹⁵² In Bezug auf den Nachweis der groben Fahrlässigkeit ist dem Geschädigten eine Beweismaßreduktion zuzugestehen.¹⁵³ Für den Nachweis der Kausalität genügt überwiegende Wahrscheinlichkeit (siehe Rn 36). Allein für die anspruchsvernichtende Einwendung, dass die Einlegung eines Rechtsmittels schuldhaft unterlassen wurde, trägt der Schädiger die Beweislast.¹⁵⁴

IX. Abschließende Regelung

Für die davon erfassten Sachverhalte bestehen neben dem Anspruch nach § 839a keine weiteren Anspruchsgrundlagen, insbesondere nicht solche nach § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 in Verbindung mit einem Schutzgesetz bzw. § 826, weil sonst der Beschränkungszweck der Norm unterlaufen würde.¹⁵⁵ Das gilt allerdings nicht für Begleit- und Verzögerungsschäden¹⁵⁶ sowie für Schäden, bei denen ein falsches Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen zu einem unrichtigen Vergleich geführt hat (siehe Rn 38 ff.).

E. Reichweite der Norm – was ist (nicht) erfasst**I. Schädigung bei Erstellung eines Gutachtens**

§ 839a ist nicht anzuwenden auf Begleit- und Verzögerungsschäden.¹⁵⁷ Ein Begleitschaden ist gegeben, wenn im Zuge der Erstellung des Gutachtens eine Partei selbst oder ein Dritter durch ein Fehlverhalten des Sachverständigen einen Schaden an seinem Eigentum¹⁵⁸ oder seiner körperlichen Integrität, etwa im Zuge einer Untersuchung,¹⁵⁹ erleidet.¹⁶⁰ Ein Verzögerungsschaden kann eintreten, wenn der Sachverständige sein Gutachten nicht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erstattet.¹⁶¹ Insoweit bleibt es bei den allgemeinen Regeln, insbesondere der Einstandspflicht auch bei leichter Fahrlässigkeit.

II. Hoheitliche Tätigkeit des Gutachters – Anspruch aus § 839

Übt ein Sachverständiger selbst eine hoheitliche Tätigkeit aus, insbesondere wenn er selbst Zwangsmaßnahmen durchführt, kann für sein Fehlverhalten der Rechtsträger, für den er tätig wird, nach § 839 belangt werden.¹⁶²

III. Schädigung durch Zeugen – analoge Anwendung des § 839a

§ 839a enthält die Voraussetzungen für die Einstandspflicht von Gerichtssachverständigen. Dass die von der ZPO-Kommission vorgeschlagene Regelung im Anschluss an die Weigand-Entscheidung ausschließlich die Haftung von Gerichtssachverständigen erfasst, hindert eine Analogie nicht.¹⁶³ Bei einem Zeugen sind mindestens so starke Gründe für eine Haftungsbeschränkung gegeben, kann sich dieser seiner Pflicht noch weniger entziehen, weil er häufig nicht substituierbar und seine Entlohnung noch geringer als die eines Gerichtssachverständigen ist. § 839a ist daher auf den Zeugen, der wegen Schadensersatzes von einem anderen Verfahrensbeteiligten wegen einer schuldhaften Falschaussage belangt wird, kraft Erst-recht-Schlusses anzuwenden.¹⁶⁴

F. In-Kraft-Treten der Norm (Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB)

Es sollte eine Rückwirkung der Norm verhindert werden. Deshalb wird generell darauf abgestellt, ob das schädigende Ereignis nach dem 31.7.2002 stattgefunden hat.¹⁶⁵ Beim Gerichtssachverständigen ist dabei auf die Abgabe des Gutachtens abzustellen.¹⁶⁶ Umstritten ist, ob mündliche Erläuterungen eines vor dem 1.8.2002 abgegebenen Gutachtens, zu denen der Sachverständige nach § 409 ZPO verpflichtet ist, zu einer Haftung nach § 839a führen können. M.E. ist das nicht generell zu bejahen,¹⁶⁷ sondern nur insoweit, als gerade die mündliche Erläuterung kausal für die unrichtige Entscheidung war.¹⁶⁸

152 Zimmermann, BuW 2003, 154, 157.

153 MüKo/Wagner, § 839a Rn 34.

154 Kilian, VersR 2003, 683, 688.

155 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 907; Kilian, VersR 2003, 683, 688; Palandt/Sprau, § 839a Rn 1a.

156 Wagner/Thole, VersR 2004, 275, 278.

157 Kilian, VersR 2003, 683, 686; MüKo/Wagner, § 839a Rn 25.

158 Schulze/Staudinger, § 839a Rn 1.

159 BGHZ 59, 310 = NJW 1973, 554; BGHZ 62, 54; Palandt/Sprau, § 839a Rn 5; Erman/Hecker, § 839a Rn 8.

160 Lesting, R & P 2002, 224, 227 unter Hinweis auf Schäden, die auf der Verletzung der Schweigepflicht beruhen.

161 Kilian, VersR 2003, 683, 686.

162 Lesting, R & P 2002, 224, 227 f. mit Nachweisen aus der

163 Eine Regelungslücke indes verneinend Kilian, ZGS 2004, 220, 223 f.; Schulze/Staudinger, § 839a Rn 2.

164 AnwK-SchuldR/Ch. Huber, § 839a Rn 49; Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 76 f.; diesem folgend Wagner, NJW 2002, 2063; MüKo/Wagner, § 839a Rn 12.

165 Kilian, VersR 2003, 683, 688; Wagner, NJW 2002, 2049, 2064; Palandt/Sprau, § 839a Rn 1; Schulze/Staudinger, § 839a Rn 1; Erman/Hecker, § 839a Rn 1; a.A. Däubler, JuS 2002, 625, 630, der auf das beeinträchtigte Rechtsgut abstellt.

166 Zimmermann, BuW 2003, 154.

167 So wohl Zimmermann, BuW 2003, 154.

168 Generell ablehnend Erman/Hecker, § 839a Rn 4, weil die mündliche Erläuterung eines schriftlichen Gutachtens