

NOMOSKOMMENTAR

BGB

Schuldrecht

Band 2/2: §§ 611–853
3. Auflage

Herausgegeben von

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Richterin am Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen | **Prof. Dr. Werner Langen**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mönchengladbach

in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein



Nomos

Deutscher **Anwalt**Verein

Zitiervorschlag: NK-BGB/Bearbeiter § ... Rn ...

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

ISBN 978-3-8487-1102-4

3. Auflage 2016

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.



c) Mitverschulden. Der Umfang des Rückgriffsanspruchs kann auch aufgrund mitwirkenden Verschuldens des Dienstherrn gem. § 254 gemindert sein, zB durch Überlastung des Beamten.⁷⁰⁰

§ 839 a Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

(1) Erstattet 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) § 839 Abs. 3 ist entsprechend anzuwenden.

Literatur: *Ady*, Die Schadensersatzrechtsreform, ZGS 2002, 237; *Arndt*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1973, 272; *Blankenhorn*, Die Neuregelung der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen durch § 839 a BGB, 2005; *Bleutge*, Die Hilfskräfte des Sachverständigen – Mitarbeiter ohne Verantwortung?, NJW 1985, 1185; *Bleutge*, Neue rechtliche Regelungen für Sachverständige, Das Zweite Justizmodernisierungsgesetz ist in Kraft getreten, DS 2007, 91; *Böckermann*, Ablehnung eines Sachverständigen oder Richters durch Streitverkündung oder Klageerhebung, MDR 2002, 1348; *Bockholdt*, Keine Streitverkündung gegenüber dem gerichtlich bestellten Sachverständigen?, NJW 2006, 122; *Brückner/Neumann*, Die Haftung des Sachverständigen nach neuem Delikts- und Werkvertragsrecht, MDR 2003, 906; *Burckhardt*, Die Neuregelung der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen durch § 839 a BGB, 2004; *Cahn*, Einführung in das neue Schadensersatzrecht, 2003; *Däubler*, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625; *E. Fuchs*, Die Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17; *Gaidzik*, Gravierende Haftungsverschärfung für den gerichtlichen Sachverständigen durch § 839 a BGB, MEDSACH 2004, 129; *Haas/Horcher*, Überblick über das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, DSrR 2001, 2118; *Hau*, Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug, RIW 2003, 822; *Häsemeyer*, Die neue Haftungsprivilegierung für gerichtliche Sachverständige (§ 839 a BGB) auf dem zivilprozessrechtlichen Prüfstand, FS-Laufs (2006) S. 569; *Hau*, Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug, RIW 2003, 822; *Heumann*, Die Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen in Familiensachen für fehlerhafte Begutachtungen unter Berücksichtigung des neuen § 839 a BGB, FuR 2002, 483; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, 2003; *Jacobs*, Streitverkündung gegenüber Gerichtssachverständigen wird abgeschafft, Bundesjustizministerium setzt BVS-Gesetzesvorschlag um, DS 2006, 204; *Jaeger*, Sachverständigenhaftung nach Vertrags- und Deliktsrecht, ZAP 2004, Fach 2, 441; *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *Jacobs*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 2001, 489; *ders.*, Die Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen – erlaubte Prozesstaktik oder unzulässige Ausnutzung einer gesetzlichen Regelungslücke, DS 2006, 22; *Jagenburg/Baldringer*, Haftungsprobleme und Haftungsausschlüsse bei der Bauteilöffnung durch Sachverständige, ZfBR 2009, 413; *Jankowski*, Das Rechtsverhältnis zwischen den Prozessbeteiligten, dem Gericht und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen, NZBau 2006, 96; *Jannsen*, Umgang der Prozessbeteiligten mit medizinischen Gutachten in der Tatsacheneinstanz, r+s 2015, 161; *Jung*, Die deliktische Haftung von Prozesssachverständigen im deutschen, englischen und französischen Recht, ZVglRWiss 2008, 32; *Kaiser*, Das Ende der Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, NJW 2007, 123; *Karczewski*, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070; *Katzenmeier*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach neuem Recht – Zweifelsfragen und Streitstände zu § 839 a BGB, FS-Horn (2006) S. 67; *Kilian*, Zweifelsfragen der deliktsrechtlichen Sachverständigenhaftung nach § 839 a BGB, ZGS 2004, 220; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a BGB, VersR 2003, 683; *Klement*, Der Tod des Zuchtebers Cutlar, Jura 2010, 867; *Klötters*, Haftung des Sachverständigen bei Verkehrswertermittlung einer Immobilie im Zwangsversteigerungsverfahren, DS 2006, 299; *Lehmann*, Die Haftung des Sachverständigen nach § 839 a, Der Kfz-Sachverständige 6/2008, 24; 1/2009, 26; 2/2009, 31; 2/2013, 25; 3/2013, 16; 4/2013, 17; *Lesting*, Die Neuregelung der zivilrechtlichen Haftung des Sachverständigen für ein unrichtiges Gutachten, R&P 2002, 224; *Lotz*, Der Sachverständige im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2011, 203; *Messerschmidt*, Die Haftung der gerichtlichen Sachverständigen, 2007; *Morgenroth*, Die Haftung des Bau- und Immobiliensachverständigen – Ein Überblick, DS 2010, 264; *Müller*, Der neue Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, PHI 2001, 119; *ders.*, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1; *Ollmann*, Zur Haftung von Jugendamt und Sachverständigem bei falschem Mißbrauchsverdacht, FuR 2005, 150; *Orthmann*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen im Zivilprozess in Deutschland, der Schweiz und den USA, 2005; v. *Preuschen*, Die Modernisierung der Justiz, ein Dauerthema – Die Rechtsänderungen durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz, NJW 2007, 321; *Rath/Kippersbusch*, Erstes Justizmodernisierungsgesetz – § 411 a ZPO und seine Auswirkungen auf den Personenschadensprozess, VersR 2005, 890; *Quiring*, Die Dritthaftung von Sachverständigen (2006); *Rickert*, Ausschluss des gerichtlichen Sachverständigen mittels Streitverkündung, DS 2005, 214; *Rickert/König*, Die Streitverkündung gegenüber dem gerichtlich bestellten Sachverständigen, NJW 2005, 1829; *Rixe*, Die Haftung des Sachverständigen in familien- und betreuungsrechtlichen Verfahren, FPR 2012, 534; *Schöpflin*, Probleme der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a BGB, zfs 2004, 241; *Schröter*, Haftung des gerichtlichen Sachverständigen unter Berücksichtigung des neuen Haftungstatbestandes nach § 839 a BGB – aus Sicht des medizinischen Sachverständigen, MEDSACH 2006, 98; *R. Schwab*, Das unrichtige Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen, DS 2005, 132; *ders.*, Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, DS 2006, 20; *ders.*, Zur Haftung des vom Schiedsgericht hinzugezogenen Sachverständigen, DS 2006, 66; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, 2008; *Spickhoff*, Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts, FS-Heldrich (2005) S. 419; *Spitzer*, Streitverkündung gegenüber dem gerichtlich bestellten Sachverständigen, DS 2006, 144; *ders.*, Streitverkündung gegenüber einem gerichtlich bestellten Sachverständigen, MDR 2006, 908; *ders.*, Zustellung der Streitverkündung an den Gerichtsgutachter, DS 2006, 258; *Stilling*, Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen, unter besonderer Berücksichtigung des Prozessvergleichs, zugleich ein Beitrag

700 Staudinger/Wöstmann, § 839 Rn 396 mwN.

zur quasi-vertraglichen Haftung, 2007; *Tischler*, Die Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, DS 2006, 165; *Thole*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a (2004); *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen – Haftungsfälle für den Prozessanwalt?, AnwBl. 2006, 91; *ders.*, Haftung des gerichtlichen Sachverständigen unter Berücksichtigung des neuen Haftungstatbestands nach § 839 a BGB – aus juristischer Sicht, MED-SACH 2006, 93; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a BGB, 2004; *ders.*, Die zivilrechtliche Haftung des medizinischen Sachverständigen, insbesondere nach § 839 a BGB, GesR 2006, 154; *Tödtmann/Schwab*, 10 Jahre Sachverständigenhaftung – Ein Überblick über die Rechtsprechung zu § 839 a BGB, DS 2012, 302; *Uhlenbruck*, Zur Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, NZI 2000, 289; *ders.*, Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters als gerichtlicher Sachverständiger, ZInsO 2002, 809; *Ulrich*, Die Streitverkündung an den gerichtlichen Sachverständigen – Bilanz und Versuch einer Klärung, BauR 2006, 724; *ders.*, Tätigkeit des Sachverständigen in Zivilsachen – Grundzüge, DS 2010, 225; *ders.*, Bedeutung der Privatgutachten im Bauprozess – Abgrenzung zum gerichtlichen Gutachten, BauSV 2010, 52; *Vallender*, Der gerichtlich bestellte Sachverständige im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZInsO 2010, 1457; *Volze*, Die Grundlagen der Haftung des Sachverständigen, DS 2004, 48; *ders.*, Die Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, DS 2005, 14; *ders.*, Ausschluss des gerichtlichen Sachverständigen mittels Streitverkündung, DS 2005, 298; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a BGB, DS 2008, 140; *ders.*, Rechtsprechung zum Sachverständigenrecht, DS 2009, 370; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a BGB, DS 2011, 201; *ders.*, Neues aus der Sachverständigenrechtsprechung, DS 2012, 225; *ders.*, Neues aus der Sachverständigenrechtsprechung, DS 2014, 83; *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *ders.*, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049; *ders.*, Die neue Rom II-Verordnung, IPRax 2008, 1; *Wagner/Thole*, Die Haftung des Wertgutachters gegenüber dem Ersteigerer, VersR 2004, 275; *dies.*, Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, FPR, 2003, 521; *Weise*, Streitverkündung gegen den Gerichtssachverständigen, NJW-Spezial 2006, 165; *Wilhelm*, Die Haftung des Sachverständigen im Insolvenzeröffnungsverfahren, DZWIR 2007, 361; *Wemdzio*, Die Bedeutung von Sachverständigen und Sachverständigengutachten in Verfahren vor Verwaltungsbehörden und -gerichten, NuR 2012, 19; *Windthorst*, Schadensersatz wegen fahrlässiger Falschaussage? – Zur Haftung von Zeugen für primäre Vermögensschäden nach Erlass des § 839 a BGB, VersR 2005, 1634; *Zimmermann*, Neuregelung zur Haftung gerichtlich ernannter Sachverständiger, BuW 2003, 154; *ders.*, Sachverständigenhaftung für Mangelfolgeschäden einer falsch durchgeführten Begutachtung, DS 2007, 367; *ders.*, Sachverständigenhaftung für Mangelfolgeschäden einer falsch durchgeführten Begutachtung – Teil IV: Allgemeine Deliktshaftung, DS 2008, 8.

A. Anwendungsbereich	1	9. Haftung nach § 839 a bei Verwertung des Gutachtens für ein (anderes) Gerichtsverfahren	27
I. Der prototypische Sachverhalt	1	IV. Unrichtigkeit des Gutachtens	28a
II. Die ersatzfähigen Schadensposten	2	V. Grobe Fahrlässigkeit bei Erstattung des Gutachtens	29
III. Anforderungen an die Darlegung	2a	1. Sachliche Berechtigung der Haftungsbegrenzung	29
IV. Erfolgsaussichten	2b	2. Unterschied zu § 826	30
B. Frühere Regelung	3	3. Der Haftungsmaßstab	31
I. Mögliche Anspruchsgrundlagen	4	VI. Kausalität	35
II. Bei Beeidigung des Sachverständigen umfassender Schutz	5	VII. Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839 a bloß bei gerichtlicher Entscheidung – keine Anwendung bei Klägerücknahme oder Vergleich	38
III. Bei fehlender Beeidigung des Sachverständigen Differenzierung zwischen der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsguts und einem reinen Vermögensschaden	6	1. (Gut gemeinte) Intention des Gesetzgebers: Vermeidung der Schwierigkeiten des Nachweises der Kausalität	38
1. Bei Freiheitsverletzung Haftung bloß für grobe Fahrlässigkeit	6	2. Rechtsfolgen	39
2. Bei reinen Vermögensschäden lediglich Haftung nach § 826 (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung)	12	3. Auswirkungen für die gütliche Regulierung	41
C. Eingriff des Gesetzgebers	13	VIII. Unzulässigkeit der Streitverkündung an den Sachverständigen	41a
I. Vereinheitlichung der Haftung	14	IX. Keine Möglichkeit der Abwendung durch ein Rechtsmittel (§ 839 a Abs. 2 – Verweis auf § 839 Abs. 3)	42
II. Dogmatische Einordnung und systematische Stellung	15	1. Welche Rechtsmittel sind erfasst?	43
III. Ausgestaltung als zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch	15a	2. Verschuldensmaßstab des Geschädigten	44
D. Die Regelung im Detail	16	X. Beweislastverteilung	46
I. Schaden eines Verfahrensbeteiligten	16	XI. Abschließende Regelung	47
II. Gerichtliche Entscheidung	18	E. Reichweite der Norm – was ist (nicht) erfasst	48
III. Ein vom Gericht ernannter Sachverständiger	18a	I. Begleitschäden – bei Erstellung oder infolge eines Gutachtens	48
1. Sachverständiger	18a	II. Hoheitliche Tätigkeit des Gutachters – Anspruch aus § 839	49
2. Einseitiger öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt, kein Vertrag	19	III. Schädigung durch einen Zeugen – analoge Anwendung des § 839 a	50
3. Zeuge als Sachverständiger	20	F. Kollisionsrecht	50a
4. Aussage in einem Hearing vor einem parlamentarischen Ausschuss	21	G. Inkrafttreten der Norm	51
5. Vorläufiger Insolvenzverwalter	22	(Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB)	51
6. Erstattung von Rechtsgutachten zu ausländischen Rechtsordnungen	22b	H. Rechtspolitische Bewertung	52
7. Behörde als Sachverständiger des Gerichts – Staatshaftungsanspruch nach § 839	23		
8. Sachverständiger einer Behörde – Anwendbarkeit von § 839 a	24		

A. Anwendungsbereich

I. Der prototypische Sachverhalt

- 1 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.² 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, also eine finanzielle Kompensation, verlangen.³ Der Ersatz erschöpft sich auf das in einer Geldleistung bestehenden Kompensationsinteresse, weil eine Restitution in Form der Abänderung der Entscheidung, wie sie bei richtigem Gutachten ergangen wäre, nicht möglich ist.⁴

II. Die ersatzfähigen Schadensposten

- 2 Schäden entstehen bei Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter oder auch im bloßen Vermögen.⁵ Vor allem bei ärztlichen Expertisen, die zu einer Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt führen,⁶ ist das Rechtsgut der Freiheit betroffen.⁷ Zu ersetzen ist der Vermögensschaden (Verdienstentgang)⁸ sowie Schmerzensgeld. Viel häufiger geht es aber um bloße Vermögensschäden,⁹ wenn etwa ein Bau(handwerker)prozess bei richtigem Gutachten anders ausgegangen wäre.¹⁰ Die unterlegene Partei dringt mit ihrem Hauptbegehren nicht durch und erleidet dadurch eine Vermögenseinbuße. Eine weitere entsteht aber dadurch, dass sie die Prozesskosten¹¹ tragen muss unter Einschluss der nach §§ 91 ff ZPO ersatzfähigen Kosten,¹² der Kosten für das Rechtsmittelverfahren sowie für ein allfälliges Privatgutachten, um die Unrichtigkeit des Gutachtens des Gerichtssachverständigen nachzuweisen,¹³ aber auch für die Einschaltung eines Privatdetektivs.¹⁴ Der Entscheidungsschaden erfasst somit nicht nur die unmittelbare Einbuße, etwa die Aberkennung eines Anspruchs, sondern auch alle adäquat verursachten Folgeschäden¹⁵ unter Einschluss der Zinsen, wenn es im Vorprozess zu einer Verurteilung zur Zahlung eines Geldbetrags gekommen ist.¹⁶

III. Anforderungen an die Darlegung

- 2a Der Geschädigte muss nachweisen, dass ihm durch eine Entscheidung eines Gerichts, die auf einem grob fahrlässig erstellten Gerichtssachverständigen Gutachten beruht, ein Schaden entstanden ist. Jedenfalls den Nachweis grober Fahrlässigkeit wird der Kläger nicht ohne technischen Sachverstand, im Klartext einem Privatgutachten, führen können.¹⁷

IV. Erfolgsaussichten

- 2b Rechtstatsächlich ist darauf hinzuweisen, dass wegen der hohen Hürden¹⁸ sich aus den veröffentlichten Entscheidungen das Bild ergibt, dass in den wenigen geführten Prozessen die meisten Klagen abgewiesen wor-

1 *Kilian*, VersR 2003, 683; 97 %; *Haas/Horcher*, DStR 2001, 2118, 2123; 95 %; ebenso *Ulrich*, BauSV 2010, 52, 53; etwas vorsichtiger *Lesting*, R & P 2002, 224, 227; 90 % völlige Übereinstimmung von Urteil und Gutachten, 95 % weitgehend ungeprüfte Übernahme; *Tödtmann/Schwab*, DS 2012, 302; Quote 97 %; im Ergebnis entscheidet Gerichtssachverständiger den Rechtsstreit.

2 *Jung*, ZVglRWiss 2008, 32, 37.

3 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 24; *Rixe*, FPR 2012, 534.

4 JurisPK/Zimmerling § 839 a Rn 22; *R. Schwab*, DS 2005, 132, 137.

5 Zu den möglichen Schäden BeckOGK/Dörr, § 839 a Rn 59.

6 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 24; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907; *Ollmann*, FuR 2005, 150 ff: Freiheitsentziehung bei falschem (sexuellem) Missbrauchsverdacht von Erwachsenen gegenüber Minderjährigen.

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

8 OLG Saarbrücken BeckRS 2008, 24747 = OLGR Saarbrücken 2009, 196: Gewinnausfall wegen Geschäftsaufgabe.

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

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

11 *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 25; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 14; *Kilian*, VersR 2003, 683, 688; *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 245.

12 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 24.

13 *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 245; *Kilian*, VersR 2003, 683, 688; *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 41.

14 *Ollmann*, FuR 2005, 150.

15 *R. Schwab*, DS 2005, 132, 137; *Thole*, MEDSACH 2006, 93, 96.

16 LG Frankenthal BeckRS 2012, 03154.

17 *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18.

18 So auch die Einschätzung von *Rixe*, FPR 2012, 534; alle Hürden genommen freilich in OLG Koblenz DS 2013, 107.

den sind.¹⁹ Zutreffend ist die Einschätzung durch *Jannsen*,²⁰ dass man § 839 a umbenennen müsste von „Haftung“ in „Nichthaftung“ des gerichtlichen Sachverständigen.

B. Frühere Regelung

Die Neuregelung ist lediglich verständlich vor dem Hintergrund der früheren Rechtslage.²¹ Manche Argumente werden auch bei der nunmehrigen Regelung ins Treffen geführt. Dazu kommt, dass § 839 a nicht sämtliche regelungsbedürftigen Konstellationen erfasst, so dass die bisherige Rechtslage – partiell – fortwirkt.

I. Mögliche Anspruchsgrundlagen

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.²² Der Gerichtssachverständige fällt auch selbst keine Entscheidung. Er wird nicht hoheitlich tätig, weshalb auch ein Anspruch nach § 839 ausscheidet.²³ Was verbleibt, ist ein deliktsrechtlicher Anspruch, der freilich nur einen äußerst lückenhaften Schutz gewährt.²⁴

II. Bei Beeidigung des Sachverständigen umfassender Schutz

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. 2.²⁵ Allein, eine Beeidigung wurde kaum jemals vorgenommen;²⁶ und nach den meisten Verfahrensordnungen hatten die Parteien keine Möglichkeit, die Beeidigung des Sachverständigen zu erzwingen.²⁷

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

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 BGH²⁸ ausgesprochen, dass nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit eine Einstandspflicht des Sachverständigen gegeben wäre. Das wurde vom BVerfG²⁹ in der Folge korrigiert. Zu betonen ist, dass sich bei bloßer Subsumtion unter § 823 Abs. 1 ein Schadensersatzanspruch auch bei leichter Fahrlässigkeit ergeben hätte.³⁰ Es ist daher den Argumenten nachzugehen, die für eine so restriktive Haltung der Rechtsprechung³¹ verantwortlich waren.³²

Da der Spruchrichter bloß bei Vorsatz haftet, wurde reklamiert, dass der Gerichtssachverständige als sein Gehilfe haftungsrechtlich ähnlich privilegiert werden müsse.³³ Zu bedenken ist indes, dass der Sachverständige keine Entscheidung trifft.³⁴ Noch schwerer wiegt mE freilich, dass ein Richter entscheiden muss, wäh-

19 *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18; *Rixe*, FPR 2012, 534, 536; *Tödtmann/Schwab*, DS 2012, 302, 305; aA *Volze*, DS 2012, 226, 227; Messlatte der groben Fahrlässigkeit im Lauf der Zeit immer etwas niedriger gelegt. Nachweis der wenigen Entscheidungen, bei denen grobe Fahrlässigkeit bejaht worden ist, bei BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 42.

20 *Jannsen*, r+s 2015, 161, 166.

21 *Lesting*, R & P 2002, 224.

22 *Erman/Mayen*, § 839 a Rn 4; *Kilian*, VersR 2003, 683, 684; BGH NJW 2003, 2825; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2891; OLG Hamm VersR 1995, 225; pointiert MÜKo⁶/Wagner § 839 a Rn 2: „blieb der gerichtliche Sachverständige von dieser Entwicklung verschont.“

23 *Bamberger/Roth/Reinert* (35. Edition), § 839 a Rn 2; *Lesting*, R & P 2002, 224, 226; *Brückner/Neumann*,

MDR 2003, 906; *Kilian*, VersR 2003, 683, 684; *ders.*, ZGS 2004, 220, 221.

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

25 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907.

26 *Kilian*, VersR 2003, 683, 684; *Schröter*, MEDSACH 2006, 98, 99: Rarität sondergleichen.

27 *Lesting*, R & P 2002, 224, 225.

28 BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312.

29 BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.

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

31 *Lesting*, R & P 2002, 224 ff.

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

33 *Jacobs*, ZRP 2001, 489, 492.

34 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 909.

rend der Sachverständige die Erstellung des Gutachtens ablehnen kann, ja sogar muss, wenn er sich dazu nicht für befähigt erachtet.³⁵

- 8 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. Sie gilt gemäß § 407 Abs. 1 ZPO nur für manche Sachverständige. In der Praxis kommt die Befreiungsmöglichkeit nach § 408 ZPO häufig zum Tragen.³⁶ Zudem erfolgt eine öffentliche Bestellung nur auf Antrag des jeweiligen Sachverständigen.³⁷
- 9 Als Grund für den überaus milden Haftungsmaßstab wird ins Treffen geführt, dass der Sachverständige nicht marktkonform entlohnt werde, sondern lediglich eine Entschädigung erhalte.³⁸ Bei schärferer Haftung würde man noch schwerer Sachverständige finden, die zeitnah die benötigten Gutachten liefern.³⁹ Dagegen ist einzuwenden, dass manche Sachverständige ihren Lebensunterhalt daraus bestreiten. Außerdem ist der Hinweis, ein gerichtlich beeideter Sachverständiger zu sein, durchaus werbewirksam, so dass sich daraus auch eine Umwegrentabilität ergibt.⁴⁰ Zutreffend ist, dass das freilich nicht für alle Sachverständige gilt,⁴¹ jedenfalls nicht für solche, die Gutachten über ausländische Rechtsordnungen erstatten.⁴² 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.⁴³
- 10 Beschworen wird häufig die innere Freiheit, die beeinträchtigt wäre, wenn der Gutachter bei einem – auch nur behaupteten – Fehler mit einem Regressprozess rechnen müsste.⁴⁴ Das steht im Gegensatz zu dem ansonsten ins Treffen geführten Präventionsprinzip, das einen Anreiz bieten soll, die Expertise fehlerfrei abzuliefern.⁴⁵ Die Gefahr von Regressprozessen ist zwar umso höher, je strenger der Haftungsmaßstab ist; eine solche Gefahr ist aber nicht auf Sachverständige beschränkt.⁴⁶ Auch die Befriedungsfunktion eines Urteils, die durch einen Regressprozess beeinträchtigt wird,⁴⁷ stellt sich bei einem Kunstfehler eines Anwalts nicht anders dar als bei dem eines Sachverständigen.⁴⁸ Dazu kommt, dass sich eine solche Gefahr durch den Abschluss von Haftpflichtversicherungen abfedern lässt.⁴⁹ *Jung*⁵⁰ quantifiziert die potenzielle wirtschaftliche Belastung des Sachverständigen in Höhe der Haftpflichtversicherungsprämie zuzüglich des Selbstbehalts, der üblicherweise 10 bis 20 % betrage.
- 10a Wie die seit Inkrafttreten der Norm ganz überwiegend mit abweisenden Urteilen endenden Schadenersatzprozesse gegen den Gerichtssachverständigen belegen,⁵¹ bietet die derzeitige Regelung diesem ausreichenden Schutz gegen eine Vermögensbelastung.⁵² Gäbe es eine Haftung schon bei leichter Fahrlässigkeit, käme es zu häufigeren und womöglich auch häufiger erfolgreichen Prozessen. Das abermalige Aufrollen einer bereits rechtskräftig entschiedenen Streitsache, sei es auch zwischen anderen Parteien, nämlich nicht mehr Kläger und Beklagtem des Hauptprozesses, sondern unterlegener Partei gegen den Sachverständigen, wird zwar prinzipiell in Kauf genommen, soll aber auf eine überschaubare Anzahl von Ausnahmefällen begrenzt

35 *Ch. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht, § 5 Rn 24.

36 *Lesting*, R & P 2002, 224, 228; *MüKo/Wagner*, § 839 a Rn 4; *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 75.

37 *Jankowski*, NZBau 2006, 96, 97.

38 *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17;

75 EUR pro Stunde für eine ingenieurmäßige Leistung nicht auskömmlich unter Hinweis auf die Ausweichstrategie, fremde (im Eigentum des Sachverständigen stehende) Firmen zu beschäftigen, freilich ohne Hinweis, dass das Gutachten grundsätzlich höchstpersönlich zu erstellen ist; dazu Rn 15.

39 *Müller*, PHI 2001, 119, 122; *dies.*, VersR 2003, 1, 8;

Schöpfli, zfs 2004, 241, 242; *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17; zu Recht skeptisch dies-

bezüglich *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadenersatzrecht, Rn 412; ebenso *Ch. Huber*, Das neue Schaden-

sersatzrecht, § 5 Rn 31 unter Hinweis auf die Rechtslage in Österreich, wo bei einer Einstandsp-

pflicht des Gerichtssachverständigen auch für leichte Fahrlässigkeit sowie der Pflicht zum Abschluss einer

Haftpflichtversicherung nirgendwo in der Literatur mokiert wird, dass die Justiz keine Gerichtssachver-

ständigen finde.

40 *Arndt*, DRiZ 1974, 185, 186; *Jung*, ZVglRWiss 2008,

32, 54; *Jankowski*, NZBau 2006, 96, 99: „Denn erst

das Renommé als gefragter Gerichtsgutachter macht den Sachverständigen als Privatgutachter interes-

sant.“

41 Zutreffend *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 6.

42 *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419, 423.

43 *Ch. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht, § 5

Rn 29 f.

44 BT-Drucks. 14/7752, S. 28; *Palandt/Sprau*, § 839 a Rn 3; *Bamberger/Roth/Reinert*, § 839 a Rn 8; *Erman/Mayen*, § 839 a Rn 2; *MüKo/Wagner*, § 839 a Rn 3;

Schöpfli, zfs 2004, 241, 242.

45 *Lesting*, R & P 2002, 224, 228; *Ch. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht, § 5 Rn 40; *Jung*, ZVglRWiss

2008, 32, 51, 58.

46 *Lesting*, R & P 2002, 224, 228.

47 *Schöpfli*, zfs 2004, 241, 242.

48 *Ch. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht, § 5 Rn 36.

49 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 909.

50 *Jung*, ZVglRWiss 2008, 32, 51.

51 Pointiert *Ulrich*, BauSV 2010, 52, 54: Justizpolitisch fabriziertes Feigenblatt; ähnlich *Bleutge*, IBR 2010,

539.

52 *Schröter* (Orthopäde), MEDSACH 2006, 98: „Problematik der Gutachterhaftung ... so gut wie gänzlich bedeutungslos.“

bleiben.⁵³ Dazu kommt, dass die Entscheidungsfreudigkeit des Sachverständigen bei schärferer Haftung leiden könnte;⁵⁴ er legt sich dann eher nicht fest, sondern gibt ein Spektrum von in Betracht kommenden Möglichkeiten an, um eine eigene Haftung zu vermeiden. Das Gericht ist aber für die eigene Entscheidungsfindung an möglichst klaren und mit geringen Unwägbarkeiten verbundenen Aussagen des Sachverständigen interessiert. Auf dieser Linie liegt auch die in § 839 a Abs. 2 normierte Hürde, dass der Geschädigte zur Abwendung des Schadens sämtliche Rechtsmittel ausgeschöpft haben muss,⁵⁵ sowie die Versagung der Möglichkeit der Streitverkündung an den Sachverständigen durch eine Partei des Hauptverfahrens (Näheres dazu Rn 41 a).

Es lässt sich somit resümieren, dass die meisten ins Treffen geführten Argumente auf tönernen Beinen stehen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass im Fall *Weigand*⁵⁶ vier von acht Verfassungsrichtern sogar für die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von leichter Fahrlässigkeit – jedenfalls bei dem so bedeutsamen Rechtsgut der Freiheit – plädiert haben.

2. Bei reinen Vermögensschäden lediglich Haftung nach § 826 (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung). Wenn es – wie im Regelfall – um den Ersatz reiner Vermögensschäden ging,⁵⁷ stand lediglich als letztes Auffangbecken ein Anspruch nach § 826 zur Verfügung.⁵⁸ 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.⁵⁹

C. Eingriff des Gesetzgebers

Die Neuregelung trägt die Handschrift der ZPO-Kommission aus dem Jahr 1977, deren Vorschlag vom Gesetzgeber ohne ausführliche Diskussion übernommen wurde.⁶⁰ Was wurde dadurch bewirkt?

I. Vereinheitlichung der Haftung

§ 839 a führt zu einer Vereinheitlichung der Haftung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit;⁶¹ er stellt eine abschließende Regelung dar,⁶² so dass weitere Anspruchsgrundlagen in Konkurrenz dazu ausscheiden,⁶³ auch solche aus § 826, wonach die unterlassene Einlegung eines Rechtsmittels bloß zu einer Kürzung wegen Mitverschuldens, aber nicht zu einem Ausschluss, führen würde. 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.⁶⁴ Die Neuregelung stellt in ihrem Anwendungsgebiet eine *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Deliktshaftung dar.⁶⁵ Sie ist zugleich Anspruchsgrundlage und Haftungsbeschränkung⁶⁶ und hat zu einer „Erhöhung der wertungssystematischen Konsistenz“ geführt. Sie ist ein „im Prinzip ausgewogener Kompromiss der Interessen“, solange die grobe Fahrlässigkeit nicht durch die Rechtspraxis auf einfache Fahrlässigkeit abgeschliffen werde.⁶⁷ Die Haftungsprivilegierung wird als „anerkanntes Ziel“ bzw akzeptabler „modus vivendi“ angesehen.⁶⁸ Aber es findet sich auch die Bewertung der Ablehnung dieses Kompromisses, weil die Abweichungen von allgemeinen Haftungsgrundsätzen inhaltlich nicht gerechtfertigt werden können.⁶⁹ Vorzugswürdig wird *de lege ferenda* eine Staatshaftung nach dem Vorbild von § 839 Abs. 1 iVm Art. 34 GG

53 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 15.

54 Ebenso Erman/*Mayen*, § 839 a Rn 2: „funktionell begründete Haftungsprivilegierung“; *Schöpfli*, zfs 2004, 241, 242: Als bloßer „Bedenkenträger“ ist der Sachverständige nicht hilfreich; *Häsemeyer*, FS Laufs (2006) S. 569, 573.

55 Erman/*Mayen*, § 839 a Rn 12.

56 BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.

57 *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 69: Verletzung absolut geschützter Rechte seltener Fall; *Thole*, AnwBl 2006, 91: In der Mehrzahl der Zivilprozesse lediglich Vermögensinteressen berührt.

58 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907.

59 *Lesting*, R & P 2002, 224, 226.

60 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 50.

61 Die Abgrenzung zwischen grober Fahrlässigkeit und Vorsatz erörternd *Gaidzik*, MEDSACH 2004, 129, 131. Darauf kommt es aber nicht an.

62 BeckOGK/*Dörr*, § 839 a Rn 2.

63 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*); *Tödtmann/Schwab*, DS 2012, 302, 303.

64 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 221; *Bamberger/Roth/Reinert*, § 839 a Rn 5; *MüKo/Wagner*, § 839 a Rn 3.

65 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 7.

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

67 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 6.

68 *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 76, 81.

69 *Jung*, ZVglRWiss 2008, 32; ebenso S. 50: „fraglich, ob goldener Mittelweg“, S. 55: „können ... inhaltlich und rechtssystematisch nicht überzeugen“.

angesehen, bei der auch für einfache Fahrlässigkeit gehaftet werde, aber der Rückgriff des Staates auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werde,⁷⁰ oder eine Haftung auch für einfache Fahrlässigkeit sowie für reine Vermögensschäden nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung (§ 311 Abs. 3) bzw des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁷¹ Soweit eine Haftungsausweitung damit verbunden ist, wird das der Sachverständige bei der Deckungssumme seiner Berufshaftpflichtversicherung zu berücksichtigen haben.

II. Dogmatische Einordnung und systematische Stellung

15 Der Gesetzgeber hat daran festgehalten, dass es sich um einen deliktischen Schadenersatzanspruch 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,⁷² kann es ausnahmsweise bedeutsam sein, dass die Haftung für das Gehilfenverhalten nicht einmal nach der weniger weitreichenden Norm des § 831 und schon gar nicht nach § 278 erfolgt.⁷³ Eine Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 wird überwiegend abgelehnt, weil der Sachverständige das Gutachten höchstpersönlich zu erstellen habe,⁷⁴ jedenfalls soweit die Verantwortung des Sachverständigen für das Gutachten in Frage gestellt wird.⁷⁵ Soweit er aber für untergeordnete Tätigkeiten zulässigerweise Hilfspersonen heranziehen kann,⁷⁶ die er freilich namhaft zu machen hat und deren Tätigkeit er dem Umfang nach angeben muss,⁷⁷ muss ihm auch diese Entlastungsmöglichkeit zustehen.⁷⁸ Auch für das Kollisionsrecht ist die deliktsrechtliche Qualifikation ausschlaggebend (Näheres dazu s. Rn 50 a).⁷⁹ Durch die Platzierung des § 839 a im Anschluss an den § 839 sowie die Versagung jeglichen Ersatzes bei schuldhafter Unterlassung der Einlegung eines Rechtsmittels (Culpakompensation) wird die Nähe zum Spruchrichterprivileg⁸⁰ und die Funktion des Gerichtssachverständigen als ein auf Objektivität verpflichtetes, dem Gericht nahe stehendes Organ betont. § 839 a hat keine dem § 839 Abs. 1 S. 2 entsprechende Subsidiaritätsklausel, was dazu führt, dass der Schadenersatzanspruch gegen den gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a außerhalb des Richterspruchprivilegs als anderweitige Ersatzmöglichkeit anzusehen ist.⁸¹

III. Ausgestaltung als zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch

15a Die Anordnung eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs der im Hauptprozess unterlegenen Partei führt dazu, dass die Rechtskraft des Hauptprozesses unangetastet bleibt und die im Hauptprozess obsiegende Partei den – wegen eines unrichtigen Sachverständigengutachtens unberechtigten – Vorteil behalten kann. Vielmehr hat für den Nachteil der unterlegenen Partei der Sachverständige aufzukommen. Käme es zu einer Angleichung der Voraussetzungen von Restitutionsklage in Bezug auf das Hauptverfahren und dem Schadenersatzanspruch gegen den Sachverständigen, würde § 839 a weitgehend seine Bedeutung verlieren, weil der Anspruch nach § 839 a gemäß dessen Abs. 2 insofern zu Recht ein subsidiärer Rechtsbehelf ist, als die unterlegene Partei die ihr zustehende Rechtsposition gegen den Gegner des Hauptprozesses nicht mehr durchsetzen kann.⁸² Bei der Auslegung des § 839 a wird daher künftig stets mit zu berücksichtigen sein, wie sich die Erweiterung der Anwendung der Restitutionsklage gestaltet.

D. Die Regelung im Detail

I. Schaden eines Verfahrensbeteiligten

16 Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch nach § 839 a ist ein Schaden eines Verfahrensbeteiligten – zu den möglichen Schadensposten s. Rn 2. Verfahrensbeteiligte sind jedenfalls die beiden Prozessparteien.⁸³ Darüber hinaus sind aber auch weitere Personen erfasst, so namentlich der Nebenintervenient und der Rechtsnachfolger einer streitbefangenen Sache,⁸⁴ der Nebenkläger im Strafprozess, der Beigeladene in

70 Jung, ZVglRWiss 2008, 32, 52.

71 Jung, ZVglRWiss 2008, 32, 55 mit weiteren Hinweisen zu bestehenden Wertungswidersprüchen de lege lata auf S. 57.

72 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 15.

73 Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 13.

74 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 15; Soergel/Spickhoff, § 839 a Rn 27; BeckOGK/Dörr, § 839 a Rn 43 f unter Verweis auf die Haftung des Mitarbeiters nach § 826; Volze, DS 2011, 201, 203.

75 Volze, DS 2012, 226.

76 Zur Zulässigkeit bei Erstattung eines Rechtsgutachten zum ausländischen Recht Spickhoff, FS Heldrich (2005), S. 419, 429.

77 BeckOGK/Dörr, § 839 a Rn 14.

78 Wie hier auch Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 13.

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

80 Lesting, R & P 2002, 224.

81 Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 26.

82 Dazu umfassend Häsemeyer, FS Laufs (2006) S. 569 ff.

83 Zimmermann, BuW 2003, 154, 156.

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

einem Verwaltungsverfahren⁸⁵ sowie die Eltern im Sorgerechtsverfahren das Kind betreffend,⁸⁶ seit der FamFG-Reform auch das Kind selbst in Kindschafts-, Abstammungs- und Adoptionsverfahren (§§ 7 Abs. 1 und 2, 172, 188 FamFG).⁸⁷ Einbezogen sind auch die Rechtsinhaber in Fällen der gewillkürten Prozessstandschaft sowie Rechtsnachfolger.⁸⁸ Der BGH⁸⁹ geht über die formalisierte, streng prozessrechtliche Betrachtungsweise hinaus⁹⁰ und sieht auch den späteren Erwerber im Zwangsversteigerungsverfahren als geschützten Verfahrensbeteiligten an, auch wenn dieser keine Rechtsmittelmöglichkeit gegen ein unrichtiges Wertgutachten hat.⁹¹ Er überträgt damit seine Rechtsprechung zu dem Fall, dass ein Gutachterausschuss einer Gemeinde ein falsches Wertgutachten erstellt hat; diese haftete dann freilich nach § 839 auch bei leichter Fahrlässigkeit.⁹² Erfasst sind aber nicht alle, die vom Ergebnis wirtschaftlich irgendwie betroffen werden.⁹³ Dem Erwerber im Zwangsversteigerungsverfahren wird bei Berechnung seines Schadens das Wahlrecht eingeräumt, vermögensmäßig so gestellt zu werden, als hätte er an der Versteigerung nicht teilgenommen (Vertrauensinteresse) oder wie er stünde, wenn das Wertgutachten inhaltlich richtig ausgefallen wäre (Erfüllungsinteresse), was insbesondere Bedeutung hat, wenn er das Versteigerungsobjekt unter dem Marktwert erworben hat; es aber bei korrektem Gutachten eines geringeren Wertes noch günstiger erwerben hätte können.⁹⁴ Davon, dass ein Mitbieter keine Angaben machen kann, bis zu welchem Preis er bei korrekter Wertermittlung mitgeboten hätte, kann das Erfüllungsinteresse des Geschädigten nicht abhängen.⁹⁵ Plausibel wäre mE – jedenfalls mangels anderer Anhaltspunkte – eine relative Berechnungsmethode, dass also bei einem geringeren Mindestgebot ein prozentmäßig geringerer Zuschlag erfolgt wäre.⁹⁶ Auch im Rahmen des negativen Interesses muss der Geschädigte den Beweis erbringen, warum er in einem Fall, in dem der Verkehrswert unter dem Zuschlag lag, das Objekt trotzdem nicht erworben hätte; eine rückläufige Entwicklung der Immobilienpreise nach dem Zuschlag geht jedenfalls zulasten des Ersteigerers.⁹⁷ Ob auch andere am Versteigerungsverfahren beteiligte Personen anspruchsberechtigt sind, wurde bisher noch nicht entschieden; ein Argument dagegen ist mE, dass letztendlich nur ein Beteiligter geschädigt sein kann, nämlich der, der bei korrektem Gutachten den Zuschlag erhalten hätte, und es nicht zu einer Vervielfachung von Schadensersatzprozessen kommen darf.

Umstritten ist, ob auch ein Zeuge anspruchsberechtigt sein kann. Der Wortlaut „Verfahrensbeteiligter“¹⁷ spricht dafür.⁹⁸ Dagegen spricht indes, dass dieser weder Einfluss nehmen kann, ob es zu einer gerichtlichen Entscheidung kommt, einer Voraussetzung für einen Ersatzanspruch nach § 839 a, noch ihm die Möglichkeit offensteht, den Schaden durch Ergreifen eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 a Abs. 2).⁹⁹ Die Norm ist daher in Bezug auf den Zeugen teleologisch zu reduzieren.¹⁰⁰

II. Gerichtliche Entscheidung

Von § 839 a erfasst sind sämtliche gerichtlichen Verfahren, nicht nur streitige Verfahren nach der ZPO,¹⁰¹ sondern auch die freiwillige Gerichtsbarkeit, Zwangsversteigerungs- und Betreuungsverfahren,¹⁰² Verfahren vor den Arbeits-, Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichten,¹⁰³ Strafverfahren unter Einschluss des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens¹⁰⁴ sowie Insolvenzverfahren.¹⁰⁵ Auch geht es nicht allein um

85 Kilian, ZGS 2004, 220, 226.

86 Ollmann, FuR 2005, 150, 154; die Aktivlegitimation des Adoptivvaters in einem Sorgerechtsverfahren erwägend OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (Rixe).

87 Rixe, FPR 2012, 534, 538.

88 BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 64.

89 BGHZ 166, 313 = NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285 (Ulrich) = Rpfleger 2006, 553 (Alff: kritisch dazu, dass der Zuschlag auf dem Gutachten beruht).

90 Tödtmann/Schwab, DS 2012, 302.

91 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (Volze); MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 22; A Soergel/Spickhoff, § 839 a Rn 44; Wagner/Thole, VersR 2004, 275, 277; G. Vollkommer, WuB VI § 74 a ZVG 1.02.

92 BGH NJW 2003, 2825 und dazu ausf. Wagner/Thole, VersR 2004, 275 ff; vgl weiter BGHZ 146, 365 = BauR 2002, 449; BGH MDR 2003, 629.

93 So aber Morgenroth, DS 2010, 264, 265; Ulrich, IBR 2006, 285. Das ist unzutreffend und würde sämtliche reflexartig, also bloß mittelbar Geschädigte betreffen.

94 Staudinger/Wurm, § 839 a Rn 26: Ersatz des Erfüllungsinteresses.

95 So aber OLG Köln BeckRS 2008, 02984.

96 AA OLG Köln BeckRS 2011, 25253.

97 OLG Schleswig BeckRS 2012, 13628: In concreto als misslungen angesehen, weil Kläger, der Objekt schon bei Erwerb sanieren und weiterverkaufen wollte, Kalkulation nicht offengelegt hat und nicht nachgewiesen hat, warum eine Ersteigerung 19 % unter dem falschen Verkehrswert wirtschaftlich uninteressant war.

98 Erman/Mayen, § 839 a Rn 10: Analoge Anwendung.

99 Kilian, ZGS 2004, 220, 226.

100 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 92; Kilian, ZGS 2004, 220, 226; ebenso im Ergebnis BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 62: Zeuge steht in diesem Sinn außerhalb des Verfahrens.

101 Erman/Mayen, § 839 a Rn 5.

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

103 Zimmermann, BuW 2003, 154, 155.

104 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (Volze); Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 36; JurisPK/Zimmerling, § 839 a Rn 10; Gaidzik, MED-SACH 2004, 129.

105 MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 7; BeckOGK/Dörr, § 839 a Rn 10.

Urteile¹⁰⁶ oder urteilsvertretende Erkenntnisse wie etwa Beschlüsse, zB nach § 91 a ZPO.¹⁰⁷ Auch Zwischenurteile, vorläufige Entscheidungen wie zB die vorläufige Unterbringung sowie Verfügungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sind erfasst.¹⁰⁸ Dass es sich nicht um eine das Verfahren abschließende Entscheidung handeln muss, ergibt sich aus § 839 a 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.¹⁰⁹

III. Ein vom Gericht ernannter Sachverständiger

- 18a 1. Sachverständiger.** Sachverständiger ist, wer aufgrund seiner besonderen Fähigkeiten in der Lage ist, tatsächliche Fragen für das Gericht aufgrund seiner Expertise zu klären.¹¹⁰ Im Regelfall geht es um technisch-naturwissenschaftliche Fragen, im Einzelfall auch um solche der Betriebswirtschaftslehre.¹¹¹ Auch auf gerichtliche Dolmetscher wird § 839 a analog angewendet.¹¹² Soweit es um die Ermittlung der Rechtslage einer ausländischen Rechtsordnung geht, kann das deutsche Gericht diese gem. § 293 ZPO durch einen Sachverständigen klären lassen, der ebenfalls nach § 839 a haftet.¹¹³ Wird vom Gericht nicht eine natürliche Person betraut, sondern eine Unternehmung, haftet letztere dem geschädigten Verfahrensbeteiligten.¹¹⁴ Das kann mE schon deshalb nicht anders sein, weil dem Geschädigten nicht zumutbar ist, herauszufinden, welche Person im Einzelnen das inkriminierte Verhalten gesetzt hat.
- 19 2. Einseitiger öffentlich-rechtlicher Beststellungsakt, kein Vertrag.** Durch die Ernennung gem. § 404 ZPO in Form eines Beweisbeschlusses¹¹⁵ bzw § 73 StPO durch einfache Beweisanordnung des Vorsitzenden, einem einseitigen, nicht mitwirkungsbedürftigen hoheitlichen Akt des Gerichts,¹¹⁶ entsteht zwischen dem Sachverständigen und jeweiligen Rechtsträger,¹¹⁷ je nach dem, ob es sich um ein Land- oder Bundesgericht handelt, eine öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung zum betreffenden Bundesland oder zur Bundesrepublik Deutschland,¹¹⁸ ein „Sachverständigenpflichtverhältnis“,¹¹⁹ nicht aber zu einem Sachverständigen, der vom bestellten Sachverständigen zur Unterstützung herangezogen worden ist.¹²⁰ Weder zum jeweiligen Gericht noch zu den Prozessparteien entsteht eine irgendwie geartete vertragliche Beziehung.¹²¹ Dies gilt auch dann, wenn die Ernennung durch den Rechtspfleger erfolgt¹²² oder auf Vorschlag einer Prozesspartei gem. § 404 Abs. 3 ZPO.¹²³ Der Sachverständige ist Gehilfe des Gerichts, ein „Justizhelfer“. ¹²⁴ Ohne seine Expertise sind viele faktischen Vorfragen für das Gericht nicht verständlich, jedenfalls nicht adäquat zu lösen.¹²⁵ Die Darstellung muss daher für einen Laien verständlich und nachvollziehbar sein.¹²⁶ Er wird deshalb mitunter als „Geh-Hilfe des Richters“,¹²⁷ „heimlicher Entscheider“, „Schattenrichter“,¹²⁸ „wirklicher Herr des Verfahrens“ oder „Entscheidungs-Diktierer“ bezeichnet.¹²⁹ Er ist zu Objektivität und Unparteilichkeit verpflichtet. Wegen der insoweit bestehenden Parallelen zum Richter ist die systematische Platzierung der Norm im Anschluss an die Amtshaftung, die in § 839 geregelt ist, sachgerecht. Zu betonen ist aber, dass

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

107 *Kilian*, ZGS 2004, 220, 224; *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 244; *MüKo⁶/Wagner*; § 839 a Rn 19; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 78; *BeckOGK/Dörr*; § 839 a Rn 58: Haftung auf Kostenentscheidung begrenzt; aA *Volze*, DS 2011, 201, 203; § 839 a dürfte nicht anzuwenden sein.

108 *Erman/Mayen*, § 839 a Rn 9.

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

110 Näheres dazu bei *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 1; *BeckOGK/Dörr*; § 839 a Rn 12. Auf die jeweils behauptete Ausübung eines Gewerbes oder freien Berufes kommt es indes nicht an. Auch ein Professor einer Universität kann für die Ermittlung ausländischen Rechts gem. § 293 ZPO Sachverständiger sein, ohne dass er ein Gewerbe oder einen freien Beruf ausübt.

111 *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419, 430.

112 *MüKo⁶/Wagner*; § 839 a Rn 6; *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 32.

113 Umfassend dazu *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419 ff.

114 *BeckOGK/Dörr*; § 839 a Rn 16 unter Hinweis darauf, dass noch nicht entschieden wurde, ob die Betrauung einer Unternehmung zulässig ist.

115 *Rixe*, FPR 2012, 534, 535: Bestellung ist auch formlos möglich.

116 *MüKo⁶/Wagner*; § 839 a Rn 6; *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 155.

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

118 *Zimmermann*, DS 2007, 367, 368; *Jung*, ZVglRWiss 2008, 32, 34.

119 *R. Schwab*, DS 2005, 132.

120 OLG Hamm BeckRS 2011, 00095.

121 *Erman/Mayen*; § 839 a Rn 4.

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

123 *Kilian*, VersR 2003, 683.

124 BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312; *Jankowski*, NZBau 2006, 96.

125 Vgl aber KG NZV 2007, 462: Auf Verkehrsunfallsachen spezialisierte Kammer hat ausdrücklich gebilligt, dass bei Erstellung des Gutachtens keine Gegenüberstellung der Fahrzeuge erfolgen müsse.

126 *R. Schwab*, DS 2005, 132, 133.

127 *Ulrich*, BauSV 2010, 52.

128 *Ulrich*, BauSV 2010, 52, 53.

129 *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67.

der Sachverständige selbst keine hoheitlichen Aufgaben wahrnimmt und daher kein beliehener Unternehmer ist,¹³⁰ so dass § 839 nicht anzuwenden ist.¹³¹

3. Zeuge als Sachverständiger. Außer Streit steht, dass der Sachverständige sein Gutachten auch mündlich abgeben kann.¹³² Umstritten ist, ob eine Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839 a auch dann in Betracht kommt, wenn er als Zeuge geladen wird, dann aber auf Veranlassung des Gerichts in die Rolle des Sachverständigen schlüpft.¹³³ Diese Streitfrage kann aber auf sich beruhen, wenn man nach zutreffender Ansicht (Näheres dazu s. Rn 50) den Zeugen dem gleichen Haftungsregime unterwirft.

4. Aussage in einem Hearing vor einem parlamentarischen Ausschuss. Auf eine Aussage eines Sachverständigen vor einem parlamentarischen Ausschuss eines Bundes- oder Landesparlaments ist § 839 a nicht anzuwenden.¹³⁴

5. Vorläufiger Insolvenzverwalter. Vom vorläufigen Insolvenzverwalter kann gem. § 22 Abs. 1 S. 3 InsO eine Äußerung als Sachverständiger verlangt werden, ob ein Eröffnungsgrund vorliegt und welche Aussichten für eine Fortführung des Unternehmens des Schuldners bestehen. Fraglich ist, ob insoweit § 839 a einschlägig ist oder die Haftungsnorm des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO gilt, die eine Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit vorsieht. Daraus, dass die Vergütung für die Sachverständigentätigkeit nach dem JVEG nicht auf die Vergütung des Insolvenzverwalters anzurechnen sei, leiten *Wagner*¹³⁵ und *Spickhoff*¹³⁶ ab, dass § 839 a maßgeblich sei. *Uhlenbruck*¹³⁷ will differenzieren zwischen einem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter, für den § 60 InsO, also eine Einstandspflicht auch bei leichter Fahrlässigkeit, gelten soll, und den übrigen „schwachen“ Insolvenzverwaltern, die bloß nach § 839 a haften sollen.

Der Prototyp des nach § 839 a vom Gericht bestellten Sachverständigen hat eine bestimmte vom Gericht ihm auferlegte Fragestellung zu beantworten. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat hingegen selbst ein Verfahren abzuwickeln. Die Regelung, dass die Prüfung nach dem Eröffnungsgrund und der Fortführungsprognose als Sachverständiger erfolgen soll, soll nach den eindeutigen Gesetzesmaterialien bewirken, dass der vorläufige Insolvenzverwalter dafür auch bei masselosem Vermögen eine Entlohnung erhalten sollte.¹³⁸ Das spricht dafür, dass er gerade für diese Tätigkeit, nicht aber für weitere Tätigkeiten, bloß nach § 839 a haftet.¹³⁹

6. Erstattung von Rechtsgutachten zu ausländischen Rechtsordnungen. Sachverständige werden im Regelfall für Tatsachenfragen herangezogen. Abweichend vom Grundsatz *iura novit curia* ist es gemäß § 293 ZPO aber möglich, dass ein deutsches Gericht einen Sachverständigen mit der Ermittlung der Rechtslage einer bestimmten ausländischen Rechtsordnung betrauen kann. Inhalt des Gutachtens ist die Abbildung der konkreten ausländischen Rechtspraxis.¹⁴⁰ Mit der Mobilität der Bürger und der zunehmenden Möglichkeit, solche Klagen im Inland anhängig zu machen, etwa als Folge der *Odenbreit*-Entscheidung des EuGH¹⁴¹ den ausländischen Kfz-Haftpflichtversicherer bei einem Auslandsunfall in Deutschland zu verklagen, nimmt der Bedarf an Expertisen zum ausländischen Recht zu. Ausgenommen davon sind Äußerungen von Sachverständigen zum deutschen Recht, sei es auch ein Spezialgebiet wie das Steuerrecht, das Kollisionsrecht oder das internationale Zivilverfahrensrecht.¹⁴² Für die Erstellung eines solchen Gutachtens gilt dann ebenfalls § 839 a.¹⁴³

7. 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,¹⁴⁴ sondern in denen ein Gericht anstelle einer natürlichen Person eine Behörde als Sachverständigen betraut.¹⁴⁵ In einem solchen Fall besteht ein Direktanspruch gegen den Rechtsträger der Behörde gem. § 839 – auch bei leichter Fahrlässigkeit¹⁴⁶ – und nicht bloß ein Schadenser-

130 *Jankowski*, NZBau 2006, 96.

131 *Jacobs*, ZRP 2001, 492; *Erman/Mayen*, § 839 a Rn 3.

132 *Erman/Mayen*, § 839 a Rn 7; *Bamberger/Roth/Reinert*, § 839 a Rn 5; *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 21; *Kilian*, VersR 2003, 683, 685; *Ollmann*, FuR 2005, 150, 152.

133 Dafür *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 6; *Wagner/Thole*, FPR 2003, 521, 522; dagegen *Kilian*, ZGS 2004, 220, 223.

134 *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 37; *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 19.

135 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 7.

136 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 9.

137 *Uhlenbruck*, ZInsO 2002, 809 f.

138 *Uhlenbruck*, ZInsO 2002, 809.

139 *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 10: Das weiter angeführte Argument, dass es um ein Eilverfahren gehe,

das Auswirkungen auf die Prüfungsdichte habe, hat damit freilich nichts zu tun. Insoweit geht es um die Berücksichtigung dieses Umstands im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabs.

140 *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419, 425.

141 EuGH NJW 2008, 819.

142 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 32; *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 22.

143 Umfassend *Spickhoff*, FS Heldrich 419 ff.

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

145 Aufzählung solcher bei *BeckOGK/Dörr*; § 839 a Rn 17.

146 *Wagner/Thole*, VersR 2004, 275, 279; *JurisPK/Zimmerling* § 839 a Rn 11; *Klement*, JURA 2010, 867, 868; *Rixe*, FPR 2012, 534, 535.

satzanspruch nach § 839 a – lediglich bei grober Fahrlässigkeit.¹⁴⁷ Der unterschiedlich strenge Haftungsmaßstab mutet bei funktioneller Betrachtungsweise willkürlich an, wirkt doch im einen wie anderen Fall ein gerichtlicher Sachverständiger an der Entscheidungsfindung mit. Auch die Entlohnung kann nicht als Unterscheidungskriterium ins Treffen geführt werden, weil die Behörde – wie ein Privater – nach dem JVEG entlohnt wird.¹⁴⁸ Die Festsetzung des Entgelts nimmt auf die Höhe des Streitwerts und das damit verbundene Haftungsrisiko aber keine Rücksicht. § 839 ist aber als *lex specialis* gegenüber § 839 a anzusehen, sofern die Gutachtertätigkeit der Behörde zu deren öffentlich-rechtlichem Pflichtenkreis zählt.¹⁴⁹ Der Geschädigte ist dadurch besser geschützt; für die Person, die das Gutachten erstellt, ergibt sich kein Unterschied, weil bei Einstandspflicht des Rechtsträgers ein Regressanspruch gegen den Beamten nur bei grob fahrlässigem Verhalten gegeben ist. Zusätzlich ist zu bedenken, dass der Staat ein idealer Selbstversicherer ist.¹⁵⁰ Etwas Anderes gilt, wenn ein Beamter einer Behörde im Rahmen seiner Nebentätigkeit ein Gerichtsgutachten erstellt.¹⁵¹ Als Indiz, ob der Beamte im Rahmen seiner Behördentätigkeit agiert oder als Privatperson, ist anzusehen, an wen die Entschädigung nach JVEG fließt,¹⁵² wobei dieser Umstand freilich ein Aspekt unter mehreren ist.¹⁵³

- 24 **8. Sachverständiger einer Behörde – Anwendbarkeit von § 839 a.** 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 § 839 a auch in solchen Fällen anzuwenden ist. Der Wortlaut spricht zunächst eindeutig dagegen, ist doch eine Behörde gerade kein Gericht.¹⁵⁴ Soweit der Sachverständige bei Tätigkeit für eine Behörde das Entgelt frei aushandeln kann, besteht ebenfalls kein Anlass für eine Analogie.¹⁵⁵ 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 JVEG erhält, sprechen indes gute Gründe für eine Analogie.¹⁵⁶ Dass der Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen auf den Fall des von einer Behörde bestellten Sachverständigen nicht explizit eingegangen ist¹⁵⁷ bzw Funktionsdefizite bei der Haftung gerichtlicher Sachverständiger der Anlass der Regelung waren, spricht gerade nicht gegen eine Analogie, geht es bei dieser doch darum, wie der Gesetzgeber hypothetisch entschieden hätte, wäre ihm dieses Problem bewusst gewesen. Auch wird man kaum behaupten können, dass Gerichtsentscheidungen eine höhere Richtigkeitsgewähr haben als Entscheidungen von Behörden.¹⁵⁸
- 25 Dass jede Entscheidung einer Behörde durch ein Gericht überprüfbar ist, spricht nicht gegen eine Anwendung des § 839 a,¹⁵⁹ ist die Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung doch keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 839 a. Zu bedenken ist, dass wie im Zivilverfahren auf tatsächlicher Ebene häufig die Würfel in 1. Instanz fallen, das auch im Verwaltungsverfahren mit nachgeschalteter gerichtlicher Überprüfung so sein könnte.¹⁶⁰ Auch wenn der Rechtsträger der Behörde stets für leichte Fahrlässigkeit haftet,¹⁶¹ ist die Rechtsfolge allein, dass § 839 a 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.¹⁶² Es kommt dann nicht darauf an, dass die Staatsanwaltschaft eine Behörde *sui generis* und zudem inhaltlich ein dem Gericht gleich geordnete

147 So aber *Kilian*, *VersR* 2003, 683, 688; *Erman/Mayen*, § 839 a Rn 5; *Bamberger/Roth/Reinert*, § 839 a Rn 5.

148 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 12 f.

149 *MüKo/Wagner*, § 839 a Rn 8; *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 13.

150 *MüKo/Wagner*, § 839 a Rn 8.

151 *JurisPK/Zimmerling*, § 839 a Rn 11.

152 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 13.

153 *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 20 FN 54; Geringes Gewicht der Art der Liquidation unter Hinweis auf BGHZ 200, 253 = *NJW* 2014, 1665; BGHZ 153, 268 = *NJW* 2003, 1184.

154 *Brückner/Neumann*, *MDR* 2003, 906, 907; *Zimmermann*, *BuW* 2003, 154, 155; *ders.*, *DS* 2008, 8.

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

156 *Ch. Huber*, *Das neue Schadensersatzrecht*, § 5 Rn 75; *MüKo/Wagner*, § 839 a Rn 14; *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 35; gegen eine solche auch in diesen Fällen *Zimmermann*, *BuW* 2003, 154, 155.

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

158 So aber *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 15: Durch § 839 a bloß höhere Richtigkeitsgewähr von Gerichtsentscheidungen vom Gesetzgeber angestrebt.

159 So aber *Zimmermann*, *BuW* 2003, 154, 156; *Schöpfelin*, *zfs* 2004, 241, 243; *Kilian*, *ZGS* 2004, 220, 222; *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 15.

160 Die gleiche Interessenlage anerkennend, schlussendlich aber gegen eine analoge Anwendung auf Entscheidungen von Verwaltungsbehörden *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 23, 24; ebenso *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 15.

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

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

tes Organ sei, das Aufgaben der Justizgewährung erfülle.¹⁶³ Solch diffizile inhaltliche Umschreibungen sind dann entbehrlich.¹⁶⁴ Der von der Staatsanwaltschaft herangezogene Sachverständige haftet nach § 839 a einfach deshalb, weil seine Heranziehung und Entlohnung nach den gleichen Mechanismen erfolgt wie bei einem, der von einem Gericht ernannt wird. Dafür spricht auch die Gleichstellung der Übernahme des dort eingeholten Gutachtens im Rahmen des Sachverständigenbeweises in § 411 a ZPO.¹⁶⁵

9. Haftung nach § 839 a 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.¹⁶⁶ 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*¹⁶⁷ stellt darauf ab, ob der Gutachter im Folgeprozess als Gutachter wenigstens nochmals vernommen worden ist.¹⁶⁸ Auch würde er¹⁶⁹ es alternativ genügen lassen, wenn das eine Verfahren eine dienende Funktion gegenüber dem anderen einnimmt, wie etwa ein vorgeschaltetes Beweisverfahren zum Hauptprozess. Noch restriktiver ist *Schöpflin*,¹⁷⁰ 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. *Zimmerling*¹⁷¹ führt dafür ganz pragmatisch ins Treffen, dass ihm kein weiteres Haftungsrisiko auferlegt werden darf, wenn er nicht gesondert honoriert wird.¹⁷² Die standespolitische Forderung von *Jacobs*,¹⁷³ dass bei einer weiteren Verwertung die Haftung des § 839 a entfallen solle, hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen.

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 Gutachtens auch für den Regressprozess herangezogen wird, wobei besonders zu berücksichtigen sein wird, ob die gleiche Expertise maßgeblich ist, was namentlich bei Regressprozessen nicht zwingend ist.¹⁷⁴ Entsprechendes gilt bei einem in mehreren Stufen verlaufenden Verfahren, wie etwa der Verwertung eines vom Staatsanwalt eingeholten Gutachtens für das spätere Strafverfahren oder ein im Wertfestsetzungsverfahren gem. § 74 a ZVG eingeholtes Verkehrswertgutachten für das spätere Zwangsversteigerungsverfahren.¹⁷⁵ Ansonsten ist mit *Spickhoff*¹⁷⁶ darauf zu verweisen, dass sich unter Prävention Gesichtspunkten das Ausmaß der Sorgfaltsanspannung auch an der Höhe des Streitwertes bzw dem Risiko der Haftung orientiert. Ungeachtet der nunmehr in § 411 a ZPO vorgesehenen Möglichkeit der Verwertung eines Sachverständigengutachtens als solches, nicht nur als Urkundsbeweis in einem anderen Verfahren, ist die Haftung des Sachverständigen dafür nach § 839 a mE dann ausgeschlossen, wenn es sich um einen ganz anders gelagerten Sachverhalt handelt, etwa ein zum Verbraucherschutz eingeholtes Gutachten für Fragen des Lauterkeitsrechts.¹⁷⁷ Aber auch bei vergleichbaren Sachverhalten bestehen Bedenken, wird doch dadurch das Haftungsrisiko vervielfacht.¹⁷⁸ Dass etwa beim Personenschaden zwischen Strafverfahren und Schadenersatzprozess aber auch zwischen letzterem und sozialgerichtlichem Verfahren diverse Unterschiede bei Sorgfaltsmaßstab, Beweislast, Beweismaß und Kausalität bestehen,¹⁷⁹ sei an dieser Stelle besonders erwähnt. Das schränkt einerseits die – unbesehene – Übernahme ein, würde aber andererseits zu Haftungsrisiken für den Sachverständigen führen, namentlich dann, wenn er keine Möglichkeit zur mündlichen Erläuterung in nachfolgenden Verfahren hat.¹⁸⁰ Ob es dazu kommt, liegt aber nicht in seiner Hand. Die

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

164 Mit umfassender Begründung für eine Anwendung des § 839 bei einem von der Staatsanwaltschaft betrauten Sachverständigen freilich BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (*Volze*).

165 Zur Kritik der Anwaltschaft, weil die Parteien bei dessen Einholung kein rechtliches Gehör haben, von *Preuschen*, NJW 2007, 321, 323.

166 *Rath/Küppersbusch*, VersR 2005, 890, 891: Im Arzthaftungsprozess stehen – offenbar jährlich – 10.000 Schadenersatz- und Schmerzensgeldklagen, 3.000 Ermittlungsverfahren wegen eines „Kunstfehlerwurfs“ gegenüber, somit keine quantité négligeable.

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

168 So auch *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 16.

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

170 *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 243; ebenso *Morgenroth*, DS 2010, 264.

171 *JurisPK/Zimmerling*, § 839 a Rn 23.

172 Ebenso *Jacobs*, DS 2006, 204, 206; *Bleutge*, DS 2007, 91, 92.

173 *Jacobs*, DS 2006, 204, 205 f.

174 *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 39.

175 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 22; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 17; *Erman/Mayen*, § 839 a Rn 5; *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 11 unter Hinweis auf die enge verfahrensrechtliche Verbindung von staatsanwaltlichem und gerichtlichem Verfahren.

176 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 11.

177 So das instruktive Beispiel bei *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 11 FN 46; an die Verwertbarkeit als Sachverständigenbeweis nach § 411 a ZPO anknüpfend *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 18.

178 *Jacobs*, DS 2006, 204, 206.

179 *Rath/Küppersbusch*, VersR 2005, 890 ff.

180 *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419, 426; *Jacobs*, DS 2006, 204, 205.

begrenzte Haftung bei Verwertbarkeit in beliebigen anderen Verfahren mit dem Argument zuzulassen, dass eine Einstandspflicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bestehe,¹⁸¹ ist mE zu pauschal, ist doch nicht zuverlässig abschätzbar, inwieweit der Maßstab der groben Fahrlässigkeit – wie derzeit – streng auslegt wird und der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 angenähert wird¹⁸² oder eines Tages in die Nähe der leichten Fahrlässigkeit rückt.¹⁸³ Die Kehrseite ist, dass den Parteien des Verfahrens, in dem ein Gutachten aus einem anderen Prozess verwertet wird, im Fall eines Entscheidungsschadens durch ein grob fahrlässig unrichtiges Gutachten kein Haftungsschuldner zur Verfügung steht. Diese haben aber in der Hand, ein anderes, auf dieses Verfahren zugeschnittenes, quasi maßgefertigtes Gutachten, zu verlangen – mit der Folge der gesonderten Entlohnung des Sachverständigen – oder zumindest den Sachverständigen des übernommenen Gutachtens zur mündlichen Erläuterung in den Folgeprozess einzubeziehen, was mE eine Haftung nach § 839 a auslöst.

Unrichtigkeit des Gutachtens¹⁸⁴

Unrichtig ist ein Gutachten, das auch mündlich erstattet werden kann,¹⁸⁵ wenn der Sachverständige das Allgemeinwissen nicht berücksichtigt,¹⁸⁶ er unrichtige oder unvollständige Tatsachen zugrunde legt,¹⁸⁷ das zu urteilende Subjekt oder Objekt nicht in Augenschein genommen, sondern sich auf die Aktenlage oder Angaben Dritter verlassen hat,¹⁸⁸ ohne dies kenntlich zu machen.¹⁸⁹ Entsprechendes gilt, wenn die vom Gutachter festgestellten Tatsachen nicht bestehen, wenn er Schlussfolgerungen zieht, die dem Stand der Wissenschaft nicht entsprechen oder er nicht offen legt, dass es mehrere Meinungen gibt,¹⁹⁰ er die Gegenpositionen nicht gebührend erwähnt oder er das Ergebnis mithilfe von der hM abweichenden Methoden erzielt hat¹⁹¹ oder eine Sicherheit vorgaukelt, während in Wahrheit bloß ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich ist.¹⁹² Vielmehr muss der Sachverständige Unsicherheiten und Unwägbarkeiten möglichst quantitativ spezifiziert angeben. In Zweifel gezogen wird, dass ein Sachverständigengutachten unvertretbar falsch ist, wenn es auf eine Gegenauffassung hinweist und der Sachverständige die eigene Auffassung nachvollziehbar darlegt.¹⁹³ Zu unterscheiden ist zwischen Anknüpfungstatsachen, die ihm vom Gericht vorgegeben sind, und Tatsachen, die Ergebnis seiner Expertise sind.¹⁹⁴ Diese sind getrennt darzulegen.¹⁹⁵ Beruht das unrichtige Gutachten auf einer unzutreffenden Fragestellung durch das Gericht, ist grobe Fahrlässigkeit des Sachverständigen im Regelfall zu verneinen, es sei denn, dieser hätte die unrichtige Fragestellung durch seine überlegene Sachkenntnis erkennen müssen.¹⁹⁶ Ein Gutachten ist auch dann unrichtig, wenn es an innerer

¹⁸¹ So MütKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 30.

¹⁸² Dazu Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 5: Für diese ist leichtfertiges und gewissenloses Verhalten und mindestens bedingter Vorsatz erforderlich. Häufig wird in der Rechtsprechung letzteres vermutet, wenn ersteres gegeben ist. Zum gleitenden Übergang Spickhoff, FS Heldrich (2005), S. 419, 421 unter Verweisung auf den Leitsatz von OLG Brandenburg 2000, 219. Zum Ausschlagen der Waage zugunsten der leichten Fahrlässigkeit Bleutge, IBR 2010, 539.

¹⁸³ Für eine restriktive Handhabung der Verwertung in einem anderen Verfahren deshalb Katzenmeier, FS Horn (2006) S. 67, 73 f.

¹⁸⁴ Dazu umfassend R. Schwab, DS 2005, 132 ff.

¹⁸⁵ Rixe, FPR 2012, 534, 535.

¹⁸⁶ Ollmann, FuR 2005, 150, 154: Bei einem Psychologen Ungeeignetheit suggestiver Befragungsformen. Zimmermann, BuW 2003, 154, 157; BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 27.1; OLG Celle BeckRS 2014, 06532 = BauR 2014, 731.

¹⁸⁷ Schöpflin, zfs 2004, 241, 245; Wagner/Thole, VersR 2004, 275, 276; Zimmermann, BuW 2003, 154, 158; OLG Schleswig BeckRS 2012, 13628: Angabe falscher m² sowie des umbauten Raums, Folge: Differenz zum richtigen Verkehrswert 37,6%. Vgl dazu BGH NJW 2003, 2825: Ablehnung einer Einstandspflicht nach § 826, weil der Sachverständige die verweigerte Besichtigung des Objekts, das er zu schätzen hatte, offengelegt hatte, wenn auch nicht zu Beginn des Gutachtens; OLG Celle DS 2004, 343 = BauR 2004, 1481 = IBR 2004, 333 (Schwenker):

Wertgutachten im Zwangsversteigerungsverfahren, keine grobe Fahrlässigkeit, wenn bei einem noch nicht fertig gestellten Gebäude nicht niet- und nagelfeste Bestandteile im Zeitpunkt der Zwangsversteigerung fehlen; OLG Koblenz DS 2007, 193 = IBR 2007, 588 (Ulrich) = VersR 2007, 960: Ausreichend Hinweis, dass Wertermittlung nicht auf selbst gewonnenen Kenntnissen beruht; BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (Volze): Betreten des Objekts für Schätzung des Verkehrswerts für eine Zwangsversteigerung kann nicht erzwungen werden; Gerichtsgutachter muss aber offenlegen, wenn er Objekt nicht betreten hat.

¹⁹⁰ Katzenmeier, FS Horn (2006) S. 67, 73.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² BGH VersR 1962, 1773; Erman/Mayen, § 839 a Rn 6; JurisPK/Zimmerling, § 839 a Rn 14; R. Schwab, DS 2005, 132, 133; Ollmann, FuR 2005, 150, 153; Thole, MEDSACH 2006, 93, 94; instruktiv OLG Frankfurt VersR 2008, 649: Strafgerichtliche Verurteilung, weil Sachverständiger in mündlicher Vernehmung sein schriftliches Gutachten nochmals bekräftigte und – zu Unrecht – de facto 100 %ige Sicherheit behauptete.

¹⁹³ Volze, DS 2011, 201, 202.

¹⁹⁴ Soergel/Spickhoff, § 839 a Rn 20.

¹⁹⁵ Rixe, FPR 2012, 534, 536.

¹⁹⁶ BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 32.

logischer Nachvollziehbarkeit und formeller Fehlerfreiheit mangelt,¹⁹⁷ wobei solche Defizite weniger schadensträchtig sind, weil sie – hoffentlich – vom Gericht wahrgenommen werden und dann nicht in die Entscheidung eingehen. Ein Rechtsgutachten ist unrichtig, wenn Rechtsnormen, die zugrunde gelegt werden, nicht mehr gelten, also ein veralteter Rechtszustand wiedergegeben wird.¹⁹⁸ Die Berücksichtigung von Baumängeln ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Sachverständigen, der ein Verkehrswertgutachten erstellt; sie sind freilich insofern zu berücksichtigen, als sie sich auf den Wert auswirken.¹⁹⁹ Entsprechendes gilt für das Errichtungsjahr des Gebäudes sowie baubehördlich nicht genehmigte Teile.²⁰⁰ Eine Abweichung eines Gerichtsgutachtens von einem (richtigen) Privatgutachten ist nicht unbedingt als Unrichtigkeit des Gerichtsgutachtens anzusehen, jedenfalls dann nicht, wenn die Abweichung schlüssig und nachvollziehbar begründet ist.²⁰¹ Für das Gebiet der Psychologie wird unter Hinweis auf das Bestehen verschiedener Schulen darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Herangehensweise nicht außergewöhnlich sei und es damit keine exakte Trennlinie zwischen richtig und falsch gebe.²⁰² Auf diesem Fachgebiet gebe es keine generalisierenden Theorien, Methoden und standardisierten Verfahren, die jedem Einzelfall gerecht werden könnten.²⁰³ Wenn der Sachverständige durch Überschreitung des Gutachtensauftrags seine Befangenheit bewirkt, wodurch das Gutachten unbrauchbar wird, liegt kein unrichtiges Gutachten vor.²⁰⁴

V. Grobe Fahrlässigkeit bei Erstattung des Gutachtens

1. Sachliche Berechtigung der Haftungsbegrenzung. *Schöpflin*²⁰⁵ 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*,²⁰⁶ 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. Unzulässig wäre etwa eine Haftungsbeschränkung „ohne Gewähr“²⁰⁷ oder eine Einschränkung bei einem Rechtsgutachten durch den Hinweis „nach Maßgabe der vorhandenen Literatur“.²⁰⁸ Beim Entgelt ist zu berücksichtigen, dass diese nach dem JVEG aufwandsbezogen ist und die Höhe des Streitwertes und das damit verbundene Haftungsrisiko nicht berücksichtigt.²⁰⁹ Wenn *Wagner*²¹⁰ 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 potenziell haftenden Gutachter das bestmögliche Ergebnis darstellt, das im Verhandlungsweg nicht immer durchsetzbar sein wird. Zudem wäre eine solche Vereinbarung in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, weil bei Kardinalpflichten die Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann.²¹¹ Wenn *Wagner*²¹² zusätzlich ins Treffen führt, dass die „ungefilterte Fahrlässigkeitshaftung“ deshalb zu weit führe, weil bei reinen Vermögensschäden der gesellschaftliche Schaden regelmäßig hinter der privaten Einbuße zurückbleibe, ist nicht erkennbar, was damit gemeint ist und weshalb es darauf ankommen soll. Erwähnt sei schließlich, dass auch Ärzte und Rechtsanwälte typischerweise zu einem typisierten Tarif tätig werden, der auch nicht immer das Haftungsrisiko explizit berücksichtigt.²¹³ *Jankowski*²¹⁴ verweist zudem darauf, dass anders als nach dem ZSEG eine Abgeltung nach dem (aufopferungsrechtlichen) Entschädigungsprinzip galt, während nach § 8 JVEG nach einem leistungsgerechten Honorierungsmodell auf das Vergütungsmodell umgestellt worden sei. *E. Fuchs*²¹⁵ verweist freilich darauf hin, dass die Vergütungssätze des JVEG zum Teil noch unterhalb der Sätze des früheren ZSEG liegen. Von allen vorgebrachten Argumenten sieht *Katzenmeier*²¹⁶ das am tragfähigsten, dass die Rechtskraft des Vor-

29

197 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907, 908: Nachvollziehbarkeit als wichtigster inhaltlicher Prüfstein für die Richtigkeit des Gutachtens. Die Prüfung darauf – wenn auch mit dem Hinweis, dass dies überspitzt sei – einschränkend *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 72.

198 *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419, 427.

199 OLG Schleswig DS 2008, 32 = MDR 2008, 25 = IBR 2008, 364 (*Bleutge/Wachtberg*); OLG Rostock DS 2008, 386 (*Volze*) = IBR 2008, 545 (*Bleutge*).

200 OLG Köln BeckRS 2011, 25253.

201 OLG Köln BeckRS 2012, 06520 = VersR 2012, 1128.

202 OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (*Rixe*); BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 30: Häufig nicht nur eine einzige richtige Antwort.

203 *Rixe*, FPR 2012, 534, 535 f.

204 OLG Hamm BeckRS 2014, 06532 = BauR 2014, 1330; *Soergel/Spickhoff* § 839 Rn 21; BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 35.

205 *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 242.

206 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 4; ebenso *Wagner/Thole*, VersR 2004, 275, 276.

207 *Ollmann*, FuR 2005, 150, 153.

208 *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419, 428: Zweifelhafte, ob eine wirksame Haftungsbegrenzung durch einen solchen Hinweis.

209 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 6.

210 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 4.

211 *Dammann*, in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht⁵ (2013) § 309 Nr. 7 Rn 96.

212 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 4.

213 *Jankowski*, NZBau 2006, 96, 98.

214 *Jankowski*, NZBau 2006, 96, 97.

215 *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17.

216 *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 75 f.

prozesses zu respektieren sei; und im Gewand des Sachverständigenprozesses nur ausnahmsweise neu aufgerollt werden solle.

- 30 **2. Unterschied zu § 826.** Während *Kilian*²¹⁷ betont, dass sich bei § 839 a der Vorsatz anders als bei § 826 nicht auf die Schadenszufügung beziehen müsse,²¹⁸ so ist dies eine in der Praxis wenig bedeutsame Detailfrage, weil im Vordergrund nicht vorsätzliche, sondern grob fahrlässige Schadenszufügungen stehen. *Wagner/Thole*²¹⁹ weisen darauf hin, dass der Unterschied zwischen einer Haftung nach § 826 und § 839 a 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.²²⁰ Solchen Konvergenzüberlegungen sind mE indes Grenzen gesetzt. Einerseits führt die schuldhaftes Nichteinlegen bei § 839 a 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 § 839 a eine abschließende Regelung sein will, so dass mE bei Versagung des Anspruchs nach § 839 a notwendigerweise ein solcher nach § 826 ausscheidet.²²¹ Andererseits wollte der Gesetzgeber die Haftung durchaus verschärfen, so dass es wenig folgerichtig erscheint, den Haftungsmaßstab bei § 839 a an dem des § 826 auszurichten.²²²
- 31 **3. Der Haftungsmaßstab.** Fahrlässigkeit, die sich bei § 839 a bloß auf das Gutachten, nicht aber auf den dadurch hervorgerufenen Schaden beziehen muss,²²³ ist indes zu attestieren, wenn der Sachverständige ein Gutachten übernimmt, ohne über die dafür erforderliche Kompetenz, personelle Ausstattung oder technischen Mittel zu verfügen.²²⁴ Keinesfalls hat der Sachverständige einzustehen, wenn es sich um eine vertretbare Auffassung handelt.²²⁵ 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.²²⁶ 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.²²⁷ Der BGH²²⁸ hat aber ausgesprochen, dass diese auch schon bei 2 % gegeben sein könne, aber betont, dass dann besonders strenge Anforderungen an den Nachweis zu stellen seien.²²⁹ *Wöstmann*²³⁰ verlangt die Ausklammerung rechtlich nicht gesicherter Positionen und ein Abstellen auf den „gesunden Markt“, wobei es mE schwierig sein dürfte, letzteren auch nur einigermaßen exakt zu definieren. Geringere Schwankungsbreiten werden toleriert, wenn die falsche Schätzung auf falschen Ausgangsdaten beruht.²³¹
- 31a Abzustellen ist nicht auf die Erkennbarkeit für das Gericht,²³² sondern einen Durchschnitts-Sachverständigen und nicht eine Koryphäe auf seinem Gebiet.²³³ Kann die Unrichtigkeit des Gutachtens erst durch die geübte Kompetenz eines Sachverständigengremiums festgestellt werden, ist grobe Fahrlässigkeit ebenfalls zu verneinen.²³⁴ Mitunter wird diese schon dann ausgeschlossen, wenn eine abweichende Meinung schlüssig und nachvollziehbar begründet wird,²³⁵ was mE abzulehnen ist, weil das letztendlich auf die Erkennbarkeit für das Gericht hinauslaufen würde. Keine grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, auch wenn der Sachver-

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

218 So auch *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 11.

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

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

221 *Zimmermann*, DS 2008, 8; aA OLG Koblenz DS 2007, 193 = IBR 2007, 588 (*Ulrich*) = VersR 2007, 960: Prüfung der Anspruchsgrundlage des § 826 nach Ablehnung des Anspruchs gemäß § 839 a.

222 Zur Abgrenzung OLG Frankfurt VersR 2008, 649: Verhalten war grob fahrlässig, aber nicht leichtfertig.

223 *Ollmann*, FuR 2005, 150, 153.

224 *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 12; *Kilian*, VersR 2003, 683, 687; *Ollmann*, FuR 2005, 150, 153; *Rixe*, FPR 2012, 534, 536.

225 Kritisch dazu *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 9.

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

227 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 907; *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 30; *BeckOGK/Dörr*, § 839 a

Rn 31; BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*); OLG Schleswig DS 2008, 32 = MDR 2008, 25 = IBR 2008, 364 (*Bleutge/Wachtberg*): 12,5 % noch im tolerablen Bereich bei einem Verkehrswertgutachten für ein Zwangsversteigerungsverfahren.

228 BGHZ 166, 313 = NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285 (*Ulrich*) = Rpfleger 2006, 553 (*Alff*).

229 Zustimmung *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 25.

230 *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 10.

231 OLG Schleswig BeckRS 2012, 13628: Falsche Angaben von m² und umbautem Raum.

232 *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 39; *Janssen*, r+s 2015, 161, 166; *Rixe*, FPR 2012, 534, 537; BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*); BGH DS 2014, 250; aA zu Unrecht OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (*Rixe*); KG NZV 2007, 462.

233 *Staudinger/Wöstmann (2013)*, § 839 a Rn 12.

234 *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 25, 29.

235 *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 40.

ständige die Behauptungen der untersuchten Person mit diversen Kraftausdrücken abqualifiziert.²³⁶ Abzustellen ist darüber hinaus darauf, für welchen Zweck das Gerichtsgutachten eingeholt wurde: Von einem Gutachter, der den Verkehrswert für das Zwangsversteigerungsverfahren zu ermitteln hat, ist nicht zu erwarten, dass er Baumängel des Objekts im Detail darlegt; zudem ist jeweils zu prüfen, ob solche Mängel im Zeitpunkt der Begutachtung erkennbar waren.²³⁷ Aber auch ein „normaler“ Sachverständiger muss die DIN-Vorgaben kennen; er kann sich nicht darauf berufen, dass das nur ein „Fachhochschullehrer“, der als Privatgutachter auftritt, kennen müsse.²³⁸

Bedeutsam ist der Maßstab, an dem das Ausmaß des Verschuldensvorwurfs gemessen wird: Je präziser und detaillierter die vom Sachverständigen verlangten Fachkenntnisse sind, die dieser zu prästieren hat, umso eher wird man zum Vorwurf grober Fahrlässigkeit gelangen.²³⁹ Fragwürdig ist es in diesem Zusammenhang, dass *Spickhoff*²⁴⁰ bei einem Gutachten zum ausländischen Privatrecht es für ausreichend ansieht, dass ein Professor die Lehrbefugnis für Rechtsvergleichung hat. Das (allein) dürfte ihn zur Erstellung eines Gutachtens zu einem beliebigen ausländischen Privatrecht kaum befähigen, ganz abgesehen davon, dass selbst an für Rechtsvergleichung spezialisierten Lehrstühlen aufgrund der immer knapper werdenden Bibliotheksmittel kaum die entsprechenden Rechtsquellen vorhanden sind und es häufig auch an den jeweiligen Sprachkenntnissen fehlen wird.²⁴¹ Mit Ausnahme des Max-Planck-Instituts und für das jeweilige Rechtsgebiet einer bestimmten Rechtsordnung spezialisierten Professors wird man aufgrund der – bloßen – Lehrbefugnis für Rechtsvergleichung nicht die Sachverständigeneigenschaft für sämtliche Rechtsordnungen bescheinigen können. Umso weniger kann die grobe Fahrlässigkeit daran festgemacht werden, dass einem Laien oder dem Gericht des Hauptverfahrens das hätte auffallen müssen.²⁴² Ob grobe Fahrlässigkeit gegeben ist, kann nicht danach beurteilt werden, ob das einem Laien oder dem Gericht auffällt – das hat mE nicht einmal Indizcharakter;²⁴³ insoweit geht es um eine Frage der Offenkundigkeit, auf die der Gesetzgeber gerade nicht abstellt. Maßgeblich ist ein „vernünftiger Gutachter“,²⁴⁴ ein Sachverständiger der betreffenden Disziplin²⁴⁵ bzw. bei Ärzten der jeweilige „Facharztstandard“.²⁴⁶ Grob fahrlässig ist die Unrichtigkeit eines erstellten Gutachtens, wenn elementare Erkenntnisse des Fachbereichs missachtet werden.²⁴⁷ Es ist gravierender, wenn methodisch falsch gearbeitet wird; eher hinzunehmen sind Messfehler aufgrund eines Versehens.²⁴⁸ Die ungeprüfte Zugrundelegung von Empfehlungen eines Wirtschaftsverbandes ohne eigene gutachterliche Prüfung kann grobe Fahrlässigkeit bedeuten.²⁴⁹ Bei einem ärztlichen Kunstfehler genügt nicht der Verweis auf ein Privatgutachten; vielmehr bedarf es der substantiierten Darlegung, worin die vermeintliche Nachlässigkeit liegt.²⁵⁰

Besondere Zurückhaltung bei der Annahme grober Fahrlässigkeit ist angebracht, wenn es darum geht, dass der Sachverständige eine unzutreffende oder verkürzende Fragestellung des Gerichts nicht korrigiert,²⁵¹ das Gericht seine Anleitungsfunktion nach § 404 a ZPO nicht ausreichend erfüllt²⁵² bzw. der Sachverständige Normen falsch auslegt,²⁵³ handelt es sich doch insofern um eine genuine Kompetenz des Gerichts: *Iura novit curia!*

Verwiesen sei weiter darauf, dass die Gerichte auch für die Frage, ob ein gerichtlich bestellter Sachverständiger wegen Befangenheit oder Überschreitung seines Auftrags, indem er sich in die rechtliche Beurteilung

236 OLG Köln BeckRS 2011, 23285.

237 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*): Nachträglich bei Entkernung eines Altbaus für einen Bausachverständigen erkennbare und mit Händen zu greifende Feuchtigkeitsschäden; *Volze*, DS 201461: Verkehrswertgutachter kann von Beruf auch Kaufmann sein.

238 OLG Jena DS 2013, 107.

239 Dazu *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 1: Überdurchschnittliche Fähigkeiten und Erfahrungen für einen Sachverständigen verlangend.

240 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 31.

241 Darauf hinweisend *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419, 437.

242 *MüKo6/Wagner*; § 839 a Rn 18; so aber *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 72, um infinite Kettenprozesse mit der Einschaltung weiterer Sachverständiger zu verhindern; ebenso *Ulrich*, BauSV 2010, 52, 54; *Morgenroth*, DS 2010, 264 f; OLG Rostock BeckRS 2006, 08823 = BauR 2006, 1337 = IBR 2006, 406 (*Schmidt*); OLG Celle DS 2010, 32 = IBR 2010, 63 (*Schwenker*): Insbesondere eingehende Darlegung gro-

ber Fahrlässigkeit, wenn das von zwei Gerichtsinstanzen nicht erkannt; OLG München NJW-Spezial 2010, 462 = IBR 2010, 539 (*Bleutge*): Verhalten dem Sachverständigen nicht anzulasten, weil auch dem LG und OLG im Vorprozess nicht aufgefallen.

243 AA *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18.

244 *Jung*, ZVglRWiss 2008, 32, 38.

245 *Ollmann*, FuR 2005, 150, 153.

246 *Thole*, MEDSACH 2006, 93, 94.

247 *Ollmann*, FuR 2005, 150, 153.

248 OLG Koblenz DS 2013, 107.

249 LG Frankenthal BeckRS 2012, 03154: Nicht erforderlicher Weg einer Mängelbeseitigung durch einen Bausachverständigen.

250 OLG Hamm DS 2010, 197 = IBR 2009, 1326 (*Lehmann*).

251 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 20.

252 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 25.

253 OLG München NJW-Spezial 2010, 462 = IBR 2010, 539 (*Bleutge*): Sachverständiger hat zu viel in die DIN-Vorschrift hineininterpretiert.

einmengt, den gleichen – strengen – Haftungsmaßstab nach § 839 a anlegen;²⁵⁴ die Rechtsprechung zur Verwirkung des Entgeltanspruchs des gerichtlich bestellten Sachverständigen kann insoweit ergänzend herangezogen werden.²⁵⁵

- 33 Grobe Fahrlässigkeit ist aber 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 angestellt worden sind²⁵⁶ oder der Patient nicht untersucht wurde, obwohl das Aufgabe des Sachverständigen gewesen wäre²⁵⁷ oder er ungeprüft Angaben eines Beteiligten übernimmt.²⁵⁸ Ein bloßer Hinweis, dass der Sachverständige die Person oder das Objekt nicht persönlich in Augenschein genommen habe, wird ihm mE nicht generell,²⁵⁹ sondern nur dort entlasten, wo das nicht Aufgabe des Gutachtens war oder er daran aufgrund äußerer Umstände gehindert war, wie das etwa bei einem Sachverständigen bei Erstellung eines Verkehrswertgutachtens der Fall sein kann, wenn ihm der Eigentümer den Zutritt verwehrt.²⁶⁰ Zugrunde zu legen ist dabei ein objektiver Maßstab.²⁶¹ 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.²⁶² Ein weiteres Indiz für grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn der Sachverständige nach dem JVEG seinen Entgeltanspruch verliert.²⁶³ Die überwiegende Ansicht verlangt aber, dass zum gravierenden Fehler ein schwerwiegender subjektiver Schuldvorwurf hinzutreten muss,²⁶⁴ wobei nicht einmal der Schluss von einem objektiv schweren Pflichtverstoß auf ein schweres subjektives Verschulden zulässig sein soll.²⁶⁵
- 34 Wenn *Wagner/Thole*²⁶⁶ dafür plädieren, den Haftungsmaßstab an § 826 anzulehnen, so trete ich für einen strengeren Maßstab ein, der sich eher am Grenzbereich der leichten Fahrlässigkeit orientiert.²⁶⁷ 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 hätte abwenden können und zudem von ihm die Kausalität des Gutachtens auf die Entscheidung nachgewiesen werden muss. Da die Beurteilung, was als grobe Fahrlässigkeit anzusehen

254 OLG Köln BeckRS 2011, 23285; Verbale Entgleisung durch Verwendung von Kraftausdrücken (populärwissenschaftliche Laienphantasie, abstruse Behauptungen ohne Realitätsbezug) und Herabsetzung des Anspruchstellers (dieser solle als Antragsteller von Prozesskostenhilfe im Interesse des deutschen Steuerzahlers die Kosten nicht in unendliche Höhe treiben).

255 *Tödtmann/Schwab*, DS 2012, 302, 305 unter Hinweis auf BGH NJW 1976, 1154.

256 *Lesting*, R & P 2002, 224, 226; *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 158; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908; *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 245; *Erman/Mäyen*, § 839 a Rn 8; BGH VersR 1983, 729; OLG Schleswig NJW 1995, 791.

257 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 25 unter Hinweis auf RGZ 72, 175; Versuch, den Kläger – ohne Untersuchung – als geisteskrank entmündigen zu lassen; *Rixe*, FPR 2012, 534, 536; vgl aber KG NZV 2007, 462; Auf Verkehrsunfallsachen spezialisierte Kammer hat ausdrücklich gebilligt, dass bei Erstellung des Sachverständigengutachtens keine Gegenüberstellung der Fahrzeuge erfolgte.

258 *Rixe*, FPR 2012, 534, 536.

259 Zu weitgehend *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 25; Kenntlichmachung ausreichend.

260 OLG Celle BauR 2004, 1481; *JurisPK/Zimmerling*, § 839 a Rn 14.

261 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 61; *Zimmermann*, BuW 2003, 154, 158; *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 18; anders noch *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn 75.

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

263 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 18; *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 25; *JurisPK/Zimmerling*, § 839 a Rn 21.

264 *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 12; *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 26; *JurisPK/Zimmerling*, § 839 a Rn 21; *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 38; *Morgenroth*, DS 2010, 264; *Volze*, DS 2011, 201; *Rixe*, FPR 2012, 534, 536; *Janssen*, r+s 2015, 161, 166; BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*); OLG Saarbrücken BeckRS 2008, 24747 = OLGR Saarbrücken 2009, 196; OLG Hamm DS 2010, 197 = IBR 2009, 1326 (*Lehmann*); OLG Jena DS 2013, 107.

265 *Volze*, DS 2011, 201, 203.

266 *Wagner/Thole* 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?

267 Dafür nachdrücklich *Jung*, ZVgIRWiss 2008, 32, 58 mit zu Recht kritischem Hinweis auf OLG Koblenz VersR 2007, 960 = DS 2007, 193 = IBR 2007, 588 (*Ulrich*): Grobe Fahrlässigkeit verneint, weil bloß Druckfehler. Dies als „nachvollziehbar“ qualifizierend *Morgenroth*, DS 2010, 264, 265. Zum Ermessenspielraum im Rahmen der Abgrenzung von grober und leichter Fahrlässigkeit *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 76.

ist, eine Domäne des Tatrichters ist, die mit Revision nur beschränkt angreifbar ist,²⁶⁸ gibt es dazu nur ganz wenige BGH-Entscheidungen.

VI. Kausalität

Voraussetzung ist, dass der Anspruchsteller den Tatbestand beweisen kann, auf den er seinen Anspruch stützt, wenn das Sachverständigengutachten vom Gericht bloß zum Umfang des Ersatzanspruchs eingeholt wurde.²⁶⁹ Nimmt die gerichtliche Entscheidung in der Beweiswürdigung auf das für die streitige Frage eingeholte Sachverständigengutachten Bezug, wird der Nachweis der Kausalität typischerweise leicht fallen.²⁷⁰ Dass sich die Entscheidung auch auf andere Beweismittel stützt, schließt die Anwendung des § 839 a nicht aus;²⁷¹ Mitursächlichkeit²⁷² reicht ebenso wie der Umstand, dass nur Teile der Entscheidung auf dem (falschen) Gutachten beruhen.²⁷³ Die fehlende Bezugnahme der Entscheidung auf das Gutachten, wie etwa bei einem nach § 313 a ZPO, schließt einen solchen Nachweis nicht a priori aus.²⁷⁴ Das gerichtliche Sachverständigengutachten wird in der Routine des forensischen Alltags als vollständig überzeugendes Beweismittel sui generis eingestuft.²⁷⁵ Prima facie ist davon auszugehen, dass ein Gericht ein Sachverständigengutachten, wenn es schon auf Kosten der Parteien eingeholt wird, auch verwertet.²⁷⁶ Ohne ausdrückliche Bezugnahme wird der Beweis schwieriger zu führen sein, namentlich dann, wenn eine Entscheidung ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe ergeht, wie das bei einem Urteil nach § 313 a ZPO,²⁷⁷ einem Anerkenntnis,²⁷⁸ und Verzichtsurteil²⁷⁹ sowie einem Versäumnisurteil der Fall ist.²⁸⁰ 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,²⁸¹ weil dieses als Internum dem Geschädigten nicht zugänglich sein wird. Bei der Anwaltshaftung ist maßgeblich, wie das Gericht dann richtigerweise entscheiden hätte müssen, nicht wie es tatsächlich entschieden hätte.²⁸² In Amtshaftungssachen wird in Bezug auf die Kausalität der Pflichtverletzung auf die richtige Entscheidung abgestellt; hinsichtlich der Einlegung des hypothetischen Rechtsmittels aber auf den tatsächlichen Verlauf.²⁸³ Diesen Grundsatz hat der BGH²⁸⁴ auf § 839 a übertragen, wobei freilich mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass der tatsächliche Verlauf bei Einlegung eines Rechtsmittels nach der objektiv zutreffenden Rechtslage zugrunde zu legen ist, was der Sache nach auf einen Anscheinsbeweis hinausläuft.²⁸⁵ Dass das Gericht des Hauptverfahrens abweichend von der wahren Rechtslage entscheiden hätte, steht wohl zur Beweislast des Geschädigten. Besonders überzeugend erscheint diese Differenzierung nicht. Dass der Erwerber selbstverantwortlich eine Entscheidung im Zwangsversteigerungsverfahren getroffen und ihm der Zuschlag erteilt wird, schließt die Kausalität ebenfalls nicht aus.²⁸⁶

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 kein vernünftiger Zweifel bestehen dürfe, dass die Entscheidung ohne die Unrichtigkeit des Gutachtens einen ande-

268 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (Volze); BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 41.

269 OLG München BeckRS 2011, 19455: Kein Nachweis einer Gewalttat durch die Klägerin, ärztliche Begutachtung nicht auf Nachweis der Verursachung gerichtet.

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

271 *Lesting*, R & P 2002, 224, 227; Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 908; MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 21; möglicherweise aA Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 18: Erforderlich Verwertung im Wege des Sachverständigenbeweises, bloße urkundsbeweisliche Verwertung nicht ausreichend; ebenso BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 48; E. Fuchs, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18: Häufig Entscheidung nicht ausschließlich bzw im Wesentlichen auf den Erwägungsgründen des Sachverständigen beruhend.

272 MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 21; BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 47; Schöpflin, zfs 2004, 241, 244; R. Schwab, DS 2005, 132, 135; Ollmann, FuR 2005, 150, 153; Thole, MEDSACH 2006, 93, 96.

273 R. Schwab, DS 2005, 132, 135; Katzenmeier, FS Horn (2006) S. 67, 79; Morgenroth; DS 2010, 264, 265.

274 So aber *Ady*, ZGS 2002, 237, 241; aA Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 80; Zimmermann, DS 2007, 367, 370.

275 Ulrich, BauSV 2010, 52, 53.

276 Auf den Verwertungszwang des Gerichts hinweisend R. Schwab, DS 2005, 132, 136.

277 Zimmermann, BuW 2003, 154, 159.

278 Thole, MEDSACH 2006, 93, 96.

279 MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 23.

280 Für die Anwendung des § 839 a in solchen Fällen BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 57.

281 So aber Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 908.

282 BGHZ 163, 223 = NJW 2005, 3071 = JZ 2006, 198 (Mäsch); BGHZ 133, 110 = NJW 1996, 2501; Kilian, VersR 2003, 683, 687 unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung.

283 BGHZ 156, 294 = NJW 2004, 1241.

284 BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (Walker/Kraft) = IBR 2007, 528 (Schwenker).

285 MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 34; OLG Celle BeckRS 2011, 25989; OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280.

286 BGHZ 166, 313 = NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285 (Ulrich) = Rpfleger 2006, 553 (Alff); MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 22.

ren Inhalt gefunden hätte.²⁸⁷ Da es sich um einen Fall der psychischen Kausalität handelt, ist das zu streng.²⁸⁸ Umgekehrt findet sich die Ansicht, dass es ausreicht, dass eine andere Entscheidung nicht auszuschließen sei.²⁸⁹ Das ist mE zu wenig. Erforderlich ist zumindest der Nachweis überwiegender Wahrscheinlichkeit einer für den Geschädigten günstigeren Entscheidung, weil nur auf diese Weise dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der Geschädigte bei einem Schadensersatzanspruch die Beweislast für die Kausalität zu tragen hat.²⁹⁰ Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO werden für „denkbar“ erachtet.²⁹¹

- 37 Unterschiedlich beurteilt wird, ob der Anspruch nach § 839 a ausgeschlossen ist, wenn das Gericht die Unrichtigkeit des Gutachtens selbst hätte erkennen 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.²⁹² Auch in diesen Konstellationen hat es mE bei der Einstandspflicht des Sachverständigen zu bleiben, weil sein falsches Gutachten jedenfalls mitursächlich war und weitere Ursachen nicht dazu führen, ihn zu entlasten.²⁹³ Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs ist zu verneinen.²⁹⁴ Anderes gilt nur, wenn das Begehren aus anderen Gründen, etwa wegen Verjährung, abgewiesen wird.²⁹⁵

VII. Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839 a 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 § 839 a kommt eine Haftung des Gerichtssachverständigen nur bei einer Entscheidung des Gerichts in Betracht, nicht aber bei einer Rücknahme einer Klage oder eines Rechtsmittels²⁹⁶ oder einem Vergleich.²⁹⁷ Das gilt selbst dann, wenn der Geschädigte diese Maßnahme im Lichte des Sachverständigengutachtens gesetzt hat und das auch nachweisen kann.²⁹⁸ Das ist kein ausserordentlicher Ausnahmefall, kommt es doch nach einem Sachverständigengutachten in 30 % der Verfahren vor dem LG zu einem Vergleich.²⁹⁹ 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.³⁰⁰ Mit eben jenen Problemen muss sich der Geschädigte nämlich auch bei so manchem Urteil herumschlagen (s. Rn 35), ohne dass bei diesem die Schwierigkeiten für unüberwindbar angesehen werden.³⁰¹ Katzenmeier³⁰² bringt es auf den Punkt, wenn er darauf hinweist, dass solchen Beweisschwierigkeiten generell durch Beweiserleichterungen begegnet wird, nicht aber durch eine Versagung des Anspruchs.³⁰³ Infolge des eindeutigen Willens des Gesetzgebers, die Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839 a auf Fälle gerichtlicher Entscheidungen zu beschränken, soll eine analoge Anwendung der Norm auf diese Fälle im Ausgangspunkt nicht in Betracht kommen. Welche Rechtsfolgen ergeben sich aber stattdessen und welche Auswirkungen hat das auf die gütliche Streitbeilegung?
- 39 **2. Rechtsfolgen.** Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass die Intention des § 839 a, eine abschließende Regelung treffen zu wollen, bewirke, dass jeglicher sonstige Anspruch gegen den Sachverständigen bei einem Vergleich ausgeschlossen sei.³⁰⁴ Dem ist aber schon deshalb nicht zu folgen, weil das dem Geist der Entscheidung des BVerfG³⁰⁵ zum Fall *Weigand* widersprechen würde³⁰⁶ und eine Sperrwirkung sich bloß

287 Erman/Mayen, § 839 a Rn 10.

288 Zum herabgesetzten Beweismaß generell in solchen Fällen Soergel/Spickhoff, § 839 a Rn 50; gegen einen strengen Beweismaßstab auch R. Schwab, DS 2005, 132, 135.

289 Palandt/Sprau, § 839 a Rn 4; Kilian, VersR 2003, 683, 686 f; Ollmann, FuR 2005, 150, 153; Jung, ZVgl-RWiss 2008, 32, 38.

290 In diesem Sinn wohl Erman/Mayen, § 839 a Rn 10: Kein vernünftiger Grund, dass Entscheidung ohne Unrichtigkeit des Gutachtens anders ausgefallen wäre.

291 Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 28; für die Anwendbarkeit des § 287 ZPO explizit BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (Volze).

292 Zimmermann, BuW 2003, 154, 159.

293 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 22; Thole, MEDSACH 2006, 93, 96; OLG München BeckRS 2012, 14834; vorsichtig in diese Richtung tendierend Erman/Mayen, § 839 a Rn 10.

294 OLG Oldenburg NJW-RR 1996, 666; R. Schwab, DS 2005, 132, 136; Rixe, FPR 2012, 534, 537.

295 Jannsen, r+s 2015, 161, 166.

296 Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 20; BeckOGK/Dörr, § 839 a Rn 55; aA: JurisPK/Zimmerling, § 839 a Rn 19.

297 OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 1216.

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

299 Kilian, VersR 2003, 683, 686; R. Schwab, DS 2005, 132, 134; Thole, AnwBl 2006, 91, 92.

300 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, § 839 a Rn 9.

301 Kilian, ZGS 2004, 220, 225.

302 Katzenmeier, FS Horn (2006) S. 67, 77.

303 Ebenso Thole, AnwBl 2006, 91, 92.

304 Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 907; Palandt/Sprau, § 839 a Rn 4.

305 BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.

306 Soergel/Spickhoff, § 839 a Rn 34.

auf die vom Tatbestand erfassten Sachverhalte erstrecken kann, nicht aber auch auf solche, auf die er sich gar nicht bezieht.³⁰⁷ Was allein diskutabel erscheint, das ist, ob die dem § 839 a 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.³⁰⁸ Was verbleibt, ist ein Anspruch nach § 826, der sich von dem nach § 839 a 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 gem. § 254.

Einen Ausweg aus dem vom Gesetzgeber geschaffenen Dilemma hat freilich *Wagner*³⁰⁹ 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 entfallende und darüber hinaus eine Beseitigung bzw. Anpassung nach den Regeln über die Geschäftsgrundlage nach § 313 in Betracht komme.³¹⁰ Der vom Gesetzgeber als prohibitiv angesehene Nachweis der Ursächlichkeit des fehlerhaften Gerichtsgutachtens für den Inhalt des Vergleichs stellt sich indes bei den §§ 779, 313 in gleicher Weise.³¹¹ *Staudinger*³¹² meint deshalb (zu Unrecht?), dass § 779 nur selten einen Ausweg biete.³¹³ Ein Anspruch bestehe in solchen Fällen nicht gegen den Sachverständigen, sondern gegen den Anfechtungsgegner. Nur wenn der Anspruch gegen diesen nicht mehr durchsetzbar sei, zum Beispiel weil dieser insolvent ist, komme ein Schadensersatzanspruch gegen den Sachverständigen in analoger Anwendung des § 839 a in Betracht.³¹⁴ Das ist zwar von der Warte der Methodenlehre fragwürdig, weil der Gesetzgeber diesen Fall bewusst nicht dem § 839 a unterwerfen wollte;³¹⁵ freilich hat er ebenso die Differenzierung zwischen beeideten und unbееideten Sachverständigen abgelehnt und auch sonst keine sachgerechte Lösung angeboten, so dass wegen der unzutreffenden Einschätzung der Rechtslage durch den – historischen – Gesetzgeber eine Einstandspflicht nur bei grober Fahrlässigkeit in Entsprechung der Wertung des § 839 a gleichwohl zu befürworten ist.³¹⁶

Die Rechtsfolgen für den Vergleich gelten auch für eine Klagerücknahme und eine Erklärung der Parteien vor Gericht, die Hauptsache übereinstimmend für erledigt zu erklären,³¹⁷ während man bei einem in Beschlussfassung gegossenen Vergleichsvorschlag des Gerichts gemäß § 278 Abs. 6 ZPO bzw. 106 VwGO – gerade noch – eine gerichtliche Entscheidung als gegeben ansehen kann.³¹⁸ Das gilt auch für ein Versäumnisurteil sowie Verzichts- (§ 306 ZPO) bzw. Anerkenntnisurteil (§ 307 ZPO)³¹⁹ ebenso wie für eine Rücknahme eines Rechtsmittels.³²⁰ Einzuräumen ist, dass in all diesen Fällen der staatliche Hoheitsakt eine Folge der privatautonomen Parteiengestaltung ist; freilich ist das ebenso, wenn im Laufe des Verfahrens bestimmte Umstände außer Streit gestellt werden und anschließend ein Endurteil ergeht.³²¹ Wenn man § 839 a als im Wesentlichen gelungene Rechtsnorm ansieht, spricht das dafür, ihren Anwendungsbereich möglichst weiträumig zu gestalten.³²² Über die rechtspolitisch unsinnige Ausklammerung des Prozessvergleichs³²³ in den Materialien besteht Einigkeit in der Literatur.³²⁴ Dazu kommt, dass die – vom Gesetzgeber

307 Das läuft dann aber der Sache nach doch wieder auf eine analoge Anwendung hinaus; ähnlich *Kilian*, ZGS 2004, 220, 225.

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

309 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 20.

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

311 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 20 Fn 81.

312 *Schulze/Staudinger*, § 839 a Rn 4.

313 Ebenso *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 78 FN 76; weitergehend *Thole*, AnwBl 2006, 91, 92: Partielle Remedur mit dem zusätzlichen Hinweis, dass durch die Unwirksamkeitsfolge des § 779 nicht zwingend jeder Schadenseintritt verhindert werde.

314 MüKo/Wagner § 839 a Rn 20; *Erman/Mayen* Rn 4.

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

316 So auch *Jung*, ZVgIRWiss 2008, 32, 46; aA *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18; gegen jeglichen Haftungsausschluss bis auf § 826 auch *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 19.

317 *Volze*, DS 2011, 201, 203.

318 *JurisPK/Zimmerling* § 839 a Rn 17: "Es kann alsdann keinen Zweifel daran geben, dass ein Beschluss gem. § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO eine gerichtliche Entschei-

dung iSd § 839 a Abs. 1 BGB ist."; aA *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 34.

319 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 35; *Jung*, ZVgIRWiss 2008, 32, 44 FN 93; aA *Staudinger/Wöstmann* (2013) Rn 21.

320 MüKo/Wagner § 839 a Rn 20.

321 *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 38; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 23; *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 47.

322 Noch weitergehend *JurisPK/Zimmerling* § 839 a Rn 17: Gerichtliche Entscheidung auch dann, wenn Vergleich der Parteien durch Gericht bloß protokolliert.

323 *Rixe*, FPR 2012, 534, 537: Anders jedenfalls für den gerichtlich gebilligten Vergleich, weil die Billigung – etwa durch das Familiengericht – angesichts der fehlenden Dispositionsbefugnis der Beteiligten konstitutive Bedeutung hat.

324 MüKo/Wagner § 839 a Rn 20; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 19; *BeckOGK/Dörr*, § 839 a Rn 50; *R. Schwab*, DS 2005, 132, 134; *Häsemeyer*, FS Laufs (2006) S. 569, 572; *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 77; *Thole*, AnwBl 2006, 91, 92; *Jung*, ZVgIRWiss 2008, 32, 45.

gewollte? – haftungsrechtliche Schlechterstellung des Geschädigten gegenüber dem Gerichtssachverständigen dem Anreiz zur gütlichen Streitbereinigung als Beitrag zur Justizentlastung diametral zuwiderläuft.³²⁵

- 41 **3. Auswirkungen für die gütliche Regulierung.** Der Ausschluss der Haftung des Sachverständigen nach § 839 a ist als kontraproduktiv für eine vom Gesetzgeber stets als wünschenswert angesehene gütliche Streitbeilegung erachtet worden,³²⁶ und darüber hinaus als Haftungs- bzw Regressfalle für den Anwalt des Geschädigten, wenn dieser zu einem Vergleich rät.³²⁷ 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.³²⁸ 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 anknüpft; darauf, dass dem Gerichtssachverständigen diesbezüglich grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, kann es für die Anfechtbarkeit des Vergleichs nicht ankommen, so dass 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,³²⁹ unabhängig davon, ob für ihn Anhaltspunkte bestehen, dass das Sachverständigengutachten falsch sein könnte.³³⁰

VIII. Unzulässigkeit der Streitverkündung an den Sachverständigen

- 41a Wenn Befangenheitsanträge gescheitert sind, hat so manche Partei versucht, den Sachverständigen auf andere Art und Weise aus dem Verfahren zu drängen. Sie hat ihm den Streit verkündet und ihn aufgefordert, sich dem Verfahren als Nebenintervenient – der Gegenpartei – anzuschließen. Das wurde in der Literatur als „prozessualer Versuchsballon“³³¹ oder „prozessuale Pestbeule“³³² geißelt. Der haftpflichtversicherte Sachverständige ist aufgrund des Versicherungsvertrags bzw der diesem zugrunde liegenden allgemeinen Versicherungsbedingungen bei sonstigem Risiko des Verlustes seines Deckungsanspruchs gem. § 153 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 VVG sowie § 5 Nr. 2 Abs. 4 und § 6 AHB gezwungen, diesen Umstand dem Haftpflichtversicherer zu melden.³³³ Um über den weiteren Verlauf des Verfahrens und eine drohende Inanspruchnahme in Kenntnis gesetzt zu werden, hat der Haftpflichtversicherer häufig die Weisung erteilt, dass der Sachverständige sich dem Verfahren als Streithelfer anschließen soll. Der Sachverständige, der diese Weisung befolgt hat, wurde dann – jedenfalls auf Antrag des Streitverkünders – in der Folge als befangen erklärt³³⁴ mit der Folge, dass sein Gutachten nicht mehr für das Verfahren verwertet werden konnte.³³⁵ Dem Sachverständigen drohte die Gefahr, seinen Entgeltsanspruch zu verlieren. Der Haftpflichtversicherer des Sachverständigen hatte damit sein Ziel erreicht, weil durch einen Verzicht auf die Verwertung des Gutachtens eine Haftung nach § 839 a nicht in Betracht kommt. Der Streitverkünder hat in einem solchen Fall die mit der Streitverkündung in Wahrheit gewollte Wirkung auch erreicht, weil das Gericht einen neuen Sachverständigen bestellen muss, der womöglich eine dem Streitverkünder genehmere Position einnimmt. Dessen ungeachtet wurde dem Sachverständigen, der durch die Streitverkündung zwischen die Stühle gerät,³³⁶

325 Katzenmeier, FS Horn (2006) S. 67, 78; treffend Thole, AnwBl 2006, 91, 92: „Bremsklotz für derartige Instrumente prozessökonomischer Verfahrenserledigung“.

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

327 Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, Rn 429; Brückner/Neumann, MDR 2003, 906, 908; Kilian, VersR 2003, 683, 686; Thole, AnwBl 2006, 91, 92.

328 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 87.

329 Schulze/Staudinger; § 839 a Rn 4; Gaidzik, MED-SACH 2004, 129, 131;

330 AA, nämlich nur bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit des Gutachtens Schöpflin, zfs 2004, 241, 244.

331 J. Kaiser, NJW 2007, 123.

332 Kamphausen, IBR 2005, 270.

333 Volze, DS 2005, 298; Ulrich, BauR 2006, 724, 728; eine solche Rechtsfolge – mE zu Unrecht – bestreitend Rickert, DS 2005, 214, 216.

334 So der Sachverhalt von OLG Bamberg BeckRS 2006, 03344 = OLGR Bamberg 2006, 448 = IBR 2006, 306 (Götte).

335 Dazu BGH NJW-RR 2006, 1121: Kein gesetzlicher Ausschlussgrund wegen Befangenheit; ein entsprechender Antrag war nicht gestellt worden.

336 Volze, DS 2005, 14.

die Handlungsempfehlung gegeben, dem Rechtsstreit nicht als Nebenintervenient beizutreten.³³⁷ Ob es einer gesetzlichen Abhilfe bedurfte, wurde unterschiedlich beurteilt.³³⁸

Umstritten war die Zulässigkeit einer solche Streitverkündung.³³⁹ Vertreten wurde, dass der Gerichtssachverständige nicht Dritter im Sinn des § 72 ZPO sei³⁴⁰ oder die Streitverkündung wegen der Rechtsmissbräuchlichkeit schon eine Zustellung zu unterbleiben habe, obwohl die Wirkungen grundsätzlich erst im Folgeprozess zu prüfen seien. Nachdem nach schwankender Judikatur der OLG³⁴¹ der BGH³⁴² schon die Zustellung für rechtswidrig und unwirksam erklärt hat, hat schlussendlich der Gesetzgeber eingegriffen und in § 72 Abs. 2 ZPO eine Anordnung getroffen, wonach eine Streitverkündung gegenüber dem Gerichtssachverständigen unzulässig ist.³⁴³ Dadurch wird vermieden, dass der Sachverständige als Gehilfe des Gerichts aus dem Prozess gedrängt und die prozessuale Aufgabenverteilung auf den Kopf gestellt wird.³⁴⁴ So sehr es sich bei der Neuregelung um eine Forderung des Berufsverbandes der Sachverständigen handelte, ging es nicht nur um deren Interessen, sondern auch um einen Beitrag zur Beschleunigung gerichtlicher Verfahren.³⁴⁵ Die Anwendung des § 72 Abs. 2 ZPO auf Folgeprozesse wird für sinnvoll erachtet.³⁴⁶

Da die Streitverkündung unzulässig ist, wird man die Verjährung des Schadenersatzanspruchs erst mit der rechtskräftigen Entscheidung beginnen lassen dürfen.³⁴⁷ Denn es wäre wenig effizient, dem Geschädigten eine Streitverkündung gegen den Sachverständigen zu versagen, die Verjährung des Anspruchs des Geschädigten gegen den Sachverständigen aber bereits mit der ersten – nicht rechtskräftigen – Entscheidung des Hauptprozesses beginnen zu lassen. Der Geschädigte wäre dann gehalten, gegen den Sachverständigen zu einem Zeitpunkt mit einer Feststellungsklage zur Abwendung der Verjährung vorzugehen, noch ehe feststeht, ob er überhaupt einen Schaden erleidet. Dafür spricht auch das Gebot der Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes. Mangels – endgültigen – Feststehens des Eintritts eines Schadens ist bei Ergreifen eines Rechtsmittels nicht bloß eine Hemmung der Verjährung zu sehen;³⁴⁸ vielmehr ist vor der endgültigen rechtskräftigen Entscheidung – jedenfalls im Regelfall – noch gar kein Schaden eingetreten. Auf der gleichen Linie liegt das Verbot eines selbstständigen Beweisverfahrens des Geschädigten gegen den Sachverständigen gemäß § 485 Abs. 2 ZPO, noch ehe das Hauptverfahren rechtskräftig beendet ist.³⁴⁹ Etwas Anderes gilt, wenn der Teilnehmer am Zwangsversteigerungsverfahren nicht Verfahrensbeteiligter ist und keine prozessualen Rechtsbehelfe hat, das Wertgutachten auf seine Richtigkeit zu überprüfen.³⁵⁰

337 Rickert, DS 2005, 214, 216; R. Schwab, DS 2006, 20, 21.

338 Für eine Abhilfe durch den Gesetzgeber Jacobs (Geschäftsführer des Bundesverbandes öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger), DS 2006, 22; dagegen Spitzer, DS 2006, 144, 145 ff; ders., MDR 2006, 908, 912; Ulrich, BauR 2006, 724, 730.

339 Dafür Bockholdt, NJW 2006, 122 ff; Weise, NJW-Spezial 2006, 165; Ulrich, BauR 2006, 74, 727.

340 Böckermann, MDR 2002, 1348 ff; Rickert/König, NJW 2005, 1829 ff; Tischler, DS 2006, 165 ff; Bamberger/Roth/Reinert, § 839 a Rn 7; Ulrich, BauR 2006, 724, 729 f; aA Bockholdt, NJW 2006, 122.

341 OLG Frankfurt DES 2005, 30 = IBR 2005, 124: Von Amts wegen Ausscheiden des Sachverständigen nach Erklärung des Beitritts wegen Befangenheit; OLG München IBR 2006, 239 (Kamphausen): Keine Zustellung der Streitverkündung wegen Rechtsmissbrauchs; OLG Celle DS 2006, 113 = IBR 2006, 61 (Wolff): Zurückweisung der Beschwerde des Sachverständigen, die erfolgte Streitverkündung für unwirksam zu erklären; OLG Celle DS 2006, 113 = IBR 2006, 61 (Wolff): Zustellung zulässig, nachteilige Wirkungen für den Sachverständigen aber erst durch Erklärung des Beitritts; OLG Koblenz BauR 2006, 144 = BauR 2006, 121 (Kamphausen): Unwirksamerklärung der erfolgten Zustellung der Streitverkündung an den Sachverständigen; OLG Bamberg BeckRS 2006, 03344 = OLGR Bamberg 2006, 448 = IBR 2006, 306 (Götte): Ablehnungsantrag infolge Beitritts nach Streitverkündung begründet, aber zuvor erstattetes Gutachten dennoch verwertbar; OLG Stuttgart, NJOZ 2006, 2289 = IBR 2006, 305

(Häußermann): Zustellung der Streitverkündung unzulässig, weil gerichtlicher Sachverständiger nicht Dritter im Sinn von § 72 ZPO; OLG Brandenburg BeckRS 2006, 12569: Keine Zustellung der Streitverkündung wegen Rechtsmissbrauchs.

342 Offen lassend noch BGH BeckRS 2005, 04008 = BauR 2005, 899 = IBR 2005, 270 (Kamphausen); deutlich aber BGHZ 168, 380 = NJW 2006, 3214 = jurisPR-BGHZivilR 40/2006 Anm. 1 = jurisPR extra 2006, 242 (Geisler) = IBR 2006, 653 (Ulrich) mit Besprechungsaufsatz J. Kaiser, NJW 2007, 123 ff: Keine Zustellung der Streitverkündung an den Sachverständigen; BGH NJW 2007, 919 = IBR 2007, 100 (Mayer): Unzulässigerklärung einer bereits erfolgten Zustellung einer Streitverkündung.

343 Jacobs, DS 2006, 204 f.

344 BGHZ 168, 380 = NJW 2006, 3214 = jurisPR-BGHZivilR 40/2006 Anm. 1 = jurisPR extra 2006, 242 (Geisler) = IBR 2006, 653 (Ulrich) mit Besprechungsaufsatz Kaiser; NJW 2007, 123.

345 Bleutge, DS 2007, 91.

346 Volze, DS 2014, 83, 85.

347 AA OLG Zweibrücken OLGR 2003, 298: Verjährungsbeginn – nach altem Schuldrecht (§ 852 aF) – mit der ersten nachteiligen Gerichtsentscheidung, nicht erst mit der rechtskräftigen Entscheidung.

348 So Soergel/Spickhoff § 839 a Rn 51; JurisPK/Zimmerling § 839 a Rn 33.

349 BGH NJW-RR 2006, 1454 = zfs 2007, 25 (Diehl) = IBR 2006, 654 (Ulrich); MüKo/Wagner, § 839 a Rn 31; JurisPK/Zimmerling § 839 a Rn 27.

350 BGH NJW 2004, 3488 = IBR 2004, 733 (Biebelheimer).

IX. Keine Möglichkeit der Abwendung durch ein Rechtsmittel

(§ 839 a Abs. 2 – Verweis auf § 839 Abs. 3)

- 42 Da der Begriff „unrichtige Entscheidung“ nicht nur ein Urteil erfasst, ist die Verweisung des § 839 a Abs. 2 auf § 839 Abs. 3, der auf § 839 Abs. 2 Bezug nimmt und nur ein Urteil erwähnt, erweiternd auszulegen. Betroffen ist jeder Verfahrensbeteiligte, der einen Schadenersatzanspruch geltend macht, in einem Sorgerechtsverfahren das Kind betreffend etwa auch die Eltern.³⁵¹ 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 und welche Anforderungen an die Ergreifung gestellt werden. Während Gerichte die Fehlerhaftigkeit von Sachverständigengutachten abgesehen von Defiziten in deren logischer Schlüssigkeit sowie deren grob fahrlässige Erstellung nicht selbst beurteilen können, weshalb sie auf weitere Sachverständigengutachten angewiesen sind, sind sie auf dem Terrain, ob ein gebotenes erfolgreiches Rechtsmittel schuldhaft nicht eingelegt wurde, selbst trittfest. Die seit Inkrafttreten ergangene Judikatur vermittelt den Eindruck, dass viele Begehren an dieser Hürde scheitern mit der Folge, dass der Geschädigte sodann den eigenen Anwalt in einer 3. Runde zur Verantwortung ziehen kann.
- 43 **1. Welche Rechtsmittel sind erfasst?** Die Rechtsmittel lassen sich in solche unterteilen, die gegen das falsche Gutachten gerichtet sind, und solche gegen die darauf beruhende Entscheidung. Nach überwiegender Meinung soll unter Rechtsmittel iSd § 839 a 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,³⁵² auch ein Verzicht auf ein Klageerzwingungsverfahren gegen die Einstellungsverfügung gemäß § 172 StPO.³⁵³ Zu diesem vom BGH sehr weit verstandenen Begriff³⁵⁴ werden auch Anträge auf Befangenheit des Gutachters gem. § 406 Abs. 1 ZPO³⁵⁵ sowie Anträge zur Ladung des Sachverständigen gem. §§ 402, 397 ZPO, die dazu dienen, die Richtigkeit des Gutachtens in der mündlichen Verhandlung zu überprüfen,³⁵⁶ die dortige Befragung des Sachverständigen,³⁵⁷ weiter Anträge auf schriftliche Ergänzung des Gutachtens sowie Einholung eines Obergutachtens gerechnet;³⁵⁸ es sind kurzum alle innerprozessualen Behelfe auszuschöpfen, die geeignet sind, das fehlerhafte Sachverständigengutachten vor Abschluss der jeweiligen Instanz zu korrigieren.³⁵⁹ In der Literatur³⁶⁰ wird auch eine Dienstaufsichts- bzw. Fachaufsichtsbeschwerde dazu gezählt. Umstritten ist, ob auch eine Wiederaufnahmeklage als einzulegendes Rechtsmittel anzusehen ist.³⁶¹ In den Fällen der §§ 153, 154, 163 StGB wird man dem Sachverständigen den Einwand als rechtsmissbräuchlich abschneiden müssen, nach einer strafgerichtlichen Verurteilung den Geschädigten darauf zu verweisen, zunächst eine Wiederaufnahmeklage zu erheben, ehe ein Schadenersatzanspruch gegen den Sachverständigen in Betracht kommt.³⁶² *Wagner*³⁶³ sieht die Wiederaufnahmeklage (nur) dann als zumutbar an, wenn bereits eine strafgerichtliche Verurteilung des Sachverständigen erfolgt ist. *Häsemeyer*³⁶⁴ plädiert jedoch – umgekehrt – für eine Einbeziehung des Falls des grob fahrlässigen Sachverständigengutachtens qua Analogie in den Kanon der Wiederaufnahmegründe des § 580 ZPO.

351 *Ollmann*, FuR 2005, 150, 154.352 *Schulze/Staudinger*, § 839 a Rn 6; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 27; zu Recht krit. *MüKo*⁶/*Wagner*, § 839 a Rn 31, 32.353 OLG Köln DS 2013, 105 = *VersR* 2013, 1143; OLG Köln BeckRS 2013, 02618 (gleiches Verfahren).354 BeckOGK/*Dörr*, § 839 a Rn 65; *Erman/Mayen* § 839 a Rn 12; *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 80; *R. Schwab*, DS 2005, 132, 134; *Thole*, MEDSACH 2006, 93, 97; *Rixe*, FPR 2012, 534, 538.355 *Kilian*, *VersR* 2003, 683, 687 f; *Däubler*, JuS 2002, 625, 629; dazu *E. Fuchs*, *Der Kfz-Sachverständige* 1/2013, 17, 18: Diese so gut wie immer erfolglos, weil der Richter „seinen“ Sachverständigen schützt.356 *Schöpflin*, zfs 2004, 241, 245; *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908; *R. Schwab*, DS 2006, 20, 21. *MüKo*⁶/*Wagner*, § 839 a Rn 31; OLG München BeckRS 2012, 14833.

357 OLG München NJW 2014, 704: Unterlassung der Befragung des Sachverständigen im Rahmen der

mündlichen Anhörung wegen Stellung eines Befangenheitsantrags, der freilich vor der möglichen Befragung zurückgewiesen wurde, wobei die Zurückweisung später vom OLG bestätigt wurde.

358 *Jamsen*, r+s 2015, 161, 167.359 *Rixe*, FPR 2012, 534, 538; OLG München NJW 2014, 704.360 *MüKo*⁶/*Wagner*, § 839 a Rn 32; *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 47.361 Vorsichtig *Jung*, ZVgIRWiss 2008, 32, 39: Dürfte dazugehören; ablehnend *Thole*, AnWB 2006, 91, 94: vorsichtiger *ders.*, MEDSACH 2006, 93, 97: „Gegebenenfalls muss er eine Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens erheben.“362 *Soergel/Spickhoff*, § 839 a Rn 47; ebenso BeckOGK/*Dörr*; § 839 a Rn 71: Dem Geschädigten nicht zumutbar.363 *MüKo*⁶/*Wagner*, § 839 a Rn 32.364 *Häsemeyer*, FS Laufs (2006) S. 569, 577, 581.

ME ist Skepsis gegenüber einem so weiten und untechnischen Begriff des Rechtsmittels angebracht.³⁶⁵ 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 § 839 a aufrechtzuerhalten.³⁶⁶ *Spickhoff*³⁶⁷ weist zutreffend darauf hin, dass es als rechtsmissbräuchlich (§ 242) anzusehen wäre, wenn ein befangener Sachverständiger seine Einstandspflicht unter Hinweis darauf abwenden könnte, dass der Geschädigte ihn nicht wegen Befangenheit abgelehnt habe.³⁶⁸ Eine Dienstaufsichtsbeschwerde mag disziplinare Maßnahmen gegenüber dem betroffenen Sachverständigen auslösen; einen Einfluss auf die vom Gericht zu treffende Entscheidung wird sie freilich nicht haben.

43a

In Bezug auf Rechtsbehelfe, die vor Erlass der gerichtlichen Entscheidung einzulegen sind, um einen Anspruch nach § 839 a aufrechtzuerhalten, ist mE 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.³⁶⁹ Zu Unrecht zählt das OLG Celle dazu auch die Einholung eines Privatgutachtens.³⁷⁰ Dazu kommt, dass das Rechtsmittel in der Lage gewesen sein hätte müssen, den Schaden abzuwenden,³⁷¹ was bei einer Dienst- und Fachaufsichtsbeschwerde kaum der Fall sein dürfte. Rechtstat-sächlich dürfte es freilich so sein, dass ohne Schlüssigkeitsdefizite, die das Gericht von sich aus beurteilen kann, nur bei Vorlage eines Privatgutachtens das Gericht des Ausgangsverfahrens ein Obergutachten einholen wird, weil es solche Einwände (besonders) ernst nehmen und sich damit auseinandersetzen muss.³⁷² Außerordentlich streng war der BGH,³⁷³ als er trotz schriftlicher Vorlage eines Privatgutachtens von der unterlegenen Partei verlangt hat, dass sie auf der Ladung des Sachverständigen bestehen hätte müssen, obwohl das Gericht von der zunächst ins Auge gefassten Ladung Abstand genommen hatte.³⁷⁴ Begründet wurde dies damit, dass die unmittelbare persönliche Konfrontation ein effektives zusätzliches Instrument der Wahrheitsfindung sei.³⁷⁵ *Schwenker*³⁷⁶ hat dazu bemerkt, dass auch diese Entscheidung belege, dass § 839 a ein „Blender“ sei und der Anwalt, für dessen Partei sich der Prozessverlust abzeichnet, ohne Wenn und Aber auf der mündlichen Befragung des Sachverständigen bestehen müsse, um sich nicht selbst haftpflichtig zu machen. Auf dieser Linie liegt auch eine Entscheidung des OLG Hamm,³⁷⁷ das es als nicht ausreichend angesehen hat, dass der Geschädigte im Hauptverfahren einen Antrag auf ein Obergutachten gestellt hat, wenn er es gleichzeitig unterlassen habe, gem. § 411 Abs. 4 ZPO einen Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen zu stellen.³⁷⁸ Selbst wenn ein solcher Antrag gestellt wurde, scheidet der Schadenersatzanspruch, wenn zur Bekämpfung im laufenden Verfahren kein Privatgutachten eingeholt wird und das Sachverständigengutachten nicht substantiiert bekämpft wird.³⁷⁹ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die hohen Regressgefahren des Anwaltes,³⁸⁰ der im Sinn des sichersten Weg für den Klienten im Zweifel all diese Rechtsmittel wird ausschöpfen müssen.³⁸¹

43b

365 AA *Häsemeyer*, FS Laufs (2006) S. 569, 575: Für eine extensive Auslegung des Begriffs „Rechtsmittel“.

366 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 65 f; MüKo⁶/Wagner; § 839 a Rn 31; Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 27; Thole, AnwBl 2006, 91, 94; Rixe, FPR 2012, 534, 538; BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 70; aA JurisPK/Zimmerling, § 839 a Rn 24.

367 Soergel/Spickhoff, § 839 a Rn 46.

368 Ebenso *Häsemeyer*, FS Laufs (2006) S. 569, 576: Sachverständiger kann sich nicht auf die Versäumung der Ablehnung berufen, wenn er nicht selbst etwaige Befangenheitsgründe im Hauptprozess offen gelegt hat; zustimmend *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 80.

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

370 OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280; kritisch BeckOGK/Dörr; § 839 a Rn 68: Auch im Rahmen der prozessualen Substantiierungslast keine solche Pflicht; *Jannsen*, r+s 2015, 161, 167: Zu weitgehend; insoweit jedenfalls keine Fahrlässigkeit gegeben; ebenso *Rixe*, FPR 2012, 534, 538; vorsichtig kritisch auch *Volze*, DS 2012, 226, 227.

371 *Kilian*, VersR 2003, 683, 688.

372 OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280: Vorlage eines Privatgutachtens erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Ausgangsverfahrens.

373 BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (*Walker/Kraft*) = IBR 2007, 528 (*Schwenker*); NJW-RR 2006, 1454.

374 So auch OLG Hamm BeckRS 2011, 00095: Trotz Antrags auf Einholung eines Obergutachtens.

375 Diese Sichtweise bestätigend OLG Frankfurt VersR 2008, 649: Erst durch Bekräftigung der Aussagen des Sachverständigen bei mündlicher Vernehmung im Strafprozess, dass de facto 100 %-ige Sicherheit gegeben sei, Verurteilung im Strafverfahren.

376 IBR 2007, 528.

377 OLG Hamm IBR 2011, 2262 (*Schwenker*); *Schwenker* bezeichnet § 839 a hier als „Papiertiger“ und verweist auf die Anwaltschaftspflicht. Skeptisch gegenüber der Qualifikation innerprozessualer Rechtsbehelfe als Rechtsmittel iS von § 839 a Abs. 2 *Volze*, DS 2011, 201, 203: Wortlaut des § 839 a Abs. 2 stellt auf ein übergeordnetes Gericht ab.

378 So auch BGH NJW-RR 2006, 1454; vgl auch OLG Hamm BeckRS 2011, 00357 = IBR 2011, 2202 (*Schwenker*): Abweisung wegen des fehlenden Antrags auf mündliche Anhörung des Sachverständigen; ebenso OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (*Rixe*).

379 OLG Celle BeckRS 2011, 25989.

380 *Rixe*, FamFR 2012, 279.

381 *Rixe*, FPR 2012, 534, 539.

- 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.³⁸² Auszugehen ist vom Kenntnisstand der Partei bzw. des sie vertretenden Anwalts, wobei sich die Partei den Kenntnisstand des Anwalts zurechnen lassen muss, als hätte sie selbst einen solchen.³⁸³ Dass der Anwalt wegen schwerer Depressionen in der maßgeblichen Phase des Prozesses außerstande war, ein Rechtsmittel zu ergreifen, soll den geschädigten Verfahrensbeteiligten nicht entlasten.³⁸⁴ Sowohl die Partei als auch der Anwalt dürfen dabei davon ausgehen, dass sowohl das Sachverständigengutachten als auch die Beweiswürdigung durch das Gericht richtig sind.³⁸⁵ Da jeglicher Schadensersatzanspruch schon bei leichter Fahrlässigkeit zur Gänze entfällt, dürfen die Sorgfaltsanforderungen keinesfalls überspannt werden.³⁸⁶ Es müssen deutliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Gutachten unrichtig war.³⁸⁷ Selbst nach Vorlage eines schriftlichen Privatgutachtens hat die mit dem Prozessverlust bedrohte Partei auf einer mündlichen Erörterung des Gutachtens des Gerichtssachverständigen zu bestehen; tut sie das nicht, ist ihr ein Verschulden vorzuwerfen, was zum Anspruchsverlust führt,³⁸⁸ eine außerordentlich strenge Anforderung auch auf der Verschuldensebene.³⁸⁹ Während die Rechtsprechung das als willkommene Einfallstor benützt, um sich nicht mit der lästigen Frage der groben Fahrlässigkeit bzw. der Kausalität auseinandersetzen zu müssen, verweist *Zimmerling*³⁹⁰ darauf, dass stets zu prüfen ist, ob einer – nicht rechtsschutzversicherten Partei – ein Rechtsmittel auch zumutbar ist, was zu verneinen ist, wenn dieses voraussichtlich erfolglos ist. Bei der Revision ist zu bedenken, dass damit grundsätzlich nur Rechtsfragen überprüft werden,³⁹¹ mag bei grober Fahrlässigkeit des Sachverständigen und dem Vorliegen einer qualifizierten Unrichtigkeit auch die Schwelle überschritten sein, bei der die Beweiswürdigung mit Revision bekämpfbar sein mag. Gegen eine beliebige Ausdehnung der Obliegenheit, ein Rechtsmittel einzulegen, um nicht gegen § 839 a Abs. 2 zu verstoßen, spricht mE, dass dadurch der Geschädigtenanwalt bei Unterlassung haftpflichtig wird, was zu einer zeitlichen Aufblähung des Hauptverfahrens führt.³⁹² Keinesfalls ist die Partei gehalten, einen Privatgutachter heranzuziehen, um sich von der Richtigkeit des Gutachtens des Gerichtssachverständigen zu überzeugen.³⁹³
- 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.³⁹⁴
- 45a Das schuldhafte Unterlassen der Ergreifung eines Rechtsmittels führt zur Versagung des Anspruchs – selbst bei leichter Fahrlässigkeit des Geschädigten und Vorsatz des Sachverständigen.³⁹⁵ Trotz Erschöpfung der Deckungssumme der Rechtsschutzversicherung ist dem Anspruchsteller die Einlegung der Berufung zumutbar.³⁹⁶ Bei § 839 a Abs. 2 geht insoweit nicht um ein bloßes Mitverschulden nach § 254, sondern einen Anwendungsfall der Culpakompensation wie im Amtshaftungsrecht gem. § 839 Abs. 3.³⁹⁷ Zielsetzung ist unter anderem der Vorrang des Primär- vor dem Sekundärrechtsschutz.³⁹⁸ Der Geschädigte soll alles tun,

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

383 *Brückner/Neumann*, MDR 2003, 906, 908; OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280.

384 OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 21907.

385 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 33.

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

387 *Thole*, AnwBl 2006, 91, 93; *Rixe*, FPR 2012, 534, 539.

388 So BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (*Walker/Kraft*) = IBR 2007, 528 (*Schwenker*).

389 Insoweit für eine strenge Beurteilung, ob dem Geschädigten ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, BeckOGK/*Dörr*; § 839 a Rn 75 unter Hinweis darauf, dass sich der Geschädigte ohnehin das Anwaltsverhalten zurechnen lassen muss.

390 *JurisPK/Zimmerling* § 839 a Rn 25.

391 *Thole*, AnwBl 2006, 91, 93.

392 So auch *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 31 in Bezug auf die Obliegenheit, einen Befangenheitsantrag zu stellen.

393 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 33; *Spickhoff*, FS Heldrich (2005), S. 419, 434; *Ollmann*, FuR 2005, 150, 154; *Thole*, AnwBl 2006, 91, 94; aA OLG Celle BeckRS 2011, 25989: Antrag auf Obergutachten nur dann erfolgversprechend, wenn das mit Privatgutachten belegt; zu Recht kritisch dazu *Rixe*, FamFR 2012, 279: Überspannung der Substantiierungspflichten.

394 *Erman/Mayen*, § 839 a Rn 12.

395 Kritisch zu Recht *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 79.

396 OLG Köln BeckRS 2012, 06520 = VersR 2012, 1128: Hinweis auf die Möglichkeit der Stellung eines Antrags auf Prozesskostenhilfe oder Heranziehung eigenen Vermögens.

397 Missverständlich die Ausdruckweise in der Literatur, etwa bei *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 45: Spezialisierte Ausprägung des Mitverschuldenseinwands; *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 31: Besondere Ausprägung des Mitverschuldenseinwands; ähnlich *Katzenmeier*, FS Horn (2006) S. 67, 79. In der Sache falsch *Morgenroth*, DS 2010, 264, 265.

398 *MüKo⁶/Wagner*, § 839 a Rn 31.

um den Schaden abzuwenden und nicht sich zurücklehnen und dann Ersatz für die erlittene Einbuße nach der Devise „Dulde und liquidiere“ verlangen. Dies dient auch der Prozessökonomie.³⁹⁹ Anderes gilt freilich dann, wenn der Geschädigte kein Verfahrensbeteiligter im prozessualen Sinn ist und das Sachverständigen-gutachten im Verfahren nicht bekämpfen kann, wie das in einem Zwangsversteigerungsverfahren gegeben ist; dann ist auch ein selbstständiges Beweisverfahren zulässig.⁴⁰⁰ Daneben kommt eine Kürzung wegen Mitverschuldens des Geschädigten gem. § 254 in Betracht, wenn dieser dem Sachverständigen bzw dem Gericht falsches oder unvollständiges Material zur Verfügung gestellt hat.⁴⁰¹

X. Beweislastverteilung

Entsprechend der Qualifikation als deliktischer Schadensersatzanspruch trägt der Geschädigte die Beweislast für sämtliche Tatbestandsmerkmale.⁴⁰² In Bezug auf den Nachweis der groben Fahrlässigkeit ist dem Geschädigten eine Beweismaßreduktion zuzugestehen.⁴⁰³ Allerdings kommt die Beweiserleichterung des Geschädigten bei einem groben Behandlungsfehler im Arzthaftungsrecht nicht zum Tragen, weil es insoweit nicht um den Grad der Vorwerfbarkeit, sondern die Kausalität geht.⁴⁰⁴ Für den Nachweis der Kausalität genügt überwiegende Wahrscheinlichkeit (s. Rn 36). Allein für die anspruchsvernichtende Einwendung, dass die Einlegung eines Rechtsmittels schuldhaft unterlassen wurde, trägt der Schädiger die Beweislast,⁴⁰⁵ wobei ähnlich einem Anscheinsbeweis angenommen wird, dass das Gericht dann keine auf dem unrichtigen Gutachten beruhende Entscheidung getroffen hätte.⁴⁰⁶

XI. Abschließende Regelung

Für die davon erfassten Sachverhalte bestehen neben dem Anspruch nach § 839 a keine weiteren 47
Anspruchsgrundlagen, insbesondere nicht solche nach § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 in Verbindung mit einem Schutzgesetz bzw § 826,⁴⁰⁷ weil sonst der Beschränkungszweck der Norm unterlaufen würde.⁴⁰⁸ Das gilt allerdings nicht für Begleit- und Verzögerungsschäden⁴⁰⁹ sowie für Schäden, bei denen ein falsches Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen zu einem unrichtigen Vergleich geführt hat. Insoweit bleibt als Mindestschutz jedenfalls ein Anspruch nach § 826⁴¹⁰ (s. im Detail Rn 38 ff).

E. Reichweite der Norm – was ist (nicht) erfasst

I. Begleitschäden – bei Erstellung oder infolge eines Gutachtens

§ 839 a erfasst lediglich den Entscheidungsschaden, also den durch die Gerichtsentscheidung verursachten 48
Nachteil, ist aber nicht anzuwenden auf Begleit- und Verzögerungsschäden.⁴¹¹ 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 Eigentum⁴¹² oder seiner körperlichen Integrität, etwa im Zuge einer Untersuchung,⁴¹³ erleidet; oder auch durch Verletzung der Schweigepflicht gem. § 203 StGB.⁴¹⁴ Entsprechendes gilt, wenn es infolge eines unrichtigen Gutachtens dazu kommt, dass eine psychisch gestörte Person zu Unrecht freigelassen wird und ein unbeteiligter Dritter einen Schaden erleidet.⁴¹⁵ Ein Verzögerungsschaden kann eintreten, wenn der Sachverständige sein Gutachten nicht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erstattet.⁴¹⁶ Insoweit bleibt es bei den allgemeinen Regeln, insbesondere der Einstandspflicht auch bei leichter Fahrlässigkeit. Jedenfalls nicht von § 839 a erfasst sind Schäden durch Gut-

399 Häsemeyer, FS Laufs (2006) S. 569, 575.

400 BGH NJW 2004, 3488 = IBR 2004, 733 (Biebelheimer).

401 Erman/Mayen, § 839 a Rn 12.

402 Zimmermann, BuW 2003, 154, 157.

403 MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 35.

404 MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 35; BeckOGK/Dörr, § 839 a Rn 41; OLG Hamm DS 2010, 197 = IBR 2009, 1326 (Lehmann).

405 Kilian, VersR 2003, 683, 688.

406 OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280; MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 34; kritisch Janssen, r+s 2015, 161, 167: Etwas zu idealisierende Auffassung des BGH.

407 Zimmermann, DS 2008, 8.

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

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

410 MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 26; JurisPK/Zimmerling § 839 a Rn 4; R. Schwab, DS 2005, 132, 137; Jung, ZVglRWiss 2008, 32, 49 FN 115.

411 Kilian, VersR 2003, 683, 686; MüKo⁶/Wagner, § 839 a Rn 25, 26.

412 Schulze/Staudinger, § 839 a Rn 1.

413 BGHZ 59, 310 = NJW 1973, 554; BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312; OLG Köln DS 2013, 105 = VersR 2013, 1143: Verschlechterung des psychischen Zustands durch – angeblich – falsches Gutachten; Palandt/Sprau, § 839 a Rn 4; Erman/Mayen, § 839 a Rn 11.

414 OLG Hamm MedR 1995, 328; Katzenmeier, FS Horn (2006) S. 67, 77; Lesting, R & P 2002, 224, 227.

415 Beispiel bei Soergel/Spickhoff § 839 a Rn 4.

416 Kilian, VersR 2003, 683, 686.

achtensäußerungen, die eine Prozesspartei oder Dritte erleiden.⁴¹⁷ Folgerichtig erscheint es, auch insoweit die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit zu begrenzen.⁴¹⁸

II. Hoheitliche Tätigkeit des Gutachters – Anspruch aus § 839

- 49 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.⁴¹⁹ Insoweit verdrängt § 839 als *lex specialis* § 839 a.⁴²⁰

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

- 50 § 839 a 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.⁴²¹ Bei einem Zeugen sind mindestens so starke Gründe für eine Haftungsbeschränkung gegeben, kann sich dieser seiner Pflicht noch weniger entziehen, weil er anders als ein Sachverständiger im Regelfall nicht substituierbar und seine Entlohnung noch geringer als die eines Gerichtssachverständigen ist. § 839 a ist daher auf den Zeugen, der wegen Schadensersatzes von einem anderen Verfahrensbeteiligten wegen einer schuldhaften Falschaussage belangt wird, kraft Erst-recht-Schlusses anzuwenden.⁴²² Damit entfällt auch die häufig knifflige Abgrenzung, ob eine Person als Sachverständiger oder „bloß“ sachverständiger Zeuge ist.⁴²³ *Windthorst*⁴²⁴ befürwortet den durch § 839 a bewirkten Ausschluss leichter Fahrlässigkeit, hält aber die mit § 839 a verbundene Haftung für grobe Fahrlässigkeit für nicht sachgerecht. Vielmehr soll der Zeuge, der keine Entlohnung, sondern bloß eine Entschädigung erhalte und sich noch weniger als der Sachverständige seiner Pflicht entziehen kann, bloß nach § 826 eintreten müssen. Womöglich geht es um einen Streit um des Kaisers Bart. Den durchaus ernst zu nehmenden Bedenken von *Windthorst* könnte mE in der Weise Rechnung getragen werden, dass man beim Zeugen – anders als beim Sachverständigen – nicht nur auf gravierendes Fehlverhalten, sondern auch auf einen schweren subjektiven Vorwurf abstellt. Zu bedenken ist nämlich, dass jedenfalls dem Wortlaut nach bei § 826 Vorsatz gegeben sein muss, der in der Praxis nur ausnahmsweise nachweisbar ist, weshalb die Rechtsprechung sich ja gelegentlich auch mit Auswegstrategien, will heißen geringeren Anforderungen, zufrieden gibt. Die nach § 839 a um Nuancen strengere Haftung ist vor allem dann bedeutsam, wenn es um die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter, namentlich die Freiheit geht, während *Windthorst* bloße Vermögensschäden untersucht. Das Judiz des § 839 a, dass Schäden durch die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter als auch bloßer Vermögensschäden gleich zu behandeln sind, ist aber auch insoweit zu beachten.

F. Kollisionsrecht

- 50a Nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO ist maßgeblich der Erfolgsort. Das ist das Gericht, das die Entscheidung erlassen hat, nicht aber der (Wohn-)Sitz des Geschädigten. Der Gerichtsort weist die engste Beziehung auf, so dass er gem. Art. 4 Abs. 2 oder 3 Rom II-VO auch gegenüber einem gemeinsamen Aufenthaltsort der Parteien Vorrang ebenso genießt wie gegenüber einem abweichenden Tatort.⁴²⁵

417 Soergel/*Spickhoff* § 839 a Rn 42.

418 MüKo⁶/*Wagner* § 839 a Rn 27; differenzierend BeckOGK/*Dörr*; § 839 a Rn 45: § 839 a anwendbar auf Schäden durch die Erstellung des Gutachtens, Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit bei Schäden, die bei der Vorbereitung und ohne Rücksicht auf dessen Inhalt entstehen.

419 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (*Volze*): Leichenöffnung durch den Gerichtsmediziner zur Ermittlung der Todesursache im Verfahren gemäß den §§ 159, 87 ff StPO als hoheitliche Aufgabe – Teil der Eingriffsverwaltung.

Leising, R & P 2002, 224, 227 f mit Nachweisen aus der Judikatur in Fn 37; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 5.

420 BeckOGK/*Dörr*; § 839 a Rn 19.

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

422 *Ch. Huber*; Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn 76 f; diesem folgend *Wagner*, NJW 2002, 2063; MüKo⁶/*Wagner*; § 839 a Rn 12; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 24, 33; *Häsemeyer*, FS Laufs (2006) S. 569, 574; aA *Bamberger/Roth/Reinert*, § 839 a Rn 6; *JurisPK/Zimmerling* § 839 a Rn 13; BeckOGK/*Dörr*; § 839 a Rn 26.

423 So ausdrücklich *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839 a Rn 33; gegen die Anwendung des § 839 a auf einen sachverständigen Zeugen *Soergel/Spickhoff* § 839 a Rn 17.

424 *Windthorst*, VersR 2005, 1634 ff.

425 MüKo⁶/*Wagner*; § 839 a Rn 37; *Schulze/Staudinger*, § 839 a Rn 8; *Spickhoff*, FS Heldrich (2005) S. 419, 435; ausführlich BeckOGK/*Dörr*; § 839 a Rn 86 ff.

G. Inkrafttreten der Norm (Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB)

Es sollte eine Rückwirkung der Norm verhindert werden. Deshalb hält der Gesetzgeber für bedeutsam, ob das schädigende Ereignis nach dem 31.7.2002 stattgefunden hat. Beim Gerichtssachverständigen ist dabei auf die Abgabe des Gutachtens abzustellen,⁴²⁶ also den Zeitpunkt, zu dem er das Gutachten absendet, weil das der späteste Zeitpunkt ist, zu dem er sich auf die durch Einführung des § 839 a bewirkte – partielle – Haftungsverschärfung einstellen kann. Unzutreffend ist daher, wenn auf die Beeinträchtigung des Rechtsguts abgestellt wird⁴²⁷ oder auch den Erlass der Entscheidung.⁴²⁸ 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 § 839 a führen können.⁴²⁹ ME ist das nicht generell zu bejahen,⁴³⁰ sondern nur insoweit, als gerade die mündliche Erläuterung kausal für die unrichtige Entscheidung war.⁴³¹ Zudem würden ME gute Gründe für den Zeitpunkt der Betrauung mit dem Gutachten sprechen, weil sich der Sachverständige ab diesem Zeitpunkt an die Arbeit macht und er wissen sollte, nach welchem Haftungsmaßstab seine Tätigkeit beurteilt wird. Mit zunehmender Zeitdauer wird sich freilich die Frage der Anwendbarkeit der Norm immer seltener stellen.⁴³²

51

H. Rechtspolitische Bewertung

Es besteht gewiss ein Zusammenhang zwischen der moderaten Entlohnung der Gerichtssachverständigen nach dem JVEG und dem privilegierten Haftungsmaßstab der Einstandspflicht bloß bei grober Fahrlässigkeit. Vorzugswürdig wäre ME eine Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit bei gleichzeitiger Anhebung der Abgeltung der Mühewaltung auf ein marktkonformes Entgelt.⁴³³ Verwiesen wird zu Recht darauf, dass eigentlich nicht einzusehen sei, warum ein Gerichtssachverständiger nicht in ähnlicher Weise haften soll wie ein Handwerker oder Rechtsanwalt.⁴³⁴

52

§ 840 Haftung mehrerer

- (1) Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner.
- (2) Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatz des von einem anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der andere allein, im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet.
- (3) Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 833 bis 838 zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der Dritte allein verpflichtet.

Literatur: *Brambring*, Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten, 1973; *Christensen*, Gestörter Gesamtschuldnerausgleich bei familienrechtlichen Haftungsbeschränkungen, MDR 1989, 948; *Costede*, Die Gesamtschuld, vom Kopf auf die Füße gestellt, JR 2005, 45; *A. Diederichsen*, Rechtsprechung des BGH zum Regress im Schadensrecht, VersR 2006, 293; *Dunz*, Berücksichtigung des eigenen Mitverschuldens gegenüber mehreren Haftpflichtigen, JZ 1955, 727; *ders.*, Nochmals: Berücksichtigung eigenen Mitverschuldens gegenüber mehreren Haftpflichtigen, JZ 1957, 371; *Hanau*, Hinkende Gesamtschulden, VersR 1967, 516; *Keuk*, Die Solidarhaftung

426 MüKo/Wagner, § 839 a Rn 38; Gaidzik, MEDSACH 2004, 129 FN 2; Katzenmeier, FS Horn (2006) S. 67, 68; Klötters, DS 2006, 299, 301; OLG Hamm BeckRS 2012, 24835.

427 Däubler, JuS 2002, 625, 630.

428 BGH NJW 2004, 3488; Erman/Mayen § 839 Rn 1 unter Hinweis auf OLG Celle DS 2010, 32 = IBR 2010, 63 (Schwenker). AA Soergel/Spickhoff § 839 a Rn 53; Staudinger/Wöstmann (2013), § 839 a Rn 31 mit dem Hinweis, dass der BGH diese Frage nicht näher vertieft habe, sondern sich an der vom Wortlaut nächstliegenden Auslegung der Übergangsregelung orientiert habe.

429 Generell bejahend Soergel/Spickhoff § 839 a Rn 53; Gaidzik, MEDSACH 2004, 129.

430 So wohl Zimmermann, BuW 2003, 154; *ders.*, DS 2007, 367: erst dann Beendigung der Sachverständigentätigkeit.

431 Generell ablehnend Erman/Mayen, § 839 a Rn 7, weil die mündliche Erläuterung eines schriftlichen Gutachtens (§ 411 Abs. 3 ZPO) nicht mehr zur Gutachtererstattung zähle. Anschaulich in diesem Zusammenhang OLG Frankfurt VersR 2008, 649: Erst durch Bekräftigung in der mündlichen Vernehmung des Sachverständigen im Strafverfahren, dass de facto 100 %ige Sicherheit gegeben sei, strafgerichtliche Verurteilung.

432 So auch die Einschätzung von BeckOGK/Dörr, § 839 a Rn 92; vgl aber OLG Koblenz DS 2013, 105 = VersR 2013, 367: Für Ansprüche, die auf den Zeitpunkt vor dem 1.8.2002 gestützt werden, maßgeblich § 826.

433 So auch E. Fuchs, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18.

434 Tödtmann/Schwab, DS 2012, 302.