Fall 9: Nachlässiger Gutachter

A. Ansprüche des K gegen E auf Zahlung des Minderwertes von 179.000 DM aus dem Kaufvertrag

I. Anspruch gem. §§ 463 S. 1

Die K könnten gegen E insoweit einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft des verkauften Hausgrundstücks haben.

1. Wirksamer Kaufvertrag

E und K haben sich am 1.2. über die Veräußerung des Hausgrundstück zu einem Kaufpreis von 779.000 DM und damit über die wesentlichen Vertragsbestandteile eines Kaufes geeinigt. Umstände, die der Wirksamkeit der Einigung entgegenstehen, liegen nicht vor.

2. Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, §§ 463 S. 1

Der Kaufsache müßte eine zugesicherte Eigenschaft iSd § 459 Abs. 2 fehlen.

a) Eigenschaft

Eigenschaften einer Sache iSd § 459 Abs. 2 sind **alle physischen Beschaffenheitsmerkmale und alle sonstigen gegenwärtigen, tatsächlichen, rechtlichen, sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen einer Sache zu ihrer Umwelt von gewisser Dauer.**

Vorliegend geht es um die Frage, ob das Hausgrundstück, wie zwischen E und K vereinbart, von seiner Beschaffenheit in Ordnung ist. Insoweit ist schon die physische Beschaffenheit der Kaufsache betroffen.

b) Zugesichert

Diese vereinbarte Eigenschaft müßte von E auch zugesichert worden sein. Das wäre dann der Fall, wenn die **normative Auslegung** der Verkäufererklärung ergibt, dass er neben der Fehlerhaftung als solcher (§§ 459, 462) zusätzlich die Gewähr für das Vorhandensein diese Eigenschaft übernehmen will und damit verspricht, für die nachteiligen Folgen einzustehen, die sich aus dem Nichtvorhandensein der Eigenschaft ergibt.

aa) Ausdrücklich

E hat ausdrücklich **keine Erklärung** in diesem Sinne abgegeben.

bb) Konkludent

Gegen die Annahme einer Zusicherung spricht jedoch, dass in der Regel die bloße **Kennzeichnung des Verwendungszweckes** als (Wohn-)hausgrundstück **nicht** als **Risikoübernahme** für die weitere Verwendungsmöglichkeit angesehen werden kann. Hinzukommt, dass K im vorliegenden Fall den Kaufvertrag allein von dem Gutachten des B abhängig machte, sie also Erklärungen des E über den Zustand des Hausgrundstücks erkennbar nicht interessierten. Also liegt auch keine konkludente Eigenschaftszusicherung vor.

Ergebnis: Ein Anspruch des K gegen E gem. §§ 463 S. 1 ist daher **nicht** gegeben.

II. Anspruch auf Minderung

Die Eheleute K wollen Schadensersatz erhalten, nicht aber mindern, denn ein Anspruch auf Schadensersatz wird in der Regel umfangreicher sein als der Minderungsbetrag.

B. Ansprüche der K gegen B auf Zahlung der DM 179.000 aus dem Gutachtervertrag

I. Schadensersatzanspruch gem. § 635

1. Wirksamer Werkvertrag gem. § 631

K und B haben sich darüber geeinigt, dass B das Hausgrundstück im Rahmen eines **"Ankaufsgutachtens"** untersuchen und einen entsprechenden Befund fixieren sollte. Fraglich ist, ob sich die Beteiligten insoweit über die wesentlichen Vertragsbestandteile eines Werkvertrages geeinigt haben. Es könnte sich nämlich auch um einen **Dienstvertrag iSd § 611** handeln. Aus dem **Wortlaut** der §§ 611, 631 BGB ergibt sich folgende Abgrenzung:

- Beim **Dienstvertrag** nach § 611 BGB wird die **bloße Tätigkeit** geschuldet.
- Beim **Werkvertrag** dagegen der durch die Tätigkeit herbeizuführende **Erfolg.**

Diese Abgrenzung ist jedoch **nicht hinreichend präzise,** weil auch dann, wenn eine bloße Tätigkeit geschuldet wird, beide Parteien regelmäßig von dem Eintritt eines bestimmten Erfolges ausgehen, z.B. Repetitor. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Verpflichtete für den Eintritt des Erfolges auch **einstehen will.** Darüber hinaus liegt ein **Werkvertrag nur bei erfolgsabhängiger Vergütung** vor, vgl. § 631 BGB. Erfolgt die Vergütung ausschließlich für die Tätigkeit als solche, liegt ein Dienstvertrag vor, vgl. § 644 BGB für den Werkvertrag und § 614 BGB für den Dienstvertrag.

Beim Dienstvertrag steht das bloße Wirken, also die **Erbringung** der Arbeitsleistung als solche im Vordergrund. B wäre danach nur zur Durchführung der Untersuchung verpflichtet. Demgegenüber hätte er beim Vorliegen eines Werkvertrages die **Leistungspflicht** übernommen, durch Dienstleistung einen bestimmten Erfolg herbeizuführen (§ 631 Abs. 2). Nach den erkennbaren Interessen der Eheleute K kam es diesen weniger auf das Tätigwerden des B als solches an. Vielmehr sollte sich dieses in einem zutreffenden Gutachten manifestieren. Bei **normativer Auslegung** des Verhaltens der Beteiligten sollte B einen durch Dienstleistung (Begutachtung) herbeizuführenden Erfolg in Form eines geistigen Werkes (Gutachten) schulden. Dafür sollte K eine Vergütung bezahlen. **K und B haben sich also über die wesentlichen Vertragsbestandteile eines Werkvertrages geeinigt.**

☞ Anders liegt der Fall bei **typischen Arztverträgen**. Dort will der Arzt bei normativer Auslegung sich nicht zur Herbeiführung des künftigen (Heilungs)erfolges verpflichten. Dieser ist von zu vielen Faktoren und letztlich auch vom nicht beeinflussbaren Verhalten des Patienten abhängig. Insoweit liegt daher **stets ein Dienstvertrag** vor. Bei der Begutachtung einer Person kommt es aber auf die Ermittlung des Zustandes im Zeitpunkt der Begutachtung an. Dort kann man vom Arzt verlangen, dass er alle unter Anwendung der Regeln der ärztlichen Kunst erkennbaren Erkrankungen findet und zutreffend beschreibt. Er schuldet insoweit daher regelmäßig den Erfolg einer zutreffenden Begutachtung, so dass ein **Werkvertrag** vorliegt.

2. Mangelhaftigkeit

Fraglich ist, ob das von B erstellte Werk mangelhaft war.

a) Das Werk ist **mangelhaft**, wenn es **nicht die zugesicherten Eigenschaften aufweist oder mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 Abs. 1)**.

B schuldete nach der Vereinbarung mit den Eheleuten K die umfassende Untersuchung des Hausgrundstücks und eine den Tatsachen entsprechende Beurteilung des Zustandes.

b) B hat bei der Begutachtung die **Schadhaftigkeit des Dachbodens nicht erkannt**, obgleich sie bereits erkennbar war. Diese taucht dann auch nicht in dem von B abgegebenen Gutachten auf, so dass seine Beurteilung des baulichen Zustands nicht den Tatsachen entsprach. Das Gutachten war daher **fehlerbehaftet.**

☞ Die Anforderungen an eine Eigenschaftszusicherung sind im Werkvertragsrecht niedriger als im Kaufrecht, weil § 635 - anders als § 463 - eine verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung statuiert und damit anders als im Kaufrecht die Eigenschaftszusicherung kein Garantieelement (Haftung auch ohne Verschulden) enthält.

BGHZ 96, 111, 114/115: *"Zusicherung im Sinne des § 13 Nr. 1 VOB/B (und des § 633 BGB) ist das vertraglich vom Auftragnehmer gegebene, vom Auftraggeber angenommene Versprechen, das Werk mit einer bestimmten Eigenschaft auszustatten. Nicht erforderlich ist - anders als im Kaufrecht -, dass der Auftragnehmer zum Ausdruck bringt, er werde für alle Folgen einstehen, wenn die Eigenschaft nicht erreicht werde (Glanzmann in BGB-RGRK § 633 Rdn. 12)."*

c) Nach der Vereinbarung sollte das Gutachten über den Abschluss des Kaufvertrages des B mit E über ein Hausgrundstück entscheiden. Da es von einer falschen Tatsachengrundlage ausging und deshalb die fehlende Mangelfreiheit nicht erkannte, war es **als Entscheidungsgrundlage insoweit nicht geeignet** und damit für den im Vertrag vorausgesetzten Gebrauch **untauglich.**

3. Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, § 634 Abs. 1 S. 1

a) Da der Schadensersatzanspruch gem. § 635 "**statt"** der Wandelung und Minderung verlangt werden kann, besteht er grundsätzlich nur, wenn der Besteller wie auch bei diesen Rechten erfolglos eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat.

b) Die Fristsetzung könnte jedoch nach **§ 634 Abs. 2 1. Alt. entbehrlich** sein. Durch die nachträgliche Korrektur kann das Gläubigerinteresse nicht mehr befriedigt werden, da es sich um eine Ankaufsuntersuchung handelte. Mit Abschluss des Kaufvertrages zwischen E und K ist die **Mängelbeseitigung** damit **unmöglich**.

4. Vertretenmüssen des B

B müßte den Mangel des Werkes vertretenmüssen. Gem. § 276 Abs. 1 S. 1 hat der Schuldner grds. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Vorliegend kommt nur Fahrlässigkeit des B hinsichtlich des Nichterkennens der Schadhaftigkeit des Daches in Betracht. Dann müßte er insoweit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen haben (§ 276 Abs. 1 S. 2).

a) Welcher Verkehrskreis?

Vorliegend geht es um die Frage der Festlegung des Sorgfaltsmaßstabes, den ein Bausachverständiger bei der Begutachtung eines Hausgrundstücks im Rahmen einer Ankaufuntersuchung beachten muß.

b) Welche Sorgfalt ist insoweit erforderlich?

Insoweit ist es erforderlich, das Hausgrundstück **vollständig** auf erkennbare Mängel zu untersuchen.

c) Hat B die erforderliche Sorgfalt beachtet?

B hat die Schadhaftigkeit des Daches nicht erkannt, obwohl sie erkennbar war. Er hat die erforderliche Sorgfalt nicht beachtet.

B hat hinsichtlich des Mangels seines Gutachtens fahrlässig gehandelt, so dass er ihn vertreten muß.

5. Abnahme

Umstritten ist, ob als weitere Voraussetzung für § 635 eine Abnahme erforderlich ist (Palandt/ Heinrichs § 635 Rdn 5; dagegen Erman/Seiler § 635 Rdn 5). Der Streit kann hier offen bleiben, da eine Abnahme vorliegt.

6. Kein Gewährleistungsausschluss

Anhaltspunkte für einen Gewährleistungsausschluss begründende Tatsachen liegen nicht vor.

7. Rechtsfolge

B ist dem K gegenüber zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung seiner Leistungspflicht verpflichtet. Fraglich ist aber, welchen Inhalt dieser Anspruch hat.

a) Unstreitig wird im Rahmen der Vorschrift der **Mangelschaden**, also die **Minderwertigkeit des von B**

erteilten Gutachtens, ersetzt.

Im vorliegenden Fall könnten die Eheleute K, da das Gutachten zweckuntauglich war, das von ihnen an B gezahlte Honorar als Schaden fordern. Diesen Schaden machen die K aber nicht geltend. Sie fordert vielmehr den Differenzbetrag zwischen dem von ihnen gezahlten Kaufpreis und dem tatsächlichen Wert des Hausgrundstücks.

b) Dieser Schaden hat sich dadurch ergeben, dass **sie aufgrund des Gutachtens** des B den Kaufvertrag geschlossen haben. Er hat sich also durch die **als Folge** des mangelhaften Gutachtens getroffene Kaufentscheidung ergeben. Es handelt sich daher um einen **Schaden, der sich nicht unmittelbar aus dem mangelhaften Gutachten ergibt, sondern einen durch die Kaufentscheidung vermittelten Schaden**. Es liegt daher ein **Mangelfolgeschaden** vor. Fraglich ist, ob auch solche Schäden von § 635 erfasst werden.

aa) Nach einem **Teil der Lit**. werden **nur Mangelschäden** (Larenz SR Bd 2, 12. Aufl. § 53 III S. 287 f; Diedrichsen AcP 165,150 ff) vom Schutzzweck des § 635 BGB erfasst. Begründet wird dies damit, dass § 635 BGB vom Wortlaut her ("statt") wie die Wandlung und Minderung nach § 634 BGB lediglich das **Äquivalenzinteresse** schützt. Auch führe die **kurze Verjährungsfrist des § 638 BGB bei Mangelfolgeschäden zu unbilligen Ergebnissen**, da diese häufig erst nach Ablauf der kurzen Frist erkennbar sind. Darüber hinaus solle der **Ersatz von Mangelfolgeschäden auch neben der Minderung möglich** sein; nach § 635 BGB wäre der Schadensersatz aber nur alternativ möglich ("statt").

Danach würde der hier geltend gemachte Schaden von § 635 nicht erfasst, sondern müßte nach den Regeln der pVV geltend gemacht werden (Verjährung nach § 195).

bb) Nach der **Gegenmeinung** (Medicus BR Rdn 353 ff) sollen **alle adäquat kausalen Schäden** ersetzt werden. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut **"Schadenersatz wegen Nichterfüllung",** dem sich keine Begrenzung auf bloße Mangelschäden entnehmen lasse. Auch der **Normzweck des § 638 BGB** (Vermeidung von Beweisschwierigkeiten und der Schutz der Dispositionsfreiheit des Unternehmers) passe gerade auch bei Mangelfolgeschäden. Darüber hinaus führe die Aufspaltung in Mangel- und Mangelfolgeschäden zu **Abgrenzungsschwierigkeiten**. Es sei methodisch ehrlicher, ggfls. die kurze Verjährungsfrist des § 638 BGB für Mangelfolgeschäden zu korrigieren (z.B. Beginn der Verjährungsfrist analog § 852 BGB erst mit Kenntnis des Schadens).

Nach dieser Auffassung wäre der Anspruch der Eheleute K auf der Grundlage des § 638 Abs. 1 sechs Monate nach Abnahme des Gutachtens (26.1.) und damit im Zeitpunkt der klageweisen Geltendmachung des Anspruchs am 15.8. bereits verjährt, so dass der Anspruch mit der Einredeerhebung durch B gem. § 222 Abs. 1 nicht mehr durchsetzbar ist. Die gem. §§ 209, 217 BGB, 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO mit der Klagerhebung eintretende Verjährungsunterbrechung käme damit zu spät.

cc) Angesichts dieser völlig gegensätzlichen (und für sich betrachtet schlüssig begründeten Meinungen) empfiehlt es sich mit der Rechtsprechung des **BGH** (Z 46,238; 54, 352; 67,1) zu **differenzieren:**

(1) § 635 BGB erfasst **neben Mangelschäden auch unmittelbare Mangelfolgeschäden,** also Schäden an anderen Sachen des Bestellers, die mit der mangelhaften Sache in einem engen räumlichen Zusammenhang stehen (z.B. fehlerhafte Isolierung führt zu Feuchtigkeit im Rohbau).

(2) Für **entferntere Mangelfolgeschäden** (= Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Bestellers, z.B. Absturz eines falsch montierten Regals führt zu Körperschäden) wird nach den Regeln der **pVV** gehaftet.

BGH WM 1983, 760, 761: *"Der Senat hat im Interesse zweckgerechter Anwendung der Verjährungsbestimmung des § 638 gewisse Mangelfolgeschäden in die Gewährleistungshaftung nach §§ 635, 638 einbezogen und für aus diesen Schäden hergeleitete Ansprüche die 30jährige Regelverjährung nach § 195 ausgeschlossen. Eine derartige* ***Erweiterung des Schadensbegriffs nach § 635 hat der Senat allerdings nur für solche Folgeschäden zugelassen, die zwar*** *außerhalb des Werkes auftreten, aber in "engem Zusammenhang" mit dem Mangel stehen.* ***Dagegen gelten die Regeln der positiven Vertragsverletzung (mit der Folge 30jähriger Verjährungsfrist) für*** *alle "entfernteren" Mangelfolgeschäden. Bei fehlerhaften Plänen hat der Senat einen* ***Mangelfolgeschaden, der in engem Zusammenhang mit dem Mangel steht, dann bejaht, wenn der Fehler sich zwangsläufig auf ein anderes Werk überträgt, also sich***

***notwendig in diesem Werk selbst "realisiert" bzw. "verkörpert"**. Der Senat hat daher bei den Werken eines Architekten, Statikers oder Vermessungsingenieurs, die zu Mängeln im Bauwerk geführt haben, einen solchen engen Zusammenhang angenommen. Diesen Zusammenhang hat er auch dann bejaht, als Schäden an einem Gebäude auf Fehlern eines geologischen Baugrundgutachten beruhten.* ***Dagegen hat der Senat einen "entfernten", mithin der 30jährigen Verjährung unterliegenden Mangelfolgeschaden angenommen**, als ein Gutachten über den Wert von Grundstücken sich als mangelhaft erwies. Dabei ist er davon ausgegangen, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der §§ 635, 638 an in ihren Auswirkungen unverhältnismäßig schweren Mangelfolgeschäden nicht gedacht hat, die gerade im Bereich des Werkvertrages, insbesondere aus unrichtigen Gutachten, nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist des § 638 auftreten und nicht in engem Zusammenhang mit dem Werkmangel stehen."*

☞ Diese Entscheidung und die damit getroffene Differenzierung zwischen den Mangelschäden und den "engen" oder "nahen" Mangelfolgeschäden (Realisierungsschäden), die durch § 635 erfasst werden und den "entfernten" Mangelfolgeschäden, für die die Grundsätze der pVV und damit nicht die kurze Verjährung gem. § 638 gelten, wurde bestätigt durch **BGH NJW 1993, 923**: Entfernterer Mangelfolgeschaden bei einer nicht ordnungsgemäß eingebauten Tankuhr in einem Privatflugzeug und Schäden aus einer darauf beruhenden Notlandung.

Nach dieser Auffassung ist also im vorliegenden Fall zu fragen, ob hinsichtlich des entstandenen Schadens ein "**naher**" oder "**entfernter**" **Mangelfolgeschaden** bei den Eheleuten K vorliegt.

Auf der Grundlage des Gutachtens des B sollte kein weiteres Sachwerk errichtet werden, es sollte vielmehr als **Grundlage für eine allgemeine Vermögensdisposition**, nämlich für die Beurteilung des beabsichtigten Kaufvertragsabschlusses dienen. Die dadurch eingetretenen Vermögensschäden der K iHd Wertdifferenz zwischen gezahltem Kaufpreis und tatsächlichem Wert des Hausgrundstücks sind damit nach dieser Auffassung als **entfernter Mangelfolgeschaden** zu beurteilten, dessen Ersatz die K nach den Grundsätzen der pVV verlangen könnten.

dd) Stellungnahme: Für Meinung aa) spricht der **Wortlaut** des § 635, der uneingeschränkt Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt und damit alle durch die Mangelhaftigkeit des Werkes adäquat kausal verursachten Schäden zu erfassen scheint. Gegen diese Auffassung könnte aber eine **systematische Auslegung** mit § 638 sprechen. Danach unterliegen die von § 635 erfassten Ansprüche einer kurzen Verjährungsfrist. **Sinn und Zweck** dieser kurzen Verjährungsfrist ist es, wie im Kaufrecht, dem Werkunternehmer im Rahmen einer überschaubaren Zeit einen Überblick über etwaige Ansprüche wegen der Mangelhaftigkeit des Werkes zu geben. Er soll also Rechtssicherheit hinsichtlich der typischerweise in einem Massengeschäft anfallenden Gewährleistungsansprüche haben. Diese Erwägung greift aber nicht hinsichtlich solcher Schadensfolgen, die nicht unmittelbar und damit typischerweise mit dem mangelhaften Werk verknüpft sind.

☞ Dies ist auch die Begründung dafür, wieso die Rechtsprechung auf den Anspruch aus pFV hinsichtlich der entfernten Mangelfolgeschäden nicht § 638 Abs. 1 analog anwendet.

Gegen die Auffassung der Literatur spricht weiterhin die systematische Auslegung des § 635 mit dem § 634 Abs. 1. Der Anspruch auf Schadensersatz wird "**statt**" der **Wandelung und Minderung** gewährt. Beide Rechte des Käufers beziehen sich aber nur auf den Minderwert des vom Werkunternehmer hergestellten Werkes, also auf dem Mangelunwert des Werkes. Auch aus diesem Gesichtspunkt ist es gerechtfertigt, nur den Mangelunwert und, um Abgrenzungsschwierigkeiten zu entgehen, den damit nah bzw. notwendig verknüpften Mangelfolgeschaden einzubeziehen. Also ist der **Auffassung der Rechtsprechung** zu folgen.

Ergebnis: Die Eheleute K haben keinen Anspruch aus § 635

II. Anspruch der Eheleute K gegen B aus pVV

1. Anwendbarkeit

Nach der **Literaturauffassung,** die § 635 hinsichtlich aller aus der Mangelhaftigkeit eines Werkes resultierender Schäden anwendet, kann bereits keine gesetzliche Regelungslücke vorliegen.
Eine solche könnte aber auf der Grundlage der von der **Rechtsprechung** vertretenen Auffassung vorliegen. Danach regelt § 635 die Pflichtverletzung in Form der mangelhaften Werkerstellung nur hinsichtlich des Mangel- und nahen Mangelfolgeschadens. Die Vorschrift enthält dann aber keine Regelung über den Ersatz

etwaiger entfernter Mangelfolgeschäden, so dass sie auf der Rechtsfolgenseite insoweit lückenhaft ist. Da davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber, wenn er die Problematik der entfernten Mangelfolgeschäden, die betragsmäßig weit über die Mangel- und nahen Mangelfolgeschäden hinausgehen können, gesehen hätte, diese auch einer gesetzlichen Regelung zugeführt hätte, ist die Gesetzeslücke auch **planwidrig.** Auf der Grundlage der Rechtsprechung (der oben gefolgt wurde) ist also für die Anwendung der Grundsätze der pVV Raum.

2. Schuldverhältnis

Zwischen den K und B bestand (wie oben geprüft) ein Werkvertrag (§ 631).

3. Verletzung einer daraus resultierenden Pflicht, für die eine planwidrige Regelungslücke besteht

Ebenfalls bereits im Rahmen der Prüfung des § 635 wurde eine schuldhafte Fehlbegutachtung des Hausgrundstücks durch B bejaht.

3. Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung ist bereits begrifflich eine rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung, es sei denn, es lägen Tatsachen vor, die eine Rechtfertigung des Verhaltens des B begründen würden. Dies ist aber ersichtlich nicht der Fall.

4. Verschulden des B hinsichtlich der Pflichtverletzung

Die Fahrlässigkeit des Verhaltens des B wurde bereits im Zusammenhang mit der Prüfung des § 635 dargelegt.

5. Rechtsfolge

Die Eheleute K haben einen Anspruch auf Ersatz des **entfernten Mangelfolgeschadens** iHd Differenz zwischen Kaufpreis und tatsächlichem Wert des Hausgrundstücks, also auf Zahlung der geltend gemachten 179.000 DM aus pVV.

Der Anspruch unterliegt der allgemeinen **Verjährung des § 195**. Die kurze Verjährung des § 638 ist hier nicht einschlägig, denn **Sinn und Zweck** dieser kurzen Verjährungsfrist ist es - wie im Kaufrecht - dem Werkunternehmer im Rahmen einer überschaubaren Zeit einen Überblick über etwaige Ansprüche wegen der Mangelhaftigkeit des Werkes zu geben. Er soll also Rechtssicherheit hinsichtlich der typischerweise in einem Massengeschäft anfallenden Gewährleistungsansprüche haben. Diese Erwägung greift aber nicht hinsichtlich solcher Schadensfolgen, die nicht unmittelbar und damit typischerweise mit dem mangelhaften Werk verknüpft sind.

B steht im Zeitpunkt der klageweisen Geltendmachung durch die Eheleute K kein Leistungsverweigerungsrecht aus § 222 Abs. 1 zu.

Ergebnis: Die Eheleute K haben gegen B einen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten 179.000 DM aus pVV.

Abwandlung 1:

I. Anspruch der K gegen B aus pVV eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages.

1. Anwendbarkeit

Die Regelungen der pVV sind anwendbar, da die Schlechterfüllung eines Auskunftsvertrags gesetzlich nicht geregelt ist.

2. Schuldverhältnis

Der stillschweigende Abschluss eines Auskunftsvertrages, **§§ 305, 241,** zwischen Geber und Empfänger einer Auskunft ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Auskunft für den **Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist**, und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will; dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der **Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm im Spiel ist** (BGH NJW 1992, 2080, 2082). Jedoch reichen für das Zustandekommen eines Auskunftsvertrages ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des jeweiligen Falles nicht allein schon die Sachkunde des Auskunftgebers und die Bedeutung der Auskunft für den Empfänger aus. Diese Umstände stellen vielmehr lediglich Indizien dar, die, wenn auch mit erheblichem Gewicht, in die Würdigung der gesamten Gegebenheiten des konkreten Falles einzubeziehen sind. **Für den stillschweigenden Abschluss eines Auskunftsvertrages ist entscheidend darauf abzustellen, ob die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses den Rückschluss zulassen, dass beide Teile nach dem objektiven Inhalt ihrer Erklärungen die Auskunft zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht haben** (BGH NJW 1995, 392).

Gegen einen stillschweigenden Abschluss eines Auskunftsvertrages spricht, dass K und B vor dem Kaufvertrag des Grundstücks **in keinem direkten Kontakt zueinander** standen. Vielmehr ist ein Vertrag über die Erstellung eines Wertgutachtens zwischen der Auftraggeberin E, vertreten durch S und dem B zustandegekommen. Ein Schadensersatzanspruch aufgrund **unmittelbarer vertraglicher Beziehungen** zwischen K und B scheidet somit aus.

II. Schadensersatzanspruch der K gegen B aus pVV der Verletzung eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte

Die Eheleute K könnten gegen B einen Anspruch aus pVV i.V.m. Verletzung eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte haben, wenn der zwischen K und E abgeschlossene Werkvertrag Schutzwirkung zugunsten der Eheleute K entfalten würde.

Vorbemerkung:

1. Der Vertrag mit **Schutzwirkung zugunsten Dritter** stellt ein **eigenständiges Rechtsinstitut ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung** dar.

☞ Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist eine **besondere Form des Vertrags zugunsten Dritter**. In einer Reihe von Fällen bezieht die Rspr. dritte Personen in den Schutzbereich eines abgeschlossenen Vertrags ein, um ihnen – insbes. bei Körper- und Gesundheitsschäden – den Schutz aus Vertragsverletzung zu geben, der weiter geht als der aus einer unerlaubten Handlung. So äußert der Mietvertrag Schutzwirkung auch gegenüber den Angehörigen des Mieters, die nicht Vertragspartner sind (z.B. wenn sie infolge einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht des Vermieters zu Schaden kommen); der Beförderungsvertrag erstreckt seine Schutzwirkung auf die beförderten Personen (Betriebsausflug), der Behandlungsvertrag zwischen dem Arzt und den Eltern auch auf das Kind usw. Der Kreis der geschützten Personen muß jedoch beschränkt und überschaubar sein (z.B. nicht Besucher des Mieters, Verbraucher eines Industrieprodukts). Die Begründung eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte wird weniger in einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über den Vertrag zugunsten Dritter als in einer ergänzenden Auslegung des Vertrags zu sehen sein.

Nach der Rechtsprechung ist die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages durch **ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB** zu ermitteln und **dann anzunehmen, wenn sie nach Sinn und Zweck des Vertrages und wegen der erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung nach Treu und Glauben geboten ist** (BGHZ 56, 273; BGH NJW 1984, 355 mwN). Die Literatur sieht demgegenüber den Geltungsgrund in einem **durch richterliche Rechtsfortbildung entwickelten gesetzlichen Vertrauensschuldverhältnis gemäß § 242 BGB** (vgl. Sonnenschein JA 1979, 226 ff mwN).

☞ Während die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die frühere Rechtsprechung des BGH dadurch gekennzeichnet war, dass es um Personenschäden Dritter ging, ist seit der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1965 anerkannt, dass **auch Vermögensschäden** Dritter erfasst werden (BGH NJW 1965, 1955).

Einigkeit besteht darin, dass dem mitgeschützten Dritten die vertraglichen Schadensersatzansprüche, die bei einer Verletzung der Schutzpflicht gegenüber dem eigentlichen Vertragsgläubiger eingreifen würden, als

eigene, unmittelbar gegen den Schuldner gerichtete Ansprüche zustehen.

2. Um die gesetzlich unterschiedliche Ausgestaltung von vertraglicher und deliktische Haftung nicht aufzugeben oder zu verwischen, muß der **Kreis der nach vertraglichen Grundsätzen mitgeschützten Dritten sachgerecht beschränkt werden**.

Dabei sind folgende **Voraussetzungen** entwickelt worden:

- **Leistungsnähe:** Der Dritte muß sich in "**Leistungsnähe**" befinden, d.h. mit der Leistung des Schuldners bestimmungsgemäß in Berührung kommen und durch eine Schlechtleistung ebenso gefährdet werden wie der Vertragsgläubiger.

- **Gläubigernähe:** Der Gläubiger muß ein **"besonderes Interesse am Schutz des Dritten"** haben.
  - Ist dem Gläubiger "**Wohl und Wehe**" des Dritten anvertraut, dann spricht allein schon die **objektive Interessenlage** der Beteiligten entscheidend für eine Einbeziehung des Dritten. Derartige Verhältnisse mit personenrechtlichem Einschlag bestehen **insbesondere bei familien-, arbeits- und mietrechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Drittem**.
  - Ansonsten kommt es darauf an, ob die Vertragsparteien den Dritten in den Schutzbereich ihres Vertrages **ausdrücklich oder stillschweigend** einbeziehen.

- **Erkennbarkeit der Leistungs- und Gläubigernähe:** Die Leistungsnähe und das Schutzinteresse des Gläubigers müssen dem Schuldner bei Vertragsabschluss oder Anbahnung der Vertragsverhandlungen **erkennbar** gewesen sein, damit er seine potentielle Haftung erkennen und Vorsorge treffen kann.

- **Schutzbedürftigkeit des Dritten**: Erforderlich ist schließlich die Schutzbedürftigkeit des Dritten. Für eine Einbeziehung besteht danach kein Bedürfnis, wenn der Dritte eigene vertragliche Ansprüche gegen seinen Vertragspartner hat.

☞ **Abgrenzung zur Drittschadensliquidation**: Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte führt zur Risiko**häufung**, die Drittschadensliquidation zur Risiko**verlagerung** (Medicus BR Rdnr. 841, 843).

1. Anwendbarkeit

Die Regeln der pVV sind anwendbar, da nach der hier vertretenen Lösung der geltend gemachte entfernte Mangelfolgeschaden nicht von § 635 BGB erfasst wird und anderweitige vorrangige Regeln nicht eingreifen.

2. Schuldverhältnis

Direkte Vertragsbeziehungen zwischen K und B bestanden nicht. Jedoch könnten die K in die sich aus dem Werkvertrag zwischen B und E ergebenden Sorgfalts- und Schutzpflichten unter dem Gesichtspunkt des **Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte** einbezogen sein. Um die gesetzlich unterschiedliche Ausgestaltung von vertraglicher und deliktischer Haftung nicht aufzugeben oder zu verwischen, muß der Kreis der nach vertraglichen Grundsätzen mitgeschützten Dritten sachgerecht beschränkt werden. Es müßten also die **Voraussetzungen für die Einbeziehung** der Eheleute K in den Schutzbereich des Vertrags E/B vorliegen.

a) Leistungsnähe

Der Dritte muß sich in "Leistungsnähe" befinden, d.h. mit der Hauptleistung des Schuldners bestimmungsgemäß in Berührung kommen und durch eine Schlechtleistung ebenso gefährdet werden wie der Vertragsgläubiger (vgl. Staudinger-Jagmann, BGB,., Vorbem. zu §§ 328 ff Rn 103 ff).

Dies ist der Fall, denn das Gutachten des B ist gerade für die Wertermittlung des Hauses zu Verkaufszwecken erstellt worden. Dies wurde auch dem B vom Sohn S der E mitgeteilt, so dass die Eheleute K ebenso wie E mit der Leistung des B, dem Gutachten, in Berührung kamen.

b) Gläubigernähe

Der Gläubiger muß ein "besonderes Interesse am Schutz des Dritten" haben. Ist dem Gläubiger "Wohl und Wehe" des Dritten anvertraut, dann spricht allein schon die objektive Interessenlage der Beteiligten entscheidend für die Einbeziehung des Dritten. Derartige Verhältnisse mit personenrechtlichem Einschlag bestehen insbesondere bei familien-, arbeits- und mietrechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Drittem. Fehlt es an einem besonderen Schutz- und Fürsorgeverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten, so ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu prüfen, ob die Vertragsparteien den Willen hatten, zugunsten eines Dritten eine Schutzpflicht zu begründen (vgl. BGH NJW 1984, 34; BGHZ 127, 378).

Nach Ansicht des BGH begegnen der Einbeziehung der Eheleute K in den Schutzbereich des zwischen E und B geschlossenen Gutachtenvertrags **keine rechtlichen Bedenken** (NJW 1995, 392). **Das Vorliegen eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ist hier insbesondere nicht deshalb zu verneinen, weil die Interessen der K und der Auftraggeberin hinsichtlich der Bewertung des Grundstücks gegenläufig waren**. Wer bei einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt (z.B. öffentlich bestellter Sachverständiger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), ein Gutachten oder eine gutachterliche Äußerung bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen, ist in der Regel daran interessiert, dass die Ausarbeitung die entsprechende Beweiskraft besitzt. Dies ist jedoch nur dann gewährleistet, wenn der Verfasser sie objektiv nach bestem Wissen und Gewissen erstellt und auch dem Dritten gegenüber dafür einsteht. Dementsprechend hat der BGH wiederholt entschieden, dass in einem solchen Falle die **Gegenläufigkeit der Interessen des Auftraggebers und des Dritten nicht gegen eine Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages spricht** (BGH NJW-RR 1989, 696; NJW 1987, 1758 (1759 f); NJW-RR 1986, 484 (486)).

c) Erkennbarkeit

Die Leistungsnähe und das Schutzinteresse des Gläubigers müssen dem Schuldner bei Vertragsabschluss oder Anbahnung der Vertragsverhandlungen erkennbar gewesen sein (BGHZ 49, 350 (354); 51, 91 (96)).

Dass dem B bei Erstellung des Gutachtens **nicht bekannt war, dass das Wertgutachten gerade den K vorgelegt werde**, ist dabei ohne Belang. Die Bejahung einer Schutzpflicht setzt nicht voraus, dass der Schutzpflichtige die Zahl oder den Namen der zu schützenden Personen kennt. **Es genügt vielmehr, dass dem B bekannt war, dass sein Wertgutachten für einen (potentiellen) Käufer bestimmt war** (BGH NJW 1987, 1760). Die besondere, durch staatliche Anerkennung oder einen vergleichbaren Akt nachgewiesene Sachkunde, auf die in der angeführten Rechtsprechung des BGH entscheidend abgehoben wird, ist auch in der Person des B vorhanden. Zwar ist dieser kein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger iSd § 36 GewO (so die Fallgestaltung bei den BGH-Urteilen NJW-RR 1986, 484 und NJW 1984, 355). Der B ist jedoch **verpflichteter Bausachverständiger der Kreissparkasse** A, einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts. Grundlage einer solchen Verpflichtung sind die jeweiligen Beleihungsgrundsätze für die öffentlich-rechtlichen Sparkassen. Darin ist bestimmt, dass Schätzungen des Beleihungsgegenstandes - damit sind insbesondere Grundstücke gemeint - u.a. von einem mit den örtlichen Verhältnissen besonders vertrauten, vom Vorstand bestellten und verpflichteten Sachverständigen vorgenommen werden können. Daraus wird deutlich, dass auch eine aufgrund dieser Bestimmung vorgenommene Verpflichtung durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts geeignet ist, in der Öffentlichkeit die berechtigte Erwartung einer gegenüber dem bloß "privaten" Sachverständigen hervorgehobenen Sachkunde und Zuverlässigkeit hervorzurufen. Erstattet ein solcher Sachverständiger - wie hier - ein Wertermittlungsgutachten für private Dritte unter Verwendung der von der Sparkasse vorgesehenen Wertermittlungsvordrucke und unter Hinweis auf seine Eigenschaft als verpflichteter Bausachverständiger der Sparkasse, so nimmt er die im Verhältnis zur verpflichtenden Sparkasse bestehende Vertrauensstellung auch gegenüber seinem Auftraggeber in Anspruch. **Dieser darf sich daher darauf verlassen, dass der Sachverständige das Wertgutachten mit der Sorgfalt erstellt, die für eine Beleihungswertschätzung im Auftrag der Sparkasse aufzubringen ist**. Aufgrund dessen bestehen vorliegend keine Bedenken, den B, soweit es um die Einbeziehung der K in den Schutzbereich des Gutachtenvertrages geht, einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen gleichzustellen.

d) Schutzbedürftigkeit des Dritten

Erforderlich ist schließlich die Schutzbedürftigkeit des Dritten. Für eine Einbeziehung besteht danach kein

Bedürfnis, wenn dem Dritten **eigene vertragliche Ansprüche** - gleich gegen wen - zustehen, **die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben** wie diejenigen Ansprüche, die ihm über eine Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrages zukämen (BGHZ 70, 327 (330).

Eigene vertragliche Ansprüche der Eheleute K gegen B sind nicht ersichtlich, da zwischen diesen keine vertragliche Beziehung besteht. Es sind aber auch keine vertraglichen Ansprüche der Eheleute K gegen E gegeben, da nicht ersichtlich ist, dass insoweit die Voraussetzungen des § 463 erfüllt sind. Im übrigen sind die Gewährleistungsansprüche vertraglich ausgeschlossen.

Die Eheleute K sind damit schutzbedürftig.

3. Pflichtverletzung

B hat auch eine Pflichtverletzung begangen. Ein Sachverständiger, der sich in einem Wertgutachten zu einem etwaigen Abschlag wegen eines "Reparaturanstaus", zum Unterhaltungszustand und zu erforderlichen Instandsetzungsmaßnahmen verhält, muß bei der Besichtigung des Objekts auch den Versuch unternehmen, die Beschaffenheit des Dachs und des Dachstuhls festzustellen. B hätte also bei der Ortsbesichtigung auch den Dachspitzboden in **Augenschein** nehmen oder, wenn eine solche Besichtigung nicht möglich oder zu beschwerlich gewesen wäre, einen **entsprechenden Vermerk in das schriftliche Gutachten aufnehmen müssen**.

4. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ist indiziert.

5. Verschulden

B hat zumindest fahrlässig gehandelt (siehe oben).

6. Kausalität

Der fahrlässige Pflichtenverstoß des B, der zur inhaltlichen Unrichtigkeit des Gutachtens geführt hat, ist auch kausal für den von K geltend gemachten Schaden, da ein "richtiges" Gutachten die K vom Kauf des Grundstücks abgehalten hätte.

7. Rechtsfolge

B ist den Eheleute K zum Schadenersatz verpflichtet. Eine Minderung des Schadensersatzanspruchs wegen **Mitverschulden der Eheleute K** an der Entstehung des Schadens gemäß **§ 254 Abs. 1 BGB** kann nicht schon deshalb bejaht werden, weil sie ihrerseits bei der Besichtigung des Hauses keine Baumängel festgestellt haben (BGH NJW 1984, 355 (356 f)). Eine Zurechnung des Mitverschuldens über §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 scheidet aus, da die E nicht Erfüllungsgehilfe der Eheleute K ist.

☞ Bei Einbeziehung eines geschädigten Dritten in die Schutzwirkung eines Vertrages ist ein Mitverschulden des Dritten unproblematisch nach **§ 254 BGB** zu berücksichtigen. **Fraglich ist hingegen, ob sich der Dritte ein Mitverschulden des Gläubiger zurechnen lassen muß**.

1. Bei seinem **vertraglichen Schadensersatzanspruch** wird dies gemäß **§§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB** jedenfalls dann bejaht, wenn der Gläubiger gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfe des Dritten ist; der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist tatbestandlich das bestehende Schuldverhältnis, in dessen Rahmen die Zurechnung gemäß § 278 BGB gerechtfertigt ist (BGHZ 9, 316; 24, 325; NJW 1968, 1323 f; 1975, 867 f; Sonnenschein JA 1979, 231). Liegen die Voraussetzungen des § 278 BGB nicht vor, stützt sich die hM auf den Rechtsgedanken des § 334 BGB, wonach der Schuldner dem Dritten gegenüber nicht in einem weiteren Umfang haften dürfe als dem unmittelbaren Gläubiger, der sich ein eigenes Mitverschulden stets anrechnen lassen muß (BGHZ 33, 250; NJW 1965, 1759; Rebe JA 1979, 150; Weimar JR 1981, 140). Dieser Grundsatz kann jedoch aufgrund der "Natur des Vertrages" durchbrochen sein, wenn die Auslegung des Vertrages eine - auch stillschweigende - Abbedingung des § 334 BGB ergibt (vgl. siehe oben).

2. Umstritten ist, ob sich ein vertraglich anrechenbares Mitverschulden auf **deliktische Ansprüche** erstreckt.

a) Die **Rechtsprechung** (BGHZ 9, 319; 24, 327; NJW 1968, 1323; 1975, 867; zustimmend MünchKomm-Grunsky § 254 Rn 79) bejaht dies, wenn die Voraussetzungen des § 278 BGB vorliegen; § 278 BGB sei auch im Deliktsrecht über § 254 Abs. 2 S. 2 BGB anwendbar, da der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch zwischen dem Dritten und dem Schuldner eine schuldrechtliche Sonderbeziehung darstelle, die bereits vor dem haftungsbegründenden Ereignis bestanden habe.

b) Die überwiegende **Literatur** (Medicus BR Rn 871; MünchKomm-Gottwald § 328 Rn 79) wendet dagegen ein, die

Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages solle dem Dritten nützen, ihn aber nicht bei deliktischen Ansprüchen schlechter stellen.

Ergebnis: B ist deshalb gegenüber den Eheleuten K zum Schadenersatz verpflichtet.

Abwandlung 2:

Ein Anspruch der Eheleute K gegen B könnte sich auch hier aus den Vorschriften der **pVV i.V.m. einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte** ergeben.

In Abweichung zum Ausgangsfall erscheint es hier jedoch zweifelhaft, ob der Anspruch nicht ausgeschlossen ist bzw. ob die Eheleute K überhaupt mit in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen sind.

I. Kein Ausschluss

Die Frage der Einbeziehung könnte dahinstehen, wenn der Anspruch schon ausgeschlossen wäre. Ein Schadensersatzanspruch der K gegen B könnte nämlich bereits dann entfallen, wenn die Auftraggeberin E wegen des **arglistigen Verhaltens ihres Sohnes** selbst keine Ansprüche gegen B wegen der schuldhaften Schlechterfüllung des Gutachtenauftrags herleiten könnte und die K sich dies entgegenhalten lassen müßten.

1. Ein **Auftraggeber**, der es bewusst darauf anlegt, dass ein Wertgutachten den Erhaltungszustand des zu begutachtenden Objekts unrichtig wiedergibt, kann nach Auffassung des **BGH** wegen dieses Fehlers **keine Schadensersatzansprüche gegen den Gutachter** geltend machen (NJW 1995, 393).

Die bloße Kenntnis der Mangelhaftigkeit des Gutachtens stünde zwar einem solchen Schadensersatzanspruch nicht entgegen, da § 640 Abs. 2 BGB in diesem Falle nur wegen der in den §§ 633, 634 BGB bestimmten Ansprüche einen Vorbehalt der Rechte des Auftraggebers bei der Abnahme verlangt; auf Schadensersatzansprüche ist diese Bestimmung nicht anwendbar (BGHZ 77, 134).

Ein Auftraggeber, der die Mangelhaftigkeit des Gutachtens gezielt herbeiführt, setzt sich jedoch dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus (venire contra factum proprium), wenn er wegen dieses Mangels nachträglich Schadensersatzansprüche erhebt (vgl. RGRK-Glanzmann, BGB, § 640 Rn 26). Diesem Arglisteinwand ist er auch dann ausgesetzt, wenn der Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens auf ein Tätigwerden seines Vertreters zurückzuführen ist, **§ 166 Abs. 1 BGB** (vgl. hinsichtlich der Zurechnung der Arglist des Vertreters im Falle des § 463 BGB BGHZ 117, 104).

Folglich stünde der Auftraggeberin E kein Schadensersatzanspruch gegen B zu.

2. Fraglich ist jedoch, ob dies den **Anspruch des mitgeschützten Dritten berührt.**

a) Nach der Rechtsprechung des BGH stehen dem geschützten Dritten, der seine Rechte aus den Vertragsbeziehungen der unmittelbaren Vertragspartner herleitet, grundsätzlich **keine weitergehenden Rechte zu als dem unmittelbaren Vertragspartner des Schädigers**.

Daraus hat die Rechtsprechung (BGHZ 33, 247 (250); BGH NJW 1965, 1757 (1759); NJW 1975, 867 (868 f)) **gefolgert, dass sich der durch den Schutzpflichtigen schuldhaft geschädigte Dritte ein Mitverschulden des Vertragspartners seines Schädigers nach § 254 BGB auch dann entgegenhalten lassen muß, wenn dieser Vertragspartner nicht der gesetzliche Vertreter oder Erfüllungsgehilfe des Dritten iSd § 278 BGB ist**. Gleiches gilt für eine vertragliche Freizeichnung (BGHZ 56, 269 (272)). Diese Begrenzung des Drittschutzes wird dabei sowohl dem **Rechtsgedanken des § 334 BGB** als auch dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß **§ 242 BGB** entnommen.

Beide Begründungen zeigen aber, dass es sich hierbei nur um einen **Grundsatz** (so ausdrücklich auch BGHZ 56, 269 (272)), **nicht aber um ein unverrückbares Prinzip** handelt (BGH NJW 1995, 393). Das versteht sich, soweit der Grundsatz von Treu und Glauben herangezogen wird, von selbst. Aber auch aus dem Rechtsgedanken oder der entsprechenden Anwendung des § 334 BGB ergibt sich nicht anderes. Die den echten Vertrag zugunsten Dritter betreffende Bestimmung des **§ 334 BGB**, wonach dem Versprechenden die

Einwendungen aus dem Vertrag auch gegenüber dem Dritten zustehen, ist **dispositives Recht**. **Diese Vorschrift kann - auch stillschweigend - abbedungen werden**, was sich insbesondere aus der Natur des Deckungsverhältnisses ergeben kann (BGHZ 93, 271 (275 f)). Wenn es - wie hier - bei der Ermittlung des Inhalts und der Reichweite des Drittschutzes durch Auslegung des Vertrages darum geht, diese Bestimmung entsprechend oder ihrem Rechtsgedanken nach anzuwenden, ist nicht ersichtlich, warum insoweit strengere Maßstäbe gelten sollten.

b) Eine solche, sich aus der "Natur des Vertrages" ergebende Durchbrechung des Grundsatzes, dass die Haftung des Schutzpflichtigen gegenüber dem Dritten nicht weiterreicht als gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner, ist nach Ansicht des BGH auch bei der Auslegung des vorliegenden Gutachtenvertrages in Erwägung zu ziehen (NJW 1995, 393 f).

Dem B war bekannt, dass das **Wertermittlungsgutachten zu Verkaufszwecken** in Auftrag gegeben worden war. Er mußte demnach nicht nur damit rechnen, dass dieses Gutachten Kaufinteressenten vorgelegt wird, ihm mußte auch weiter bewusst sein, dass angesichts des besonderen Vertrauens, das Kaufinteressenten regelmäßig in die Zuverlässigkeit und Sachkunde eines anerkannten Sachverständigen haben, seinen gutachterlichen Äußerung möglicherweise ein größeres Gewicht zukommt als den Angaben des Verkäufers selbst und deshalb ein **Gutachten dazu geeignet ist, ein etwaiges Misstrauen dieser Kaufinteressenten gegenüber der Richtigkeit der Angaben des Verkäufers zu zerstreuen**. Darin liegt auch der erkennbare, die Verkaufsabsicht fördernde besondere Wert des Gutachtens für den Auftraggeber. **Vor allem entspricht es dem offenkundigen Interesse des möglichen Käufers, dass sein Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens gerade in den Fällen rechtlich geschützt wird, in denen der Verkäufer die wirkliche Beschaffenheit des Kaufgegenstandes in unredlicher Weise zu verschleiern sucht**. Ist deshalb ein Gutachtenvertrag dahin auszulegen, dass auch mögliche Käufer in den Schutzbereich des Vertrages fallen, so liegt die Annahme nahe, dass das **Vertrauen des Dritten in die Richtigkeit der gutachterlichen Aussagen auch dann geschützt werden soll, wenn die Unrichtigkeit durch den Auftraggeber (mit-) veranlasst worden ist** und zwar unabhängig davon, welche Auswirkungen diese Veranlassung auf die Haftung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber hat.

☞ So im Ergebnis auch Musielak, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1974, S. 41 f; Ziegltrum, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, S. 217 f, die mit Recht hervorheben, dass die bisherige Rechtsprechung zur Anwendung des Rechtsgedankens des § 334 BGB auf Verträge mit Schutzwirkung für Dritte Fälle betraf, in denen der Vertragspartner des Schutzpflichtigen für das "Wohl und Wehe" des Dritten verantwortlich war, mithin beide im "gleichen Lager" standen; diese Rechtsprechung läßt sich auf die Fälle, in denen trotz gegenläufiger Interessen von Vertragspartner und Drittem gleichwohl ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte bejaht wird, nicht unbesehen übertragen; idS auch MünchKomm-Gottwald, BGB, § 328 Rn 104.

Durch eine solche Vertragsauslegung würde dem Sachverständigen auch kein unzumutbares Haftungsrisiko aufgebürdet, insbesondere keine umfassende Einstandspflicht für die Richtigkeit seines Auftraggebers. Der Sachverständige darf Informationen des Auftraggebers auch dann bei der Erstellung seines Gutachtens berücksichtigen - und wird dies vielfach auch tun müssen -, wenn er deren wahres Gehalt nicht nachprüfen kann. **Er muß dann aber diesen Umstand in seinem Gutachten kenntlich machen** (vgl. auch BGH NJW 1984, 356). **Tut er dies, so gibt er damit regelmäßig zu erkennen, dass er für die Richtigkeit der Angaben seines Auftraggebers nicht einstehen will**.

Eine Schadensersatzpflicht des B gegenüber den K ist daher nicht schon deswegen abzulehnen, weil eine Schadensersatzhaftung des B gegenüber der unmittelbaren Vertragspartnerin E entfiele. Vielmehr ist der Gutachtenvertrag dahin auszulegen, dass das **Vertrauen der K in die Richtigkeit des Gutachtens auch dann geschützt sein soll, wenn die Haftung des Auftragnehmers (B) gegenüber der Auftraggeberin (E) entfällt**.

II. Einbezug der Eheleute K in den Schutzbereich des Vertrages E/B

Da der Anspruch nicht ausgeschlossen ist, kommt es nunmehr entscheidend darauf an, ob die Eheleute K in den Schutzbereich des Vertrages zwischen E/B eingezogen worden sind. Dann müßten die Einbeziehungsvoraussetzung vorliegen. Hier ist lediglich die Gläubigernähe und die Schutzbedürftigkeit zweifelhaft.

1. Gläubigernähe

Da es an einem besonderen Schutz- und Fürsorgeverhältnis fehlt, ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu prüfen, ob die Vertragsparteien den Willen hatten, zugunsten der Eheleute K eine Schutzpflicht zu begründen.

Zweifelhaft könnte bereits die Gläubigernähe deshalb sein, da der Sohn der E den wahren Zustand des Gebälks kannte und sich gegenüber B bei der Besichtigung des Objekts die Schwierigkeiten bezüglich der Zugänglichkeit des Spitzbodens zugute gemacht hat, um diese Mängel zu verheimlichen und sodann arglistig von dem objektiv unrichtigen Gutachten Gebrauch gemacht hat, er also die Eheleute K gar nicht in den Schutzbereich des Vertrages einbeziehen wollte.

Zwar mag dies ein Indiz dafür sein, dass dieser ein objektiv richtiges, auch den Interessen eines Kaufinteressenten entsprechendes Wertgutachten gar nicht wollte. Dieser verborgen gebliebene innere Wille wäre jedoch bei der Frage, welcher objektive Erklärungswert der bei der Auftragserteilung erfolgten Mitteilung des Zwecks der Begutachtung mit Blick auf eine etwaige Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Vertrages beizumessen ist, nicht maßgebend. Der Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte steht damit nicht entgegen, dass der Vertreter der Grundstückseigentümerin bei der Besichtigung des Anwesens dessen Mangel bewusst verheimlichte.

2. Schutzbedürftigkeit

Es könnte hier aber an der Schutzbedürftigkeit der Eheleute K fehlen, wenn diese eigene vertragliche Ansprüche hätten.

Eigene vertragliche Ansprüche gegen den Gutachter B scheiden wie in der Abwandlung 1 mangels vertraglicher Beziehung aus.

Hier besteht aber ein eigener Schadensersatzanspruch der Eheleute K nach **§ 463,2** gegen E, da der Vertreter der E, ihr Sohn S arglistig von dem objektiv unrichtigen Gutachten Gebrauch gemacht hat und es sich dabei um das arglistige Verschweigen eines Fehlers im Sinne dieser Vorschrift handelt. Dieses Verhalten des S muß sich die E zurechnen lassen, § 166 I.

Der Anspruch ist auch nicht durch den **vertraglich vereinbarten Haftungsausschluss** ausgeschlossen, da dieser hier wegen § **476** unwirksam ist.

Darüber hinaus ist wegen des arglistige Verhaltens des S auch der Tatbestand einer **cic** erfüllt, der hier auf Grund der Arglist neben den Gewährleistungsvorschriften Anwendung findet, und auf den der vertraglich vereinbarte Haftungsausschluss keine Anwendung findet.

Aufgrund dieses eigenen vertraglichen Anspruchs fehlt es an dem Erfordernis der Schutzbedürftigkeit, so dass die Eheleute K nicht in den Schutzbereich des Vertrages zwischen E und B einbezogen sind.

Ergebnis: B ist nicht gegenüber den K zum Schadensersatz verpflichtet.