

Gunther Teubner
Frankfurt

- erschienen in: *Gert Brüggemeier (Hg.), Liber Amicorum Eike Schmidt,*
C.F.Müller, Heidelberg, 2005, 303-334 -

Expertise als soziale Institution: Die Internalisierung Dritter in den Vertrag*

Expertise als soziale Institution: Die Internalisierung Dritter in den Vertrag	1
I. Expertenhaftung gegenüber Dritten – ein Problem der Vertragshaftung?	1
II. Drei implizite Dimensionen der Transaktion	4
1. Bilaterale Interaktionsbeziehung	8
2. Ökonomische Beziehungen	8
2. Soziale Beziehungen	11
a. Vertrauen	11
b. Profession	12
c. Institution	13
III. Expertise als Institution	14
IV. Projekt-bezogene Expertise: Ausgewählte Rechtsfragen	20
1. Dogmatische Konstruktion	20
2. Kreis der geschützten Personen	22
3. Haftungsausschluss und vertragliche Einwendungen	26

I. Expertenhaftung gegenüber Dritten – ein Problem der Vertragshaftung?

Eike Schmidt hat den provokativen Vorschlag gemacht, den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gegenüber dem Konsens der beiden Vertragspartner vollständig zu verselbständigen und ihn zu einer eigenständigen Rechtsfigur auszuformen.¹ Eine solche "Auflösung der vertraglichen Schutzwirkungskonstruktion" hat zur Folge, daß nicht mehr Drittschutz, sondern Direktschutz gegeben wird und daß dieser Schutz nicht von den Einschränkungen des zugrundeliegenden Vertrags abhängig ist. Dieser Vorschlag, der die nichtvertraglichen Elemente des Drittschutzvertrags rechtsdogmatisch ins Zentrum rückt, ist Teil seines Projekts eines sozialen Privatrechts, in dem das "Soziale" nicht nur, wie es meist verstanden wird, für "Sozialstaat", also für sozialpolitische Interventionen des Staates, steht, sondern zugleich für "Sozialautonomie", also für gesellschaftliche Selbstregulierungen jenseits der traditionellen individuellen Privatautonomie.² In der Tat hat die Rechtsprechung mit dem Einsatz des Drittschutzvertrags indirekt auf Einflüsse gesellschaftlicher Selbstregulierung auf die Vertragsbeziehung reagiert, die von der Dogmatik einer bilateralen Beziehung, selbst in ihren objektivierenden Varianten, nicht erfasst werden können.

Ich möchte an diese Ideen anknüpfen und den Vorschlag machen, den Begriff der "Institution", der heute in der Soziologie, in der Ökonomie, in der Politikwissenschaft und in der Rechtstheorie eine bemerkenswerte Renaissance erlebt, systematisch für

* Ich danke Dietrich Becker und Cordula Heldt für ihre Mitarbeit am Beitrag, Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano und Vaios Karavas für hilfreiche Kommentare.

¹ Esser und *Eike Schmidt*, Schuldrecht: Allgemeiner Teil I 2, Heidelberg: C.F. Müller 2000, § 34 IV 2c und d.

² Grundlegend *Eike Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153ff., 159ff.

den von Eike Schmidt angezielten Zusammenhang von Vertrag, Sozialstaat und gesellschaftlicher Selbstregulierung zu nutzen.³ Schmidt selbst hat die prominente Rolle von "Institutionenbildung" im Wandel von der Privatautonomie zur Sozialautonomie herausgearbeitet.⁴ Am Beispiel der Expertenhaftung gegenüber Dritten möchte ich zeigen, dass, wenn man sie an "Expertise als gesellschaftliche Institution" orientiert, ihre dogmatischen Grundlagen und manche Einzelfragen in einem neuen Licht erscheinen. Das Potential einer solchen Institutionenanalyse besteht darin, dass am Aufbau des aktuellen Sinnes gesellschaftlicher Institutionen – wie der Expertise – gesellschaftliche Selbstregulierung, sozialstaatliche Interventionen und rechtliche Normierungen gleichermaßen beteiligt sind und dass entsprechend von einer Analyse ihres Zusammenspiels auch die Rechtsdogmatik gewinnen kann. Sie verfährt dabei nach der "Dialektik", daß sie "einerseits die Übernahme gewachsener Strukturen qua Institution anerkennt, dann jedoch zu deren Einschränkung und Kontrolle qua Rekurs auf kompensierende Prinzipien ,gegenhält'".⁵

Bekanntlich erweiterte im Dachstuhlfall von 1995 der Bundesgerichtshof den Drittschutzvertrag drastisch.⁶ Der Vertrag zwischen Verkäufer und Architekt über die Anfertigung des Gutachtens soll implizit eine Bestimmung enthalten, wonach der Architekt auch dem am Gutachtenvertrag nicht beteiligten Käufer vertraglich zur ordnungsgemäßen Erbringung der Leistung verpflichtet ist – diese Pflicht soll sich nicht nur auf das Integritätsinteresse des Käufers, sondern auch auf dessen Leistungsinteresse erstrecken. Abweichend von früheren Entscheidungen, die für eine Einbeziehung Dritter in den Vertrag stets eine besondere "Nähebeziehung" zwischen Auftraggeber und Drittem verlangten, weitete das Gericht die Konstruktion aus, und wendet sie auch auf Austauschbeziehungen auf anonymen Märkten an – konkret: auf dem Immobilienmarkt -, wo von einer Verantwortung für Wohl und Wehe des Vertragspartners keine Rede sein kann, sondern eine antagonistische Interessenbeziehung besteht. Damit nicht genug: Abweichend vom Wortlaut des § 334 BGB, der die Möglichkeit vertraglicher Einreden gegen den Dritten ausdrücklich festschreibt, erlaubte das Gericht dem Architekten auch nicht, dem Anspruch des Käufers Einreden aus seinem vertraglichen Verhältnis mit dem Verkäufer, der für das fehlerhafte Gutachten letztlich verantwortlich war, entgegenzusetzen. Der Architekt muss dem Käufer aus Vertragshaftung ohne Vertrag in voller Höhe Schadensersatz leisten.

Diese Ausweitung der vertraglichen Expertenhaftung auf Drittpersonen auf der anderen Seite des Markts – Richterrecht *praeter legem*, wenn nicht gar *contra legem*⁷ – birgt hohe finanzielle Risiken für die Dritthaftung einer ganzen Reihe von

³ Einen Überblick über die Wiederkehr des Institutionalismus in den verschiedenen Disziplinen und seine Relevanz für die Rechtswissenschaft gibt *Black*, *New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis* Institutional Approaches to Regulatory Decision Making, *Law & Policy* 19, 1997, 51 ff. Wichtige Beiträge zum neuen Institutionalismus *Evans*, *Rueschemeyer* und *Skocpol* (Hg.), *Bringing the State Back In*, Cambridge: Cambridge University Press 1985; *Hall*, *Governing the Economy: The Politics of State intervention in Britain and France*, New York: Oxford University Press 1986; *March and Olsen*, *The New Institutionalism: Organisational Factors in Political Life*, *American Political Science Review* 78, 1984, 734 ff.; *Apter*, *Institutionalism Reconsidered*, *International Social Science Journal* 43, 1991, 463 ff.; *Scott*, *Institutions and Organisations*, Thousand Oaks: Sage 1995.

⁴ Eike Schmidt, Fn. 2, 159ff.

⁵ Eike Schmidt, Fn. 2, 159.

⁶ BGHZ 127, 378 – Dachstuhl.

⁷ So dezidiert *Honsell*, *Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen*, in: *Festschrift für Dieter Medicus*, Heymann: Köln 1999, S. 233.

Berufsgruppen, darunter etwa Wirtschaftsprüfer, Buchhalter, Steuerberater, Architekten, Gutachter von Unfallversicherungen – und aus neuerer Zeit Börsenanalysten. Und es gibt eine ganze Reihe von konkreten Projekten verschiedener Art, für die Gutachten mit Dritthaftungsrisiko erstellt werden: komplexe Aquisitions-geschäfte, umfangreiche Kreditaufnahmen, Immobilienprojekte und Baugeschäfte, risikoreiche Finanztransaktionen. Gewöhnlich besteht eine Dreiecks-konstellation: der Experte – in unserem Fall der Architekt – und die beiden Projektpartner: der eine von ihnen, der Auftraggeber des Experten – in unserem Fall der Verkäufer –, schließt einen Vertrag mit dem Experten, der sachverständig Auskunft über das Projekt geben soll; der andere von ihnen ist der Dritte – unser Käufer –, der regelmäßig nicht Partei des Gutachtenvertrags ist. Häufig verwandelt sich diese Dreiecks-konstellation in eine multilaterale Konstellation, an der ein vierter, fünfter, sechster ... xter zusätzlicher Akteur beteiligt ist. Manchmal sind die Akteure direkt in das Projekt eingebunden, oder sie sind potenzielle Projektpartner, oder sie finanzieren das Projekt über einen Kredit oder sie sichern es mit einer Bürgschaft ab, oder sie sind Teil einer sich anschließenden Transaktionskette, oder sie sind am konkreten Projekt gar nicht direkt beteiligt, erleiden aber aufgrund der Risiken des Projekts finanziellen Schaden, und so weiter, und so weiter. "The floodgates are open."

Diese Gefahr einer nicht mehr zu kontrollierenden Haftungsausweitung ist wohl der wichtigste Grund dafür, dass in den meisten Rechtsordnungen die Haftung von Experten gegenüber Dritten so heißumstritten ist.⁸ Zwar besteht weitgehend Übereinstimmung darin, dass die Expertenhaftung im Grundsatz über die engen Grenzen des bilateralen Expertisenvertrags hinausgehen muß. Welchen Prinzipien diese Haftungsausweitung aber folgen soll, ist trotz langer Kontroversen immer noch unklar, und die Details dieser Haftung, insbesondere der Kreis der geschützten Personen, sind hoffnungslos umstritten. Hier eine Liste offener Fragen:

- (1) *Leitprinzip?* Warum soll die Expertendritthaftung gerade ein Problem des Vertragsrechts sein? Lediglich das deutsche, österreichische und Schweizer Recht konstruieren hier einen Vertrag zugunsten Dritter, während die meisten anderen Rechtsordnungen des civil und des common law deliktsrechtlich qualifizieren. Und es gibt quasi-vertragliche und quasi-deliktische Konstruktionen bis hin zu "contort"-Lösungen als dritten eigenständigen Weg zwischen Vertrag und Delikt. Aber welche Konstruktion die nicht-vertraglichen Qualifikationen auch immer wählen, die zentrale Frage stellt sich ihnen allen gleichermaßen: Läßt sich eine "Sonderbeziehung" identifizieren – mit den Worten eines britischen Richters "equivalent to contract"⁹ (!) –, die eine erhöhte Sorgfaltspflicht des Experten gegenüber einem Dritten rechtfertigt? Unter welchen Bedingungen kann man eine Beziehung zwischen Fremden als eine solche "Sonderbeziehung" qualifizieren, kraft derer der Experte dem Dritten ähnlich haftet wie seinem Vertragspartner? Es geht hier um dieselbe Frage, die sich –

⁸ Rechtsvergleichende Analysen zur Expertenhaftung *Kötz* The Doctrine of Privity of Contract in the Context of Contracts Protecting the Interests of Third Parties, Tel Aviv University Studies in Law 10, 1990, 195ff.; *Müller*, Auskunftshaftung nach deutschen und englischem Recht, Berlin: Duncker & Humblot 1995; *Ebke*, Abschlussprüferhaftung im internationalen Vergleich, in: Festschrift für Reinhold Trinkner, Recht und Wirtschaft: Heidelberg, 1996, S. 493ff.; *Kötz* Europäisches Vertragsrecht, Tübingen: Mohr & Siebeck 1996; *Schönenberger*, Haftung für Rat und Auskunft gegenüber Dritten. Eine rechtsvergleichende Studie, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1999.

⁹ Hedley Burne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd (1964) A.C. 465 (H.L.), 529 und 539 (per Lord Devlin).

aus einer anderen Perspektive – im Vertragsrecht immer wieder stellt: Läßt sich eine “beziehungsimmanente” Verpflichtung behaupten, durch die unbeteiligte Dritte in das Regime vertraglicher Haftung einbezogen werden sollen? Die Expertenhaftung für Dritte scheint nun aber die Grenzen der Vertragshaftung zu sprengen. Während “normale” Vertragsauslegung lediglich Sorgfaltspflichten zweier Parteien unter dem Regime eines zwischen ihnen bereits bestehenden Vertrages hinzukonstruiert, muß eine vertragliche Haftung des Experten für Dritte davon ausgehen, dass es “in Wahrheit” eine dritte Vertragspartei gibt. Dieser Dritte parasitiert an einem ihm fremden Vertrag, er profitiert nicht bloß von der wertvollen Expertise selbst, ohne dafür zu zahlen, sondern ist auch, wieder ohne Gegenleistung, gegen deren Risiken versichert. Expertenhaftung transformiert – ganz gleich, welche dogmatische Konstruktion man hierfür wählt – ein freiwillig eingegangenes bilaterales Haftungsrisiko in ein richterlich oktroyiertes trilaterales oder gar multilaterales Risiko. Ist es nicht eine grandiose Fiktion, bei dieser Expansion noch von Vertragshaftung zu sprechen? Andererseits: Was ist für nicht-vertragliche Konstruktionen die “Quelle” der Sonderbeziehung - wenn nicht der Vertrag?

- (2) *Kreis der geschützten Personen?* Das ist die für die Praxis zentrale Frage, für welche dogmatische Konstruktion auch immer man sich entscheidet. Deliktsrechtliche Ansätze beginnen mit einem weiten Kreis potenziell geschützter Personen und müssen anschließend mühsam Kriterien entwickeln, um die im Prinzip unendliche Haftung zu begrenzen.¹⁰ Gesucht sind Kriterien für die Haftungsgrenzen gegenüber einer unübersehbaren Zahl von Personen, deren Verhalten kausal durch die falsche Information beeinflusst worden ist. Umgekehrt ziehen vertragsrechtliche Ansätze den Kreis potenziell geschützter Personen zunächst sehr eng und haben dann Mühe, den Kreis vertragsimmanent auf weitere geschützte Dritte zu erweitern. Beiden Ansätzen geht es letztlich darum, Personen zu schützen, die durch die Expertise in gleicher Weise berührt werden wie die Vertragspartei. In der Kriterienwahl unterscheiden sich dann aber die Ansätze dramatisch.
- (3) *Voraussetzungen der Haftung?* Ebenso kontrovers sind die Sorgfaltsanforderungen, die dem Dritten gegenüber geschuldet sind. Werden sie im Vertrag zwischen Auftraggeber und Experten festgelegt und dann auf den Dritten übertragen? Oder kann man sie aus dem Vertrag zwischen Auftraggeber und Dritten gewinnen? Oder sind sie Ergebnis eines vielen Verträgen entstammenden Standardisierungsprozesses auf dem jeweiligen Markt? Oder handelt es sich um vertragsunabhängige professionelle Standards?
- (4) *Beschränkungen der Expertenhaftung?* Wie steht es mit Einwendungen, die der Experte gegenüber seinem Auftraggeber erheben kann? Kann der Experte diese Einwendungen auch dem Dritten entgegenhalten? Wie wirken sich Haftungsbeschränkungen auf Ansprüche des Dritten aus? Kann der Experte seine Haftung gegenüber dem Dritten ausschließen?

II. Drei implizite Dimensionen der Transaktion

¹⁰ Siehe etwa *Brüggemeier*, Deliktsrecht. Baden-Baden: Nomos, 1986, Rz 456ff.

Führt uns hier der Vorschlag "Expertise als Institution" weiter? Ist Institution nicht ein längst ausgelaugter Rechtsbegriff, der immer wieder benutzt wird, um als Inhalte in Rechtsnormen hineinzugeheimnissen, die man dann als Ergebnis eines objektiven Argumentationsprozesses präsentiert?¹¹

Um das normative Potential institutionellen Denkens in legitimer Weise auszunutzen, muss man allerdings das enge Konzept der ergänzenden Vertragsauslegung oder verwandter Begriffe wie "implied terms in fact / in law" verlassen.¹² Aber auch die objektivierenden Begriffe der "Leistungsnähe", wie sie beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte entwickelt worden sind, helfen bei der Expertenhaftung nicht recht weiter. Der hier gemachte Vorschlag heißt, dass das Recht auf den Sinngehalt der in den Expertenvertrag involvierten sozialen Institutionen systematisch rekurren muß. Genauer: *Das Recht darf sich nicht auf eine Abwägung der individuellen Interessen in der Vertragsbeziehung beschränken, sondern muß die Kollisionen zwischen den sozialen Institutionen, in die der Vertrag eingebettet ist, analysieren und entscheiden.* Wenn die rechtlich relevanten kollidierenden Institutionen identifiziert werden sollen, kommt man mit der Hilfe von rechtssoziologischen und rechtsökonomischen Analysen ein Stück weiter, muß dann aber rechtsdogmatisch weiterbauen. Einschlägig sind das ökonomische Konzept des "complete contracting" ebenso wie soziologische Theorien der "embeddedness" ökonomischer Transaktionen, deren Verwertbarkeit für vertragsrechtliche Zwecke zu überprüfen sind.¹³

In der Tat schlagen sowohl Rechtsökonomien als auch Rechtssoziologen vor, solche implizite Vertragsdimensionen wie die Expertendritthaftung als eine Frage der "embeddedness" ökonomischer Transaktionen zu interpretieren. Sie empfehlen eine theoretisch angeleitete, empirische Analyse "spontaner Ordnungsbildungen", also der wiederkehrenden Verhaltensmuster der konkreten Vertragsparteien einerseits und der stabilisierten Marktkonventionen andererseits, um aus der Einbettung des konkreten Vertrags in solche spontane Ordnungen Entscheidungsgesichtspunkte zu gewinnen. Die Vorzüge dieses kontextuellen Ansatzes gegenüber rein juristischer Auslegungskunst, die sich auf die hermeneutische "Entschlüsselung" von Vertragstexten konzentriert, sind offensichtlich:¹⁴ Angesichts des Reichtums des empirischen Materials werden Entscheidungen der Gerichte realistischer. Sie profitieren zudem vom "impliziten Wissen" spontaner Ordnungen, d.h. den in individuelle Verhaltensmuster und kollektive Handelsbräuche eingeschriebenen gesellschaftlichen Erfahrungen. Schließlich: Weil die Entscheidungen der Gerichte soziale Normen berücksichtigen werden, wächst die Legitimität der Entscheidungen und die Chancen ihrer Befolgung steigen.

¹¹ So die vehement vorgetragene Kritik von *Rüthers*, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, Bad Homburg: Gehlen, 1970. Es wirft aber ein bezeichnendes Licht auf die Ambivalenz der Kritik, dass der gleiche Autor sein Gutachten zur Mitbestimmung eben auf jenen Institutionsbegriff stützte, *Badura, Rittner, Rüthers*, *Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz: Gemeinschaftsgutachten*, München: Beck, 1977, S. 234ff.

¹² So dezidiert *Eike Schmidt*, Fn. 1§ 34IV2c und d, der eine völlige Ablösung vom zugrundeliegenden Vertrag fordert.

¹³ Für "complete contracting": *Craswell*, *Contract Law: General Theories*, in Bouckaert und de Geest, (Hg.), *Encyclopedia of Law and Economics. Volume III, The Regulation of Contract*, Elgar: Cheltenham, 1999, S. 1ff.; für *embeddedness*: *Granovetter*, *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, *American Journal of Sociology* 91, 1985, 481ff.

¹⁴ Zu einem systematischen Überblick zu verschiedenen rechtsinternen und rechtsexternen Techniken der Vertragsinterpretation siehe *Campbell und Collins*, *Discovering the Implicit Dimensions of Contracts*, in: *Campbell und Collins* (Hg.), *Implicit Dimensions of Contract*, Oxford: Hart, 2003, S. 25ff.

Doch ist der Ansatz der spontanen Ordnungen von nur begrenztem Nutzen, wenn er rechtliche Entscheidungen anleiten soll.¹⁵ Geronnene Interaktionsmuster der Vertragsparteien und etablierte soziale Normen am Markt sind für die rechtliche Argumentation nicht informativ genug. Sie informieren nur über die Ergebnisse von sozialen Konflikten, nicht aber über die Konflikte selbst. Sind sie ein fairer Ausgleich oder ein schlechter Kompromiss? Das Ergebnis von machtneutralisierten Verhandlungen oder eines Oktrois von Macht? Eine fein austarierte Antwort auf konfligierende Interessen oder eine gedankenlose Übernahme veralteter Traditionen? Ergebnis eines rationalen Diskurses oder blinder Evolution? Etablierte soziale Normen geben über die Kollisionen zwischen den sozialen Systemen, denen sie entstammen, keine Auskunft. Individuelle Verhaltensmuster und soziale Konventionen liefern daher nicht, was die rechtliche Argumentation am dringendsten benötigt: eine kritische Rekonstruktion und Reflexion des Sinngehalts unterschiedlicher sozialer Praktiken, in die der Vertrag eingebettet ist. Schwieriger noch ist die Situation, wenn im konkreten Konflikt – wie in unserem Fall der Expertenhaftung – keine verlässlichen Verhaltensmuster oder dauerhafte Marktgebräuche identifiziert werden können. Dann gibt es keinen Rückgriff auf etablierte soziale Normen und es bleibt in der Tat nur die Kollision zwischen verschiedenen sozialen Institutionen, mit der das Recht umgehen muß.

Der Vorschlag heißt also nicht, den kontextuellen Ansatz, den Rechtsökonom und Rechtssoziologen empfehlen, zu verlassen, sondern ihn weiterzuentwickeln. Die Instruktion heißt: Suche nicht nur nach existierenden Verhaltensmustern, die sich aus den Kollisionen sozialer Systemen herausgebildet haben, sondern analysiere die Kollision selbst! Vielmehr rekonstruiere den "Eigensinn", also die Eigenrationalität und die Eigennormativität derjenigen sozialen Institutionen, die ihre gegensätzlichen Orientierungen dem Vertrag zu inkorporieren suchen! Dies erst erzeugt den "Mehrwert" einer Institutionenanalyse, den die rechtliche Argumentation benötigt. Ist die Kollision erst einmal analysiert, dann können eine kritische Evaluierung der kollidierenden normativen Prinzipien ebenso wie eine Einschätzung des in aktuellen Verhaltensmustern und Gebräuchen gefundenen Kompromisses einsetzen und eine argumentativ begründete Präferenzregel für konfligierende soziale Praktiken die rechtliche Entscheidung formulieren.

Wie an anderer Stelle im Detail ausgeführt, bedarf das Vertragsrecht für eine solche institutional analysis eigenständiger Sozialmodelle, die den Vertrag im polykontextuellen Zusammenhang gegenwärtiger Gesellschaft reformulieren.¹⁶ Das heißt, um es kurz zu machen: Soziale Einbindung des Vertrages heute bedeutet nicht mehr einfach, dass der Vertrag in einen umfassenden Sozialkontext integriert ist, was durch kohärente soziale Normen symbolisiert wird, sondern sie bedeutet, den einzelnen Vertrag den Kollisionen einer Mehrzahl hochentwickelter sozialer Rationalitäten auszusetzen. Diese Situation unterschiedlicher, miteinander

¹⁵ Bei aller Offenheit gegenüber Institutionenbildung betont auch *Eike Schmidt*, Fn. 2,159f. die Grenzen des Ansatzes.

¹⁶ Teubner *Contracting Worlds: Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes*, *Social and Legal Studies*, 2000, 399ff. und die dort abgedruckten Reaktionen von *MacNeil*, *Gerstenberg*, *Campbell*. Diesem Ansatz folgen auch die vertragsrechtlichen Arbeiten von *Müller*, *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft*. Basel: Helbing & Lichtenhan, 1997 und *Amstutz*, *Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung*, in: *Festschrift für Heinz Rey*, Zürich: Schulthess 2003, S. 161ff.; *Abegg*, *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts*. Zürich: Schulthess, S. 118ff.

konfligierender “Vertragswelten” lässt sich, wie es gelegentlich getan wird, durchaus als ein Differenz von Sprachspielen beschreiben, die den Vertrag konstituieren, es geht aber um weitaus mehr als um die Entscheidung zwischen nur zweier solcher Sprachspiele, zwischen der deskriptiven Sprache des Historikers und der normativen Sprache des Juristen.¹⁷ Ein konkreter Vertrag ist regelmäßig “multilingual”: er ist in den multiplen Sprachen unterschiedlicher Sprachspiele geschrieben, die ihre Rationalität der Vereinbarung zu oktroyieren suchen. Wenn das Recht wie im Falle der Expertendritthaftung “implizite” Vertragsdimensionen “explizit” macht, dann deckt es die konfligierenden Anforderungen dreier “Vertragswelten” auf, an denen der Vertrag immer schon teilnimmt: (1) die der konkreten Interaktionsbeziehung der Parteien, ihrer Geschichte und ihres Kontextes, (2) die der ökonomischen Institutionen, welche für die finanziellen Aspekte der Transaktion verantwortlich sind, (3) – besonders wichtig in unserem Zusammenhang – die der sozialen Institutionen innerhalb des produktiven Prozesses, an dem der Vertrag teilnimmt.

Was ist für die Expertendritthaftung gewonnen, wenn sie in den Kontext dieser drei Institutionen und ihrer Kollisionen gestellt wird? In der gegenwärtigen interdisziplinären Debatte um die Expertenhaftung ist es übliche Praxis geworden, ausschließlich *eine* dieser Institutionen als normative Grundlage für die Dritthaftung heranzuziehen. Mikrosoziologische Vertragstheorien empfehlen, auf die Normbildungen in der einzelnen Interaktionsbeziehung zwischen den Vertragsparteien zu achten, rechtsökonomische Theorien zielen auf Konventionen in Märkten und Hierarchien, rechtssoziologische Theorien verweisen auf institutionalisierte Vertrauensbeziehungen.¹⁸ In unserer Perspektive erscheinen jedoch alle drei Ansätze als eindimensional. Angesichts der Polykontextualität der Gesellschaft sind sie schlicht unterkomplex und führen zu einseitigen dogmatischen Festlegungen, die das Recht nicht akzeptieren kann. Die Alternative heißt, alle drei “Vertragswelten” in die Analyse einzubeziehen und die fundamentalen Kollisionen zwischen ihnen als Grundlage der Expertenhaftung zu identifizieren.

Dabei sind in diesen Kollisionen nicht nur die Pflichtenstandards im Streit, sondern es stellt sich darüber hinaus die Frage, welche Akteure überhaupt an der Transaktionsbeziehung beteiligt sind: Wer ist Mitglied des Projekts? Wenn eine Expertise-Beziehung an verschiedenen Sprachspielen teilnimmt – an der vertraglichen Interaktion von Auftraggeber und Experten, am ökonomischen Kontext von Zahlungsoperationen und am produktiven Kontext der Expertisenerstellung, dann definiert jedes dieser Sprachspiele die personalen Grenzen der Beziehung anders. Jede dieser “Vertragswelten” erlegt dem Vertrag eine unterschiedliche “privity”, ein je andersgeartetes Relativitätsprinzip des Vertrages, d.h. unterschiedliche Grenzen der Sozialbeziehung, unterschiedliche Mitgliedschaftsregeln, unterschiedliche Prinzipien von Inklusion und Exklusion, auf. Die involvierten Sprachspiele definieren die Sozialbeziehung “Vertrag” je anders: entweder als bilaterale Interaktion oder bilaterale Transaktion oder als multilaterales Sozialverhältnis. Während in vielen Vertragstypen diese Vertragswelten mehr oder weniger identische Grenzen der Beziehung definieren, liegt die Besonderheit der

¹⁷ *Campbell und Collins*, Fn.14.

¹⁸ Eine im Schwerpunkt mikrosoziologische Analyse bei *Köndgen*, *Selbstbindung ohne Vertrag: Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*. Tübingen: Mohr & Siebeck 1981; eine rechtsökonomische Sicht bei *Schäfer*, *Haftung für fehlerhafte Wertgutachten aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive*, AcP 202, 2002, 819ff.; eine auf institutionalisierte Marktroutinen gerichtete Analyse bei *Campbell und Collins*, Fn.14.

Expertise darin, dass sie einer Kollision verschiedener "privities" ausgesetzt ist, über die das Vertragsrecht entscheiden muß.

1. Bilaterale Interaktionsbeziehung

Die Gerichte lösten sich früh von Fiktionen eines stillschweigenden Vertragschlusses und versuchten es mit dem Drittschutzvertrag.¹⁹ Dabei setzten sie auf ergänzende Vertragsauslegung, also auf eine Interpretation aus dem inneren Sinnzusammenhang des bilateralen Vertrags. Aber die Kriterien, welche die Gerichte anwendeten, hatten ihren Ursprung klar außerhalb der vertraglichen Interaktion selbst. Im wesentlichen suchten die Gerichte nach Externalitäten, also nach Risiken, welche die Transaktion für außenstehende Dritte schuf ("Leistungsnahe"), deren schadensrechtliche Kompensation offensichtlich weder auf einer stillschweigenden Vereinbarung der Parteien beruht noch auf ergänzender Vertragsauslegung, also dem Rekurs auf hypothetischen Parteiwillen bezw. auf Normen und Praktiken, die sich im Verlauf ihrer Interaktion herausbilden.²⁰

Sämtliche Aspekte der bilateralen Beziehung – ob explizit oder implizit, ob klassisch, neo-klassisch oder relational²¹ – sprechen deutlich *gegen* die Einbeziehung Dritter in den Gutachtenvertrag.²² Schlimmer noch: der Vertrag ist nicht die Lösung; er ist Teil des Problems. Im Vertrag selbst liegt eine der Hauptursachen für die Kollision der verschiedenen "privities". Der Vertrag zwischen Auftraggeber und Experten baut ausschließlich zwischen diesen eine Beziehung von Kooperation, Vertrauen, Responsivität und wechselseitige Wahrnehmung der Interessen des anderen auf. Er verpflichtet den Gutachter, die Interessen des Auftraggebers im Rahmen der Expertise wahrzunehmen. Und es ist gerade diese Beziehung wechselseitiger Abhängigkeit zwischen Auftraggeber und Experte, die den Interessenkonflikt des Experten schafft oder zumindest verstärkt. Der Rückgriff auf die tatsächlichen Verhandlungen zwischen den Parteien, auf ihre Vereinbarung im Detail, auf die Geschichte ihrer Interaktion, auf hypothetischen Parteiwillen, auf die ko-operativ geprägte Beziehung zwischen ihnen und auf die innervertraglichen Verhaltensnormen, die sich allmählich herausbilden - all das hat nie Spuren aufgedeckt, die als Grundlage für eine Haftung des Experten gegenüber *Dritten* etwas hergeben könnten, und *wird* das auch nie tun. Nur der Sinngehalt anderer sozialer Praktiken als die der Interaktion der Parteien kann diese Haftung rechtfertigen, eine Haftung, die mit Vertragsrhetorik nur dürrtig kaschiert wird.

2. Ökonomische Beziehungen

Kann die Dritthaftung dann mit der Einbettung des Expertisenvertrags in ökonomische Prozesse begründet werden? Liefert der Rückgriff auf den

¹⁹ BGHZ 127, 378; BGHZ 138, 257.

²⁰ BGHZ 69, 82, 86ff.; BGHZ 133, 168, 170ff.

²¹ Vertragsdimensionen nach *Macneil*, *The Many Futures of Contracts*, Southern California Law Review 47, 1974, 691ff.

²² So in aller Deutlichkeit *Esser und Eike Schmidt*, Fn. 1, § 34 IV 2c; *Gernhuber*, *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, Tübingen: Mohr & Siebeck 1989, S. 518ff.

ökonomischen Kontext materiale Kriterien für die Haftung gegenüber Dritten? Verträge sind bekanntlich nicht bloß bilaterale Verhandlungssysteme, Prozesse der Konsensfindung und der Leistungserbringung; sie sind immer schon in komplexere ökonomische Institutionen eingebettet, in Märkte, in Wirtschaftsorganisationen, Finanzarrangements, Transaktionsketten und ko-operative Netzwerke. Und in der Tat hat man ökonomische Konzepte, die an diese Institutionen anschließen – Vermeidung opportunistischen Verhaltens, die Vorstellung des “complete contracting” und die der Prinzipal-Agenten-Beziehung – vorgeschlagen, um die Haftung des Experten gegenüber Dritten zu rechtfertigen.

Das ökonomische Hauptargument für “implied terms” im allgemeinen und für Expertenhaftung im besonderen ist die Reduktion des Risikos opportunistischen Verhaltens.²³ Monetäre Sanktionen sollen die Gefahr fehlerhafter Expertisen begrenzen. Natürlich ist dies ein zutreffendes Argument. Und es führt auch weiter: Über die Kalkulationen von Kostenbelastungen kann man die “optimale Sanktion” festzulegen suchen, die den Opportunismus des Experten ebenso zu kontrollieren hilft wie den Opportunismus des Dritten, der Expertenhaftung als billige Versicherung gegen spekulative Risiken missbrauchen könnte.²⁴ Wo liegt das Optimum von Haftungsregeln, einerseits die Illoyalität und Sorglosigkeit von Gutachtern zurückzudrängen, andererseits die “Haftungskeule” zu vermeiden, die zur Behinderung von Informationsmärkten führt? Allerdings sollte eines deutlich sein: Eine solche Analyse liefert nicht die – vom Haftungsrecht gesuchten - inhaltlichen Kriterien, die festlegen, was als opportunistisches Verhalten des Experten zählt und was nicht. Eine ausschließlich an ökonomischer Rationalität ausgerichtete Analyse kann dies auch gar nicht leisten.

Was soll denn der spezifische ökonomische Maßstab sein, der in der Lage wäre zu bestimmen, ob das Verhalten des Experten opportunistisch ist? Rational choice? Nein, diese kann nur bestimmen, unter welchen Bedingungen rationale Akteure soziale Normen über professionelle Expertisen einhalten. Diese Normen haben ihren Ursprung nicht im Handeln eigennütziger Akteure, vielmehr gilt: “the rational pursuit of self-interest is constrained by social norms”.²⁵ Auftraggeber und Experte thematisieren ihre jeweiligen Interessen, aber als “rational actors” werden sie sich niemals auf eine Haftung gegenüber Dritten verständigen. Auch wenn Rational-choice-Ansätze sich neuerdings sozialen Normen selbst zuwenden, können sie wiederum nur die Transaktionen und deren Kosten-Nutzen-Relationen von “norm-innovators” und “norm-audience” am “Markt für soziale Normen” analysieren. Die die Norminhalte bestimmenden Präferenzen, Meta-Normen und Eigenrationalitäten anderer Sozialsysteme aber bleiben externe Daten: *de gustibus non est disputandum*.²⁶

²³ Zu *implied terms* im allgemeinen *Cohen*, *Implied Terms and Interpretation in Contract Law*, Bouckaert und d. Geest (Hg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III, Elgar: Cheltenham 2000, S. 78ff., zur Expertenhaftung im besonderen *Schäfer*, Fn. 18, S. 909 ff.

²⁴ *Ewert*, *Auditor Liability and the Precision of Auditing Standards*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 155, 1999, 181ff.

²⁵ Dies ist natürlich heftig umstritten. Als Nachweis unter den Anhängern des *rational-choice*-Ansatzes *Elster* *Rationality and Social Norms*, *Archives Européennes de Sociologie*, 1991, 109ff. Elster bietet eine Klassifikation sozialer Normen, die nicht aus Prinzipien des *rational choice* abgeleitet werden können (Konsumvorschriften, Umweltschutznormen, Vorschriften, die die Verwendung von Geld regulieren, Arbeitsvorschriften etc.).

²⁶ Etwa *Ellickson*, *The Market for Social Norms*, *American Law and Economics Review* 3, 2001, 1ff.; *ders.*, *The Evolution of Social Norms*, in: Hechter und Opp (Hg.), *Social Norms*, S. 35ff., 2001).

Eben deshalb hilft auch das Konzept des “complete contracting” in diesem Kontext nicht weiter.²⁷ Sollten Richter konsequent das Verhalten rationaler Akteure beim Kontrahieren zu rekonstruieren suchen, so würden sie niemals zu einer Haftung des Experten gegenüber externen Dritten kommen können. Minimierung von Transaktionskosten? Nein, denn dieser Ansatz rechnet offen mit Opportunismus, definiert als “opportunism with guile”, Verfolgung des Eigeninteresses mit “List und Tücke”.²⁸ Transaktionskostenerwägungen kommen erst dann zum Zuge, wenn Parteien institutionelle Vorkehrungen wählen, um sich gegen den Opportunismus der anderen Seite zu schützen. Kosten-Nutzen-Kalkulationen der Normbefolgung? Nein, diese werden erst angestellt, nachdem die soziale Norm einmal existiert und die Intensität der Sanktion sowie Sanktionierungswahrscheinlichkeit bekannt sind.

Um es zu betonen: Natürlich bilden sich für *ökonomische* Institutionen typische soziale Normen am Markt heraus (z.B. Regeln über Kooperation und Wettbewerb im Markt, über Hierarchie und Dezentralisierung in der Unternehmung usw.). Die Haftung für Expertisen zielt dagegen auf die Einhaltung von sozialen Normen, die sich im Kontext von Wissenschaft, Moral oder Politik, auf jeden Fall aber in *nicht-ökonomischen Kontexten*, herausbilden. Diese “externen Daten” aber können nicht aus ökonomischen Rationalverhalten erklärt werden. Ökonomisches Denken muß sie als gegeben unterstellen, wenn es seine Modelle anwendet.

Das gleiche gilt letztlich auch für den Prinzipal-Agenten-Ansatz, der neuerdings von Rechtsökonomien für die kritischen Fälle der Dritthaftung herangezogen wird, in denen das Haftungsrisiko nicht bloß auf den Dritten verschoben wird, sondern in denen das Haftungsrisiko kumuliert.²⁹ Man sucht im Prinzip auch hier nach einer Sonderbeziehung, die eine quasi-vertragliche Dritthaftung rechtfertigt. Nicht vertraglicher Konsens, sozialer Kontakt oder eine Fürsorgepflicht, sondern eine *hypothetische* Austauschbeziehung – Expertise gegen Gegenleistung plus Übernahme der Haftungskosten – soll die Sonderbeziehung sein, die das ökonomische Haftungskriterium liefert: “Werden die Haftungskosten direkt oder indirekt von der geschützten Person oder dem Besteller getragen und hat einer (oder beide) von ihnen trotz dieser Belastung ein Interesse am haftungsrechtlichen Schutz?”³⁰ Nur wenn sich dies nachweisen lasse, hafte der Experte auch gegenüber dem Dritten nach vertraglichen (und nicht bloß nach sehr viel restriktiveren deliktischen) Grundsätzen.

Nun ist aber die eigentlich kritische Situation der Dritthaftung dadurch gekennzeichnet, dass antagonistische Interessengegensätze bestehen, die diese hypothetische Austauschsituation, wie auch Schäfer selbst einräumt, gerade ausschließen. Der Dachstuhlfall ist dafür paradigmatisch. “Es entspricht nicht dem Interesse des Eigentümers, den Gutachter für die Übernahme des Haftungsrisikos gegenüber dem Dritten zu bezahlen.”³¹ Aus ökonomisch rationalem Verhalten ließe

²⁷ *Köndgen*, Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag, Karlsruher Forum 1998, S. 3ff. setzt große Hoffnungen auf dieses Konzept (S. 29ff.), sieht sie aber gerade im Fall der Expertendritthaftung selbst enttäuscht und rekuriert auf von ihm in früheren Veröffentlichung erfolgreich entwickelten mikrosoziologische Konzepte der Selbstbindung von Akteuren (S. 43ff.).

²⁸ *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting, New York: Free Press 1985.

²⁹ *Schäfer*, Fn. 18.

³⁰ *Schäfer*, Fn. 18, S. 820.

³¹ *Schäfer*, Fn. 18, S. 828.

sich nicht herleiten, dass der Verkäufer das Haftungsrisiko für eine Überbewertung übernimmt. Schäfer postuliert hier, dass der Staat eine Prinzipal-Agenten-Beziehung autoritativ anordnen muß. Es ist also nicht ökonomische Rationalität, die zu dieser Lösung zwingt, sondern eine staatlich-rechtliche – wie Schäfer sagt, “wirtschaftspolitische” - Intervention, die in offenem Gegensatz zu Prinzipien ökonomischer Rationalität auf anonymen Märkten, die eine Marktpartei dazu zwingt, sich für das “Wohl und Wehe” der Gegenpartei einzusetzen und deren Haftungsrisiko für Überbewertungen, die eigentlich ihrem Eigeninteresse entsprechen würde, zu übernehmen. Offensichtlich wird hier die Figur der Prinzipal-Agenten-Beziehungen überstrapaziert. Sie wird eingesetzt, nicht um unangemessene Haftungsrisiken vom Käufer auf den Eigentümer abzuwälzen, sondern um letztlich die Einhaltung professioneller Normen der Expertise auch unter den sie korrumpierenden Bedingungen des Marktes abzustützen.³²

2. Soziale Beziehungen

Die impliziten Dimensionen des Vertrags, in denen die materialen Prinzipien der Expertendritthaftung zu verorten sind, scheinen also auf nicht-ökonomische soziale Beziehungen zu verweisen. Von den drei “Vertragswelten”, in die der Expertenvertrag eingebettet ist – bilaterale Interaktion der Vertragsparteien, ökonomische Finanzaspekte des Vertragsprojekts und produktive Sozialbeziehung – scheint die dritte am ehesten geeignet, die normative Analyse zu informieren. In der gegenwärtigen Debatte werden drei verschiedene soziale Strukturen als implizite Grundlage der Expertenhaftung angeboten: Vertrauen, Profession, Institution.

a. Vertrauen

Vertrauen wird gegenwärtig von Ökonomen und Soziologen neu entdeckt.³³ Der Begriff verweist auf eine soziale Situation, in der riskante Transaktionen trotz mangelnder ausreichender Sicherheit über zukünftige Entwicklungen abgewickelt werden.³⁴ Hier springt Vertrauen als ein sozialer Mechanismus ein, der dennoch die riskante Transaktion ermöglicht. Juristen haben sich schon seit langem gerade in unserem Kontext der Kategorie “Vertrauen” bedient und schlagen Vertrauenshaftung als Ergänzung zur vertraglichen Haftung vor.³⁵ Ohne Zweifel ist Vertrauen eine

³² So Schäfer selbst, Fn. 18, S. 828f., der in einer offen institutionellen Perspektive teils auf den Schutz von Moral (“redliches Verhalten”), teils auf den professioneller Normen (“professionelle Standards”), teils auf den funktionierender Märkte (“effiziente Regulierung von Informationsmärkten”) abstellt. Man sollte dann aber deutlich machen, dass es im Kern nicht um spezifische Aspekte der Institution des Marktes, etwa um das Verhältnis von Wettbewerb und Kooperation, um Transaktionskosten oder um finanzielle Aspekte geht, sondern um die Integrität der Expertise selbst, die von Marktmechanismen gerade gefährdet wird. Dazu genauer im folgenden.

³³ Deakin, Lane und Wilkinson, ‘Trust’ or Law? Towards an Integrated Theory of Contractual Relations Between Firms, *Rechtstheorie* 21, 1994, 329ff.; Lane und Bachmann, *The Social Construction of Trust: Supplier Relations in Britain and Germany*, *Organization Studies* 17, 1996, 365ff.; Luhmann *Organisation und Entscheidung*, Opladen: Westdeutscher Verlag 2000, S. 25, 407ff.; Bachmann (Hg.), (2000) *Die Koordination und Steuerung interorganisationaler Netzwerkbeziehungen über Vertrauen und Macht*, Opladen: Westdeutscher Verlag 2000; Ortman, *Organisation und Welterschließung*, Opladen: Westdeutscher Verlag 2003, S. 216. Kramer, *Trust and Distrust in Organizations: Emerging Perspectives, Enduring Questions*, *Annual Review of Psychology* 50, 1999, 569ff.

³⁴ Luhmann, *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart: Enke, 1968, S. 27.

³⁵ Am besten ausgearbeitet von Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: Beck 1971; ders., *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei ‘Gegenläufigkeit’ der Interessen*,

notwendige Kategorie für die soziale Beziehung zwischen Experte und Drittem: Im Vertrauen auf die Expertise trifft der Dritte eine riskante Entscheidung trotz fehlender Sicherheit über die Zukunft. Aber Vertrauen ist zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für Expertendritthaftung.³⁶ Vertrauen ist ein ubiquitäres soziales Phänomen. Die entscheidende Frage, ob die konkrete soziale Vertrauensbeziehung mit rechtlichen Sanktionen abgestützt werden soll, kann nicht mit der Existenz von Vertrauen allein gerechtfertigt werden. Aber auch eine detaillierte Analyse der Vertrauensbeziehung (juristisch: "Vertrauensfaktoren") hilft nicht recht weiter. Weder eine genaue Untersuchung der inneren Struktur der Vertrauensbeziehung selbst noch die der Intensität des Vertrauens kann die Frage beantworten. Im Gegensatz zum Vertrag, der die Bedingungen, unter denen eine rechtliche Verbindlichkeit entsteht, selbst enthält (Recht des Vertragsschlusses), ist die Vertrauensbeziehung insofern juristisch leer. Um Vertrauen rechtlich relevant zu machen, braucht man vertrauensexterne Kriterien.

b. Profession

Profession ist eine weitere soziale Struktur, die heute als Grundlage für Expertenhaftung ins Spiel gebracht wird.³⁷ Im Anschluss an mittelalterliche Konzepte des "public calling" und des "common carrier" belebt dieses Konzept alte Statusobligationen wieder, die die modernen Vertragsobligationen ergänzen sollen. Auch und gerade wenn ein bindender Vertrag fehlt, haben Angehörige einer Profession Verpflichtungen gegenüber Dritten, und zwar aufgrund ihrer Stellung in der Gesellschaft. Über die in der bisherigen Diskussion geltend gemachten Gegenargumente sind aus der hier vertretenen institutionellen Position folgende Einwände zu erheben.³⁸ Es ist die große Frage, ob man der modernen Gesellschaft und ihrem Recht noch mit den traditionellen Begriffen von Status und Kontrakt zu Leibe rücken kann.³⁹ Zudem liegt dem Konzept der professionellen Obligation, wie es von der juristischen Berufshaftung rezipiert wird, eine merkwürdige Asymmetrie zugrunde. Es ist ebenso asymmetrisch wie das komplementäre Konzept des Verbraucherschutzes. Beiden fehlt ein innerer Gehalt und ihre normativen Anforderungen sind im Prinzip unbegrenzt. Berufshaftung leitet Rechte und Pflichten einseitig aus dem sozialen Status lediglich *einer* Sozialposition her, statt die verschiedenen und miteinander konfligierenden Sozialpositionen in einer multilateralen Beziehung umfassend in Rechnung zu stellen. Es vertraut schließlich zu sehr auf Selbstregulierung in professionellen Organisationen, anstatt auf die Erfordernisse einer komplexen sozialen Situation zu achten, in welcher die Angehörigen der organisierten Profession nur *ein* Teil eines umfassenderen

Juristenzeitung 9, 1995, S. 441ff.; *ders.* Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten," ZHR 163, 1999, 206, 217ff. Zur Verstärkung des Arguments wird nach der Schuldrechtsreform § 311 III BGB herangezogen, Koch, AcP 204, 2004, 59, 69ff.

³⁶ Überblick über den neuesten Diskussionsstand zur Vertrauenshaftung bei Lang, Einmal mehr: Berufsrecht, Berufspflichten und Berufshaftung, AcP 201, 2001, 451, 537ff.

³⁷ Lammel, Zur Auskunftshaftung, AcP 179, 1979, 337, 345ff; Hopt, Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich, AcP 183, 1983, 608ff.; *ders.*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers, Die Wirtschaftsprüfung 39, 1986, 461ff.; *ders.*, Dritthaftung für Testate, NJW 1987, 1745ff.; *ders.*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers. Rechtsprobleme zu § 323 GB (§ 168 AktG aF) und zur Prospekt- und Auskunftshaftung, in: Festschrift Pleyer, Heymann: Köln 1996, 341ff. Ausführlich zum neuesten Stand Lang, Fn. 36 S. 451ff.

³⁸ Zur bisherigen Diskussion Lang, Fn. 36 S. 451ff.

³⁹ Vgl. nur Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt: Suhrkamp 1967, S. 636.

Sozialsystems sind. Regelmäßig führt dies zu einer Überschätzung formal organisierter Beziehungen und zu einer Vernachlässigung nicht-organisierter, spontaner, informeller Sozialprozesse, die damit im Konflikt stehen. Soll es den professionellen Organisationen überlassen sein, die Standards der Expertenhaftung zu definieren? Muß man nicht vielmehr auf die Konflikte zwischen den Professionen und ihrer Klientel und der Gesamtgesellschaft achten, wenn es gilt, Normen der Expertise zu definieren? Und es ist auch noch eine zu statische Betrachtung, wenn man mit dem Konzept der Berufshaftung auf den gesicherten Bestand von Normen in diesen Statuskontexten schaut, anstatt auf den dynamischen Prozess der Normproduktion in einer sozialen Struktur abzustellen, an dem von Beginn an neben dem Angehörigen der Profession andere autonome Akteure, ihre Klienten, aber auch andere gesellschaftliche Teilsysteme, insbesondere die Politik, beteiligt sind.

c. Institution

Will man die soziale Struktur, in die der Vertrag eingebettet ist, als Ganzes sichtbar machen, so sind asymmetrische Statuskonzepte wie Berufshaftung (oder Verbraucherschutz) wenig hilfreich. Es gilt, den multilateralen sozialen Kontext insgesamt zu identifizieren, in dem sich die produktiven Aspekte der Transaktion abspielen. Man muß weiterhin auf die sozialen Dynamiken schauen und nicht bloß auf statische Regeln, die für die Rolle eines Professionsangehörigen gelten. Rollenanalysen sind nicht ausreichend, statt dessen müssen Operationen, Strukturen, Grenzen und Systeme ins Spiel gebracht werden.⁴⁰ Dazu scheint das Konzept der *Institution* am ehesten geeignet zu sein.⁴¹ Warum? Erstens weil die Institution die Sinnbildungs- und Normierungsprozesse des gesamten beteiligten Sozialsystems erfasst und nicht bloß einzelne Rollen oder Relationen.⁴² Zweitens, weil die Institution zugleich die Brücke von gesellschaftlichen Normierungsprozessen zum Rechtssystem schlägt, in unserem Fall von den Expertenormen zu den Rechtspflichten aus dem Gutachtenvertrag. Drittens – und dies ist in einer Festschrift für Eike Schmidt zu betonen – weil der Institutionsbegriff zugleich den Zusammenhang zu interventionistischen Sozialpolitiken herstellt, die interinstitutionelle Konflikte zum Anlaß nehmen, policies für gesellschaftliche Sektoren als kollektiv bindende Entscheidungen zu formulieren. Institutionen erfüllen diese wichtige Brückenfunktion – systemtheoretisch gesprochen geht es um strukturelle Kopplung - im Verhältnis von gesellschaftlichen Strukturen, Rechtsnormen und interventionistischen policies.⁴³

Institutionen sind mehr als nur Sets von Normen oder existenten Verhaltensmustern. Sie symbolisieren den komplexen Sinnzusammenhang solcher Normensets, der es erlaubt, auch für nicht-normierte Situationen normative Aussagen zu treffen. Sie sind kohärente Strukturen sozialer Systeme und das historische Ergebnis der Reflexion

⁴⁰ Hier liegt der Grund dafür, dass die neuere Soziologie durchweg die Rollensoziologie (etwa Dahrendorf, *Homo Sociologicus: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der sozialen Rolle*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1958) als zu eng, verlassen hat und sich statt dessen zur Diskurs- oder Systemsoziologie gewandelt hat.

⁴¹ Zum neueren Institutionalismus siehe die Nachweise in Fn. 3.

⁴² Institutionen sind also nicht mit Sozialsystemen gleichzusetzen. Während diese die Geschlossenheit der rekursiven Operationen, die ihre Strukturen und Grenzen produzieren, bezeichnen, sind Institutionen als Normenensembles entweder nur eine Teilstruktur eines Sozialsystems oder in Situationen struktureller Kopplung die aufeinander bezogenen Teilstrukturen mehrerer Systeme.

⁴³ So ansatzweise Eike Schmidt, Fn. 2, 159f.

ihrer sozialen Funktion und ihrer Leistungen gegenüber anderen Systemen. Gleichzeitig sind Institutionen und nicht etwa soziale Systeme als solche Gegenstand von Rechtsentscheidungen, wenn Gerichte eine konkrete soziale Norm als rechtlich akzeptieren oder eben nicht.⁴⁴ Das Vertragsrecht entscheidet über die rechtliche Positivierung sozialer Institutionen, wenn es auf die impliziten Dimensionen des Vertrages verweist.⁴⁵

III. Expertise als Institution

Wie oben schon gesagt, lassen sich materiale Prinzipien der Expertendritthaftung nicht identifizieren, wenn man nur auf ökonomische Institutionen (Transaktionsroutinen, Marktusancen, Organisationsroutinen, Finanzierungspraktiken, Netzwerkstrukturen) abstellt. Welchen Unterschied macht es, wenn man dagegen für Rechtsentscheidungen den Sinnzusammenhang von "Expertise" als autonomer sozialer Praxis entfaltet?

"Expertise" als soziale Institution stellt die Verbindung – systemtheoretisch: die strukturellen Kopplung - zwischen institutionalisierter Wissenschaft und anderen gesellschaftlichen Praktiken her. Sie ist freilich nicht gleichzusetzen mit Wissenschaft als einem eigenständigen sozialen System. Offensichtlich dient Expertise anderen Zwecken als der Kumulation von methodisch geprüften Wissen als solchem. Aber sie transferiert die Eigenlogik wissenschaftlicher Forschung in soziale Felder, die einer ganz anderen Rationalität unterworfen sind.⁴⁶ Andererseits kann Expertise nicht einfach gleichgesetzt werden mit jeder Art von Informationsproduktion durch Professionelle. Vielmehr greifen gesellschaftliche Akteure erst dann auf "unabhängige Expertise" als Institution zurück, wenn sie die Grenzen des Routinehandelns, die Grenzen von Verhandlungen, wirtschaftlichen Kalkulationen, politischen Machtprozessen, rechtlicher Konfliktregelung, Familienbeziehungen oder Freundschaft als Problemlösungsmechanismen - mehr oder weniger leidvoll - erfahren haben. Sie lösen das konkrete Problem aus seinem alltäglichen Kontext und subsumieren es unter die besondere Rationalität der Expertise, die, gerade weil sie deutlich von den Alltagspraktiken der Gesellschaft unterscheidet, eine Problemlösung verspricht.

Die fast zwangsläufige Folge sind akute Rationalitätenkonflikte. Wissenschaftliche Expertise ist, wenn sie für außerwissenschaftliche Projekte herangezogen wird, massiven Orientierungskonflikten ausgesetzt. Expertise selbst ist eine höchst fragile soziale Institution, deren Funktionieren davon abhängt, dass sie gegen Interferenzen rivalisierender Rationalitäten strikt abgeschirmt wird.⁴⁷ Während die Wissenschaft selbst als soziale Institution wenigstens den Schutz des Elfenbeinturms genießt, also eine gewisse institutionelle Abschirmung in Universitäten und akademischen Publikationen gegen die größten interessengebundenen Interventionen des sozialen Lebens, ist die Expertise systematisch massiven Versuchungen von Einfluss, Überredung, Machtbeziehungen, Familienbanden, Profitmotiven ausgesetzt. Jetzt

⁴⁴ *Luhmann*, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin: Duncker & Humblot 1965, S. 12f.; *ders.* Rechtssoziologie, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1972. S. 64ff., 95ff.

⁴⁵ Dazu näher *Teubner*, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der spätmodernen Gesellschaft, in: Festschrift für Josef Esser, Karlsruhe: Müller 1995, S. 191, 209ff.

⁴⁶ Zu dieser problematischen Beziehung *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt: Suhrkamp 1990, S. 616ff.

⁴⁷ Dazu aufschlussreich *Sciulli*, Theory of Societal Constitutionalism, Cambridge: Cambridge University Press 1992, S. 205ff.

erst stoßen wir auf das oben gesuchte vertrauensexterne Kriterium, das für die Expertise die juristische Absicherung des sozialen Vertrauens rechtfertigt. Das der Expertise immanente Risiko der Verfälschung durch Interferenz fremder Rationalitäten ist der eigentliche Grund dafür, dass der oben angesprochene soziale Mechanismus des Vertrauens in die Expertise selbst keinen ausreichenden Schutz bietet, sondern der Abstützung durch Rechtsnormen bedarf.

Eine Vielzahl öffentlich-rechtlicher Vorschriften haben genau dies zum Ziel: die Integrität der Expertise zu schützen. Öffentlich-rechtliche Regulierungen der Ausbildung, der Berufsqualifizierung, der akademischen Grade, der Zulassung und Supervision von Experten spielen eine wichtige Rolle, die Expertise zu einer "öffentlichen Dienstleistung" zu machen und ihre Integrität zu erhalten.⁴⁸ Dem dient unter anderem, dass Expertise regelmäßig nicht vollständig in die öffentliche Verwaltung eingebunden ist.⁴⁹ Vielmehr bedient sich das öffentliche Recht eines Regulierungstyps, der die Autonomie unabhängiger Expertise innerhalb des öffentlichen Sektors respektieren und die entsprechenden Regelungen so formen soll, dass sie vor korrumpierenden Zumutungen der Politik und bürokratischer Administration geschützt ist. Diese Art von Recht zielt darauf ab, innerhalb der Institution Expertise das schon oben kurz angesprochene Zusammenspiel dreier wesentlicher Dimensionen - Funktion, Leistung und Reflexion⁵⁰ - zu ermöglichen. "Funktion" betrifft die Frage: Welche gesellschaftliche Aufgabe hat die Expertise in dem jeweiligen sozialen Kontext zu erfüllen? Wie kann die Expertise ihr eigenes Potenzial mit den laufenden sozialen Prozessen kombinieren? "Leistung" betrifft die Frage: Was erbringt die Expertise für andere gesellschaftliche Teilsysteme? Welche Vorteile ziehen die unterschiedlichen Akteure aus der Produktion von Wissen durch die Expertise? "Reflexion" betrifft die Frage: Wie können diese beiden divergierenden Perspektiven miteinander in Einklang gebracht werden? Öffentlich-rechtliche Regulierung gibt auf keine dieser Fragen eine direkte Antwort. Vielmehr schafft sie Prozeduren und Verhaltenspflichten, die ein internes Ausbalancieren von Funktion, Leistung und Reflexion innerhalb der Eigendynamik der Expertise erlauben. Direkte Intervention erfolgt aber in Fällen offensichtlichen "Missbrauchs", wenn sich herausstellt, dass die subtilen Mechanismen der öffentlich-rechtlich induzierten Selbstregulierung nicht mehr greifen.

Prekärer noch ist die Lage, wenn Expertise im privaten Sektor systematisch genutzt wird. Wieder entsteht das Problem der Interferenz unterschiedlicher Rationalitäten, nun allerdings in einem anderen institutionellen Kontext. Freilich ist die ökonomische Verwertung von Expertise im privaten Sektor nichts Neues, aber unter den Auspizien gegenwärtiger Privatisierungen wird die Produktion von Wissen für gesellschaftliche Projekte zunehmend als ökonomische Transaktion abgewickelt. Wenn aber die Expertise nicht unter dem Regime des öffentlichen Rechts, sondern unter dem Regime privater Verträge steht, wie kann dann noch ihre institutionelle Integrität gewährleistet werden?⁵¹ Ist das Privatrecht mit eigenen Bordmitteln in der Lage, ein autonomes Ausbalancieren von Funktion, Leistung und Reflexion der Expertise zu

⁴⁸ Diese Dimension der Expertise betont besonders Lammel, Fn. 37, S. 362ff. Vgl. auch *Lang*, Fn. 36 S. 519ff.

⁴⁹ *Teubner*, Nach der Privatisierung: Diskurskonflikte Im Privatrecht. Zeitschrift für Rechtssoziologie 19, 1998, 15ff.

⁵⁰ Dazu *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt: Suhrkamp 1997, S. 757ff.

⁵¹ Zu dieser Sicht der Privatisierung, die sich von der Dichotomie öffentlich-privat löst und nach der Adäquanz von Aktivitäten/Regimes fragt *Teubner* Fn. 49.

gewährleisten – oder wenigstens dafür die normativen Voraussetzungen zu schaffen?

“Collective action” ist eine unter mehreren Lösungen im privaten Sektor. Private Standardisierungsorganisationen sind hierfür ein gutes Beispiel.⁵² Private Akteure gründen formale Organisationen, die sich gegenüber ihren Gründerinteressen relativ verselbständigen. Obwohl diese Vereinigungen in kommerziellen Kontexten handeln, verfügen sie über eine gewisse institutionelle Autonomie und ermöglichen damit eine Orientierung an Grundsätzen unabhängiger Expertise. Ihr Charakter als autonome formale Organisation ermöglicht solchen “collegial formations”⁵³ Reflexionsprozesse – innerhalb der Organisation oder im Kontext einer breiteren Öffentlichkeit –, die eine prekäre Balance zwischen ihrer sozialen Funktion und ihren Leistungen für private Projekte schaffen. Die öffentliche Sensibilität gegenüber einer “Politisierung” von Standardisierungsorganisationen und gegenüber anderen Formen struktureller Korruption ist ein Indikator für die Institutionalisierung der Expertise im privaten Sektor.

Was aber gilt beim privaten Kauf von Expertise auf expandierenden Informationsmärkten? Wenn Expertise – und hier kommt der entscheidende Punkt – “is to be delivered by contractual mechanisms, what conditions of implicit dimensions need to be established for this mechanism for delivery to operate as intended?”⁵⁴ Die Kontraktualisierung der Expertise löst – wie schon oben angedeutet - einen fundamentalen Konflikt aus: die direkte Kollision zwischen den Prinzipien vertraglicher Loyalität und der Unparteilichkeit der Expertise.⁵⁵

Wenn Expertise als eigenständige Institution funktionieren soll, muss sie durch soziale Schutzmechanismen abgestützt werden, die ihre Orientierung an Normen der Wissenschaftlichkeit stärken. Anwendung rigoroser methodischer Standards, Orientierung an einem umfassenden Begriffs- und Theoriegebäude, Rückgriff auf intersubjektiven Konsens in der Expertengemeinschaft, strikte Abschirmung gegen äussere politische oder ökonomische Interessen, Neutralität und Unparteilichkeit gegenüber den Interessen der Beteiligten sind dabei an erster Stelle zu nennen.⁵⁶

Im scharfen Kontrast dazu stellt der Expertise-Vertrag seinerseits legitime Anforderungen an den Experten: enge Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber, Aufbau von wechselseitigem Vertrauen und strikte Loyalität auch und gerade gegenüber dessen wirtschaftlichen Interessen. Der Experte ist nach dem Vertragszweck verpflichtet, mit seinem Wissen die Interessen seines Mandanten zu fördern, sein wissenschaftlich-methodisches Instrumentarium einzusetzen, um das Vorhaben seines Vertragspartners zu fördern, der als Gegenleistung die Expertise finanziert.⁵⁷ Aus vertraglicher Perspektive erscheint es sogar als illoyal, wenn der Experte andere Interessen als die *seines* Vertragspartners berücksichtigt, schlimmer

⁵² Joerges, Ladeur und Vos, *The Integration of Scientific Expertise into Standard-Setting*, Baden-Baden: Nomos 1997; Schepel, *Constituting Private Governance: The Case of Standardisation*. Oxford: Hart 2004.

⁵³ Sciulli, Fn. 47, S. 80.

⁵⁴ Campbell und Collins, Fn.14, S. 3.

⁵⁵ Zu einer Theorie des historischen und sozialen Hintergrunds dieser Konflikte Sciulli, Fn. 47, S. 40ff.

⁵⁶ Repräsentativ Ziman, *Real Science: What It Is, and What It Means*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

⁵⁷ Philippsen, *Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachten Vermögensschäden*, Karlsruhe: Versicherungswirtschaft 1999, S. 9.

noch, wenn er die antagonistischen Interessen der anderen Marktseite in Rechnung stellt.⁵⁸ Der Vertrag fordert die einseitige Ausrichtung der Expertise an ihrem Nutzen für den Auftraggeber auf Kosten ihres Nutzens für andere soziale Akteure und auf Kosten ihrer sozialen Funktion.

Das Privatrecht trifft hier auf eine scharfe Kollision zwischen zwei gesellschaftlichen Institutionen – Vertrag versus Expertise. Die Situation ist ähnlich wie in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, wo das Ethos neutraler und unparteilicher Konfliktlösung durch Dritte kollidiert mit dem Ethos der Interessenwahrung des Vertragspartners. Bei der privaten Expertise kollidiert das Ethos des Vertrags – Relativität, Partikularismus, Nutzenorientierung, Zweckmäßigkeit und Loyalität – direkt mit dem Ethos der Wissenschaftlichkeit – öffentliches Wissen, Universalismus, Unparteilichkeit, Originalität und Skeptizismus.

Richterliche Intervention oder Nicht-Intervention – das ist die Frage. Häufig wird vorgeschlagen, das Privatrecht solle diese Kollision zwischen selbstregulierenden Institutionen einer Meta-Selbstregulierung überlassen.⁵⁹ Insbesondere Ökonomen neigen dazu, diese Strategie als "penalty default" zu empfehlen. Wenn die Parteien in den Vertrag nicht hineinschreiben, dass ein Dritter in die Vertragshaftung einbezogen werden soll, wird diese "Unvollständigkeit", ob unbeabsichtigt oder strategisch, als ineffizient angesehen. Als Grundsatz für die Gerichte solle gelten, durch ihre Nicht-Intervention die Vertragsparteien von solchen "Unvollständigkeiten" abzuhalten und zu vollständigem Vertragsschluss zu anzuregen.⁶⁰ Vorhersehbares Ergebnis wäre allerdings ein evolutionärer Prozess, ein Drift hin zu einem unvermittelten Interessenwettbewerb, in dessen Verlauf sich die "private unabhängige Expertise" Schritt für Schritt in ein "Parteigutachten", in "advocacy expertise", verwandelt.⁶¹ Der ständige Druck, den die Institution des Vertrages ausübt, wird die Institution der Expertise schrittweise in eine Prozedur transformieren, die (nicht notwendig als "junk-Wissenschaft", aber doch) als "Parteigutachten" längst etabliert ist. Auf lange Sicht wird man dann gezwungen sein, sich an Beobachtungen zweiter Ordnung zu orientieren: "Wer zahlte für die Expertise?" und dementsprechend handeln. In der Folge dürften unabhängige private Expertisen im Kontext zweiseitiger Verträge vom Markt verschwinden. In geschäftlichen Kontexten, in denen Expertenwissen notwendig ist, wird die andere Marktseite regelmäßig gezwungen sein, ein eigenes Parteigutachten einzuholen. Die Aufgabe des Rechts wird unter solchen Umständen nur sehr begrenzt sein, nämlich sicherzustellen, dass Täuschung und Betrug in Grenzen gehalten werden, wenn "Parteigutachten" auf dem Markt als "unabhängige" Gutachten verkauft werden. Jetzt wird auch deutlich, weshalb es problematisch ist, wenn das Recht sich an bereits etablierten vertraglichen Verhaltensmustern und Usancen am Expertisenmarkt, wie sie oben diskutiert wurden, orientiert. Sie dokumentieren nur das Ergebnis eines blinden evolutionären Prozesses – in unserem Fall den Drift von unabhängiger Expertise zum Parteigutachten –, ohne dass sichtbar wird, in welcher Weise hier zwei selbststeuernde Regimes konfliktieren und welche Alternativen der

⁵⁸ *Philippson*, Fn. 57, S. 23.

⁵⁹ So dezidiert *Honsell*, Fn. 7, S. 233.

⁶⁰ *Cohen*, Fn. 23, S. 6.

⁶¹ Dies ist der zentrale Lehrsatz der Theorie des *societal constitutionalism*: *Sciulli*, Fn. 47, S. 40 ff. Gerade aus ökonomischer Sicht wird ein ähnliches Argument der Erosion eines funktionsfähigen Informationsmarktes beim Ausbleiben von wirtschaftspolitischer Gegensteuerung entwickelt, *Schäfer*, Fn. 18, S. 829f.

Kollisionsauflösung zur Verfügung stehen.

Gerichtliche Intervention ist in der Tat notwendig, wenn die Integrität unabhängiger Expertise auch im privaten Sektor gewährleistet bleiben soll.⁶² Abstrakter: sie ist notwendige (wenn auch nicht hinreichende) Bedingung für das Zusammenspiel von Funktion, Leistung und Reflexion, also für ein internes Ausbalancieren ihres institutionellen Nutzens für gesellschaftliche Akteure (Auftraggeber, Dritter, andere) und ihrer sozialen Aufgabe (Förderung von Wissen in nicht-wissenschaftlichen Bereichen der Gesellschaft). Das ist der Grund, weshalb es im öffentlichen Interesse liegt, Expertise als eine politisch und rechtlich "geschützte Sphäre" der Zivilgesellschaft zu verfassen. Denn:

"the state in essence buffers these enterprises 'artificially' from all other spheres' more 'natural' condition, that of immediate competition within economic and political market places"⁶³

Ist dies einmal akzeptiert, dann heißt die Alternative nur noch, entweder Verträge über Expertise generell auszuschließen, oder nach Spielräumen für ihre Kompatibilisierung zu suchen. Ein genereller Ausschluss bilateralen Kontrahierens erscheint allerdings kontraproduktiv. Denn Kontrahieren dient hier durchaus als flexibler und produktiver sozialer Mechanismus, der die Expertise responsiv gegenüber Projekten in anderen Bereichen gesellschaftlichen Lebens macht.⁶⁴ Es ist eine bewährte Medizin gegen die alte Krankheit der Expertise, die als unabhängige soziale Institution allzu häufig dazu tendiert, ihrem eigennützigen Pfad der Wissensproduktion zu folgen, und den Kontakt zu dem ursprünglichen sozialen Projekt verliert. In vielen Situationen gibt es gute Gründe für einen detailliert ausformulierten Vertrag, der die internen Dynamiken der Expertise zu disziplinieren und den Prozess der Untersuchung auf das konkrete Projekt zu verpflichten sucht – Hauptsache, man verhindert, dass der Vertrag die wissenschaftliche Orientierung der Expertise unterläuft.

Die Aufgabe ist also, nach Spielräumen für eine Kompatibilisierung von Vertrag und Expertise zu suchen, nach einem rechtlichen Regime, das eine ausreichende interne Reflexion in der Balance von Funktion und Leistung erlaubt. Und hier kann in der Tat die Dritthaftung als ein interessanter Kompatibilisierungsmechanismus einspringen, weil sie eine typische Kollision von Vertragswelten in einer spezifischen Weise zu lösen verspricht. Sie greift nicht unmittelbar in die Kollision ein, etwa indem sie selbst Pflichtenstandards definiert, sondern sie korrigiert lediglich die vertragliche Bilateralisierung der Expertise, indem sie eine trilaterale oder gar multilaterale Sonderbeziehung re-etabliert. Sie greift damit auf das oben angesprochene Phänomen zurück, dass unterschiedliche Vertragswelten die Parteien der Kooperationsbeziehung unterschiedlich definieren. Während das konkrete Projekt häufig, ob im Technologie-, Gesellschafts-, Wissenschafts- oder Medizinsektor, multilaterale Ko-Operationen von verschiedenen Akteuren verlangt, fragmentieren konkrete Vertrags- und Marktbeziehungen solche multilaterale Kooperationen in strikt bilaterale Beziehungen. Dritthaftung löst dann diesen Konflikt verschiedener

⁶² So auch aus "wirtschaftspolitischer" Perspektive Schäfer, Fn. 18, S. 828ff., der auf den Schutz der Institution des Informationsmarktes abstellt, letztlich damit aber nicht marktspezifische Institutionen anzielt, sondern die Integrität der Expertise selbst.

⁶³ Sciulli, Fn. 47, S. 207.

⁶⁴ Hierzu im allgemeinen Luhmann, Fn. 46, S. 616ff.

“privities” zugunsten des Multilateralismus der Expertise als sozialer Institution auf und transformiert die bilaterale Vertragsbeziehung in eine multilaterale Sonderbeziehung - “equivalent to contract”. Der latente Konflikt zwischen multilateralen sozialen Netzwerken und den bilateralen ökonomischen Transaktionen nötigt das Recht dazu, die Frage nach Wirkungen des Vertrages zugunsten unbeteiligter Dritte zu beantworten, selbst wenn dies dem Rechtsprinzip der Relativität der Schuldverhältnisse zuwiderläuft und selbst wenn es allokativen Effizienz reduziert oder Transaktionskosten erhöht.

Wenn man – von Rechts wegen – die Haftung gegenüber Dritten in den Vertrag einbezieht, schafft man ein Gegengewicht zur einseitigen vertraglichen Loyalitätspflicht des Experten gegenüber seinem Auftraggeber. Auf diese Weise kann die Expertise - trotz ihrer legitimen vertraglichen Loyalität - die notwendige neutrale und unparteiliche Orientierung zurückgewinnen. Unabhängige Expertise als soziale Institution, als Komplex gesellschaftlicher Erwartungen, repräsentiert so eines der nicht-vertraglichen Elemente des Vertrages, das die Privatautonomie der Vertragsparteien – von Rechts wegen – zu respektieren hat. Wann immer Expertise unter dem Regime des Privatrechts organisiert wird, ist die Dritthaftung eine notwendige implizite Dimension dieses Regimes.

Noch einmal anders gefragt: Wie löst sich damit die Kollision von Sprachspielen? Mit der Einführung der Dritthaftung wird der – anscheinend unversöhnliche – fundamentale Konflikt zwischen Vertragsloyalität einerseits und Unabhängigkeit der Expertise andererseits, rechtlich weder in die eine noch in die andere Richtung aufgelöst. Der Konflikt wird nicht gelöst, er wird aber transformiert. Die Transformation betrifft zwei Aspekte: (1) Aus der Sicht der sozialen “Leistungen” der Expertise: Die Haftungsregel verwandelt die asymmetrische vertragliche Verpflichtung gegenüber den Interessen des Auftraggebers in eine symmetrische Verpflichtung gegenüber den Interessen *beider* am Projekt beteiligter Parteien. Dieser Aspekt ist wichtig, weil so Äquidistanz zu den ökonomischen Interessen beider Beteiligten hergestellt wird und der Experte diese Interessen nun gegeneinander abzuwägen genötigt ist. (2) Aus der Sicht der sozialen “Funktion” der Expertise: die Verpflichtung des Experten gegenüber den persönlichen Interessen der Parteien transformiert sich in eine *Verpflichtung auf das Projekt*. Mit der Projekt-Orientierung stellt die Dritthaftung die gesuchte Erwartungslage her: Erwartungen vertraglicher Loyalität mit ihrem Potenzial, die unabhängige Expertise zu korrumpieren, werden “übersetzt” in die Erwartung impersonaler, unparteilicher und objektiver Expertise. Gleichzeitig kann sich Expertise nicht länger in luftige Höhen einer selbstgenügsamen Entdeckungslogik flüchten. Die rechtlichen Bande vertraglicher Loyalität und paralleler Dritthaftung sorgen für Bodenhaftung und “übersetzen” abstraktes Wissen in die konkrete Expertise, die für das Projekt in der realen Welt gebraucht wird.

Um unser Ergebnis in einer Formel auszudrücken: *Expertendritthaftung symbolisiert die Transformation interessen-gebundener in projekt-gebundene Expertise*. Die Dritthaftung markiert damit eine deutlich sichtbare Schwelle zwischen zwei getrennten Institutionen: dem “Parteigutachten” auf der einen Seite, wo Wissen - durchaus legitim - für Interessen des Auftraggebers strategisch nutzbar gemacht wird, und der unabhängigen Expertise auf der anderen, wo Wissen unparteilich mit eingebauten Verlässlichkeitskontrollen und unabhängig von persönlicher Loyalität und Reziprozitätserwägungen einzusetzen ist. Expertenhaftung gegenüber Dritten

markiert also im privaten Sektor die Grenze zwischen der Dominanz ökonomischer und der wissenschaftlicher Rationalität.

Man sollte an dieser Stelle nochmals betonen, dass nicht das abstrakte Ideal der Wissenschaftlichkeit als solcher, vielmehr die enge Verknüpfung von unabhängiger Expertise und konkretem Projekt der "innere Grund" für die Dritthaftung ist. Nicht einfach Wissensherstellung, sondern "projekt-bezogene Expertise" – das ist letztlich die institutionelle "idée directrice". Sie entfaltet zwei implizite Dimensionen des Gutachtenvertrags: (1) "Expertise" - dies informiert über die Prinzipien der Wissenschaftsgemeinschaft, die auch im Gutachtenvertrag zu respektieren sind: Vorurteilsfreiheit, Unparteilichkeit, Unabhängigkeit, Verpflichtung auf methodische Standards und Verantwortlichkeit gegenüber jedem an der Realisation des Projekts Beteiligten, (2) "Projekt" - dies gibt Richtungsangaben vor über die Details der Dritthaftung – dogmatische Konstruktion, Kreis geschützter Personen, Einwendungen und Haftungsausschluss.

IV. Projekt-bezogene Expertise: Ausgewählte Rechtsfragen

1. Dogmatische Konstruktion

Die Suche nach der geeigneten dogmatischen Konstruktion für eine institutionelle Dritthaftung ist keine abstrakte Übung auf der tabula rasa institutioneller Jurisprudenz. Sie hängt von historischen Kontingenzen ab, nämlich davon, wie die verschiedenen nationalen Rechte generell die Grenze zwischen Vertrag und Delikt gezogen haben, was seinerseits davon abhängt, wie sie das begriffliche Potenzial spezifischer dogmatischer Konstruktionen entwickelt haben, wie etwa implied terms, consideration, Relativität der Schuldverhältnisse, culpa in contrahendo, Vertrag zugunsten Dritter auf der einen Seite, deliktische Sonderbeziehungen, duty of care, respondeat superior, Ersatz für reine Vermögensschäden, Einschränkungen der Kausalität auf der anderen.⁶⁵ In diesem Zusammenhang wurde oft bemerkt, dass es eine auffällige Übereinstimmung in den Kriterien für Dritthaftung gibt, unabhängig von der dogmatischen Konstruktion. Dies gilt auch für die "projekt-bezogene Expertise". In dieser privaten Institution findet sich sowohl die Sonderbeziehung "akin to contract", nach der Delikts- und Quasi-Deliktsrecht suchen, als auch das berühmte nicht-vertragliche Element des Vertrages.

Das deutsche Recht hat sich bekanntlich für eine (quasi-)vertragliche Lösung der Expertenhaftung entschieden. Hauptgrund ist, dass sich die Haftung am Leistungsinteresse (des Expertise-Vertrags) und nicht am Integritätsinteresse orientiert. Der Dritte hat keine Schäden aus der Realisierung eines Risikos, das die Expertise für seine Rechtsgüter mit sich brachte, sondern hat einen Schaden, weil sich die Leistungsrisiken der Transaktion eines wertvollen Guts, hier: Information, verwirklichten.⁶⁶ Doch innerhalb der vertraglichen Lösung tobt wie bekannt ein

⁶⁵ Bar, Diskussionsbeitrag, in: Karlsruher Forum 1998 (Hg.), Die Einbeziehung Dritter in den Vertrag, Versicherungswirtschaft: Karlsruhe 1999, S. 105ff.

⁶⁶ Dieser Aspekt, nämlich dass es sich bei der Information um eine Transaktion, also eine Leistungserbringung handelt, die die Sonderbeziehung definiert und (quasi-)vertragliche Lösungen

erbitterter Kampf zwischen zwei Theorielagern.⁶⁷ Die eine Gruppe – darunter die Gerichte – favorisiert den Vertrag zugunsten Dritter. Sie stellt auf den Vertrag zwischen Auftraggeber und Experten ab und entnimmt den impliziten Dimensionen dieses Vertrags die Maßstäbe für die Haftung des Experten gegenüber dem nicht am Expertisenvertrag beteiligten Dritten. Die andere Gruppe tritt für eine Haftung des Experten aus culpa in contrahendo ein. Sie stellt nicht auf den Gutachtenvertrag ab, sondern auf den zweiten Vertrag, den Projektvertrag zwischen Auftraggeber und Drittem und entnimmt dessen impliziten Dimensionen eine quasi-vertragliche Haftung des Experten, der selbst nicht Partei des Projektvertrags ist, der aber so "nahe an diesem dran" sei, als ob er Partei sei.

Aus der hier vertretenen institutionellen Perspektive haben beide Gruppen recht und unrecht zugleich. Es ist richtig, den Haftungsgrund in den "impliziten" Dimensionen des *Expertise*-Vertrags zu finden, obwohl - wie oben gezeigt - diese Dimensionen letztlich nicht-konsensuell sind. Und es ist genauso richtig, den Haftungsgrund in der "impliziten" Dimension des *Projekt*-Vertrags zu finden, obwohl auch diese nicht-vertraglich ist. Aber beide haben unrecht, weil ihnen in der Polarisierung des Streites gerade das entscheidende Merkmal entgeht: die "Bindung" der Expertise an das Projekt. Der Schlüsselbegriff für Dritthaftung ist nicht der eine oder der andere Vertrag, sondern die *Interdependenz der beiden Verträge, die rechtliche Bindung der Expertise an das Projekt und vice versa*. Für Rechtsordnungen, die allmählich eine Dogmatik verbundener Verträge entwickeln wie etwa *groupe de contrats* in der frankophonen Welt, *network contract* in der angelsächsischen Welt und Vertragsverbund im deutschsprachigen Raum, dürfte hier in der Tat der adäquate dogmatische Anknüpfungspunkt für die Institution der projekt-bezogenen Expertise liegen.⁶⁸ Expertise-Beziehungen wären dann nur ein weiterer Fall aus der Vielfalt von multilateralen Vertragsverbindungen. In Vertragsverbindungen entdeckt das Recht regelmäßig implizite Dimensionen jenseits des bloßen Konsenses der Parteien.⁶⁹ Wie selbstverständlich bilden sich in Vertragsnetzwerken quasi-vertragliche Verpflichtungen zwischen Beteiligten heraus, die explizit keine vertraglichen Bindungen miteinander haben.⁷⁰ Dies ist offensichtlich eine vielversprechende Zukunftsperspektive, aber eben nur eine Perspektive für die Zukunft.

Doch noch bietet die Dogmatik nur Lösungen zweiter Wahl – culpa in contrahendo oder Drittschutzvertrag - jede mit ihren wohlbekanntem Defiziten. Und wenn man sich gezwungen sieht, zwischen beiden zu entscheiden anstatt auf ihren Verbund abzustellen, dann dürfte der Drittschutzvertrag der institutionellen Dimension der Projekt-Expertise letzten Endes besser gerecht werden. Demgegenüber wurde die Haftung Dritter aus culpa in contrahendo dazu benutzt, um Dritte ("Sachwalter"), die nicht formal Vertragspartei waren, in die vertragliche Haftung einzubeziehen, wenn sie drei Voraussetzungen erfüllten: (1) sie handeln im "Lager" einer der Vertragsparteien, (2) sie haben ein eigenes substantielles wirtschaftliches Interesse

nahe legt, wird von den Vertretern deliktsrechtlicher Lösungen in ihrer Bedeutung heruntergespielt. Etwa Brüggenmeier, Fn. 10, S. 456ff.

⁶⁷ Den neuesten Streitstand referiert Koch, Fn. 35, S. 62ff.

⁶⁸ E.g., Ghestin, Normalisation et contrat, *Revue juridique Thémis* 19, 1985, 1-23; Adams und Brownsword, Privity and the Concept of a Network Contract, *Legal Studies* 10, 1990, 12ff.; Rohe, Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, Tübingen: Mohr & Siebeck 1998.

⁶⁹ Gernhuber, Fn. 22, S. 711. Amstutz, Die Verfassung von Vertragsverbindungen, in: Amstutz (Hg.) Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem, Zürich: Schulthess 2004, S. 39ff.

⁷⁰ Dazu Rohe, Fn. 68, S. 141ff., wenn auch nur für horizontale Netzwerke, Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund. Baden-Baden: Nomos 2004, 150ff. m.w.N.

an der Transaktion, was sie zu "Quasi-Vertragsparteien" macht, und (3) sie handeln so, dass ihnen die andere Vertragspartei berechtigterweise vertrauen darf.⁷¹ Unabhängige Experten erfüllen zwar klar die dritte Voraussetzung, aber zu den ersten beiden Voraussetzungen steht ihre Tätigkeit in diametralem Gegensatz.⁷² Neutralität gegenüber den wirtschaftlichen Interessen *beider* Parteien des Projektvertrags ist jedoch notwendige Vorbedingung für projekt-bezogene Expertise. Daher sollten unabhängige Experten auch rechtlich nicht so kategorisiert werden wie Parteigutachter, die im "Lager" einer Partei tätig sind, die dann die Information an die andere weitergibt. "Sachwalter" und "Neutrale" - beide rechtlich gleich zu kategorisieren, wie die Lösung über culpa in contrahendo vorschlägt, würde die fundamentale rechtliche Unterscheidung zwischen "Parteigutachten" und "unabhängiger Expertise" verwischen. Es ist nicht akzeptabel, die Haftungsstandards für unabhängige Experten auf die Minimalanforderungen herunterzustufen, die für Parteigutachter gelten.

Es gibt einen weiteren Grund, die Figur des Drittschutzvertrages vorzuziehen. Wenn die Aufgabe darin besteht, eine umfassende multilaterale Institution wie die projekt-bezogene Expertise rechtlich zu rekonstruieren, käme man über culpa in contrahendo nur zu drei (oder mehr) bilateralen Beziehungen, die sich isoliert gegenüberstehen. Umgekehrt eröffnet der Drittschutzvertrag explizit den Begriffsraum für die eine umfassende rechtliche Beziehung, in der die Interdependenzen zwischen Projekt, Expertise und den Interessen verschiedener Akteure rekonstruiert werden und Rechte und Pflichten der beteiligten Parteien aufeinander abgestimmt werden können.⁷³ Als Lösung zweiter Wahl kommt also der Drittschutzvertrag dem institutionellen Kern, also dem einheitlichen Verbund dreier aufeinander verweisender Beziehungen (Gutachtenvertrag, Projektvertrag, Leistungsbeziehung zwischen Gutachter und Dritten) am nächsten.

2. Kreis der geschützten Personen

Für die Praxis ist dies das schwierigste Problem: zu bestimmen, welche der Personen, die dem Risiko der Expertise ausgesetzt sind und bei ihren Entscheidungen auf deren Richtigkeit vertrauen, berechtigt sein sollen, vom Experten Schadensersatz zu verlangen.⁷⁴ Was sind legitime Kriterien für die Bestimmung des Kreises der geschützten Personen? Wie oben schon gesagt, haben verschiedene Entscheidungen das Kriterium der Vorhersehbarkeit des "informationellen Kontakts" zwischen Experten und geschädigtem Dritten eingeführt. Die Folge war, dass die finanzielle Haftung von Wirtschaftsprüfern und Buchhaltern ausgedehnt wurde auf eine fast unendliche Zahl von Investoren. Andere Gerichte haben darauf abgestellt, in welchem Maße die Geschädigten dem Risiko fehlerhafter Expertise ausgesetzt waren, wieder andere haben die Lehre vom Kausalverlauf manipuliert, um den Kreis geschützter Personen zu begrenzen. Aus einer institutionellen Perspektive

⁷¹ *Emmerich*, in: Münchener Kommentar 2003, Band 2a § 311, Rn. 221ff.

⁷² *Canaris*, Fn. 35 (1999), 226 spielt – wenig überzeugend – die Bedeutung dieses für die maßgeblichen Standards der Expertenhaftung zentralen Unterschieds herunter.

⁷³ Natürlich muss man betonen, dass die Reduzierung auf einen Konsens zwischen zwei Parteien, wie ihn die Bezeichnung "Vertrag zugunsten Dritter" nahelegt, irreführend ist. Man sollte statt dessen von einer "Obligation zugunsten Dritter" sprechen, um den nicht-vertraglichen institutionellen Charakter der zugrunde liegenden Expertise-Beziehung zum Ausdruck zu bringen, die erst durch Richterrecht in den Vertrag internalisiert wird.

⁷⁴ Zum Streitstand *Emmerich*, Fn. 71, § 311, Rn. 227ff.

erscheinen alle diese Kriterien verfehlt. Rechtlich geht es nicht darum, das Integritätsinteresse aller der Personen zu identifizieren, die sich auf bestimmte Informationen verlassen, dadurch Risiken eingehen und Schaden erleiden. Vielmehr geht es wie gesagt darum, die Integrität der Expertise zu schützen. Wenn projektbezogene Expertise die zu schützende soziale Institution ist, in die der Vertrag involviert ist, dann legt die Verpflichtung auf das konkrete Projekt auch die Grenzen der Verantwortlichkeit gegenüber Dritten fest.⁷⁵ Einmal mehr ist die enge Verknüpfung von Expertise und Projekt entscheidend, an dieser Stelle dafür, wer Schadensersatz verlangen kann und wer nicht. Die Grenzen des Projekts legen die Grenzen besonderer Verantwortlichkeit gegenüber Dritten fest, und nicht etwa Vorhersehbarkeit des Schadens, rechtsgutsgefährdende Leistungsnähe oder Kausalitätseinschränkungen. Dementsprechend *haftet der Experte für seine Leistung ausschließlich gegenüber den am konkreten Projekt Beteiligten*. Denn, um es nochmals zu betonen, Dritthaftung als implizite Dimension projektgebundener Expertise ist keine generelle Haftung für die Integritätsinteressen Aussenstehender. Sie ist im Schwerpunkt ein Ausgleichsinstrument für die Asymmetrie des Expertenvertrags. Sie soll die komplexe Expertise-Beziehung gegen ihre reduktive Bilateralisierung durch Vertrag schützen, sie soll aber keine Generalversicherung gegen risikoreiche Transaktionen sein, die auf der Grundlage von Experteninformation unternommen werden.

Genauso verfehlt sind typische vertragliche Kriterien, die aus der Interaktionsbeziehung von Experten und Auftraggeber gewonnen werden sollen. Bei der Bestimmung des Kreises der geschützten Personen suchen Gerichte immer wieder nach Kriterien, die an den Willen der beiden Parteien, an ihre subjektive Kenntnis vom Zweck der Expertise, an implizite Risikoübernahmen, an hypothetische Austauschbeziehungen, incomplete contracting oder an den Kontakt zwischen Experte und Drittem anknüpfen. Diese Kriterien sind irreführend, insoweit sie den (mehr oder weniger objektivierten) Willen der Parteien, eine *Verpflichtung* gegenüber einem Dritten *zu begründen*, feststellen wollen. Aus der institutionellen Perspektive stellt sich das Problem der Dritthaftung unabhängig von ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung. Dritthaftung entsteht gegen den Willen der Parteien. Das zentrale Kriterium ist: Wer ist am Projekt beteiligt? Man sollte jedoch gleichzeitig deutlich machen, dass die konkreten Umstände der drei involvierten Transaktionen durchaus von Bedeutung für die Frage sind, wer geschützt ist und wer nicht. Hier gilt es, eine klare Unterscheidung zu treffen: Diese Umstände dienen als Indikatoren für die Eingrenzung des konkreten Projekts, nicht aber als Indikatoren für eine bilaterale Vereinbarung über die Haftung des Experten gegenüber Dritten. Die Vertragsparteien können zwar den Umfang der für die konkrete projektbezogene Expertise benötigten *Information* festlegen, nicht aber die Reichweite der nachfolgenden Dritthaftung.

Das Kriterium der Projektteilnahme ist praktikabel in den Normalfällen, in denen ein rechtlich bindender Projektvertrag, für den die Expertise gebraucht wird, abgeschlossen ist. Unabhängige Expertise für einen konkreten Kauf, für einen Kredit oder für konkrete Investmentprojekte sind solche Fälle. Der Kreis geschützter Personen wird hier durch die vertragliche Teilnahme am Projekt bestimmt. Schwieriger wird es bei Projekten, die nicht ausschließlich auf einem rechtlich

⁷⁵ *Canaris*, Fn. 35 (1999), S. 234ff. betont diesen Punkt, gibt aber gleichzeitig zu, dass Vertrauen als solches keine Kriterien liefert und durch zusätzliche Kriterien angereichert werden muss. Dies ist genau der Punkt, an dem die Institution der "projektbezogenen Expertise" ins Spiel kommt.

bindenden Vertrag basieren. Ein Beispiel: Nach einem Autounfall beauftragt das Unfallopfer einen unabhängigen Experten mit der Schadensschätzung. Der Unfallverursacher bzw. seine Versicherung zahlen die ermittelte Schadenssumme im Vertrauen auf die Richtigkeit der Expertise. Aus unserer Sicht ist entscheidend, dass die Expertise auf das konkrete Projekt der Abwicklung des konkreten Unfallschadens bezogen ist und deshalb der Experte den drei darin involvierten Akteuren verpflichtet ist: dem Geschädigten, dem Unfallverursacher und dessen Versicherung. Das Kriterium der Projekt-Orientierung dürfte auch bei Finanzierungsaktivitäten zu brauchbaren Lösungen führen. Wird die Finanzierung ein Immobilienkaufs teils durch Bankkredit, teils durch Garantie eines anderen gesichert, haben alle Beteiligten, Käufer, Verkäufer, Bank und Garantiesteller einen Anspruch gegen den Experten nach Grundsätzen des Drittschutzvertrags.

Schwierig wird es allerdings, wenn sich der Charakter des Projekts mit der Zeit verändert.⁷⁶ Wieder ein Beispiel: Die Expertise wird am Ende für eine Kreditoperation und nicht, wie zunächst geplant, für den Kauf des Objekts eingesetzt. Hier stoßen wir in der Tat in die Grauzone der Identität eines sozialen Systems vor. Auch hier gilt aber: man sollte nicht auf das Projekt als solches schauen, sondern auf seine Beziehung zur Expertise und die Grenzen entsprechend abstecken. Beim Wechsel von Kauf zu Kredit wäre zu differenzieren. Wenn die Voraussetzungen für eine Kaufexpertise andere sind, haftet der Experte dem Kreditgeber nicht, sind sie identisch, haftet er.

Ähnliche Schwierigkeiten treten auf, wenn die Gruppe der Teilnehmer mehr oder weniger unbestimmt wird.⁷⁷ Wenn es einen klar definierten engen Kreis Projektbeteiligter gibt, kommt die Dritthaftung jedem von ihnen zugute. Je mehr sich allerdings der Kreis potenzieller Beteiligter in Richtung allgemeine Öffentlichkeit ausweitet, desto weniger kann die Dritthaftung ihrem eigentlichen Sinn gerecht werden. Angesichts des institutionellen Charakters unabhängiger Expertise klingt dies zunächst kontra-intuitiv. Unter den Rechtsnormen, die die Neutralität unabhängiger Expertise stärken, ist die privatrechtliche Haftung nur eine von vielen, mit immanenten Leistungsgrenzen. Die privatrechtliche Dritthaftung bietet sich nur dort an, wo die Expertise sich auf ein Projekt mit kalkulierbaren Risiken bezieht. In dieser Situation kann sie die Integrität der Expertise schützen. Dagegen wird Dritthaftung inadäquat, wenn es darum geht, die generelle Produktion öffentlichen Wissens zu fördern. Ein unkalkulierbares Haftungsrisiko würde die Integrität der Expertise nicht länger schützen, sondern diese zerstören. Dieser Haftungstyp ist nur im Kontext projekt-gebundener Expertise sinnvoll. Eine private Verbraucherschutzorganisation etwa kann nicht allen potenziellen Käufern eines Produkts als Expertin haften. Bei Wirtschaftsprüfern sollte man zwischen zwei Typen von Haftung unterscheiden. Wenn sie ihrer gesetzlichen Pflicht zur Anfertigung des Jahresberichts nachkommen, greift schon ihre gesetzliche Haftung gegenüber dem Unternehmen und dessen Töchtern, und diese Haftung sollte nicht über richterliche Interpretation ausgeweitet werden. Fertigen sie allerdings im Auftrag des Unternehmens einen Spezialbericht für ein konkretes Investment-, Kredit- oder Kaufprojekt an, kommt Dritthaftung legitimerweise zum Zuge. Transaktionsketten machen eine ähnliche Unterscheidung erforderlich. Bleibt das Risiko in nachfolgenden Transaktionen gleich, finden Grundsätze der Expertenhaftung Anwendung. Erhöht sich dagegen das Risiko, haftet der Experte späteren Käufern

⁷⁶ Statt vieler *Canaris*, Fn. 35 (1999), 236f.

⁷⁷ Dazu *Brügemeier*, Fn. 10, Rz 460; *Canaris*, Fn. 35 (1999), 236f.; *Eike Schmidt*

nicht. In allen drei Fällen ist es die Idee der Kompensation vertraglicher Bilateralisierung, die den Kreis geschützter Personen festlegt. Gesichtspunkte der Risikokalkulation und Versicherbarkeit werden bei der konkreten Ausgestaltung der Institution der projekt-bezogenen Expertise legitimerweise berücksichtigt. Wenn der Grundgedanke von Dritthaftung darin liegt, diese private Institution zu stabilisieren, dann fördert gewerbliche Versicherung dieses Ziel, und Grenzen der Versicherbarkeit sind daher auch für die Grenzen der Expertenhaftung von Relevanz.

Wie steht es mit Drittschutz für Marktakteure mit antagonistischen Interessen?⁷⁸ Ist der Architekt in unserem Beispiel verantwortlich für Erwartungen des Käufers und seiner Finanzierungssatelliten, oder sollte sich seine Haftung auf die Personen beschränken, für die der Verkäufer eine gewisse Verantwortung hat? Dies war bekanntlich lange Zeit kontrovers, wie insbesondere auch die dogmatische Konstruktion eines Drittschutzvertrages. Für projekt-bezogene Expertise ist Interessenantagonismus allerdings ebenso irrelevant wie eine "Wohl-und-Wehe"-Beziehung zwischen Auftraggeber und Dritten. Der Experte haftet Dritten, weil sie am Projekt beteiligt sind, ganz gleich, wie ihre Beziehungen zum Auftraggeber aussehen. Wettbewerb und nicht-ko-operative Beziehungen, antagonistische Interessen oder Fehlen einer Fürsorgepflicht zwischen den Projektparteien sprechen nicht gegen Expertenhaftung. Ganz im Gegenteil: gerade der Interessenantagonismus stärkt den Ruf nach strikt unabhängigem Rat und flankierender Dritthaftung.

Wie steht es mit der Unterscheidung von Parteigutachten und unabhängiger Expertise? Man sollte betonen, dass "advocacy expertise" selbst eine etablierte soziale Institution ist. Und es braucht eine sorgfältige Institutionenanalyse, um zu bestimmen, welches Erwartungsset in einer konkreten sozialen Situation angemessen ist. Steuerberater, Rechtsanwälte und Buchhalter sind Beispiele. Ihr Rat ist regelmäßig Parteigutachten; sie setzen ihr professionelles Wissen legitimerweise dazu ein, um die Interessen ihrer Mandanten zu fördern. Macht sich die andere Partei das Gutachten zunutze, braucht man keine Dritthaftung. Es gibt allerdings auch Ausnahmesituationen, in denen diese "Partei-professionen" die Rolle eines neutralen Experten übernehmen. Ein Beispiel hierfür ist die neuartige Praxis von "third party legal opinions", wo der eine Projektpartner explizit ein (verbindliches) Rechtsgutachten des Anwalts des anderen Projektpartners verlangt.⁷⁹ Es gibt noch andere Situationen, in denen aus der Interrelation von Projektvertrag und Expertisevertrag deutlich wird, dass der *unabhängige* Rat eines Rechtsanwalts, Buchhalters, Steuerberaters oder anderen Parteigutachters verlangt ist.

Eine weitere faszinierende Fallgruppe sind politisch orientierte Forschungseinrichtungen, die auf Anfrage hin konkrete Projekte begutachten. Wieder liefert nicht der Expertisevertrag die Kriterien, sondern der breitere institutionelle Kontext von Funktion/Leistung/Reflexion. Auf den ersten Blick scheint dies ein klassischer Fall für projekt-bezogene Dritthaftung zu sein. Und je näher diese Einrichtungen zu öffentlichen Institutionen stehen (Subventionen, öffentliche Funktion), desto stärker sind die Argumente für eine Haftung. Es gibt aber auch hier Fälle, in denen eine Qualifizierung der Expertise als "advocacy expertise", als

⁷⁸ Zum heutigen Streitstand nach der Rechtsprechungswende *Gottwald*, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2003, § 328, Rn. 114ff.

⁷⁹ Dazu Adolff, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Anwälte bei der Abgabe von Third Party Legal Opinions, München: Beck, 1996, S. 91ff.; *Lang*, Fn. 36 S. 459ff.

vorzuziehen ist. Angenommen, ein "Institut Gaia Autopoiesis" wird von Anhängern der Umweltbewegung finanziert. Holt man dessen in einer rechtlichen und/oder politischen Kontroverse über ökologische Fragen ein, in der beide Parteien zur Untermauerung ihrer Standpunkte wissenschaftliche Beweise vorlegen, dann ist die Expertise Teil einer adversarialen Institution der Wahrheitsfindung. In solch einem Kontext kann, nein soll das Institut ein Parteigutachten erstellen, und Dritthaftung würde die hier erwünschte parteiliche, einseitige, interessengebundene Untersuchung bedrohen. Und das Argument für eine Qualifizierung als "advocacy expertise" – Einsatz allen verfügbaren Wissens, um eine explizit einseitige, parteiische Sicht der Dinge auf die Spitze zu treiben – wird stärker sein als das für Unabhängigkeit, Unvoreingenommenheit und Neutralität.

3. Haftungsausschluss und vertragliche Einwendungen⁸⁰

Dies ist die Achillesferse aller vertraglichen Lösungen, insbesondere des Drittschutzertrags. *Nemo potest transferre* liefert anscheinend das überzeugende Argument dafür, dass der Dritte all den Einwendungen ausgesetzt ist, die der Experte dem Auftraggeber entgegenhalten kann. Der Dritte kann nicht mehr Rechte haben als der Auftraggeber – das diktiert schon die Logik! Doch sind die Ergebnisse wenig überzeugend. Dort, wo Expertenhaftung am meisten benötigt wird, würde sie von Absprachen oder gar Kollusionen zwischen Auftraggeber und Experten abhängig. Die Gerichte versuchen, diese unerfreulichen Ergebnisse (wenigstens teilweise) zu vermeiden, indem sie eine weitere vertragliche Fiktion einbauen: Nicht nur begründen sie die Dritthaftung mit einer stillschweigenden Abrede der Parteien (des Expertisevertrags), derzufolge die Haftung des Experten auf den Dritten ausgeweitet werden soll, sondern sie kreieren zusätzlich eine zweite Fiktion.

Die Schwachstelle verschwindet, wenn man eine institutionelle Perspektive anlegt. Sobald man sich nicht mehr auf den Parteienkonsens oder ihre Vertragsbeziehung im weiteren Sinn bezieht, sondern den Bezug zu den ökonomischen und sozialen Institutionen, in die der Vertrag eingebettet ist, herstellt, ist Dritthaftung nicht mehr eine aus einem bilateralen Vertrag *abgeleitete*, sondern eine *originäre* Haftung aus einer trilateralen Experten-Mandanten-Beziehung. Dies trifft sich mit dem Vorschlag von Eike Schmidt, den Drittschutzvertrag als eigene Rechtsfigur zu verselbständigen: es gehe "nicht um Dritt-, sondern um Direktschutz".⁸¹ Diese Haftung kann auf eine Ableitung aus Rechten und Pflichten aus dem Expertisevertrag verzichten. Sie ist nicht von Einwendungen des Experten gegen seinen Auftraggeber abhängig.⁸² Und für dieses Ergebnis bedarf es keiner Fiktionen. Sie kann aber auch durch vertragliche Haftungsausschlüsse nicht modifiziert werden.⁸³ Die Dritthaftung hat ihre Grundlage vielmehr in der Stellung des Experten als Mitglied in der Wissenschaftsgemeinschaft, sie ist eine *direkte* Haftung gegenüber dem Dritten, die gegenüber dem Vertrag

⁸⁰ Dazu *Gottwald*, in: Fn. 71, § 328 Rn. 120 ff.

⁸¹ *Esser* und *Eike Schmidt*, Fn. 1, § 34 IV 2c.

⁸² Dies ist die ganz herrschende Meinung, siehe insbesondere BGHZ 127, 378 – Dachstuhl.

⁸³ Dies ist heute Mindermeinung: *Esser* und *Eike Schmidt*, Fn. 1, § 34 IV 2d; *Thiele*, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167, 1967, 193ff.; *Assmann*, Prospekthaftung als unerlaubter Haftungsdurchgriff?, in: Juristische Fakultät Heidelberg (Hg.), Richterliche Rechtsfortbildung, Heidelberg: Müller, S. 299ff. Die herrschende Meinung lässt einen Haftungsausschluss zu, siehe *Gernhuber*, Fn. 22, S. 533f. Interessanterweise wird aus ökonomischer Perspektive ein solcher Haftungsausschluss äußerst kritisch gesehen wird, *Schäfer*, Fn. 18, S. 831.

verselbständigt ist.⁸⁴ Sie entsteht in dem Augenblick, in dem der Vertrag zwischen Auftraggeber und Experten involviert wird in die soziale Institution der Expertise.

⁸⁴Esser und *Eike Schmidt*, Fn. 1, § 34 IV 2c und d.