

# Österreichische Juristen-Zeitung

Redaktion: Dr. Herbert Steininger (Chefredakteur), Dr. Robert Fucik, Dr. Herbert Zeizinger  
Evidenzblatt: Dr. Helmut Gamerith, Dr. Gerhard Hager, Dr. Erich Kodek

HEFT 14-15

24. JULI 2000

55. JAHRGANG

ISSN 0029-9251

## Zivilrecht

*Hans Pfersmann*

**Bemerkenswertes aus der SZ 71/I**

521

*Rudolf Reischauer*

**Die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB bei Verletzung von Neben(leistungs)-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, aufgezeigt anhand der Flugunfallentscheidung 2 Ob 300/97z**

534

*Andreas Kaufmann*

**Die Zurechnung fremden Verhaltens auf Geschädigtenseite beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

546

## Strafprozessrecht

*Eckart Ratz*

**Zweifelsfragen beim (eingeschränkten) Verlesungsverbot nach § 252 StPO**

550

**Evidenzblatt:** Entscheidungen Nr. 120-136

557

**§ 880 a ABGB** – Kein Einfluss der Zession der Garantieansprüche auf Rückgriffsanspruch

557

**§ 43 VersVG** – Bedeutung der Erklärung des Versicherungsnehmers gegenüber dem Vermittlungsagenten

559

**§ 14 MSchG** – Voraussetzung für die Klagebefugnis des Lizenznehmers – **§ 10 MSchG** – Zur Beweislast für die fehlende Erschöpfung des Markenrechts

560

**MRK-Entscheidungen:** Nr. 8

574

*Detailliertes Inhaltsverzeichnis auf Seite III*

**NEU:**

*Straube*

2. Aufl.

**HGB, 2. Band: Rechnungslegung**

*Beachten Sie bitte Seite XII*

VAss. Mag. Dr. Andreas Kaufmann, Rechtsanwaltsanwarter, Graz

# Die Zurechnung fremden Verhaltens auf Geschädigtenseite beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

**Zum Inhalt:** Der folgende Beitrag geht insb der Frage nach, ob und inwieweit dem geschädigten Dritten bei Vorliegen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter das Verhalten des Vertragspartners des Versprechenden zuzurechnen ist.

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangsfall
- II. Stellungnahme
- III. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
  - A. Die Auffassung der Rechtsprechung
    - 1. Die „Subsidiarität“ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
    - 2. Die „Dispositionsfreiheit“ des Geschädigten
  - B. Eigene Ansicht
    - 1. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – ein „reines Zweckinstrumentarium“?
    - 2. Schlussfolgerungen
- IV. Die Frage der Zurechnung des Fehlverhaltens des Vertragspartners des Versprechenden
  - A. Die Rechtsprechung
  - B. Eigene Stellungnahme
    - 1. Der Meinungsstand in Deutschland als Ausgangspunkt für die Lösung des vorliegenden Problems
    - 2. Auswirkungen auf den Meinungsstand in Österreich
- V. Zusammenfassung

## I. Ausgangsfall

In der E OGH 16. 1. 1985, 1 Ob 690/84<sup>1)</sup> ging es um die mangelhafte Errichtung einer Wohnhausanlage. Der Verein V, der als Bauherr und Wohnungseigentumsorganisator in Erscheinung trat, beauftragte den bekl Bauunternehmer M mit den Baumeisterarbeiten an einer Wohnhausanlage. Mit der Bauleitung und der Beistellung der notwendigen Pläne wurde der Architekt L beauftragt. Die Pläne sahen vor, dass der Bau in einer Mantelbauweise unter Verwendung weicher, aber spröder Mantelsteine der Typen „Perolit“ bzw „Perlomant“ erstellt werden sollte. Bezüglich der Eignung der Baustoffe legte der Verein V ein Gutachten des Magistrats der Stadt Wien (MA 39 – Städtische Prüf- und Versuchsanstalt) vor. Auf Beteuerung des Bauunternehmers hin, das zu verwendende Material nicht zu kennen, bestätigte ihm der Architekt nochmals die Eignung der Baustoffe. In der Folge traten Mauerrisse und Feuchtigkeitsschäden zum Vorschein, die teils auf das unzulängliche Baumaterial, teils auf Planungsfehler zurückzuführen waren.

Die daraus abgeleiteten Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche hat sowohl die Mehrheit der Wohnungseigentümer der Anlage als auch der Verein V der kl Partei zur klageweisen Geltendmachung abgetreten.

## II. Stellungnahme

Der erkennende Senat stellte mE zu Recht fest, dass dem bekl Bauunternehmer nur jener Teil des Schadens zurechenbar sei, der auf Planungsfehler des Architekten zurück-

zuführen ist. Nur die in den Planungsfehlern begründeten Mängel waren für diesen bei der von ihm zu vertretenden Sachkenntnis erkennbar, also offenbar, sodass ihm nur für diesen Teil eine schuldhaftige Verletzung seiner Warnpflicht vorgeworfen werden kann. Die Mangelhaftigkeit des Materials wäre für ihn jedoch nur durch die nochmalige Einholung eines bauphysikalischen Gutachtens feststellbar gewesen. Da der Werkunternehmer aber nicht zu unüblichen und/oder besonders intensiven Untersuchungen verpflichtet ist, bestand keine Verpflichtung zur neuerlichen Überprüfung der Eignung des weisungsgemäß zu verwendenden Stoffs<sup>2)</sup>. Hinsichtlich der auf Materialfehler zurückzuführenden Mängel ist dem Bekl somit keine Warnpflichtverletzung vorwerfbar.

Nicht zuzustimmen ist dem OGH jedoch in der Frage, ob der bekl Werkunternehmer für jenen Teil des Schadens, der auf seine Warnpflichtverletzung und auf Planungsfehler des Architekten zurückzuführen ist, zur Gänze einzustehen hat oder nicht. Der erkennende Senat lastete in diesem Fall dem Besteller das Versehen des Architekten als Mitverschulden an. Mit der hier angesprochenen Problematik der Zurechnung fremden Verhaltens auf Geschädigtenseite hat sich der Autor bereits an anderer Stelle eingehend befasst<sup>3)</sup>. Angeführt sei nur, dass mE eine Zurechnung nicht stattzufinden gehabt hätte, weil den Besteller keine Verpflichtung zur sachkundigen Mitwirkung getroffen hat und der Architekt daher nicht als Erfüllungsgehilfe angesehen werden kann.

Im Rahmen dieser Ausführungen soll das besondere Augenmerk vor allem darauf gelegt werden, dass der OGH in dieser E auch auf die Anspruchsberechtigung der Wohnungseigentümer eingegangen ist. Im Zuge dessen werden vor allem zwei Fragen aufgeworfen:

1. Kann ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angenommen werden?
2. Ist dem Dritten (Geschädigten) auch das Verhalten des Vertragspartners des Versprechenden zuzurechnen?

## III. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Im vorliegenden Fall stellte der erkennende Senat fest, dass der Wohnungseigentumsorganisator (Verein V), der sich selbst als Auftraggeber bezeichnet hatte, nur „auftrags und für Rechnung“ der künftigen Wohnungseigentümer, aber nicht auch in deren Namen aufgetreten sei und daher nicht als unmittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer angesehen werden könne. Die Wohnungseigentümer

<sup>2)</sup> Vgl SZ 57/197; WBI 1987, 219; eolex 1998, 126.

<sup>3)</sup> Siehe Kaufmann, Die Haftung des geschädigten Bauherrn für fremdes Verhalten (2000) 15ff, 129ff.

<sup>1)</sup> SZ 58/7 = JBI 1985, 622.

konnten also ihre Ansprüche nicht unmittelbar aus einem Vertrag geltend machen. Im gegenständlichen Fall gelangte der OGH jedoch zur Auffassung, dass deren Anspruchsbeziehung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter abgeleitet werden könne.

## A. Die Auffassung der Rechtsprechung

Dass der OGH in diesem Fall von einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgeht, ist deshalb bemerkenswert, weil er in den meisten anderen und durchaus auch ähnlich gelagerten Fällen zum gegenteiligen Ergebnis gelangt.

So lehnt er etwa bei einem Vertrag eines Generalunternehmers mit seinen Subunternehmern eine Drittwirkung zugunsten des Bestellers ab<sup>4)</sup>. Die Ausgangslage ist mE in beiden Fällen sehr ähnlich. Sowohl bei „Zwischenschaltung“ eines Wohnungseigentumsorganismators als auch eines Generalunternehmers wird für den schädigenden Bauunternehmer erkennbar sein, dass die Leistung einem Dritten (Wohnungseigentümer bzw Werkbesteller) zugute kommen soll.

### 1. Die „Subsidiarität“ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Ein Argument für die Ablehnung eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sieht der OGH darin, dass die Heranziehung dieser Rechtsfigur nur geboten sei, wenn dem Dritten sonst keine vertraglichen Ansprüche offen stünden. Die Lehre vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wurde entwickelt, um dem Geschädigten, dem sonst nur deliktische Ansprüche zustünden, auch Ersatzansprüche aus der Verletzung einer rechtlichen Sonderverbindung zu verschaffen. An einem solchen schutzwürdigen Interesse des Dritten mangle es aber, wenn diesem bereits ohnedies vertragliche Ansprüche gegen seinen Vertragspartner, den Geschäftsherrn des Subunternehmers, zustehen<sup>5)</sup>. Der OGH geht also ganz offensichtlich von einer „Subsidiarität“ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus.

### 2. Die „Dispositionsfreiheit“ des Geschädigten

In der E 26. 11. 1992, 1 Ob 601/92<sup>6)</sup> erachtete der OGH die auf die „Subsidiarität“ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter beruhende Begründung erstmals nicht mehr für ausreichend. Er bemühte sich, ein weiteres Argument für die Ablehnung der Drittwirkung zu finden. Er fand es in der „Dispositionsfreiheit“ des Geschädigten. Im Rahmen der privatautonomen Gestaltung stehe es jedermann frei, sich seinen Vertragspartner selbst auszuwählen. Wählt der Geschädigte den Geschäftsherrn des Subunternehmers zum alleinigen Vertragspartner, so müsse er sich auch gefallen lassen, dass die vertraglichen Schadenersatzansprüche auf die ohnedies bestehende rechtliche Sonderverbindung beschränkt werden. Es wäre ihm ja freigestanden, die durch den Erfüllungsgehilfen erbrachte Teilleistung kraft eigenen Vertrags mit ihm erbringen zu lassen<sup>7)</sup>.

<sup>4)</sup> Vgl eclex 1990, 406; EvBl 1993/97; eclex 1997, 663.

<sup>5)</sup> Vgl eclex 1990, 406; JBl 1990, 376 = SZ 62/173; JBl 1994, 331 (*Karollus*) = EvBl 1993/119; EvBl 1993/97; EvBl 1993/91.

<sup>6)</sup> JBl 1994, 331 (*Karollus*) = EvBl 1993/119.

<sup>7)</sup> Diese Rechtsprechung wurde etwa auch in der E eclex 1997, 663 aufrecht gehalten.

## B. Eigene Ansicht

### 1. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – ein „reines Zweckinstrumentarium“?

Die Ansicht der Rsp ist mE nicht befriedigend. So gelangten etwa schon *Schilcher*<sup>8)</sup> und *Reischauer*<sup>9)</sup> zur Auffassung, dass die Lösung des OGH mehr von rechtspolitisch erwünschten Ergebnissen, denn von objektiven Kriterien getragen sei. Dem ist mE zuzustimmen. Der Ansatz der Rsp erweckt zudem den Eindruck, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gewissermaßen als „letzter Ausweg“ dienen soll. *Karollus*<sup>10)</sup> hob mE bereits zu Recht hervor, dass dadurch „der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu einem ‚reinen Zweckinstrumentarium‘ herabgewürdigt wird, das nur im äußersten Notfall zum Einsatz kommen soll“. Kommt dieser aber nur zum Einsatz, wo nicht bereits ausreichende anderweitige Ansprüche bestehen, so „wird die dogmatische Überzeugungskraft des gesamten Instituts ernsthaft in Frage gestellt“<sup>11)</sup>. Die Grenzziehung im Einzelfall mutet mE eher willkürlich an. Es ist vor Augen zu führen, dass die Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gerade deshalb gewählt wurde, weil es mit den Wertungen der Rechtsordnung unvereinbar schien, dem Dritten unter bestimmten Voraussetzungen nicht die Wohltat einer vertraglichen Haftung zuteil werden zu lassen<sup>12)</sup>.

So erstrecken sich die Schutz- und Sorgfaltspflichten auf dritte, dem Vertrag nahestehende Personen. Nach *F. Bydlinkski*<sup>13)</sup> ist folgender Personenkreis mit einzubeziehen: „Dritte, deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung beim Vertragsabschluß voraussehbar war und die der Vertragspartner entweder erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigte oder an denen er ein sichtbares eigenes Interesse hat oder denen er selbst offensichtlich rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist.“

### 2. Schlussfolgerungen

Im Lichte dessen erscheint es für mich inkonsequent, dass der OGH in den zwei erwähnten Beispielen (Zwischenschaltung eines Wohnungseigentumsorganismators bzw eines Generalunternehmers) zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Die Leistungsnähe des Dritten ist mE in beiden Fällen gleichermaßen gegeben. Für den schädigenden Unternehmer ist jeweils erkennbar bzw voraussehbar, dass seine Leistung letztlich einem Dritten, dem Eigentümer, zugute kommen soll<sup>14)</sup>. Ergibt sich aber aus den Grundwertungen

<sup>8)</sup> Die neueste Entwicklung in der österreichischen Produkthaftpflicht, VR 1982, 46 (67).

<sup>9)</sup> In *Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>2</sup> (1992) II § 1295 Rz 31.

<sup>10)</sup> Anm zu OGH 26. 1. 1992 JBl 1994, 331 (334).

<sup>11)</sup> *Karollus*, JBl 1994, 334 (Anm zu JBl 1994, 331).

<sup>12)</sup> Vgl etwa *Denck*, Die Haftung des Vertragsschuldners für den Hauptgläubiger als Erfüllungsgehilfen im Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, JuS 1976, 429; *Sass*, Die Zurechnung von Mitverschulden des Vertragsgläubigers bei der Schadenserstehung zu Lasten des in den Schutzbereich des Vertrages einbezogenen Dritten nach §§ 254 Abs 2 S 2, 278 BGB, VersR 1988, 768 (774); *Kletečka*, Mitverschulden 80.

<sup>13)</sup> JBl 1960, 363; ihm folgend *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II 86; SZ 47/72 = JBl 1974, 573; SZ 53/169; SZ 58/4 = JBl 1986, 452 = EvBl 1986/110.

<sup>14)</sup> Für die Voraussehbarkeit genügt die Erkennbarkeit, dass die Leistung für einen potentiellen Dritten (Käufer) bestimmt ist. Eine genauere Erkenntnis des Dritten ist bei Vertragsabschluss nicht erforderlich – vgl etwa *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II 86; EvBl 1993/97; BGH NJW 1995, 392.

der Rechtsordnung<sup>15)</sup>, dass unter den gegebenen Umständen der Dritte in den Schutzbereich des Vertrags mit einzuschließen sei, so muss dies mE in beiden Fällen gleichermaßen gelten. Daran wird der Dritte, dem grundsätzlich ein vertraglicher Anspruch gegen den Geschäftsherrn offen steht, vor allem bei Insolvenz des Geschäftsherrn ein hohes Interesse haben. Es wäre also mE ein krasser Wertungswiderspruch, würde das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch die „künstliche Einführung“ der „Subsidiarität“ beschnitten.

Ein Festhalten an der „Subsidiarität“ würde mE den Zweck des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geradezu ins Gegenteil verkehren: Man dürfte einem vertraglichen Anspruch nur nicht zu nahe kommen, um noch in den Genuss einer vertraglichen Haftung gelangen zu können. Dieser Missstand lässt sich mE auch nicht durch die Dispositionsfreiheit des Dritten rechtfertigen.

Ein besonders gutes Beispiel für die „Zufallsabhängigkeit“ der Rsp bietet die E OGH 12. 8. 1981, 6 Ob 693/81<sup>16)</sup>. In dieser E kommt es zu einer Kumulation von Wohnungseigentumsorganisator und Generalunternehmer. Ein vom Wohnungseigentumsorganisator bestellter Generalunternehmer beauftragte einen Handwerker mit der Herstellung eines Estrichs in einer bestimmten Eigentumswohnung eines Neubaus. Da sich dieser jedoch als mangelhaft herausstellte, klagte der Wohnungseigentümer den Handwerker. Der OGH nahm in diesem Fall einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Wohnungseigentümers (Dritten) an. Hätte der Wohnungseigentümer aber den Generalunternehmer selbst bestellt, wäre nach der Rsp ein vertraglicher Durchgriff gegen den Handwerker abzulehnen gewesen, uzv obwohl es sich in diesem Fall bei dem Dritten sogar um ein und dieselbe Person gehandelt hätte. Auf solche Weise würde der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Tat zu einem „reinen Zweckinstrument herabgewürdigt“<sup>17)</sup>.

#### IV. Die Frage der Zurechnung des Fehlverhaltens des Vertragspartners des Versprechenden

Im Ausgangsfall<sup>18)</sup> gelangte der OGH zu der Auffassung, dass sich der Wohnungseigentumsorganisator (Verein V) als Besteller vom Bauunternehmer das Fehlverhalten des Architekten mitschuldensbegründend einwenden lassen müsse. Er bejahte zudem das Vorliegen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten der dritten Wohnungseigentümer. Es stellt sich nun die Frage, ob der Bauunternehmer den Ansprüchen der geschützten Dritten mit eben diesen Einwendungen aus dem Vertragsverhältnis zum primär leistungsberechtigten Besteller (Verein V) begegnen kann.

##### A. Die Rechtsprechung

Im gerade angesprochenen Beispiel bejahte der OGH diese Frage. Er berief sich dabei auf die deutsche Lehre und Rsp<sup>19)</sup>. Diese möchten § 334 BGB, der für § 882 Abs 2 ABGB Vorbild war, entsprechend auch auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter anwenden. Wie bei einem Vertrag zugunsten Dritter seien auch diesfalls die Rechte

des Dritten gegen den Schädiger nur aus den Vertragsbeziehungen der unmittelbaren Vertragspartner ableitbar. Der erkennende Senat folgert daraus, dass ein eigener Schadenersatzanspruch, der dem geschützten Dritten aus der Verletzung der dem Schuldner (Bauunternehmer) ihm gegenüber obliegenden Schutz- und Sorgfaltspflichten erwächst, als sekundärer Leistungsanspruch nicht weiter reichen könne als die vertraglichen Ersatzansprüche des Gläubigers (Bestellers). Dafür spreche schon § 882 Abs 2 ABGB, der dem Schuldner bei einem Vertrag zugunsten Dritter die Möglichkeit eröffnet, seine Einwendungen aus dem Vertrag mit seinem Gläubiger auch dem Dritten entgegenzuhalten. Dem OGH erschien es unangemessen, diese Rechte dem Schuldner nicht auch beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zuzubilligen. So gelangte er schließlich zu dem Ergebnis, dass der Bauunternehmer das Mitverschulden des Wohnungseigentumsorganisators auch den Wohnungseigentümern als geschützten Dritten einwenden könne.

Diese Ansicht hielt der OGH etwa auch in der E 25. 10. 1994, 1 Ob 580/94<sup>20)</sup> aufrecht.

##### B. Eigene Stellungnahme

Der OGH lastet dem Dritten das mitverschuldensbegründende Verhalten des Vertragspartners des Schuldners stets, also unabhängig davon, ob dieser als Erfüllungsgehilfe des Dritten anzusehen ist, an.

##### 1. Der Meinungsstand in Deutschland als Ausgangspunkt für die Lösung des vorliegenden Problems

Ausgangspunkt für die Argumentation des OGH ist die Ansicht der Lehre und Rsp in Deutschland. Diese stellt sich bei näherer Betrachtung jedoch keineswegs als so einheitlich dar, wie zunächst der Anschein erweckt wird.

So beruft sich der BGH in mehreren E<sup>21)</sup> darauf, dass der Gläubiger des Versprechenden gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfe des Geschädigten ist. Dies wäre aber wohl nicht notwendig, wenn es für die Zurechnung nicht auf die Gehilfenstellung ankäme. Besonders deutlich geht dies aus einer jüngeren in NJW 1995, 392<sup>22)</sup> veröff E des BGH hervor. Der Eigentümer eines Hauses beauftragte den bekl Architekten mit der Erstellung eines Wertgutachtens. Er teilte ihm mit, dass er dieses für Verkaufszwecke benötige, verheimlichte ihm jedoch bewusst die mangelhafte Beschaffenheit des Dachs und des Dachstuhls. Ohne den Dachboden selbst besichtigt zu haben, erstellte der Bekl ein Gutachten, in dem der Untersuchungszustand des Hauses insgesamt als gut bezeichnet wird und keine nennenswerten Reparaturen für erforderlich gehalten werden. Dieses Gutachten war für den Kauf des Hauses durch den Kl ausschlaggebend. Im Zuge von Renovierungsarbeiten stellten die Kl auf dem Dachboden Feuchtigkeitschäden fest, die ein von ihnen eingeschalteter Sachverständiger für so schwerwiegend erachtete, dass „wahrscheinlich die gesamte Dachkonstruktion abgebrochen und durch ein neues Dach ersetzt werden“ müsse. Die Kl verlangen nunmehr vom Bekl Schadenersatz wegen schuldhaft unrichtiger Erstellung des Gutachtens.

Der BGH stellte fest, dass der Vertrag des Bekl mit dem Eigentümer auch Schutzpflichten zugunsten der Kl entfalte. Dafür genüge, dass dem Bekl bekannt war, dass sein Gut-

<sup>15)</sup> Vgl etwa F. Bydliński, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359; Posch, Produkthaftung und Schadenersatzreform, JBl 1980, 281 (285); Kletečka, Mitverschulden 80.

<sup>16)</sup> MietSlg 33.228.

<sup>17)</sup> Karollus, JBl 1994, 334.

<sup>18)</sup> SZ 58/7 = JBl 1985, 622.

<sup>19)</sup> Der OGH zitierte dazu (offensichtlich irrtümlich) Gottlicher (statt wohl richtigerweise Gottwald) in MünchKomm § 328 BGB. Rz 79 FN 286 mwN und die E BGHZ 33, 247 (250).

<sup>20)</sup> eolex 1995, 326.

<sup>21)</sup> Vgl BGHZ 9, 316; BGHZ 24, 325; NJW 1975, 867.

<sup>22)</sup> BGH NJW 1995, 392.

achten für einen potentiellen Käufer bestimmt war. Dem Bekl sei der Vorwurf zu machen, dass er den Dachstuhl nicht besichtigt hatte. Auf solche Weise wären für ihn die Mängel feststellbar gewesen. Selbst für den Fall, dass der Wahrheitsgehalt der Angaben des Auftraggebers nicht nachprüfbar gewesen wäre, hätte er auf diesen Umstand in seinem Gutachten wenigstens hinweisen müssen.

Trotz dieses Vorwurfs wäre der Bekl aber im Verhältnis zum unmittelbaren Auftraggeber, wegen dessen arglistigem Verhalten, keinen Schadenersatzansprüchen ausgesetzt. Dem ist mE zuzustimmen, weil in diesem Fall die Sphäre des Auftraggebers mit einem so schweren Verschuldensvorwurf belastet ist, dass demgegenüber die Fahrlässigkeit des Gutachters außer Betracht bleiben kann. Eine Anspruchserhebung seitens des Auftraggebers wäre als unzulässige Rechtsausübung zu werten.

Es stellte sich somit die Frage, ob der Bekl diesen Einwand entsprechend § 334 BGB auch den Kl (Dritte) entgegenhalten kann. Anders als nach den Ausführungen des OGH zu erwarten gewesen wäre, verneinte hier der BGH die Zulässigkeit dieses Einwands, weil der Dritte in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit der gutachterlichen Aussagen auch dann zu schützen sei, wenn die Unrichtigkeit durch den Auftraggeber (mit) veranlasst worden ist.

Der Dritte kann in diesem Fall also den Schädiger auf den vollen Betrag in Anspruch nehmen, ohne sich das Verschulden von dessen Vertragspartner anrechnen lassen zu müssen. Dem ist mE zuzustimmen. Meiner Meinung nach wäre sogar von einer solidarischen Haftung von Verkäufer und Gutachter auszugehen gewesen. Das wäre auch im Ergebnis richtig. Dem Architekten stünde gegen seinen Auftraggeber im Innenverhältnis ein Regressanspruch zu.

In der deutschen Lehre spricht sich ein nicht unbeträchtlicher Teil ebenfalls gegen die analoge Anwendung des § 334 BGB aus<sup>23)</sup>. So weist etwa Berg<sup>24)</sup> darauf hin, dass zwischen einem echten Vertrag zugunsten Dritter und dem Vertrag mit bloßer Schutzwirkung zugunsten Dritter ein gravierender Unterschied bestehe. Bei Letzterem habe der Dritte keinen Anspruch auf die Hauptleistung, sondern nur einen Schadenersatzanspruch bei Verletzung der zu seinen Gunsten bestehenden Schutzpflichten. Einwendungen des Schädigers gegen den unmittelbaren Gläubiger können seine rechtliche Stellung daher nur insoweit berühren, als er für das Verhalten des Hauptgläubigers nach allgemeinen Vorschriften einstehen muss. Es komme also nicht auf § 334 BGB, sondern auf die Gehilfenhaftungsregeln der §§ 254, 278 BGB an.

## 2. Auswirkungen auf den Meinungsstand in Österreich

Diesen Ausführungen schließt sich von der österr Lehre etwa Kletečka<sup>25)</sup> an. Er folgert, dass der Anwendungsbereich des § 882 Abs 2 ABGB auf seinen eigentlichen Regelungsbereich, also auf Verträge zugunsten Dritter, beschränkt bleiben müsse. Das zeige sich daran, dass die Schutzpflichten zugunsten Dritter vom Bestehen eines Vertrags weit unabhängiger seien als die Leistungspflichten bei einem Vertrag zugunsten Dritter. So treffen den Versprechenden gegenüber dem Dritten selbst dann Schutzpflicht-

ten, wenn der Vertrag mit seinem unmittelbaren Kontrahenten nichtig ist, weil sie sich nicht aus dem Vertrag, sondern aus dem Gesetz ableiten<sup>26)</sup>. Hingegen könne der Dritte, bei einem Vertrag zugunsten Dritter, einen Leistungsanspruch nur geltend machen, wenn der Vertrag auch wirklich besteht. Es ist ihm mE darin zu folgen, dass der Dritte bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, auf Grund der bestehenden Unterschiede zum Vertrag zugunsten Dritter, für den Versprechensempfänger nur entstehen müsse, wenn dieser sein gesetzlicher Vertreter oder sein Erfüllungsgehilfe ist<sup>27)</sup>.

Sinngemäß schließt sich dieser Meinung auch Koziol<sup>28)</sup> an. Er weist noch darauf hin, dass sich die gegensätzliche Ansicht auch nicht mit einer Analogie zu § 7 EKHG, nach dem sich der Unterhaltsberechtigte beim Schadenersatzanspruch gegen denjenigen, der den Unterhaltspflichtigen getötet hat, das Mitverschulden des Getöteten anrechnen lassen muss<sup>29)</sup>, begründen lässt. Die Lage sei hier eine völlig andere, weil der Unterhaltsberechtigte ein bloß mittelbar Geschädigter sei und der Schädiger nur wegen der Verletzung der Sorgfaltspflichten, die gegenüber dem Getöteten bestanden, haftbar werde. Wird hingegen ein in den Schutzbereich eines Vertrags einbezogener Dritter verletzt, so liege eine Verletzung von eigenständigen Sorgfaltspflichten aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis vor, die dem Schädiger gerade gegenüber dem geschädigten Dritten obliegen. Der Dritte ist somit ein unmittelbar und nicht bloß mittelbar Geschädigter. Es sei daher, auch von dieser Warte aus betrachtet, kein sachlicher Grund gegeben, ihm das Verschulden des Gläubigers umfassend zuzurechnen.

## V. Zusammenfassung

Der Anwendungsbereich des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird vom OGH nach wie vor ohne eine nachvollziehbare dogmatische Begründung „künstlich“ beschränkt.

Wird ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht, so soll nach der Rsp dem geschützten Dritten das Fehlverhalten des Vertragspartners den Versprechenden stets, ohne Rücksichtnahme auf die Gehilfenzurechnungsnormen der §§ 1313 a und 1315 ABGB, zugerechnet werden.

Dogmatisch soll diese weitgehende Einstandspflicht aus § 882 Abs 2 ABGB abgeleitet werden. ME muss § 882 Abs 2 ABGB jedoch, wie etwa auch schon von Kletečka<sup>30)</sup> gefordert, auf seinen eigentlichen Anwendungsbereich, den Vertrag zugunsten Dritter, beschränkt bleiben. Dies vor allem schon deshalb, weil bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die Schutzpflichten zugunsten Dritter vom Bestehen eines Vertrags weit unabhängiger sind als die Leistungspflichten bei einem Vertrag zugunsten Dritter.

ME ist jedenfalls kein ausreichender Grund ersichtlich, warum von den in § 1313 a und § 1315 ABGB normierten Gehilfenzurechnungsregeln bloß einseitig auf Geschädigtenseite abgegangen werden sollte. Wenn dies geändert werden soll, müssen entsprechende Überlegungen auch auf Schädigerseite angestellt werden.

<sup>23)</sup> Vgl etwa Denck, JuS 1976, 430; Sass, VersR 1988, 773; Berg, Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation, NJW 1978, 2018.

<sup>24)</sup> NJW 1978, 2018.

<sup>25)</sup> Mitverschulden 78.

<sup>26)</sup> Vgl Kletečka, Gehilfenmitverschulden beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, eolcx 1995, 323.

<sup>27)</sup> Vgl Kletečka, Mitverschulden 78 f.

<sup>28)</sup> Haftpflichtrecht<sup>3</sup> I Rz 12/84.

<sup>29)</sup> Dies wird auch im Rahmen des § 1327 ABGB vertreten.

<sup>30)</sup> Mitverschulden 78.