

Mit Beilage

wirtschaftsrechtliche
blätter:wbl

Heft 10 Oktober 2015
137. Jahrgang

Juristische Blätter

Aufsätze

- Univ.-Ass. Dr. *Gabriel Kogler*:
**Der Erbverzicht nach dem Erbrechts-
Änderungsgesetz** 613
- Univ.-Ass. Mag. *Bernhard Burtscher*, LL.M., B.Sc.:
**Die Subsidiarität des Schutzwirkungsvertrags
im Zivilprozess** 631

Aus den Vereinen / Ankündigungen

- Salzburger Juristische Gesellschaft – Programm
Wintersemester 2015/16 – Ankündigung 644
- Privatissimum aus Privatrecht WS 2015/16 –
Ankündigung 644
- Symposium „Rechtsfragen bei der Veräußerung
von Wertpapieren nach den Rechten der
CEE-Staaten“ – Ankündigung 644

Rechtsprechung

Verfassungsgerichtshof

- Verfassungswidrigkeit der Wortfolge „Kriminalpolizei
oder“ in § 106 Abs 1 StPO
(VfGH 30.06.2015, G 233/2014 ua) 644

Ordentliche Gerichte – Zivilsachen

- Keine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung einer
Schadenersatzklage zur psychotherapeutischen
Aufarbeitung des schadenstiftenden Ereignisses
(OGH 29.06.2015, 6 Ob 83/15x) 649
- Befugnis zur Vergabe von Sportfischerlizenzen
Bestandteil jedes Fischereirechts
(OGH 19.03.2015, 1 Ob 119/14b) 650
- Schadenersatz bei überholender Kausalität:
Beschädigung einer generalsanierungsbedürftigen
Brücke (OGH 13.05.2015, 2 Ob 88/14a) 658
- Entschädigung für Sachwalter als Folgeschaden
aus einer Körperverletzung: Bindung des Schädigers
an Festsetzung der Höhe durch das
Pflegschaftsgericht? (OGH 08.06.2015, 2 Ob 71/15b) 661

- Anscheinshersteller iS des § 3 PHG: objektiver
Anschein der Herstellereigenschaft im Zeitpunkt
des Inverkehrbringens entscheidend
(OGH 10.06.2015, 7 Ob 82/15g) 664
- Subsidiarität der Winkelschreiberei-VO bei
gerichtlich strafbaren Handlungen
(OGH 25.02.2015, 9 Ob 86/14h) 665
- Längere Dauer der Übermittlung eines Telefax:
Risiko des Einbringers
(OGH 27.05.2015, 6 Ob 43/15i) 667

Entscheidungen in Leitsätzen

- Verjährung von Amtshaftungsansprüchen
spätestens nach zehn Jahren
(OGH 18.06.2015, 1 Ob 41/15h) 668
- Begehren zukünftiger Heilungskosten als
Vorschuss gegen Verrechnung
(OGH 09.04.2015, 2 Ob 173/14a) 668
- Kein (subsidiäres) Rekursrecht einzelner Insolvenz-
gläubiger gegen Ausscheidungsbeschluss im
Schuldenregulierungsverfahren mit Eigenverwaltung
(OGH 28.04.2015, 8 Ob 37/15x) 668

Strafsachen

- Zustimmung des Angeklagten zur Konfiskation
(OGH 03.03.2015, 14 Os 2/15y –
a. Univ.-Prof. Dr. *Alexander Tipold*) 669
- Feststellungen zur Prognosestat bei Anstaltsunter-
bringung, Zusammenhang zwischen Unter-
bringungsanordnung und Strafausspruch
(OGH 15.03.2015, 15 Os 12/15a) 671

Verwaltungsgerichtshof

- Unterbleiben einer Umweltverträglichkeitsprüfung,
Geltendmachung im Bauverfahren
(VwGH 04.08.2015, Ra 2014/06/0044) 673

Literatur

Impressum 680

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier – TCF

Ausgewertet im Abstract Service IBZ

Univ.-Ass. Mag. **Bernhard Burtscher**, LL.M., B.Sc., Wien

Die Subsidiarität des Schutzwirkungsvertrags im Zivilprozess

In gefestigter Rsp qualifiziert der OGH Ansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als subsidiär gegenüber direkten vertraglichen Ansprüchen gegen den Geschäftsherrn. Solche direkten vertraglichen Ansprüche bestehen, wenn der Schädiger dem Geschäftsherrn nach § 1313a als Erfüllungsgehilfe zugerechnet wird. Ist bei schwierigen Zurechnungsfragen ex ante aber unklar, ob zugerechnet wird, weiß der Geschädigte nicht, gegen wen er seinen Anspruch richten soll. Der vorliegende Beitrag untersucht die prozessrechtlichen Probleme, die sich daraus ergeben, und geht dann der Frage nach, ob sich diese materiellrechtlich entschärfen lassen. Insbesondere werden dabei die Verwertung von Beweismitteln, die fehlende Bindungswirkung und kostenrechtliche Fragen thematisiert. Anhand der gravierenden Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung wird sich am Ende der Untersuchung zeigen, dass die These von der Subsidiarität des Schutzwirkungsvertrags nicht mehr haltbar ist.

Deskriptoren: Erfüllungsgehilfe, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Schadensersatz, Prozesskosten, Prozesskostenregress, Nebenintervention, Streitverkündung, Bindungswirkung, materiellrechtliches Alternativverhältnis, Zwischenantrag auf Feststellung, Grundurteil. §§ 1293 ff, § 1313a ABGB; §§ 11, 19, 40 f, 228, 236 ZPO.

Übersicht:

- A. Problemaufriss
 - B. Das Dilemma des Geschädigten
 - C. Gemeinsamer Prozess als Ausweg?
 - D. Der Einzelprozess als „Regelfall“
 - I. Feststellungsklage und Zwischenantrag auf Feststellung
 - II. Grundurteil
 - E. Klage gegen den „Falschen“: Konsequenzen eines erfolglosen Erstprozesses für einen etwaigen Folgeprozess
 - I. Verwertung von Beweismitteln
 - II. Bindungswirkung
 - 1. Streitverkündung und Nebenintervention
 - a. Grundlagen
 - b. Materiellrechtliches Alternativverhältnis
 - 2. Erstprozess gegen den Vertragspartner
 - a. Nebenintervention auf Seiten des Vertragspartners
 - b. Nebenintervention auf Seiten des Geschädigten
 - c. Unterlassene Nebenintervention, doppelte Streitverkündung, Beitritt ohne Streitverkündung
 - 3. Erstprozess gegen den Schädiger
 - 4. Kostenfragen und Zwischenfazit
 - III. Prozesskosten und Prozesskostenregress
 - 1. Die restriktive Judikatur
 - 2. Kritik
 - 3. Prozesskostenregress bei Aktivprozess?
 - 4. Ergebnis: kein Prozesskostenregress
 - a. Erfolgreicher Erstprozess gegen den Vertragspartner
 - b. Erfolgreicher Erstprozess gegen den Schädiger
- F. Schlussfolgerungen

A. Problemaufriss

In einer hochgradig arbeitsteilig organisierten Wirtschaftswelt setzen Unternehmen im Rahmen der Vertragserfüllung ständig selbständige Hilfs-

personen (etwa Subunternehmer oder Zulieferer) ein. Wird durch deren sorgfaltswidriges Verhalten ein Schaden verursacht, stellt sich die Frage, wer haftet. Der Vertragspartner des Geschädigten haftet selbst, wenn ihm die Hilfsperson als Erfüllungsgehilfe nach § 1313a zugerechnet werden kann, wenn er sich ihrer also zur Erfüllung seiner Pflichten aus einer Sonderrechtsbeziehung bedient. Erst wenn eine Zurechnung nach § 1313a nicht gelingt, ist subsidiär an eine Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSchzD) zu denken.¹⁾ Diese „Subsidiaritätsthese“, wonach eine Haftung aus einem VSchzD nur dort bestehen kann, wo das Verhalten des Gehilfen dem Vertragspartner des Geschädigten nicht ohnehin zugerechnet wird,²⁾ hat zur Folge, dass die Zurechnung des Gehilfen für die Passivlegitimation ausschlaggebend ist. Wird zugerechnet, haftet der Vertragspartner;

¹⁾ Die dafür relevanten Voraussetzungen, nämlich dass der Dritte vorhersehbar von der Vertragserfüllung mitbetroffen ist und der Vertragspartner ein erkennbares Interesse an ihm hat, sind nicht Gegenstand dieses Beitrags. Vgl dazu *F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359 (363).

²⁾ RIS-Justiz RS0022814; OGH 2 Ob 133/78 = JBl 1980, 39 (*Koziol*); 1 Ob 601/92 = JBl 1994, 331 (*Karollus*); 7 Ob 245/02h = *ecolex* 2003, 515 (*Rabl*); 7 Ob 175/06w = *FamZ* 2007, 81 (*Parapatits*); jüngst 17.06.2013, 2 Ob 4/13x; 22.10.2013, 4 Ob 157/13m; 25.03.2014, 4 Ob 33/14b; siehe auch *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 143; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁴ (2010) 177; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} (2014) § 1313a Rz 13; *Karner/Koziol*, Der Ersatz von Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten von Unternehmern, JBl 2012, 141 (150); *Karner* in *KBB*, ABGB⁴ (2014) § 1295 Rz 19; weitere Nachweise bei *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2006) 98.

wird nicht zugerechnet, haftet der Gehilfe aus dem VSchzD.

Ob zugerechnet wird, ist ex ante aber oft keineswegs evident. Vielmehr tun sich hier selbst für ausgewiesene Experten des Schadenersatzrechts mitunter „heikle Zurechnungsfragen“ auf.³⁾ Das beweist auch ein Blick auf die aktuelle Rsp. So wies der OGH jüngst die Klage einer Flugpassagierin ab, die nach einem Sturz auf einer schlecht gereinigten Stelle in der allgemein zugänglichen Abfertigungshalle eines Flughafens den Flughafenbetreiber geklagt hatte. Da der Flughafenbetreiber ein Erfüllungsgehilfe der Fluglinie sei, hätte die Geschädigte die Fluglinie (ihren Vertragspartner) klagen müssen.⁴⁾ Etwaige Ansprüche gegen den Flughafenbetreiber aus einem VSchzD seien subsidiär. Hingegen hat der Hotelgast, der sich an einem scharfkantigen Bett verletzt, keinen Anspruch gegen den Hotelier, da der Hersteller des Bettes nicht Erfüllungsgehilfe des Hoteliers ist.⁵⁾ Der Gast müsste den Hersteller aus einem VSchzD klagen. Infiziert er sich aber durch beim Duschen verschlucktes Wasser mit Legionellen, hat er sehr wohl direkte vertragliche Ansprüche gegen den Hotelier, da das mit Wartung und Kontrolle der Wasserversorgungsanlage betraute Installationsunternehmen dessen Erfüllungsgehilfe sein soll.⁶⁾ Eine Klage gegen den Installateur aus einem VSchzD wäre wiederum als subsidiär abzuweisen. Anders ist das beim bloßen Zulieferer eines Werkunternehmers;⁷⁾ wobei wiederum anderes gelten soll, wenn der Zulieferer unmittelbar in die Erbringung der Erfüllungshandlung einbezogen war.⁸⁾

B. Das Dilemma des Geschädigten

Die skizzierten „heiklen Zurechnungsfragen“, die durch die jüngere Rsp eher noch zugenommen haben,⁹⁾ sind für den Geschädigten mit erheblichen Risiken verbunden. Wer der richtige Beklagte ist, ist ex ante bisweilen kaum zu ermitteln. Wurde ex post aber „der Falsche“ geklagt, wird die Klage nicht nur kostenpflichtig abgewiesen. Gleichzeitig besteht die Gefahr der Verjährung der Ansprüche gegen den wirklich Haftpflichtigen, da § 1497 bei einer Klage gegen den Falschen nicht eingreift. Aber auch wenn der Anspruch nicht verjährt ist, ist eine neuerliche Einklagung keineswegs prozess-

ökonomisch. Der sorgfaltswidrig Geschädigte befindet sich also in einem Dilemma: Er weiß in den heiklen Fällen schlicht nicht, wen er klagen soll. Der vorliegende Beitrag geht daher in einem ersten Schritt der Frage nach, ob sich die Probleme, die das Zusammenspiel von Subsidiaritätsthese und schwierigen Zurechnungsfragen erzeugt, prozessual entschärfen lassen. In einem weiteren Schritt wird zu prüfen sein, ob das materielle Recht diesen Risiken entgegensteuern kann. Abschließend werden die daraus zu ziehenden Konsequenzen zu überlegen sein.

C. Gemeinsamer Prozess als Ausweg?

Als Ausweg aus seinem Dilemma könnte man dem Geschädigten zunächst intuitiv vorschlagen, doch beide potentiellen Haftpflichtigen zu klagen. Dies mag in Ausnahmefällen auch zweckmäßig sein, wenn die Verjährung des Anspruchs unmittelbar und kein Verjährungsverzicht abgeben wird. Im gemeinsamen Prozess ist aber unvermeidlich, dass der Geschädigte einem Beklagten unterliegt und daher diesem Kostenersatz leisten muss.¹⁰⁾ Von einem bloßen „Kostenrisiko“ zu sprechen, wäre somit falsch. Vielmehr besteht im gemeinsamen Prozess die Gewissheit, dass der Geschädigte einem Prozessgegner Kostenersatz leisten muss.

Überdies wird es oft an einem gemeinsamen Gerichtsstand von Vertragspartner und Schädiger fehlen, da diese keine gerichtstands begründende materielle Streitgenossenschaft (§ 11 Z 1 ZPO) bilden. Eine Tatsachengemeinschaft¹¹⁾ scheidet nämlich daran, dass es für die Haftung des Schädigers weiterer Feststellungen zum Schutzwirkungsvertrag zugunsten des Geschädigten bedarf, die vom rechtserzeugenden Sachverhalt zwischen Geschädigtem und Vertragspartner nicht erfasst sind.¹²⁾ Vertragspartner und Schädiger können daher allenfalls formelle Streitgenossen sein, was nach § 11 Z 2 ZPO aber eben einen gemeinsamen Gerichtsstand voraussetzt.¹³⁾ Ein solcher kann sich zwar

³⁾ Karner, Anmerkung zu OGH 8 Ob 106/12i, EvBl 2014/46, 314.

⁴⁾ OGH 26.06.2014, 8 Ob 53/14y; ablehnend Burtscher, Der Erfüllungsgehilfenbegriff im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, ÖJZ 2014, 1056 (1060).

⁵⁾ OGH 26.06.1997, 2 Ob 185/97p.

⁶⁾ OGH 8 Ob 106/12i = EvBl 2014/46 (Karner) = ecolex 2014/6 (Wilhelm).

⁷⁾ Vgl etwa OGH 14.03.2013, 2 Ob 234/12v; Karner in KBB, ABGB⁴ § 1313a Rz 4 mwN; Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁴ (2014) 265.

⁸⁾ RIS-Justiz RS0118512; kritisch Wilhelm, Anmerkung zu OGH 1 Ob 265/03g, ecolex 2004, 610; Lukas, Anmerkung zu OGH 1 Ob 265/03g, JBl 2004, 648 (655); Strahwald, Anmerkung zu OGH 1 Ob 265/03g, VR 2004, 175 (176); Haas/Thunhart, Die Haftung für Hersteller und Lieferanten, ÖJZ 2012, 697 (699 f); Burtscher, ÖJZ 2014, 1059.

⁹⁾ Dazu jüngst Burtscher, ÖJZ 2014, 1056.

¹⁰⁾ Konkret tritt das Problem „unterschiedlicher Erfolgsverhältnisse gegenüber einzelnen Gegnern“ auf. M. Bydlinski, Kostenersatz im Zivilprozeß (1992) 384, 404 f; derselbe in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz³ (2014) § 46 ZPO Rz 2 löst dieses durch die Annahme, dass die allein auftretende Partei ihre eigenen Kosten gleichmäßig gegen jede Partei auf der Gegenseite aufwendet. Vgl dazu auch Fucik in Rechberger, ZPO⁴ (2014) § 41 Rz 7 mwN.

¹¹⁾ Dazu Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990) Rz 371; Schneider in Fasching/Konecny, ZPG³ (2014) § 11 ZPO Rz 12; OGH 18.09.1985, 8 Ob 551/85; 7 Ob 774/78 = SZ 52/43.

¹²⁾ Vgl etwa OGH 7 Ob 774/78 = SZ 52/43, wo der OGH einen Händler und einen Produzenten nicht als materielle Streitgenossen qualifizierte; vgl weiters 04.04.1990, 1 Ob 6/90 und 21.05.1981, 7 Ob 543/81.

¹³⁾ Auch in grenzüberschreitenden Sachverhalten werden Ansprüche aus Vertrag anders angeknüpft (Art 7 Nr 1) als Ansprüche aus einem VSchzD (Art 7 Nr 2), Geimer in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht³ (2010) Art 5 Rz 26; Schmaranzer in Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer, IZVR (2009) Art 5 EuGVVO Rz 10 mwN; derselbe, Vertrag mit Schutzwirkung 239 ff; OGH 07.08.2008, 6 Ob 133/08i.

etwa aus § 92a JN (Gerichtsstand der Schadenszufügung) ergeben.¹⁴⁾ Fehlt es aber an einem gemeinsamen Gerichtsstand, kann nicht gemeinsam geklagt werden¹⁵⁾ und ist auch eine Verbindung der Verfahren nach § 187 ZPO nicht möglich.¹⁶⁾ Es zeigt sich somit recht schnell, dass der gemeinsame Prozess den Geschädigten nicht aus seinem Dilemma befreit.

D. Der Einzelprozess als „Regelfall“

Im Regelfall wird der Geschädigte daher zunächst nur jenen potentiellen Beklagten in Anspruch nehmen, dessen Haftung ihm wahrscheinlicher erscheint. Das wird oft der Vertragspartner sein, zwingend ist das aber nicht, wie der Flughafenfall zeigt. Die angesprochenen „heiklen Zurechnungsfragen“¹⁷⁾ mögen nun das Finden des richtigen Beklagten fast schon zum Glückspiel machen, dabei besteht aber zumindest die Chance, den Richtigen zu „erwischen“ und – anders als im gemeinsamen Prozess – keinen Prozesskostenersatz leisten zu müssen.

I. Feststellungsklage und Zwischenantrag auf Feststellung

Im Einzelprozess wird der Geschädigte nun möglichst früh Gewissheit darüber wollen, ob er den richtigen Gegner geklagt hat. In seinem Interesse wäre dabei in erster Linie die Feststellung, dass der Schädiger dem Vertragspartner zuzurechnen oder eben nicht zuzurechnen ist. Einer solchen Feststellungsklage (§ 228 ZPO) fehlt aber das rechtliche Interesse, da der Geschädigte auch eine Leistungsklage erheben könnte, deren Erfolg die Feststellung erübrigt (Subsidiarität der Feststellungsklage).¹⁸⁾ Aber auch für einen entsprechenden Zwischenantrag auf Feststellung (§ 236 ZPO) fehlt das rechtliche Interesse. Die Feststellung der Zurechnung liefe nämlich auf die probeweise Beantwortung der Rechtsfrage hinaus, ob der Beklagte passivlegitimiert ist. Die Stellung eines Zwischenantrages nur zu dem Zweck, „eine Rechtsfrage für sich allein herauszuheben und zum Gegenstand eines Urteiles zu

machen“, ist aber nach stRsp unzulässig.¹⁹⁾ Somit ist die isolierte Beantwortung der „heiklen Zurechnungsfragen“²⁰⁾ und damit der Frage nach der Passivlegitimation nicht möglich.

II. Grundurteil

Dem Geschädigten steht es aber – gewissermaßen als zweitbeste Option – zumindest offen, ein Grundurteil iS des § 393 Abs 1 ZPO zu beantragen. Das Gericht kann dann über den Anspruch gegen den Beklagten dem Grunde nach absprechen und die Entscheidung über die Höhe aufschieben. Verneint es den Anspruchsgrund, hat es hingegen die Klage sofort mit Endurteil abzuweisen,²¹⁾ sodass dem Geschädigten ein Verfahren über die Höhe des Anspruchs erspart bleibt. Der Antrag auf Erlassung eines Grundurteils ist daher in den Fällen, in denen die Entscheidung über die Höhe noch kompliziert ist, eine sinnvolle prozesstaktische Option. Dies wird aber häufig nicht der Fall sein, da die Rsp den „Anspruchsgrund“ sehr weit versteht und dazu etwa auch den Kausalzusammenhang,²²⁾ das Verschulden des Schädigers²³⁾ oder Fragen des Mitverschuldens²⁴⁾ zählt.²⁵⁾ Daher muss häufig der überwiegende Teil der Beweise bereits aufgenommen und ein Großteil der rechtlichen Beurteilung schon vorgenommen werden, um ein Grundurteil überhaupt fällen zu können. Wenngleich man sich für die hier interessierenden Fälle auch de lege lata durchaus etwas mehr Flexibilität wünschen könnte, ist das Grundurteil daher häufig nur von begrenztem prozessökonomischen Nutzen.²⁶⁾

E. Klage gegen den „Falschen“: Konsequenzen eines erfolglosen Erstprozesses für einen etwaigen Folgeprozess

Auch im Einzelprozess sind die taktischen Möglichkeiten des Geschädigten also beschränkt. Wird seiner Klage stattgegeben, löst sich sein Dilemma dennoch auf. Nicht minder plausibel ist aber das Szenario, dass er sich den falschen Beklagten aus-

¹⁴⁾ Ein Wahlgerichtsstand reicht aus, vgl. *Schneider* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ (2014) Vor §§ 11–15 ZPO Rz 6. Sowohl § 92a JN als auch § 87 JN weisen aber einen eingeschränkten Anwendungsbereich auf, vgl. *Simotta* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ (2013) § 87a JN Rz 1 ff, § 92a JN Rz 2 f.

¹⁵⁾ Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist hingegen strittig, ob auch formelle Streitgenossenschaften die Anwendbarkeit des Art 8 Nr 1 EuGVVO begründen, dafür etwa *Simotta* in *Fasching/Konecny*, ZPG² (2008) Art 6 EuGVVO Rz 25 mwN; skeptisch *Schmaranzer* in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, IZVR Art 6 EuGVVO Rz 6 mwN.

¹⁶⁾ Vgl. nur *Schragel* in *Fasching/Konecny*, ZPG² (2002) § 187 ZPO Rz 8.

¹⁷⁾ *Karner*, EvBl 2014/46, 314.

¹⁸⁾ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) Rz 550 f; *Fasching* in *Fasching/Konecny*, ZPG² (2004) § 228 ZPO Rz 108; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 228 Rz 11; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht² (2013) Rz 515.

¹⁹⁾ RIS-Justiz RS0039615; zur Aktivlegitimation OGH 3 Ob 559/53 = JBl 1954, 73; 2 Ob 484, 508/60 = JBl 1961, 327; 7 Ob 578/93 = JBl 1994, 342 (*König*); vgl. auch *Hoyer*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 127/88, ZfRV 1989, 300; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*, ZPG² (2004) § 236 ZPO Rz 4; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 236 Rz 3; jüngst *Kellner*, Der Zwischenantrag auf Feststellung, ÖJZ 2015, 250 (254 f); kritisch *Ballon*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 536/78, JBl 1980, 325.

²⁰⁾ *Karner*, EvBl 2014/46, 314.

²¹⁾ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1427; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*, ZPG² (2004) § 393 ZPO Rz 4 mwN; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 393 Rz 6.

²²⁾ OGH 2 Ob 413/58 = ZVR 1959/154.

²³⁾ OGH 2 Ob 43/48 = SZ 21/70; 2 Ob 272/63 = ZVR 1964/196.

²⁴⁾ OGH 2 Ob 43/48 = SZ 21/70; 1 Ob 411/53 = SZ 26/212.

²⁵⁾ Zu all dem *Fasching*, Das Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs (§ 393 Abs 1 ZPO), ÖJZ 1958, 264 (267 f); *derselbe*, Lehrbuch² Rz 1429 f; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*, ZPG² § 393 ZPO Rz 6; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 393 Rz 9.

²⁶⁾ Vgl. *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*, ZPG² § 393 ZPO Rz 16.

gesucht hat. So erging es etwa der Geschädigten im „Flughafenfall“, die nach Ansicht des OGH zu Unrecht den Flughafentreiber geklagt hatte. Ihr steht es nun natürlich nach wie vor frei, den Anspruch gegen die Fluglinie durchzusetzen, sofern dieser noch nicht verjährt ist. Welche Schwierigkeiten sich dabei aber ergeben, wird nun geprüft.

I. Verwertung von Beweismitteln

Zunächst stellt sich im Folgeprozess die Frage nach der Verwertung von Beweismitteln, die bereits im ersten Verfahren aufgenommen wurden. Häufig werden ja dieselben Beweismittel einschlägig sein wie im ersten (verlorenen) Verfahren, so dass fraglich ist, ob diese nochmals aufgenommen werden müssen. Eminente praktische Bedeutung erlangt diese Frage in erster Linie bei kostspieligen Sachverständigen-gutachten.²⁷⁾ Unproblematisch ist dabei die Aufnahme der Protokolle eines anderen Verfahrens als Urkundenbeweis.²⁸⁾ Die Verwendung von Protokollen oder Sachverständigen-gutachten ohne neuerliche Aufnahme des unmittelbaren Beweismittels ist hingegen am Grundsatz der sachlichen Unmittelbarkeit zu messen, wonach Beweise grundsätzlich vor dem erkennenden Gericht aufzunehmen sind (§ 276 Abs 1 ZPO).²⁹⁾ Davon gestattet nun § 281a ZPO eine Ausnahme, wenn eine Beweisaufnahme bereits in einem Vorverfahren stattgefunden hat.³⁰⁾ Da sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Bestimmung ableiten lässt, dass das Vorverfahren bereits abgeschlossen sein muss, kann meines Erachtens auch bei gleichzeitig angestregten und noch nicht beendeten Prozessen eine unmittelbare Beweisaufnahme unterbleiben, wenn die Voraussetzungen des § 281a ZPO vorliegen. Dies setzt aber voraus, dass die am ersten Verfahren nicht beteiligte Partei dem ausdrücklich zustimmt (Z 2). Der Beklagte kann daher stets die kostspielige Neuaufnahme von Sachverständigen-gutachten erzwingen. Neben der zu erwartenden erheblichen Verlängerung der Verfahrensdauer³¹⁾ entsteht dadurch für den Geschädigten auch ein beträchtliches Kostenrisiko im Folgeverfahren.³²⁾ Im Fall eines weiteren Prozessverlusts muss er ja erneut vollen Kostenersatz leisten (§§ 40 f ZPO). Denn auch wenn sicher ist, dass der Geschädigte sorgfaltswidrig geschädigt wurde, ermöglicht das

Rechtskraftkonzept des österreichischen Prozessrechts den doppelten Prozessverlust. Das werden die folgenden Ausführungen zeigen.

II. Bindungswirkung

Auf den ersten Blick mag es verwundern, dass dem schuldhaft Geschädigten der Verlust beider Prozesse droht. Denn entweder der Vertragspartner oder der Schädiger müsste doch nach materiellem Recht haften. Dass diese – vom materiellen Recht vorgegebene – Lösung vom Prozessrecht durchkreuzt werden kann, liegt daran, dass die Rechtskraft des Urteils des ersten Prozesses nur inter partes zwischen den Parteien des Verfahrens wirkt (subjektive Grenze der materiellen Rechtskraft). Dies folgt aus Art 6 EMRK³³⁾ und kann im schlimmsten Fall eben dazu führen, dass der rechtswidrig und schuldhaft Geschädigte in beiden Prozessen leer ausgeht und die Kosten beider Verfahren zu tragen hat.³⁴⁾ Diese Konsequenz zeigt 6 Ob 170/08f mit aller Deutlichkeit. Dort wurde in einem ersten Verfahren die Klage gegen einen Werkunternehmer abgewiesen, da ihm sein Zulieferer nicht nach § 1313a zugerechnet werden konnte. Im Folgeprozess qualifizierte das Gericht den nun beklagten Zulieferer sehr wohl als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers und wies den Anspruch gegen ihn als subsidiär ab.³⁵⁾ Eine Bindungs- oder Tatbestandswirkung lehnte der OGH unter Berufung auf Art 6 EMRK richtigerweise ab, da der im zweiten Verfahren Beklagte im ersten Verfahren kein rechtliches Gehör hatte.³⁶⁾ Somit gingen beide Prozesse verloren.

1. Streitverkündung und Nebenintervention

a. Grundlagen

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, wäre für den Geschädigten im Erstprozess eine Streitverkündung an den jeweils anderen potentiellen Beklagten überlegenwert.³⁷⁾ Dass dabei auch kostenrechtliche Konsequenzen zu bedenken sind, sei an dieser Stelle nur angedeutet (dazu E.II.4.). Die Streitverkündung wahrt aber die Hoffnung, dass das erste Verfahren auf ein mögliches Folgeverfahren „ausstrahlt“ und so den Doppelverlust vermeidet. Denn seit der Leitentscheidung SZ 70/60, mit der der OGH einen langen Meinungsstreit³⁸⁾ in der Lehre

²⁷⁾ Vgl etwa die Schilderung bei *Spitzer*, Auswirkungen des Verbandsverantwortlichen auf das Zivil- und Zivilprozessrecht, in *WiR*, Haftung im Wirtschaftsrecht (2013) 29 (59).

²⁸⁾ Vgl *Pimmer*, Ist die Prozessökonomie eine Rechtfertigung für die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes?, *ecolex* 2015, 286 (289); *Spitzer* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO § 281a Rz 3 (in Druck); *Heinrich* in *Krüger/Rauscher*, *MünchKomm ZPO*⁴ (2012) § 355 Rz 10.

²⁹⁾ *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁸ Rz 413.

³⁰⁾ Zum Spannungsverhältnis zu § 276 jüngst *Pimmer*, *ecolex* 2015, 286 f; vgl auch *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, *ZPG*² (2004) § 281a ZPO Rz 1 mwN.

³¹⁾ Vgl *BMJ*, *Verfahrensdauer Zivil – Zeitreihen 2006–2011* (2011) 21.

³²⁾ Der Antrag auf neuerliche Beweisaufnahme ist auch nicht mit vorläufiger Kostentragung zu sanktionieren, *Pimmer*, *ecolex* 2015, 288 f.

³³⁾ Statt aller *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 1524 ff; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁸ Rz 890; *Rechberger* in *Rechberger*, *ZPO*⁴ Vor § 390 Rz 27.

³⁴⁾ *Schmaranzer*, *Vertrag mit Schutzwirkung* 106.

³⁵⁾ Nicht einschlägig ist hier 1 Ob 330/98f, wo es um eine Rechtskrafterstreckung zu Gunsten Dritter ging; vgl die Kritik von *Oberhammer*, *Vertrag mit Schutzwirkung* zugunsten Dritter und Rechtskrafterstreckung, *JBl* 2000, 58 und das Urteil OGH 20.05.2009, 2 Ob 213/08z, das die vereinzelt gebliebene Entscheidung ablehnt.

³⁶⁾ *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, *ZPG*² (2004) § 411 ZPO Rz 172.

³⁷⁾ Vgl dazu *Fasching*, *ZPG* II (1962) 235; zu den weiten Grenzen der Zulässigkeit *Kahl*, *Die Streitverkündung* (1998) 50 ff.

³⁸⁾ Pro Bindungswirkung die überwiegende materiellrechtliche Lehre, vgl etwa *Reischauer*, *Streitverkündung und Bindungswirkung*, *ÖJZ* 1979, 57; *derselbe* in *Rummel*,

entschied, sind der einfache Nebenintervenient und derjenige, der sich am Verfahren trotz Streitverkündung nicht beteiligt, an die Ergebnisse des Erstprozesses gebunden.³⁹⁾ Die Bindungswirkung besteht nach SZ 70/60 insoweit, als „diese Personen als Parteien eines als Regressprozess geführten Folgeprozesses keine rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden erheben dürfen, die mit den notwendigen Elementen der Entscheidung des Vorprozesses in Widerspruch stehen.“⁴⁰⁾ Die Bindungswirkung erwächst dabei schon aus der Streitverkündung selbst.⁴¹⁾ Der Leitsatz beschränkt sich noch auf Regressprozesse, wo das Problem auch besonders prominent ist. Wird nämlich der Geschäftsherr von seinem geschädigten Vertragspartner geklagt, kann er seinem Gehilfen den Streit verkünden. Er holt sich diesen also als Streithelfer ins Boot, um die Haftung abzuwehren. Wird er dennoch verurteilt, soll der Gehilfe im folgenden Regressprozess nicht plötzlich entlastendes Vorbringen erstatten, das er bereits im Erstprozess hätte mitteilen können und das mit der Entscheidung im Erstprozess im Widerspruch steht. Damit wird verhindert, dass der Geschäftsherr im Erstprozess zur Leistung verurteilt wird und dann im Regressprozess – wegen einer abweichenden Entscheidung – wieder leer ausgeht, obwohl ihm der Regress nach materiellem Recht (§ 1313 S 2 ABGB) zustünde. Das materielle Recht soll also nicht vom Prozessrecht durchkreuzt werden.

b. Materiellrechtliches Alternativverhältnis

Überlegenswert ist, ob sich diese Gedanken auch in den hier interessierenden Konstellationen fruchtbar machen lassen. Denn auch hier befindet sich der Geschädigte ja in einer Zwickmühle. Nach materiellem Recht steht ihm ein Anspruch entwe-

der gegen den Vertragspartner oder gegen den Schädiger zu. Sichergestellt werden kann die Durchsetzung nur mit einer Bindungswirkung, wie das Eingangsbeispiel 6 Ob 170/08f gezeigt hat. Deshalb hält *Häsemeyer*, der sich dem Thema grundlegend gewidmet hat, eine Bindungswirkung nicht nur für Regressprozesse, sondern auch für alle anderen Formen von materiellrechtlichen Alternativverhältnissen für geboten.⁴²⁾ Ein Alternativverhältnis liegt dabei stets vor, wenn die Feststellung eines Rechtsverhältnisses die eines anderen gleichwertigen Rechtsverhältnisses ausschließt. Das ist hier der Fall, wobei man mit *Häsemeyer* konkret von einem Fall positiv gleichgerichteter Alternativität sprechen kann.⁴³⁾ Denn als Beispiel hierfür nennt er den Fall, dass ein Geschädigter eine Körperschaft in Anspruch nimmt, wobei nicht feststeht, ob das schädigende Organ in einem Dienstverhältnis zu dieser oder zu einer anderen Körperschaft steht. Die Frage der Zuordnung zur einen oder anderen Körperschaft ist somit eine alternierende Voraussetzung.⁴⁴⁾ Wird das Organ im ersten Verfahren der einen Körperschaft zugerechnet, soll es nicht im zweiten Prozess der anderen Körperschaft zugerechnet werden.⁴⁵⁾ Hier sei eine Interventionswirkung geboten, da andernfalls an die Stelle eines vom materiellen Recht vorgegebenen „Entweder-Oder“ ein „Überhaupt nicht“ träte.⁴⁶⁾

Die Parallele zu den hier einschlägigen Fällen liegt auf der Hand. Alternierende Voraussetzung ist hier stets die Frage der Zurechnung des Schädigers zum Vertragspartner. Entweder wird beispielsweise der Zulieferer dem Werkunternehmer zugerechnet, dann besteht (Verschulden vorausgesetzt) der Anspruch gegen diesen; oder aber er wird nicht zugerechnet, dann besteht der Anspruch gegen den Zulieferer selbst (aus einem Schutzwirkungsvertrag). Dem geschädigten Besteller steht nach materiellem Recht „ein Recht gegen den einen oder anderen von zwei möglichen Prozessgegnern zu“,⁴⁷⁾ sodass in *Häsemeyers* Diktion widersprüchliche Entscheidungen „unerträglich“ wären.⁴⁸⁾ Die hL in Deutschland hat sich dieser Ansicht angeschlossen und bejaht im Alternativverhältnis eine Bindungswirkung.⁴⁹⁾ Aber auch das österreichische Schrift-

ABGB I³ (2000) § 931 Rz 1 ff; *Gschmitzer* in Klang, ABGB IV/1² (1968) 527 ff; *Kerschner*, DHG² (2004) § 3 Rz 6 ff mwN; dagegen die überwiegende prozessuale Lehre, vgl *Klicka*, Bindungswirkung der einfachen Nebenintervention und Streitverkündung?, RZ 1990, 1; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 404; *Deixler-Hübner*, Die Nebenintervention im Zivilprozeß (1993) 157 ff mwN; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht³ Rz 358 mwN; *Rechberger/Oberhammer*, Das Recht auf Mitwirkung im österreichischen Zivilverfahren im Lichte von Art. 6 EMRK, ZJP 106 (1993) 347 (354 ff); jüngst *Trenker*, Interventionswirkung bei Streitverkündung und Nebenintervention, ÖJZ 2015, 103 (104 ff mwN).

³⁹⁾ RIS-Justiz RS0107338.

⁴⁰⁾ OGH 1 Ob 2123/96d = SZ 70/60 = JBl 1997, 368 = *ecolex* 1997, 422 (*Oberhammer*) = JAP 1997, 41 (*Chiwitt-Oberhammer*); siehe auch 3 Ob 511/94 = ÖZW 1995, 85 (*Burgstaller*); kritisch *Klicka*, Die Bindungswirkung bei Nebenintervention und Streitverkündung - Zur Einführung der §§ 68 und 74 dZPO in Österreich durch den OGH mittels des LGVÜ, JBl 1997, 611; *derselbe*, Wirkungen der Streitverkündung und Nebenintervention, *ecolex* 1995, 397; *Oberhammer*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 10/96, JAP 1996, 26 (27); *Deixler-Hübner*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 10/96, JBl 1996, 463 (466); *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 390 Rz 27.

⁴¹⁾ OGH 4 Ob 193/09z = JBl 2010, 459 (*Frauenberger-Pfeiler*); *Bielez/Beham*, Bindungswirkung der Streitverkündung, *ecolex* 2013, 876.

⁴²⁾ *Häsemeyer*, Die Interventionswirkung im Zivilprozeß – prozessuale Sicherung materiellrechtlicher Alternativverhältnisse, ZJP 84 (1971) 179 (183 ff).

⁴³⁾ *Häsemeyer*, ZJP 84, 184 f.

⁴⁴⁾ *Häsemeyer*, ZJP 84, 193.

⁴⁵⁾ Das Verschulden des Organwalters ist hingegen keine alternierende Voraussetzung, da es sowohl für den Anspruch gegen die eine als auch gegen die andere Körperschaft Voraussetzung ist.

⁴⁶⁾ *Häsemeyer*, ZJP 84, 183 ff, 186; zustimmend *Oberhammer*, Das Auftragsverfahren in Bestandstreitigkeiten (1992) 171.

⁴⁷⁾ *Häsemeyer*, ZJP 84, 184 f.

⁴⁸⁾ *Häsemeyer*, ZJP 84, 186.

⁴⁹⁾ Vgl nur *Weth* in *Musielak/Voit*, ZPO¹² (2015) § 72 Rz 6 mwN; *Schultes* in *Krüger/Rauscher*, MünchKomm ZPO⁴ (2013) § 72 Rz 9 mwN; *Vollkommer* in *Zöller*, ZPO³⁰ (2014) § 72 Rz 8; *Werres*, Die Wirkungen der Streitverkündung und ihre Grenzen, NJW 1984, 208.

tum ist dem teilweise gefolgt,⁵⁰⁾ wenngleich die dogmatische Herleitung hier ungewiss ist, da eine dem § 68 dZPO vergleichbare Bestimmung fehlt.⁵¹⁾ Da auch der OGH die Bindungswirkung mittlerweile auf alle Alternativverhältnisse ausgedehnt hat,⁵²⁾ ließe sich durch eine Streitverkündung somit jedenfalls auf den ersten Blick eine Bindungswirkung begründen, die zumindest verhindert, dass der Geschädigte gleich beide Prozesse verliert.

2. Erstprozess gegen den Vertragspartner

Auf den zweiten Blick liegen die Dinge jedoch bedeutend komplizierter. Denn *Häsemeyers* Ausführungen zur Bindungswirkung beruhen auf der Prämisse, dass der Streitverkündete auf Seiten des Geschädigten interveniert. Dies ist aber keineswegs zwingend, worauf *Häsemeyer* in einem Nebensatz auch selbst hinweist.⁵³⁾ Vielmehr ist auch ein Beitritt auf Seiten des Gegners des Streitverkünders zulässig.⁵⁴⁾ Die Probleme, die sich daraus ergeben, sollen hier anhand des – stellvertretend für alle Konstellationen stehenden – Beispiels des geschädigten Werkbestellers dargestellt werden, der den Erstprozess gegen den Werkunternehmer führt und dabei dem Zulieferer als Schädiger den Streit verkündet.⁵⁵⁾

a. Nebenintervention auf Seiten des Vertragspartners

Im Regelfall wird in diesem Prozess nämlich der Zulieferer wohl auf Seiten des Werkunternehmers intervenieren, um – mit der Behauptung, nicht sorgfaltswidrig gehandelt zu haben – eine Haftung ganz abzuwenden. Ihm droht bei einem Prozessverlust des Werkunternehmers der bereits angesprochene Regressanspruch (§ 1313 S 2 ABGB). Der Zulieferer könnte Ersatzansprüche also nur durch eine Intervention auf Seiten des Werkunternehmers überhaupt theoretisch abwenden.⁵⁶⁾ Interveniert der Zulieferer nun auf Seiten des beklagten Werkunternehmers, stellt sich die Frage, ob in einem

Folgeprozess des Geschädigten gegen ihn eine Bindung daran besteht, dass er dem Werkunternehmer nicht nach § 1313a zuzurechnen ist.

Dass eine Bindungswirkung zwischen Streitverkünder und Streitverkündetem grundsätzlich selbst dann bestehen kann, wenn der Streitverkündete auf der Gegenseite interveniert, ist in der Lehre anerkannt.⁵⁷⁾ Schließlich leitet der OGH die Bindungswirkung schon aus der Streitverkündung selbst ab.⁵⁸⁾ Hier scheidet die Bindungswirkung aber am fehlenden rechtlichen Gehör des Schädigers. Denn der Zulieferer kann seine Interessen auf Seiten des Werkunternehmers nur soweit vertreten, als sie nicht dessen Interessen widersprechen. Das ist seine Aufgabe als Streithelfer und kommt in § 19 Abs 1 ZPO zum Ausdruck, wonach Prozesshandlungen des Nebenintervenienten nur insoweit wirksam sind, als sie nicht mit den Prozesshandlungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen.⁵⁹⁾ Der Zulieferer kann also auf Seiten des beklagten Werkunternehmers vorbringen, nicht sorgfaltswidrig gehandelt zu haben, denn dies wird auch die primäre Verteidigungslinie des Werkunternehmers sein. Sobald der Werkunternehmer aber bei schwierigen Zurechnungsfragen vorbringt, dass ihm der Zulieferer gar nicht zuzurechnen sei und daher – wenn doch eine Sorgfaltswidrigkeit vorliegt – selbst haftet, kann der Zulieferer dies nicht bestreiten, da er sich damit in Widerspruch zum Vorbringen des Werkunternehmers setzen würde, was § 19 ZPO verhindert. Denn obwohl § 19 Abs 1 ZPO (anders als § 67 dZPO, der auch „Erklärungen“ erwähnt) seinem Wortlaut nach nur *Prozesshandlungen* erfasst, wenden hA und stRsp die Bestimmung zu Recht auch auf das Vorbringen an.⁶⁰⁾ Dies gilt aber

⁵⁰⁾ *Oberhammer*, Auftragsverfahren 168 ff; *Bielez/Beham*, *ecolex* 2013, 876; für einen noch weiteren Anwendungsbereich *Trenker*, *ÖJZ* 2015, 107.

⁵¹⁾ *Oberhammer*, Auftragsverfahren 169 will die Interventionswirkung aus der ihr „wesensgleichen“ Rechtskraftwirkung ableiten; vgl aber *denselben*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 2123/96d, *ecolex* 1997, 422 (423) und ablehnend *Trenker*, *ÖJZ* 2015, 106 mwN sowie *Schneider* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ (2014) § 21 ZPO Rz 28. *Oberhammer*, Auftragsverfahren 172 betont noch, dass üblicherweise eine Informationsasymmetrie bestehe.

⁵²⁾ OGH 14.10.1997, 1 Ob 242/97p; 28.11.2007, 7 Ob 159/07v; 14.10.2008, 8 Ob 92/08z; 13.12.2011, 5 Ob 68/11b; 13.09.2012, 6 Ob 140/12z teils obiter; vgl *Fucik* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 21 Rz 3.

⁵³⁾ *Häsemeyer*, ZPP 84, 202.

⁵⁴⁾ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁷ (2010) § 51 Rz 5; *Jacoby* in *Stein/Jonas*, ZPO I²³ (2014) § 74 Rz 5.

⁵⁵⁾ Die Streitverkündung kann natürlich auch durch den beklagten Vertragspartner erfolgen.

⁵⁶⁾ Anders wäre die Situation etwa, wenn der Schädiger mit dem Vertragspartner eine Haftungsbefreiung vereinbart hat, was hier aber zunächst außer Acht bleiben soll (dazu E.II.2.b.).

⁵⁷⁾ *Jacoby* in *Stein/Jonas*, ZPO I²³ § 74 Rz 5; *Weth* in *Musielak/Voith*, ZPO¹² § 74 Rz 3, 4; so wohl auch *Vollkommer* in *Zöller*, ZPO³⁰ § 68 ZPO Rz 6; im Ergebnis nach *Schneider*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 215/11y, *EvBl* 2012/160, 1088 (1090); *dieselbe* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 21 ZPO Rz 23. Für eine weitergehende Bindung gegenüber dem Gegner auch ohne Streitverkündung jüngst *Trenker*, *ÖJZ* 2015, 109; vgl auch *Frauenberger-Pfeiler/Slonina*, *Der Streitverkündete als Nebenintervenient des Gegners*, *ecolex* 2014, 139; *Fucik* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 22 Rz 3; aA aber OGH 25.04.2006, 10 Ob 144/05g; 30.09.2013, 6 Ob 62/13f; *Schneider*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 62/13f, *JAP* 2014, 166 (168 f); *dieselbe* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 21 ZPO Rz 23. Die hL in Deutschland lehnt eine weitergehende Bindung wegen § 68 dZPO ab, der explizit vom „Verhältnis zur Hauptpartei“ spricht; *Schultes* in *MünchKomm ZPO*⁴ § 68 Rz 8; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁷ § 50 Rz 58; *Vollkommer* in *Zöller*, ZPO³⁰ § 68 Rz 6; *Dressler* in *Vorwerk/Wolf, Beck-OK ZPO*¹⁷ (2015) § 68 Rz 3; *Weth* in *Musielak/Voith*, ZPO¹² § 68 Rz 5; vgl auch *Rechberger/Oberhammer*, ZPP 106, 353 f. Die Frage stellt sich hier, wenn nur der Werkunternehmer dem Zulieferer den Streit verkündet.

⁵⁸⁾ OGH 4 Ob 193/09z = *JBl* 2010, 459 (*Frauenberger-Pfeiler*); *Bielez/Beham*, Bindungswirkung der Streitverkündung, *ecolex* 2013, 876.

⁵⁹⁾ Dazu schon *Reischauer*, *ÖJZ* 1979, 61 f.

⁶⁰⁾ Vgl *Bielez/Beham*, *ecolex* 2013, 878 f; *Frauenberger-Pfeiler/Slonina*, *ecolex* 2014, 141; *Trenker*, *ÖJZ* 2015, 107; *Schneider* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 21 ZPO Rz 35; OGH 07.08.2007, 4 Ob 111/07p; 01.10.2008,

nicht nur für das Tatsachenvorbringen, sondern muss meines Erachtens auch für das rechtliche Vorbringen zur Zurechnung gelten, das zweifelsohne auch geeignet ist, die Entscheidung des Gerichts zu beeinflussen.⁶¹⁾ Für dieses verhinderte Vorbringen ordnet § 68 HS 2 dZPO nun explizit einen Ausschluss der Interventionswirkung an,⁶²⁾ der sich aus dem Gebot des rechtlichen Gehörs (Art 6 EMRK) auch für Österreich ergibt.⁶³⁾ Denn an jene Entscheidungselemente, zu denen der Nebenintervenient nichts vorbringen konnte, kann er auch nicht gebunden sein.

Der Zulieferer, der auf Seiten des Werkunternehmers interveniert, kann also in einem Folgeprozess allenfalls daran gebunden sein, dass er sorgfaltswidrig gehandelt hat.⁶⁴⁾ Anderes gilt aber für die kritische Frage der Zurechnung: Im Erstprozess konnte der Zulieferer wegen § 19 ZPO nicht vorbringen, dass er grundsätzlich dem Werkunternehmer nach § 1313a zuzurechnen ist. Er ist daher in einem etwaigen Folgeprozess des Geschädigten gerade nicht an die Beurteilung des Gerichts gebunden, dass er dem Werkunternehmer nicht zuzurechnen ist.⁶⁵⁾ In der für den Geschädigten entscheidenden Frage – nämlich der alternierenden Voraussetzung der Zurechnung – gibt es daher keine Bindungswirkung. Für dieses Problem bietet auch *Häsemeyer* keine Lösung an. Bei ihm findet sich lediglich der kryptische Schlusssatz, dass sich der Streitverkündete überlegen müsse, wem gegenüber die Interventionswirkung begründet werden soll.⁶⁶⁾ Die fehlende Bindungswirkung ist aber – wie sich hier gezeigt hat – kein Problem des Streitverkündeten Zulieferers, sondern des Geschädigten. Dieser verliert im schlimmsten Fall trotz einer Streitverkündung auch den Folgeprozess gegen den Zulieferer, wenn dort das Gericht diesen als Erfüllungsgehilfen qualifiziert und Ansprüche gegen ihn als subsidiär abweist.

6 Ob 170/08f; 20.12.2011, 4 Ob 137/11t; 30.09.2013, 6 Ob 62/13f. Der Nebenintervenient tritt schließlich zur Unterstützung der Hauptpartei in den Rechtsstreit ein.

⁶¹⁾ Er ist schließlich auch an die rechtlichen Grundlagen des Urteils gebunden, vgl. *Schultes* in MünchKomm ZPO⁴ § 68 Rz 15; *Weth* in Musielak/Voith, ZPO¹² § 68 Rz 4; *Trenker*, ÖJZ 2015, 108. Auch *Häsemeyer*, ZJP 84, 193 f differenziert nicht zwischen rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen.

⁶²⁾ Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁷ § 50 Rz 65; *Jacoby* in Stein/Jonas, ZPO I²³ § 76 Rz 15.

⁶³⁾ Vgl. *Frauenberger-Pfeiler/Slonina*, eolex 2014, 142; *Trenker*, ÖJZ 2015, 109.

⁶⁴⁾ *Häsemeyer*, ZJP 84, 194; *derselbe*, Anmerkung zu BGH VII ZR 94/76, NJW 1978, 1165 beschränkt die Interventionswirkung hingegen auf die alternierenden Voraussetzungen, was aber prozessökonomisch Nachteile hat; aA daher *Werres*, NJW 1984, 209; BGH VII ZR 94/76 = NJW 1978, 643; *Reischauer*, ÖJZ 1979, 58 ff; *Trenker*, ÖJZ 2015, 107; OGH 29.01.2003, 3 Ob 313/01b.

⁶⁵⁾ AA *Werres*, NJW 1984, 210, der den Nebenintervenient darauf verweist, Tatsachen vorzubringen und darauf zu hoffen, dass diese vom Gegner der Hauptpartei aufgegriffen werden. Dies verträgt sich nicht mit § 19 ZPO und seinem Anspruch auf rechtliches Gehör, vgl. *Frauenberger-Pfeiler/Slonina*, eolex 2014, 141 Fn 14 mwN.

⁶⁶⁾ *Häsemeyer*, ZJP 84, 202.

b. Nebenintervention auf Seiten des Geschädigten

Dem Geschädigten hilft eine Streitverkündung also jedenfalls dann nicht weiter, wenn der Schädiger auf Seiten des Vertragspartners interveniert. Zu prüfen ist daher, ob ihm ein Beitritt auf seiner Seite nützt. Dazu kann er den Schädiger nicht zwingen. Wenn aber der Schädiger davon ausgeht, dass zwar eine sorgfaltswidrige Schädigung erfolgt ist, die Endverantwortung aber nicht bei ihm liegt, wäre der Beitritt auf Geschädigtenseite für ihn überlegenswert. Als Beispiel sei angeführt, dass der Zulieferer von einem Verschulden des Werkunternehmers oder einer anderen, diesem zuzurechnenden, Hilfsperson ausgeht und daher den Werkunternehmer für den richtigen Haftungsadressaten hält. Weiters ist denkbar, dass er mit dem Werkunternehmer eine Haftungsfreizeichnung vereinbart hat und daher im Falle von dessen Verurteilung nicht im Regressweg belangt werden kann. In diesen Fällen kann es für den Zulieferer, der zwar davon ausgeht, dass jemand haftet, sich aber nicht für den endgültigen Haftungsadressaten hält, zweckmäßig sein, auf Geschädigtenseite einzutreten und die Verantwortung auf den Werkunternehmer zu schieben. In den dargestellten Fällen⁶⁷⁾ hat der Zulieferer sicher auch das notwendige rechtliche Interesse⁶⁸⁾ (§ 17 Abs 1 ZPO) an einer Intervention auf Geschädigtenseite,⁶⁹⁾ zumal der OGH bei der Prüfung des rechtlichen Interesses einen sehr großzügigen Maßstab anlegt.⁷⁰⁾

Interveniert der Zulieferer nun zulässigerweise auf Geschädigtenseite, kann es aber erneut nur zu einer eingeschränkten Bindungswirkung kommen.⁷¹⁾ Auf Seiten des Werkbestellers kann er zwar vorbringen, dass das Verschulden an der Schädigung den Werkunternehmer trifft, weil er damit dem Standpunkt des Geschädigten nicht schadet. Er könnte auch vorbringen, dass sein sorgfaltswidriges Verhalten dem Werkunternehmer zuzurechnen ist und er daher selbst nicht haftet, was bei einem Haftungsausschluss im Regressverhältnis sinnvoll sein kann. Er kann aber nicht vorbringen, dass er selbst nicht sorgfaltswidrig gehandelt hat, wenn und weil der Geschädigte das Gegenteil behauptet.⁷²⁾ Dieses Vorbringen verhindert § 19 Abs 1 ZPO. Der Einwand fehlenden Verschuldens muss

⁶⁷⁾ Denkbar wäre etwa auch, dass der Zulieferer eine Gegenforderung gegen den Werkunternehmer hat und ihm daher im Regressprozess eine Aufrechnungslage erhalten bleibt, während diese verloren geht, wenn er selbst dem Geschädigten haftet.

⁶⁸⁾ Dazu *Deixler-Hübner*, Nebenintervention 77 ff.

⁶⁹⁾ Vgl. auch *Wieser*, Das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten (1965) 93 f.

⁷⁰⁾ RIS-Justiz RS0035638; *Schneider*, Bindungswirkung bei Streitverkündung und Beitritt „auf der anderen Seite“, JAP 2013, 166 (168); *dieselbe* in Fasching/Konecny, ZPG³ (2014) § 17 ZPO Rz 21; *Schultes* in MünchKomm ZPO⁴ § 66 Rz 7.

⁷¹⁾ Streitig sind eben nicht nur die alternierenden Voraussetzungen, vgl. *Häsemeyer*, NJW 1978, 1165.

⁷²⁾ Selbst wenn der Geschädigte ein Eigenverschulden des Werkunternehmers behauptet, wird er sich oft ja (auch) auf ein zugerechnetes Verschulden des Zulieferers stützen.

dem Zulieferer daher im Folgeprozess des Geschädigten offenstehen. Verneint das Gericht dort das Verschulden, verliert der Geschädigte wiederum beide Prozesse.

c. Unterlassene Nebenintervention, doppelte Streitverkündung, Beitritt ohne Streitverkündung

Keine volle Bindungswirkung gibt es auch bei unterlassener Intervention. Erfolgt trotz Streitverkündung des Geschädigten kein Beitritt, ist im Folgeprozess zu fragen, ob etwaiges Vorbringen des Zulieferers im Erstprozess in Widerspruch zum Vorbringen des Geschädigten gestanden wäre (§ 19 ZPO), wenn der Zulieferer ihm beigetreten wäre.⁷³⁾ Hinsichtlich dieses Vorbringens besteht keine Bindungswirkung, da nur so das rechtliche Gehör des Zulieferers gewahrt bleibt.

Ein weiterer Sonderfall liegt vor, wenn dem Zulieferer von beiden Parteien des Prozesses der Streit verkündet wird. Diesfalls soll er sich nicht durch bloße Passivität von jeglicher Bindungswirkung befreien können.⁷⁴⁾ Demnach tritt die Bindungswirkung – sowohl bei erfolgtem als auch bei unterlassenem Eintritt – gegenüber der jeweils im Vorprozess unterlegenen Partei ein.⁷⁵⁾ Die Grenzen der Bindung markiert aber wiederum § 19 ZPO.⁷⁶⁾ Wo dem Zulieferer im Vorprozess das rechtliche Gehör fehlte, kommt es zu keiner Bindungswirkung. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs reicht es auch nicht aus, dass er dem Besteller – trotz Intervention auf Seiten des Werkunternehmers – seine Argumente mitteilt.⁷⁷⁾ Denn es besteht keine Gewähr dafür, dass der Besteller das Vorbringen des Zulieferers verwertet. Die gegenteilige Ansicht vertritt sich auch nicht mit der Pflicht des Nebenintervenienten zur Unterstützung der Hauptpartei (§ 19 Abs 1 ZPO)⁷⁸⁾ und verbietet sich zudem wegen der mit Blick auf den Kostenersatzanspruch nach § 41 ZPO notwendigen klaren Zuordnung des Nebenintervenienten zu einer Partei. Bei doppelter Streitverkündung ist der Zulieferer also in einem Folgeprozess des Bestellers diesem gegenüber nur insoweit gebunden, als er sein Vorbringen gemäß § 19 ZPO erstatten konnte oder (bei Nichtbeitritt) erstatten hätte können.

Auch, wenn eine Nebenintervention ohne vorangehende Streitverkündung erfolgt, verhindert § 19

ZPO eine volle Bindungswirkung.⁷⁹⁾ In allen Fallvarianten besteht somit keine volle Bindungswirkung, sodass der Geschädigte im schlimmsten Fall beide Prozesse verliert.

3. Erstprozess gegen den Schädiger

Das gleiche Ergebnis zeigt sich in der anderen Variante, dass der Geschädigte zunächst den – wieder stellvertretend für alle möglichen Schädiger angeführten – Zulieferer klagt und dabei dem Werkunternehmer den Streit verkünden will. Umstritten ist hier schon die Zulässigkeit der Streitverkündung. So wird in Deutschland die Ansicht vertreten, dass bei einem Erstprozess gegen den subsidiär Haftenden eine Streitverkündung gegenüber dem primär Haftenden unzulässig sei. Die Ersatzpflicht des primär Haftenden hänge nicht von der Ersatzpflicht des subsidiär Haftenden ab.⁸⁰⁾ Demnach käme auch eine Bindungswirkung nicht in Betracht.⁸¹⁾ Diese Auffassung überzeugt aber in den hier einschlägigen Konstellationen nicht. Denn die Ersatzpflicht des primär haftenden Werkunternehmers hängt ja gerade von der Frage ab, ob ihm der subsidiär haftende Zulieferer zugerechnet wird oder nicht. Von der Beantwortung dieser Frage hängt aber auch die Ersatzpflicht des Zulieferers ab. In solchen Fällen, wo die Ersatzpflicht beider potentiell Haftpflichtiger von derselben Rechtsfrage abhängt, ist daher meines Erachtens eine Streitverkündung des Geschädigten zulässig.

Der Werkunternehmer darf dann nur auf Seiten des Werkbestellers intervenieren. Denn an einem Obsiegen des Zulieferers hat er kein rechtliches Interesse, da ihm von diesem kein Folgeprozess droht. Hingegen droht die Inanspruchnahme durch den Werkbesteller, wenn dessen Klage gegen den Zulieferer wegen der Subsidiarität abgewiesen wird. Interveniert nun der Werkunternehmer auf Seiten des Bestellers, kann er aber nicht vorbringen, dass der Zulieferer gar nicht schuldhaft gehandelt hat oder den Werkbesteller ein Mitverschulden trifft, weil er damit dem Besteller in den Rücken fallen würde, was § 19 ZPO verhindert. Der Einwand bleibt ihm daher in einem Folgeprozess des Geschädigten erhalten. Nur so bleibt das rechtliche Gehör des Werkunternehmers gewahrt. Dasselbe gilt wiederum bei Nichteintritt nach Streitverkündung, bei doppelter Streitverkündung und bei Nebenintervention ohne Streitverkündung. In allen Fällen droht also das Szenario, dass der Geschädigte beide Prozesse verliert.⁸²⁾

4. Kostenfragen und Zwischenfazit

Es hat sich also in allen Varianten gezeigt, dass trotz Streitverkündung keine volle Bindungswirkung

⁷³⁾ Schultes in MünchKomm ZPO⁴ § 74 Rz 8.

⁷⁴⁾ Frauenberger-Pfeiler/Slonina, eolex 2014, 141 f.

⁷⁵⁾ Schultes in MünchKomm ZPO⁴ § 74 Rz 9; Vollkommer in Zöller, ZPO³⁰ § 72 Rz 11; aA Werres, NJW 1984, 210; Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts (2014) 1094; Schneider in Fasching/Konecny, ZPG³ § 21 ZPO Rz 26: nur Bindung gegenüber unterstützter Hauptpartei, bei Nichtbeitritt aber doppelte Bindungswirkung; Wolf, Doppelte Streitverkündung – Der Streithelfer zwischen den Stühlen? Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2009 (2009) 201 (208 f).

⁷⁶⁾ Vollkommer in Zöller, ZPO³⁰ § 72 Rz 11; Schultes in MünchKomm ZPO⁴ § 74 Rz 9; OGH 07.08.2007, 4 Ob 111/07p.

⁷⁷⁾ Vgl in anderem Zusammenhang Frauenberger-Pfeiler/Slonina, eolex 2014, 141, Fn 14 mwN; aA aber Wolf, Jahrbuch ZVR 2009, 208 f.

⁷⁸⁾ AA Wolf, Jahrbuch ZVR 2009, 209 mwN.

⁷⁹⁾ Vgl Trenker, ÖJZ 2015, 106; Schneider in Fasching/Konecny, ZPG³ § 21 ZPO Rz 23.

⁸⁰⁾ Weth in Musielak/Voit, ZPO¹² § 72 Rz 6 Fn 27; Vollkommer in Zöller, ZPO³⁰ § 72 Rz 8 mwN zur BGH-Rsp; vgl auch Jacoby in Stein/Jonas, ZPO I²³ § 72 Rz 11.

⁸¹⁾ Vollkommer in Zöller, ZPO³⁰ § 74 Rz 6.

⁸²⁾ Entscheidet im Erstprozess ein Schiedsgericht, scheidet eine Bindungswirkung wegen Art 6 EMRK jedenfalls aus, wenn der Streitverkündete nicht Partei der Schiedsvereinbarung war; siehe OGH 01.10.2008, 6 Ob 170/08f; Hausmaninger in Fasching/Konecny, ZPG² (2007) § 607 ZPO Rz 44.

kung bestehen kann. Denn der Streitverkündete kann weder auf Seiten des Klägers noch auf Seiten des Beklagten seine Interessen umfassend wahrnehmen. Wegen § 19 ZPO muss er jedes Vorbringen unterlassen, das im Widerspruch zum Vorbringen der Hauptpartei steht. Dieses Vorbringen kann er in einem Folgeverfahren daher noch erstatten, weil ihm sonst das rechtliche Gehör entzogen wäre. Somit droht dem Geschädigten das reale Risiko, gleich zwei Prozesse zu verlieren. Damit geht einher, dass er auch in zwei Verfahren Kostenersatz leisten muss. Dies belastet ihn dann besonders stark, wenn tatsächlich eine Nebenintervention auf Seiten seines Prozessgegners erfolgt ist.⁸³⁾ Denn dann muss er nicht nur dem Prozessgegner, sondern auch dem Nebenintervenienten Kostenersatz leisten, sofern dessen Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren (§ 41 Abs 1 ZPO).⁸⁴⁾ Dieses Kostenrisiko ist für den Geschädigten aber nicht steuerbar, da der Dritte auch aus freien Stücken oder auf Grund einer Streitverkündung durch den Prozessgegner intervenieren kann. Das macht für den Geschädigten selbst die Durchsetzung von nach materiellem Recht zweifelsfrei bestehenden Ansprüchen höchst riskant. Er ist daher im Ergebnis der Leidtragende der bekannten Unzulänglichkeit der Gehilfenzurechnung,⁸⁵⁾ die durch die prozessrechtlichen Vorgaben noch verschlimmert wird.

III. Prozesskosten und Prozesskostenregress

Im Extremfall muss der Geschädigte also mangels Bindungswirkung in zwei Verfahren vollen Kostenersatz leisten. Selbst wenn seiner Klage im Zweitprozess aber stattgegeben wird, bleibt die Kostenersatzpflicht im verlorenen Erstprozess (§§ 40 f ZPO). Es stellt sich jetzt die Frage, ob der Geschädigte die Prozesskosten des ersten (verlorenen) Verfahrens vom Beklagten im zweiten (unterstellt: erfolgreichen) Verfahren verlangen kann. Man spricht hier von einem „Prozesskostenregress“. Unterliegt etwa der Werkbesteller dem Werkunternehmer und klagt in der Folge erfolgreich den Zulieferer, stellt sich die Frage, ob er die frustrierten Kosten des ersten Verfahrens vom Zulieferer im zweiten Prozess verlangen kann.

1. Die restriktive Judikatur

Dabei sei vorweg gesagt, dass die Judikatur zum Prozesskostenregress sehr restriktiv ist.⁸⁶⁾ Zwar gewährt der OGH in nunmehr stRsp dem zahlenden

Solidarschuldner einen anteiligen Kostenersatzanspruch gegen seinen Mitschuldner, den er aus § 1037 ableitet („nützliche Geschäftsführung“).⁸⁷⁾ Da der Geschädigte in den hier interessierenden Konstellationen seinen Prozess aber – anders als der Solidarschuldner („einer für alle“) – kaum mit Fremdgeschäftsführungswillen führt, kommt die GoA als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht.⁸⁸⁾ Zu prüfen ist daher ein Schadenersatzrechtlicher Prozesskostenregress.⁸⁹⁾ Die Judikatur dazu ist unübersichtlich und uneinheitlich,⁹⁰⁾ wobei der OGH sich mit dem Prozesskostenregress tendenziell zurückhält. Dies geht so weit, dass er nicht einmal dem erfolgreich vom Werkbesteller geklagten Generalunternehmer einen Prozesskostenregress gegen den Subunternehmer gewährt, wenn dieser etwa „nur“ seine vertragliche Hauptpflicht verletzt hat. Erforderlich sei die Verletzung einer besonderen vertraglichen Nebenpflicht, die gerade das Entstehen von Prozesskosten verhindern soll.⁹¹⁾ Diese strenge Linie hat der OGH – nach einigen großzügigeren Urteilen⁹²⁾ – jüngst wieder bestätigt.⁹³⁾ Da der

⁸⁷⁾ OGH 24.11.1997, 6 Ob 324/97h. Die Lösung ist in der Literatur umstritten, vgl statt aller die Übersichten bei *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ (2008) § 896 ABGB Rz 48 ff sowie *Riedler* in *Schwimann/Kodek, ABGB*⁴ (2014) § 896 Rz 5.

⁸⁸⁾ Selbst wenn man (auch) einen Fremdgeschäftsführungswillen bejaht, fehlt es jedenfalls an der Nützlichkeit (§ 1037) der Prozessführung, die der OGH aus der Bindungswirkung des Urteils des Erstprozesses ableitet, RIS-Justiz RS0109200; vgl nur *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 896 ABGB Rz 49 mwN; kritisch *Fötschl*, Zur Ausgleichsfähigkeit von Kosten eines Vorprozesses, *ÖJZ* 2004, 781; *Schneider* in *Fasching/Konecny, ZPG*³ § 21 ZPO Rz 43. Eine Bindungswirkung besteht hier ja gerade nicht (siehe E.II.).

⁸⁹⁾ Grundlegend zum Schadenersatzrecht als Anspruchsgrundlage OGH 1 Ob 93/61 = SZ 34/34; RIS-Justiz RS0023619; vgl die stRsp, etwa OGH 28.11.1972, 5 Ob 203/72; 07.08.2007, 4 Ob 137/07m; *K. Wolff* in *Klang, ABGB VI*² (1951) 192; *F. Bydlinski*, Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen, *JBl* 1986, 626 (Fn 3); *Fucik* in *Fasching/Konecny, ZPG*³ (2013) § 1 JN Rz 341 und 344; *Fidler*, Schadenersatz und Prozessführung (2014) 67 f.

⁹⁰⁾ *Reischauer* in *Rummel, ABGB II/1*³ (2007) § 1295 Rz 8q.

⁹¹⁾ OGH 29.01.2003, 3 Ob 313/01b; 26.02.2002, 1 Ob 40/02t; 17.12.2003, 9 Ob 140/03h; 23.11.2004, 1 Ob 218/04x; 19.12.2006, 10 Ob 79/05y; 13.07.2007, 6 Ob 100/07k; 11.10.2007, 8 Ob 88/07k; 07.08.2007, 4 Ob 111/07p; 14.10.2008, 8 Ob 92/08z; 4 Ob 146/10i = ZVR 2011, 370 (*Huber*); 13.11.2013, 7 Ob 143/13z; 19.12.2013, 1 Ob 170/13a. Aufgegeben hat der OGH die These, dass es an der Adäquanz mangle, vgl OGH 2 Ob 168/01x = ecolex 2001/339 (*Helmich*); 26.02.2002, 1 Ob 40/02t; 29.01.2003, 3 Ob 313/01b; 23.11.2004, 1 Ob 218/04x; 19.12.2006, 10 Ob 79/05y; 13.07.2007, 6 Ob 100/07k; *Reischauer* in *Rummel, ABGB II/1*³ § 1313 Rz 6; anders noch RIS-Justiz RS0045850.

⁹²⁾ OGH 2 Ob 168/01x = ecolex 2001/339 (*Helmich*); 17.12.2003, 9 Ob 140/03h; 13.07.2007, 6 Ob 100/07k; 4 Ob 146/10i = ZVR 2011, 370 (*Huber*); vgl RIS-Justiz RS0115546; so auch *Reischauer* in *Rummel, ABGB II/1*³ § 1313 Rz 6 und ihm folgend *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.01} § 1313 Rz 5.

⁹³⁾ OGH 4 Ob 146/10i = ZVR 2011, 370 (*Huber*); 13.11.2013, 7 Ob 143/13z; 19.12.2013, 1 Ob 170/13a.

⁸³⁾ Von untergeordneter Bedeutung sind die Kosten der Streitverkündung selbst, die aber zunächst auch der Geschädigte tragen muss, vgl *Fasching*, ZPG II 236; *Kahl*, Streitverkündung 61.

⁸⁴⁾ Dazu *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny, ZPG*³ (2014) § 41 ZPO Rz 7; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 352; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht² Rz 343.

⁸⁵⁾ Vgl statt aller *Apathy*, Schadenersatzreform - Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung, *JBl* 2007, 205 (216); *Harrer* in *Schwimann, ABGB*³ (2006) § 1315 Rz 2; *Karner* in *KBB, ABGB*⁴ § 1315 Rz 6; *Reischauer*, Schadenersatzreform - Verständnis und Missverständnisse (Teil I), *JBl* 2009, 405 (411).

⁸⁶⁾ Hier nicht einschlägig sind vorrangig zu prüfende vertragliche Vereinbarungen oder sondergesetzliche Vorschriften (etwa § 3 Abs 2 und 4 Abs 2 DHG).

OGH seine gesamte Judikatur zum Prozesskostenregress auf diesem Fundament aufbaut, scheidet ein Ersatzanspruch in den hier interessierenden Konstellationen nach der Rsp wohl schon a priori aus.

2. Kritik

Die Position des OGH ist aber zu restriktiv. Sicherlich trifft zu, dass Prozesskosten nur dann zu ersetzen sind, wenn sie im Rechtswidrigkeitszusammenhang zur verletzten Vertragspflicht liegen.⁹⁴⁾ Es ist also insbesondere darauf abzustellen, ob mit dem Schaden aufgrund der Pflichtverletzung zu rechnen ist,⁹⁵⁾ da die objektive Erkennbarkeit des Risikos für den Schuldner auch in der Rsp als Schutzzweckkriterium anerkannt ist.⁹⁶⁾ Vor diesem Hintergrund ist aber nicht ersichtlich, warum dem Geschäftsherrn kein Prozesskostenregress gegen seinen Gehilfen zustehen sollte. Denn wenn – wie der OGH mittlerweile selbst ausführt – Gewährleistungs- und Schadenersatzprozesse „geradezu typische Folgen“ einer Schlechterfüllung sind,⁹⁷⁾ ist das Risiko, dass bei Schlechterfüllung ein Prozesskostenschaden entsteht, für den Schädiger leicht erkennbar. Hinzu kommt, dass Haupt- und Nebenpflichten oft schwer voneinander zu unterscheiden sind, sodass dieses Kriterium nicht zur Abgrenzung taugt.⁹⁸⁾ *Reischauer* hält daher Prozesskosten des Geschäftsherrn grundsätzlich für ersatzfähige Mangelfolgeschäden.⁹⁹⁾ Bei dieser Sichtweise droht auch keine Ausuferung von Ansprüchen, wenn man mit der ganz hA den Rechtswidrigkeitszusammenhang bei aussichtsloser Prozessführung verneint.¹⁰⁰⁾ Deshalb erscheint eine großzügigere Sichtweise beim Prozesskostenregress geboten.

⁹⁴⁾ Zur Schutzzwecklehre bei Vertragsverletzungen *Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1 (2) mwN; *Karner* in KBB, ABGB⁴ § 1295 Rz 9; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III⁴ 173.

⁹⁵⁾ Vgl auch OGH 17.12.2003, 9 Ob 140/03h.

⁹⁶⁾ OGH 18.03.2004, 1 Ob 36/04g; 27.06.2013, 1 Ob 96/13v; vgl auch RIS-Justiz RS0017850; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 8/51 ff.

⁹⁷⁾ OGH 2 Ob 168/01x = *ecolox* 2001/339 (*Helmich*).

⁹⁸⁾ *Reischauer* in Rummel, ABGB II/1³ § 1313 Rz 6; vgl auch *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1313 Rz 5.

⁹⁹⁾ *Reischauer* in Rummel, ABGB II/1³ § 1295 Rz 8q.

¹⁰⁰⁾ *Reischauer* in Rummel, ABGB II/1³ § 1313 Rz 6; OGH 26.02.2002, 1 Ob 40/02t; 18.07.2002, 3 Ob 53/02v; 23.11.2004, 1 Ob 218/04x; 19.12.2006, 10 Ob 79/05y; 13.02.2007, 4 Ob 5/07z; 13.07.2007, 6 Ob 100/07k; vgl auch *Harrer* in Schwimann, ABGB³ § 1295 Rz 23; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/99: Verletzung der Rettungsobliegenheit. Weiters lässt sich die unterlassene Streitverkündung als Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit beurteilen, *Reischauer* in Rummel, ABGB II/1³ § 1313 Rz 6; zur Verallgemeinerungsfähigkeit der §§ 931 ABGB und §§ 3 Abs 1 und 4 Abs 1 DHG im potentiellen Regressverhältnis vgl *Ofner* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 931 Rz 2; zur Solidarschuld *Gamerith* in Rummel, ABGB II/1³ § 896 Rz 9; *Perner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 896 ABGB Rz 19. Die Rsp ersetzt Kosten vor Zustellung der Streitverkündung generell nicht, OGH 29.01.2003, 3 Ob 313/01b; 08.03.2007, 7 Ob 18/06g; kritisch *Reischauer* in Rummel, ABGB II/1³ § 1313 Rz 6.

3. Prozesskostenregress bei Aktivprozess?

Selbst wenn man nun aber für eine großzügigere Zurechnung des Prozesskostenschadens plädiert, ist in den hier interessierenden Konstellationen ein zentraler Aspekt zu beachten: Anders als in den eben dargestellten Fällen, wo die Prozesskosten des Geschäftsherrn aus einem passiv geführten Vorprozess resultierten, stammen die frustrierten Prozesskosten hier aus einem Aktivprozess. Klagt etwa der Werkbesteller zunächst erfolglos den Werkunternehmer und will die Prozesskosten dann vom Zulieferer ersetzt haben, sind diese Kosten aus seiner Klageeinbringung entstanden. Diese Fälle sind in der Rsp seltener. Da der OGH schon die Kosten aus einem Passivprozess nicht ersetzt, verwundert es aber nicht, dass er den Ersatz der Kosten eines aktiv geführten Vorverfahrens bislang kategorisch abgelehnt hat.¹⁰¹⁾

Die aktive Klageeinbringung bei der Schadenszurechnung zu berücksichtigen, leuchtet auch durchaus ein. Denn dass das Dazwischentreten einer Willensbetätigung des Geschädigten bei der Schadenszurechnung eine Rolle spielt, entspricht allgemeinen Grundsätzen.¹⁰²⁾ Dennoch ist die kategorische Ablehnung des Prozesskostenregresses meines Erachtens zu schematisch. So wäre nicht ersichtlich, warum dem Generalunternehmer, der eine Werklohnklage einbringt und dem die Einrede der Gewährleistung eingewendet wird (Aktivprozess), kein Prozesskostenregress gegen den Subunternehmer zustehen soll, während derjenige Generalunternehmer, der vom Werkbesteller auf Gewährleistung geklagt wird (Passivprozess), Regress nehmen kann.¹⁰³⁾ Sonst hinge der Ersatz ja vom Zufall ab, wer zuerst klagt. Zudem ist doch auch die Entscheidung, sich in den Prozess einzulassen, eine Willensbetätigung des Geschädigten. Die Frage, ob ein Aktiv- oder Passivprozess vorliegt, kann somit nicht Scheidepunkt für den Prozesskostenregress sein.

Auch bei Kosten aus einem Aktivprozess führt daher nichts an Schutzzwecküberlegungen vorbei. Dass man hierbei schnell in Grenzbereiche der Schadenszurechnung vorstößt, zeigt ein vergleichender Blick auf die Rsp von OGH und BGH. Zu nahezu identischen Sachverhalten gelangen beide Höchstgerichte nämlich zu einander diametral entgegenstehenden Ergebnissen. In beiden Fällen klagte der Werkbesteller auf Grund eines fehlerhaften Gutachtens über den Mangel des Werks den Falschen (beispielsweise den Bauunternehmer statt den Architekten). Nach Klagsabweisung wies der OGH im Folgeprozess gegen den wirklichen Mangelverursacher eine Klage auf Ersatz der Kosten

¹⁰¹⁾ Vgl OGH 17.12.2003, 9 Ob 140/03h; 23.11.2004, 1 Ob 218/04x; 19.12.2006, 10 Ob 79/05y; 13.07.2007, 6 Ob 100/07k; 27.06.2013, 1 Ob 96/13v.

¹⁰²⁾ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 7/35 ff mwN; *Karner* in KBB, ABGB⁴ § 1295 Rz 15; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2013) § 1295 Rz 37.

¹⁰³⁾ Vgl auch *Haas*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 197/05g, JBl 2006, 653 (656); *Reischauer* in Rummel, ABGB II/1³ § 1295 Rz 8u.

des Erstprozesses ab.¹⁰⁴⁾ Der BGH hingegen sprach dem Kläger Ersatz zu.¹⁰⁵⁾ Es sei „nicht völlig ungewöhnlich oder unsachgemäß [...], dem [...] Gutachten zu folgen und den Bauunternehmer zu verklagen“.¹⁰⁶⁾ Die Kosten eines objektiv unberechtigten Rechtsstreits, den der Geschädigte vernünftigerweise für erforderlich halten durfte, seien daher ersatzfähig.¹⁰⁷⁾ Die deutsche Lehre übernimmt diese Position.¹⁰⁸⁾ Eine großzügigere Zurechnung nimmt auch *Reischauer* vor: Wo sich trotz gebotener Sorgfalt der Vertragsverletzer nicht finden lasse, sei es „nur gerecht“, wenn den mangelhaft Leistenden die Kosten eines soliden Vorprozesses treffen.¹⁰⁹⁾ Dass die Lösungen derart stark auseinander gehen, überrascht, zeigt aber auch, dass man sich hier eben in Grenzbereichen der Schadenszurechnung bewegt. Ob die Judikatur des BGH – anders als das schematische Abstellen des OGH auf den Aktivprozess – wirklich überzeugt, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Sie zeigt aber, dass ein Ersatzanspruch des Geschädigten auch in den hier interessierenden Konstellationen, denen eine gewisse Nähe zu den dargestellten „Gutachterfällen“ nicht abzusprechen ist, nicht per se abwegig ist.

4. Ergebnis: kein Prozesskostenregress

Selbst wer nun Sympathien für die großzügigere BGH-Rsp hegt, muss aber in den hier interessierenden Konstellationen einen weiteren, ganz wesentlichen Gesichtspunkt berücksichtigen, der schon prima facie gegen einen Prozesskostenregress spricht. Während es in den eben dargestellten „Gutachterfällen“ nämlich um die faktische Unsicherheit darüber ging, welche von mehreren Personen für einen Mangel verantwortlich war, geht es hier um die rechtliche Unsicherheit darüber, ob der Schädiger dem Vertragspartner nach § 1313a zugerechnet wird oder nicht. Der geschädigte Besteller weiß nicht, ob der Zulieferer ein Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers ist oder nicht. Für diese angelegte rechtliche Unsicherheit kann der Schädiger nichts. Dies sollte man bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung eines Prozesskostenregresses des Geschädigten im Hinterkopf behalten, wobei wieder

danach zu unterscheiden ist, wen der Geschädigte zuerst klagt.¹¹⁰⁾

a. Erfolgreicher Erstprozess gegen den Vertragspartner

Den Anfang soll der Fall machen, dass der Geschädigte zunächst seinen Vertragspartner klagt. Klagt also der Werkbesteller den Werkunternehmer und wird diese Klage unter Ablehnung der Zurechnung des Zulieferers (des Schädigers) abgewiesen, fragt sich, ob der Werkbesteller nun die Prozesskosten des ersten Verfahrens auf den Zulieferer überwälzen kann. Ein Ersatzanspruch ist hier nicht per se abwegig, weil der Zulieferer ja auch bei einem Obsiegen des Bestellers vom Werkunternehmer im Regressweg belangt werden könnte, wobei dieser Regressanspruch nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich auch die Prozesskosten umfassen würde (siehe E.III.2.).

Dennoch ist der Ersatzanspruch hier zu verneinen. Der Schädiger hat zwar durch die Schlechterfüllung des Vertrags mit dem Vertragspartner des Geschädigten das Risiko der Klagseinbringung „gegen den Falschen“ erhöht. Der spätere Prozesskostenschaden resultiert aber primär aus der Unsicherheit über die Zurechnung des Gehilfenverhaltens. Diese resultiert wiederum aus der Vereinbarung zwischen dem Geschädigten und seinem Vertragspartner, da stets die vertragliche Pflichtenlage zwischen diesen beiden über die Zurechnung nach § 1313a entscheidet.¹¹¹⁾ Diese Pflichtenlage hat der Geschädigte aber selbst mitgeschaffen, während der Schädiger überhaupt keinen Einfluss auf sie hatte. Dem Geschädigten fällt hier also die selbst mitgestaltete unsichere vertragliche Pflichtenlage auf den Kopf. Es wäre nicht gerechtfertigt, den Schädiger dafür haften zu lassen.

Eine Haftung des Schädigers widerspräche auch dem Grundsatz, dass für bloß psychische Kausalität nicht gehaftet wird, da jeder für seine Entscheidungen selbst verantwortlich bleibt.¹¹²⁾ So muss auch das Risiko, sich den „richtigen“ Beklagten auszusuchen, grundsätzlich den Kläger treffen.¹¹³⁾ Dies ist bei der Ermittlung des Schutzzwecks der übertretenen vertraglichen Pflicht zu berücksichtigen, da es dabei stets auch um eine Aufteilung von Risikosphären geht.¹¹⁴⁾ Für eine Übernahme des Prozesskostenrisikos durch den Schädiger werden

¹⁰⁴⁾ OGH 17.12.2003, 9 Ob 140/03h; vgl auch 27.06.2013, 1 Ob 96/13v, wo der OGH dem Käufer einer Liegenschaft, der zunächst fälschlicherweise die Immobilienmaklerin geklagt hatte, den Ersatz dieser Prozesskosten vom schuldhaft handelnden Verkäufer verwehrte.

¹⁰⁵⁾ BGH VII ZR 315/90 = NJW-RR 1991, 1428; OLG Hamm 21 U 172/03 = NJW-RR 2004, 1386; vgl auch *Jaspersen/Wache* in Beck-OK ZPO¹⁷ § 91 Rz 32.

¹⁰⁶⁾ BGH VII ZR 315/90 = NJW-RR 1991, 1428; VI ZR 170/89 = NJW 1990, 1360.

¹⁰⁷⁾ BGH III ZR 82/54 = NJW 1956, 57; III ZR 152/99 = NJW 2000, 3358; IX ZR 145/11 = NJW 2012, 3165.

¹⁰⁸⁾ *Voit* in *Bamberger/Roth*, Beck-OK BGB³⁶ (2015) § 636 BGB Rz 62; *Busche* in *Säcker/Rixecker*, MünchKomm BGB⁶ (2012) § 634 Rz 57; *Moufang/Koos* in *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht² (2012) § 636 BGB Rz 142; *Oetker* in *MünchKomm BGB⁶* § 249 Rz 185; *Jagenburg*, Die Entwicklung des Architekten- und Ingenieurrechts seit 1991/92, NJW 1995, 1997 (2010); kritisch aber *Klimke*, Haftung des Arztes für Prozeßkosten, NJW 1985, 2744 (2745).

¹⁰⁹⁾ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1295 Rz 8s.

¹¹⁰⁾ Eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall kann womöglich zu von den hier dargestellten Grundsätzen abweichenden Ergebnissen führen.

¹¹¹⁾ Vgl nur *F. Bydlinski*, Zur Haftung für Erfüllungsgehilfen im Vorbereitungsstadium, JBl 1995, 477 (479 ff); *derselbe*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 207 f; *Kletečka*, Anmerkung zu OGH 9 Ob 510/95, JBl 1996, 186 (186 f); *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1313 a Rz 4; *Karner/Koziol*, JBl 2012, 147; *dieselben*, Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten (2012) 45; jüngst *Burtscher*, ÖJZ 2014, 1057, 1060 f mwN).

¹¹²⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/16, 4/52 ff; *Karner* in *KBB*, ABGB⁴ § 1295 Rz 4; zu Rechtsverfolgungskosten explizit OGH 18.03.2004, 1 Ob 223/03f.

¹¹³⁾ *Jaspersen/Wache* in Beck-OK ZPO¹⁷ § 91 Rz 32 mwN.

¹¹⁴⁾ RIS-Justiz RS0017850.

sich aber kaum je Anhaltspunkte finden lassen. Denn bei lebensnaher Betrachtungsweise ist dem Schädiger bei Vertragsabschluss mit dem Vertragspartner das Risiko nicht erkennbar, dass bei einer Schlechterfüllung des Vertrags dem Geschädigten dadurch ein Prozesskostenschaden entsteht, dass er fälschlicherweise seinen Vertragspartner klagt. Denn zu den „heiklen Zurechnungsfragen“¹¹⁵⁾ und den sich daraus prozessual ergebenden Risiken wird ihm jegliches Problembewusstsein fehlen. Mit anderen Worten rechnet er zwar bei Schlechterfüllung mit den Kosten aus einem Prozess, in dem bindend auch über seine Position abgesprochen wird, nicht aber mit den Kosten aus gleich zwei Prozessen, die daraus resultieren, dass der Geschädigte „den Falschen“ klagt. Es fiel hier ja auch äußerst schwer, die Grenzen zu ziehen, ab wann die angelegte rechtliche Unsicherheit so groß ist, dass sie eine Überwälzung des Klagerisikos auf den Schädiger rechtfertigt. Zu berücksichtigen ist schließlich auch, dass der Geschädigte nur durch eine Erstreckung überhaupt in den Schutzbereich des verletzten Vertrags miteinbezogen wird, sodass die Pflichten des Schädigers ihm gegenüber schwächer ausgeprägt sind als gegenüber dem eigentlichen Vertragspartner.¹¹⁶⁾ Dies belegt auch die in der Lehre geübte Zurückhaltung gegenüber dem Schutz des bloßen Vermögens bei VSchzD.¹¹⁷⁾ Da Prozesskostenschäden regelmäßig bloße Vermögensschäden darstellen, liegen sie nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang zur übertretenen Vertragspflicht.

Letztlich liefe die Gewährung des Prozesskostenregresses auch darauf hinaus, den Geschädigten testweise seine Rechtsposition ausloten zu lassen und ihm de facto eine Rechtsschutzversicherung auf Kosten des Schädigers zu gewähren. Dies widerspräche aber der von F. Bydlinski herausgearbeiteten Maxime der zweiseitigen Rechtfertigung des Privatrechts.¹¹⁸⁾ Denn zweifellos besteht zwar ein Bedürfnis des Geschädigten nach Ersatz der Prozesskosten; andererseits reicht aber der Zurechnungsgrund nicht aus, um gerade dem Schädiger den Prozesskostenersatz aufzuerlegen. Dies wäre nur bei Hinzutreten weiterer belastender Momente möglich. Wenn der Schädiger etwa auf Nachfrage des Geschädigten leugnet, überhaupt Leistungen an dessen Vertragspartner erbracht zu haben, und so den erfolglosen Prozess gegen den Vertragspartner provoziert, müsste er dem Geschädigten Ersatz für die Prozesskosten leisten.¹¹⁹⁾ Abgesehen von

derartigen Sonderfällen trägt der Geschädigte aber endgültig die frustrierten Kosten des ersten Prozesses. Dies muss meines Erachtens auch für die Kosten einer Nebenintervention des Schädigers auf Seiten des obsiegenden Vertragspartners gelten, die der Geschädigte nach § 41 Abs 1 ZPO zu ersetzen hat. Zusammenfassend bleibt daher das für den Geschädigten äußerst unbefriedigende Ergebnis, dass er endgültig auf den frustrierten Kosten des ersten Prozesses sitzen bleibt.

b. Erfolgreicher Erstprozess gegen den Schädiger

Klagt der Geschädigte zunächst erfolglos den Schädiger aus einem VSchzD, kann nichts anderes gelten. Klagt etwa der Fluggast erfolglos den Flughafenbetreiber, kann er die Kosten dieses Prozesses nicht auf die Fluglinie überwälzen. Dagegen spricht zunächst schon, dass der Vertragspartner des Geschädigten auch bei einem Obsiegen des Geschädigten nicht vom Schädiger im Regressweg in Anspruch genommen werden könnte, sodass die Überwälzung im Fall des Prozessverlusts einer besonderen Begründung bedürfte. Anführen könnte man hier allenfalls, dass der Vertragspartner das Risiko des Prozesskostenschadens durch seine Vereinbarung mit dem Geschädigten, aus der die rechtliche Unsicherheit resultiert, erhöht hat. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Geschädigte an dieser Vereinbarung ja ebenso beteiligt war. Überdies ist dem Vertragspartner lediglich ein zugerechnetes Verschulden anzulasten, während ihn kein Eigenverschulden trifft. Das zugerechnete Verschulden stellt aber ein schwächeres Zurechnungsmoment als ein Eigenverschulden dar.¹²⁰⁾ Deshalb reicht es hier nicht aus, um eine Haftung des Vertragspartners zu begründen. Somit bleibt der Geschädigte endgültig auf seinen frustrierten Prozesskosten sitzen. Ein davon abweichendes Ergebnis wäre wiederum nur gerechtfertigt, wenn der Vertragspartner den Erstprozess des Geschädigten gegen den „falschen“ Beklagten schuldhaft durch falsche Angaben provoziert hat.¹²¹⁾ Dies wäre etwa dann der Fall, wenn er beim Geschädigten den Eindruck erweckt, er habe selbst die schadensstiftende Leistung erbracht, sich später im Prozess aber erfolgreich darauf beruft, dass die Leistung von einem

des Zivilprozesses (1976) 327; Krüger in MünchKomm BGB⁶ § 260 Rz 13 f; Bienert-Nießl, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozeß (2003) 153 ff, 197; vgl auch Rassi, Umgang mit Beweisschwierigkeiten im Unterhaltsverfahren (Teil II), EF-Z 2011, 14 (17); LG Köln NJW-RR 1986, 832. Eine positivrechtliche Stütze für die Auskunftspflicht bietet § 1 Abs 2 PHG; vgl auch die weitergehenden Regelungen in § 13 AtomHG und § 79 GTG; dazu Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 120 ff.

¹²⁰⁾ W. Wilburg, Elemente des Schadensrechts (1941) 224; Koziol, Haftpflichtrecht II² (1984) 345.

¹²¹⁾ Die stRsp nimmt im Vertragsverhältnis eine Aufklärungspflicht an, OGH 17.08.2001, 1 Ob 170/01h; 17.12.2003, 9 Ob 140/03h; 07.08.2007, 4 Ob 137/07m; 11.10.2007, 8 Ob 88/07k; 13.11.2013, 7 Ob 143/13z; vgl Stürner, Aufklärungspflicht 327; Krüger in MünchKomm BGB⁶ § 260 Rz 13 f; Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 153 ff; Rassi, EF-Z 2011, 17; zum Schadenersatzanspruch vgl BGH III ZR 98/93 = NJW 1994, 2895.

¹¹⁵⁾ Karner, EvBl 2014/46, 314.

¹¹⁶⁾ Koziol, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209 (211 f, 219).

¹¹⁷⁾ Koziol, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273 (276); derselbe, JBl 1994, 219; derselbe, Grundfragen Rz 4/13; Harrer in Schwimann, ABGB³ § 1295 Rz 122; Karner in KBB, ABGB⁴ § 1295 Rz 19; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1295 Rz 61; aA Welser, Die vorvertraglichen Pflichten in der Rsp des OGH, FS Wagner (1987) 361 (378 f); Schmaranzer, Vertrag mit Schutzwirkung 119 ff.

¹¹⁸⁾ F. Bydlinski, System und Prinzipien 93 f.

¹¹⁹⁾ Eine Aufklärungspflicht lässt sich für die materiellrechtliche Sonderbeziehung eines VSchzD begründen, vgl Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien

nicht zurechenbaren Dritten stammt.¹²²⁾ Grundsätzlich bleibt aber der Geschädigte – obwohl ihm im Ergebnis ein Anspruch aus der Schädigung zusteht – auf den frustrierten Kosten des Erstprozesses sitzen. Das gilt meines Erachtens auch wieder für die Kosten einer Nebenintervention des Vertragspartners auf Seiten des obsiegenden Schädigers.

F. Schlussfolgerungen

Es hat sich also gezeigt, dass die Durchsetzung seiner Ansprüche für den Geschädigten mitunter schwierig und sehr riskant ist. Er weiß nicht, wen er klagen soll. Klagt er den Falschen, muss er Kostenersatz leisten. Im schlimmsten Fall verliert er – mangels Bindungswirkung – sogar zwei Prozesse und wird zweimal ersatzpflichtig. Durch das hohe Kostenrisiko droht also eine bedenkliche Aushöhlung des materiellen Rechts.¹²³⁾ Dieses Ergebnis lässt sich meines Erachtens weder prozessrechtlich noch materiellrechtlich korrigieren. Dann stellt sich aber die Frage, ob nicht die Ausgangsprämissen korrekturbedürftig sind. Ausgangspunkt des Problems war ja das Zusammenspiel aus „heiklen Zurechnungsfragen“¹²⁴⁾ und Subsidiaritätsthese. Nun lassen sich die heiklen Zurechnungsfragen zu § 1313a de lege lata nicht vermeiden. Das Problem ist aber durch die Subsidiaritätsthese hausgemacht. Fraglich ist also, ob diese noch aufrechterhalten werden kann. Das ist meines Erachtens wegen der drohenden Aushöhlung des materiellen Rechts durch das hohe Kostenrisiko zu verneinen. Denn bei aller Skepsis, die man solchen ökonomischen Überlegungen entgegenbringen kann, ist doch anerkannt, dass eine Regelung dem Erfordernis der Zweckmäßigkeit genügen muss.¹²⁵⁾ Diesem Postulat wird die Subsidiaritätsthese aber nicht mehr gerecht. Vielmehr wird hier auf dem Rücken der normunterworfenen Geschädigten eine unzulängliche Rechtslage aufrechterhalten, obwohl dafür keine gesetzliche Notwendigkeit besteht.¹²⁶⁾

Dabei soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass die Subsidiaritätsthese ursprünglich durchaus ihre Berechtigung gehabt haben mag.¹²⁷⁾ Denn wenn feststeht, dass der Vertragspartner haftet (etwa der Generalunternehmer), erscheint eine zusätzliche Haftung des Schädigers (etwa des Subunternehmers) in der Tat entbehrlich. Wenn umgekehrt feststeht, dass der Vertragspartner nicht haftet (etwa der Händler für den Hersteller), besteht

die Gefahr einer Klage gegen den Falschen nicht. Die aktuelle Judikatur verdeutlicht aber, dass immer mehr Fälle in Grenzbereichen der Gehilfenrechnung angesiedelt sind, wo diese Klarheit gerade nicht besteht und dadurch die Gefahr droht, dass Ansprüche nicht mehr sinnvoll durchgesetzt werden können. Daher hat die Subsidiaritätsthese im Zeitverlauf an Berechtigung verloren. Gibt man sie nun auf, strahlt dies natürlich auch auf Fälle aus, in denen die Haftung des Vertragspartners feststeht, sodass der Geschädigte besser gestellt würde. Eine solche Pluralität schuldrechtlicher Ansprüche ist aber zum einen nicht unüblich.¹²⁸⁾ Zum anderen erscheint der Geschädigte schützenswerter als der Schädiger, der ja auch bei Aufrechterhaltung der Subsidiaritätsthese im Regressprozess ohnehin belangt werden könnte.¹²⁹⁾ Es trifft letzten Endes also nicht den Falschen.

In diesem Zusammenhang sollte man sich auch des ursprünglichen Zwecks des VSchzD besinnen, der gerade darin bestand, bestehende Haftungslücken zugunsten des Geschädigten auszufüllen.¹³⁰⁾ Dieser Zweck wird konterkariert, wenn der Geschädigte wegen der Subsidiaritätsthese abgeschreckt wird, seine Ansprüche einzuklagen und daher nicht zu seinem (unzweifelhaft zustehenden!) Recht kommt. Meines Erachtens ist die Subsidiaritätsthese daher aufzugeben. Diese Forderung ist alles andere als neu. Vielmehr hat *Koziol* bereits vor mehr als 30 Jahren überzeugend einen direkten Anspruch gegen schädigende selbständige¹³¹⁾ Erfüllungsgehilfen als „praktische Abkürzung“ gefordert.¹³²⁾ Damit hat er aus materiellrechtlicher Perspektive bereits vermehrt Gehör gefunden.¹³³⁾ Aber auch aus prozessrechtlicher Perspektive sprechen die besseren Gründe gegen die Subsidiaritätsthese.

Korrespondenz: Univ.-Ass. Mag. *Bernhard Burtscher*, LL.M., B.Sc., Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, WU Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien, Österreich; E-Mail: bernhard.burtscher@wu.ac.at.

¹²⁸⁾ *Schwarze*, Subsidiarität des vertraglichen Drittschutzes, AcP 203 (2003) 348 (351); siehe auch *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 104.

¹²⁹⁾ Vgl. *Schwarze*, AcP 203, 353.

¹³⁰⁾ Vgl. statt aller *F. Bydlinski*, JBl 1960, 359.

¹³¹⁾ Keine Schutzwirkung entfalten hingegen Dienst- und Arbeitsverträge unselbständiger Gehilfen, *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 90; *Reischauer* in Rummel, ABGB II/1³ § 1313 Rz 4; *Schmaranzer*, Vertrag mit Schutzwirkung 111 f mwN; aA *Fischer*, Zum Rückgriffsanspruch des Dienstgebers gegen den Dienstnehmer bei Schädigung eines Dritten, ZAS 1970, 9 (10 f).

¹³²⁾ *Koziol*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 133/78, JBl 1980, 41 (42); *derselbe*, Haftpflichtrecht II² 90.

¹³³⁾ *Schmaranzer*, Ausschluss des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch unmittelbare vertragliche Ansprüche?, JBl 2005, 267; *derselbe*, Vertrag mit Schutzwirkung 101 ff mwN; *Holeschofsky*, Zur Haftung des Erfüllungsgehilfen gegenüber Dritten, wbl 1988, 326 (328 ff); *Stefula*, Haftung des Erfüllungsgehilfen nach vertraglichen Grundsätzen?, RZ 2001, 216 (218 ff); *Kaufmann*, Die Zurechnung fremden Verhaltens auf Geschädigtenseite beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, ÖJZ 2000, 546 (547); *Schwarze*, AcP 203, 348; kritisch auch *Karner*, EvBl 2014/46, 315.

¹²²⁾ So die von *F. Bydlinski*, JBl 1995, 568 behandelte Konstellation.

¹²³⁾ Vgl. die Überlegungen bei *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts² (2004) 359; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012) 413.

¹²⁴⁾ *Karner*, EvBl 2014/46, 314.

¹²⁵⁾ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 330 f.

¹²⁶⁾ Dass in einer krass gerechtigkeitswidrigen Benachteiligung der Beteiligten ein Verstoß gegen den Gerechtigkeitsmaßstab liegen kann, betont *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 332.

¹²⁷⁾ *Karollus*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 601/92, JBl 1994, 333 (334) hebt die interessengerechte Verteilung von Insolvenzzrisiken hervor.