

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG



Chefredakteur Gerhard Hopf
Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirnbacher, Hans Peter Lehofer
Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer
Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Dezember 2014

1037 – 1116

23 24

Aktuelles

Fortpflanzungsmedizinrecht neu ➔ 1037

Verwaltungsverfahren praktisch

Die Zulässigkeit der Revision an den Verwaltungsgerichtshof
Peter Nedwed ➔ 1041

Beiträge

**Wenn das Gericht mehr sieht
als die Parteien** *Jürgen C. T. Rassi* ➔ 1043

Der Erfüllungsgehilfenbegriff im Lichte der aktuellen Rechtsprechung
Bernhard Burtscher ➔ 1056

Braucht Österreich mehr direkte Demokratie? *Theo Öhlinger* ➔ 1062

Evidenzblatt

Beweislastverteilung im Fall sexueller Belästigung
Florian Scholz ➔ 1079

Verlassenschaftskurator: Kündigung der Wohnung des Erbansprechers
Stephan Verweijen ➔ 1082

Umstellung auf elektronische Telefonrechnung ist unzulässig ➔ 1085

**Rückforderung der Provision nach Aufhebung
des vermittelten Geschäfts** *Christof Paulsen* ➔ 1090

Prozessuale Behandlung unterlassener Diversion ➔ 1094

EuGH-Entscheidungen

Informationspflicht über Energiepreiserhöhungen ➔ 1108

Der Erfüllungsgehilfenbegriff im Lichte der aktuellen Rechtsprechung

ÖJZ 2014/155

§§ 1313 a, 1315, 1293 ff ABGB

OGH 26. 6. 2014, 8 Ob 53/14 y

Gehilfenhaftung;

vertragliches Pflichtenprogramm;

Interessenverfolgungsprogramm;

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Wer ist Erfüllungsgehilfe? Diese Frage, die für den Geschädigten zur Rechtsdurchsetzung von zentraler Bedeutung ist, hat im Lichte der jüngsten Rsp des OGH an Brisanz gewonnen. Der folgende Beitrag arbeitet die hierzu entwickelten Abgrenzungskriterien systematisch auf und geht der Frage nach, ob die Rechtsprechung § 1313 a ABGB noch im Einklang mit diesen Kriterien auslegt.

Von Bernhard Burtcher

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Der Erfüllungsgehilfe nach § 1313 a
 - 1. Ratio
 - 2. Abgrenzungskriterien in Lehre und Rechtsprechung
 - a) Einbeziehung ins Interessenverfolgungsprogramm
 - b) Die vertragliche Pflichtenlage
 - c) Weitere Aspekte
 - d) Zwischenergebnis
 - 3. Judikaturanalyse
 - a) Die „Zurverfügungstellungspflicht“ als Kriterium?
 - b) Extensive Schutzpflichten
 - c) Einbeziehung in die Erfüllungshandlung
 - d) Die Herstellungspflicht: Differenzierung nach Vertragstypen?
- C. Zusammenschau und Kritik
- D. Fazit und Ausblick

A. Einleitung

Wer am Flughafen in der allgemein zugänglichen Abfertigungshalle auf einer schlecht gereinigten Stelle ausrutscht und sich verletzt, hat einen Schadenersatzanspruch gegen die Fluglinie, weil der Flughafenbetreiber ihr Erfüllungsgehilfe sei.¹⁾ Wer sich im Hotel an einem scharfkantigen Bett verletzt, hat hingegen keinen Anspruch gegen den Hotelier, da der Hersteller des Bettes dem Hotelier nicht als Erfüllungsgehilfe zugerechnet werden könne.²⁾ Sehr wohl Erfüllungsgehilfe

des Hoteliers soll aber das Installationsunternehmen sein, das mit der Wartung und Kontrolle der Wasserversorgungsanlage betraut ist, wenn ein Hotelgast sich durch beim Duschen verschlucktes Wasser mit Legionellen infiziert.³⁾ Diese kursorische Auswahl aus der Rsp offenbart „heikle Zurechnungsfragen“,⁴⁾ die den Geschädigten vor die – für die Durchsetzung des Anspruchs im Prozess zentrale – Ausgangsfrage stellen: Wer ist Erfüllungsgehilfe?

B. Der Erfüllungsgehilfe nach § 1313 a

1. Ratio

§ 1313 a ABGB bestimmt hierzu: „Wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden [...] der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.“ Erfüllungsgehilfe ist also, wer mit Willen des Schuldners zur Erfüllung einer bestehenden Sonderrechtsbeziehung herangezogen wird,⁵⁾ wobei längst geklärt ist, dass der Erfüllungsgehilfe auch ein selbständiger, weisungsfreier Unternehmer sein kann.⁶⁾ Der Grund für diese strenge Haftung liegt, wie F. Bydlinski herausgearbeitet hat, in der

1) OGH 22. 6. 2014, 8 Ob 53/14 y EvBl 2014/155 (abgedruckt in diesem Heft Seite 1087).

2) 2 Ob 185/97 p.

3) 8 Ob 106/12 i EvBl 2014/46 (Karnert) = ecolex 2014/6 (Wilhelm) = ZRB 2014, 78 (Seeber).

4) Karnert, EvBl 2014/46 (314).

5) Karnert in KBB⁴ § 1313 a Rz 2, 3 mwN; Koziol, Haftpflichtrecht II² (1984) 336 ff; Reischauer in Rumme⁶ § 1313 a Rz 8; RIS-Justiz RS0028729.

6) RIS-Justiz RS0028563; Karnert in KBB⁴ § 1313 a Rz 4 mwN; Harrer in Schwimann⁸ § 1313 a Rz 6; Ondreasova, Die Gehilfenhaftung

Maxime ausgleichender Gerechtigkeit: Wer durch den erlaubten Einsatz von Gehilfen mehr Erfüllungspflichten wahrnehmen kann als durch persönlichen Einsatz, der soll auch die daraus resultierenden Schäden tragen; der Gläubiger soll durch den Einsatz von Gehilfen also nicht schlechter gestellt werden.⁷⁾ Damit sind die Erweiterung des Aktionsradius und die Einbeziehung in das Interessenverfolgungsprogramm des Geschäftsherrn⁸⁾ sowie die Einordnung in dessen Risikosphäre⁹⁾ angesprochen. *Reischauer* betont dabei, die Interessenverfolgung gegenüber dem konkreten Geschädigten sei das entscheidende Abgrenzungskriterium zu § 1315 ABGB und damit die Haftungsratio des § 1313 a.¹⁰⁾ Da aber auch im Rahmen einer Sonderverbindung „eine unbedingte [und damit schrankenlose] Verantwortlichkeit für Gehilfen nicht berechtigt“ wäre,¹¹⁾ stellt sich die Frage, ob daraus taugliche Abgrenzungskriterien für die Qualifikation als Erfüllungsgehilfe gewonnen werden können.

2. Abgrenzungskriterien in Lehre und Rechtsprechung

a) Einbeziehung ins Interessenverfolgungsprogramm

In diesem Sinne stellt *Reischauer* für die Qualifikation als Erfüllungsgehilfe darauf ab, ob der Gehilfe in das Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners gerade gegenüber dem Geschädigten einbezogen wurde.¹²⁾ Formal lässt sich gegen dieses Kriterium ins Treffen führen, dass der Einsatz des Gehilfen auch den Interessen des Gläubigers dient.¹³⁾ Schwerer wiegt aber, dass § 1313 a eben ausdrücklich eine Verpflichtung zur Leistung als maßgebendes Kriterium nennt. Das Kriterium des Interessenverfolgungsprogramms ließe sich jedoch in einem sehr weiten Sinn verstehen, da man stets dann, wenn der Gläubiger mit der Leistung des Gehilfen in Berührung kommt, von einer Einbeziehung ins Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners sprechen könnte. Davon geht freilich auch *Reischauer* nicht aus, da er etwa bei Vorbereitungshandlungen darauf abstellt, ob diese „einen Teil der Erfüllungshandlung“ bilden oder doch „im engen Zusammenhang“ mit dieser stehen.¹⁴⁾ Versteht man das Kriterium aber in einem solchen, durchaus einschränkenden, Sinne, stellt sich zwangsläufig die Folgefrage, wann denn nun eine Handlung einen Teil der Erfüllungshandlung bildet oder doch im engen Zusammenhang mit dieser steht. Wenn etwa der Händler seine Produkte beim Produzenten zukaft, bezieht er diesen natürlich abstrakt in sein Interessenverfolgungsprogramm gegenüber dem (später individualisierten)¹⁵⁾ konkreten Schuldner ein. Fraglich bleibt doch aber, ob auch ein ausreichender Zusammenhang zur „Erfüllungshandlung“ des Händlers besteht. Dies bejaht *Reischauer*, weil der Händler einwandfreie Qualität schulde.¹⁶⁾ Die stRsp und die hA lehnen dieses Verständnis als Erfüllungsgarantie hingegen zu Recht ab.¹⁷⁾ Begründet wird dies damit, dass der Händler eben nicht iSd § 1313 a zu einer Herstellungsleistung verpflichtet sei und daher den Produzenten gerade nicht in seine Erfüllungshandlung einbeziehe.¹⁸⁾ Anstatt des nicht ausreichenden Abstellens auf das Interessenverfolgungsprogramm nimmt die hL

also die Abgrenzung anhand der vertraglichen Pflichtenlage vor.¹⁹⁾

b) Die vertragliche Pflichtenlage

Es ist daher zu fragen, ob „sich der Geschäftsherr zur Erfüllung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung des Gehilfen bedient“.²⁰⁾ Zunächst ist somit im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln, ob der Geschäftsherr vertragliche Leistungs- und Sorgfaltspflichten übernommen hat und welchen konkreten Inhalt diese haben.²¹⁾ Zweitens ist zu prüfen, ob der Gehilfe gerade zur Erfüllung dieser Pflichten herangezogen wird. Nur wer vertragliche Pflichten übernommen hat, haftet also, wenn er zu deren Erfüllung einen Gehilfen bezieht. Natürlich ist auch die Vertragsauslegung mit Unsicherheiten behaftet. Das Abstellen auf die vertragliche Pflichtenlage²²⁾ trägt aber den Interessen der Beteiligten angemessen Rechnung und führt aufgrund der objektiven Kriterien der Vertragsauslegung zu vorhersehbaren Ergebnissen als das Abstellen auf ein nicht klar fassbares Interessenverfolgungsprogramm.

c) Weitere Aspekte

Als alternatives Abgrenzungskriterium wurde neuerdings die abstrakte Möglichkeit der Risikobeherrschung genannt.²³⁾ *Haas/Thunhart* sind auf dieser Grundlage für eine Einstandspflicht des Händlers oder Werkunternehmers für den Produzenten eingetreten, wenn er den Produzenten frei auswählen durfte, weil er dann abs-

(2013) 50 ff; *Caspers* in *Staudinger* (2014) § 278 BGB Rz 26; aA wohl *M. Wilburg*, Haftung für Gehilfen, ZBl 1930, 641 (657).

- 7) *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 206 ff; *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 6/105 f; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1² (1928) 295; *M. Wilburg*, ZBl 1930, 641 (649); vgl die Übersicht bei *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 29 ff.
- 8) *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313 a Rz 1; vgl auch *F. Bydliński*, System und Prinzipien 206 f; *Kozioł*, Grundfragen Rz 6/97; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1313 a Rz 2 mwN.
- 9) *Harrer* in *Schwimann*³ § 1313 a Rz 1.
- 10) *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 175 f; *ders*, Zur Ratio der Erfüllungsgehilfenhaftung, VR 1990, 46 (48); *ders* in *Rummel*³ § 1313 a Rz 1 mwN.
- 11) *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941) 223.
- 12) *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313 a Rz 8.
- 13) *M. Wilburg*, ZBl 1930, 641 (648); *Spiro*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (1984) 60; *Haas/Thunhart*, Die Haftung für Hersteller und Lieferanten, ÖJZ 2012, 697 (701).
- 14) *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313 a Rz 5.
- 15) *F. Bydliński*, Zur Haftung für Erfüllungsgehilfen im Vorbereitungsstadium, JBl 1995, 477 (487).
- 16) Entlastungsbeweis 249 ff.
- 17) RIS-Justiz RS0101969; *Ehrenzweig*, System II/1² 297; *Kozioł*, Haftpflichtrecht II² 340 f; *Karner* in *KBB*⁴ § 1313 a Rz 4; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1313 a Rz 46 ff; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1295 Rz 131; *Huber* in *Schwimann*, Taschenkommentar ABGB² § 1313 a Rz 4; *Welser*, Bürgerliches Recht II³ (2007) 356; *Wilhelm/Pilz*, Zur Schadenersatzpflicht des Bauträgers für Baumängel, ecolex 2003, 401 (402); *Holzinger/Machold*, Schadenersatzansprüche nach Kauf einer mangelhaften Wohnung, Zak 2010, 70 (70 f).
- 18) Vgl *Karner* in *KBB*⁴ § 1313 a Rz 4 mwN.
- 19) *Karner*, EvBl 2014/46 (314) konstatiert treffend, dass die Einbeziehung in das Interessenverfolgungsprogramm die ratio des § 1313 a verdeutliche, sich aber nicht zur Abgrenzung eigne.
- 20) *Karner/Kozioł*, Der Ersatz von Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten von Unternehmern, JBl 2012, 141 (147); *Karner/Kozioł*, Mangelfolgeschäden in Veräußerungsketten (2012) 45.
- 21) *F. Bydliński*, JBl 1995, 477 (479 ff), 558 (560 ff); *Karner/Kozioł*, JBl 2012, 141 (147); *Karner/Kozioł*, Mangelfolgeschäden 45.
- 22) Auch im Rahmen einer sonstigen Sonderverbindung wäre auf die Pflichtenlage abzustellen.
- 23) *Griss*, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und im allgemeinen Zivilrecht, JBl 2005, 69 (70); *Haas/Thunhart*, ÖJZ 2012, 697 (702 f).

trakt das vom Gehilfen ausgehende Risiko beherrschen könne.²⁴⁾

Diese Auffassung ist problematisch. Unklar ist zunächst, ob der Händler auch haften soll, wenn er den Hersteller schon vor Vertragsabschluss ausgewählt hat. Bejaht man dies, so müsste derjenige Händler haften, der in seinem Sortiment nur das Produkt eines Produzenten anbietet, nicht hingegen derjenige, der Produkte verschiedener Produzenten anbietet und so dem Kunden die Auswahl überlässt. Dieses Ergebnis wäre wertungswidersprüchlich. Weiters ist fraglich, ob *Haas/Thunhart* ihr Modell auch auf andere Konstellationen übertragen wollen. Da sie ihre Ansicht direkt aus der ratio des § 1313 a ableiten, müsste man dies konsequenterweise bejahen, gelangt dann aber zu fragwürdigen Ergebnissen. Ist es etwa gerechtfertigt, dass der Krankenhausbetreiber für den von ihm ausgesuchten Dachdeckermeister haftet, der einen Ziegel am Krankenhausbach falsch montiert hat?²⁵⁾ Inwiefern das Kriterium auf unselbständige Gehilfen und im Rahmen gesetzlicher Schuldverhältnisse anzuwenden sein soll, bleibt ebenso offen. Letztlich basiert die Auswahl des Herstellers gerade bei standardisierten, unwesentlichen Bestandteilen oft auf reinem Zufall, sodass davon nicht die Zurechnung abhängig gemacht werden sollte.

Somit kann eine Abgrenzung nicht schematisch danach erfolgen, wer den Gehilfen ausgewählt hat. Dennoch könnte umgekehrt die Tatsache, dass (ausnahmsweise) der Gläubiger den Gehilfen des Schuldners aus sucht, im Rahmen der Vertragsauslegung eine Rolle spielen.²⁶⁾ Denn wenn der Gläubiger durch Auswahl des Gehilfen auf die Vertragserfüllung Einfluss nimmt, kann das ein Indiz dafür sein, dass sein Vertragspartner keine Verantwortung für die Tätigkeit des Gehilfen übernimmt. In dieser Form kann das Kriterium zu einer differenzierten Lösung zur Abgrenzung anhand des vertraglichen Pflichtenprogramms beitragen, ist aber kein eigenständiges Abgrenzungskriterium.

d) Zwischenergebnis

Auch der OGH recurriert nicht auf das Kriterium der Auswahl. In der „Flughafen-Entscheidung“ etwa bejahte er die Haftung der Fluglinie, obwohl dort in erster Linie die Geschädigte den Abflughafen ausgesucht hatte. Dem Urteil ist vielmehr klar zu entnehmen, dass die Abgrenzung anhand der vertraglichen Pflichtensituation erfolgt, was im Einklang mit der stRsp steht. Es findet sich zwar in mehreren Urteilen der Rechtssatz, dass es für die Beurteilung der Zurechnung nach § 1313 a darauf ankomme, ob der Gehilfe ins Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners einbezogen war,²⁷⁾ was auf *Reischauers* Ansatz hindeutet. Danach überprüft der OGH aber stets die vertragliche Pflichtensituation:²⁸⁾ Ergibt die Vertragsauslegung, dass der Schuldner eine vertragliche Pflicht übernommen hat, so haftet er, wenn er den Gehilfen in sein Interessenverfolgungsprogramm einbezieht, ihn somit zur Erfüllung dieser Vertragspflicht willentlich heranzieht.²⁹⁾ Trotz dieses abstrakt einheitlichen Beurteilungsmaßstabs sind aber die Ergebnisse der Rsp nicht immer einheitlich, wie eine Analyse der Judikatur im Folgenden darlegen soll.

3. Judikaturanalyse

Paradigmatisch für den Zugang des OGH ist die Verneinung der Einstandspflicht des Händlers für den Produzenten. Nach dem Inhalt des Kaufvertrags sei der Händler eben „nicht zur Herstellung der Kaufsache“ verpflichtet.³⁰⁾ Gleiches gelte für den Hotelier hinsichtlich der Betten, die er seinen Gästen im Rahmen eines Beherbergungsvertrags zur Verfügung stellt. Hingegen resultiere aus dem Beherbergungsvertrag die Verantwortung dafür, die gefahrlose Benützung der Zimmerdusche zu ermöglichen, sodass das mit Wartung und Kontrolle der Wasserversorgungsanlage betraute Unternehmen dem Hotelier zuzurechnen sei.³¹⁾ Gleiches soll nun für den Flughafenbetreiber und die Fluglinie gelten.³²⁾ Dabei hat die Rsp mitunter aber Kriterien wie die „Zurverfügungstellungspflicht“ oder die „Einbeziehung in die Erfüllungshandlung“ zur Abgrenzung verwendet, die Anlass zu Missverständnissen geben könnten und daher einer kritischen Überprüfung bedürfen.

a) Die „Zurverfügungstellungspflicht“ als Kriterium?

In der „Flughafen-Entscheidung“ findet sich etwa die Begründung, dass zu den geschuldeten Leistungen im Rahmen eines Beförderungsvertrags zwischen Fluglinie und Passagier auch die „Zurverfügungstellung“ geeigneter Flächen und Einrichtungen zur Flugvorbereitung und die Ermöglichung deren gefahrloser Benützung gehörten.³³⁾ Hier muss eingehakt werden, da der Begriff „Zurverfügungstellung“ missverstanden werden könnte. Denn dass die Zurverfügungstellung eines geeigneten Bettes auch im Rahmen eines Beherbergungsvertrags vom Hotelier geschuldet ist, kann nicht bezweifelt werden. Ebenso zählt es zu den vertraglichen Pflichten eines Händlers, ein mängelfreies Produkt „zur Verfügung zu stellen“ (zu liefern).³⁴⁾ Trotzdem verneinte der OGH jeweils eine Zurechnung. Hier zeigt sich, dass die „Zurverfügungstellungspflicht“ kein geeignetes Kriterium ist, nicht mit der bisherigen Rsp in Einklang steht und daher nicht weiter verfolgt werden sollte, da sie den Leistungserfolg umschreibt, aber nicht die dafür übernommenen Pflichten.

b) Extensive Schutzpflichten

Wie das Abstellen auf die „Zurverfügungstellungspflicht“ führt auch die Annahme extensiver Schutzpflichten zu einer problematisch weiten Zurechnung.

24) *Haas/Thunhart*, ÖJZ 2012, 697 (702) unter Berufung auf *Spiro*, Erfüllungsgehilfen 71 f.

25) So 2 Ob 657/84, s B.3.b.

26) In diese Richtung wohl auch *Haas*, JBl 2006, 653 (658).

27) RIS-Justiz RS0028425.

28) Illustrativ 1 Ob 265/03 g; vgl etwa RIS-Justiz RS0020098 zum Händler und RS0118512 zum Werkunternehmer.

29) Vgl *Karner* in *KBB*⁴ § 1313 a Rz 3.

30) 2 Ob 514/79 SZ 52/74; vgl *Karner/Kozioł*, Mangelfolgeschäden 41 mwN und 45 mwN.

31) 8 Ob 106/12i EvBl 2014/46 (*Karner*) = *ecolex* 2014/6 (*Wilhelm*) = ZRB 2014, 78 (*Seeber*).

32) Offenlassend *Rihs*, Wer haftet für Flugverspätungen? ZVR 2012, 276 (280).

33) 8 Ob 53/14 y.

34) *Reischauer*, Entlastungsbeweis 249 f; *Harrer* in *Schwimmann*³ § 1298 Rz 7, § 1313 a Rz 8.

Besonders kritisch ist dabei die vom OGH vorgenommene Qualifikation eines Dachdeckermeisters als Erfüllungsgehilfe eines Krankenhausbetreibers zu sehen, der für Schäden durch einen herabfallenden Ziegel haften musste, den der Dachdeckermeister falsch montiert hatte.³⁵⁾ *Harrer* hat hier zutr vor einer Umdeutung klassischer Verkehrssicherungspflichten in vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten gewarnt.³⁶⁾ Denn dass der Krankenhausbetreiber über die allgemeine Verkehrssicherungspflicht hinaus eine vertragliche Verantwortung für die Montage der Ziegel des Krankenhauses übernimmt, lässt sich schwer begründen.³⁷⁾ Bei einer derart weitgehenden Annahme vertraglicher Schutzpflichten bliebe für die deliktische Gehilfenzurechnung überhaupt kein Raum mehr. Auch um die Konsistenz mit anderen Urteilen (etwa zur Nichtzurechnung des Bettenherstellers zum Hotelier) zu wahren, ist bei einer solchen Ausdehnung der Zurechnung somit Vorsicht geboten.

c) Einbeziehung in die Erfüllungshandlung

An anderer Stelle hat sich in der Rsp der Rechtssatz verfestigt, dass es für die Zurechnung nach § 1313 a eine Rolle spielen soll, dass ein Werkunternehmer den Gehilfen unmittelbar in die Erbringung der werkvertraglichen Erfüllungshandlung einbezieht.³⁸⁾ So rechnete der OGH einem Werkunternehmer, der die Abdichtung eines Hallenschwimmbads übernommen hatte, den Erzeuger eines Dichtungssystems zu, dessen Vertreter die Arbeiten des Werkunternehmers beim Besteller überwacht und dem Werkunternehmer die Anwendung des Dichtungssystems erklärt hatte.³⁹⁾ Dieser Fall sei einer Verarbeitung des Vorprodukts nach einer allgemeinen schriftlichen Anleitung des Herstellers nicht gleichzuhalten.⁴⁰⁾ In eine ähnliche Richtung zielt eine Entscheidung zum Streckengeschäft. Streitgegenständlich war dort zwar die Zurechnung listigen Verhaltens bei Vertragserfüllung, der OGH führte aber aus, dass einem Händler (Erstkäufer) der Erzeuger von Weinbergschnecken, der direkt an den Käufer des Händlers (Zweitkäufer) lieferte, gerade nach § 1313 a zuzurechnen sei.⁴¹⁾ Begründet also schon die faktische Erfüllungsmodalität die Zurechnung?

Diese Auffassung ist abzulehnen. Ein bloßes Faktum nach Vertragsabschluss kann nicht die vertragliche Pflichtenlage ändern. Auch im Streckengeschäft wäre etwa eine Zurechnung des Herstellers – mit *F. Bydlinski*,⁴²⁾ auf den sich der OGH in der „Weinbergschnecken-Entscheidung“ stützt – nur gerechtfertigt, wenn er zur Erfüllung vertraglicher Pflichten des Erstkäufers herangezogen wird, etwa hinsichtlich dessen Lieferverpflichtung.⁴³⁾ Die Ausgestaltung als Streckengeschäft kann aber nichts an der grundsätzlich fehlenden Einstandspflicht für den Hersteller ändern,⁴⁴⁾ führt sie doch lediglich zu einer vereinfachten Abwicklung der Lieferung, nicht aber zu einer geänderten Pflichtenlage hinsichtlich der Herstellung.⁴⁵⁾

Auch beim Werkvertrag kann die (mitunter zufällige) tatsächliche Einbeziehung keine Zurechnung begründen.⁴⁶⁾ Denn entweder besteht eine vertragliche Pflicht des Geschäftsherrn oder sie besteht nicht. Wenn sie besteht, ist bei Heranziehung des Gehilfen zu ihrer

Erfüllung für diesen zu haften. Wenn sie nicht besteht, kann die Einbeziehung nichts an der fehlenden Haftung ändern.⁴⁷⁾ Es überzeugt also nicht, dass sich der Werkunternehmer denjenigen Hersteller zurechnen lassen soll, der bei der Werkleistung unterstützend tätig wird, nicht aber denjenigen, der bloß eine schriftliche Anleitung schickt. Die vertragliche Pflichtenlage ist in beiden Fällen dieselbe. Wenn nun in der „Schwimmbad-Entscheidung“ der Werkunternehmer vertraglich eine besondere Verantwortung für die Eignung des Dichtungssystems übernommen hat, ist eine Einstandspflicht für den Hersteller begründbar.⁴⁸⁾ Dies hat dann aber nichts mit der faktischen Einbeziehung des Gehilfen zu tun, sondern erklärt sich ausschließlich aus der vertraglichen Pflichtenlage.

d) Die Herstellungspflicht: Differenzierung nach Vertragstypen?

Schließlich wird das Bestehen einer „Herstellungspflicht“ seitens des Schuldners als maßgebendes Kriterium angeführt. So wird die Einstandspflicht des Händlers für den Produzenten mit der Begründung verneint, dass der Händler nicht zur Herstellung verpflichtet sei.⁴⁹⁾ Dies würde eine Differenzierung zwischen Kauf- und Werkvertrag nahelegen, weil bei Letzterem eben eine Erfolgspflicht zur Herstellung eines Werks übernommen wird.⁵⁰⁾ Diesen Gedanken griff der OGH in einem Kaufvertragsfall auf und rechnete einem Kükenproduzenten ein in seiner Brüterei eingesetztes Schädlingsbekämpfungsunternehmen nach § 1313 a zu. Der verkaufende Produzent habe „eine spezifische Herstellungspflicht, wie sie auch für den Werkvertrag kennzeichnend ist“, übernommen.⁵¹⁾

Hier zeigt sich schon, dass sich eine schematische Abgrenzung verbietet. Sowohl beim Kauf vom Produzenten⁵²⁾ als auch beim Werkvertrag ist vielmehr stets eine sorgfältige Ermittlung des Umfangs der vertraglichen Pflichten geboten.⁵³⁾ Zu den Sorgfaltspflichten eines maßgerechten konkreten Werkunternehmers⁵⁴⁾

35) 2 Ob 657/84 JBl 1985, 293; im konkreten Sachverhalt kam hinzu, dass der Geschädigte ein Besucher eines Patienten war. Auch gegenüber einem Patienten ist das Ergebnis aber abzulehnen.

36) In *Schwimann*³ § 1295 Rz 63 ff.

37) So auch *Harrer* in *Schwimann*³ § 1295 Rz 65.

38) Vgl RIS-Justiz RS0118512.

39) 1 Ob 265/03 g.

40) 1 Ob 265/03 g.

41) 7 Ob 575/81 JBl 1984, 432 (*Reidinger*).

42) *F. Bydlinski* in *Klang IV/2*² 305; *ders.*, JBl 1995, 558 (559 f).

43) Auch der OGH spricht in seiner Entscheidung ja von der Erfüllung einer Leistungspflicht des Erstkäufers.

44) *M. Wilburg*, ZBl 1931, 641 (656); *F. Bydlinski*, JBl 1995, 558 (559 f); *Lukas*, JBl 2004, 648 (654).

45) Vgl *Spiro*, Erfüllungsgehilfen 192; *Lukas*, JBl 2004, 648 (654); *Haas/Thunhart*, ÖJZ 2012, 697 (700).

46) *Haas/Thunhart*, ÖJZ 2012, 697 (699 f).

47) *Wilhelm*, *ecolex* 2004/278 (610).

48) Dass die Zurechnung „keineswegs zwingend“ ist, wenn der Werkunternehmer das System offenkundig nicht selbst herstellen kann, betont *Lukas*, JBl 2004, 648 (655); krit auch *Strahwald*, VR 2004, 175 (176).

49) *Karner* in *KBB*⁴ § 1313 a Rz 4 mwN.

50) *Harrer* in *Schwimann*³ § 1298 Rz 7, § 1313 a Rz 8; vgl auch *F. Bydlinski*, JBl 1995, 558 (562).

51) JBl 1996, 183 (*Kletečka*).

52) Dazu *F. Bydlinski*, JBl 1995, 558 (562 ff); *Karner* in *KBB*⁴ § 1313 a Rz 4.

53) *Perner/Spitzer/Kodek*, *Bürgerliches Recht*⁴ (2014) 265.

54) *Lukas*, Gehilfenzurechnung: Handlungsbedarf für Vertragsjuristen! *Zak* 2005, 7.

wird es aber regelmäßig nicht gehören, sämtliche zugefertigten Bestandteile einer umfassenden Kontrolle zu unterziehen oder diese gar selbstverantwortlich herzustellen.⁵⁵⁾ Fehlt es an einer solchen Pflicht, ist die vertragswidrige Herstellung aber nicht objektiv vorwerfbar.⁵⁶⁾ So hat der OGH unlängst einem mit Lieferung und Montage von Glaselementen betrauten Werkunternehmer den Hersteller von Isolierglas nicht zugerechnet.⁵⁷⁾ Andererseits sind auch Sonderfälle denkbar, in denen dem Händler das Verschulden seines Herstellers sehr wohl zuzurechnen ist, etwa wenn er sich als Hersteller ausgibt.⁵⁸⁾ Der Vertragsgestaltung kommt somit im Einzelfall große Bedeutung zu.⁵⁹⁾ Damit bewegt sich die Zurechnung aber auf einem schmalen Grat. Der Vertragstyp ist lediglich ein Indiz, ein Pauschalurteil nach Vertragstypen mit und ohne Herstellungspflicht kann aber nicht getroffen werden.

C. Zusammenschau und Kritik

Gefordert ist also stets eine Ermittlung der vertraglichen Pflichtenlage im Einzelfall. Hier wird nach einer grundlegenden Untersuchung *F. Bydliński* darauf abgestellt, ob nach der Vertragsauslegung zu erwarten ist, dass der Schuldner die fragliche Tätigkeit selbst (bzw durch einen seiner Mitarbeiter) vornimmt oder ob eine Erbringung durch selbständige Dritte zu erwarten ist.⁶⁰⁾ Dies ist tatsächlich ein zentraler Aspekt. Allerdings zeigt die Judikatur, dass es Grenzbereiche der Zurechnung gibt, in denen der Gläubiger keine klare Vorstellung davon hat, ob die fragliche Tätigkeit vom Schuldner bzw einem seiner Mitarbeiter selbst vorgenommen wird. Das zeigt etwa der bereits erwähnte „Kükenfall“. Der typische Käufer wird wohl gar keine Vorstellung davon haben, ob der Kükenbrüter die Schädlingsbekämpfung selbst erledigt, weil er wahrscheinlich nicht einmal ein Problembewusstsein zur Schädlingsbekämpfung hat.

In diesen Grenzbereichen muss eine Zurechnung aber nicht schon daran scheitern, dass die fragliche Tätigkeit üblicherweise nicht vom Schuldner selbst erbracht wird,⁶¹⁾ wenn die Parteien davon ausgehen, dass der Schuldner für bestimmte Bereiche die Verantwortung übernimmt, ohne dass konkret die persönliche Vornahme oder Herstellung erwartet wird.⁶²⁾ Ist dies der Fall, ist eine Zurechnung nach § 1313 a geboten. In diesem Sinne lässt sich die Entscheidung rechtfertigen, dass der Produzent, der Küken aus eigener Produktion verkauft, für das von ihm ausgesuchte Schädlingsbekämpfungsunternehmen haftet, wenn und weil die Parteien das Bebrüten der Küken in hygienischen Verhältnissen zum Verantwortungsbereich des Produzenten zählen.⁶³⁾ Gleichermaßen erscheint es vertretbar, dass der Werkunternehmer, der sich zur Abdichtung eines Schwimmbads mittels eines geeigneten Dichtungssystems verpflichtet, für dessen Hersteller haftet. Diese Rsp lässt sich auch mit den Entscheidungen zur Haftung des Hoteliers in Einklang bringen. Auch wenn sich hier eine scharfe Trennlinie naturgemäß nicht ziehen lässt, ist es zumindest begründbar, dass aus dem Empfängerhorizont des Gastes die Wartung der Zimmerdusche im eigenen Pflichtenkreis des Hoteliers liegt, während von diesem hinsichtlich des

Hotelbetts lediglich erwartet wird, einen geeigneten Hersteller auszuwählen.

Wendet man diese Kriterien in der „Flughafen-Entscheidung“ an, kann das Ergebnis des OGH aber nicht überzeugen, zumal zweifelhaft erscheint, ob dieser Fall überhaupt im Grenzbereich angesiedelt ist. Dass öffentliche Räume gereinigt werden müssen, überrascht nicht, das Vorliegen von Vorstellungen zur Aufgabenverteilung ist durchaus lebensnah. Wenn eine Ermittlung der Pflichtenlage ergibt, dass die Parteien nicht davon ausgehen, dass eine Tätigkeit eigenverantwortlich vom Vertragspartner durchgeführt wird, gibt es aber keine Zurechnung. Doch selbst wenn man einen Zweifelsfall annimmt, stellt sich die Frage: Liegt die Reinigung der allgemein zugänglichen Abfertigungshalle im eigenen Zuständigkeitsbereich der Fluglinie oder gehen die Vertragsparteien im arbeitsteilig organisierten Wirtschaftsleben von vornherein davon aus, dass diese Zuständigkeit von dritter Seite (nämlich vom Flughafenbetreiber) wahrgenommen wird? Für Letzteres sprechen mE gute Gründe. Schließlich wird dem Fluggast bei Vertragsschluss mit der Fluglinie gesondert eine Fluggastgebühr⁶⁴⁾ verrechnet, deren Höhe von Flughafen zu Flughafen variiert und von der bei Vertragsschluss klar ist, dass sie dem Flughafen zugutekommt. Es fragt sich, wofür diese Gebühr kassiert wird, wenn nicht auch dafür, einen gefahrlos benutzbaren Terminal, der offenkundig nicht im Einflussbereich nur einer Fluglinie steht, zu erhalten. Bürdete man hingegen der Fluglinie die Verantwortung für den Zustand des Flughafens auf, träfe sie auf jedem von ihr angeflogenen Flughafen eine Reinigungs- oder zumindest eine Kontrollpflicht. Dies wäre mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand undurchführbar, zumal ein Multiplikatoreffekt dadurch eintritt, dass ja zahlreiche Fluglinien die Dienste des Flughafenbetreibers in Anspruch nehmen und alle dieselbe Reinigungs- oder Kontrollpflicht träfe. Der Flughafenbetreiber ist demgegenüber derjenige, der den Schadenseintritt mit dem geringsten Aufwand hätte verhindern können: er ist also „cheapest cost avoider“⁶⁵⁾ iS der ökonomischen Analyse des Rechts. In einem ähnlichen Sinn hat der OGH anlässlich der Verneinung der Haftung für den Produzenten ausgesprochen, dass es wirtschaftlich sinnlos wäre, wenn nicht nur der Hersteller, sondern jeder einzelne Zwischenhändler eine kostspielige Kontrolle der Produkte vornehmen müsste.⁶⁶⁾ Der

55) Vgl *Kamer* in *KBB*⁴ § 1313 a Rz 4 mwN; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁴ 265; *Tischler* und *Leimhersteller*.

56) Dazu *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/40.

57) 2 Ob 234/12 v.

58) *F. Bydliński*, JBl 1995, 558 (562 ff).

59) Dazu *Lukas*, Zak 2005, 7; *Wilhelm*, *ecolex* 2004/278 (610).

60) *F. Bydliński*, JBl 1995, 558 (562); so schon *M. Wilburg*, ZBl 1931, 641 (663).

61) *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1313 a Rz 42; vgl auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 342.

62) *Kletečka*, JBl 1996, 186 (186 f); *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1313 a Rz 42. Der Gedanke der Verantwortungsübernahme findet sich etwa bei der Haftung des Generalunternehmers, wo aber die Zurechnung völlig unproblematisch ist.

63) Zust *Kletečka*, JBl 1996, 186 (186 f).

64) Vgl § 20(1)c ZFBO.

65) Vgl dazu *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012) 252 ff.

66) 6 Ob 521/81 SZ 54/116 unter Berufung auf *F. Bydliński* in *Klang* IV/2² 174 f; *Koziol*, Grundfragen der Produkthaftung (1980) 11 f;

Händler haftet daher nur für ein Auswahlverschulden,⁶⁷⁾ was auch in der „Flughafen-Entscheidung“ nahegelegt wäre.

Hinzu kommt beim Flughafen, dass, wen die Haftung konkret trifft, letztlich willkürlich davon abhängt, wessen Ticket der Geschädigte in seinen Taschen trägt. Zudem lassen sich leicht problematische Parallelkonstellationen konstruieren: Haftet die Fluglinie etwa auch für den Betreiber einer Garage am Flughafen? Haftet gar die private Westbahn-GmbH für das Verschulden des Reinigungsunternehmens, das ihr Konkurrent ÖBB zur Reinigung des Bahnhofs heranzieht? Für den Geschädigten ist hier eine gesicherte Prognose kaum mehr möglich.

D. Fazit und Ausblick

Es hat sich gezeigt, dass sich hL und Rsp zwar weitgehend darüber einig sind, dass die Qualifikation als Erfüllungsgehilfe von der vertraglichen Pflichtenlage abhängt. Dabei wurde aber auch deutlich, dass diese Beurteilung angesichts der umfangreichen und nicht immer einheitlichen Rsp für den Geschädigten ex ante schwierig zu treffen ist. Auf den ersten Blick scheint hier der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter weiterzuhelfen, der es dem Geschädigten in vielen Fällen ermöglicht, direkt gegen den faktischen Schädiger vorzugehen. Diesen Weg beschriftet die Geschädigte in der „Flughafen-Entscheidung“, indem sie den Flughafenbetreiber klagt, weil dessen Vertrag mit der Fluglinie Schutzwirkungen zu ihren Gunsten entfalte. Diese Ansicht teilte der OGH auch, wies die Klage aber im

Einklang mit seiner stRsp dennoch ab, da der Anspruch aus dem VSchzD gegenüber deckungsgleichen vertraglichen Ansprüchen (hier: gegenüber der Fluglinie) subsidiär sei.⁶⁸⁾ Für das Bestehen solcher direkter vertraglicher Ansprüche ist aber wiederum entscheidend, ob der Flughafenbetreiber der Fluglinie nach § 1313 a zuzurechnen ist. Hier schließt sich der Kreis, denn angesichts der dargestellten „heiklen Zurechnungsfragen“⁶⁹⁾ ist dies für den Geschädigten ex ante keineswegs eindeutig. In Zweifelsfällen weiß er daher nicht, gegen wen er seinen Anspruch richten soll. Von der Auswahl des „richtigen“ Beklagten hängt aber Wohl und Wehe im Schadenersatzprozess ab, wie die Geschädigte im „Flughafenfall“ schmerzlich erfahren musste. Auf den zweiten Blick löst der VSchzD somit wegen seiner Subsidiarität die Probleme des Geschädigten nicht. Erwägenswert ist daher die Ansicht *Koziols*, dem Geschädigten einen direkten Anspruch gegen den selbständigen Erfüllungsgehilfen zu gewähren, da dies zu einer „praktischen Abkürzung“ des langen Weges führen würde.⁷⁰⁾ Dies wirft grundsätzliche Fragen der Rechtsdurchsetzung auf, die jedoch an dieser Stelle nicht beantwortet werden können.

Purtscheller in *Kramer/Mayerhofer*, Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977) 71 (78 f).

67) Vgl dazu *Koziol*, Grundfragen Rz 6/114.

68) RIS-Justiz RS0022814.

69) *Karner*, EvBl 2014/46 (314).

70) *Koziol*, JBl 1980, 41 (42); *ders.*, Haftpflichtrecht II² 90; *Holeschafsky*, Zur Haftung des Erfüllungsgehilfen gegenüber Dritten, wbl 1988, 326 (328 ff); *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2006) 109 ff; *Karner*, EvBl 2014/46 (315).

→ In Kürze

Nach hA haftet der Geschäftsherr nach § 1313 a ABGB, wenn er einen Gehilfen zur Erfüllung seines vertraglichen Pflichtenprogramms heranzieht. Der Beitrag analysiert, inwieweit die Rechtsprechung sich von diesem Grundsatz gelöst und eigene Abgrenzungskriterien entwickelt hat.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Bernhard Burtscher ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der WU Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien. Tel: +43 (0)1 313 36-5662, E-Mail: bernhard.burtscher@wu.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Burtscher/Spitzer, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201; *Burtscher*, Anm zu OGH 18. 6. 2013, 4 Ob 18/13 w, EvBl 2014/9; *Pinetz/Burtscher*, Die GmbH & Co KG als neue Rechtsform für Rechtsanwälte, GES 2014, 4.

