

# 1. Kapitel: Zum Begriff des Vertragsgehilfen

Wie in der Einleitung dargelegt, widmet sich die vorliegende Arbeit der Eigenhaftung von rechtsgeschäftlich bestellten Vertragsgehilfen gegenüber dem (angehenden) Vertragspartner des Geschäftsherrn (dem „Dritten“), wenn dieser vom Gehilfen im Stadium der Vertragsanbahnung in die Irre geführt wird und dadurch einen Vertrauensschaden erleidet<sup>18</sup>). Die Thematik der Untersuchung betrifft also in erster Linie das Verhältnis zwischen dem Vertragsgehilfen und dem geschädigten Dritten. Dennoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es beim vorliegenden Thema um Sachverhalte geht, an denen (zumindest) drei Personen beteiligt sind: der Geschäftsherr, sein Gehilfe und der Dritte. Auch wenn die Eigenverantwortung des Vertragsgehilfen gegenüber dem Dritten vornehmlich mit Blick auf dieses Verhältnis zu lösen ist, wäre es voreilig, die Person des Geschäftsherrn aus der Betrachtung auszuklammern. Wie sich zeigen wird, hängt die Antwort auf die Frage, ob der Vertragsgehilfe gegenüber dem Dritten schadenersatzpflichtig wird, nämlich zum Teil auch von der Beziehung zwischen dem Gehilfen und dem Geschäftsherrn ab. Das ist auch der Grund, weshalb der Untersuchungsgegenstand der Arbeit auf die Personengruppe der Geschäfts- bzw Vertragsgehilfen beschränkt ist, die nun näher beleuchtet wird.

## I. Begriffsbestimmung

Eine Analyse der einschlägigen Judikatur und der L zeigt, dass der Personenkreis der Vertragsgehilfen unterschiedlich umschrieben wird: Am geläufigsten dürfte die Definition sein, wonach der Begriff sämtliche Personen umfasst, derer sich der Geschäftsherr im Stadium der Vertragsverhandlungen bis hin zum Vertragsschluss als Gehilfen bedient<sup>19</sup>). Zum Teil wird der Terminus des Vertragsgehilfen auch dahingehend konkretisiert, dass darunter sämtliche Personen zu verstehen sind, die auf der Seite des Geschäftsherrn stehen und maßgeblich am Zustandekommen des Vertrags mitwirken<sup>20</sup>). Wieder andere

<sup>18</sup>) Demgegenüber bleiben Fragen zur Eigenverantwortung gesetzlicher Vertreter nicht (voll) geschäftsfähiger Personen sowie Fragen zur Eigenhaftung organmäßiger Vertreter juristischer Personen weitgehend außer Betracht.

<sup>19</sup>) OGH 28. 6. 2001, 2 Ob 112/00k ÖBA 2002/1023, 322 (Iro); 2. 7. 2009, 6 Ob 109/09m ecolex 2009/303, 764; 15. 3. 2012, 6 Ob 13/12y ecolex 2012/158, 383; Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 2; Riedler, Allgemeiner Teil<sup>6</sup> Rz 21/47; ders in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 8; Geroldinger, JBl 2012, 30 und viele andere.

<sup>20</sup>) OGH 15. 4. 1971, 1 Ob 68/71 EvBl 1972/21, 43; 29. 4. 1971, 1 Ob 114/71 JBl 1972, 203; 22. 6. 2011, 2 Ob 176/10m Zak 2011/705, 376; 5. 7. 2011, 4 Ob 44/11s EvBl 2011/147, 1021= ÖBA 2012/1848, 702; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,01</sup> § 875 Rz 10; Bollenberger in KBB<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 2.

Entscheidungen sprechen von Personen, die der Geschäftsherr im vorvertraglichen Bereich zur Verfolgung eigener Interessen heranzieht<sup>21)</sup>.

All diese Formulierungen verfolgen dasselbe Anliegen, nämlich die Personengruppe der Vertragsgehilfen von den sog. „echten Dritten“<sup>22)</sup> iSv § 875 ABGB abzugrenzen und beruhen auf derselben Überlegung: Für die Differenzierung zwischen „echten“ Dritten und Vertragsgehilfen ist maßgebend, ob dem Geschäftsherrn das Verhalten der jeweiligen Person nach der Vorschrift des § 1313a ABGB zuzurechnen ist, die heute nicht nur im schadenersatzrechtlichen Kontext angewendet wird, sondern auf deren Rechtsgedanken die hA auch bei der Zurechnung des „Gehilfenverhaltens“ im Recht der Willensmängel zurückgreift<sup>23)</sup>. Damit zeigt sich, dass die Bestimmung des § 1313a ABGB die **Grundlage für die Differenzierung** bildet, ob eine Person als Vertragsgehilfe einzustufen ist oder ob es sich dabei um einen „echten“ Dritten iSd § 875 ABGB handelt.

### A. Analoge Anwendung von § 1313a ABGB im Stadium der Vertragsanbahnung bis hin zum Vertragsschluss

Gemäß § 1313a ABGB haftet derjenige, der einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, gegenüber dem Gläubiger für das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes. Unmittelbar von § 1313a ABGB bedacht ist also der Einsatz von Gehilfen zur Erfüllung von Leistungspflichten aufgrund eines Schuldverhältnisses, wobei der vertraglich begründeten die auf Gesetz fußende Verbindlichkeit gleichgestellt wird<sup>24)</sup>. Zwar bestehen im Stadium der Vertragsverhandlungen bis hin zum Geschäftsabschluss zwischen den angehenden Vertragsparteien noch keine derartigen Leistungs-

<sup>21)</sup> OGH 29. 8. 1994, 1 Ob 551/94 SZ 67/136 = JBl 1995, 48; 16. 4. 2004, 1 Ob 64/04z; 18. 2. 2010, 6 Ob 24/10p JBl 2010, 442.

<sup>22)</sup> Um Missverständnisse zu vermeiden, ist in diesem Zusammenhang auf den terminologischen Perspektivenwechsel hinzuweisen. Wer als Dritter zu bezeichnen ist, hängt ganz vom Verhältnis ab, von dem man ausgeht: Gemessen am Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertragsgehilfen kann der (angehende) Vertragspartner des Geschäftsherrn als Dritter bezeichnet werden. Im Gegensatz dazu bezieht sich der Ausdruck „echter“ Dritter auf das Verhältnis zwischen dem Prinzipal und dessen Geschäftspartner. In diesem Kontext wird jede Person als „echter“ Dritter tituliert, die nicht Vertragsgehilfe des Prinzipals ist. Vgl zum Begriff des „echten“ Dritten auch Pletzer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 875 Rz 13; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>4</sup> 98; *Riedler in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 7.

<sup>23)</sup> Grundlegend *Iro* (JBl 1982, 474ff, 510ff) unter Ablehnung der bis dahin vertretenen Theorien, wonach im Recht der Willensmängel die Stellvertretungsregeln bzw eine etwaige „Organstellung“ des Gehilfen die maßgebliche Zurechnungsgrundlage bildete. Vgl zur analogen Anwendung von § 1313a ABGB im irrtumsrechtlichen Kontext beispielsweise auch *Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 2; *Koziol – Welsler/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> 188; *Vonkilch*, RdW 2010, 326; *Knobl/Gasser*, ÖBA 2012, 358, 360f.

<sup>24)</sup> Siehe nur *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1313a ABGB Rz 2; *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 336.

pflichten, sondern bloß bestimmte vorvertragliche Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten, deren Rechtsnatur streitig ist<sup>25</sup>). Dennoch ist man sich heute im Prinzip darüber einig, dass dem Geschäftsherrn das Verhalten jener Personen, deren er sich im Stadium der Vertragsanbahnung bis hin zum Vertragsabschluss als Gehilfen bedient, in analoger Anwendung von § 1313 a ABGB zuzurechnen ist<sup>26</sup>). Dafür wird va die ratio der angesprochenen Bestimmung ins Treffen geführt.

### 1. Die ratio der Haftung für Erfüllungsgehilfen nach § 1313 a ABGB

Das Telos der Bestimmung von § 1313 a ABGB liegt, wie bereits in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der III. Teilnovelle<sup>27</sup>) erwähnt worden ist, in folgendem Gedanken: Die Haftung für ein etwaiges Verschulden von Erfüllungsgehilfen stellt einen Ausgleich für den Vorteil dar, der daraus resultiert, dass die Rechtsordnung einem Schuldner grundsätzlich die Möglichkeit einräumt, andere Personen für die Erfüllung von Leistungspflichten heranzuziehen, um dadurch seine geschäftlichen Interessen umfassender wahren zu können („Erweiterung des wirtschaftlichen Aktionsradius“<sup>28</sup>). Prägnant ausgedrückt, erklärt sich die Einstandspflicht nach § 1313 a ABGB also daraus, dass der Geschäftsherr seine Erfüllungsgehilfen gerade zur **Verfolgung konkreter eigener wirtschaftlicher Interessen** einsetzt<sup>29</sup>). Daneben ist der Zweck von § 1313 a ABGB auch in der **Vermeidung einer etwaigen Schlechterstellung des Gläubigers** zu sehen<sup>30</sup>): Mit der Zulässigkeit, die Erfüllung einer Verbindlichkeit einer Hilfsperson zu überlassen, sollte aus „Symmetriewägungen“<sup>31</sup>) heraus eine unmittelbare Haftung für

<sup>25</sup>) Nach überwiegender Ansicht ergeben sich die vorvertraglichen Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis ohne Hauptleistungspflichten (vgl dazu beispielsweise *Welser*, Vertretung 73ff; *dens*, ÖJZ 1973, 284f; *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 71). Nach anderer Auffassung handelt es sich dabei um deliktische Pflichten (so etwa *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> Vor §§ 918–933 ABGB Rz 14, § 1313 a ABGB Rz 2; *ders*, ZVR 1978, 134 f; *ders*, VR 1990, 49f).

<sup>26</sup>) Vgl nur *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1313 a Rz 10; *F. Harrer* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1313 a ABGB Rz 10; *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1313 a ABGB Rz 2; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 617f.

<sup>27</sup>) 29 BlgHH, XIII Session 1907, 121.

<sup>28</sup>) 29 BlgHH, XIII Session 1907, 121: „Die Vertretung durch Gehilfen erfolgt im Interesse des Geschäftsherrn, er soll daher bei ihrer Bestellung auf seine und nicht auf seines Vertragsgegners Gefahr handeln“; vgl ferner *M. Wilburg*, ZBl 1930, 649; *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup> 295; *F. Bydlinski*, JBl 1995, 478; *dens*, System 207f; *Koziol*, Grundfragen Rz 6/105f; *F. Harrer* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1313 a ABGB Rz 1; *Haas/Thunhart*, ÖJZ 2012, 701.

<sup>29</sup>) So *Reischauer*, Entlastungsbeweis 175f; *ders*, ZVR 1978, 134f; *ders*, VR 1990, 48ff; *ders* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1313 a ABGB Rz 1f.

<sup>30</sup>) *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 336; *F. Bydlinski*, System 208f; *F. Harrer* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1313 a ABGB Rz 1; *E. Wagner*, ÖJZ 2007, 764; *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 42ff.

<sup>31</sup>) So *F. Harrer* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1313 a ABGB Rz 1.

ein etwaiges Verschulden des Gehilfen einhergehen, weil sonst dem Schuldner die Möglichkeit offen stehen würde, seine Rechtsposition durch den Einsatz von Erfüllungsgehilfen auf Kosten jener des Gläubigers einseitig zu verbessern.

## 2. Die Begründung der analogen Anwendung von § 1313a ABGB im vorvertraglichen Bereich

Ausgehend von diesen beiden Gesichtspunkten hat *Welser*<sup>32)</sup> ausführlich dargelegt, dass der Anwendungsbereich von § 1313a ABGB nicht auf den Einsatz von Gehilfen bei der Erfüllung vertraglicher oder gesetzlicher Leistungspflichten zu beschränken ist. Die Bestimmung ist darüber hinaus auf im Stadium der Vertragsanbahnung bis hin zum Vertragsschluss eingesetzte Gehilfen analog anzuwenden: „*Wer einen anderen (den potentiellen Geschäftspartner) zur Verwirklichung seiner geschäftlichen Zwecke in Anspruch nehmen will, darf sich nicht der ihm zum Ausgleich des Verhandlungsrisikos auferlegten Verantwortung dadurch entziehen können, daß er seine Interessen durch fremdbezogenes anstelle von eigenbezogenem Handeln verfolgt, dh einen für ihn tätigen Gehilfen vorschiebt. [...] Es liegt auf der Hand, daß das nichts anderes bedeutet als eine analoge Anwendung von § 1313a ABGB auf den vorvertraglichen Bereich*“<sup>33)</sup>.

Ganz ähnlich begründet auch *Reischauer* die sinngemäße Anwendung von § 1313a ABGB im Stadium der Vertragsverhandlungen bis hin zum Vertragsschluss. Zwar deutet der Autor die vorvertraglichen Pflichten zwischen angehenden Vertragsparteien – anders als *Welser* – nicht als Ausfluss eines gesetzlichen Schuldverhältnisses in contrahendo, sondern als deliktische Pflichten<sup>34)</sup>. Trotz des deliktischen Charakters dieser Pflichten ist jedoch auch nach *Reischauer*<sup>35)</sup> eine analoge Anwendung von § 1313a ABGB im vorvertraglichen Bereich geboten, da der Geschäftsherr etwaige Gehilfen schon in diesem Stadium zur Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen gegenüber dem präsumtiven Vertragspartner heranzieht. „*Die Ratio des § 1313a ABGB – Haftung wegen Interessenverfolgung gegenüber dem Geschädigten mittels Gehilfen – berechtigt zur Ausdehnung seiner Anwendung auf den vorvertraglichen Bereich*“<sup>36)</sup>.

## B. Zum Begriff des Vertragsgehilfen

Dass sich die analoge Anwendung von § 1313a ABGB im vorvertraglichen Bereich in erster Linie dadurch begründen lässt, dass der Einsatz von Ge-

<sup>32)</sup> *Welser*, Vertretung 79 ff.

<sup>33)</sup> *Welser*, Vertretung 79 f.

<sup>34)</sup> Siehe *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> Vor §§ 918–933 ABGB Rz 14, § 1313a ABGB Rz 2; *dens*, ZVR 1978, 134 f; *dens*, VR 1990, 49 f.

<sup>35)</sup> Entlastungsbeweis 175 f; *ders*, ZVR 1978, 134 f; *ders*, VR 1990, 48 ff; *ders* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1313a ABGB Rz 1 f.

<sup>36)</sup> *Reischauer*, VR 1990, 49.

hilfen schon im Stadium der Vertragsverhandlungen bis hin zum Vertragschluss der Erweiterung des geschäftlichen Aktionsradius und damit der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen dient, scheint heute gesichert<sup>37)</sup>. Aus diesem Grund ist es auch konsequent, wenn Rechtslehre<sup>38)</sup> und -praxis<sup>39)</sup> den Anwendungsbereich von § 1313a ABGB nicht nur auf Stellvertreter im technischen Sinn, sondern *auch* auf sog „Abschlussvermittler“<sup>40)</sup> erstrecken. Angesprochen sind damit Hilfspersonen, die mit der Akquise potentieller Geschäftspartner betraut sind<sup>41)</sup>. Sie bereiten den Vertragsschluss üblicherweise dadurch vor, indem sie den Dritten bezüglich einer bestimmten „Abschlussgelegenheit“ informieren und beraten, von diesem Erkundigungen einholen und (vorbereitende) Vertragsverhandlungen führen. „Abschlussvermittler“ sind jedoch *nicht dazu befugt, das Geschäft im Namen des Prinzipals abzuschließen*. Dass dem Geschäftsherrn etwaige Informations- und Beratungsfehler derartiger Vermittler analog § 1313a ABGB zuzurechnen sind, ist folgerichtig, weil der Geschäftsherr seinen wirtschaftlichen Aktionsradius nicht nur durch den Einsatz eines Stellvertreters, sondern auch durch den Einsatz eines (Abschluss-) Vermittlers erweitert.

Vor diesem Hintergrund kann der Begriff des Vertragsgehilfen folgendermaßen umschrieben werden: *Erfasst sind sämtliche Personen, die der Geschäftsherr bezüglich der Anbahnung und darüber hinaus möglicherweise auch hinsichtlich des Abschlusses eines bestimmten Vertrags (bzw bestimmter Verträge) als Gehilfen einsetzt, um dadurch seinen geschäftlichen Aktionsradius zu erweitern*. Die Bestellung zum Vertragsgehilfen wird dabei häufig durch den Abschluss eines Vertrags zwischen dem Prinzipal und der jeweiligen Hilfsperson erfolgen, der ganz unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Zu denken ist etwa an Arbeits-, an Handelsvertreter- oder an Maklerverträge. Wie die Erfüllungsgehilfeneigenschaft im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 1313a ABGB setzt jedoch auch die Vertragsgehilfeneigenschaft nicht zwingend den Abschluss eines Vertrags im Innenverhältnis voraus<sup>42)</sup>. *Es genügt, dass der*

<sup>37)</sup> Vgl neben den bisher angeführten Nachweisen nur *Iro*, JBl 1982, 510ff; *F. Bydlinski*, JBl 1995, 478; *dens*, System 209; *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 142f; *Karner* in KBB<sup>4</sup> § 1313a ABGB Rz 1; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 617.

<sup>38)</sup> Siehe nur *Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 2; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 8; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 875 Rz 9; *Bollenberger* in KBB<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 2; jeweils mN.

<sup>39)</sup> OGH 20. 2. 1979, 5 Ob 524/79 SZ 52/227; in jüngerer Zeit beispielsweise OGH 18. 2. 2010, 6 Ob 24/10p JBl 2010, 443; 22. 6. 2011, 2 Ob 176/10m immolex 2011/93, 280 (*Prader*); 5. 7. 2011, 4 Ob 44/11s EvBl 2011/147, 1021.

<sup>40)</sup> Siehe zu diesem Begriff etwa *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 1002 ABGB Rz 8; *Riedler*, Allgemeiner Teil<sup>6</sup> Rz 28/21f; *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil<sup>6</sup> Rz 9/16; *dens* in KBB<sup>4</sup> § 1002 ABGB Rz 8.

<sup>41)</sup> Vgl dazu sowie zum Folgenden die Nachweise in FN 40.

<sup>42)</sup> So bereits *Iro*, JBl 1982, 515; *Fenyves* in FS Baumann 71; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 618; vgl zum unmittelbaren Anwendungsbereich von § 1313a ABGB beispielsweise *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1313a Rz 36;

Prinzipal eine Erklärung abgibt, durch die sein Wille zum Ausdruck kommt, dass die Person für ihn die Anbahnung (und den Abschluss) des jeweiligen Vertrags vornehmen soll<sup>43</sup>). Aus diesem Grund spielt es für die Vertragsgehilfeneigenschaft keine Rolle, ob die jeweilige Person gegenüber dem Geschäftsherrn zum Tätigwerden verpflichtet ist oder nicht<sup>44</sup>). Ebenso wenig steht der Einordnung als Vertragsgehilfe deren Selbständigkeit und deren Weisungsfreiheit entgegen<sup>45</sup>).

Eine gewisse Einschränkung erfährt die Gruppe jener Personen, deren Informations- und Beratungsfehler dem Prinzipal analog § 1313a ABGB zuzurechnen sind, jedoch durch folgende Überlegung: Im genuinen Anwendungsbereich von § 1313a ABGB ist das schädigende Verhalten des Gehilfen dem Geschäftsherrn nur dann zurechenbar, wenn dieses in einem bestimmten sachlichen Zusammenhang mit den dem Gehilfen übertragenen Aufgaben steht<sup>46</sup>). Ausgehend davon hat Iro bezüglich der sinngemäßen Anwendung von § 1313a ABGB in contrahendo Folgendes aufgezeigt: Dem Prinzipal ist die Veranlassung eines Irrtums durch seinen Gehilfen nur dann zuzurechnen, wenn der Hilfsperson im Hinblick auf die „Vertragsentstehung“ eine Funktion übertragen worden ist, die es typischerweise mit sich bringt, durch die Abgabe von (Wissens-) Erklärungen auf die Willensbildung des angehenden Geschäftspartners Einfluss zu nehmen<sup>47</sup>). Dies ist bei Stellvertretern im technischen Sinn sowie bei „Abschlussvermittlern“ zu bejahen<sup>48</sup>). Gegenteiliges gilt jedoch für Hilfspersonen,

---

Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1313a ABGB Rz 8 („Ein Rechtsverhältnis des Gehilfen – wie zB ein Dienstvertrag – zum Geschäftsherrn ist nicht Voraussetzung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft“).

<sup>43</sup>) Ausführlich zu diesem Akt der „Gehilfenbestellung“ im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 1313a ABGB Kletečka, JBl 1996, 87 ff.

<sup>44</sup>) Vgl dazu Fenyves in FS Baumann 71: „Es reicht vielmehr auch ein einmaliger Auftrag, eine Ermächtigung, ja sogar ein Gefälligkeitsakt des Gehilfen gegenüber dem Geschäftsherrn aus“; für den unmittelbaren Anwendungsbereich von § 1313a ABGB Kletečka, JBl 1996, 87; Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1313a ABGB Rz 8; Koziol, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 340; F. Harrer in Schwimann<sup>3</sup> § 1313a ABGB Rz 5; anders jedoch wohl Brandl/Toman in Brandl/Saria, WAG (Bearb 2015) § 27 Rz 24.

<sup>45</sup>) Siehe nur A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 619 mwN. Im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 1313a ABGB wurde das Erfordernis der Weisungsbezugnis des Geschäftsherrn als Voraussetzung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft von der Judikatur in der Leitentscheidung OGH 23. 11. 1999, 1 Ob 269/99m (JBl 2001, 58 = RdM 2000/8, 90 [krit Kopetzki]) aufgegeben.

<sup>46</sup>) Vgl dazu sowie zu den daraus resultierenden Abgrenzungsproblemen etwa Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1313a ABGB Rz 3; Koziol, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 343; Karner in KBB<sup>4</sup> § 1313a ABGB Rz 8; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1313a Rz 66 ff.

<sup>47</sup>) Iro, JBl 1982, 515 ff; diesem folgend OGH 29. 8. 1994, 1 Ob 551/94 JBl 1995, 48; 18. 2. 2010, 6 Ob 24/10p JBl 2010, 443; 5. 7. 2011, 4 Ob 44/11s EvBl 2011/147, 1021; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 875 Rz 10; A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 622 ff.

<sup>48</sup>) Iro, JBl 1982, 516.

die im Stadium der Vertragsanbahnung bloß rein faktische Tätigkeiten zu verrichten haben<sup>49)</sup>. Überschreitet ein solcher Gehilfe den ihm übertragenen Aufgabenbereich und erteilt er dem Dritten im Hinblick auf ein bestimmtes Geschäft (falsche) Auskünfte, ist dieses Verhalten dem Prinzipal grundsätzlich nicht zuzurechnen<sup>50)</sup>. Anderes kann sich jedoch in Einzelfällen aus jenen Prinzipien ergeben, die bezüglich der Zurechnung des Verhaltens sog. „Anscheins-erfüllungsgehilfen“ entwickelt worden sind<sup>51)</sup>. Diese Grundsätze sind auch bei der analogen Anwendung von § 1313a ABGB im Stadium der Vertragsanbahnung bis hin zum Vertragsschluss zu beachten<sup>52)</sup>.

## II. „Janusköpfige Vertragsgehilfen“

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Einordnung einer Person als Vertragsgehilfe des Geschäftsherrn<sup>53)</sup> dann, wenn diese einerseits vom Prinzipal im bisher erörterten Sinn mit der Anbahnung eines bestimmten Vertrags betraut wird und sich im Stadium der Vertragsverhandlungen bis hin zum Abschluss des „Hauptgeschäfts“<sup>54)</sup> andererseits auch gegenüber dem Dritten zur Vornahme bestimmter Tätigkeiten verpflichtet. Dieses Problem tritt in der Praxis weniger bei Stellvertretern als vielmehr bei **Abschlussvermittlern** auf und zeigt sich besonders deutlich, wenn zwischen dem Vermittler und dem Dritten ein eigenständiger Beratungs-, Makler- oder ein sonstiger Vermittlungsvertrag vereinbart wird, aufgrund dessen den Vermittler gegenüber dem Dritten eigene Informations- und Beratungspflichten treffen<sup>55)</sup>. Der Vermittler

<sup>49)</sup> Iro, JBl 1982, 516; A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 623.

<sup>50)</sup> Iro, JBl 1982, 516; Bollenberger in KBB<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 2; A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 623. Man denke etwa an einen angestellten Chauffeur, der vom Prinzipal damit beauftragt wird, den angehenden Geschäftspartner aus dem Hotel abzuholen. Erteilt der Chauffeur dem präsuntiven Vertragspartner während der Fahrt zum Unternehmenssitz eigenmächtig falsche Informationen über das angestrebte Geschäft, ist er insofern nicht als Vertragsgehilfe des Geschäftsherrn tätig, da dem Chauffeur keine Funktion übertragen worden ist, die es typischerweise mit sich bringt, auf die Willensbildung des angehenden Geschäftspartners Einfluss zu nehmen (weitere Beispiele bei Iro, JBl 1982, 516).

<sup>51)</sup> Dazu eingehend Kletečka, JBl 1996, 91 ff.

<sup>52)</sup> Dazu ausführlich A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 619 ff.

<sup>53)</sup> In weiterer Folge wird jene Person als Geschäftsherr bezeichnet, die im Fall des Abschlusses des angestrebten Vertrags die „vertragscharakteristische Leistung“ zu erbringen hat.

<sup>54)</sup> Siehe zu diesen Begriffen etwa Fromherz, MaklerG § 1 Rz 44; S. Kriegner, Immobilienmakler 35. Der Ausdruck bezeichnet jenes Geschäft, das zwischen dem Prinzipal und dem Dritten zustande kommen soll, und grenzt dieses in terminologischer Hinsicht von etwaigen (Vermittlungs-)Verträgen ab, die der Prinzipal bzw der Dritte mit dem Vertragsgehilfen persönlich abschließen.

<sup>55)</sup> Siehe zum typischen Inhalt derartiger Verträge sowie zur Frage, unter welchen Voraussetzungen zwischen dem Vermittler und dem Dritten ein solcher Vertrag zustande kommt, unten im dritten Kapitel.

übt in derartigen Fällen im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit dem Dritten **zwei Funktionen** aus: Er ist einerseits als Vertragsgehilfe des Geschäftsherrn tätig und erfüllt andererseits seine persönlichen Informations- und Beratungspflichten gegenüber dem Dritten<sup>56</sup>). Diese „Janusköpfigkeit“ wirft zum Teil schwierige Abgrenzungsfragen auf.

Analysiert man den Meinungsstand zum angesprochenen Problemkreis, zeigt sich, dass insofern ein wichtiger Aspekt als geklärt betrachtet werden kann. Der OGH betont in stRsp: „Dass ein Verhandlungsgehilfe in vertraglichen Beziehungen zu beiden Vertragsteilen steht, schließt die Zurechnung seines Verhaltens zu einem von ihnen nicht aus“<sup>57</sup>). Aufbauend darauf stellt die überwiegende Ansicht bei der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche ganz zentral auf den jeweiligen „Pflichtenkreis“ ab<sup>58</sup>). Dabei wird hervorgehoben, dass die vorvertraglichen Aufklärungspflichten, die der Geschäftsherr gegenüber dem Dritten zu erfüllen hat<sup>59</sup>), nicht mit jenen Informations- und Beratungspflichten übereinstimmen müssen, die den Vertragsgehilfen – insb aufgrund einer in dieser Beziehung geschlossenen Vereinbarung – gegenüber dem Dritten persönlich treffen. *Ein allfälliger Informations- oder Beratungsfehler eines „janusköpfigen Vermittlers“ könne dem Geschäftsherrn jedoch nur dann zugerechnet werden, wenn der Gehilfe dabei in Erfüllung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Prinzipals gehandelt hat*<sup>60</sup>).

Dieser Differenzierung ist nur bedingt beizupflichten. Wie in jüngster Zeit va Dullinger<sup>61</sup>), Trenker<sup>62</sup>), und Riedler<sup>63</sup>) dargelegt haben, liefert die Reichweite der Informationspflichten des Geschäftsherrn nämlich nur in

<sup>56</sup>) Dass es bei „janusköpfigen“ Vermittlern erforderlich ist, zwischen diesen beiden Funktionen zu unterscheiden, haben insb Karollus/Koziol (ÖBA 2006, 267f), Vonkilch (RdW 2010, 325f) und Dullinger (JBl 2016, 283ff) anschaulich dargelegt.

<sup>57</sup>) Siehe nur OGH 5.7. 2011, 4 Ob 44/11 s EvBl 2011/147, 1021 = ÖBA 2012/1848, 702; 22. 6. 2011, 2 Ob 176/10 m ecolx 2012/119, 299; 18. 2. 2010, 6 Ob 24/10 p JBl 2010, 442 = ÖBA 2010/1654, 620; 2. 7. 2009, 6 Ob 109/09 m ecolx 2009/303, 764. Vgl aus dem Schrifttum beispielsweise Riedler in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 875 ABGB Rz 8; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 875 Rz 10; jeweils mN.

<sup>58</sup>) Vgl dazu sowie zum Folgenden beispielsweise Baum, ÖBA 2010, 282ff; Brandl/Klausberger, ZFR 2013, 115f; P. Bydlinski, ÖBA 2013, 464f; 470; Fenyves, VR 2009 H 1–2, 24; Karollus/Koziol, ÖBA 2005, 267ff; Knobl/Grafenhofer, GesRZ 2010, 30ff; Perner, ZFR 2015, 57; Rapani in FS Jud 527ff.

<sup>59</sup>) Angesprochen sind damit nicht nur jene vorvertraglichen Aufklärungspflichten, die den Prinzipal aufgrund der allgemeinen Regeln der culpa in contrahendo treffen, sondern auch jene, die sich aus einschlägigen Bestimmungen in Sondergesetzen ergeben.

<sup>60</sup>) Siehe dazu etwa aus der Judikatur OGH 29. 9. 2009, 4 Ob 130/09 k ecolx 2012/2, 31: Der jeweilige Beratungsfehler des Reisevermittlers ist dem Reiseveranstalter nur dann zuzurechnen, „wenn der Reisebüromitarbeiter Pflichten erfüllt, die nicht bloß das Reisebüro als Vermittler, sondern auch den Veranstalter selbst treffen.“

<sup>61</sup>) JBl 2016, 285f.

<sup>62</sup>) Zak 2012, 365.

<sup>63</sup>) Riedler, ÖJZ 2010, 849f.

solchen Fällen ein taugliches Abgrenzungskriterium, in denen das Fehlverhalten des Vermittlers in einem Unterlassen besteht<sup>64</sup>). Schließlich berechtigt die Veranlassung eines Geschäftsirrtums **durch aktives Tun** den anderen Teil auch dann zur Vertragsanfechtung nach § 871 ABGB, wenn dieser über den jeweiligen Umstand nicht aufgeklärt hätte werden müssen<sup>65</sup>). Ebenso stellt das objektiv sorgfaltswidrige Veranlassen eines Geschäftsirrtums *durch den Prinzipal* im Rahmen der Vertragsverhandlungen unabhängig vom Bestehen einer entsprechenden Aufklärungspflicht ein rechtswidriges Verhalten dar, das schadenersatzrechtliche Folgen nach sich zieht<sup>66</sup>).

Da der Einsatz eines („janusköpfigen“) Vertragsgehilfen zu keiner Verschlechterung der Rechtsposition des Dritten führen darf, sind diese beiden Aspekte auch bei Zurechnungsfragen in contrahendo zu beachten. *Führt der Vertragsgehilfe den Dritten über bestimmte Eigenschaften des Vertragsgegenstands durch aktives Tun in die Irre, sollte die Zurechnung daher weder im Irrtums- noch im Schadenersatzrechtlichen Kontext vom Bestehen einer Aufklärungspflicht des Geschäftsherrn abhängig gemacht werden.*

## A. Der Versicherungsmakler als „janusköpfiger Vermittler“

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen sind bei der Erörterung der Frage, ob ein bestimmter „janusköpfiger Vermittler“ bei der Anbahnung des Hauptgeschäfts als Gehilfe des Geschäftsherrn fungiert, auch einschlägige Bestimmungen in Sondergesetzen zu beachten. Angesprochen ist etwa die Regelung des § 43a VersVG. Sie betrifft das Problem, unter welchen Voraussetzungen ein Versicherungsmakler iSd § 26 MaklerG bei der Anbahnung eines Versicherungsvertrags als Vertragsgehilfe des Versicherers fungiert<sup>67</sup>). Versicherungsmakler sind prototypisch als „janusköpfige Vermittler“ tätig, die sowohl mit dem Versicherer als auch mit dem (angehenden) Versicherungskunden in einer Rechtsbeziehung stehen<sup>68</sup>). Das Verhältnis zum (präsumtiven) Versicherungsnehmer ist üblicher-

<sup>64</sup>) Ebenso bezüglich der Zurechnung des Verhaltens von Vertragsgehilfen im Recht der Willensmängel *Vonkilch*, RdW 2010, 325 f; anders jedoch *ders* (in FS Fenyves 403) im Hinblick auf die „schadenersatzrechtliche Gehilfenzurechnung“.

<sup>65</sup>) Statt aller *Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 871 ABGB Rz 20 f.

<sup>66</sup>) Vgl dazu nur *Welser* in FS Wagner 374; *dens*, ÖJZ 1973, 284 („Über vertragswesentliche Umstände darf nicht in die Irre geführt werden“); *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> Vor §§ 918–933 ABGB Rz 15; *Wilhelm*, JBl 2013, 342; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 24 f.

<sup>67</sup>) Nach ihrem Wortlaut bezieht sich die Bestimmung des § 43a VersVG nicht ausdrücklich auf Versicherungsmakler iSd § 26 MaklerG, sondern auf *Vermittler, die nicht unter § 43 Abs 1 VersVG fallen*. Da § 43 Abs 1 VersVG den Versicherungsagenten definiert, können damit allerdings nur Versicherungsmakler gemeint sein (unstreitig: s *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, VersVG-Novellen § 43a VersVG Rz 2; *Gruber* in *Fenyves/Schauer* § 43a VersVG Rz 2).

<sup>68</sup>) Ausführlich zum „Doppelrechtsverhältnis“ des Versicherungsmaklers *Koban* in *Fenyves/Schauer* Anhang zu §§ 43–48 VersVG Rz 17 ff.

weise durch den in dieser Beziehung geschlossenen Maklervertrag charakterisiert, aufgrund dessen der Makler unter anderem bestimmte Informations- und Beratungspflichten zu erfüllen hat<sup>69)</sup>. Mit dem Versicherer schließt der Makler regelmäßig eine Provisionsvereinbarung ab.

Trotz des Umstands, dass Versicherungsmakler – jedenfalls rechtlich gesehen – vom Versicherer entlohnt werden, gehen die neuere Judikatur<sup>70)</sup> und die überwiegende L<sup>71)</sup> davon aus, dass ein Versicherungsmakler im Regelfall nur Vertragsgehilfe des (angehenden) Versicherungsnehmers sei. Als zentrales Argument wird für diese Ansicht ein **argumentum e contrario zu § 43a VersVG** ins Treffen geführt: Nach dieser Vorschrift haftet der Versicherer dem Versicherungsnehmer für das Verschulden eines Maklers wie für sein eigenes, wenn dieser zum Versicherer *„in einem solchen wirtschaftlichen Naheverhältnis steht, das es zweifelhaft erscheinen lässt, ob er in der Lage ist, überwiegend die Interessen des Versicherungsnehmers zu wahren“* (sog. „Pseudomakler“). Gerade die Existenz dieser Vorschrift zeige, dass der Versicherungsmakler „als Bundesgenosse des Versicherungsnehmers“ grundsätzlich dessen Sphäre zuzurechnen sei. Schließlich sei diese Bestimmung nur dann sinnvoll, wenn man vom **„Grundsatz der Nichtzurechnung des Maklers zum Versicherer“** ausgehe<sup>72)</sup>. Auf diese Begründung ist nun näher einzugehen.

Die Regelung des § 43a VersVG zeigt, dass ein Versicherungsmakler bei der Beratung des (angehenden) Versicherungsnehmers zumindest in manchen Konstellationen als Vertragsgehilfe eines bestimmten Versicherers tätig ist; nämlich dann, wenn in dieser Beziehung ein wirtschaftliches Naheverhältnis besteht, das es zweifelhaft erscheinen lässt, dass der Makler überwiegend die Interessen des (angehenden) Versicherungsnehmers wahrt. Genauere Vorgaben, ab wann eine solche wirtschaftliche Nahebeziehung vorliegt, enthält das Gesetz allerdings nicht. In Rechtslehre und -praxis<sup>73)</sup> werden als Ansatzpunkte für ein bedenkliches Naheverhältnis insb eine *gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Versicherers am Unternehmen des Maklers beziehungsweise eine besonders lukrative Provisions-*

<sup>69)</sup> Siehe zu dieser Vertragsbeziehung noch unten 3. Kapitel VI.A.

<sup>70)</sup> OGH 29. 5. 2000, 7 Ob 314/99y RdW 2000/721, 731; 11. 5. 2005, 7 Ob 319/04v RdW 2005/692, 615; 29. 4. 2009, 7 Ob 58/09v VersE 2301; 16. 2. 2011, 7 Ob 15/11y VersE 2378; 22. 4. 2014, 7 Ob 25/14y ecolx 2014/317, 778 (*Schoditsch*); 9. 4. 2015, 7 Ob 33/15a VersR 2015, 1317; 16. 10. 2015, 7 Ob 161/15z VbR 2016/17, 28. Anders jedoch die Rechtsprechung zur Rechtslage vor Inkrafttreten der VersVG-Novelle 1994, durch welche die Bestimmung des § 43a VersVG eingeführt wurde (vgl nur OGH 19. 12. 1991, 7 Ob 30/91 SZ 64/189; 17. 12. 1997, 7 Ob 384/97i VersE 1767).

<sup>71)</sup> Siehe beispielsweise *Schauer*, *Versicherungsvertragsrecht*<sup>3</sup> 127; *Jabornegg*, VR 1999, 182f; *Grassl-Palten*, VR 2003, 136f; *Koban/Funk-Leisch/Aichinger*, *Rechte & Pflichten des Versicherungsmaklers*<sup>2</sup> 11, 42; *Vonkilch* in FS Fenyves 401; *Fenyves* in FS Kerschner 193; *Perner*, ZFR 2015, 110.

<sup>72)</sup> Grundlegend zu dieser Argumentation *Jabornegg*, VR 1999, 183.

<sup>73)</sup> Vgl nur *Fenyves* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, *VersVG-Novellen § 43a VersVG Rz 2*; *Grassl-Palten*, VR 2003 H 7–8, 137; *Karollus/Koziol*, ÖBA 2005, 265f; *Gruber* in *Fenyves/Schauer* § 43a VersVG Rz 4.