

D

2

Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen

Inhaltsübersicht

I.	Allgemeines	867
II.	Die Voraussetzung des Bestehens einer rechtlichen Sonderbeziehung	870
III.	Schädigung des Gläubigers	876
IV.	Gesetzlicher Vertreter und Erfüllungsgehilfe	877
V.	Schädigung bei der Erfüllung	895
VI.	Das Verschulden des Gehilfen	903
VII.	Die Haftung des Gehilfen gegenüber dem Gläubiger	907
VIII.	Regressansprüche	913

Literatur

Bernat, Die Haftung des Krankenanstaltenträgers und des Arztes für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB) – eine Bestandsaufnahme, Posch-FS (2011) 59; *Burtscher*, Der Erfüllungsgehilfenbegriff im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, ÖJZ 2014, 1056; *F. Bydlinski*, Zur Haftung für den Erfüllungsgehilfen im Vorbereitungsstadium, JBl 1995, 477 und 558; *P. Bydlinski*, Haftung der Bank für Fehlberatung durch den Vertriebspartner? ÖBA 2013, 463; *Griss*, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und im allgemeinen Zivilrecht, JBl 2005, 69; *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982) 203 ff; *Koziol*, Zurechnung ungetreuer Bank-Mitarbeiter (2004); *Markl/Pittl*, Ausgewählte Fragen der Erfüllungsgehilfenhaftung beim ärztlichen Behandlungsvertrag, ÖJZ 1997, 774; *Ondreasova*, Die Gehilfenhaftung (2013); *Picker*, Zur Haftung für Erfüllungsgehilfen, E. Lorenz-FS (2014) 689; *Reischauer*, Zur Ratio der Erfüllungsgehilfenhaftung (§ 1313a), VR 1990, 46; *E. Schmidt*, Zur Dogmatik des § 278 BGB, AcP 170 (1970) 502; *Spiro*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (1984); *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag (2012); *M. Wilburg*, Haftung für Gehilfen, ZBl 1930, 641 und 721. Siehe auch die Literaturangaben zur Einleitung.

I. Allgemeines

Zieht ein Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Hilfsperson heran und fügt diese dem Gläubiger einen Schaden zu, so könnte der Schuldner dem Gläubiger

1

schon nach den allgemeinen Regeln (§ 1295 Abs 1 ABGB) haftbar werden, wenn ihn ein *Verschulden* trifft. Diese Voraussetzung könnte gegeben sein, wenn er vertragliche Sorgfaltspflichten verletzt, etwa durch Auswahl einer ungeeigneten Person oder durch unzureichende Anleitung oder Überwachung des Gehilfen. Diese Haftungsgrundlage wird allerdings vielfach praktisch bedeutungslos sein, da § 1313a ABGB eine sehr weitreichende, vom Verschulden unabhängige Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen vorsieht. Die Verschuldenshaftung könnte allerdings dann relevant werden, wenn § 1313a nicht anwendbar ist, weil sich die Verpflichtung in der Auswahl eines geeigneten Dritten erschöpft¹, oder wenn eine Zurechnung der zur Erfüllung beigezogenen Hilfsperson nach § 1313a ausscheidet², etwa weil die Schädigung bloß »gelegentlich der Erfüllung« erfolgte³. Zu bedenken bleibt aber auch, dass der Schuldner seinem Gläubiger nicht nur gemäß § 1313a für das Verschulden des Gehilfen und für eigenes Auswahl- und Überwachungsverschulden haftbar wird, sondern er darüber hinaus gemäß § 1315 ABGB auch ohne eigenes Verschulden für die Schädigung durch einen von ihm beigezogenen untüchtigen oder gefährlichen Gehilfen einzustehen hat; § 1315 – der vor der dritten Teilnovelle die einzige Gehilfenhaftungsnorm war – gilt ganz allgemein bei Einsatz von Hilfspersonen⁴.

2 Nach § 1313a haftet der Schuldner ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden, wenn die von ihm zur Erfüllung eingesetzten Hilfspersonen dem Gläubiger durch ein Fehlverhalten einen Schaden zufügen. Die *Gründe* für die weitgehende Einstandspflicht des Geschäftsherrn für die Schadenszufügung durch den von ihm beigezogenen Erfüllungsgehilfen sind in folgenden Überlegungen zu finden⁵: Schuldnern

- 1 Ein praktisch bedeutsames Beispiel bieten die Krankenkassen, die nicht selbst die ärztliche Hilfe zu leisten haben, sondern nur verpflichtet sind, dafür zu sorgen, dass die medizinische Betreuung von einem Dritten dem Versicherten geleistet wird. Für die Anwendung des § 1313a ABGB ist kein Raum, weil die Leistung der Krankenkasse schon dadurch erfüllt ist, dass sie den Versicherten an den Dritten verwiesen und diesen verpflichtet hat, ärztliche Hilfe zu leisten (»Bereitstellung«). Ebenso haftet die Krankenkasse ihren Versicherten nicht nach § 1313a ABGB für das Verschulden eines nicht von der Krankenkasse selbst betriebenen Fahrendienstes, dessen Kosten sie zu tragen hat. Siehe dazu OGH 6 Ob 223/17p mwN und unten Rz D/2/44.
- 2 Ein mit der Obsorge Betrauter (§ 204 ABGB) haftet für den von ihm beigezogenen Erfüllungsgehilfen nicht gemäß § 1313a, vielmehr trifft § 227 ABGB eine Sonderregelung, die lediglich eine Haftung des mit der Obsorge Betrauten für Auswahl- oder Überwachungsverschulden vorsieht. Ob eine derartige Abschwächung der Gehilfenhaftung im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Kindes sachlich gerechtfertigt ist, erscheint höchst fraglich. Eine weitere Begünstigung genießt der mit der Obsorge Betraute durch die von § 228 vorgesehene Mäßigungsmöglichkeit.
- 3 Siehe *Koziol*, Zurechnung 45, und unten Rz D/2/48.
- 4 Dazu *Koziol*, Zurechnung 46, und unten Rz D/2/57.
- 5 Dazu etwa *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 215 ff; *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 29 ff; *J. Prölss*, Canaris-FS I (2007) 1039 ff; *Reischauer*, VR 1990, 46; *Spiro*, Erfüllungsgehilfen 57 ff; *Westermann*, Haftung für fremdes Handeln, JuS 1964, 333 ff; *M. Wilburg*, ZBl 1930, 648 f. Siehe auch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag 133 ff, der sich mit den Lösungsansätzen der Ökonomik auseinandersetzt. Aus der Rechtsprechung siehe etwa OGH 7 Ob 607/91 in wobl 1993, 29; 4 Ob 197/05g in JBl

wird von der Rechtsordnung – außer bei den eher seltenen höchstpersönlichen Verpflichtungen – gestattet, zur Durchführung der ihnen obliegenden Verpflichtungen Hilfspersonen beizuziehen⁶ und damit zu ihrem Vorteil den Aktionsradius zu erweitern. Es entspricht dann – wie *F. Bydlinski*⁷ hervorhebt – der Maxime *ausgleichender Gerechtigkeit*, dass der Geschäftsherr für ein Fehlverhalten des Gehilfen einzustehen hat: Wer seinen wirtschaftlichen Nutzen⁸ und seine wirtschaftlichen Chancen durch die Heranziehung von Gehilfen gerade gegenüber dem Partner erhöhen kann und darf, soll auch die mit der Einschaltung der Gehilfen verbundenen Schäden tragen; Nutzen und vorkalkulierbarer Nachteil bilden eine Einheit⁹.

Es ist auch zu bedenken, dass die Stellung des Gläubigers durch die Beiziehung von Hilfspersonen stark *verschlechtert* würde, träfe den Schuldner nur eine Haftung für eigenes Verschulden, etwa Auswahlverschulden. Es könnte auch einem sorgfältig ausgewählten Gehilfen ein Versehen unterlaufen und dann stünde dem geschädigten Gläubiger nur allenfalls ein Ersatzanspruch gegen den in aller Regel *weniger zahlungskräftigen* Gehilfen, nicht jedoch gegen den Geschäftsherrn zu. Abgesehen von dieser Schwierigkeit wäre die Position des Gläubigers vor allem dadurch geschwächt, dass ihm der Erfüllungsgehilfe häufig überhaupt *nicht haftbar* wird, weil die Verpflichtung aus dem zu erfüllenden Schuldverhältnis nur den Schuldner trifft, nicht jedoch auch den ausführenden Gehilfen. Der Gehilfe handelt daher nicht vertragswidrig. Sein Verhalten wäre nur dann rechtswidrig und es könnte ihn daher nur dann ein Verschulden treffen, wenn er Pflichten verletzt, die ihm selbst gegenüber jedermann obliegen. Deshalb muss mit der Möglichkeit des Schuldners, in seinem Interesse die Ausführung der Verbindlichkeiten anderen zu überlassen, eine Erweiterung seiner Haftung für den Gehilfen einhergehen, da sonst der Schuldner seine Lage zum Nachteil des Gläubigers durch den Einsatz von Hilfspersonen erheblich verbessern könnte¹⁰. Durch eine einseitige Herabsetzung der Haftung könnte das Vertrauen des Partners auf korrekte Erfüllung enttäuscht werden¹¹.

▷ 2006, 653 (*Haas*); 4 Ob 129/12t in SZ 2012/139 = ÖBA 2013, 431 (*Ch. Rabl*) = EvBl 2013/45 (*Foglar-Deinhardstein*) = ZFR 2013, 85 (*Steinmair*).

6 Siehe dazu *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate² (1994) § 20 I.

7 System und Prinzipien 207f.

8 Zu der aus diesem Gedanken folgenden Einschränkung der Erfüllungsgehilfenhaftung bei unentgeltlichen Geschäften siehe gleich unten Rz D/2/4.

9 *Koziol*, Grundfragen Rz 6/166 ff mwN. OGH 4 Ob 129/12t in SZ 2012/139 = ÖBA 2013, 431 (*Ch. Rabl*) = EvBl 2013/45 (*Foglar-Deinhardstein*) = ZFR 2013, 85 (*Steinmair*); 8 Ob 106/12i in EvBl 2014/46 (*Karner*).

10 *Koziol*, Grundfragen Rz 6/106; *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 42 ff; dies wird auch vom OGH betont: 5 Ob 92/07a in JBl 2008, 105; 4 Ob 129/12t in SZ 2012/139 = ÖBA 2013, 431 (*Ch. Rabl*) = EvBl 2013/45 (*Foglar-Deinhardstein*) = ZFR 2013, 85 (*Steinmair*).

11 Diesen Gesichtspunkt betont *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 208f.

- 3 Entsprechende Gründe für die Zurechnung gelten auch dann, wenn der Erfüllungsgehilfe mit Einverständnis des Geschäftsherrn für sich einen weiteren Gehilfen bestellt, so dass eine *Gehilfenkette* vorliegt; dann haftet der Geschäftsherr auch für diesen Gehilfen des Gehilfen nach § 1313a¹². Geschah dessen Einbeziehung jedoch durch den ersten Gehilfen ohne Einverständnis des Geschäftsherrn, so liegt in aller Regel ein Verschulden des ersten Gehilfen vor, für das der Geschäftsherr nach § 1313a haftbar sein kann¹³.

II. Die Voraussetzung des Bestehens einer rechtlichen Sonderbeziehung

Inhaltsübersicht

A.	Leistungsverpflichtungen	870
B.	Rechtliche Sonderbeziehungen und Zwischenbereich zu den Delikten	872

A. Leistungsverpflichtungen

- 4 Die strenge Haftung nach § 1313a greift nur dann ein, wenn sich jemand einer Hilfsperson bedient, um einem anderen eine Leistung zu erbringen, zu der er verpflichtet ist. Das für die Anwendbarkeit des § 1313a ABGB entscheidende Kriterium ist somit das *Bestehen einer Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber der Geschädigten*, zu deren Wahrnehmung die Hilfsperson beigezogen wurde¹⁴.

Die Erbringung einer Leistung aus *Gefälligkeit* genügt *nicht* für die Anwendbarkeit des § 1313a ABGB¹⁵. Wohl aber greift die Bestimmung auch bei *Unentgeltlichkeit* des Schuldverhältnisses ein. Damit werden nicht die gesetzlichen Schuldverhältnisse – etwa die schadenersatz- oder bereicherungsrechtlichen Verbindlichkeiten –

12 OGH in SZ 28/61; JBl 1973, 151; SZ 50/100 = JBl 1979, 254; 2 Ob 606/84 in JBl 1986, 248; 4 Ob 197/05g in JBl 2006, 653 (*Haas*); 6 Ob 26/09f in JBl 2010, 119; 2 Ob 4/13x in EvBl 2014/4.

13 OGH in SZ 50/100 = JBl 1979, 254.

14 Die von *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1313a Rz 8 bevorzugte Formulierung, dass es auf die Einbeziehung des Gehilfen in das Interessenverfolgungsprogramm des Geschäftsherrn ankomme, trifft somit nicht ganz den entscheidenden Punkt und ist zu vage; siehe dazu etwa *Burtscher*, ÖJZ 2014, 1057.

15 *Karner* in KBB³ § 1313a Rz 2; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.04 § 1313a Rz 18. OGH in SZ 24/136 = JBl 1952, 87; SZ 43/209 = JBl 1971, 361; 2 Ob 19/97a in JBl 1999, 244 (auch für prekaristische Leistungen); 9 Ob 28/15f in ecolex 2015, 955.

angesprochen, da diese nicht auf Freigebigkeit beruhen und weitgehend entsprechend den entgeltlichen Verhältnissen zu behandeln sind¹⁶. Gemeint sind vielmehr nur Schenkungen. Die Unentgeltlichkeit des Schuldverhältnisses ist jedoch insofern von Bedeutung, als bei solchen Verträgen die Haftung anerkanntermaßen eingeschränkt ist, indem die objektiven Sorgfaltspflichten gemindert werden¹⁷. Diese Einschränkung gilt allerdings nur für die Leistungspflichten, nicht für den Bereich der Schutz- und Sorgfaltspflichten¹⁸. Soweit es um die Leistungspflichten geht, ist auch die Erfüllungsgehilfenhaftung zu mildern¹⁹; da die Zurechnungsgründe der Haftung für den Erfüllungsgehilfen insgesamt schwächer sind als bei der Haftung für eigenes Verschulden und überdies ganz entscheidend auf dem Gedanken der Verfolgung eigener Interessen beruhen, ist davon auszugehen, dass § 1313a bei den *Leistungspflichten* aus Schenkungsverträgen nicht eingreift²⁰.

Ob die Verpflichtung durch vertragliche Vereinbarung begründet wurde oder ob ein *gesetzliches* Schuldverhältnis vorliegt, ist hingegen nicht entscheidend²¹. Bei diesen fehlt es zwar an der privatautonomen Begründung und an der Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen durch den Schuldner, doch sprechen andere Wertungen für eine Gleichbehandlung; bei Schadenersatzpflichten etwa, dass der Schädiger in zurechenbarer Weise den Schaden herbeigeführt und damit seine Verpflichtung begründet hat²². Vor allem aber tragen die Grundgedanken, dass einerseits der gesetzlich berechnete Gläubiger nicht durch die Einschaltung einer Hilfsperson bei der Erfüllung schlechter gestellt werden darf, andererseits der gesetzlich zu einer Leistung Verpflichtete seine Position nicht durch die in seinem Interesse erfolgende Einschaltung einer Hilfsperson seine Position verbessern können sollte.

5

16 Vgl Bd I³ Rz 9/5 f.

17 *Bollenberger* in KBB⁵ § 945 Rz 1. Meist wird nicht von einer Einschränkung der Sorgfaltspflichten gesprochen, sondern angenommen, dass der Schenker nur für grobe Fahrlässigkeit hafte (*Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II⁴ Rz 853), was wohl im Wesentlichen zum selben Ergebnis führen dürfte.

18 *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II⁴ Rz 853; *Bollenberger* in KBB⁵ § 945 Rz 1; OGH in SZ 50/137.

19 So *W. Wilburg*, Elemente 224, 226; *Spiro*, Erfüllungsgehilfen 104 ff; im selben Sinn *F. Bydliński*, System und Prinzipien 208.

20 So *Spiro*, Erfüllungsgehilfen 105 f.

21 *Karner* in KBB⁵ § 1313a Rz 2; OGH in EvBl 1979/226; 4 Ob 36/10p in RdM 2010, 149 (*Bernat*): gesetzliche Verpflichtung der Krankenanstalten zur unbedingt notwendigen ersten ärztlichen Hilfe.

22 Siehe dazu *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 217.

B. Rechtliche Sonderbeziehungen und Zwischenbereich zu den Delikten

- 6 Wesentlich ist, dass es sich um Verbindlichkeiten handelt, die gegenüber einer bestimmten anderen Person bestehen²³. Anders ausgedrückt: Es muss sich um eine rechtliche *Sonderbeziehung* handeln. Diese heute herrschende Auffassung²⁴ wurde früher heftig bestritten²⁵. Wie jedoch *M. Wilburg*²⁶ mit Recht ausführte, spricht für diese engere Auffassung sowohl der Wortlaut als auch der Zweck des Gesetzes: § 1313a sollte im Gegensatz zu § 1315 nur die kontraktliche Haftung betreffen; wollte man ihn auch im Deliktsbereich anwenden, so wäre die Norm des § 1315 nahezu sinnlos, da ohnehin regelmäßig die für die Geschädigte weitaus günstigere Bestimmung des § 1313a eingreifen würde.
- 7 Es werden nach herrschender Auffassung von § 1313a jedoch nicht nur – was der Wortlaut aber nahe legt – vertragliche oder gesetzliche²⁷, etwa schadenersatz- oder bereicherungsrechtliche, *Leistungsverpflichtungen* erfasst, sondern auch andere gegenüber bestimmten Personen bestehende rechtsgeschäftlich oder gesetzlich begründete Verpflichtungen, insbesondere auch solche zu *Aufklärung, Schutz und Sorgfalt*²⁸, bei deren Verletzung von *positiven Forderungsverletzungen* gesprochen wird (oben Rz A/2/331 ff). Damit ist man im Zwischenbereich zwischen Vertragsverletzungen und Delikten (s Rz A/2/267 ff) angelangt.

Im Gegensatz zu den Leistungspflichten geht es hier nämlich um Sorgfaltspflichten zum Schutz der Güter des Partners und seines *Integritätsinteresses*, die regelmäßig nicht privatautonom festgelegt werden, sondern auf Grund Gesetzes bestehen. § 1313a ist daher selbst dann anzuwenden, wenn der Vertrag ungültig sein sollte²⁹.

23 OGH 1 Ob 684/83 in ZVR 1984/315.

24 *Karner* in KBB³ § 1313a Rz 2; *M. Wilburg*, ZBl 1930, 644 ff. OGH etwa schon in SZ 9/205; SZ 14/71; SZ 18/150 = JB 50; aus neuerer Zeit OGH 6 Ob 253/99w in ZVR 2000/43; 5 Ob 173/02 f in SZ 2002/16.

25 ZB OGH in SZ 8/10; SZ 9/122; *Wolff* in Klang VI² 88; *Bienenfeld*, Die Haftung ohne Verschulden (1933) 479.

26 ZBl 1930, 646 f.

27 Zur öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehung zwischen einem Rauchfangkehrer und dem Benutzer des Kehrgegenstandes siehe OGH 7 Ob 263/97w in VersE 1757.

28 Siehe etwa *F. Bydlinski*, JBl 1995, 477 ff; *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 79 ff; *M. Wilburg*, ZBl 1930, 644 ff. Vgl zB auch OGH in SZ 3/18; SZ 10/3; SZ 31/4; aus neuerer Zeit OGH in JBl 1983, 255; SZ 57/16; JBl 1985, 239; 1 Ob 643, 644/84 in SZ 57/196 = JBl 1986, 101 (*Koziol*); 7 Ob 33/87 in ZVR 1988/70; 3 Ob 526/87 in SZ 60/133; 7 Ob 723/87 in SZ 60/55 = JBl 1987, 721; 6 Ob 345/97x in SZ 71/54 = JBl 1998, 718 (*Kleewein*) = RdW 1998, 457 (*Hirsch*); 2 Ob 390/97k in RdW 1999, 588; 1 Ob 62/00z in SZ 73/151 = JBl 2001, 177; 1 Ob 93/00h in ZVR 2002/21; 9 Ob 82/09p in ecolex 2010, 550; 8 Ob 106/12i in EvBl 2014/46 (*Karner*); 2 Ob 129/15g in JBl 2017, 36. *Wendelstein*, Zur Schadenshaftung für »Erfüllungs«-Gehilfen bei Verletzungen des Integritätsinteresses, ACP 215 (2015) 70, tritt für eine bloß analoge Anwendung des § 278 BGB, der dem § 1313a ABGB entspricht, ein.

29 Siehe *Canaris*, Ansprüche wegen »positiver Vertragsverletzung« und »Schutzwirkung für Dritte« bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475.

Entscheidend ist, dass eine rechtliche Sonderbeziehung zu einer bestimmten Person besteht und die für die strenge Gehilfenhaftung sprechenden Gründe weitestgehend auch hier tragen; insbesondere gilt dies bezüglich der erhöhten Einflussmöglichkeit auf die Sphäre des anderen und die Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen. Es ist jedoch andererseits zu bedenken, dass die Schutz- und Sorgfaltspflichten nicht im Entgeltsverhältnis stehen. Deshalb erscheint es sachgerecht, dass die für Schuldverhältnisse geltende weite Gehilfenhaftung nicht in vollem Ausmaß eingreift: Während der Geschäftsherr bei Verletzung der Leistungspflichten auch für vorsätzliches Verhalten der Gehilfen einzustehen hat, ist dies bei der Verletzung der Schutz- und Sorgfaltspflichten nicht regelmäßig der Fall (siehe Rz D/2/55 ff). Zu beachten ist überdies, für welche Tätigkeit und für die Wahrnehmung welcher Sorgfaltspflichten der Gehilfe eingesetzt wurde. Es erscheint etwa sehr weitgehend, wenn der OGH³⁰ davon ausgeht, der LKW-Lenker eines Lieferbeton-Unternehmers sei auch zur Aufklärung des Bestellers über die ätzende Wirkung des im Beton enthaltenen Zements eingesetzt.

Entsprechendes wie für die zwischen den Partnern eines Schuldverhältnisses bestehenden Schutz- und Sorgfaltspflichten hat auch dann zu gelten, wenn es um die Sorgfaltspflichten aus Verträgen mit *Schutzwirkungen zugunsten Dritter* geht³¹.

Gleiches wie für die positiven Forderungsverletzungen gilt ebenfalls für die Verletzung *vorvertraglicher Sorgfaltspflichten* (*culpa in contrahendo*, oben Rz A/2/272 ff)³². Auch hier spricht für die strengere Haftung des Geschäftsherrn einerseits, dass er den Gehilfen zu seinem Vorteil heranzieht³³; andererseits, dass er sich nicht nach Belieben der ihm auferlegten Pflicht durch Dazwischenschalten eines anderen entziehen können soll³⁴. Daher haftet zB der angeblich Vertretene für den durch den

30 OGH 1 Ob 62/00z in SZ 73/151 = JBl 2001, 177.

31 Karner in KBB⁵ § 1295 Rz 19 mwN; MünchKomm/Grundmann, BGB⁷ § 278 Rz 17. OGH in SZ 54/65; 7 Ob 23/84 in SZ 57/94 = JBl 1986, 177 (*Wilhelm*); 2 Ob 657/84 in JBl 1985, 293 (Vertrag zwischen Krankenanstalt und Patient entfaltet Schutzwirkungen zugunsten naher Angehöriger; diese E ausdrücklich ablehnend 2 Ob 657/84 in JBl 1985, 293); 7 Ob 50/86 in SZ 59/189 = JBl 1987, 40; 4 Ob 308/87 in wbl 1987, 192; 1 Ob 664/90 in JBl 1991, 453; 1 Ob 39/91 in JBl 1992, 323; 7 Ob 30/91 in SZ 64/189; 2 Ob 579/92 in RdW 1993, 106; 3 Ob 520/93 in ecolex 1994, 13 (*Wilhelm*); 1 Ob 525/94 in RdW 1994, 278; 1 Ob 529/94 in SZ 67/40; 7 Ob 271/00d in JBl 2001, 525; 2 Ob 272/03v in SZ 2003/158 = DRdA 2004, 541 (*Albert*); 7 Ob 175/06w in JBl 2007, 389 (*Schmaranzer*); 7 Ob 165/08b in ZVR 2010, 83; 2 Ob 128/09a in EvBl 2010/87 (*Liedermann*); 2 Ob 191/12w in ecolex 2013, 1058; 2 Ob 70/12a in JBl 2013, 461 = ZVR 2013/202 (*Kathrein*); 1 Ob 150/13k in ZVR 2014/206; 4 Ob 33/14b in ZVR 2015/6. Siehe dazu *Welser*, Vertretung 73 ff; *F. Bydlinski*, JBl 1995, 478; OGH 7 Ob 8/86 in RdW 1986, 271; 7 Ob 20/86 in VersE 1282; 9 Ob A 208/89 in JBl 1990, 599; 7 Ob 38/89 in SZ 62/187; 7 Ob 28/95 in ZVR 1996/98; 2 Ob 20/00f in JBl 2000, 524; 1 Ob 183/00v in SZ 73/160; 7 Ob 157/12g in RdW 2013, 279.

33 Allein darauf stellt *Reischauer*, Verschulden und Beweislast, ZVR 1978, 134, ab.

34 Ausführl. dazu *Larenz*, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und »sozialer Kontakt«, MDR 1954, 515; *Welser*, Vertretung 79 f; *M. Wilburg*, ZBl 1930, 663 f.

falsus procurator verschuldeten Schaden, wenn der Scheinvertreter sein Gehilfe war³⁵. Hervorzuheben ist, dass § 1313a auch schon dann entsprechend anzuwenden ist, wenn Vorbereitungen auf die künftige Erfüllung eines noch gar nicht vorhandenen, jedoch zu erwartenden Schuldverhältnisses getroffen werden³⁶; andererseits aber auch dann, wenn *nach* Erbringung der eigentlichen Leistungshandlung noch Arbeiten, etwa Aufräumungsarbeiten, vorgenommen werden³⁷.

- 10 Sieht das Gesetz besondere Sorgfaltspflichten vor, so ist zu prüfen, ob es sich um Schutzgesetze handelt, die Pflichten gegenüber jedermann begründen³⁸, oder es um Pflichten gegenüber bestimmten Personen geht, die mit dem Verpflichteten ein besonderes *Naheverhältnis* haben. Der OGH nahm zB an, dass die von Art 21 ScheckG vorgesehene Prüfpflicht der Bank, die einen Scheck hereinnimmt, eine Sonderbeziehung zum früheren Inhaber des Schecks begründet; *Iro* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es lediglich um den deliktischen Schutz des Eigentums geht und eine Sonderbeziehung nur auf anderen Wegen begründet werden könnte³⁹.
- 11 Bei der Haftung des *Prospektverantwortlichen* wegen Verletzung der ihn treffenden Sorgfaltspflichten (oben Rz A/2/395 ff) geht es regelmäßig um Fälle, in denen zwischen dem Prospektverantwortlichen und den geschädigten Interessenten kein Kontakt besteht, der auf einen Vertragsabschluss zwischen ihnen angelegt ist, so dass eine culpa in contrahendo ausscheidet. Dennoch besteht eine nahe Verwandtschaft: Die Prospekterklärung der sich als sachkundig ausgebenden Prospektverantwortlichen ist an die Anleger gerichtet, erweckt deren besonderes Vertrauen und gefährdet diese in erhöhtem Maße, da sie auf die Beeinflussung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungen der Interessenten zielt; sie wird überdies stets im eigenen wirtschaftlichen Interesse abgegeben⁴⁰. Die Prospekthaftung wird deshalb auch bezüglich der Gehilfenhaftung der vertraglichen Haftung gleichgestellt⁴¹.
- 12 Eine Sonderbeziehung kann weiters durch die Betrauung mit Aufgaben hergestellt werden, die wie bei rechtsgeschäftlichem Kontakt erhöhte Einflussmöglichkeiten auf die Sphäre anderer eröffnet. Eine Angleichung der Haftung an die vertragliche

35 Dazu ausführlich *Welser*, Vertretung 102 ff.

36 Dazu grundlegend *F. Bydlinski*, JBl 1995, 478 ff; ferner *J. Prölss*, Canaris-FS I (2007) 1054 f, 1058. Vgl auch OGH in ZBl 1934/42; SZ 42/160; ZVR 1971/82.

37 Vgl *Larenz*, Schuldrecht I⁴⁴ § 20 VIII; *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 172 ff; *M. Wilburg*, ZBl 1930, 650. Vgl auch OGH 2 Ob 193/04b in JBl 2005, 256 (*Rummel*) = ZVR 2005/45 (*Hauenschild*): nachwirkende Schutzpflichten eines Gastwirtes.

38 Siehe etwa OGH 2 Ob 107/98v in JBl 1998, 713: Absicherung einer Baustelle.

39 OGH 8 Ob 31/97k in SZ 71/181 = ÖBA 1999, 300 (krit *Iro*).

40 Dazu *Canaris*, Schutzgesetz – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, *Larenz-FS* (1983) 92 ff; *Brawenz*, Die Prospekthaftung nach allgemeinem Zivilrecht² (1992) 82 ff, 160 ff; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/95 ff.

41 *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VI² Rz 1/99.

setzt allerdings Entgeltlichkeit voraus. Ein Beispiel bietet § 81 Abs 3 IO: Der entgeltlich agierende *Insolvenzverwalter* ist allen Beteiligten für die Vermögensnachteile, die er ihnen durch die pflichtwidrige Führung seines Amtes verursacht, verantwortlich. Es bestehen somit besondere Schutzpflichten gegenüber den Gläubigern⁴². Die Haftung für eigene Hilfspersonen richtet sich dementsprechend nach den Regeln für Vertragsverhältnisse, also nach § 1313a ABGB⁴³. Eine ähnliche Sonderbeziehung besteht auch zwischen dem *gerichtlich bestellten Sachverständigen* und den Prozessparteien⁴⁴.

Der OGH⁴⁵ scheint zu Recht geneigt zu sein anzuerkennen, dass die – eingeschränkt rechtsfähige – Eigentümergemeinschaft als Trägerin sämtlicher Maßnahmen der *Liegenschaftsverwaltung* (§ 18 Abs 1 WEG) gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern eine über die gegenüber jedermann bestehenden Verkehrssicherungspflichten hinausgehende, aus dem WEG ableitbare Verpflichtung trifft, für die gefahrlose Benutzung der Liegenschaft Sorge zu tragen. Die Bejahung einer solchen Verpflichtung und damit einer »rechtlichen Sonderbeziehung« zwischen Gemeinschaft und individuellem Wohnungseigentümer könnte zur Haftung der Gemeinschaft für den von ihr eingesetzten Gehilfen nach § 1313a ABGB führen.

Auch unter *Nachbarn* ist vom Bestehen einer Sonderrechtsbeziehung auszugehen; das wird nun auch durch § 364 Abs 1 Satz 2 ABGB nahegelegt. Es ist daher § 1313a ABGB anwendbar⁴⁶, doch ist mangels Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen insofern eine Einschränkung vorzunehmen, als nur für unselbständige Hilfspersonen zu haften ist (vgl § 1319a ABGB).

Ein entsprechender Haftungsstandard gilt wohl auch bei der vom Inhaber eines Grundstücks im eigenen – jedoch nicht wirtschaftlichen – Interesse, nämlich zur Aufrechterhaltung seines Kontaktes mit der Umwelt (gesellschaftliche Besuche, Briefträger, Rauchfangkehrer), erfolgenden *Eröffnung des Verkehrs*⁴⁷; die Gehilfenhaftung erfasst auch hier nur unselbständige Hilfspersonen. Bei Eröffnung des

42 Dazu *F. Bydliński*, Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen, JBl 1986, 638 f; *Shamiyeh*, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters (1995) 57 ff; *Welser*, Sachverständigenhaftung und Insolvenzverfahren, NZ 1984, 95 ff.

43 *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht III⁴ (2002) § 81 KO Rz 95; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997) §§ 81, 81a KO Rz 12; zum deutschen Recht vgl *Lohmann* in Kayser/Thole (Hrsg), Insolvenzordnung⁸ (2016) § 60 Rz 32.

44 Vgl *Welser*, NZ 1984, 95.

45 Siehe OGH 5 Ob 76/12 f in EvBl 2013/33 = ZVR 2013/221 (*Ch. Huber*).

46 Siehe *Spiro*, Erfüllungsgehilfen 400 ff; *Koziol*, JBl 1994, 220; *Kerschner*, Kausalitätshaftung im Nachbarrecht? RdU 1998, 13 f.

47 Anderer Ansicht *Larenz*, MDR 1954, 518 und die Voraufgabe Bd II³ 61. Der OGH gelangt zu einem ähnlichen Ergebnis wie im Text vertreten, indem er einen Vertrag mit Schutzwirkungen annimmt: 10 Ob 20/05x in RdW 2005, 612.

Verkehrs für die Allgemeinheit scheidet hingegen mangels einer Sonderbeziehung eine Haftung nach § 1313a aus⁴⁸.

- 16 Bei der Wahrnehmung von Obliegenheiten, insbesondere des *Versicherungsnehmers* gegenüber dem Versicherer zur Vermeidung der Herbeiführung des Versicherungsfalles, will die herrschende Auffassung nicht die Haftung nach § 1313a ABGB eingreifen lassen; sie lehnt auch die in Deutschland vertretene sogenannte Repräsentantentheorie ab⁴⁹. Bei der Erfüllung der gesetzlichen Obliegenheit zur unverzüglichen Anzeige des Versicherungsfalles wird hingegen das Verschulden von Hilfspersonen nach § 1313a ABGB umfassend zugerechnet⁵⁰.

III. Schädigung des Gläubigers

- 17 Die strenge Haftung des Geschäftsherrn für jedes Verschulden des Erfüllungsgehilfen nach § 1313a besteht grundsätzlich nur gegenüber jenem, dem der Geschäftsherr verpflichtet ist, also dem *Gläubiger*. Schädigt der Gehilfe einen anderen als denjenigen, demgegenüber der Schuldner verpflichtet ist, so hat er diesen Dritten nicht in Erfüllung der rechtlichen Sonderverbindung verletzt. Eine Ausweitung des Anwendungsbereiches erfährt § 1313a allerdings durch die *Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*⁵¹. Liegt ein solcher Vertrag vor, so haftet der Schuldner nicht nur dem Gläubiger für seinen Gehilfen nach § 1313a, sondern auch jenen dritten Personen, denen er zwar nicht zur Erbringung der Hauptleistung verpflichtet ist, denen gegenüber ihn jedoch die Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten treffen.

Der Schaden des Gläubigers kann ferner darin liegen, dass er seinerseits einem Dritten ersatzpflichtig wird, den der Erfüllungsgehilfe geschädigt hat⁵². Insofern

48 OGH 1 Ob 5/91 in JBl 1991, 586; 2 Ob 107/98v in JBl 1998, 713; 7 Ob 271/00d in JBl 2001, 525; 2 Ob 127/08b in JBl 2009, 447 = ZVR 2009/173 (*Ch. Huber*); 5 Ob 173/02f in SZ 2002/116; 5 Ob 76/12f in EvBl 2013/33 = ZVR 2013/221 (*Ch. Huber*); *J. Prölss*, Canaris-FS I (2007) 1050.

49 Vgl *Wahle*, Gibt es eine Repräsentantenhaftung im österreichischen Versicherungsrecht? ZVR 1959, 61 und 85, sowie die ausführliche Abhandlung von *Jabornegg*, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für Dritte bei schuldhafter Herbeiführung des Versicherungsfalles und sonstigem gefährdendem Verhalten, VR 1975, 100; ferner *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.04 § 1313a Rz 23. OGH etwa in SZ 22/54; 7 Ob 78/99t in VR 2002, 112; 7 Ob 3/14p in ecolo 2014, 699. Kritisch zur Rechtsprechung *Welser*, Selbstverschuldensprinzip und Repräsentantenhaftung, Ostheim-FS (1990) 609 ff.

50 OGH 7 Ob 6/97a in VR 1999, 68.

51 Siehe etwa *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.04 § 1313a Rz 12. Zu den Verträgen mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ausführlich oben Rz A/2/356 ff.

52 *Ehrenzweig*, System II/1² 297; *M. Wilburg*, ZBl 1930, 647; *Wolff* in Klang VI² 88.

kann es ebenfalls im Ergebnis zu einer Haftung des Schuldners nach § 1313a für den Schaden Dritter kommen. Dieser Schaden wurde auch durch rechtswidriges Verhalten herbeigeführt: Der Vertragspartner (Schuldner) des Gläubigers hat auf Grund des Schuldverhältnisses jede Beeinträchtigung des Vermögens des Gläubigers zu vermeiden. Auf Grund des Vertrages ist das Vermögen als solches geschützt⁵³, nicht nur die absoluten Rechte des Gläubigers, die Schutz gegenüber jedermann genießen.

IV. Gesetzlicher Vertreter und Erfüllungsgehilfe

Inhaltsübersicht

A.	Der gesetzliche Vertreter	877
B.	Der Erfüllungsgehilfe	878
1.	Maßgebende Kriterien	878
a.	Erfüllung einer Verpflichtung des Geschäftsherrn	878
b.	Tätigkeit für einen anderen	880
c.	Tätigkeit mit Willen des Schuldners	884
d.	Selbständige Unternehmer als Erfüllungsgehilfen	884
e.	Auslegungsprobleme	886
2.	Zahlung eines Dritten, Anweisung und Vertrag zu Gunsten Dritter	890
a.	Zahlung eines Dritten (§ 1423 ABGB)	890
b.	Anweisung (§§ 1400 ff ABGB)	891
c.	Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 881 ABGB)	892
3.	Der unbefugt beigezogene Gehilfe	893
4.	Pflicht zur Auswahl eines Dritten und Substitution	893
5.	Der Gehilfe bei Ausübung eines Rechts	895

A. Der gesetzliche Vertreter

Nach § 1313a haftet der Schuldner für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters, das diesem bei Erfüllung der dem Vertretenen obliegenden Verpflichtung unterläuft. Der Begriff des *gesetzlichen Vertreters* wird von der herrschenden Auffassung sehr weit verstanden. Es werden alle durch das Gesetz unmittelbar berufenen und auf Grund des Gesetzes gerichtlich bestellten Vertreter dazu gezählt⁵⁴. Es sind

18

53 Dazu *Welser*, Vertretung 48, und oben Rz A/2/240.

54 *Ehrenzweig*, System II/1² 295; *M. Wilburg*, ZBl 1930, 649 f; *Wolff* in Klang VI³ 89.

dies die Eltern, der Vormund, der Kurator oder Beistand; der Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter, Zwangsverwalter und der öffentliche Verwalter⁵⁵.

- 19 *Ehrenzweig*⁵⁶ will auch die durch Satzung berufenen *Vertreter einer juristischen Person* hinzuzählen. Dafür könnte ins Treffen geführt werden, dass jede juristische Person, soweit dies nicht ohnehin schon gesetzlich festgelegt ist, in der Satzung ihre Organe der Art nach bestimmen muss. Ein gewichtiger Unterschied besteht aber darin, dass weder durch das Gesetz noch durch das Gericht bestimmt wird, wer konkret dieses Organ sein soll. Will man den Begriff »gesetzlicher Vertreter« nicht völlig verwischen, so ist es ohne Zweifel besser, die Organe von juristischen Personen *nicht* hinzuzuzählen⁵⁷. Das gleiche gilt auch für die geschäftsführenden Gesellschafter einer *Personengesellschaft*, die *M. Wilburg* als gesetzliche Vertreter auffasst⁵⁸. Es erscheint auch nicht gerechtfertigt, den haushaltführenden Ehegatten im Rahmen der Schlüsselgewalt als gesetzlichen Vertreter des anderen zu bezeichnen⁵⁹, da es für seine Vertretungsbefugnis nach § 96 ABGB entscheidend auf den Willen des Vertretenen ankommt. Die Streitfrage ist aber letztlich wenig bedeutsam, da in den Fällen, in denen die »gesetzliche Vertretung« zweifelhaft ist, regelmäßig die Voraussetzungen für die Erfüllungsgehilfenschaft zu bejahen sein wird.

B. Der Erfüllungsgehilfe

1. Maßgebende Kriterien

a. Erfüllung einer Verpflichtung des Geschäftsherrn

- 20 Erfüllungsgehilfe ist jene Person, deren sich der Schuldner *zur Erfüllung seiner Verpflichtung* bedient, ihn also »in die Verfolgung seiner geschäftlichen Interessen selbst einbezieht«⁶⁰. Entscheidend ist somit – wie schon betont wurde – die Einbeziehung des Gehilfen in die Erfüllung von Leistungspflichten oder in die Wahrnehmung von Sorgfaltspflichten, die dem Geschäftsherrn obliegen. Zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen muss kein Vertragsverhältnis bestehen, es genügt auch die Tätigkeit für einen anderen aus Gefälligkeit⁶¹.

Im Gegensatz hiezu sind etwa – da es nicht um die Erfüllung von Pflichten des betreibenden Gläubigers, sondern um die Ausübung *hoheitlicher Gewalt* geht – die bei

55 *Wolff* in Klang VI² 89; OGH in JBl 1961, 471.

56 *Ehrenzweig*, System II/1² 295.

57 Ebenso *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1313a Rz 21; *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 57f.

58 ZBl 1930, 650.

59 *M. Wilburg*, ZBl 1930, 650; *Wolff* in Klang VI² 89.

60 *F. Bydlinski*, JBl 1995, 566; OGH 5 Ob 92/07a in JBl 2008, 105; 2 Ob 4/13x in EvBl 2014/4.

61 So etwa auch *Markl/Pittl*, ÖJZ 1997, 775; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1313a Rz 8.