

# Schadenersatz vom Vertragspartner des Dienstgebers des schädigenden Bauarbeiters

1. Nach § 1313a ABGB haftet derjenige, der sich zur Erfüllung einer Leistungsverpflichtung anderer Personen bedient, für deren Verschulden wie für eigenes. Das schuldhafte Verhalten des Erfüllungsgehilfen muss aber innerhalb des vom Geschäftsherrn übernommenen Pflichtenkreises liegen.
2. § 1313a ABGB ist nicht nur dann anzuwenden, wenn eine „Hilfsperson“ zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht herangezogen wird, sondern auch wenn der Gehilfe (in der Regel mit einem Schuldverhältnis verknüpfte) den Geschäftsherrn treffende Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt.

<https://doi.org/10.33196/zrb202002006701>

OGH 21.01.2020, 1 Ob 202/19s

**Deskriptoren:** Erfüllungsgehilfe, Gehilfenhaftung, Schutz- und Sorgfaltspflichten; § 1313a ABGB.

## Sachverhalt

Die Beklagte ist Mitglied des klagenden (Kleingarten-) Vereins und Unterpächterin einer in der Kleingartenanlage dieses Vereins gelegenen Parzelle. Sie errichtete 2002 auf ihrem Pachtgrund ein Haus mit Keller.

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadenersatz, weil es durch die im Zuge der Errichtung des Hauses vorgenommenen Aushubarbeiten zur Beschädigung eines – auf Bestellung des Klägers von der Nebenintervenientin errichteten – Gemeinschaftskanals gekommen sei. Er habe dessen Sanierung veranlasst und dafür die nunmehr geltend gemachten Kosten aufgewendet. Die Berechtigung der Beklagten zum Anschluss ihrer Parzelle an den Kanal beruhe auf ihrer Mitgliedschaft im klagenden Verein und daher auf einem Vertragsverhältnis, aus dem sich besondere Schutzpflichten hinsichtlich des Kanals ergäben. Da diese Pflichten von der Beklagten auch im Fall der Beauftragung eines Dritten mit Aushubarbeiten im Bereich des Kanals einzuhalten gewesen wären, hafte sie für das Fehlverhalten eines solchen (Erfüllungs-)Gehilfen. Der Kläger habe erstmals durch den Bescheid des Magistrats vom 24.11.2015, mit dem ihm der Auftrag zur Kanalsanierung erteilt worden sei, Kenntnis vom Schaden erlangt, sodass der Ersatzanspruch nicht verjährt sei. Da die Sanierungsarbeiten noch nicht abgeschlossen seien, bestehe auch ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Haftung der Beklagten für künftige Schäden.

Die Beklagte bestritt und wandte ein, dass der Schaden am Kanal nicht durch die von ihr beauftragten Erdarbeiten, sondern durch dessen bereits ursprünglich

mangelhafte Errichtung (durch die Nebenintervenientin verursacht worden sei. Ein allfälliges Verschulden des mit dem Kelleraushub beauftragten Bauunternehmens an einer Beschädigung des Kanals sei ihr nicht zuzurechnen, weil durch die Bauarbeiten (Aushubarbeiten) keine Verpflichtung gegenüber dem Kläger erfüllt worden sei. Allenfalls diesem gegenüber (hinsichtlich des Kanals) bestehenden – aus dem Vereinsverhältnis resultierenden – Schutz- und Sorgfaltspflichten sei sie durch Beschäftigung eines dazu befugten Unternehmers nachgekommen. Der Schadenersatzanspruch sei auch verjährt. Jedenfalls treffe den Kläger aufgrund der bereits ursprünglich nicht fachgerechten Errichtung des Kanals ein Mitverschulden.

## Die Entscheidung der Vorinstanzen

Das Erstgericht wies das Zahlungsbegehren mit Teilverurteil ab, weil die Errichtung des Hauses durch die Beklagte nicht im Interesse des Klägers und in Erfüllung einer ihm gegenüber bestehenden Verpflichtung erfolgt sei, sodass die Beklagte nicht für ein allfälliges Fehlverhalten des mit den Bauarbeiten beauftragten Unternehmers hafte; über das Feststellungsbegehren wurde nicht entschieden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es ging ebenso wie das Erstgericht davon aus, dass die Erdarbeiten im Bereich des Kanals nicht aufgrund einer gegenüber dem Kläger bestehenden Verpflichtung durchgeführt worden seien und das ausführende Bauunternehmen der Beklagten daher nicht als Erfüllungsgehilfe iSd § 1313a ABGB (auf § 1315 ABGB hat sich der Kläger schon in zweiter Instanz nicht mehr gestützt) zugerechnet werden könne. Eine allfällige – im Vereinsverhältnis gründende – Schutz- und Sorgfaltspflicht hinsichtlich der vom klagenden Verein zur Verfügung gestellten Infrastruktur „*habe mit der Frage einer Haftung nach § 1313a ABGB nichts zu tun*“. Die ordentliche Revision sei mangels Vorliegens einer über den Einzel-

fall hinausgehenden Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die dagegen erhobene Revision des Klägers ist – entgegen dem nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts – zulässig, weil die Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach der Beklagten ein (allfälliges) Fehlverhalten der mit den Aushubarbeiten beauftragten Baufirma nicht nach § 1313a ABGB zuzurechnen sei, der höchstgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht; sie ist mit ihrem Aufhebungsantrag auch berechtigt. Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

1. Nach § 1313a ABGB haftet derjenige, der sich zur Erfüllung einer Leistungsverpflichtung anderer Personen bedient, für deren Verschulden wie für eigenes. Das schuldhafte Verhalten des Erfüllungsgehilfen muss aber innerhalb des vom Geschäftsherrn übernommenen Pflichtenkreises liegen (RS0028582 [T1, T3]). Besteht ein Vertragsverhältnis, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, welche konkreten Pflichten der Geschäftsherr gegenüber dem Geschädigten übernommen hat, und es ist zu prüfen, ob der Gehilfe (auch) zu deren Erfüllung eingesetzt wurde. Dabei ist grundsätzlich anerkannt, dass aus einer Rechtsbeziehung nicht nur (Haupt-)Leistungsverpflichtungen resultieren können, sondern auch Schutz- und Sorgfaltspflichten (vgl RS0017049). § 1313a ABGB ist nicht nur dann anzuwenden, wenn eine „Hilfsperson“ zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht herangezogen wird, sondern auch wenn der Gehilfe (in der Regel mit einem Schuldverhältnis verknüpfte) den Geschäftsherrn treffende Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt (vgl RS0017185 [T7]; RS0028470; RS0028435).

2. Damit kann – entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanzen – für die Frage der Gehilfenzurechnung nicht bloß auf die primäre Hauptleistungspflicht der Beklag-

ten aus dem Vereinsverhältnis abgestellt werden (dass die Errichtung des Hauses nicht in Erfüllung einer solchen Hauptleistungspflicht erfolgte, ist evident), sondern es ist zu fragen, ob und welche (neben-)vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten die Beklagte gegenüber dem Kläger hinsichtlich des Gemeinschaftskanals getroffen haben. Bereits aus der im Vereinsverhältnis wurzelnden Berechtigung der Beklagten zur (Mit-)Benutzung des im Grenzbereich ihres Pachtgrundstücks verlaufenden Gemeinschaftskanals lässt sich dazu zwanglos ableiten, dass sie verpflichtet war, Beschädigungen dieses Kanals zu unterlassen.

3. Die Beklagte haftet somit aufgrund einer Verletzung ihrer zugunsten des Klägers bestehenden vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten für im Zuge von Aushubarbeiten verursachte schuldhaft Beschädigungen des Kanals, auch wenn sie diese Arbeiten nicht selbst ausgeführt, sondern d[iese bei einem] Dritten be[stellt]t hat; auch ein solches Vertragsverhältnis bringt mit sich, dass der Werkunternehmer für den Besteller die von diesem dem Dritten (hier: dem klagenden Verein) geschuldete Sorgfalt wahrzunehmen hat. Dass ihr dessen Verhalten – und das seiner Gehilfen (RS0123055) – gemäß § 1313a ABGB zuzurechnen ist, entspricht auch der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wonach der Bestandnehmer dem Bestandgeber – als Folge der Verletzung von sich aus dem Bestandvertrag ergebenden Obhutspflichten – für bei Umbau- oder Sanierungsarbeiten schuldhaft herbeigeführte Substanzschäden haftet und dabei für das Verschulden eines von ihm beauftragten Bauunternehmens einzustehen hat (RS0125678).

4. Da zur Frage, ob die Beschädigung des Kanals durch die von der Beklagten be[stell]ten Aushubarbeiten überhaupt (zumindest mit-)verursacht wurde, keine Feststellungen getroffen wurden, ist die Rechtssache bereits aus diesem Grund noch nicht entscheidungsreif. Eine Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen ist daher unvermeidlich. Im fortgesetzten Verfahren wird auch auf den Verjährungseinwand einzugehen sein.

### Anmerkung

#### Von Hermann Wenusch

Die Entscheidung macht wohl deutlich, wie verbesserungswürdig das Schadenersatzrecht hinsichtlich der Haftung für Gehilfen ist ... Sachgerecht ist die Entscheidung wohl allemal – nur muss man recht weit ausholen, um sie mit dem Gesetzestext zu begründen. § 1313a ABGB lautet: „Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden [...] der Personen, deren er

sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes“. Zunächst muss man also einmal „Leistung“ mit „Sorgfalt“ gleich setzen. Unproblematisch ist dies wohl nicht, wenn man bedenkt, dass „[d]er äußerste mögliche Wort-sinn [...] die Grenze jeglicher Auslegung ab[steckt], die auch mit den sonstigen Interpretationsmethoden nicht überschritten werden darf“ (OGH 08.04.2008, 4 Ob 23/08y).

Ohne dies hier weiter zu vertiefen, kann wohl auch nicht von einer Lücke ausgegangen werden, die mittels Analogie zu schließen wäre. Ein weiteres Problem ist dann aber wohl darin zu sehen, dass auch „außerhalb einer Vertragsbeziehung [...] Schuldner einer gesetzlichen Verbindlichkeit für ihre Hilfspersonen nach § 1313a ABGB“ haften (OGH 09.08.2012, 5 Ob 76/12f). Jedermann ist nun andauernd mit unzähligen Sorgfaltspflichten belastet: Wer nicht sorgfältig genug ist, haftet – verkürzt dargestellt – deliktisch, wenn ein absolut geschütztes Gut oder ein Schutzgesetz verletzt wird. Würde man also tatsächlich „Leistung“ mit „Sorgfalt“ gleich setzen, so würde dies – mehr oder weniger – zu einer Haftung für alle Gehilfen führen.

Das kann natürlich nicht sein – und so wird gegebenenfalls danach unterschieden, „ob es sich um die Verletzung von Pflichten handelt, die gegenüber jedermann bestehen, in welchem Fall § 1313a ABGB unanwendbar ist, oder ob Pflichten aus einer „rechtlichen Sonderbeziehung“ missachtet werden“ (OGH 09.08.2012, 5 Ob 76/12f), in welchem Fall es eben sehr wohl eine Haftung für Erfüllungsgehilfen gibt.

Die „rechtliche Sonderbeziehung“ ist etwa so bestimmt wie der „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ – mit beidem lässt sich nahezu beliebig argumentieren. Fraglich ist etwa, ob bereits durch ein Schutzgesetz, das nicht die Allgemeinheit, sondern bloß eine mehr oder weniger große Gruppe schützen soll, solch eine „rechtliche Sonderbeziehung“ begründet.

Übrigens ist scheinbar niemandem aufgefallen, dass die Nebenintervenientin eine GmbH ist: Sie war der Werkunternehmer aber „sie selbst“ konnte natürlich den gegenständlichen Schaden nicht anrichten, weil juristische Personen mangels physischer Existenz keine physischen Tätigkeiten verrichten können – dazu brauchen sie physische Personen. Der unmittelbare Schädiger muss also eine physische Person gewesen sein. Die war wohl Dienstnehmer der Nebenintervenientin – oder, der Usance am Bau entsprechend – Dienstnehmer eines Subunternehmers der Nebenintervenientin. Irgendwie muss sich eine „Zurechnungskette“ von der physisch ursächlichen natürlichen Person zur haftpflichtigen Person bilden lassen. Leider ist schon weit verbreitet, Dienstgeber mit ihren Dienstnehmern gleich zu setzen – ein gutes

Beispiel ist wohl § 98 Abs 4 BVergG: Danach kann ein öffentlicher Besteller „bei Bau- oder Dienstleistungsaufträgen sowie bei Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag vorschreiben, dass bestimmte, von ihm festgelegte kritische Aufgaben vom Bieter selbst, von einem mit diesem verbundenen Unternehmen, oder – im Falle der Teilnahme einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren – von einem Mitglied dieser Arbeits- oder Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen“ – keine Rede von Dienstnehmern! Dies sei aber hier nur erwähnt und nicht weiter vertieft ... Insgesamt ergibt sich jedenfalls ein großer Personenkreis für dessen Sorgfalt ein Bauherr einzustehen hat, der einen Werkvertrag abschließt ...

Zuletzt stellt sich die Frage nach dem Grund, aus dem der in der besprochenen Entscheidung geschädigte Verein nicht gleich die schädigende Werkunternehmerin geklagt hat.

Ein Grund könnte wohl sein, dass vertraglicher Schadenersatz günstiger als deliktischer Schadenersatz angesehen wurde. Mit der schädigenden Werkunternehmerin hat kein Vertrag bestanden, mit dem beklagten Mitglied aber schon. Ein weiterer Grund könnte sein, dass zwischen dem geschädigten Verein und dem Werkunternehmer kein Vertrag bestanden hat und dass die tatsächlich physisch schädigende Person daher nicht als Erfüllungsgehilfe der Werkunternehmerin angesehen werden könne (angesichts der weit verbreitenden Gleichstellung von Dienstgeber und -nehmer muss das aber bezweifelt werden).

Ein ganz anderer Grund könnte aber auch genau in der „rechtlichen Sonderbeziehung“ liegen – um das zu erläutern, ist die Rechtsprechung zur unmittelbaren Haftung eines Erfüllungsgehilfen zu betrachten:

Anfänglich wurde eine vertragliche Haftung des Erfüllungsgehilfen gegenüber eines geschädigten Dritten ausgeschlossen: „Soll die vom Gesetzgeber getroffene unterschiedliche Ausgestaltung von Deliktsrecht und Vertragsrecht nicht aufgehoben oder verwischt werden, hat der Kreis der geschützten Personen, denen statt deliktsrechtlicher auch vertragsrechtliche Schadenersatzansprüche zugebilligt werden, eng gezogen zu werden. Grundvoraussetzung für die Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages ist ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers. Ein solches ist zu verneinen, wenn

*er kraft eigener rechtlicher Sonderverbindung mit seinem Vertragspartner, der seinerseits den späteren Schädiger vertraglich als Erfüllungshelfen beizog, einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz hat“ (OGH 26.11.1992, 1 Ob 601/92) – kurz gesagt: „Der eigene Anspruch gegen den Geschäftsherrn hindert somit die Geltendmachung der Vertragshaftung gegen den Gehilfen“ (OGH 18.10.2005, 1 Ob 147/05g). So weit so gut.*

Doch wurde dies später über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hinaus auch auf objektiv-rechtlichen Schutzpflichtverletzungen ausgedehnt: *„Sowohl beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als auch bei objektiv-rechtlichen Schutzpflichtverletzungen besteht Subsidiarität. Der Gläubiger hat kein schutzwürdiges Interesse, wenn er kraft eigener rechtlicher Sonderverbindun-*

*gen mit seinem Vertragspartner einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz hat“ (OGH 20.12.2017, 7 Ob 38/17i).*

In der Tat liegt genau das vor: Es geht um die Schutz- und Sorgfaltspflichten, die der Werkunternehmer gegenüber dem Geschädigten hat! Das erinnert natürlich an die Fälle, in denen ein Fachmann für den Wohnungverkäufer ein unrichtiges Bauzustandgutachten erstellt, aber dem getäuschten Wohnungskäufer dafür nicht haftet (zB OLG Wien 1.12.2016, 16 R 48/16w mit nachfolgendem Amtshaftungsverfahren OGH 26.9.2018, 1 Ob 150/18t).

Die klagende Partei hat also gut daran getan, nicht den zu klagen, der das Malheur tatsächlich angerichtet hat, sondern denjenigen, zu dem eine „rechtliche Sonderbeziehung“ besteht. Wohl eine weitere Kuriosität des österreichischen Schadenersatzrechts ...