

Entscheidungsbesprechung

Die Reichweite des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

1. Vertragspartei einer tierärztlichen Ankaufsuntersuchung eines Pferdes wird der im Vertrag nicht namentlich benannte Käufer nicht schon deshalb, weil in erster Linie er an einer korrekten Ermittlung des Gesundheitszustandes des Pferdes interessiert ist.

2. Die Haftung des Gutachters für ein unrichtiges Gutachten ergibt sich nicht aus § 311 Abs. 3 BGB, sondern weiterhin aus den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

3. Ob und welche Dritte die Vertragsparteien in den Schutzbereich des von ihnen geschlossenen Vertrages einbeziehen, unterliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich ihrer freien Disposition. Auch eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Haftungsbeschränkung, nach der die Haftung des Verwenders gegenüber nicht namentlich im Vertrag genannten Dritten ausgeschlossen ist, begegnet deshalb keinen rechtlichen Bedenken.

(Amtliche Leitsätze des OLG Hamm)

4. Ein auf Untersuchung eines Pferdes gerichteter Vertrag, den der Verkäufer des Pferdes mit einem Tierarzt schließt, entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten des Käufers, wenn im Vertrag zwischen Verkäufer und Tierarzt die Haftung gegenüber Dritten ausgeschlossen ist. Der Haftungsausschluss in dem Vertrag zwischen Verkäufer und Tierarzt ist nicht nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam. Das gilt auch dann, wenn im Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer die Gewährleistung ausgeschlossen ist.

(Amtlicher Leitsatz des OLG Karlsruhe)

BGB § 311 Abs. 3

OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12 (LG Bochum)¹;
OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13 (LG Heidelberg)²

Inhalt und Reichweite des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sind schon seit Langem Gegenstand lebhafter Diskussionen. Die vorliegenden Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe streifen allerdings eine bislang vergleichsweise wenig beachtete Problematik, nämlich die Frage, inwieweit es den Parteien im Rahmen der Privat-

autonomie gestattet ist, die Geltung der Grundsätze zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gänzlich auszuschließen. Zudem werfen die zugrunde liegenden Fallkonstellationen die Frage auf, nach welchem normativen Prüfungsmaßstab ein solcher Ausschluss zu kontrollieren ist.

I. Einleitung

Das OLG Hamm und das OLG Karlsruhe hatten sich jeweils mit einer „fehlerhaften Ankaufsuntersuchung“ zu befassen – eine Fallkonstellation, welche die Rechtsprechung in letzter Zeit häufiger beschäftigt hat.³ Während es jedoch bislang meist um die Frage ging, ob ein Gutachter für die Erstellung eines fehlerhaften Gutachtens haftet, wenn er vom Käufer mit der Untersuchung beauftragt wurde, lag der Fall in den beiden vorliegenden Konstellationen anders: Der Kläger erwarb ein Pferd von einem Verkäufer, der den Beklagten mit einer gutachterlichen Untersuchung des Tieres beauftragte. In den vom Beklagten gestellten AGB des Gutachervertrags war bestimmt, dass eine Haftung gegenüber Dritten ausgeschlossen wird. Der Beklagte kam bei der Untersuchung jeweils zu dem Ergebnis, dass keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen festzustellen seien. Mit der Behauptung, die Ankaufsuntersuchung des Beklagten sei fehlerhaft, verlangt der Kläger von dem Beklagten jeweils Schadensersatz.

II. Die Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe

Beide Gerichte haben einen Schadensersatzanspruch des Klägers – also des Käufers – verneint. Zunächst wurde festgestellt, dass dem Kläger keine direkten vertraglichen Ansprüche gegen den Beklagten zustehen. Denn der Untersuchungsvertrag habe ausschließlich zwischen dem Beklagten und dem Verkäufer bestanden.⁴ Anschließend wurde eine Haftung aus § 311 Abs. 3 BGB mit dem Hinweis abgelehnt, die Haftung für fehlerhafte Gutachten bestimme sich ausschließlich nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁵ Aber auch eine Haftung nach diesen Grundsätzen besteht nach Ansicht des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe deshalb nicht, weil die Haftung für nicht benannte Dritte in den Vertragsbedingungen ausdrücklich ausgeschlossen worden war. Dieser Ausschluss sei wirksam; auch AGB-rechtliche Bedenken bestünden nicht, da keine Kardinalpflicht als solche, sondern nur der von einer Haftung begünstigte Personenkreis eingeschränkt werde. Der Beklagte habe als Verwender der AGB ein schutzwürdiges Interesse an einer derartigen Einschränkung, da eine Inanspruchnahme durch mögliche Erwerber zu einer uferlosen Haftung führen

¹ Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter:

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/12_U_178_12_Urteil_20130529.html (4.1.2013).

² Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter:

http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=17170 (4.1.2013).

³ Examensrelevant sind insbesondere die Entscheidungen BGHZ 192, 182 = NJW 2012, 1071; BGH NJW-RR 2012, 540, und BGH NJW 2012, 1071.

⁴ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 29 (zit. nach juris), und OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 15 (zit. nach juris).

⁵ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 30 (zit. nach juris), und OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 16 (zit. nach juris).

würde.⁶ Überdies sei der Kläger auch nicht schutzbedürftig, da er einen eigenen vertraglichen Anspruch aus §§ 437 ff. BGB gegen den Verkäufer habe.⁷

III. Die Bewertungen der Entscheidungen

Den Entscheidungen ist zwar im Ergebnis beizupflichten. Sie vermögen jedoch hinsichtlich ihrer Begründung nicht zu überzeugen.

1. Kein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz gegen den Beklagten

Der Kläger hätte zwar als Käufer gegen den Verkäufer selbstverständlich die Mängelrechte nach §§ 437 ff. BGB. Diese hat er jedoch in casu gerade nicht geltend gemacht. Und ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den beklagten Gutachter steht ihm im Ergebnis nicht zu.⁸ Zutreffend gehen das OLG Hamm und das OLG Karlsruhe davon aus, dass der Kläger nicht Vertragspartner des Beklagten geworden ist.

Auch über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter lässt sich eine Haftung des Beklagten nicht konstruieren. Eine solche bestünde nur, sofern die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich Leistungsnähe, Verantwortlichkeit des Gläubigers für den Dritten („Wohl und Wehe“),⁹ Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftung für den Schuldner und Schutzbedürftigkeit des Dritten,¹⁰ vorliegen. Das ist hier aber nicht der

Fall. Zwar kommt der Kläger mit der Leistung bestimmungsgemäß in Berührung und die Gefahr, dass er durch die Verletzung einer Schutzpflicht verletzt wird, ist nicht wesentlich geringer als beim Verkäufer, sodass sich die erforderliche Leistungsnähe noch bejahen ließe.¹¹ Auch wenn keine Verantwortlichkeit des Verkäufers für den Käufer vorliegt, so ist dies schon deshalb unschädlich, da die „Wohl und Wehe“-Formel in der Rechtsprechung meist ohnehin nur noch bei Personenschäden angewendet wird¹² und bei der Wahrung von Vermögensinteressen ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter selbst dann in Betracht kommt, wenn die Interessen von Vertragsgläubiger und Drittem gegensätzlich sind.¹³ Hinsichtlich der Erkennbarkeit und der Zumutbarkeit der Haftung des Beklagten erscheint es durchaus überzeugend, wenn das OLG Hamm diese mit dem Hinweis auf das Risiko, dass die Sache nach der Rückabwicklung des ersten Kaufvertrags erneut weiterveräußert wird und der Gutachter so von mehreren potenziellen Erwerbern in Anspruch genommen werden könnte,¹⁴ verneint. Eine Haftung über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter scheidet zudem deshalb aus, weil der Kläger einen eigenen vertraglichen und somit gleichwertigen Anspruch gegen den Verkäufer hat. Es ist dem Kläger nämlich unbenommen, nach §§ 437 ff. BGB gegen den Beklagten vorzugehen.¹⁵

2. Die unzutreffende Prüfung des § 307 BGB durch die Oberlandesgerichte

Soweit in den zitierten Entscheidungen geprüft wird, ob der Haftungsausschluss zulasten des Klägers einer Prüfung nach § 307 BGB standhält, so können diese Ausführungen im Wesentlichen nicht überzeugen:

a) Das OLG Karlsruhe meint, der Kläger genieße nicht den Schutz des § 307 BGB, da er nicht Vertragspartner des

⁶ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 37 (zit. nach juris). Das OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 30 ff. (zit. nach juris), hält § 307 BGB von vornherein nicht für einschlägig.

⁷ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 38 ff. (zit. nach juris), und OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 34 ff. (zit. nach juris).

⁸ Im Examen ließen sich beide Entscheidungen mit einem prozessrechtlichen Einschlag kombinieren. Denn in beiden Fällen ist die Klage bereits nicht schlüssig. Das bedeutet zum einen, dass über die Behauptung des Klägers, die Untersuchung durch den Beklagten sei fehlerhaft durchgeführt worden, kein Beweis erhoben werden muss. Denn selbst wenn man die Behauptung als wahr unterstellt, führt sie nicht zu einem Anspruch des Klägers. Zum anderen wird die Klage gemäß § 331 Abs. 2 Hs. 2 ZPO auch dann abgewiesen, wenn der Beklagte im Prozess säumig ist. Sollte gleichwohl ein Versäumnisurteil ergehen, so wäre dem Beklagten zum Einspruch nach §§ 338 ff. ZPO zu raten. Dieser hätte nicht nur Erfolg, der Beklagte müsste nicht einmal die Kosten seiner Säumnis tragen, da das Versäumnisurteil nicht i.S.d. § 344 ZPO in gesetzlicher Weise ergangen ist.

⁹ Vgl. hierzu aber die Ausführungen sogleich und in Fn. 12.

¹⁰ Zu den grundsätzlichen Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter BGHZ 181, 12 = JZ 2010, 414; BGHZ 133, 168 = NJW 1996, 2927; Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 328 Rn. 161 ff.; Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl.

2011, § 328 Rn. 23 ff.; Jagmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 328 Rn. 96.

¹¹ So auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 24 (zit. nach juris), und OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 36 (zit. nach juris).

¹² Für die „zweispurige“ Prüfung (zum Begriff Lorenz, EWiR 2001, 571) eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter allerdings BGH NJW 2002, 3625 (Anmerkung von Gsell in: LMK 2003, 24): Nach Auffassung des BGH kann eine Haftung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter daraus resultieren, dass die Vertragsleistung erkennbar für den Dritten bestimmt ist und dieser auf die besondere Sachkunde vertraut. Sofern diese Voraussetzung nicht vorliegt, kann sich eine Haftung wiederum aus der „Wohl und Wehe“-Formel ergeben.

¹³ BGH NJW 2001, 3115 (3116); BGH NJW 1984, 355.

¹⁴ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 37 (zit. nach juris).

¹⁵ Zu Recht sieht das OLG Karlsruhe (OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 36 [zit. nach juris]) auch einen vereinbarten Gewährleistungsausschluss als unbeachtlich an, da den Parteien nicht die Möglichkeit offenstehen kann, privat-autonom die Haftung zulasten eines Dritten zu verschieben.

Verwenders sei. Zwar sei nach der Rechtsprechung des BGH ausnahmsweise auch der Dritte in den Schutzbereich des § 307 BGB einbezogen, sofern er aus dem Vertrag Rechte herleiten könne oder unmittelbar berechtigt sei. Das setze aber voraus, dass der Dritte bereits im Schutzbereich des Vertrages stehe und nicht erst stünde, wenn die Klausel unwirksam wäre.¹⁶

Diese Argumentation ist kaum plausibel. Geht man wie das OLG davon aus, dass Dritte unter Umständen aus § 307 BGB Rechte herleiten können, so müsste die Vorschrift selbstverständlich erst recht zur Anwendung gelangen, wenn der Dritte durch die Klausel nicht nur benachteiligt, sondern wenn ihm sogar sämtliche Rechte abgeschnitten werden.

b) Im Ergebnis ist allerdings tatsächlich fragwürdig, ob es sich bei § 307 BGB im vorliegenden Fall um die passende Vorschrift handelt. Die Rechtsprechung des BGH gibt hierfür nicht viel her.¹⁷ Anerkannt ist nämlich nur, dass – sofern der Dritte in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen ist – dessen Interessen bei einer Abwägung nach § 307 BGB zu berücksichtigen sind.¹⁸ Auch bei einer solchen Berücksichtigung stehen jedoch stets vorrangig die Interessen des eigentlichen Vertragspartners in Rede.¹⁹ Die Anwendung des § 307 BGB auf den Fall, dass die Klausel ausschließlich die Rechte des Dritten aufhebt und die Interessen des Vertragspartners unberührt lässt, wird von der Rechtsprechung zumindest bislang nicht befürwortet.²⁰ Und im Grundsatz entspricht es der ganz herrschenden Auffassung, dass entsprechend dem Wortlaut des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB lediglich der Vertragspartner des Verwenders geschützt ist.²¹

¹⁶ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 30 (zit. nach juris).

¹⁷ Das OLG Karlsruhe beruft sich auf BGHZ 142, 103 (107). In diesem Fall ging es allerdings um eine Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder, aus welcher der Versicherungsnehmer unmittelbar berechtigt war. Einen anderen Vertragspartner des Verwenders, auf dessen Interessen vorrangig hätte abgestellt werden können, gab es in diesem Fall nicht.

¹⁸ BGH NJW 1989, 2750 (2751).

¹⁹ Nach Coester, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 307 Rn. 146, werden „die Interessen Dritter denen des Vertragspartners integriert“.

²⁰ Nicht ergiebig ist daher auch der in OLG München NJW-RR 2008, 1233 (1234) entschiedene Fall: Das OLG München entschied, dass eine Gültigkeitsbefristung von Geschenkgutscheinen auf ein Jahr gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstößt und dass sich auf die Unwirksamkeit auch ein Dritter berufen kann, an den der Geschenkgutschein weitergereicht wurde. Das Besondere an diesem Fall ist aber wiederum, dass durch das Weiterreichen des Geschenkgutscheins der Dritte eine ausschließliche Rechtsposition erhält und nicht neben dem Vertragspartner des Verwenders Rechte geltend macht.

²¹ BGH NJW 1982, 178 (180); Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 307 Rn. 50; Coester (Fn. 19), § 307 Rn. 145; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 307 Rn. 133; H. Schmidt, in:

c) Eine Anwendung des § 307 BGB auf die vorliegende Fallkonstellation ist nach hier vertretener Auffassung auch nicht sachgerecht. Denn eine Korrektur des klaren Wortlauts von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, der ausschließlich den „Vertragspartner des Verwenders“ benennt, ist nicht notwendig, wenn sich auch ohne eine solche Korrektur stets sachgerechte Ergebnisse erzielen lassen. Und genau das ist der Fall: Sofern eine Klausel auch einen Dritten unangemessen benachteiligt, so ist jedenfalls dann eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB anzunehmen, wenn hierin zugleich eine Benachteiligung des Vertragspartners liegt.²² Sofern ausschließlich der Dritte und nicht auch der Vertragspartner benachteiligt wird, so ist zu prüfen, ob die betreffende Rechtsposition überhaupt zur Disposition der Vertragsparteien steht. Denn Verträge zulasten Dritter sind ohnehin unwirksam.²³ Einer gesonderten Prüfung nach § 307 BGB bedarf es dann überhaupt nicht.

3. Keine Abdingbarkeit der Grundsätze über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Entscheidend ist demnach ausschließlich, ob die Grundsätze über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter abdingbar sind. Das OLG Hamm²⁴ und das OLG Karlsruhe²⁵ nehmen die grundsätzliche Möglichkeit, die Haftung gegenüber Dritten auszuschließen, ohne nähere Begründung an.²⁶

a) Die Argumentation der Oberlandesgerichte ist zumindest im konkreten Fall bereits widersprüchlich. Denn wenn es tatsächlich so sein sollte, dass die Parteien eine Haftung gegenüber Dritten unproblematisch abbedingen können, so käme es auf die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter doch überhaupt nicht mehr an. Deshalb ergibt es keinen Sinn, wenn das OLG Hamm zunächst meint, eine Haftung sei in den AGB wirksam ausgeschlossen, anschließend jedoch die AGB-rechtliche Wirksamkeit mit einem schutzwürdigen Interesse des Verwenders an der Vermeidung einer uferlosen Haftung und mit der mangelnden Schutzbe-

Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 29, Stand: 1.11.2013, § 307 Rn. 25.

²² Deutlich H. Schmidt (Fn. 21), § 307 Rn. 25: „...dabei geht es bestenfalls um einen Drittschutz als Reflex des Vertragspartnerschutzes...“.

²³ Coester (Fn. 19), § 307 Rn. 143.

²⁴ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 37 (zit. nach juris): „...Ob und welche Dritte sie in den Schutzbereich des von ihnen geschlossenen Vertrages einbeziehen, unterliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich der freien Disposition der Vertragsschließenden.“.

²⁵ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.8.2013 – 7 U 63/13, Rn. 29 (zit. nach juris), wirft immerhin die Frage auf, ob die Vertragsbestimmungen „unter dem Gesichtspunkt der protestatio facta contraria“ unbeachtlich sind.

²⁶ Anders nunmehr allerdings der 21. Zivilsenat des OLG Hamm. Nach OLG Hamm, Urt. v. 5.9.2013 – I-21 U 143/12, 21 U 143/12, Rn. 60 f., soll eine isolierte Haftungsfreizeichnung zulasten des Dritten unzulässig sein. Allerdings begründet auch der 21. Zivilsenat diese Unwirksamkeit mit § 309 bzw. § 307 BGB.

dürftigkeit des Klägers begründet.²⁷ Hierbei handelt es sich nämlich um Kriterien, welche zur Begründung eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herangezogen werden.

Sofern die Oberlandesgerichte aber tatsächlich davon ausgegangen wären, dass eine Haftung des Beklagten gegenüber dem Kläger schon aufgrund der Haftungsfreizeichnung im Vertrag ausscheidet, hätten sie die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter an sich gar nicht mehr prüfen dürfen.

b) Bei näherer Betrachtung erscheint eine Ausschlussmöglichkeit für die Vertragsparteien zulasten des Dritten überdies nicht sachgerecht.

aa) In der Literatur wird die Frage nach der Abdingbarkeit nur selten behandelt. Sofern sie aufgeworfen wird, wird meist davon ausgegangen, dass eine Haftungsbeschränkung allein zulasten des Dritten unzulässig sein soll.²⁸ Nur vereinzelt wird eine solche Freizeichnung durch die Parteien für zulässig gehalten.²⁹

Die Rechtsprechung ist demgegenüber nicht einheitlich. In einem obiter dictum hat der BGH zwar einmal ausgesprochen, dass die Parteien auch dann, wenn der Vertragsgläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich sein soll, die Haftung diesem gegenüber ausschließen können.³⁰ Andererseits hat der BGH im „Lastschriftfall“, in dem die Frage tatsächlich entscheidungserheblich war, eine derartige Freizeichnung für unbeachtlich gehalten.³¹

²⁷ OLG Hamm, Urt. v. 29.5.2013 – 12 U 178/12, Rn. 37 f. (zit. nach juris).

²⁸ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Teil I, 14. Aufl. 1987, § 17 II. (S. 229); Ostrowicz, Vertragshaftung und Drittschutz, 1980, S. 122 ff.; Hadding, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, Anh. § 328 Rn. 20; Zenner, NJW 2009, 1030 (1033); nach Papanikolaou, Schlechterfüllung bei Verträgen zugunsten Dritter, 1977, S. 93 f., sollen die Parteien zwar prinzipiell die Möglichkeit der Freizeichnung haben, meist liege einem Ausschluss jedoch eine „sittenwidrige Farbe“ bei; ähnlich Gernhuber, in: Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S. 249 (S. 265).

²⁹ Bydlinksi, JBl. 1960, 359 (363); Gerhardt, JZ 1970, 535 (538).

³⁰ BGH, Urt. v. 23.1.1985 – IVa ZR 66/83, Rn. 28 (zit. nach juris).

³¹ BGH NJW 1977, 1916 (1917). In diesem Fall enthielt der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner die Vertragsbedingung, dass das Abkommen „nur Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Kreditinstituten“ begründen sollte. Der BGH meinte jedoch, die Schutzpflicht beruhe „nicht auf dem Abkommen, sondern auf den dargelegten Rechtsverhältnissen, ihrem Vertragszweck und dem Grundsatz von Treu und Glauben“. Der BGH hat seine Rechtsprechung zum Drittschutz beim Lastschriftverfahren zwar in BGH NJW 2008, 2245 aufgegeben, dies jedoch nicht mit einem vertraglichen Ausschluss, sondern mit der Erwägung begründet, dass die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht vorlägen.

Es ist daher durchaus erstaunlich, dass die erkennenden Gerichte ohne Auseinandersetzung mit entgegenstehenden Stimmen die Möglichkeit einer Freizeichnung angenommen haben.³²

bb) Die Möglichkeit eines isolierten Haftungsausschlusses zulasten des Dritten ist aus den folgenden Gründen abzulehnen:

(1) Erstens sprechen Sinn und Zweck des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dagegen, ihn zur freien Disposition der Vertragsparteien zu stellen. Das Rechtsinstitut wurde entwickelt, weil man es in bestimmten Situationen als unbillig empfand, den Dritten auf deliktische Ansprüche zu verweisen.³³ Da man sich durchaus über die zusätzlichen Risiken für den Schuldner im Klaren war, wurde das Bestehen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter enge Voraussetzungen gestellt, um eine Übervorteilung des Dritten und eine nicht mehr interessengerechte Haftung des Schuldners zu vermeiden. Bevor eine Haftung nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Einzelfall bejaht werden kann, erfolgt daher immer eine Interessenabwägung im Einzelfall, aus der sich dann auch per se ergibt, ob der Schuldner ein „schutzwürdiges Interesse an einer Haftungsbeschränkung hat“. Wenn die Parteien nun die Haftung des Schuldners zulasten des Dritten einfach ausschließen könnten, so würde dies bedeuten, ein fein abgestimmtes System mit einer immanenten Interessenabwägung außer Kraft zu setzen.³⁴

(2) Zweitens sind die praktischen Konsequenzen einer Freizeichnungsmöglichkeit zu bedenken. In den vom OLG Hamm und OLG Karlsruhe entschiedenen Fällen mag man zwar dazu neigen, das Abbedingen der Haftung zulasten des Dritten nicht als unbillig zu empfinden. Das liegt aber nicht daran, dass eine solche Möglichkeit generell bestünde, sondern dass in casu auch nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter keine Haftung des Beklagten konstruiert werden kann, weil die entsprechenden Voraussetzungen nicht vorliegen. Man stelle sich dagegen vor, ein Vermieter, der einen Mietvertrag zwar nur mit einem

³² Noch deutlicher die Vorinstanz des OLG Hamm, LG Bochum, Urt. v. 8.11.2012 – 2 O 521/11, Rn. 15 (zit. nach juris): „Gesetzliche Gründe, warum die Parteien des Untersuchungsvertrages im Rahmen ihrer Privatautonomie gehindert sein sollten, die Haftung des Beklagten gegenüber nicht namentlich aufgeführten Dritten auszuschließen, erschließen sich der Kammer nicht.“

³³ Deliktische Ansprüche haben bekanntlich drei Nachteile: Es findet keine Zurechnung fremden Verschuldens nach § 278 BGB statt, die Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt im Deliktsrecht nicht und es werden zumindest im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB keine Schäden ersetzt, die aus der alleinigen Verletzung des Rechtsguts „Vermögen“ resultieren.

³⁴ So weist Gottwald (Fn. 10), § 328 Rn. 165 f., zutreffend darauf hin, dass nicht der konkrete Wille der Vertragsparteien, sondern typische soziale Interessen sowie Aspekte der Billigkeit den Ausschlag geben.

Vertragspartner abschließt, der jedoch weiß, dass dessen Familie ebenfalls in die Wohnung einzieht, zeichnet sich im Mietvertrag von der Haftung gegenüber den übrigen Familienmitgliedern frei. In diesem „Paradefall“ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erschiene das Verhalten des Vermieters ersichtlich rechtsmissbräuchlich. Würde man es zulassen, so fände sich eine entsprechende Klausel bald standardmäßig in allen Mietverträgen und auch in allen anderen Vertragswerken wieder, in denen man eine Haftung des Schuldners nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gerade als interessengerecht empfand.

(3) Drittens lässt sich schwerlich abstreiten, dass die Schaffung eines bestimmten Haftungssystems nicht ausschließlich dem Zweck dient, im Einzelfall einen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten herbeizuführen, sondern dass hierdurch auch Verhaltensanreize gesetzt werden sollen.³⁵ So ist es ein durchaus wünschenswerter Effekt, dass der Vermieter – um eine Haftung auch gegenüber den übrigen Familienmitgliedern zu vermeiden – entsprechende Sorgfaltsmaßnahmen ergreift, um einen Schaden gar nicht erst entstehen zu lassen.³⁶

(4) Viertens muss die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags nach neuerer Rechtsprechung noch nicht einmal im Sinne des Vertragsgläubigers liegen. Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter soll nämlich prinzipiell auch dann vorliegen können, wenn die Interessen des Dritten und die des Vertragsgläubigers gegenläufig sind.³⁷ Selbst in den Fällen, in denen der Vertragsgläubiger an sich für das „Wohl und Wehe“ des Dritten verantwortlich ist, kann für den Vertragsgläubiger ein Interesse daran bestehen, die Haftung des Schuldners gegenüber dem Dritten auszuschließen. Gesetzt den Fall, der Vermieter bietet dem Familienvater einen niedrigeren Mietzins für den Fall an, dass er für Schäden, die dessen Kinder erleiden, nicht haftet, so besteht durchaus ein Anreiz, zulasten der Kinder auf dieses Angebot einzugehen. Diese Beispiele zeigen, dass die Haftung des Schuldners gegenüber dem Dritten nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen darf.

(5) Die zum Teil vorgebrachten Gegenargumente vermögen nicht zu überzeugen. Der Hinweis, es sei widersprüchlich, wenn der Vertragsgläubiger die Haftung zu seinen eigenen, nicht aber zulasten des Dritten beschränken dürfe,³⁸ verfängt nicht. Denn hier wird zunächst verkannt, dass die Disponibilität nur beim Haftungsausschluss zu eigenen Lasten von vornherein gegeben ist. Außerdem liegen die Voraussetzungen für einen solchen „Erst-Recht-Schluss“ gar nicht vor: Es geht nämlich vorliegend um die Konstellation einer Haftungsfreizeichnung, die *isoliert* zulasten des Dritten wirkt und nicht um eine Haftungsfreizeichnung, die auch den Vertrags-

gläubiger betrifft. Nur dann wäre ein Erst-Recht-Schluss auch gerechtfertigt.³⁹

4. Die Rechtsgrundlage für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Die vorstehenden Erwägungen zeigen außerdem, dass der Streit um die Rechtsgrundlage für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht rein akademischer Natur ist.⁴⁰ Sofern man nämlich – wie vielfach vertreten – die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB als Rechtsgrundlage heranzieht,⁴¹ lässt sich auch nur schwer begründen, warum die Vertragsparteien die Haftung nicht zulasten des Dritten ausschließen können sollen. Denn für eine ergänzende Vertragsauslegung ist dann kein Raum, wenn die Parteien den entsprechenden Punkt explizit geregelt haben.⁴² Es geht nicht an, den Parteien über die ergänzende Vertragsauslegung einen anderen Willen aufzuzwingen, selbst wenn dieser interessengerechter sein sollte.⁴³ Sieht man es daher mit der hier vertretenen Auffassung als verfehlt an, den Parteien eine Freizeichnungsmöglichkeit zulasten des Dritten zuzubilligen, ist auch für die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB als Rechtsgrundlage kein Raum. Die ergänzende Vertragsauslegung erweist sich auch vor folgendem Hintergrund als verfehlt: Wie bereits dargestellt, hat die Rechtsprechung einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch in Konstellationen bejaht, in denen die Interessen von Gläubiger und Drittem gegenläufig waren.⁴⁴ In solchen Fällen wäre es deshalb nur schwer erklärbar, warum sich aus ergänzender Vertragsauslegung eine Schutzwirkung zugunsten des Dritten ergeben soll. Der Vertragsgläubiger ist doch in einem solchen Fall an der Einbeziehung des Dritten überhaupt nicht interes-

³⁹ Abgesehen davon erweist sich die These, es sei widersprüchlich, wenn der Vertragsgläubiger die Haftung zu seinen eigenen, nicht aber zulasten des Dritten beschränken könne, auch in der Sache als unrichtig, vgl. unten unter 5.

⁴⁰ Zutreffend *Zenner*, NJW 2009, 1030 (1033).

⁴¹ BGHZ 159, 1 (4)= NJW 2004, 3035 (3036); BGH NJW 2004, 3630 (3632); BGH NJW 2001, 3115; BGHZ 133, 168 (170) = NJW 1996, 2927 (2928); BGHZ 138, 257 (261) = NJW 1998, 1948 (1949); BGHZ 126, 297 (303) = NJW 1994, 2417 (2419); *Grüneberg*, in Palandt: Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 328 Rn. 14; *Jagmann* (Fn. 10), § 328 Rn. 93 ff.; *Zugehör*, NJW 2000, 1601 (1603); *ders.*, NJW 2008, 1105 (1110). Die Rechtsprechung hat die Frage nach der Rechtsgrundlage allerdings zum Teil auch ausdrücklich offengelassen (z.B. in BGHZ 56, 269 [273] = NJW 1971, 1931 [1932] und in BGH NJW 1975, 867) und zuweilen auch als unerheblich angesehen (BGH NJW 1977, 2073 [2074]).

⁴² *Ellenberger*, in Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 157 Rn. 3; *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2010, § 157 Rn. 19.

⁴³ BGHZ 77, 301 (304); 40, 91 (103); BGH NJW 2004, 1873.

⁴⁴ BGH NJW 2001, 3115 (3116); BGH NJW 1984, 355. Instrukтив auch die Fallkonstellation in BGH NJW 2002, 3625: warum sollten Versicherung und Gutachter daran interessiert sein, den Versicherten in den Schutzbereich des Gutachtervertrages aufzunehmen?

³⁵ Vgl. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Vorb. § 823 Rn. 47 ff.

³⁶ Nicht umsonst rekurriert *Neuner*, JZ 1999, 126 (128), auf den sozialen Schutz des Dritten.

³⁷ Vgl. BGH NJW 2001, 3115 (3116); BGH NJW 1984, 355.

³⁸ *Bydlinksi*, JBl. 1960, 359 (363).

siert. Daran zeigt sich, dass der Vertrag zugunsten Dritter grundsätzlich als ein Konstrukt institutioneller Natur anzusehen⁴⁵ und der Disposition der Vertragsparteien jedenfalls insoweit entzogen ist, als eine Vereinbarung zu einer gegenüber dem Vertragsgläubiger isolierten Schlechterstellung des Dritten führt. Noch weitergehend lässt sich sagen, dass es sich beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht um eine vertragliche, sondern funktionell um eine deliktische Haftung des Schuldners handelt,⁴⁶ die bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die Privilegien einer vertraglichen Haftung genießt.

5. Haftungsbeschränkungen gegenüber dem Gläubiger, die sich zulasten des Dritten auswirken

Von der Frage der *isolierten* Abdingbarkeit zulasten des Dritten zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit eine Haftungsbeschränkung des Schuldners *gegenüber dem Vertragsgläubiger* auch die Haftung gegenüber dem Dritten tangiert. Sofern beispielsweise der Schuldner die Haftung für einfache Fahrlässigkeit gegenüber dem Vertragsgläubiger wirksam ausgeschlossen hat: Kann er diese Haftungsbeschränkung auch gegenüber dem Dritten geltend machen? Die ganz überwiegende Auffassung bejaht dies.⁴⁷

Argumentiert wird hierbei mit der Überlegung, der Dritte könne vernünftigerweise nicht mehr Rechte aus dem Vertrag herleiten als der Vertragsgläubiger selbst. Wenn die Rechtsordnung dem Schuldner gestatte, seine Haftung gegenüber dem Vertragspartner einzuschränken, dann müsse dies erst recht gegenüber (unbekannten) Dritten möglich sein.

Dass dies jedoch nicht ausnahmslos gelten kann,⁴⁸ mag folgendes Beispiel illustrieren: Eine Krankenversicherung macht ihre Entscheidung, dem Versicherungsnehmer vermögenswerte Leistungen zukommen zu lassen, von einem Gutachten zum Gesundheitszustand des Versicherungsnehmers ab-

hängig.⁴⁹ Der Gutachter gibt im Gutachten eine falsche Einschätzung ab, wodurch dem Versicherungsnehmer Leistungen der Krankenkasse entgehen.⁵⁰ Wenn sich in diesem Fall der Schuldner – also der Gutachter – zumindest partiell von der Haftung für den Fall freigezeichnet hat, dass er eine bestehende Krankheit des Versicherungsnehmers verkennt, dann kann diese Haftungsfreizeichnung doch nicht zulasten des Versicherungsnehmers wirken. Für den Vertragsgläubiger – die Versicherung – besteht in dieser Konstellation nämlich überhaupt kein Anreiz, einer Haftungsfreizeichnung nicht zuzustimmen. Denn die Folgen eines fehlerhaften Gutachtens können ja von vornherein nur bei dem Dritten – dem Versicherungsnehmer – eintreten.⁵¹

Das Problematische an der Argumentation ist nämlich wiederum, dass sie mit der unzutreffenden Prämisse arbeitet, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter basiere auf einer Parteiabrede. Wenn dem so wäre, könnte der Dritte in der Tat nicht mehr Rechte aus der Vereinbarung herleiten als der Vertragsgläubiger selbst. Vergegenwärtigt man sich aber, dass die Interessen von Vertragsgläubiger und Drittem – wie auch im genannten Beispielfall – keineswegs immer gleichläufig sind, so ergibt es auch keinen Sinn, eine gleichzeitige Haftungsfreizeichnung gegenüber Gläubiger und Drittem der Parteiabrede zu überantworten. Zu sachgerechten Ergebnissen führt auch hier nur die Erkenntnis, dass es sich beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter funktionell um eine deliktische Haftung des Schuldners handelt. Zwar kann auch eine deliktische Haftung grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen werden. Ein Haftungsausschluss kann aber nur dann zulasten des Dritten wirken, wenn die Interessen von Vertragsgläubiger und Drittem als so gleichläufig angesehen werden können, dass der Vertragsabschluss durch den Vertragsgläubiger materiell einer rechtsgeschäftlichen Vertretung des Dritten nahekommt.

IV. Fazit

Die Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Karlsruhe erweisen sich zwar im Ergebnis als richtig, da in den konkret entschiedenen Fällen die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht gegeben waren. Ihre Begründungen sind jedoch widersprüchlich und unzutreffend. Insbesondere die These, eine Haftung des Schuldners über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sei durch die Vertragsparteien frei abdingbar, erscheint nicht haltbar. Aus diesem Grund kann als dogmatische Grundlage für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch die ergänzende Vertragsauslegung nicht herhalten. Der

⁴⁵ So ohnehin die in der Literatur vorherrschende Auffassung, Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 37. Aufl. 2013, § 33 Rn. 6; Zenner, NJW 2009, 1030 (1033); Neuner, JZ 1999, 126 (128); Bayer, JuS 1976, 475; Larenz (Fn. 28), § 17 II.; Stadler (Fn. 10), § 328 Rn. 21; Gottwald (Fn. 10), § 328 Rn. 165 f.; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, 8. Aufl. 1999, S. 270.

⁴⁶ Zu Recht weist Gsell, LMK 2003, 42, darauf hin, dass die Handhabung des Kriteriums des hypothetischen Parteiwillens durch den BGH zu inkonsequenten Ergebnissen führt. Auch Esser/Schmidt (Fn. 45), betonen, dass der Drittschutz „kein rechtsgeschäftliches Problem darstellt“.

⁴⁷ BGHZ 56, 272; OLG Hamm, Urt. v. 5.9.2013 – 21 U 143/12, Rn. 60 (zit. nach juris); Gottwald (Fn. 10), § 328 Rn. 244 ff., 257; Jagmann (Fn. 10), § 328 Rn. 17; Schulze, in: Schulze, Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 328 Rn. 19; Ebke, JZ 1998, 991 (996).

⁴⁸ Differenzierend auch Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 307, die betonen, „dass die Schutzpflicht gegenüber den Dritten wesentlich stärker sein kann als gegenüber dem Vertragspartner“.

⁴⁹ Die sozialrechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens im konkreten Fall unterstellt.

⁵⁰ Nach BGH, Urt. v. 17.9.2002 – X ZR 237/01, Rn. 15 (zit. nach juris), soll ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in dieser Konstellation denkbar sein.

⁵¹ Dieses Kriterium bemüht auch OLG Hamm, Urt. v. 5.9.2013 – 12, 21 U 143/12, Rn. 60, wenn auch nur im Zusammenhang mit einem isoliert zulasten des Dritten wirkenden Haftungsausschluss.

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist vielmehr als Konstrukt institutioneller Natur anzusehen, welches einer funktionell deliktischen Haftung des Schuldners unter bestimmten Voraussetzungen die Privilegien des Vertragsrechts zukommen lässt. Hieraus folgt weiterhin, dass nicht nur eine isoliert zulasten des Dritten wirkende Haftungsfreizeichnung des Schuldners unzulässig ist, sondern auch eine Haftungsfreizeichnung gegenüber dem Vertragsgläubiger nicht zulasten des Dritten wirken kann, sofern die Interessen von Vertragsgläubiger und Dritten nicht gleichläufig sind.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Matthias Fervers, München