

Professor Dr. Jörg Neuner, Augsburg

## Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen

Der vertragliche Drittschutz wird sowohl in der neueren Rechtsprechung als auch im wissenschaftlichen Diskurs zum Teil bedenklich weit ausgedehnt. Der folgende Beitrag versucht, dieser Entwicklung entgegenzuwirken. Es werden deshalb die Legitimationsgrundlagen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, der Drittschadensliquidation sowie der culpa in contrahendo näher analysiert und auf dieser Basis die einzelnen Rechtsinstitute tatbestandlich voneinander abgegrenzt. Dabei zeigt sich, daß zur Vermeidung sachwidriger Extensionen noch ein zusätzliches Institut anzuerkennen ist, nämlich der „Vertrag mit Schadensliquidation zugunsten Dritter“.

In seiner Monographie „Grundsatz und Norm“ beschreibt *Josef Esser* sehr anschaulich die Entdeckung von „neuen“ Rechtsprinzipien<sup>1</sup>: Diese haben zunächst ihre Inkubationszeit, werden sodann an einem exemplarischen Fall offenkundig und bahnen sich daraufhin den Weg in das allgemeine juristische Bewußtsein. Die weitere Entwicklung von neu entdeckten Rechtsgrundsätzen ist freilich nicht selten ebenso signifikant: Der anfangs restriktiven Handhabung folgt eine Verselbständigung, die wissenschaftliche Diskussion gewinnt eine Eigendynamik und der Blick auf die gesetzliche Einbindung, sowohl hinsichtlich der Regel- als auch der Prinzipienebene, geht zunehmend verloren. Ein markantes Beispiel für dieses Phänomen bildet der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, dessen Anwendungsbereich mittlerweile jede dogmatische Kontur zu verlieren droht und über dessen rechtsfortbildenden Charakter kaum mehr reflektiert wird<sup>2</sup>. Im folgenden soll daher der Versuch unternommen werden, die gesetzlichen Grundwertungen bei Schuldverhältnissen zu rekonstruieren, um auf dieser Basis vor allem das Verhältnis zwischen vertraglicher Schutzwirkung, Drittschadensliquidation sowie der culpa in contrahendo wieder systemkonform definieren zu können.

### I. Allgemeine Grundlegungen

Sowohl die Privilegierung als auch die Inanspruchnahme von Dritten nach vertraglichen Grundsätzen hängt von zwei Faktoren ab. Zunächst kommt es entscheidend darauf an, unter welchen Voraussetzungen ein Schuldverhältnis mit vertragsrechtlichem Inhalt überhaupt begründet wird. Daran anschließend stellt sich die Frage nach den Auswirkungen eines solchen Schuldverhältnisses gegenüber Dritten.

#### 1. Die Konstituierung von Schuldverhältnissen

§ 241 S. 1 BGB bestimmt, daß „kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt (ist), von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“. Ein solches Rechtsverhältnis kann vornehmlich auf zwei verschiedene Weisen entstehen: Entweder durch rechtsgeschäftliches Einverständnis, also autonom,

oder durch Anordnung des Gesetzes und richterliche Rechtsfortbildung, mithin heteronom<sup>3</sup>. Diese geltungstheoretische Differenzierung schließt indes nicht aus, daß bei einem heteronom begründeten Schuldverhältnis dieselben haftungsrechtlichen Maßstäbe anzuwenden sind wie bei einer vertraglichen Beziehung. Es betrifft dies insbesondere die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß, für die bereits ein „rechtsgeschäftlicher Kontakt“ genügt, um für einen Vertrauensschaden eintreten zu müssen.

#### 2. Die Wirkung von Schuldverhältnissen

Das BGB geht im Regelfall davon aus, daß bei einem Schuldverhältnis für die Beteiligten Rechte und Pflichten nur untereinander, also ohne Berücksichtigung von Drittinteressen, bestehen. Dies entspricht im Bereich des Vertragsrechts dem Grundsatz der Privatautonomie, der den einzelnen Rechtssubjekten nicht nur die Kompetenz zur inhaltlichen Gestaltung von Rechtsverhältnissen, sondern auch zur selbstbestimmten Wahl des Vertragspartners eröffnet. Man kann in diesem Zusammenhang folglich auch von einem Schutz der negativen Vertragsfreiheit sprechen<sup>4</sup>, die auf verfassungsrechtlicher Ebene in der Konzeption der Grundrechte als Abwehrrechte ihr Pendant findet. Darüber hinaus gebietet auch das Erfordernis der Rechtssicherheit, daß die jeweiligen Rechtsfolgen für den Schuldner vorhersehbar und kalkulierbar bleiben und nicht durch Ansprüche Dritter unberechenbar werden<sup>5</sup>. Diese allgemeinen Grundanforderungen sind im BGB in zwei verschiedenen Prinzipien näher verankert:

##### a) Der Grundsatz der Relativität

Der Relativitätsgrundsatz besagt, daß durch ein Schuldverhältnis nur die an ihm Beteiligten berechtigt und verpflichtet werden<sup>6</sup>. Dieses Prinzip ist im BGB zwar nicht *expressis verbis* normiert, doch kann man es aus verschiedenen Einzelregelungen, insbesondere den §§ 241, 305 BGB, ableiten. Auch ein Umkehrschluß aus den Bestimmungen über den privatautonom legitimierten Vertrag zugunsten Dritter gemäß §§ 328 ff. BGB sowie die Sonderregelungen bei Herausgabeansprüchen gemäß §§ 556 Abs. 3, 581 Abs. 2, 604 Abs. 4 BGB belegen die grundsätzliche Relativität von Schuldverhältnissen<sup>7</sup>. Die allgemeine Aussage des Relativitätsgrundsatzes, daß Schuldverhältnisse nur *inter partes* wirken, kann man sowohl von einem externen als auch von einem internen Standpunkt aus näher präzisieren. In der Gesamtschau lassen sich im wesentlichen folgende Konsequenzen aufzeigen<sup>8</sup>:

<sup>3</sup> Siehe dazu nur *Medicus*, Schuldrecht I Allg. Teil, 10. Aufl. 1998, Rz. 55 ff.; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 6 3 f. (S. 112 ff.).

<sup>4</sup> Siehe namentlich *Kramer*, in: MünchKomm., BGB, 3. Aufl. 1994, Rz. 14 Einl. zu Bd. 2 Schuldrecht Allg. Teil.

<sup>5</sup> Vgl. auch *Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989, S. 11, 39, 45 f., 91 ff.

<sup>6</sup> Vgl. nur *Denck* JuS 1981, 9 ff. (9); *Keitel*, Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, 1988, S. 94 m.w.N.

<sup>7</sup> Siehe näher *Traugott*, Das Verhältnis von Drittschadensliquidation und vertraglichem Drittschutz, 1997, S. 16 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Diese Kriterien wurden bereits weitgehend von *Canaris* im Hinblick auf den Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis formuliert; vgl. *Canaris*, 1. FS Larenz, 1973, S. 799 ff. (802 f.); siehe ferner z.B. auch *Medicus*, Bürgerliches Recht, 17. Aufl. 1996, Rz. 667.

<sup>1</sup> 4. Aufl. 1990, S. 53 ff.

<sup>2</sup> Eine Ausnahme bildet aber z.B. *Honsell* JZ 1985, 952 ff. (953): „... gefährliche Erosion der Grundstrukturen des Schuldrechts“; siehe ferner von den Vertretern der „Realen Rechtslehre“ namentlich *Ziegler*, Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?, 1978, S. 27 ff.

(1) Die Relativität des Schuldverhältnisses impliziert eine Ausschlußwirkung in dem Sinne, daß Dritte von dem Schuldverhältnis nicht erfaßt werden, also daraus weder Rechte noch Pflichten ableiten können. Insbesondere die Regelungen über die Stellvertretung gemäß §§ 164 ff. BGB bilden hiervon keine Ausnahme, da der Vertretene seine Parteistellung rechtsgeschäftlich herbeiführt und der Kontrahent aufgrund des Offenheitsgebots über die Person des Vertragspartners informiert ist<sup>9</sup>.

(2) Gleichsam spiegelbildlich zur externen Dimension gewährleistet der Relativitätsgrundsatz im Verhältnis der Beteiligten untereinander, daß nur zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger eine Rechtsbeziehung besteht. Demzufolge können die Parteien auch lediglich aus dieser Beziehung Verteidigungsrechte herleiten. Es bedeutet dies zum einen, daß jeder Partei ihre Einwendungen gegen die andere Partei zu erhalten sind. In diesem Sinne legt daher beispielsweise § 404 BGB fest, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Umgekehrt ist jede Partei vor Einwendungen, die der Schuldner aus einem Rechtsverhältnis zu Dritten ableitet, zu schützen. Dieses grundsätzliche Verbot der *exceptio ex iure tertii* ist seit alters her anerkannt und liegt auch dem geltenden Recht zugrunde, wie sich namentlich aus einem Umkehrschluß zu § 9 Abs. 3 VerbrKrG ergibt<sup>10</sup>.

(3) An der Schnittstelle zwischen der internen und der externen Dimension des Relativitätsgrundsatzes liegt schließlich die gerechte Verteilung des Insolvenzrisikos. Auch hierbei gilt es zu berücksichtigen, daß jede Partei grundsätzlich das Risiko der Zahlungsunfähigkeit desjenigen zu tragen hat, der ihr als Schuldner gegenübersteht, zumal sie sich diesen bei Verträgen selbst ausgesucht hat.

#### b) Der Grundsatz des Gläubigerinteresses

Während das Relativitätsprinzip die Inter-partes-Wirkung von Schuldverhältnissen festlegt, bestimmt der Grundsatz des Gläubigerinteresses, daß der Anspruchsinhaber lediglich seinen eigenen Schaden, nicht aber den Schaden eines Dritten geltend machen kann<sup>11</sup>. Wertungsmäßig liegen beide Grundsätze auf einer Ebene, da jeweils verhindert werden soll, daß der Schuldner mit unübersehbaren Forderungen unbillig konfrontiert wird. Positivrechtlich kann man das Dogma vom Gläubigerinteresse folglich auch schon aus dem Relativitätsgrundsatz ableiten, denn es ist – abgesehen von möglichen Einwendungen und dem Insolvenzrisiko – weitgehend das gleiche, ob ein Dritter einen eigenständigen Schadensersatzanspruch hat oder der Schaden des Dritten durch eine Partei des Schuldverhältnisses geltend gemacht wird. Auch die durch das deliktsrechtliche Enumerationsprinzip gezogenen Grenzen wären fast wirkungslos, wenn der Verletzte Drittschäden liquidieren könnte<sup>12</sup>. Neben verschiedenen weiteren normtextuellen Ausprägungen (vgl. z. B. § 251 BGB) kommt schließlich noch entscheidend hinzu, daß die Gesetzesverfasser des BGB zunächst eine Normierung der Drittschadensliquidation als explizite Ausnahme von dem als selbstverständlich erachteten Grundsatz des Gläubigerinteresses erwogen, diesen Sonderfall aber letztlich der richterlichen Rechtsfortbildung überließen<sup>13</sup>.

### 3. Die Möglichkeiten richterlicher Rechtsfortbildung

Berücksichtigt man den Gesetzgeberwillen sowie den Wortlaut und die Systematik des Gesetzes, erweisen sich die Prinzipien der Relativität und des Gläubigerinteresses somit als prägende Elemente eines Schuldverhältnisses<sup>14</sup>. Dieser methodologische Befund schließt eine richterliche Rechtsfortbildung zwar nicht per se aus, doch trifft grundsätzlich denjenigen die Argumentationslast, der ein Abweichen von diesen Maximen fordert<sup>15</sup>. Sieht man von Einzelanalogien zu gesetzlich normierten Ausnahmetatbeständen ab, kommen als allgemeine Legitimationsgrundlagen einer Rechtsfindung *praeter legem* hauptsächlich drei Prinzipien in Betracht:

#### a) Das Vertrauensprinzip

Eine Sonderstellung nimmt zunächst der Grundsatz des Vertrauensschutzes ein. Dieser vermag zwar unter besonderen Voraussetzungen ein gesetzliches Schuldverhältnis zu konstituieren<sup>16</sup>, doch handelt es sich insoweit nicht um einen Drittschutz im engeren Sinn, sondern um die unvermittelte Erlangung einer selbständigen Gläubigerposition. Notwendige Bedingung eines solchen Anspruchs aus Vertrauenshaftung ist dabei zumindest ein Handeln innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs<sup>17</sup>, weil die Vertrauenshaftung ein Korrelat der Privatautonomie bildet<sup>18</sup>. Diese Einschränkung ist methodologisch zudem auch deshalb geboten, weil das Institut der Vertrauenshaftung anderenfalls die vom BGB vorgezeichnete Unterscheidung von deliktischer und vertraglicher Haftung aufheben und durch eine allgemeine Billigkeitshaftung entwerten würde.

#### b) Das Sozialstaatsprinzip

Während das Vertrauensprinzip originäre Ansprüche gegenüber Dritten begründet, verkörpert das Sozialstaatsprinzip eine Legitimationsbasis für die Privilegierung Dritter aufgrund eines fremden Schuldverhältnisses, da dieses Prinzip namentlich eine besondere Fürsorge und Hilfestellung zugunsten einzelner Personengruppen verlangt<sup>19</sup>. Das Paradigma hierfür bildet der Schutz der Familie<sup>20</sup>. Auch der moderne Privatrechtsgesetzgeber läßt sich von diesem Prinzip vielfach leiten, so daß der soziale Gedanke mittlerweile zu den systemtragenden Elementen des Privatrechts gehört<sup>21</sup>. Die Einwirkungen und Ausprägungen des Sozialstaatsprinzips auf einfachgesetzlicher Ebene bedürfen indes stets einer de-

<sup>9</sup> Vgl. nur *Kramer*, in: MünchKomm (Fn. 4), Rz. 25 Einl. zu Bd. 2 m.w.N.

<sup>10</sup> Siehe dazu im einzelnen *Henke* (Fn. 5), S. 45 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. *Büdenbender* JZ 1995, 920 ff. (920); *Medicus* (Fn. 3), Rz. 609; *Hagen*, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, 1971, S. 1; *von Schroeter* Jura 1997, 343 ff. (343).

<sup>12</sup> Vgl. *Medicus*, in: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl. 1983, Rz. 181 zu § 249; *Traugott* (Fn. 7), S. 15.

<sup>13</sup> Prot. I, S. 298 ff.; Mot. II, S. 17; siehe dazu auch *Urban*, „Vertrag“ mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, 1989, S. 15.

<sup>14</sup> Vgl. auch *Ziegltrum*, Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, 1992, S. 151 f.

<sup>15</sup> Siehe dazu aus rechtstheoretischer Sicht auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 305; *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 45, 60 f.

<sup>16</sup> Siehe dazu näher *Canaris*, 2. FS Larenz, 1983, S. 27 ff. (102 ff.); *Kramer* (Fn. 4), Rz. 73 ff.; siehe ferner auch unten bei Fn. 121 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, 14. Aufl. 1987, § 9 I (S. 105 f.); *Fikentscher*, Schuldrecht, 9. Aufl. 1997, Rz. 69 („Rechtsverhältnis der Vertragsanbahnung“).

<sup>18</sup> Vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 439 ff.; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 24. Aufl. 1998, Rz. 4 zu § 12.

<sup>19</sup> Siehe zum Inhalt des Sozialstaatsprinzips im einzelnen *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR I 1987, Rz. 25 ff. zu § 25; *Badura* Der Staat 14 (1974), S. 17 ff. (22 ff.); zuletzt *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 73 ff., 123 ff.

<sup>20</sup> Vgl. auch *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 361 („... das wichtigste „Sozialrecht““).

<sup>21</sup> Vgl. *Larenz*, Allg. Teil des BGB, 7. Aufl. 1989, § 3 I (S. 52); siehe ferner eingehend *Neuner* (Fn. 19), S. 219 ff.

taillierten methodologischen Beweisführung<sup>22</sup>. Es geht daher auf keinen Fall an, unter der unsubstantiierten Berufung auf Art. 20 Abs. 1 GG den prinzipiellen Vorrang des Relativitätsgrundsatzes in Frage zu stellen.

### c) Das Prinzip von Treu und Glauben

Ebensowenig wie das Sozialstaatsprinzip erlaubt auch der Grundsatz von Treu und Glauben eine dogmatisch unangeleitete Billigkeitsjudikatur zu Lasten der Privatautonomie<sup>23</sup>. Lediglich in besonderen Ausnahmefällen gebietet diese Maxime eine Beschränkung selbstbestimmten Handelns nach Maßgabe allgemein anerkannter Redlichkeitsstandards, was im Einzelfall wiederum zu einer Drittbegünstigung führen kann. Neben dem Sozialstaatsprinzip vermag demnach zwar grundsätzlich auch das Prinzip von Treu und Glauben eine Einbeziehung Dritter in vertraglich gewährten Schutz zu rechtfertigen, doch bedarf es hier ebenfalls stets eines konkreten Nachweises, warum die Wirkungen eines Schuldverhältnisses exzeptionellerweise auch Außenstehende erfassen. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Maximen liegt darin, daß das Sozialstaatsprinzip vornehmlich eine Ausprägung der *iustitia distributiva* darstellt, während das Gebot von Treu und Glauben bereits der *iustitia commutativa* immanent ist<sup>24</sup>. Demzufolge stellt das Sozialstaatsprinzip in erster Linie auf die Schutzbedürftigkeit des Dritten ab, wohingegen das Prinzip von Treu und Glauben primär auf die Vertragsparteien ausgerichtet ist und diese rechtsethischen Mindestanforderungen unterwirft.

## II. Die einzelnen Rechtsinstitute

Vor dem Hintergrund der dargestellten gesetzlichen Wertungen und Prinzipien ist es nunmehr möglich, die Legitimation sowie den Anwendungsbereich der einzelnen Rechtsinstitute näher zu bestimmen. Sowohl aus methodologischen als auch aus staatstheoretisch-kompetenzrechtlichen Gründen ist dabei jeweils vorrangig die gesetzliche Regelebene zu beachten, ehe eine Rechtsfortbildung auf allgemeine gesetzesimmanente Grundsätze gestützt wird<sup>25</sup>.

### 1. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Eine „vertragliche“ Schutzwirkung zugunsten Dritter bedeutet konstruktiv, daß ein am Schuldverhältnis nicht Beteiligter einen eigenen Anspruch gegenüber dem Schuldner erlangt. Aus Sicht des Schuldners handelt es sich hierbei um eine Risikovermehrung, da ein weiterer potentieller Gläubiger hinzutritt<sup>26</sup>.

#### a) Rechtsgrundlage

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bewirkt eine Durchbrechung des Relativitätsgrundsatzes. Er läßt sich weder auf eine Analogie zu den auf Leistungspflichten zugeschnittenen § 328 BGB stützen<sup>27</sup> noch auf eine ergänzende

Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zurückführen<sup>28</sup>, da die Annahme eines entsprechenden Parteiwillens regelmäßig fiktiv ist<sup>29</sup> und Schutzpflichten überdies auch im vorvertraglichen Stadium oder bei Unwirksamkeit des Vertrags bestehen können<sup>30</sup>. Ein vertraglicher Drittschutz ist des weiteren auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB ableitbar<sup>31</sup>, da seitens des Schuldners kein unbilliges Verhalten gegenüber dem Gläubiger vorliegt und die Inter-partes-Beschränkungen unter dem Gesichtspunkt der Austauschgerechtigkeit ebenfalls nicht zu beanstanden sind<sup>32</sup>. Auch der Aspekt des Vertrauensschutzes ist schließlich nicht weiterführend, weil dieser eine Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr voraussetzt und der Dritte, der einen anderen lediglich beim Einkauf begleitet oder in dessen Wohnung besucht, sich gerade nicht selbst rechtsgeschäftlich engagiert<sup>33</sup>. Die Rechte aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter werden deshalb von einem anderen Schuldverhältnis abgeleitet, wobei die außenstehende Person – qua definitionem – mangels eines eigenen „rechtsgeschäftlichen Kontakts“ in keiner direkten, vertrauensrechtlich relevanten Beziehung zum Schuldner steht. Anders gewendet gibt die Konstruktion einer „vertraglichen“ Schutzwirkung zugunsten Dritter also nur dann einen Sinn, wenn zwischen dem Dritten und dem Schuldner noch kein unmittelbares, haftungsbegründendes Vertrauensverhältnis besteht<sup>34</sup>, sondern die Begünstigung aufgrund sonstiger, nicht vertrauensspezifischer Wertungen erfolgt. Von maßgeblicher Bedeutung ist demnach vielmehr ein bestimmtes Näheverhältnis zu dem am Rechtsverkehr teilnehmenden Gläubiger, das es geboten erscheinen läßt, besondere Personengruppen zu privilegieren. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter findet eine Rechtfertigung deshalb allein im Sozialstaatsprinzip und dessen konkreten Ausprägungen<sup>35</sup>.

#### b) Voraussetzungen

Im näheren ist ein solcher Sozialschutz nur unter drei Voraussetzungen zu gewähren:

(1) Als erste Bedingung muß, wie bereits erwähnt, eine besondere Gläubignähe vorliegen, die ausnahmsweise eine Gleichbehandlung von Dritten mit dem Gläubiger rechtfertigt. Die Rechtsordnung erkennt ein entsprechendes Näheverhältnis im wesentlichen bei familien-, arbeits- und mietrechtlichen Beziehungen an<sup>36</sup>. Dies folgt zum einen aus der Verfassung, da gemäß Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe und Familie unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung steht<sup>37</sup> und auch die Stellung der Arbeitnehmer<sup>38</sup> sowie der

<sup>22</sup> Siehe dazu aus der neueren Literatur nur *Urban* (Fn. 13), S. 99ff.; *Ziegltrum* (Fn. 14), S. 110ff. m.w.N.

<sup>23</sup> Dies gilt auch und erst recht für den Versuch, aus dem Willen der Parteien sog. „Netzverträge“ abzuleiten; nicht überzeugend insoweit *Rohe*, *Netzverträge*, 1998, S. 141 ff.; *Möschel* AcP 186 (1986), S. 187 ff. (211 ff.).

<sup>30</sup> Siehe bereits *Canaris* JZ 1965, 475 ff. (477 f.).

<sup>31</sup> So aber z.B. *BGHZ* 74, 281 ff. (290) = JZ 1979, 725 (727 f.) m. Anm. v. *Bar*; 69, 82 ff. (86).

<sup>32</sup> Vgl. auch schon *Bastein*, *Zur Drittwirkung von Verträgen*, 1963, S. 70 ff.

<sup>33</sup> Siehe dazu auch schon oben bei Fn. 17 f.

<sup>34</sup> Zu dem fehlgeleiteten Versuch, die Vertrauenshaftung durch vertretungsrechtliche Konstruktionen auszudehnen, siehe näher unten bei Fn. 124 f.

<sup>35</sup> Siehe zur Verankerung des vertraglichen Drittschutzes im Sozialstaatsgedanken auch schon *Medicus* JuS 1974, 613 ff. (622); *Kümmeth*, *Die dogmatische Begründung des Rechtsinstituts des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, 1976, S. 229 ff.; eingehend *Bastein* (Fn. 32), S. 87 ff.

<sup>36</sup> In diesem Sinne auch die ältere Judikatur, vgl. *BGH* NJW 1977, 2208 ff. (2209); NJW 1968, 1929 ff. (1931).

<sup>37</sup> Siehe dazu auch *Keitel* (Fn. 6), S. 123 ff.

<sup>38</sup> Vgl. *BVerfGE* 84, 133 ff. (146 f.); *Dieterich*, *Grundgesetz und Privat-*

<sup>22</sup> Vgl. *BVerfGE* 65, 182 ff. (193) = JZ 1984, 184 (185); *Hopt*, *Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, 1975, S. 284.

<sup>23</sup> Vgl. nur *Medicus* (Fn. 3), Rz. 132 ff.

<sup>24</sup> Siehe zur Unterscheidung dieser beiden Gerechtigkeitsformen zuletzt *Canaris*, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Privatrecht*, 1997, S. 9 ff. m.w.N.

<sup>25</sup> Siehe dazu näher *Neuner*, *Die Rechtsfindung contra legem*, 1992, S. 103 ff., 122 f.; *ders.* ZHR 157 (1993), S. 243 ff. (259).

<sup>26</sup> Vgl. *Medicus* (Fn. 8), Rz. 841; *Strauch* JuS 1982, 823 ff. (825).

<sup>27</sup> Siehe zur Entwicklung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter durch die ältere Rechtsprechung in Anlehnung an § 328 BGB näher *Ziegltrum* (Fn. 14), S. 11 ff.; *Keitel* (Fn. 6), S. 7 ff. m.w.N.

Mieter<sup>39</sup> grundrechtlich besonders geschützt ist. Zum anderen besteht auch auf einfachgesetzlicher Ebene ein exeptioneller Schutz dieser Personengruppen, wie sich namentlich aus den §§ 619, 537 Abs.3 BGB ergibt. Der gemeinsame Telos dieser Schutzbestimmungen liegt dabei darin, daß der einzelne in die jeweiligen Rechtsverhältnisse existentiell eingebunden ist. Weder die Familie noch der Arbeitsplatz und auch nicht die Wohnung sind Rechtsgüter, die zur uneingeschränkten Disponibilität des Betroffenen stehen, da er auf diese in seinem Dasein fundamental angewiesen ist. Sofern die Eltern, der Arbeitgeber oder der Vermieter mit einem anderen ein Schuldverhältnis begründen, sind folglich auch die Kinder, die Arbeitnehmer und die Mieter den Gefahren einer Leistungsstörung mehr oder weniger zwangsläufig ausgesetzt<sup>40</sup>. Aufgrund dieser besonderen, gesetzlich anerkannten sozialen Schutzbedürftigkeit ist somit ausnahmsweise ein vertraglicher Drittschutz gerechtfertigt. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis von Privatautonomie und Sozialschutz schließt weitere Einzelanalogien nicht aus. So mag man etwa in Erwägung ziehen, den Drittschutz auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken<sup>41</sup>. Methodologisch ist es indes nicht mehr vertretbar, wenn die neuere Rechtsprechung die „Wohl und Wehe“-Formel aufgibt und nur noch eine Drittbezogenheit der Leistung verlangt<sup>42</sup>, da damit eine gesetzliche Grundwertung, nämlich das Relativitätsprinzip, aus den Angeln gehoben wird<sup>43</sup>.

(2) Für die Annahme vertraglicher Schutzwirkungen ist ferner notwendig, daß der Dritte typischerweise mit der geschuldeten Hauptleistung in Berührung kommt, d.h. sich bestimmungsgemäß im Leistungsbereich aufhält<sup>44</sup>. Diese Einschränkung ist teleologisch schon deshalb geboten, weil der Dritte nur dann besonders schutzwürdig ist, wenn er sich aufgrund des Näheverhältnisses gleichsam unentrinnbar den Gefahren der Leistung ausgesetzt sieht. Eine typische Leistungsberührung durch den Dritten fehlt dabei insbesondere dann, wenn dieser lediglich anstelle des Gläubigers mit den Gefahren einer Leistungsstörung konfrontiert wird und sich damit aus Sicht des Schuldners rein zufällig im Leistungsbereich befindet. Zur Verdeutlichung der Problematik denke man an den Fall, daß Teile der Wohnungseinrichtung dem Mieter von einem Familienangehörigen geliehen worden sind. Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

scheidet hier notwendig aus, weil der Dritte nur aufgrund einer besonderen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung mit der Hauptleistung in Kontakt kommt, während andererseits der Vermieter lediglich eine Haftung für Schäden an Einrichtungsgegenständen seines Vertragspartners gem. § 538 BGB einkalkulieren muß, es also eine bloß zufällige Schadensverlagerung darstellt, wenn diese im Eigentum eines Dritten stehen<sup>45</sup>. Hinzu kommt, daß auch dem Mieter potentielle Gegenrechte (z.B. ein Zurückbehaltungsrecht) abgeschnitten würden, wollte man einen Direktanspruch des Dritten gegen den Vermieter zulassen<sup>46</sup>. Ein vertraglicher Drittschutz setzt somit unter dem Aspekt der „Leistungs-“ bzw. „Schuldernähe“ voraus, daß der Schaden typischerweise auch, also kumulativ und nicht nur im Sinne einer zufälligen Verlagerung, beim Dritten auftreten kann. Das Musterbeispiel einer solchen Risikovermehrung bildet der Fall, daß der Dritte beim Besuch des Mieters infolge eines Mangels der Mietsache am Körper oder an den bei dieser Gelegenheit mitgebrachten Sachen einen Schaden erleidet.

(3) Als weitere Voraussetzung muß schließlich der Kreis der geschützten Personen für den Schuldner erkennbar sein<sup>47</sup>, da auch und gerade eine soziale Inpflichtnahme nicht zu unkalkulierbaren und unversicherbaren Risiken führen darf. Sofern man die Leistungs- und Gläubignähe restriktiv interpretiert, ist eine subjektive Vorhersehbarkeit indes bereits weitgehend gewährleistet, wohingegen für die h.M. dieser Aspekt eine zentrale Bedeutung zur Eindämmung von Billigkeitsentscheidungen erlangt.

Um eine völlige Ausuferung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu verhindern, sieht sich die h.M. darüber hinaus veranlaßt, ein weiteres Korrektiv, nämlich die „Schutzbedürftigkeit des Dritten“, zu postulieren<sup>48</sup>. Die Schutzbedürftigkeit soll dabei in concreto entfallen, wenn der Dritte eigene vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Hauptgläubiger geltend machen kann<sup>49</sup>. Diese Argumentation ist indes schon konstruktiv verfehlt, weil der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Gegensatz zur Drittschadensliquidation eine Risikovermehrung bewirkt und daher der Schädiger und der Hauptgläubiger gegebenenfalls gesamtschuldnerisch haften<sup>50</sup>. Wertungsmäßig kommt entscheidend hinzu, daß beim vertraglichen Drittschutz im Unterschied zur Drittschadensliquidation der Dritte gerade nicht das Insolvenzrisiko des Hauptgläubigers tragen soll, da er nicht aufgrund einer rein privatautONOMEN Entscheidung, sondern vor allem wegen des sozialen Näheverhältnisses zum Gläubiger den Gefahren einer Leistungsstörung durch den Schuldner ausgesetzt ist. Im übrigen leuchtet auch vom Ergebnis her nicht ein, weshalb beispielsweise ein arglistiges Handeln des Hauptgläubigers, das eine Haftung gemäß § 463 BGB auslöst, dem getäuschten Dritten Ansprüche gegen den Schädiger soll entziehen können. Insgesamt betrachtet ist das Kriterium der Schutzbedürftigkeit somit als ungeeignetes Mittel zu qualifizieren<sup>51</sup>, um des von der Rechtsprechung selbst ausgelösten Dammbruchs im Bereich des vertraglichen Drittschutzes wieder Herr zu werden.

autonomie im Arbeitsrecht, 1995, S. 32; *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 37 ff.; *Badura*, FS Berber, 1973, S. 11 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *BVerfGE* 89, 1 ff. (5 ff.); *J. Hager* JZ 1994, 373 ff. (375); *Derleder* WuM 1993, 514 ff.; *Paschke*, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete, 1991, S. 226 ff.

<sup>40</sup> Es betrifft dies nicht nur Gefährdungen durch „außenstehende“ Dritte (z.B. aufgrund eines Hausverwaltervertrages, vgl. *BGH* NJW 1968, 1323 f., 1324), sondern gilt im Grundsatz auch für die Beziehung der Mieter und Arbeitnehmer untereinander; siehe *Riesenhuber*, Die Rechtsbeziehungen zwischen Nebenparteien, 1997, S. 149 ff.

<sup>41</sup> So z.B. *Jagmann*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb., 1995, Rz. 105 Vorbem. zu §§ 328 ff.; *Bayer* JuS 1996, 473 ff. (478) m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. *BGHZ* 129, 136 ff. (167) = JZ 1995, 1064 (1071), dazu *Lutter*, S. 1053; 70, 327 ff. (329) = JZ 1978, 238 (238 f.); *BGH* NJW 1985, 489 f. (489 f.); 1984, 355 ff. (356); selbst bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen nunmehr auch *BGHZ* 127, 378 ff. (380 ff.) = JZ 1995, 306 (306 ff.); bestätigt durch *BGH* JZ 1998, 624 ff. (625); 1013 ff. (1014) mit kritischer Anm. von *Ebke* JZ 1998, 991 ff.; dem *BGH* grundsätzlich zustimmend u.a. *Gottwald*, in: MünchKomm. (Fn. 4), Rz. 88 ff. zu § 328; *H.P. Westermann*, in: *Erman*, BGB, 9. Aufl. 1993, Rz. 13 f. zu § 328; *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 193; *Riesenhuber* (Fn. 40), S. 162 f.; *Walker* AcP 194 (1994), S. 295 ff. (316) m.w.N.

<sup>43</sup> Kritisch dazu auch schon *Honsell* JuS 1976, 621 ff. (626 f.); *Berg* NJW 1978, 2018 f. (2019).

<sup>44</sup> Vgl. auch *BGHZ* 70, 327 ff. (329) = JZ 1978, 238 (238 f.); *Gottwald*, in: MünchKomm. (Fn. 4), Rz. 87 zu § 328; *Jagmann*, in: *Staudinger* (Fn. 41), Rz. 104 Vorbem. zu §§ 328 ff.

<sup>45</sup> Siehe auch *Medicus* (Fn. 8), Rz. 842.

<sup>46</sup> Zur Drittschadensliquidation siehe unten bei Fn. 97.

<sup>47</sup> Vgl. nur *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, 57. Aufl., 1998, Rz. 18 zu § 328; *Jagmann*, in: *Staudinger* (Fn. 41), Rz. 107 Vorbem. zu §§ 328 ff. m.w.N.

<sup>48</sup> Vgl. nur *Gottwald*, in: MünchKomm. (Fn. 4), Rz. 92 zu § 328; *Jagmann*, in: *Staudinger* (Fn. 41), Rz. 108 Vorbem. zu §§ 328 ff. m.w.N.

<sup>49</sup> *BGHZ* 129, 136 ff. (169) = JZ 1995, 1064 (1071); 70, 327 ff. (328 ff.) = JZ 1978, 238 (238 f.); Voraussetzung ist allerdings, daß es sich um einen inhaltsgleichen Anspruch handelt, vgl. *BGH* NJW 1993, 655 ff. (656); *OLG Köln* NJW-RR 1992, 49.

<sup>50</sup> Vgl. auch *Berg* NJW 1978, 2018 f. (2019).

<sup>51</sup> Kritisch z.B. auch *Gernhuber* (Fn. 3), § 21 II 5 (S. 526).

### c) Die Abhängigkeit vom primären Schuldverhältnis

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vermittelt dem Begünstigten zwar einen eigenen Schadensersatzanspruch, doch gründet sich dieser auf das rechtliche Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger. Sofern es sich bei dem primären Schuldverhältnis um eine vertrauensrechtliche Beziehung handelt, müssen folglich die Anspruchsvoraussetzungen auch im Hinblick auf den Dritten erfüllt sein. An einem notwendigen Vertrauenstatbestand fehlt es insbesondere dann, wenn dessen Entstehen durch einen Haftungsausschluß (einseitig) verhindert wird<sup>52</sup>.

Fraglich ist, ob der Dritte neben einem Vertrauensschutz auch in den Genuß einer gesetzlichen Garantiehaftung, insbesondere gemäß § 538 Abs. 1 Alt. 1 BGB, kommt. Knüpft man an die Lehre vom „gesetzlichen Schuldverhältnis“ an<sup>53</sup>, liegt es nahe, eine Garantiehaftung gegenüber Dritten abzulehnen, da dies gerade zu einer verschuldensunabhängigen Haftung ohne Sanktionierung einer Schutzpflichtverletzung führen würde<sup>54</sup>. Sieht man die Legitimationsgrundlage des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter demgegenüber richtigerweise im Sozialstaatsprinzip begründet, ist es nur konsequent, die Garantiehaftung genauso wie die Vertrauenshaftung auf Dritte zu erstrecken<sup>55</sup>. Da das Sozialstaatsprinzip lediglich eine Gleichbehandlung mit dem Gläubiger zu legitimieren vermag, ist es in der Gegenrichtung aber ebenfalls nur konsequent, daß ein Haftungsausschluß sich zu Lasten des Dritten mitauswirkt. Auch vom Ergebnis her wäre es absonderlich, wenn beispielsweise der Mieter weniger Schutz genießen würde als der in der Wohnung lediglich mitlebende Ehepartner<sup>56</sup>.

Problematisch ist ferner, inwieweit sich der Dritte Einwendungen, nämlich vor allem ein Mitverschulden des Gläubigers, entgegenhalten lassen muß. Auf den ersten Blick scheint eine Analogie zu § 334 BGB nahezuliegen<sup>57</sup>, da der Dritte seine Rechte aus dem Näheverhältnis zum Gläubiger ableitet. Bei differenzierter Betrachtung erweist sich diese Schlußfolgerung indes als wenig tragfähig, denn die Regelung des § 334 BGB betrifft lediglich die vertragliche Leistungsebene<sup>58</sup>. Im Ergebnis wirkt sich die Streitfrage allerdings grundsätzlich nur auf die sachgerechte Verteilung des Insolvenzrisikos aus, da der Schuldner in der Regel gemäß § 426 Abs. 1, 2 BGB beim Gläubiger Regreß nehmen kann, es sei denn, ein Haftungsprivileg wie nach § 1664 Abs. 1 BGB oder §§ 104ff. SGB VII erlangt ausnahmsweise eine Außenwirkung<sup>59</sup>. Hinsichtlich der Verteilung des Insolvenzrisikos ist dabei auch im vorliegenden Kontext zu berücksichtigen, daß dieses beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Gegensatz zur Drittschadensliquidation prinzipiell der Schuldner trägt<sup>60</sup>. Das Hauptargument bildet

hierfür wiederum die Erwägung, daß das Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem nicht rein privatautonom interpretiert werden kann, sondern von sozialen Komponenten mitgeprägt wird. Es leuchtet dies am Beispiel der Beziehung des Kindes zu seinen Eltern sofort ein, das sich jene nicht aussuchen kann und aus deren Handeln es im Rahmen einer Sonderverbindung ohne primäre Leistungspflichten auch keine potentiellen Vorteile zu ziehen vermag<sup>61</sup>. Dasselbe gilt in abgeschwächter Form auch für Arbeitnehmer und Mieter, da diese ebenfalls in existentieller Weise in die vertragliche Beziehung zum Gläubiger eingebunden sind und sich den Gefahren einer Leistungsstörung durch den Schuldner deshalb nur unverhältnismäßig schwer entziehen können. Sofern man den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter restriktiv handhabt und von einer besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit abhängig macht, ist es im Ergebnis somit nur folgerichtig, den Dritten mit Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger grundsätzlich nicht zu belasten<sup>62</sup>.

## 2. Drittschadensliquidation

Im Unterschied zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erfolgt bei der Drittschadensliquidation eine Abwicklung „übers Eck“. Konstruktiv wird also der Schaden zum Anspruch gezogen.

### a) Rechtsgrundlage

Das Institut der Drittschadensliquidation bedeutet rechtsdogmatisch eine Durchbrechung des Grundsatzes des Gläubigerinteresses, da der Schaden eines Dritten geltend gemacht werden kann. Teleologisch ist kennzeichnend, daß die Drittschadensliquidation nur den Ausgleich einer zufälligen Schadensverlagerung bezweckt<sup>63</sup>, wohingegen der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu einer Risikovermehrung führt<sup>64</sup>. Das Ziel der Drittschadensliquidation besteht also lediglich darin, daß dem Schädiger eine Entlastung des Gläubigers durch Dritte nicht zugute kommen soll. Entsprechend diesem Billigkeitsgedanken findet die Drittschadensliquidation ihre Rechtsgrundlage im Prinzip von Treu und Glauben begründet. Zu erwägen ist daneben noch ein Analogieschluß zu der speziellen Norm des § 701 BGB<sup>65</sup>, doch steht dem entgegen, daß der historische Gesetzgeber die Drittschadensliquidation gerade nicht selbst normieren wollte und stattdessen eine bewußte, anfängliche Regelungslücke schuf<sup>66</sup>.

### b) Voraussetzungen

Das für die Drittschadensliquidation maßgebliche Kriterium der zufälligen Schadensverlagerung ist in zweifacher Hinsicht präzisierungsbedürftig. Zum einen setzt es voraus, daß

52 Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1. Teil, 3. Aufl. 1988, Rz. 31 m.w.N.

53 Siehe dazu *Canaris* JZ 1965, 475 ff. (477 ff.); *Strauch* JuS 1982, 823 ff. (826) m.w.N.

54 So im Ergebnis namentlich *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Bd. I/2, 7. Aufl. 1993, § 34 IV 2c (S. 254).

55 Für eine Garantiehaftung zugunsten Dritter auch die h.M.; vgl. *BGHZ* 49, 350 ff. (354); *Gottwald*, in: MünchKomm. (Fn. 4), Rz. 98, 130 zu § 328 m.umf.Nachw.

56 Für eine generelle Erstreckung des Haftungsausschlusses auf Dritte auch die h.M.; vgl. *BGHZ* 56, 269 ff. (274) = JZ 1971, 695 (696 f.); *Heinrichs*, in: *Palandt* (Fn. 47), Rz. 20 zu § 328; *Hadding*, in: *Soergel*, BGB, 12. Aufl. 1990, Rz. 22 zu Anh. § 328 m.w.N.

57 So in der Tat die h.M.; vgl. *BGHZ* 127, 378 ff. (385, mit Ausnahme bei gegenläufigen Interessen) = JZ 1995, 306 (307); *Hadding*, in: *Soergel* (Fn. 56), Rz. 23 zu Anh. § 328; *Jagmann*, in: *Staudinger* (Fn. 41), Rz. 109 Vorbem. zu §§ 328 ff.; *Canaris* JZ 1998, 603 ff. (604).

58 Vgl. *Esser/Schmidt* (Fn. 54), § 34 IV 2c (S. 254); *Assmann* JuS 1986, 885 ff. (888); *Berg* NJW 1978, 2018 f. (2019); *Denck* JuS 1976, 429 ff. (430).

59 Siehe dazu näher *J. Hager* NJW 1989, 1640 ff. (1642 ff.).

60 Siehe auch schon oben bei Fn. 50.

61 Vgl. auch *Denck* JuS 1976, 429 ff. (430); *Marburger* JR 1975, 369 ff. (370); unrichtig demgegenüber *BGH* NJW 1975, 867 ff. (868 f.).

62 So auch *Gernhuber* (Fn. 3), § 21 II 7c (S. 532 f.); *Esser/Schmidt* (Fn. 54), § 34 IV 2c (S. 254); *Bayer* JuS 1996, 473 ff. (477).

63 Vgl. *BGHZ* 133, 36 ff. (41); *BGH* NJW 1998, 1864 ff. (1865, verbunden mit der zutreffenden Forderung, daß eine Drittschadensliquidation dem Willen des Geschädigten entsprechen muß); *Walker* AcP 194 (1994), S. 295 ff. (303); *Adolff*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Anwälte bei der Abgabe von Third Party Legal Opinions, 1997, S. 109 m.w.N.

64 Vgl. nur *Medicus* (Fn. 8), Rz. 841; *Steding* JuS 1983, 29 ff. (32); *Ries* JA 1982, 453 ff. (455 ff.); *Grunsky*, in: MünchKomm. (Fn. 4), Rz. 117 Vor § 249 m.w.N.

65 Siehe zu dem dort geregelten Fall der Drittschadensliquidation näher *Werner*, in: *Staudinger* (Fn. 41), Rz. 59 zu § 701 m.w.N.

66 Vgl. oben Fn. 13.

der Schaden theoretisch, d. h. ohne Verlagerung, auch beim Gläubiger hätte eintreten können. Es muß sich also um ein Schuldverhältnis handeln, das auch ohne Beteiligung und potentielle Schädigung eines Dritten vorstellbar ist<sup>67</sup>. Fehlt dieser Bezugspunkt, kann man von einer zufälligen Schadensverlagerung nicht mehr sinnvoll sprechen, sondern es handelt sich dann vielmehr um einen originären Drittschaden. Zur Veranschaulichung denke man beispielsweise an die Lastschriftfälle<sup>68</sup>, den Testamentsfall<sup>69</sup> oder die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung<sup>70</sup>, die dadurch gekennzeichnet sind, daß jeweils notwendig und von vornherein erkennbar ein Dritter beteiligt ist, bei dem der potentielle Schaden eintritt. Als Kontrast dazu betrachte man die klassischen Anwendungsgebiete der Drittschadensliquidation, nämlich die mittelbare Stellvertretung, die Fälle obligatorischer Gefahrentlastung (Versendungskauf gemäß § 447 BGB, Werkvertrag gemäß § 644 BGB, Vermächtnis gemäß § 2174 BGB) sowie die Obhutsfälle<sup>71</sup>, bei denen der Schaden normalerweise beim Verletzten eingetreten wäre und aus Sicht des Schädigers nur zufällig einen anderen trifft<sup>72</sup>. Das Kriterium der zufälligen Schadensverlagerung ist somit zunächst von originären Drittschäden abzugrenzen, die aufgrund der konkreten Schuldverhältnisse von vornherein nur bei Dritten entstehen können und deshalb ein aliud, also einen fremdartigen Schaden und damit korrespondierend ein fremdartiges Risiko verkörpern.

Des weiteren darf die Drittschadensliquidation auch nicht zu einer Risikovermehrung führen, da sie lediglich eine unbillige Entlastung des Schädigers verhindern soll. Dieser Telos ist insbesondere bei den Obhutsfällen zu berücksichtigen<sup>73</sup>. Eine Drittschadensliquidation kommt demgemäß nur in Betracht, wenn anstelle der Drittschädigung Rechtsgüter des Gläubigers verletzt worden wären. Es ist also danach zu fragen, ob ohne Beteiligung Dritter ein Schaden typischerweise beim Gläubiger entstanden wäre. Daran fehlt es zum Beispiel im „Nitrierofen-Fall“<sup>74</sup>, in dem zwei verschiedene Auftraggeber bei einem Werkunternehmen Nitriergut in denselben Ofen eingebracht haben<sup>75</sup>. Theoretisch war zwar denkbar, daß durch den unsachgemäßen Zustand eines Nitriergutes auch Eigentum des Werkunternehmers verletzt wird, doch befanden sich in dem Nitrierofen regelmäßig Werkstücke verschiedener Auftraggeber. Es handelte sich folglich um keine Schadensverlagerung, sondern um eine rein deliktsrechtlich relevante Risikovermehrung. Dasselbe gilt beispielsweise auch für den Fall, daß ein Dritter für die Zeit seines Urlaubs einen Bekannten bittet, ein wertvolles Bild in dessen Mietwohnung deponieren zu dürfen. Eine Drittschadensliquidation in Verbindung mit einem Anspruch aus § 538 Abs. 1 BGB scheidet hier ebenfalls aus, da

ohne die Beteiligung des Dritten der Schaden normalerweise nicht entstanden wäre. Anders ist die Rechtslage hingegen, wenn der Obhutspflichtige den Gegenstand in vertragstypischer Weise wie einen eigenen nutzt oder verwertet. Leihet der Dritte dem Mieter einen Einrichtungsgegenstand oder stehen bei einem gewerblichen Mieter die Verkaufsobjekte im Eigentum eines Dritten, handelt es sich folglich hinsichtlich der Vermieterhaftung um eine bloß zufällige Schadensverlagerung und damit um einen Anwendungsfall der Drittschadensliquidation<sup>76</sup>.

### c) Schadensberechnung

Da die Drittschadensliquidation eine Durchbrechung des Grundsatzes vom Gläubigerdogma darstellt und lediglich eine unbillige Entlastung des Schädigers infolge einer zufälligen Schadensverlagerung zu verhindern bezweckt, ist es grundsätzlich geboten, den Schaden aus der Sicht des Mittelmannes und nicht des Dritten zu bestimmen. Nach der Differenzhypothese liegt zwar kein eigener Schaden des Gläubigers vor, doch ist – wertungsmäßig übereinstimmend mit der Lehre vom normativen Schadensersatz sowie der zu versagenden Vorteilsausgleichung – der Ersatzanspruch regelmäßig auf typische Schäden, wie sie beim Verletzten normalerweise zu erwarten gewesen wären, zu begrenzen<sup>77</sup>. Als Hauptargument spricht hierfür, daß der Schädiger bei rechtsgeschäftlichen Beziehungen nur dieses Risiko einzukalkulieren braucht und sein entsprechendes Vertrauen auch schutzwürdig ist, da die vertragliche Abschlußfreiheit gerade die Abschätzung von Haftungsrisiken mitumfaßt. Sofern demgegenüber eingewandt wird, daß sich auch bei der Zession die Person ändere, aus welcher der Schaden zu berechnen sei<sup>78</sup>, ist dies bereits in der Prämisse als unrichtig zurückzuweisen, denn auch hier ist der Schaden auf die Höhe zu begrenzen, die dem Zedenten zu ersetzen gewesen wäre<sup>79</sup>. Dieses Ergebnis läßt sich zum einen unmittelbar aus den §§ 398, 399 BGB ableiten, wonach der Zessionar nur erwarten kann, „an die Stelle des bisherigen Gläubigers“ zu treten, also wie der ursprüngliche Gläubiger behandelt zu werden. Zum anderen ist rechtsgeschäftlich kennzeichnend, daß der Schuldner sich allein gegenüber dem Zedenten zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet hat. Der Vorhalt, daß das Vertrauen des Schuldners in die konkreten Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung nicht geschützt sei<sup>80</sup>, ist dabei schon deshalb verfehlt, weil gegenüber dem Zessionar überhaupt keine unmittelbaren, privatautonom begründeten Pflichten bestehen und in diesem Verhältnis folglich auch von einem vertragsspezifischen Vertrauen von vornherein nicht gesprochen werden kann. Der Tatbestand der Vertragsverletzung beschränkt sich vielmehr auf das konkrete Schuldverhältnis und wird auch durch dieses allein definiert, so daß der Schuldner gegenüber unbeteiligten Dritten nicht auf die begrenzten Folgen eines rechtswidrigen Verhaltens,

67 So auch Traugott ZIP 1997, 872 ff. (874 f.); ders. (Fn. 7), S. 84 ff.

68 Vgl. etwa BGHZ 69, 82 ff.; siehe ferner z. B. auch BGHZ 96, 9 ff. (zum Scheckinkasso).

69 BGH JZ 1966, 141 ff.

70 Siehe dazu namentlich Walker AcP 194 (1994), S. 295 ff.

71 Siehe dazu nur BGHZ 40, 91 ff. (100 ff.); Larenz (Fn. 17), § 27 IV b (S. 462 ff.); von Schroeter Jura 1997, 343 ff. (346 ff.); siehe ferner zur Drittschadensliquidation bei der Sicherungszession namentlich Heinrich WuB IV A. § 398 BGB 1.98 m.w.N.

72 Hierunter fällt ferner z. B. auch der Anspruch des Zweitkäufers trotz Gewährleistungsausschlusses auf Abtretung von Schadensersatzansprüchen des Zweitverkäufers gegen den Erstverkäufer wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers; vgl. Wackerbarth ZIP 1997, 2037 ff. (2039); offen gelassen von BGH ZIP 1997, 242 ff. (243) m.w.N.

73 Siehe dazu auch schon oben bei Fn. 45 f.

74 BGHZ 133, 168 ff. = JZ 1997, 358 m. Anm. W. Lorenz, wo der BGH zutreffenderweise auch einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ablehnte.

75 A.A. Traugott ZIP 1997, 872 ff. (877 f.).

76 A.A., nämlich für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bei Geschäftsräumen, BGHZ 49, 350 ff.; Heinrichs, in: Palandt (Fn. 47), Rz. 29 zu § 328.

77 Vgl. auch Grunsky, in: MünchKomm. (Fn. 4), Rz. 119 ff. Vor § 249; Urban (Fn. 13), S. 55 ff.; Steding JuS 1983, 29 ff. (30 f.); a.A. Lange, Schadensersatz, 2. Aufl. 1990, S. 462 ff.; Medicus, in: Staudinger (Fn. 12), Rz. 198 zu § 249 m.w.N.

78 Siehe Medicus, in: Staudinger (Fn. 12), Rz. 184, 198 zu § 249; Robe (Fn. 29), S. 112; Breinersdorfer, Die Haftung der Banken für Kreditauskünfte gegenüber dem Verwender, 1991, S. 149; Traugott (Fn. 7), S. 18.

79 Vgl. Peters JZ 1977, 119 ff. (120 ff.); M. Junker AcP 195 (1995), 1 ff. (2 ff.) m.w.N.; für den Sonderfall der Sicherungszession grundsätzlich auch BGH NJW-RR 1997, 663 f. (664); BGHZ 128, 371 ff. (376 ff.).

80 Vgl. Dörmer, Dynamische Relativität, 1985, S. 259; Gernhuber, FS Raiser, 1974, S. 57 ff. (86).

sondern lediglich auf die Relativität des Schuldverhältnisses vertraut. Im Rahmen von rechtsgeschäftlichen Beziehungen ist bei einer zufälligen Schadensverlagerung der Ersatzanspruch somit stets aus der Person des Mittelmannes heraus festzulegen. Es bedeutet dies in concreto, daß bei einer obligatorischen Gefahrentlastung nur der Wiederbeschaffungswert sowie die Gewinnspanne des Gläubigers, nicht aber diejenige des Hintermannes zu erstatten ist<sup>81</sup>. Auch bei der mittelbaren Stellvertretung sind folgerichtig die individuellen Schadensposten des Hintermannes nicht berücksichtigungsfähig, zumal der Hintermann durch die Wahl jener Rechtsform sich selbst vor unmittelbaren Erfüllungs- und Schadensersatzansprüchen des Vertragsgegners abschirmen will<sup>82</sup>. Zutreffenderweise judiziert daher auch der *BGH* in neuester Zeit, daß bei einer Auskunftseinholung in verdeckter Stellvertretung der Schaden des mittelbar Vertretenen nicht geltend gemacht werden kann, da dieser selbständige Vermögensdispositionen getroffen hat und somit schon tatbestandlich kein Fall der Drittschadensliquidation vorliegt<sup>83</sup>.

Fraglich ist allerdings, ob nicht zumindest bei deliktischem Handeln der spezifische Schaden des Dritten zu ersetzen ist. In diesem Fall verletzt der Schädiger nämlich Pflichten, die inter omnes bestehen und ist zudem unter vertrauensrechtlichen Aspekten grundsätzlich auch nicht schutzwürdig<sup>84</sup>. Methodologisch ist gleichwohl zu bedenken, daß eine Schadensberechnung aus Sicht des Hintermannes eine über die Drittschadensliquidation noch hinausgehende Rechtsfortbildung darstellt. Infolgedessen trägt derjenige die Argumentationslast, der für eine Berechnung aus der Perspektive des Hintermannes plädiert. Hinreichende Gründe für eine solche Rechtsfortbildung sind jedoch nicht erkennbar, zumal das geltende Deliktsrecht vom Grundsatz geprägt wird, daß mittelbar Geschädigte in der Regel überhaupt keinen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer haben<sup>85</sup>. Zu erwägen verbleibt allenfalls, ob nicht ausnahmsweise bei vorsätzlichem Handeln eine gegenteilige Bewertung geboten ist, da bei dieser Handlungsform namentlich auch eine Aufrechnung gemäß § 393 BGB sowie ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 2 BGB für unzulässig erklärt werden. Diese Sonderregelungen betreffen indes nur den Ausschluß von Einwendungen und lassen sich nicht generell als Grundlage für eine Haftungserweiterung bei vorsätzlichem Handeln heranziehen. Insgesamt gesehen ist der Schaden bei der Drittschadensliquidation somit stets aus der Position des Mittelmannes heraus zu bestimmen.

#### d) Die Abhängigkeit vom primären Schuldverhältnis

Anders als beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat der Dritte bei der Drittschadensliquidation keinen Direktanspruch gegen den Schuldner, sondern kann lediglich vom Gläubiger die Abtretung der Ansprüche gegen den Schädiger oder die Herausgabe des bereits Empfangenen verlangen. Es hat dies konkurs- und zwangsvollstreckungsrechtlich zur Folge, daß der Geschädigte grundsätzlich nur einen Verschaffungsanspruch gegen den Gläubiger geltend machen kann. Ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO bzw.

eine Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO kommen nur in besonderen Fällen, wie etwa beim Kommissionsgeschäft gemäß § 392 Abs. 2 HGB<sup>86</sup>, in Betracht, da hier eine Offenkundigkeit kraft Gewerbes besteht<sup>87</sup>. Diese insolvenzrechtliche Privilegierung gilt hingegen nicht allgemein für die mittelbare Stellvertretung<sup>88</sup>, denn nach der klaren gesetzgeberischen Regelungsabsicht trägt grundsätzlich der Auftraggeber das Konkursrisiko des Beauftragten<sup>89</sup>. Angesichts dieser legislativen Vorgaben verbietet sich in der Folge auch die Annahme eines aussonderungsberechtigenden Treuhandverhältnisses<sup>90</sup>, zumal ein solches auch schon tatbestandlich ausscheidet, weil der Auftragnehmer das Eigentum weder für seinen Auftraggeber erlangt noch von ihm anvertraut erhalten hat<sup>91</sup>. Des weiteren ist schließlich auch in den übrigen Fallgruppen der Drittschadensliquidation der Hintermann grundsätzlich nicht aussonderungsberechtigt, da dieser lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gemäß § 281 BGB besitzt, der ebenso wie § 816 BGB einen bloßen Verschaffungsanspruch darstellt<sup>92</sup>. Teleologisch ist dieses Ergebnis ferner auch damit zu rechtfertigen, daß bei den Fällen obligatorischer Gefahrentlastung namentlich der Vermächtnisnehmer konkursrechtlich durch den Schadenseintritt nicht besser gestellt werden darf als hinsichtlich seines ursprünglichen Vermächtnisanspruchs<sup>93</sup> und auch in den Obhutsfällen ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 987 ff. BGB eine bloße Konkursforderung verkörpert<sup>94</sup>.

Neben den insolvenzrechtlichen Auswirkungen besteht auch im Hinblick auf die Möglichkeit von Einwendungen und Einreden ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation. Anders als beim vertraglichen Drittschutz kann der Schuldner bei der Drittschadensliquidation nämlich seine Rechte aus dem Grundverhältnis auch gegenüber dem Dritten geltend machen und namentlich die Aufrechnung erklären sowie ein Zurückbehaltungsrecht ausüben<sup>95</sup>. Dogmatisch folgt dies zunächst aus der Stellung des Gläubigers als Träger des Schadensersatzanspruchs, wodurch insbesondere das Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen gewährleistet ist. Wird die Forderung abgetreten, bleiben dem Schuldner seine Verteidigungsrechte gemäß §§ 404, 406 BGB erhalten. Entsprechend der Wertung der §§ 404, 406 BGB sowie dem Grundsatz der Privatautonomie stehen diese Rechte dem Schuldner auch bei einem Kommissionsgeschäft zu. § 392 Abs. 2 HGB enthält keine gegenteilige Anordnung<sup>96</sup>. Da bei einer Drittschadensliquidation eine Abwicklung „übers Eck“ erfolgt, ist ferner charakteristisch,

<sup>81</sup> Vgl. *Hagen* (Fn. 11), S. 191; *Büdenbender* JZ 1995, 920 ff. (928); *Larenz* (Fn. 17), § 27 IV 1 (S. 464); *Ries* JA 1982, 453 ff. (456); a.A. namentlich *Lange*, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, S. 471.

<sup>82</sup> Grundlegend *Peters* AcP 180 (1980), 329 ff. (353); siehe ferner auch *Grunsky*, in: MünchKomm. (Fn. 4), Rz. 119 Vor § 249; *Steding* JuS 1983, 29 ff. (31); a.A. *BGH* NJW-RR 1987, 880 ff. (882); *Hagen* (Fn. 11), S. 255.

<sup>83</sup> *BGHZ* 133, 36 ff. (41 f.).

<sup>84</sup> Siehe näher *Langenbacher* (Fn. 15), S. 132; *Neuner* ZHR 157 (1993), 243 ff. (283).

<sup>85</sup> Siehe näher *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, Bd. II/2, 1994, § 75 I 3 c (S. 357 f.).

<sup>86</sup> Siehe dazu näher *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl. 1997, Anm. 12 zu § 43 KO; *K. Schmidt*, in: MünchKomm., ZPO, 1992, Rz. 42 zu § 771.

<sup>87</sup> Zur ratio von § 392 Abs. 2 HGB siehe näher *Canaris*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 371 ff. (406 f.).

<sup>88</sup> Vgl. *Kilger/Karsten Schmidt* (Fn. 86), Anm. 12 zu § 43 KO; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, Rz. 21 zu § 43; *Lent*, in: *Jaeger*, KO, 8. Aufl., 1958, Anm. 53 zu § 43.

<sup>89</sup> Prot. II, S. 363 ff.; Mot. II, S. 539; siehe dazu aus der Literatur ferner auch *Wittmann*, in: *Staudinger* (Fn. 41), Rz. 7 zu § 667.

<sup>90</sup> A.A. namentlich *Urban* (Fn. 13), S. 157 m.w.Nachw.

<sup>91</sup> Vgl. *RGZ* 84, 214 ff. (217 f.); *Kuhn* WM 1964, 997 ff. (1005); *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 88), Rz. 10 h zu § 43 m.w.Nachw.

<sup>92</sup> Vgl. auch *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 88), Rz. 51 a, 67 zu § 43.

<sup>93</sup> Siehe zu diesem näher *Lent*, in: *Jaeger* (Fn. 88), Anm. 31 zu § 43.

<sup>94</sup> Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 88), Rz. 51 b zu § 43.

<sup>95</sup> Vgl. *Urban* (Fn. 13), S. 157 f. m.w.Nachw.; unzutreffend *Traugott* (Fn. 7), S. 108 f.

<sup>96</sup> Vgl. *BGH* NJW 1969, 276 f.; *Canaris*, Handelsrecht, 22. Aufl. 1995, § 30 V 2 b (S. 440 f.); *Koller*, in: *Staub*, Großkomm. zum HGB, 4. Aufl. 1986, Rz. 20 zu § 392; a.A. (in bezug auf inkonexe Forderungen) *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 4. Aufl. 1994, § 31 V 4 b (S. 911 ff.) m.w.Nachw.

daß auch der Gläubiger Einwendungen gegen den Abtretungsanspruch des Dritten erheben kann. Man denke etwa an die Obhutfälle, bei denen der Gläubiger hinsichtlich des ursprünglichen Herausgabeanspruchs Gegenrechte hätte geltend machen können, die sich nunmehr gegen den Abtretungsanspruch richten<sup>97</sup>. Als weitere Konsequenz aus der fehlenden unmittelbaren schuldrechtlichen Beziehung zwischen dem Schuldner und dem Dritten ergibt sich schließlich, daß eine Haftungsbeschränkung durch den Schuldner ebenfalls mitzuberücksichtigen ist<sup>98</sup>.

### 3. Der Vertrag mit Schadensliquidation zugunsten Dritter

Von der Drittschadensliquidation im Sinne der Kompensation einer zufälligen Schadensverlagerung sind jene Fälle zu unterscheiden, bei denen der Schaden einer vertraglichen Pflichtverletzung typischerweise nicht beim Gläubiger, sondern nur in der Person eines Dritten verwirklicht werden kann. Es entstehen hier also Schadensgefahren schon ursprünglich bei einem Dritten und es läßt sich deshalb mangels eines Vergleichsmaßstabs sinnvollerweise nicht mehr von einer „Schadensverlagerung“ sprechen<sup>99</sup>. So trägt zum Beispiel im Rahmen der gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern von Anfang an der Entleiher und nicht der Verleiher in seiner Funktion als Vertragspartner des Arbeitnehmers das Risiko von Nicht- oder Schlechtleistungen<sup>100</sup>. Ein weiteres Beispiel bilden Mangelfolgeschäden, bei denen erkennbar nicht der Zwischenhändler, sondern der Endabnehmer potentiell geschädigt wird. Angesichts der Prinzipien der Relativität und des Gläubigerinteresses ist eine vertragliche Haftung für solche Drittschäden ebenfalls nur in Ausnahmefällen anzuerkennen, und zwar unter dem Aspekt des „Vertrags mit Schadensliquidation zugunsten Dritter“.

#### a) Rechtsgrundlage

Eine Ersatzpflicht für originäre Drittschäden kommt zunächst im Wege ergänzender Vertragsauslegung in Betracht<sup>101</sup>. Die Annahme eines entsprechenden Parteiwillens erscheint in der Tat naheliegend, wenn dem Dritten zwar kein eigener Erfüllungsanspruch zusteht, dieser aber, wie etwa in dem bekannten Testamentsfall<sup>102</sup>, offenkundig begünstigt werden soll. Andererseits besteht bei dieser Begründungsform wegen der gegenläufigen Interessenlage die generelle Gefahr einer zirkulären Argumentation, und es bleibt zudem die Rechtslage unbefriedigend, wenn die Vertragsparteien einen Haftungsausschluß vereinbart haben oder der Vertrag als solches unwirksam ist. Aus Gründen der Methodenehrlichkeit sowie zum Zwecke der Gewährleistung einer unabdingbaren Sanktionierung ist daher vorrangig das objektiv-rechtliche Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB heranzuziehen, weil und sofern das Fehlen einer Haftung nach Vertragsgrundsätzen grob unbillig wäre.

#### b) Voraussetzungen

Eine Ersatzpflicht für ursprüngliche Drittschäden setzt besondere haftungsbegründende Umstände voraus, die ein Ab-

weichen von der grundsätzlichen Inter-partes-Wirkung von Verträgen rechtfertigen. Solche außergewöhnlichen Faktoren liegen vor, wenn vertraglich vereinbarte Leistungen erkennbar einem Dritten zukommen sollen und deshalb seitens des Gläubigers kein eigener Schaden eintreten kann. Schließt beispielsweise ein Arbeitnehmer mit einem Verleiher einen Vertrag, ist von vornherein klar, daß die Leistung an einen Dritten erbracht werden soll und allein diesen auch mögliche Pflichtverletzungen treffen. Es stellt sich daher hier das Problem, ob vertragliche Pflichtverletzungen sanktionslos bleiben oder der Dritte mitgeschützt werden soll. Definiert man einen Vertrag als „rechtsgeschäftliche Regelung eines Rechtsverhältnisses“<sup>103</sup>, ist es mit dessen Sinn und Zweck unvereinbar, wenn jeder äußere Zwang zu einem vertragskonformen Verhalten entfällt und die Erfüllung von Pflichten dem Belieben des Schuldners überlassen wird<sup>104</sup>. Demzufolge legt zum Beispiel auch § 276 Abs. 2 BGB fest, daß die Haftung des Schuldners wegen Vorsatzes nicht im voraus erlassen werden kann, denn der Gläubiger wäre sonst der reinen Willkür des Schuldners ausgeliefert<sup>105</sup>. Der Legitimationsgrund für eine Drittschadenshaftung ist somit in der Verhinderung eines Leerlaufens von vertraglichen Pflichten zu sehen und resultiert nicht aus einem besonderen Näheverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten. Beispiele hierfür sind: Der Vertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Verleiher, der die Erbringung der Arbeitsleistung an den Entleiher zum Gegenstand hat; der Testamentsfall<sup>106</sup>, bei dem eine Schadensentstehung in der Person des Erblasers ausgeschlossen war und nur bei der Bedachten in Betracht kam; des weiteren zählen hierzu die bekannten Lastschriftfälle<sup>107</sup>, bei denen ebenfalls regelmäßig ein außenstehender Bankkunde von vertraglichen Pflichtverletzungen betroffen ist.

Hiervon zu unterscheiden sind jene Fälle, bei denen zwar ein sanktionsbewehrtes Pflichtenverhältnis zwischen den Vertragsparteien fehlt, die Rechtsgüter des Dritten aber anderweitig geschützt werden. Es betrifft dies insbesondere die Gewährung von Schadensersatzansprüchen gem. § 823 Abs. 1 BGB sowie nach dem Produkthaftungsgesetz. Sofern Rechtsgüter Dritter entsprechend geschützt sind, besteht für eine Anwendung von § 242 BGB kein Bedürfnis, da in diesen Fällen der Schuldner nicht willkürlich und folgenlos Vertragspflichten verletzen kann, sondern zumindest einer außervertraglichen Haftung unterliegt. Zu Recht hat daher der BGH namentlich in der „Hühnerpest-Entscheidung“<sup>108</sup> judiziert, daß die Herstellerin eines Impfstoffes nur gegenüber dem belieferten Tierarzt, nicht aber gegenüber dessen Kunden für ein verunreinigtes Produkt nach Vertragsgrundsätzen haftet. Ein Anspruch aus einem „Vertrag mit Schadensliquidation zugunsten Dritter“ kommt somit grundsätzlich nur bei Vermögensschäden in Betracht, da diesbezüglich ein außervertraglicher Schutz und ein damit korrespondierendes Sanktionspotential weitgehend fehlen.

Eine vertragliche Schadensliquidation zugunsten Dritter setzt ferner voraus, daß der Schaden allein bei dem Dritten und nicht beim Gläubiger eintreten kann. Eine Ausnahme von dieser Exklusivität ist lediglich dann veranlaßt, wenn die

<sup>97</sup> Siehe dazu auch schon oben bei Fn. 46.

<sup>98</sup> Vgl. nur *Urban* (Fn. 13), S. 162.

<sup>99</sup> Vgl. auch *Traugott* (Fn. 7), S. 90.

<sup>100</sup> Siehe dazu auch näher *Walker* AcP 194 (1994), S. 295 ff. (295 ff.).

<sup>101</sup> So insbesondere *Hadding*, FS Werner, 1984, S. 165 ff. (182 ff.); siehe ferner zur Annahme einer vereinbarten „Liquidation des Drittinteresses“ auch schon *BGHZ* 15, 224 ff. (228 f.); *RGZ* 170, 246 ff. (248 ff.); 93, 39 ff. (40 f.); kritisch demgegenüber *Selb* NJW 1964, 1765 ff. (1770 f.).

<sup>102</sup> *BGHZ* 1966, 141 ff.

<sup>103</sup> *Flume*, Allg. Teil des BGB, Bd. II, 3. Aufl. 1979, § 33, 2 (S. 602).

<sup>104</sup> Siehe dazu allgemein in bezug auf den Rechtsbegriff auch *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1994, S. 139 ff.

<sup>105</sup> Siehe zum Normzweck von § 276 Abs. 2 BGB auch *Löwisch*, in: *Staudinger* (Fn. 41), Rz. 94 zu § 276.

<sup>106</sup> *BGHZ* 1966, 141 ff.; siehe dazu auch rechtsvergleichend *W. Lorenz* JZ 1995, 317 ff.

<sup>107</sup> Vgl. z. B. *BGHZ* 69, 82 ff.

<sup>108</sup> *BGHZ* 51, 91 ff. = JZ 1969, 387 m. Anm. *Deutsch*.

Vertragsparteien den Dritten zumindest konkludent in den Schutzbereich miteinbezogen haben. So lag es etwa in dem „Käufergruppe-Fall“<sup>109</sup>, wo dem Sachverständigen unmißverständlich zu erkennen gegeben wurde, daß entweder der Auftraggeber selbst oder die hinter ihm stehende Käufergruppe das zu begutachtende Anwesen erwerben wollen und daher insoweit von einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehung auszugehen war. Ansonsten haftet ein Sachverständiger indes keineswegs gegenüber beliebigen Dritten<sup>110</sup>, sofern er nicht zusätzlich einen besonderen Vertrauenstatbestand gesetzt hat<sup>111</sup>.

Insgesamt ist somit festzuhalten, daß eine Haftung für originäre Drittschäden grundsätzlich nur zur Verhinderung eines Leerlaufens von vertraglichen Pflichten in Betracht kommt. Voraussetzung ist dabei, daß nach dem Sinn und Zweck des Vertrags die vereinbarten Leistungen einem Dritten zukommen sollen, den spiegelbildlich auch allfällige Pflichtverletzungen treffen. Es handelt sich insoweit also nicht um eine zufällige Schadensverlagerung, sondern um Schäden, die als Folge einer vertraglichen Pflichtverletzung von vornherein erkennbar nur bei Dritten auftreten können.

### c) Die Abhängigkeit vom primären Schuldverhältnis

Ebenso wie beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter versteht sich auch bei der Haftung für originäre Drittschäden von selbst, daß der Schaden allein aus der Perspektive des Dritten zu berechnen ist, da er auch nur in dessen Person eintreten konnte. Fraglich ist hingegen, ob dem Dritten ein direkter Anspruch gegenüber dem Schädiger zusteht oder die Abwicklung wie bei der Drittschadensliquidation „übers Eck“ zu erfolgen hat. Unabhängig davon, ob man eine Haftung für ursprüngliche Drittschäden auf eine ergänzende Vertragsauslegung stützt oder aus dem Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB herleitet, sprechen die besseren Gründe für das Erfordernis einer Zession<sup>112</sup>. Sofern man einen Drittschutz privatautonom zu erklären versucht, ist kein Anhaltspunkt ersichtlich, daß die Parteien neben der grundsätzlichen Privilegierung des Dritten auch noch auf die Geltendmachung möglicher Gegenrechte verzichten wollen. Es betrifft dies zunächst den Schuldner, der etwaige Einwendungen gegenüber dem Gläubiger nicht mehr erheben könnte und damit schlechter stünde als im Normalfall vertraglicher Pflichtverletzungen. Aber auch dem Gläubiger würden potentielle Einwendungen gegenüber dem Dritten abgeschnitten, was insofern interessenswidrig ist, als der Primäranspruch auf vertragskonforme Leistung zum Vermögen des Gläubigers gehört und deshalb auch sekundäre Schadensersatzansprüche Dritter wegen vertraglicher Pflichtverletzungen durch das Vermögen des Gläubigers hindurchgehen. Nicht anders ist das Ergebnis, wenn man den Drittschutz rechtsfortbildend aus § 242 BGB herleitet. Der Legitimationsgrund einer solchen Haftung liegt nämlich lediglich darin, ein Leerlaufen von vertraglichen Pflichten zu verhindern und bedeutet nicht, daß zusätzlich die vertraglichen Inter-partes-Wirkungen aufgehoben werden sollen. Dabei ist auch methodologisch zu berücksichtigen, daß eine Rechtsfortbildung möglichst sy-

stemkonform zu erfolgen hat, d.h. sich von gesetzlichen Vorgaben nur soweit entfernen darf als notwendig<sup>113</sup>. In concreto gilt es demnach zwar eine unbillige Haftungslücke bei originären Drittschäden durch eine Einschränkung des Grundsatzes vom Gläubigerinteresse zu verhindern, nicht aber von dem das Schuldverhältnis wesentlich stärker prägenden Relativitätsprinzip abzuweichen. Noch einmal anders gewendet und grundrechtlich formuliert geht es also darum, das Prinzip des schonendsten Eingriffs zu wahren. Des weiteren kommt hinzu, daß ein Direktanspruch des Dritten auch unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten nicht sachgerecht wäre, da es sich bei dem maßgeblichen Primäranspruch auf vertragskonforme Leistung um einen Vermögenswert des Gläubigers handelt, den dieser aufgrund seiner vertraglichen Gegenleistung erworben hat. Zu berücksichtigen ist ferner, daß der Dritte sich den Gläubiger in der Regel auch selbst als Vertragspartner aussuchte. Es wäre deshalb nicht einsichtig, wenn beispielsweise der Entleiher eines Arbeitnehmers im Rahmen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht das Insolvenzrisiko seines Vertragspartners tragen würde.

Nach der Gegenansicht steht dem Dritten bei originären Schäden ein Direktanspruch gegenüber dem Schuldner zu<sup>114</sup>. Auch nach dieser Auffassung kann der Schuldner zwar Einwendungen, die er gegen den Gläubiger hat, gemäß § 334 BGB dem Dritten entgegenhalten<sup>115</sup>, doch wird das Erfordernis einer Zession abgelehnt. Im einzelnen wird argumentiert, daß der Gläubiger kein legitimes Eigeninteresse daran habe, daß der Schadensersatzanspruch durch sein Vermögen gehe, und die Abwicklung „übers Eck“ auch konstruktiv nicht passe, weil es zu Schadensakkumulierungen kommen könne<sup>116</sup>. So sei beispielsweise im Lastschriftfall denkbar, daß die erste Inkassostelle einen zusätzlichen Schaden erleidet, indem sie dem Lastschrifteinreicher die Verfügung über den Lastschriftbetrag erlaubt<sup>117</sup>. Gerade an diesem Beispiel zeigt sich indes, daß die erste Inkassostelle durchaus ein berechtigtes Interesse daran hat, daß der Schaden über ihre Person abgewickelt wird<sup>118</sup>, da sie in diesem Fall dem Abtretungs- bzw. Herausgabeanspruch ihres Kunden eigene Ansprüche, namentlich aus § 607 BGB, entgegenhalten kann<sup>119</sup>. In der Folge erleidet die erste Inkassostelle daher grundsätzlich auch keinen selbständigen Schaden, weil sie wegen des Zessionserfordernisses die ursprüngliche Sicherheit für das Darlehen erlangt und zusätzliche Kreditkosten einen Schadensposten für den Kunden bilden. Aber auch wenn man in Sonderkonstellationen einen eigenen Schaden der ersten Inkassobank annähme, vermag dieser Umstand nicht eine Privilegierung des Dritten im Sinne der Gewährung eines Direktanspruchs zu rechtfertigen. Es erscheint dann angesichts der Sanktionsbewehrtheit des Pflichtenverhältnisses vielmehr fraglich, ob der Drittschaden überhaupt liquidierbar

<sup>113</sup> Vgl. *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965, S. 7 f., 13; *Langenbucher* (Fn. 15), S. 43, 52 ff.

<sup>114</sup> *BGHZ* 69, 82 ff.; *Hüffer* ZHR 151 (1987), 93 ff. (105 f.); *U. Huber*, in: *Hadding/Schneider*, Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung, 1992, S. 33 ff. (64 f.); *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 1997, § 4 Rz. 240; zuletzt *Rohe* (Fn. 29), S. 96 ff.

<sup>115</sup> *Hüffer* (Fn. 114), S. 113 f.

<sup>116</sup> *Canaris* (Fn. 52), Rz. 26.

<sup>117</sup> *Canaris*, aaO.

<sup>118</sup> Die Gefahr einer zufälligen und unverhältnismäßigen Sicherheiten-erlangung wird dadurch verhindert, daß der liquidierbare Schaden von vornherein auf die Höhe der nicht rechtzeitig zurückgeleiteten Lastschrift(en) begrenzt ist, weil auch insoweit nur ein Vertrauenstatbestand hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit des Schuldners begründet wurde.

<sup>119</sup> Vgl. auch *Hüffer* (Fn. 114), S. 105.

<sup>109</sup> *BGH* NJW 1984, 355 ff.

<sup>110</sup> Vgl. jetzt auch *BGHZ* 133, 36 ff.; siehe im übrigen zur neueren Rechtsprechung zu den Gutachterfällen eingehend *Philippson*, Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachte Vermögensschäden, 1998, S. 51 ff. m. umf. N.

<sup>111</sup> Siehe dazu sogleich näher unten bei Fn. 127 f.

<sup>112</sup> Vgl. *Hadding*, FS Werner, 1984, S. 165 ff. (180 ff.); *van Gelder* WM 1995, 1253 ff. (1259 f.); *Breinersdorfer* (Fn. 78), S. 153 ff.; zuletzt *Schön* AcP 198 (1998), 401 ff. (451 f.).

ist. Insgesamt gesehen sind originäre Drittschäden somit stets „übers Eck“ abzuwickeln<sup>120</sup>.

#### 4. Die Haftung aus culpa in contrahendo

Während bei der Gewährung von Drittschutz der Privilegierte als „Dritter“ definiert und nach Vertragsgrundsätzen mitgeschützt wird, wechselt bei der Haftung Dritter aus c.i.c. der Blickwinkel insofern, als nunmehr der Verpflichtete als „Dritter“ bezeichnet wird und aufgrund einer Sonderbeziehung zum Geschädigten haftet. Diese Haftung aus c.i.c. unterscheidet sich dogmatisch von der Haftung für originäre Drittschäden dadurch, daß allein die Verletzung von Schutzpflichten sanktioniert wird und es nicht auf ein Leerlaufen von vertraglichen Pflichten ankommt. Neben einer Haftung aus c.i.c. kann auch eine deliktische Haftung gemäß § 826 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB eingreifen, doch sind hier wegen des Vorsatzerfordernisses die tatbestandlichen Voraussetzungen wesentlich enger<sup>121</sup>.

##### a) Rechtsgrundlage

Der maßgebliche Grund für eine Haftung Dritter aus c.i.c. liegt in der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen<sup>122</sup>. Man kann deshalb auch von einem Unterfall der Vertrauenshaftung sprechen. Aus der Kennzeichnung als Dritthaftung darf allerdings nicht auf einen lediglich abgeleiteten Schutz aus einem anderen Schuldverhältnis geschlossen werden, sondern es besteht vielmehr eine unmittelbare Sonderverbindung zwischen dem Vertrauenden und demjenigen, dem der Vertrauensstatbestand zurechenbar ist.

##### b) Voraussetzungen

Gesetzliche Ausprägungen einer Haftung Dritter aus c.i.c. finden sich u. a. in den Spezialregelungen über die Prospekthaftung gemäß §§ 45 ff. BörsenG, 19f. KAGG, 12 Ausl-InvestmG<sup>123</sup>. Im übrigen kommt eine praeterlegale Dritthaftung aus c.i.c. nur unter besonderen, näher zu qualifizierenden Voraussetzungen in Betracht, da anderenfalls die gesetzlichen Grundwertungen zur vertraglichen und deliktischen Haftung mißachtet würden. Sofern demgegenüber versucht wird, die Vertrauenshaftung durch vertretungsrechtliche Konstruktionen auszudehnen<sup>124</sup>, ist einzuwenden, daß das Stellvertretungsrecht gem. §§ 164 ff. BGB sowohl systematisch als auch von seinem Telos her allein auf das Recht der Willenserklärungen zugeschnitten ist. Es zeigt sich dies besonders deutlich am Offenkundigkeitsgebot gem. § 164 Abs. 1 BGB, das dem potentiellen Vertragspartner gerade eine privatautonome Entscheidung hinsichtlich möglicher Haftungsrisiken eröffnet<sup>125</sup>. Entsprechend der höchst-

richterlichen Judikatur ist eine Eigenhaftung von Vertretern oder Verhandlungsgehilfen dem Grunde nach vielmehr nur möglich, wenn diese ein eigenes, unmittelbares wirtschaftliches Interesse haben oder besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nehmen<sup>126</sup>. Im einzelnen ist für eine Erklärungs haftung erforderlich, daß neben der Inanspruchnahme von besonderem persönlichem Vertrauen die Äußerung auf die Person des Vertrauenden gerichtet ist und auch die sonstigen Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung, nämlich die Gewährung von Vertrauen sowie die Zurechenbarkeit des Vertrauensstatbestands, erfüllt sind<sup>127</sup>. Nach Maßgabe dieser Anforderungen sowie in Analogie zu der gesetzlich geregelten Prospekthaftung kommt eine Dritthaftung aus c.i.c. beispielsweise in Betracht, wenn ein Sachverständiger ein Gutachten im Auftrag des Verkäufers erstattet, das dieser ersichtlich für Verkaufszwecke instrumentalisieren will<sup>128</sup>, wenn ein Anwalt eine sogenannte „Third Party Legal Opinion“ abgibt<sup>129</sup> oder wenn der Arbeitgeber ein Zeugnis über einen Arbeitnehmer erstellt<sup>130</sup>. Da es sich hierbei jeweils um eigenständige, vertrauensrechtlich begründete Ansprüche handelt, sind Dritteinwendungen des Verpflichteten irrelevant und können dem Berechtigten nicht gemäß § 334 BGB entgegengehalten werden<sup>131</sup>.

### III. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Das BGB wird geprägt von den Prinzipien der Relativität und des Gläubigerinteresses. Das Relativitätsprinzip besagt, daß durch ein Schuldverhältnis nur die an ihm Beteiligten berechtigt und verpflichtet werden. Der Grundsatz des Gläubigerinteresses bedeutet, daß der Anspruchsinhaber lediglich seinen eigenen Schaden geltend machen kann. In der Folge trägt grundsätzlich derjenige die Argumentationslast, der ein Abweichen von diesen Maximen fordert.

2. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter findet seine Legitimation im Sozialstaatsprinzip begründet und setzt deshalb ein besonderes Näheverhältnis im Sinne der „Wohl und Wehe“-Formel voraus. Aus Sicht des Schuldners bewirkt dieser Drittschutz eine Risikovermehrung, da ein weiterer potentieller Gläubiger hinzutritt. Vor dem Hintergrund der sozialen Inpflichtnahme wird dem Dritten dabei auch eine gesetzliche Garantiehaftung zuteil und es können ihm Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.

klärungen des redseligen Gastes keine Rechtsfolgen herbeigeführt werden, gegen die sich der Restaurantinhaber nicht zu wehren vermag; kritisch auch *Hagen* AcP 192 (1992), S. 568 ff.

<sup>126</sup> Vgl. *BGHZ* 87, 27 ff. (32 f.); 56, 81 ff. (83 f.) m.w.Nachw.; siehe ferner auch *Heinrichs*, in: *Palandt* (Fn. 47), Rz. 93 ff. zu § 276; *Canaris*, FS Giger 1989, S. 91 ff. (101 ff.).

<sup>127</sup> Siehe dazu eingehend *Adolff* (Fn. 63), S. 122 ff.; sowie bereits grundlegend *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 491 ff.; daneben ist auch hier selbstverständlich der Primat der Regelebene zu beachten; siehe namentlich zu § 323 Abs. 1 S. 3 HGB n.F. (Haftung des Abschlußprüfers) *Ebke* JZ 1998, 991 ff.

<sup>128</sup> Vgl. näher *Canaris* JZ 1995, 441 ff. (444 ff.); siehe ferner auch *ders.* JZ 1998, 603 ff. (605 ff.), hinsichtlich der Erstellung eines Wertgutachtens zum Zwecke der Vorlage bei einem Kreditgeber; kritisch hierzu *Philippsen* (Fn. 110), S. 213 ff., der freilich seinerseits von einem rechtsgeschäftlich nicht begründbaren Garantievertrag ausgeht, aaO. S. 142 ff.

<sup>129</sup> Vgl. näher *Adolff* (Fn. 63), S. 166 ff.

<sup>130</sup> Vgl. *BGHZ* 74, 281 ff. (290 f.) = JZ 1979, 725 (728) m. Anm. v. *Bar*; *Canaris* (Fn. 16), S. 95 f.

<sup>131</sup> Vgl. auch *Canaris* JZ 1995, 441 ff. (445 f.).

<sup>120</sup> Auch nach der EU-Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen vom 27. 1. 1997 (ABl. EG Nr. L 43 v. 14. 2. 1997, S. 25) bestehen Ansprüche des Auftraggebers gegenüber seinem Vertragspartner, wengleich es sich hierbei in Art. 8 Abs. 1 um eine Garantiehaftung handelt; siehe näher *Schneider* EuZW 1997, 589 ff. (591 f.).

<sup>121</sup> Siehe näher *Adolff* (Fn. 63), S. 110 ff. (auch in kritischer Auseinandersetzung mit der Lehre von Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens als Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB).

<sup>122</sup> Vgl. *Ballerstedt* AcP 151 (1950), 501 ff.; *Canaris* JZ 1965, 475 ff. (476) m.w.N.

<sup>123</sup> Siehe näher *Canaris* (Fn. 16), S. 91 ff.

<sup>124</sup> Vgl. *M. Junker*, Die Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht, 1991, S. 23 ff.

<sup>125</sup> Siehe im Kontrast dazu das von *M. Junker*, aaO. S. 47, gebildete Beispiel, in dem ein „mittelbarer Stellvertreter“ dem Restaurantinhaber erzählt, er habe den mitgebrachten Gegenstand für einen Dritten erworben. Der Dritte kann hier selbstverständlich rechtsgeschäftlich in den Vertrag miteinbezogen werden; ansonsten braucht den Restaurantinhaber der Dritte indes nicht zu interessieren, und es können auch durch einseitige Er-

3. Die Drittschadensliquidation ist eine Ausprägung des Prinzips von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, indem sie eine unbillige Entlastung des Schädigers aufgrund einer zufälligen Schadensverlagerung verhindert. Wegen dieser begrenzten, nur an der *iustitia commutativa* ausgerichteten Zielsetzung ist es geboten, den Schaden jeweils aus der Sicht des Mittelmannes zu bestimmen und eine Abwicklung „übers Eck“ vorzunehmen.

4. Der Vertrag mit Schadensliquidation zugunsten Dritter ist ebenfalls auf das Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zurückzuführen, da er ein Leerlaufen von vertraglichen Pflichten und damit ein willkürliches Vorgehen des Schuldners verhindert. Im Unterschied zur Drittschadensliquidation handelt es sich hierbei um Schäden, die als

Folge einer vertraglichen Pflichtverletzung von vornherein nur in der Person eines Dritten verwirklicht werden können. Der Schaden läßt sich in diesen Fällen daher auch nur aus der Perspektive des Dritten berechnen, wobei aber eine Abwicklung „übers Eck“ analog den Grundsätzen der Drittschadensliquidation geboten ist.

5. Die Haftung Dritter aus culpa in contrahendo ist mit dem Prinzip des Vertrauensschutzes zu rechtfertigen. Dieser Grundsatz vermag unter besonderen Voraussetzungen ein gesetzliches Schuldverhältnis zu konstituieren, doch handelt es sich insoweit nicht um einen Drittschutz im engeren Sinn, sondern um die unvermittelte Erlangung einer selbständigen Gläubigerposition. Der Geschützte ist demgemäß auch keinen Dritteinwendungen seines Schuldners ausgesetzt.