

# Das neue Schuldrecht in der Praxis

## Akzente – Brennpunkte – Ausblick

Herausgegeben von

**Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb**

Universität zu Köln, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Europäische Privatrechtsentwicklung, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Richterin am OLG Köln

**Professor Dr. Dr. h. c. Horst Konzen**

Universität Mainz, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Handelsrecht, Zivilprozessrecht

**Professor Dr. Dr. h. c. Karsten Schmidt**

Universität Bonn, Direktor des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht, Vizepräsident der Bucerius Law School in Hamburg



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

---

## **Bibliografische Information Die Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

---

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben vorbehalten.

© Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München 2003  
50926 Köln

E-Mail: [service@heymanns.com](mailto:service@heymanns.com)

<http://www.heymanns.com>

ISBN 3-452-25102-0

Gesamtherstellung: Grafik + Druck GmbH, München

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

# Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform – ein Auslaufmodell?\*

von Hans-Peter Haferkamp

## I. Problemstellung

Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist in der heutigen Schuldrechtsdogmatik ein Haftungsinstitut, dessen Anwendungsbereich immer größer wird. Noch bis in die sechziger Jahre war der Drittschutz durch Vertragseinbindung ein durchaus strukturiertes dogmatisches Lösungsmuster. Durch die bekannte »Wohl-und-Wehe-Formel« begrenzt, wurden Dritten die Vorteile des vertraglichen Haftungsmodells bereitgestellt. Seitdem sind die ehemals anerkannten Grenzen gleichermaßen durch die Literatur wie die Rechtsprechung nach fast allen Seiten aufgeweicht worden<sup>1</sup>. 1965 gewährte der BGH erstmals auch den Ersatz bloßer Vermögensschäden<sup>2</sup>. 1976 wurde eine culpa in contrahendo mit Schutzwirkung für Dritte gewährt<sup>3</sup>. 1977 verzichtete der BGH auf eine Fürsorgepflicht des Gläubigers<sup>4</sup>. Seit 1983 kam mit der Haftung von Sachverständigen gegenüber Dritten die bis heute enorm streitige Fallgruppe der sog. Expertenhaftung hinzu<sup>5</sup>. Seit 1994 können Dritte sogar dann in den Genuß vertraglicher Schadensersatzansprüche kommen, wenn deren Interessen mit den Vertragsinteressen des Gläubigers in einem Gegensatz stehen<sup>6</sup>. Immer deutlicher wird, dass fast alle früher konsentierten Voraussetzungen des vertraglichen Drittschutzes in Auflösung begriffen sind. Mit der Ausweitung der Anwendungsfälle degeneriert der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte immer mehr zu einer dogmatisch unkonturierten Billigkeitshaftung. Der Ruf nach einer dogmatischen Neuordnung dieser Rechtsfigur wird folglich lauter<sup>7</sup>.

Nachfolgend möchte ich diesen Befund zunächst zu einer These verdichten: Der Konturverlust des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte resultiert danach aus dem Übergang von einem subjektiv, also am Parteiwillen orientierten Erklärungsmuster zu objektiv ansetzenden Direkthaftungen. Beispiele sind seitens der Literatur die vielen

\* Text eines Vortrags, den ich am 20.6.2002 an der Universität zu Köln gehalten habe. Die Vortragsform wurde beibehalten, die Nachweise auf das notwendigste beschränkt.

1 Vgl. die Überblicksdarstellungen von *Strauch*, JuS 1982, 823; *ders.*, JuS 1987, 947; *Bayer*, JuS 1996, 473; *Saar*, JuS 2000, 220.

2 BGH NJW 1965, 1955 (»Testament«); Darstellung der Entwicklung bei *Bayer*, JuS 1996, 473.

3 BGHZ 66, 51 (»Gemüseblatt«).

4 BGHZ 69, 82 (»Lastschrift«).

5 BGH NJW 1984, 355 (»Grundstückssachverständiger«); ein wichtiger Vorläufer war BGH NJW 1982, 2431 (»Konsul I«); hierzu *Grunewald*, AcP 187 (1987), S. 285; einen guten Überblick der zu diesem Fragenkreis vertretenen Lösungsansätze bietet *Hirte*, Berufshaftung, 1996, S. 386 ff.; Zusammenstellung der Literatur bei *Staudinger/Jagmann*, § 328 Rdnr. 89.

6 BGHZ 127, 378 (»Dachboden«).

7 Vgl. *Neuner*, JZ 1999, 126; *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten, 2000, S. 429 f.

Versuche, eine gesetzliche Haftung »quasi ex contractu«<sup>8</sup> zu etablieren. Zum gleichen Ergebnis führt die zunehmende Neigung der Rechtsprechung, das vertragliche Erklärungsmodell zu überdehnen. Abschließend werde ich fragen, ob die Schuldrechtsreform an diesen Zusammenhängen etwas geändert hat.

## II. Die Vertragsperspektive in RGZ 94, 21 vom 5.9.1917

Um den dogmatischen Begründungswert des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte zu bestimmen, möchte ich kurz den Entstehungskontext dieser Rechtsfigur in den Blick nehmen<sup>9</sup>. Die dogmatischen Grundlagen für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte legte 1917 bekanntlich das Reichsgericht<sup>10</sup>. Die Tochter eines Mieters erkrankte an Tuberkulose, da die neu bezogene Wohnung durch Vormieter verseucht war. Ein Arzt, der beim Vermieter angestellt war, hatte die Entseuchung schuldhaft versäumt. Da der Vermieter sich für den Arzt als Verrichtungsgehilfen exkulpieren konnte, stellte sich dem Senat die Frage, ob der Tochter, die den Mietvertrag ja nicht unterschrieben hatte, vertragliche Schadensersatzansprüche zustünden. Um dies zu ermöglichen, erweiterte der dritte Zivilsenat den Wortlaut des § 328 BGB, indem er der Tochter, obgleich ihr kein eigenständiges Primärleistungsrecht zustand, vertragliche Schutzansprüche aus dem Mietvertrag gewährte. Obwohl der Vermieter sich deliktisch für seinen Verrichtungsgehilfen exkulpieren konnte, haftete er somit gegenüber der geschädigten Tochter aus Vertrag.

Die vom Reichsgericht gewählte Konstruktion zeigt eine klar umrissene dogmatische Funktion des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte: Die Angehörigen des Mieters waren tatsächlich den gleichen Gefahren ausgesetzt wie der Vater. Sie sollten nicht nur deshalb, weil allein der Vater die Unterschrift unter den Vertrag gesetzt hatte, nun rechtlich ebenso behandelt werden wie irgendein Dritter, der mit der Mietsache in Kontakt gekommen wäre. Diese vertragsnahe Position der Angehörigen legte nahe, die Lösung nicht über eine Ausweitung des deliktischen Schutzes zu versuchen. Das Reichsgericht ging daher konsequent den Weg einer vertraglichen Einbindung der Geschädigten. Diese Vertragsperspektive prägte zwei Grundmerkmale des Drittschutzes:

(1) Die Einbeziehung des Dritten mußte mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien in Einklang gebracht werden. Auf den Willen des Gläubigers wurde aus seiner Fürsorgepflicht gegenüber seinen Angehörigen geschlossen. Die Zustimmung des Schuldners zu dieser Schutzpflichtweiterung wurde daraus gefolgert, dass er diese Interessenlage des Gläubigers erkennen mußte und einen abweichenden eigenen Willen nicht kundtat. Grundsätzlich galt in dieser Perspektive: Je größer das Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung, desto stärker mußte der Schuldner von einer solchen ausgehen.

8 So der terminologische Kompromißvorschlag von *Köndgen*, in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, S. 231.

9 Hierzu *Zimmermann/Verse*, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das BGB und seine Richter, 2000, S. 337; *Neuner* in: ebda, S. 193; *Hofer*, ZRG GA 115 (2000), 375; *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 182 ff.

10 Welches die erste Entscheidung zum vertraglichen Drittschutz war, hängt naturgemäß davon ab, wie man diese Rechtsfigur definiert. Ich folge hier *Bayer* (Fn. 9), S. 182 ff. und *Zimmermann/Verse* (Fn. 9); etwas anders *Hofer* ZRG GA 115 (2000), 375, 377.

(2) Diese Vertragsorientierung bestimmte die Rechtsfolge: Der Schuldner durfte durch die Ausweitung der Schutzpflichten auf einen Dritten seiner vertraglichen Position nicht verlustig gehen. Daraus folgte vor allem, dass sich der Dritte Einwendungen aus dem Vertrag entgegenhalten lassen mußte, wie dies § 334 BGB ja auch bestimmt.

Auch als *Larenz* 1956<sup>11</sup> klarstellte, dass man mangels eines eigenen Primäranspruchs des Dritten in diesen Fällen schlecht einen echten Vertrag zugunsten Dritter annehmen konnte, blieb die Vertragsperspektive erhalten. Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, wie ihn auch der BGH mit *Larenz* nun nannte<sup>12</sup>, blieb ergänzende Vertragsauslegung und damit dem Willen der Parteien verpflichtet.

### III. Übergang zu objektiven Haftungsmodellen

Der dogmatische Diskurs, in dem *Larenz* in den sechziger Jahren argumentierte, hatte sich seit 1917 freilich nicht unerheblich geändert. Ahnungsvoll beendete er seinen Beitrag mit einer Warnung: »Verläßt man den Boden des Vertragsrechts, ... dann, [...] läßt sich keine sinnvolle Begrenzung für die Ausdehnung der Verantwortlichkeit Dritten gegenüber mehr finden«<sup>13</sup>. *Larenz* bezog sich auf eine Kritik *Gernhubers* aus dem Jahr 1958. Für diesen handelte es sich bei der Vertragskonzeption des Reichsgerichts um eine »Scheinbegründung«. Die Haftung des Schädigers gegenüber dem Dritten folge nicht aus dem Parteiwillen, sondern aus dem Willen der Rechtsordnung. Kraft Gewohnheitsrechts, so *Gernhuber*, bedeute dies eine Haftung überall da, wo die vom Schuldverhältnis ausgehenden Gefahren den Dritten »gläubigergleich« trafen<sup>14</sup>.

*Gernhubers* Skepsis gegenüber Scheinbegründungen mit dem Parteiwillen konnte in den fünfziger und sechziger Jahren auf breite Akzeptanz hoffen<sup>15</sup>. Die alten Gegenpositionen der Willens- und Erklärungstheorie hatten seit Beginn der dreißiger Jahre im »Kampf gegen Willensdogma und rechtsgeschäftliche Fiktion«<sup>16</sup> hohe ideologische Überlagerung und bis dato unbekannte Stoßkraft erfahren. Dem »Willensformalismus« wurde eine Orientierung des Vertragsschlusses an »sozialen Tatbeständen« entgegengehalten<sup>17</sup>. Für die vertragliche Dritthaftung entscheidend war der Ausbau der culpa in contrahendo zu einem objektiven Haftungstatbestand. Noch in den zwanziger Jahren hatte man in den Einkaufsfällen durchweg<sup>18</sup> einen stillschweigenden Abschluß eines Schutzpflichtvertrages<sup>19</sup> angenommen. Nun genügte schlicht objektiv der »Eintritt in ein

11 *Larenz*, NJW 1956, 1193; *ders.*, NJW 1960, 81.

12 Terminus erstmals in BGH NJW 1965, 1757 (»Tombola«); in der Sache übereinstimmend bereits BGH NJW 1959, 1676 (»Capuzol«).

13 *Larenz*, NJW 1960, 81.

14 *Gernhuber*, in: FS Nikisch, 1958, S. 249, 270.

15 Die zeitgenössischen Debatten um Willensfiktionen erschließen sich über *Hübner*, in: FS Nipperdey, 1965, Bd. 1, S. 373 und *Flume*, AcP 161 (1962), 52.

16 Hierzu *Lambrecht*, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 46ff.; *R. Schröder*, in: Salje (Hrsg.), Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, 1985, S. 8, 16ff.

17 So zusammenfassend *H. Lehmann*, JherJb 90 (1942), S. 144.

18 Vgl. *Pouliades*, Culpa in contrahendo und Schutz Dritter, 1982, S. 30ff., 47f.

19 Im Anschluß an *Planck/Siber*, Bd. II 1, 4. Aufl. 1911, Vorb. I 4 zu §§ 275 ff.

Ladenlokal<sup>20</sup>. Bis heute wurde eine Vielzahl weiterer Haftungsbegründungen entwickelt. Gemeinsames Kennzeichen ist, dass nicht der Parteiwille zum Ausgangspunkt einer Haftung nach Vertragsgrundsätzen gemacht wird, sondern objektive Tatbestände. Als haftungsbegründend wird von vielen bereits der »soziale Kontakt«<sup>21</sup> gewertet, wobei neuere Autoren meist enger von einem »geschäftlichen«, »organisierten«<sup>22</sup> oder »finalen«<sup>23</sup> Kontakt sprechen. Einflußreicher als diese Haftungsmodelle sind die Versuche, den Schutz des Dritten als Haftung für gewährtes und in Anspruch genommenes Vertrauen zu rechtfertigen<sup>24</sup>. Durchweg beruht bei diesen Begründungsmustern die Direkthaftung gegenüber dem Dritten auf einem Schuldverhältnis ohne ausdrückliche oder fingierte Willenserklärungen, sei es ein ohne Willenserklärungen konstruierter Vertrag, sei es eine gesetzliche Sonderverbindung.

Da der BGH gleichwohl an der Vertragstheorie festhält<sup>25</sup>, erklingt in der Literatur weiterhin der beispielsweise von *Honsell* 1999 formulierte Verdacht, mit »blutleeren Fiktionen«<sup>26</sup> zu arbeiten. Insbesondere der Schuldner wolle regelmäßig ein zusätzliches Haftungsrisiko gegenüber dem Dritten nicht übernehmen<sup>27</sup>. Dies wird von der Vertragstheorie aber auch nicht behauptet. Der Schuldner haftet vielmehr, weil er aus dem Interesse des Gläubigers, den Dritten in den Schutzbereich einzubeziehen, einen entsprechenden Willen folgern mußte<sup>28</sup>. Widerspricht er nicht, so wird dies als Einverständnis gewertet. Hier pauschal den Fiktionsvorwurf zu erheben, führt kaum über die Fortschreibung alter Feindbilder hinaus. Ganz unvermeidbar sind die Übergänge zwischen Willensfeststellung und Willensunterstellung bei jeder Rechtsgeschäftsauslegung fließend – und ebenso fließend ist folglich der Fiktionsverdacht. Zu Recht vertritt heute niemand eine reine Willentheorie<sup>29</sup>. Der Wille muß sich auch an seiner Erklärungswirkung messen lassen. Unzweifelhaft liegt hierin ein Moment der Zurechnung. Die tradierte Aver-

20 *Heinrich Stoll*, JW 1933, 34; zu den Hintergründen *Sessler*, Die Lehre von den Leistungsstörungen. Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts, 1994, S. 37 ff., 139 f. und passim.

21 *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941, S. 9 ff.; hierzu *Lambrecht* (Fn. 16), S. 7 ff. und passim; *Dölle*, ZStW 103, 1943, 67; hierzu *Pouliades* (Fn. 18), S. 58 ff.

22 *AK/Teubner*, 1980, § 242 Rdnr. 58 ff.

23 *Picker*, JZ 1987, 1041.

24 So vor allem *Canaris*, JZ 1965, 476; *ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 539 ff.; *ders.*, in: FS Larenz (80), 1983, S. 107; ihm folgend etwa *Junker*, Die Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht, 1991, S. 38 ff.; *Esser/Schmidt*, SchuldR I 2, 7. Aufl. 1993, § 34 IV 2 b).

25 Zuletzt BGH NJW 2001, 516; NJW 1998, 1949.

26 *Honsell*, in: FS Medicus, 1999, S. 214.

27 So bereits *Honsell* JZ 1985, 952; ähnlich *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, § 21 II 1; *Bay-er* (Fn. 9), S. 192; *Martiny*, JZ 1996, 21; Überblick über die Kritikpunkte am Vorgehen der Rechtsprechung bei *Krebs*, Geschäftsführerhaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfältige Leitung, 1991, S. 122 ff.

28 Sehr deutlich bereits RGZ 91, 21, 24: »Eine solche verschiedene Gestaltung der Rechtslage des Mieters und seiner Angehörigen widerstrebt dem gesunden Rechtsgefühl und entspricht deshalb nicht den Vertragsabsichten des Mieters, der seine Angehörigen, wie sich der Vermieter nicht verhehlen kann, in bezug auf Ersatzansprüche der bezeichneten Art nicht schlechter stellen will als sich selbst«.

29 Ob es eine solche – jedenfalls in der heute gerne eigenen Ansätzen entgegengestellten Extremform – jemals gab, ist zu bezweifeln; überzeugende Differenzierungen jüngst bei *Hofer*, Freiheit

sion gegen Fiktionen verschüttet daher auch den eigentlichen Sinn der Vertragsperspektive. Nüchtern betrachtet hat diese im Bereich der vertraglichen Dritthaftung eine klare dogmatische Aufgabe<sup>30</sup>: Sie kanalisiert und beschränkt die Haftung.

#### IV. Die haftungsbeschränkende Funktion des Vertragsmodells

Dies zeigt sich beispielhaft an drei Punkten.

(1) Die Interessen der Vertragsparteien bleiben haftungsbestimmender Wertungsgesichtspunkt. In der Vertragsperspektive spielt dies vor allem für den Schuldner eine Rolle. Dem Schuldner mußte mangels ausdrücklicher Erklärung der Wille des Gläubigers, den Dritten einzubeziehen, wenigstens erkennbar sein. Hat der Gläubiger kein objektives Interesse an der Einbeziehung des Dritten, so fehlt es am entscheidenden Verdachtsmoment. Der vertragliche Drittschutz ist daher bei gegensätzlichen Interessen zwischen Gläubiger und Drittem kaum zu begründen<sup>31</sup>. Baut man dagegen eine Vertrauensposition zwischen Schuldner und Dritten zum Haftungsgrund aus, so verliert dieses Moment seine Bedeutung. Begreift man etwa mit *Canaris*<sup>32</sup> die besonders streitigen Fälle der Expertenhaftung als eigenständige Vertrauenshaftung zwischen Schuldner und Drittem, so spielt die haftungsbeschränkende Interessenlage des Gläubigers zulasten des Schuldners keine Rolle mehr.

(2) Da der Dritte in dessen Position einrückt, kann er nicht besser stehen als der Gläubiger. Hat der Schuldner die Haftung ausgeschlossen oder hat der Gläubiger den Schaden mitverschuldet<sup>33</sup>, so trifft dieser Einwand gleichermaßen den Dritten. Gibt man dagegen einen objektivrechtlichen Direktanspruch des Dritten, so werden Verweise auf den Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zu unbeachtlichen Einwendungen *ex iure tertii*<sup>34</sup>. Im Beispiel der Direkthaftung des Experten aus in Anspruch genommenem Vertrauen haftet dieser gegenüber dem Dritten nach Vertragsgrundsätzen, obwohl er seinem Vertragspartner gegenüber nicht haften würde. Als der BGH im vieldiskutierten Lastschriftfall 1977 eine ausdrückliche Vertragsklausel, die eine Haftung gegenüber Dritten ausschloß, mit einem »hypothetischen Parteiwillen« überspielte, verließ er gleichfalls den Boden einer möglichen willensorientierten Argumentation und ertete zu Recht breite Kritik<sup>35</sup>.

ohne Grenzen?, 2001, S. 155 ff.; Überblick demnächst in Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB/Vogenauer, erscheint voraussichtlich Dez. 2002, §§ 133, 157, Rdnr. 34 ff.

30 Klarstellend bereits v. Caemmerer, in: FS Wieacker, 1978, S. 317.

31 Deutlich in diesem Sinne daher auch noch BGH NJW 1973, 321 f.; anders dann die spätere Judikatur seit 1984, vgl. die Entwicklungslinien bei Bayer, JuS 1996, 473; ders. (Fn. 9), 182 ff.

32 Die m. E. zutreffende Kritik an der Auflösung des Kriteriums der Gläubigernähe führt bei *Canaris* im Ergebnis daher nicht zu einer Haftungsbeschränkung des Schuldners, sondern nur zur Umstellung der dogmatischen Konstruktion; vgl. *Canaris*, JZ 1995, 441; ders., JZ 1998, 603; ders., ZHR 163 (1999), 206, 215 ff.; ders., in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 129, 185 ff.

33 Zu diesen beiden Problemkreisen Staudinger/Jagmann, § 328 Rdnr. 109, 112.

34 Musielak, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1974, S. 39.

35 Ein vergleichbares Problemfeld bot BGHZ 127, 385. Der BGH untersagte es dem Schuldner, dem Dritten Einwendungen gem. § 334 analog entgegenzuhalten, weil dies »stillschweigend« abbedungen sei, hierzu kritisch Grunewald, ZGR 1999, 583, 588 f.; Medicus, JZ 1995, 308; *Canaris*, JZ 1995, 441, 444.

(3) Das anwendbare Recht ist durch das Vertragsrecht bestimmt. Schafft man dagegen eine eigenständige Haftungsgrundlage zwischen Vertrag und Delikt, so steht nichts im Wege, die zugrundeliegenden Normen aus unterschiedlichsten Regelungszusammenhängen zusammenzuziehen. Für *Canaris* kommt dies immer in Betracht, wenn eine solche Anwendung »angemessen erscheint«<sup>36</sup>. Er hat in diesem Sinne etwa vorgeschlagen, die §§ 844 und 845 BGB auch auf den vertraglichen Drittschutz anzuwenden.

## V. Zum Streitstand im Jahr 2001

In doppelter Hinsicht war der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte 2001 somit in Gefahr, zum Auslaufmodell zu werden. Es ging vermehrt nicht mehr um einen Vertrag; sondern um eine gesetzliche Haftung. Zudem ging es nicht mehr um einen Dritten, sondern um eine gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem, bei dem der ursprünglich haftungsbegründende Vertrag ein unklares Dasein als Referenzpunkt für die haftungstragenden Wertungen spielte. Es häuften sich daher in der Literatur die Forderungen, die Denkfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ganz aufzugeben<sup>37</sup>. Durchgesetzt hatte sich diese Sichtweise jedoch noch nicht<sup>38</sup>.

Vor allem der BGH blieb der Vertragsperspektive des Reichsgerichts weitgehend treu<sup>39</sup>, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass bisweilen das Vertragskonzept kaum noch in der Lage war, seine Entscheidungsbegründung zu tragen<sup>40</sup>. Auch in der Literatur gewann in den letzten Jahren die Vorstellung wieder Anhänger, dass eine enge Anbindung der Anspruchsposition des Dritten an diejenige des Gläubigers, also eine Orientierung an der Vertragslage, den unverzichtbaren Ausgangspunkt für eine Haftungszumessung bildet. *Gernhuber*, der selbst der Vertragskonstruktion weiterhin skeptisch gegenüberstand, warnte 1989 gleichwohl davor, »den Drittschutz aus der Umgebung ... [zu lösen], in die er gehört«<sup>41</sup>. *Köndgen*<sup>42</sup> sprach 1998 gleichfalls von der haftungskanalierenden Funktion des Relativitätsprinzips. Ähnlich argumentierten beispielsweise 1995 bzw. 1996 *Bayer*<sup>43</sup> und besonders klar zuletzt 2001 *Jagmann*<sup>44</sup>.

Wichtiger Streitpunkt blieb dabei die gesetzliche Verankerung einer objektivrechtlichen Direkthaftung zwischen Schuldner und Drittem. Der zumeist benannte § 242

36 *Canaris*, in: FS Larenz (80), 1983, S. 108.

37 *Picker*, JZ 1987, 1041, 1057 Fn. 90; *Junker* (Fn. 24), S. 23 ff. und passim.

38 Unterstützung fand das Vertragskonzept der Rechtsprechung etwa bei *Soergel/Hadding*, Anh. § 328 Rdnr. 6; *Palandt/Heinrichs*, § 328 Rdnr. 14; *Erman/Ehmann*, § 657 Rdnr. 155; *Staudinger/Jagmann*, § 328 Rdnr. 94. Grundsätzliche Kritik am Konzept des gesetzlichen Schutzpflichtverhältnisses daneben bei *Medicus*, BR, Rdnr. 203; *Gernhuber* (Fn. 27), § 2 IV 4 c; *Staudinger/Löwisch*, Vorbem. zu §§ 275 ff. Rdnr. 26.

39 Vgl. oben Fn. 25.

40 Vgl. oben IV. zur Frage des Haftungsausschlusses zur Gegenläufigkeit der Interessen und zum Einwendungsverzicht.

41 *Gernhuber* (Fn. 27), S. 529.

42 *Köndgen*, in: *Karlsruher Forum* 1998, Beilage zu *VersR*, S. 3 ff., 22: »haftungskanalisierendes Prinzip«.

43 *Bayer* (Fn. 9), S. 182 ff.; *ders.*, *JuS* 1996, 473.

44 *Staudinger/Jagmann*, § 328 Rdnr. 94.

BGB<sup>45</sup> bot noch weniger gesetzlichen Anhalt als die Analogieketten, die beispielsweise *Canaris*<sup>46</sup> heranzog. Damit bleibt zu fragen: Hat die Schuldrechtsreform an dieser Rechtslage etwas verändert? Hat sie insbesondere eine »dritte Spur« der Haftung zwischen Vertrag und Delikt etabliert? Die Haftung aus einem nun wirklich *gesetzlichen* Schutzpflichtverhältnis hätte dann die alte Vertragskonzeption überspielt.

## VI. Auswirkungen der Schuldrechtsreform

### 1. § 241 Abs. 2 S. 2 DiskE

Der Gesetzgeber hat in § 241 Abs. 2 BGB bekanntlich erstmals Schutzpflichten neben den Leistungspflichten des Abs. 1 als allgemeinen Pflichtentypus kodifiziert. Indem § 311 Abs. 2 BGB für die c. i. c. auf diese Vorschrift verweist, sieht das Gesetz nun im vorvertraglichen Bereich einen umfassenden Schutz auch gegen bloße Vermögensschäden vor<sup>47</sup>. § 241 Abs. 2 BGB erfaßt aber grundsätzlich auch vertragsbegleitende Schutzpflichten<sup>48</sup>. Hat der Gesetzgeber damit auch nach Vertragsschluß ein gesetzliches Schutzpflichtverhältnis kodifiziert?

Hierfür sprach, dass der Diskussionsentwurf in § 241 II S. 2 den Zusatz vorsah: »Hierauf kann sich das Schuldverhältnis beschränken«. Wie die Begründung des Diskussionsentwurfs deutlich machte, sollte hierdurch auch die Frage der »vertraglichen Schutzwirkung für einen Dritten« angesprochen werden<sup>49</sup>. Bei der Vertragskonstruktion bedarf es jedoch keines über den Vertrag hinausgehenden Schutzpflichtverhältnisses<sup>50</sup>. Daher hätte diese Regelung nur bei Annahme eines gesetzlichen Schutzpflichtverhältnisses zwischen Schuldner und Drittem einen Sinn gehabt. Hierfür sprach auch, dass die Begründung wiederholt die Haftung für Schutzpflichtverletzung auf das »Recht der Sonderverbindung« stützte<sup>51</sup>. § 241 II S. 2 wurde freilich im Fortgang der Beratungen gestrichen. Ein greifbarer Bezug des § 241 II BGB auf den vertraglichen Drittschutz besteht damit nicht mehr.

### 2. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB: »anvertraut«

Klarer in den Blick geriet die Frage demgegenüber in der nachfolgenden Kommissionsarbeit. Die vielkritisierte<sup>52</sup> leerformelhafte Erwähnung der c. i. c. in § 305 des Diskussionsentwurfs wurde durch die weit aussagekräftigere Regelung in § 311 Abs. 2 und 3

45 So beispielsweise *Larenz*, SchR I, § 17 II; *Gernhuber* (Fn. 27), § 21 II 6 d; *Fikentscher*, Schuldrecht, § 37 VII 1; *Erman/Westermann*, § 328 Rdnr. 12.

46 Speziell für die »Vertrauenshaftung wegen Schutzpflichtverletzung« nennt er besonders §§ 307, 309 a. F.; vgl. zuletzt *Canaris*, in: Festgabe BGH (Fn. 32), S. 172 f.

47 Noch weitergehend soll über »Interessen« auch die Entscheidungsfreiheit geschützt sein, BT-Drs. 14/6040, S. 126.

48 Vgl. Beschlussempfehlung BT-Drs. 14/7052, S. 182.

49 Begründung zum DiskE, S. 303.

50 Insofern die zutreffende Kritik von *Dauner-Lieb*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 324.

51 Begründung zum DiskE, S. 303.

52 *Dauner-Lieb* (Fn. 50), S. 316 ff.; *Huber*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 31, 36, 159; *Köndgen* (Fn. 8), S. 231, 256.

BGB ersetzt. Schon Abs. 2 Nr. 2 der Vorschrift spricht dafür, dass hier eines der Konzepte gesetzgeberische Anerkennung gefunden hat, welches um die alternative Lösung der vertraglichen Drittschutzfälle konkurrierte. Mit »Einwirkungen« und »anvertraut« greift der Gesetzeswortlaut zwei Schlüsselbegriffe des Canarisschen Konzepts der Vertrauenshaftung auf. Als Anvertrauenshaftung wird von *Canaris* auch der Drittschutz bewältigt<sup>53</sup>. Danach haftet der Schuldner dem Dritten nicht aus seinem Vertrag mit dem Gläubiger, sondern aufgrund eines gesetzlichen Schutzpflichtverhältnisses für ein Anvertrauen, welches »aus der besonderen Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des anderen Teils folgt«<sup>54</sup>. Weitreichende Schlüsse läßt diese sprachliche Übereinstimmung des Gesetzes mit dem Konzept von *Canaris* aber nicht zu. Hieraus zu folgern, dass der Gesetzgeber hier eine Art trojanisches Pferd eingestellt hätte, mittels dessen die Habilitationsschrift von *Canaris* kodifiziert werden sollte, bliebe jedenfalls Spekulation.

### 3. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB: »ähnliche geschäftliche Kontakte«

Sucht man daher nach weiteren Indizien für einen gesetzgeberischen Willen, so springt ein Hinweis von *Canaris* zu den Motiven der Kommission, der er angehörte, ins Auge. Der Hinweis betraf den »Gemüseblattfall« des BGH<sup>55</sup> aus dem Jahr 1976. In der angesprochenen Entscheidung im 66. Band gab der BGH einer Tochter, die in Begleitung der Mutter während des Einkaufs im Supermarkt auf einem Gemüseblatt ausrutschte, einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c. Der BGH bezog dabei die Tochter, die selbst ja nicht kaufwillig oder vielleicht eher nicht kauffähig war, in das vorvertragliche Schutzverhältnis der Mutter mit ein. Damit fand sich erstmals eine culpa in contrahendo mit Schutzwirkung für Dritte. *Canaris* will diese Fälle zukünftig über § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB lösen<sup>56</sup>, also über »ähnliche geschäftliche Kontakte«. Zwischen der Mutter und dem Supermarkt liegt in diesen Fällen jedoch der klassische Fall einer »Anbahnung eines Vertrages« im Sinne der Nr. 2 1. Alt. vor, so dass es der ausdrücklich als »Auffangtatbestand«<sup>57</sup> gedachten Alternative des »geschäftlichen Kontakts« nicht bedurfte. Das spricht dafür, dass es in der Lösung von *Canaris* nicht um einen Einbezug der Tochter in die c.i.c. zugunsten der Mutter, sondern um einen eigenen Anspruch der Tochter aus c.i.c. gegen den Supermarkt geht. Bedeutet dies einen generellen Blickrichtungswechsel? Hat der Gesetzgeber mit dem Merkmal »geschäftliche Kontakte« ein Modell bereitgestellt, mit dem künftig über den vorvertraglichen Bereich hinaus, generell Direkthaftungen gegenüber Dritten aus c.i.c. gelöst werden sollten? Auch dieser Hinweis ist freilich ziemlich vage. Gegen eine solche Deutung spricht wohl die Gesetzesbegründung, derzufolge der direkte Schutz Dritter von diesem Auffangtatbestand »nicht ohne weiteres« erfaßt, sondern auch weiterhin nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte zu entscheiden sei<sup>58</sup>.

53 Vgl. die Nachweise oben Fn. 24.

54 *Canaris*, JZ 1965, 476.

55 BGHZ 66, 51.

56 *Canaris*, JZ 2001, 520, der fehlerhaft den Schiffsmaklerfall BGHZ 70, 337ff. zitiert, im Text aber vom »Gemüseblattfall« spricht.

57 BT-Drs. 14/6040, S. 163.

58 BT-Drs. 14/6040, S. 163; anders aber wohl HK-BGB/*Schulze*, § 311 Rdnr. 18.

#### 4. § 311 Abs. 3 S. 1 BGB

Als Hinweis auf ein gesetzliches Schutzpflichtverhältnis läßt sich auch § 311 Abs. 3 S. 1 BGB deuten. Während S. 2 den hier nicht betroffenen Fall einer Haftung des Dritten betrifft, ist S. 1 weiter gefaßt und könnte sprachlich auch die Aktivlegitimation des Dritten betreffen. Demnach könnten Dritte Schutzpflichtverletzungen geltend machen, auch wenn sie nicht »selbst Vertragspartei werden sollten«. Dies wird nach der Vertragsperspektive, wenn auch beschränkt auf Schutzpflichten, jedoch gerade dem Parteiwillen unterstellt. Ob der Gesetzgeber in dieser Vorschrift eine ausdrückliche Regelung der vertraglichen Dritthaftung sehen wollte, ist schon jetzt umstritten<sup>59</sup>. Glaubt man dem an der Entstehung der Norm beteiligten *Canaris*, so sollte hier das Problem der Schutzwirkung für Dritte nicht explizit angesprochen werden<sup>60</sup>. Auch der Wortlaut des § 311 Abs. 3 S. 1 BGB, der noch dazu eine der im Vorfeld vielkritisierten »Kann-Bestimmungen« darstellt, ist zu offen gefaßt, um ein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Zudem ist es angesichts des zuvor ermittelten Streitstandes zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte unwahrscheinlich, dass der Reformgesetzgeber in der für ihn typischen Vorsicht, hier eine streitentscheidende Regelung treffen wollte. Dieser Verdacht bestätigt sich schließlich bei einem nochmaligen Blick in die Begründung des § 241 II BGB. Klarstellend weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass die Frage, ob das »die Schutzpflichten erzeugende Schuldverhältnis in jedem Fall auf Gesetz beruht oder auch auf einem wirksamen Rechtsgeschäft beruhen kann«, bewußt nicht entschieden worden sei. Die »systematische Einordnung« sei insoweit der Rechtswissenschaft überlassen. Die Frage, ob das Schutzpflichtverhältnis gesetzlich oder vertraglich fundiert ist, ist somit nicht gesetzgeberisch vorentscheiden.

#### 5. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB – Sonderfall: Expertenhaftung

Ist damit der Vertragskonzeption im Grundsatz keine Absage erteilt, so bleibt doch zu prüfen, ob einzelne Anwendungsfälle des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte eine abweichende gesetzgeberische Regelung gefunden haben. Damit rückt nochmals § 311 III 2 BGB in den Blick. Die Vorschrift regelt die Haftung Dritter, eigentlich also den entgegengesetzten Fall einer hier interessierenden Berechtigung Dritter. Die Gesetzesbegründung macht jedoch deutlich, dass damit auch Fälle betroffen sein sollten, die von der Rechtsprechung bisher teilweise über einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

59 Gegen ein gesetzliches Schutzpflichtverhältnis in diesen Fällen HK-BGB/*Schulze*, § 241 Rdnr. 4; Palandt/*Heinrichs*, § 241 Rdnr. 7, § 311 Rdnr. 12; wohl auch *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 157f.; für eine solche Konstruktion demgegenüber Lorenz, in: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rdnr. 376; *M. Schwab*, in: *Schwab/Witt, Einführung in das neue Schuldrecht*, 2002, S. 10f.; ebenso Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 71, der daher in Zukunft von einem »Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte« sprechen will; im Ergebnis ganz ähnlich sieht *Eckebrecht*, MDR 2002, 425, 427f. den bisherigen vertraglichen Drittschutz von § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB mitumfaßt, indem er ihn nicht als vertragliche Haftung, sondern als objektive Haftungszuweisung betrachtet; zweifelnd angesichts des unklaren Wortlauts dagegen Staudinger/*Jagmann*, § 328 Rdnr. 90; *Lieb*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 142 Rdnr. 44.

60 *Canaris*, JZ 2001, 499, 520.

gelöst wurden, nämlich die Haftung von »Experten« gegenüber Dritten. In einer für einen Gesetzgeber nun wirklich eigenartigen Wendung weist die Begründung darauf hin, die Vorschrift wolle »der Rechtsprechung aufzeigen, dass diese Fälle auch auf diesem Wege zu lösen sind«<sup>61</sup>. Die Beratung im Rechtsausschuß machte deutlich, dass damit ein Lösungsvorschlag von Canaris aufgenommen werden sollte<sup>62</sup>. Canaris hatte in einigen Abhandlungen zuvor vorgeschlagen, bei der Haftung von Gutachtern und Sachverständigen nicht den Geschädigten als Dritten in den Auskunftsvertrag miteinzubeziehen, sondern analog der Sachwalterhaftung einen Direktanspruch des Geschädigten gegen den Experten aus c.i.c. wegen Inanspruchnahme von Vertrauen anzunehmen. Damit wird nicht der Geschädigte, sondern der Schädiger zum Dritten. Auch wenn die Formulierung des § 311 III 2 BGB einen nicht unproblematisch weit gefaßten Haftungstatbestand<sup>63</sup> bildet, scheint es geboten, die umstrittene Expertenhaftung künftig einheitlich nach den Kriterien einer Haftung Dritter zu beurteilen<sup>64</sup>. Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte wird damit zugleich von einem von der Vertragstheorie nicht integrierbaren Sonderfall entlastet, waren es doch die Fälle der »Expertenhaftung«, die wegen der entgegengesetzten Interessen zwischen Gläubiger und Geschädigtem letztlich das den Kreis der Dritten begrenzende Merkmal der Gläubignähe auflösten. Für die Expertenhaftung dürfte mit dem Aspekt des in Anspruch genommenen Vertrauens auch die passende, wenn auch präzisierungsbedürftige Haftungsbegründung gefunden sein.

Der Übergang von Drittschutz zu Dritthaftung in dieser Fallgruppe erlaubt es, den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auf seinen alten Kernbereich zurückzuführen und zugleich das Vertragskonzept beizubehalten. Fordert man damit insbesondere eine Interessenübereinstimmung zwischen Gläubiger und Geschädigtem, wird der Kreis der Dritten entscheidend beschränkt. In der Folge bliebe der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte eine dogmatisch faßbare und in ihrem Anwendungsbereich überschaubare Haftungskategorie, die weitergehende Haftungsmodelle, insbesondere den Ausbau des deliktischen Schutzes, aber auch der c.i.c., nicht ausschließt, selbst aber nicht zum bloßen Billigkeitsinstrument verkommt.

## VII. Ergebnis

Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte wurde durch die Schuldrechtsreform nicht zum Auslaufmodell. Das letztlich auf eine Auflösung dieses Haftungsinstituts hinauslaufende Konzept, Direkthaftung über ein gesetzliches Schutzpflichtverhältnis zu konstruieren, wurde weder durch § 311 Abs. 2 noch durch § 311 Abs. 3 BGB gesetzlich festgeschrieben. Die für den vertraglichen Drittschutz interessanteste Neuerung stellt damit § 311 Abs. 3 S. 2 BGB dar. Der Gesetzgeber hat hier jedenfalls nachdrücklich angeregt,

61 BT-Drs. 14/6040, S. 163.

62 Beschlußempfehlung BT-Drs. 14/7052, S. 190; begrüßt von Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XX.

63 Kritisch daher Dauner-Lieb, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Entwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2001, S. 51, abrufbar unter <http://www.daurer-lieb.de>; Lieb (Fn. 59), S. 144; Staudinger/Jagmann, § 328 Rdnr. 90.

64 So auch Faust in: Huber/Faust (Fn. 59), S. 71; Medicus, SchRAT, S. 373; Ehmman/Sutschet (Fn. 59), S. 157 Beispiel (2); keine Erwähnung dagegen bei Palandt/Heinrichs, § 311 Rdnr. 52; zweifelnd, allerdings ohne Bezugnahme auf die Erörterungen im Rechtsausschuß Lieb (Fn. 59), S. 144.

*Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform*

die Fälle der Expertenhaftung künftig der Sachwalterhaftung aus c. i. c. anzunähern. Aus Drittschutz wird damit Dritthaftung. Dieser Wechsel der Blickrichtung ist zu begrüßen, da gerade die Fälle der Expertenhaftung in die Dogmatik zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nicht befriedigend integriert werden konnten. Die Ausgliederung dieser Fallgruppe bietet nun die Chance, einen dogmatisch fassbaren und von alternativen Haftungsinstituten abgegrenzten, wirklichen *Vertrag* mit Schutzwirkung für Dritte wiederzubeleben.