



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, den Hofrat Dr. Brenn, die Hofrätin Mag. Korn und den Hofrat Dr. Stefula als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R***** D*****, vertreten durch Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, und des Nebenintervenienten Dr. Walter Aichinger, Rechtsanwalt in Salzburg, als Insolvenzverwalter im Konkurs der I*****, gegen die beklagte Partei Z*****, vertreten durch Dr. Leopold Hirsch, Rechtsanwalt in Salzburg, sowie der Nebenintervenienten 1. i*****, vertreten durch Dr. Harald Schwendinger, Dr. Brigitte Piber, Rechtsanwälte in Salzburg, 2. DI Dr. D*****, vertreten durch Rechtsanwälte Gernerth Mautner Markhof & Schalwich (GbR) in Hallein, wegen (restlich) Feststellung (Interesse 200.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 23. Jänner 2017, GZ 3 R 145/16p-152, mit dem ihrer Berufung gegen das Endurteil des Landesgerichts Salzburg vom 3. August 2016, GZ 6 Cg 136/12x-144, keine Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei und den beiden Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei die mit je 2.903,42 EUR (darin je 483,90 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger war im Jahre 2011 alleiniger Kommanditist und Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft einer GmbH & Co KG, die Handelsgeschäfte betrieb. Er ist Eigentümer eines um 1900 errichteten Wohn- und Geschäftshauses in Salzburg, das teilweise an die GmbH & Co KG zum Betrieb einer Verkaufsfiliale vermietet war. Der andere Teil wurde als Wohnung genutzt.

An dem Gebäude traten aufgrund sehr instabiler Untergrundverhältnisse (Seeton) über Jahrzehnte hinweg Setzungen auf, die mittel- bis längerfristig zu einem bedrohlichen Zustand geführt hätten. Der Kläger entschloss sich im Jahre 2011, das Haus samt Untergrund sanieren zu lassen, und beauftragte die Beklagte, ein Spezialtiefbauunternehmen, mit dem Unterfangen der Fundamente unter Verwendung des Düsenstrahlverfahrens. Das an seine Privatadresse gerichtete Angebot der Beklagten vom 17. August 2011 enthielt einen Verweis auf die Bedingungen der ÖNORM B2110, wobei nicht festgestellt werden konnte, dass die Parteien diese, insbesondere die Haftungsbeschränkung in deren Punkt 12.3., auch besprochen haben.

Der Kläger unterzeichnete das auf Briefpapier der GmbH & Co KG ausgefertigte Auftragschreiben „für den Auftraggeber“, ohne Beifügung eines Stampiglienaufdrucks. Es konnte nicht festgestellt werden, dass es Absicht der Parteien war, dass der Kläger persönlich Vertragspartner der beklagten Partei sein sollte. Der Kläger entschloss sich zu dieser Vorgangsweise, weil er sich davon steuerliche Vorteile erwartete. Die von der Beklagten gelegten Teilrechnungen

wurden von der GmbH & Co KG bezahlt.

Während der Ausführung der Arbeiten durch die Beklagte traten am Gebäude weitere Setzungen in unerwartet schwerem Ausmaß auf, die zum Abbruch der Arbeiten zwangen und ein behördliches Benützungsverbot für das Gebäude nach sich zogen. Das angewandte Verfahren war an sich nicht ungeeignet, den Untergrund zu stabilisieren, dieses Ziel wurde mit den begonnenen Arbeiten sogar teilweise erreicht. Bei der Durchführung der Arbeiten konnte aber keine ausreichende Schonung des alten Gebäudebestands gewährleistet werden.

Im Jahre 2016 erstattete der Kläger als Geschäftsführer der GmbH & Co KG eine Selbstanzeige bei der Finanzbehörde.

Der Kläger begehrt (soweit im zweiten Rechtsgang noch strittig) die Feststellung, dass die Beklagte ihm für alle aus der mangelhaften Erfüllung des Auftrags vom 22./28. 9. 2011 resultierenden Schäden hafte.

Bei der Auftragserteilung durch die GmbH & Co KG habe es sich um ein mit Wissen der Beklagten geschlossenes, der Steuervermeidung dienendes Schein- oder Umgehungsgeschäft gehandelt, in Wahrheit sei er selbst Vertragspartner der Beklagten geworden. Die GmbH & Co KG habe dem Kläger außerdem alle Ansprüche gegen die Beklagte abgetreten. Die AGB der Beklagten seien nicht Vertragsbestandteil geworden, der Kläger könne sich als Verbraucher nach § 6 Abs 2 Z 5 und § 6 Abs 3 KSchG auf die Nichtigkeit der Haftungsbeschränkung berufen. Diese sei gröblich benachteiligend iSd § 864a und sittenwidrig iSd § 879 ABGB. In jedem Fall sei der Kläger geschützter Dritter eines Werkvertrags mit der GmbH & Co KG, sodass die Beklagte sich ihm gegenüber nicht auf die

Haftungsbeschränkung berufen könne. Sie komme auch inhaltlich nicht zum Tragen, weil der Beklagten grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei.

Die Beklagte wandte insbesondere ein, ihre Auftraggeberin sei die GmbH & Co KG gewesen, die sich nicht auf eine Verbrauchereigenschaft berufen könne. Die ÖNORM B2110 sei wirksam vereinbart worden.

Im ersten Rechtsgang wurde das Zahlungsbegehren des Klägers rechtskräftig abgewiesen; darüber hinaus steht aufgrund des rechtskräftigen Teilurteils vom 15. Dezember 2015 (8 Ob 97/15w) fest, dass die Beklagte dem Kläger für alle aus der mangelhaften Erfüllung des Auftrags vom 22./28. 9. 2011 resultierenden Schäden jedenfalls bis zu einem Betrag von 13.554,29 EUR (individuelle Haftungsgrenze nach Punkt 12.3. ÖNORM B2110) haftet.

Mit dem angefochtenen Endurteil wies das Erstgericht das darüber hinausgehende Feststellungsmehrbegehren ab.

Die AGB der Beklagten seien bei Auftragserteilung durch die KG ausdrücklich und wirksam vereinbart worden. Weder sei dem Kläger der ihm obliegende Beweis eines Scheingeschäftsabschlusses gelungen, noch entfalte der Vertrag Schutzwirkung zu seinen Gunsten. Die Haftungsbegrenzung sei zwischen Unternehmern nicht sittenwidrig. Eine grob fahrlässige oder vorsätzliche Schädigung sei der Beklagten nicht vorzuwerfen. Das Recht der Irrtumsanfechtung sei verjährt.

Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel des Klägers keine Folge und bestätigte das erstgerichtliche Endurteil. Sowohl wenn sich der Kläger auf Schutzwirkungen des Vertrags zwischen KG und Beklagter berufe, als auch bei

Ableitung seiner Ansprüche aus einer Abtretung durch die KG müsse er sich die Vereinbarung der ÖNORM B2110 entgegenhalten lassen. Bereits im ersten Rechtsgang sei abschließend geklärt worden, dass sich die KG nicht auf eine Verbraucherstellung nach dem KSchG berufen könne, dass der Inhalt der ÖNORM für einen Unternehmer nicht sittenwidrig, gröblich benachteiligend oder überraschend sei und dass die Beklagte kein grobes Verschulden am Schadenseintritt getroffen habe.

Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil neuere Rechtsprechung zu der Frage, ob sich ein von der Schutzwirkung eines Vertrags erfasster Dritter eine zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Haftungsbeschränkung entgegenhalten muss, nicht vorliege.

In seiner Revision strebt der Kläger die Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen im zur Gänze klagsstattgebenden Sinn an. Die Beklagte hat eine Revisionsbeantwortung erstattet.

Das Rechtsmittel des Klägers ist im Sinne der Begründung des Berufungsgerichts zulässig, weil die Rechtslage einer Klarstellung bedarf. Die Revision ist aber nicht berechtigt.

1. Die Verneinung eines Schein- oder Umgehungsgeschäfts durch die Vorinstanzen ist zutreffend.

Inhalt des strittigen Vertrags war nicht, wie die Revision argumentiert, eine Steuervermeidung, sondern eine statische Bodensanierung. Diese wurde von der GmbH & Co KG nicht bloß zum Schein in Auftrag gegeben, sondern tatsächlich geplant, ausgeführt und von der Auftraggeberin (zum Teil) bezahlt. Die Streitparteien haben nicht den wirtschaftlichen Erfolg eines anderen, durch die

Vertragsgestaltung umgangenen Geschäfts herbeiführen wollen, sondern gerade den des abgeschlossenen Geschäfts.

Die im Bereich eines Verhältnisses zu Dritten (Steuerbehörde) gelegenen Beweggründe, aus denen sich der Kläger als Geschäftsführer der GmbH & Co KG entschieden hatte, diese in die Funktion eines Generalunternehmers zu setzen und den Auftrag in deren Namen zu erteilen, wurden den Beklagten vor Vertragsabschluss nicht offengelegt. Mangels eines darüber bestehenden Konsenses, dessen Nachweis Sache des Klägers gewesen wäre (vgl. *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch Klang*³ § 916 ABGB Rz 30, 57), wurden sie nicht Vertragsgrundlage.

2. Die Rechtsansicht des Revisionswerbers, der Auftrag zur Bodensanierung gehöre nicht zum gewöhnlichen Betrieb der GmbH & Co KG, weshalb sie bei der Auftragserteilung als Verbraucher im Sinne des KSchG aufgetreten sein müsse, ist unzutreffend.

Nach § 344 UGB gelten die von einem Unternehmer vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig. Zwar gehört die Kommanditgesellschaft nicht schon zu den Unternehmern kraft Rechtsform (§ 2 UGB), es ist aber im Verfahren unstrittig, dass die GmbH & Co KG ein Handelsunternehmen betrieben und auf der zu sanierenden Liegenschaft eine Filiale geführt hat.

Die Vermutung des § 344 UGB kommt auch dann zum Tragen, wenn eine Zuordnung des Geschäfts zum Unternehmen nicht eindeutig herstellbar ist. Sie wird nur dadurch widerlegt, dass nachgewiesen wird, dass das Geschäft nach objektiven Kriterien (Verkehrsauffassung) ein Privatgeschäft war, und dass dieser private Charakter dem Kontrahenten auch erkennbar war (RIS-Justiz RS0062319

[T1]; RS0065326 [T2]). Solche Kriterien vermag die Revision nicht schlüssig darzustellen. Der Umstand, dass das Haus nicht ausschließlich Geschäftszwecken diene, sondern auch von Dritten bewohnt wurde, genügt dafür nicht, zumal die hinter der Nutzung stehenden Rechtsbeziehungen nach den Feststellungen nicht offengelegt wurden und nicht Vertragsgrundlage waren.

Es kommt auch nicht darauf an, dass der Auftrag zur statischen Bodensanierung einer gemieteten Betriebsliegenschaft nicht in den Kernbereich der Tätigkeit eines Handelsunternehmens fällt. Der Begriff des Unternehmensgeschäfts beschränkt sich nach ständiger Rechtsprechung nicht auf Geschäfte, die in dem betreffenden Betrieb ständig vorkommen oder die dem Betrieb sein Gepräge geben. Notwendig ist nur, dass das Geschäft mit dem Betrieb in irgendeinem Zusammenhang steht, wobei schon ein mittelbarer Zusammenhang genügt, solange das Geschäft nur irgendwie dem Interesse des Handelsgewerbes, der Erhaltung der Substanz oder der Erzielung von Gewinn dient (7 Ob 94/14w; RIS-Justiz RS0062307 [T1]; RS0062274 [T5]).

Dem Berufungsgericht ist in diesem Sinne nicht entgegenzutreten, wenn es davon ausgegangen ist, dass die Sanierung und Erhaltung des Gebäudes wenigstens mittelbar auch im Interesse der GmbH & Co KG lag, um dort weiterhin eine Filiale betreiben zu können, sodass gemäß § 344 UGB ein unternehmensbezogenes Geschäft vorlag.

3. Zwischen dem Auftraggeber eines Generalunternehmers und dessen Subunternehmer entsteht in der Regel kein unmittelbares Rechtsverhältnis. Der Zweck der Bestellung eines Generalunternehmers besteht ja gerade darin, dass der Bauherr Dritten nicht haftet und er nur dazu verpflichtet ist, was der Generalunternehmer aufgrund der mit

ihm geschlossenen Vereinbarung verlangen kann (RIS-Justiz RS0019409). Daraus folgt aber noch nicht, dass nicht auch der Besteller im Schutzbereich des Subunternehmensvertrags mit dem Generalunternehmer und der Subunternehmer steht (RIS-Justiz RS0021863; RS0019409).

Beim Vertrag zugunsten Dritter kann der Schuldner dem Dritten alle Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegenüber dem Versprechensempfänger zustehen (*Dullinger* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 882 Rz 3; 7 Ob 586/89). Das gilt umso mehr auch, wenn der Dritte sich nur auf eine in der Rechtsprechung anerkannte Schutzwirkung des Vertrags zu seinen Gunsten berufen kann (vgl RIS-Justiz RS0019409 – Generalunternehmer). Unter solche Einwendungen fällt auch eine mit dem Vertragspartner vereinbarte Beschränkung der Haftungssumme für leicht fahrlässig verursachte Schäden (vgl *Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter, 230; 5 Ob 707/78 = SZ 51/169). Umgekehrt kann der Dritte Einwendungen, die in seiner Person begründet sind, dem Schuldner nicht entgegenhalten, zu dem er in keinem unmittelbaren Vertragsverhältnis steht. Die bloße erweiterte Schutzwirkung führt nicht dazu, dass der Dritte mehr ex contractu fordern kann als die unmittelbare Vertragspartei.

Hinzu kommt, dass die Haftung aufgrund von Schutzwirkungen zugunsten Dritter lediglich subsidiär eingreift. Ein schutzwürdiges Interesse des Dritten ist überhaupt zu verneinen, wenn dieser kraft eigener rechtlicher Sonderverbindung mit seinem Vertragspartner, der seinerseits den Schaden herbeiführenden Hauptleistungspflichtigen aus dem Vertrag als Erfüllungsgehilfen beigezogen hat, einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz hat (RIS-Justiz RS0129705). Dies trifft hier auf die vom Kläger de facto zum

Generalunternehmer für die Bodensanierung bestellte GmbH & Co KG zu, die ihm aus dieser unmittelbaren Vertragsbeziehung für die von ihren Erfüllungsgehilfen an seinem Eigentum verursachten Schäden haftet. In diesem Innenverhältnis kommt dem Kläger als Vertragspartei auch seine allfällige Stellung als Verbraucher nach § 1 KSchG zugute (*Apathy* in *Schwimann/Kodek* ABGB⁴ § 1 KSchG Rz 4). Den Umstand, dass der Kläger sich der GmbH & Co KG aus sachfremden (steuerschonenden) Motiven bedient hat, kann der Beklagten nicht entgegengehalten werden.

4. Die Privatautonomie gestattet es den Vertragspartnern, in den durch § 879 ABGB gezogenen Grenzen die im Gesetz geregelten Haftungsbestimmungen vertraglich zu erweitern oder einzuschränken (RIS-Justiz RS0016575 [T1]). Vereinbarungen über den Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung sind insoweit wirksam, als ihr Abschluss oder doch ihre Anwendung im Einzelfall nicht gegen die guten Sitten verstößt.

Absichtliche Schadenszufügung kann hiedurch niemals gedeckt werden, auch Ansprüche, an welche die Parteien überhaupt nicht denken konnten, fallen nicht unter derartige Vereinbarungen. Hingegen ist bei leichter Fahrlässigkeit ein Haftungsausschluss grundsätzlich wirksam, sofern dadurch nicht auf den Ersatz gänzlich unvorhersehbarer oder atypischer Schäden verzichtet wird, mit denen nicht gerechnet werden konnte (RIS-Justiz RS0038178 [T17, T20]; RS0016582; RS0050109 [allgemeine Geschäftsbedingungen]). Darauf, ob die Parteien tatsächlich an einen solchen Schadenseintritt gedacht haben, kommt es nicht an (1 Ob 155/14x).

Bei dem im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Schaden an der Substanz des klägerischen

Hauses handelt es sich nach den Feststellungen keineswegs um einen atypischen oder völlig unvorhersehbaren. Die Parteien haben vielmehr mit weiteren Gebäudesetzungen während der Ausführung der Betoninjektionen durchaus gerechnet, die Beklagte hat aber deren letztlich eingetretenes Ausmaß unterschätzt.

Hinzu kommt, dass es sich bei der strittigen Klausel nicht um eine individuell vereinbarte Bedingung handelt, sondern um eine im Baugewerbe gebräuchliche, standardisierte ÖNorm. Diese Normen stellen eine Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsansforderungen an einen Werkvertrag dar und spiegeln den Stand der für die betroffenen Kreise geltenden Regeln (insbesondere der Technik) wider (RIS-Justiz RS0062063; RS0022153). Sofern sie ausdrücklich vereinbart wurden, werden auch die in ÖNormen für die Baupraxis enthaltenen, vom Gesetz abweichenden Schadenersatzregeln und Gefahrtragsregeln zum Vertragsinhalt (RIS-Justiz RS0016575 [T1]).

Der Kläger kann sich daher nicht auf eine Unwirksamkeit der strittigen Haftungsbegrenzung aufgrund von Sittenwidrigkeit stützen. Die Beurteilung der Vorinstanzen, dass der Beklagten keine grobe Fahrlässigkeit anzulasten war, wird vom Revisionswerber nicht mehr bekämpft.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. Oktober 2017
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: