

# Inhaltsübersicht

Dank	III
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	XLIII
Einleitung	1

## **Teil A: Grundlagen** **3**

<b>I. Freizeichnung im Zweiparteienverhältnis</b>	<b>5</b>
1. Begriff der Freizeichnung	5
2. Vereinbarung	14
3. Auslegung	20
4. Grenzen der Freizeichnung	30
5. Folgen der unzulässigen Freizeichnung	60
<b>II. Drittwirkung von Verträgen</b>	<b>67</b>
1. Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse	67
2. Ausnahmsweise Drittwirkung von Schuldverhältnissen	67
3. Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln insbesondere	70

## **Teil B: Freizeichnung zugunsten Dritter** **73**

<b>I. Übersicht</b>	<b>75</b>
<b>II. Drittwirkung aufgrund des Gesetzes</b>	<b>77</b>
1. Ausgangslage	77
2. Drittwirkung von gesetzlichen Haftungsmilderungen	77
3. Drittwirkung von Freizeichnungen	79
4. Voraussetzungen und Umfang	80

<b>III.</b>	<b>Drittwirkung aufgrund vertraglicher Vereinbarung</b>	<b>81</b>
1.	Ausgangslage	81
2.	Fallbeispiel 1: „Autorennen“	83
3.	Zulässigkeit der Freizeichnung zugunsten Dritter	84
4.	Dogmatische Begründung der Drittwirkung	85
5.	Voraussetzungen und Umfang	90
<b>IV.</b>	<b>Drittwirkung aufgrund Vertragsergänzung</b>	<b>92</b>
1.	Ausgangslage	92
2.	Vertragsergänzung	93
3.	Fallgruppen	103
4.	Schlussfolgerungen	150
5.	Voraussetzungen und Umfang	163
<b>V.</b>	<b>Drittwirkung aufgrund Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?</b>	<b>165</b>
1.	Ausgangslage	165
2.	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	165
3.	Drittwirkung von Freizeichnungen entgegen dem Parteiwillen?	171
<b>Teil C: Freizeichnung zulasten Dritter</b>		<b>175</b>
<b>I.</b>	<b>Übersicht</b>	<b>177</b>
<b>II.</b>	<b>Grundsatz: keine Drittwirkung</b>	<b>179</b>
1.	Unzulässigkeit eines Vertrags zulasten Dritter	179
2.	Unbeachtlichkeit der Vereinbarung einer Drittwirkung zwischen der Gläubigerin und dem Schuldner	181
<b>III.</b>	<b>Drittwirkung aufgrund des Einverständnisses des Dritten</b>	<b>186</b>
1.	Ausgangslage	186
2.	Zustimmung	186
3.	Stellvertretung	187
4.	Wirkung: isolierte Freizeichnung zwischen Schuldner und Drittem	188

<b>IV. Drittwirkung entgegen dem Willen des Dritten</b>	<b>189</b>
1. Zurechnungsgrund als Voraussetzung der Drittwirkung	189
2. Fallgruppen	190
3. Schlussfolgerungen	236
4. Voraussetzungen und Umfang	251

**Teil D: Kollision der Freizeichnung zugunsten  
und zulasten Dritter** **253**

I. Übersicht	255
II. Verweis auf die Freizeichnung des Subvertrags	257
III. Fehlen eines Verweises auf den anderen Vertrag	259

**Teil E: Zusammenfassung** **261**

# Inhaltsverzeichnis

Dank	III
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	XLIII
Einleitung	1

## **Teil A: Grundlagen** **3**

<b>I. Freizeichnung im Zweiparteienverhältnis</b>	<b>5</b>
<b>1. Begriff der Freizeichnung</b>	<b>5</b>
1.1. Definition: Freizeichnung und verwandte Begriffe	5
1.2. Begriffsmerkmale	6
1.2.1. Übersicht	6
1.2.2. Vertragliche Vereinbarung	7
1.2.3. Vor Eintritt des Haftungsgrunds	7
1.2.4. Beschränkung oder Ausschluss der Haftung des Schuldners	8
1.3. Wirkungen	8
1.4. Abgrenzungen	9
1.4.1. Zum Schuldverlass (Art. 115 OR)	9
1.4.2. Zum pactum de non petendo	10
1.4.3. Zum Verpflichtungsausschluss	10
1.4.4. Zur Modifikation der Haftungsvoraussetzungen	10
1.4.5. Zur einseitigen Enthaltungserklärung	11
1.4.6. Zur gesetzlichen Haftungsmilderung	11
1.5. Zweck der Freizeichnung und Problematik	12
<b>2. Vereinbarung</b>	<b>14</b>
2.1. Individuelle Freizeichnung	14
2.1.1. Übereinstimmende Willenserklärungen	14
2.1.2. Form	14
2.2. Freizeichnung in AGB	15
2.2.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	15
a) Bedeutung	15
b) Begriff	16
c) Gründe für die Verwendung von AGB und Problematik	16
d) AGB-Kontrolle	18

2.2.2.	Geltungskontrolle	18
a)	Einbeziehung	18
b)	Vorrang von Individualabreden	19
c)	Ungewöhnlichkeitsregel	19
<b>3.</b>	<b>Auslegung</b>	<b>20</b>
3.1.	Auslegung von individuellen Freizeichnungen	20
3.1.1.	Bedeutung der Auslegung	20
3.1.2.	Voraussetzung und Ziel der Auslegung	21
3.1.3.	Abgrenzung zur Vertragsergänzung	21
3.1.4.	Arten der Auslegung	21
3.1.5.	Auslegungsmittel und -regeln	22
a)	Wortlaut	22
b)	Systematik	23
c)	Sinn und Zweck (teleologisches Element)	24
d)	Entstehungsgeschichte und Begleitumstände	25
e)	Gesetzeskonformität	25
f)	Widerspruchslosigkeit (ganzheitliche Auslegung)	26
3.1.6.	Zwischenergebnis	27
3.2.	Auslegung von Freizeichnungen in AGB	27
3.2.1.	Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln	27
3.2.2.	Unklarheitenregel	28
3.2.3.	Restriktionsprinzip	28
3.2.4.	Zwischenergebnis	29
<b>4.</b>	<b>Grenzen der Freizeichnung</b>	<b>30</b>
4.1.	Grenzen der Freizeichnung von der (eigenen) Vertragshaftung	30
4.1.1.	Übersicht	30
4.1.2.	Die Schranken von Art. 100 f. OR	31
a)	Vorbemerkungen	31
b)	Art. 100 OR	31
c)	Art. 101 Abs. 2 und 3 OR	33
4.1.3.	Schranken im Besonderen Teil des OR und in Spezialgesetzen	34
a)	Vorbemerkungen	34
b)	Freizeichnung des Verkäufers (Art. 192 Abs. 3 und Art. 199 OR)	34
c)	Freizeichnung des Vermieters (Art. 256 Abs. 2 OR)	35
d)	Freizeichnung des Frachtführers (Art. 447 Abs. 3 OR)	35
4.1.4.	Allgemeine Schranken der Vertragsfreiheit	37
a)	Vorbemerkungen	37
b)	Rechtswidrigkeit (Art. 19/20 OR)	37
c)	Verstoss gegen die öffentliche Ordnung (Art. 19 Abs. 2 OR)	37
d)	Sittenwidrigkeit (Art. 19/20 OR)	38
da)	Sittenwidrigkeit im Allgemeinen	38
db)	Missbrauch einer Machtposition im Besonderen	38
e)	Persönlichkeitsrechtswidrigkeit (Art. 19 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB)	39

ea)	Übersicht	39
eb)	Gegenstand der Bindung im Allgemeinen	39
ec)	Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden im Besonderen	40
ed)	Übermass der Bindung	43
f)	Übervorteilung (Art. 21 OR)	43
g)	Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	43
4.1.5.	Revision des Haftpflichtrechts	44
4.2.	Grenzen der Freizeichnung von der (eigenen) Deliktshaftung	46
4.2.1.	Ausgangslage	46
4.2.2.	Dispositivität des Deliktsrechts	47
4.2.3.	Einzelne Schranken	49
a)	Vorbemerkungen	49
b)	Art. 100 OR	49
c)	Nichtanwendbarkeit von Art. 101 Abs. 2 und 3 OR	50
d)	Weitere Schranken	50
4.2.4.	Isolierte Freizeichnung	51
4.3.	Grenzen der Freizeichnung von der Deliktshaftung Dritter	51
4.3.1.	Ausgangslage	51
4.3.2.	Einzelne Schranken	52
a)	Freizeichnung zugunsten Dritter	52
aa)	Art. 100 OR	52
ab)	Weitere Schranken	53
b)	Freizeichnung zulasten Dritter	54
ba)	Art. 100 OR	54
bb)	Weitere Schranken	54
4.4.	Grenzen der Freizeichnung in AGB	54
4.4.1.	Ausgangslage	54
a)	Fehlen einer allgemeinen gesetzlichen Regelung	54
b)	Art. 8 UWG	55
4.4.2.	Verdeckte Inhaltskontrolle	56
4.4.3.	Offene Inhaltskontrolle	56
4.4.4.	Revision des Haftpflichtrechts	57
4.5.	Vergleich mit den Grenzen der Freizeichnung in Deutschland	58
5.	<b>Folgen der unzulässigen Freizeichnung</b>	<b>60</b>
5.1.	Übersicht	60
5.2.	Allgemeine Nichtigkeitsfolgen	60
5.2.1.	Nichtigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR)	60
5.2.2.	Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR)	61
5.3.	Nichtigkeit bei unzulässiger Freizeichnung	62
5.3.1.	Ausgangslage	62
5.3.2.	Schutzzweck der verletzten Norm	62
5.3.3.	Parteiabrede	63
5.3.4.	Hypothetischer Parteiwille	64
a)	Übersicht	64
b)	Ersatzlose Streichung	64

	c) Reduktion auf das erlaubte Mass	64
	d) Reduktion auf das übliche Mass	65
	e) Stellungnahme	65
<b>II.</b>	<b>Drittwirkung von Verträgen</b>	<b>67</b>
1.	Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse	67
2.	Ausnahmsweise Drittwirkung von Schuldverhältnissen	67
	2.1. Im Gesetz vorgesehene Drittwirkung	67
	2.2. Von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Drittwirkung	68
	2.3. Konsequenzen für den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse	69
3.	Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln insbesondere	70
 <b>Teil B: Freizeichnung zugunsten Dritter</b>		<b>73</b>
I.	Übersicht	75
II.	Drittwirkung aufgrund des Gesetzes	77
1.	Ausgangslage	77
2.	Drittwirkung von gesetzlichen Haftungsmilderungen	77
	2.1. Ausdrückliche Gesetzesvorschrift	77
	2.2. Sinn und Zweck der Gesetzesvorschrift	78
3.	Drittwirkung von Freizeichnungen	79
4.	Voraussetzungen und Umfang	80
III.	Drittwirkung aufgrund vertraglicher Vereinbarung	81
1.	Ausgangslage	81
2.	Fallbeispiel 1: „Autorennen“	83
3.	Zulässigkeit der Freizeichnung zugunsten Dritter	84
4.	Dogmatische Begründung der Drittwirkung	85
	4.1. Übersicht	85
	4.2. Vertrag zugunsten Dritter	86
	4.3. Verfügung zugunsten Dritter	86
	4.4. Weitere Lösungsansätze	88
	4.4.1. Stellvertretung (Art. 32 ff. OR)	88
	4.4.2. Innominatvertrag	89
	4.4.3. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	89
4.5.	Ergebnis	89

<b>5.</b>	<b>Voraussetzungen und Umfang</b>	<b>90</b>
5.1.	Wirksame Vereinbarung	90
5.2.	Erfüllung der in der Freizeichnung genannten Voraussetzungen	91
5.3.	Umfang	91
<b>IV.</b>	<b>Drittwirkung aufgrund Vertragsergänzung</b>	<b>92</b>
<b>1.</b>	<b>Ausgangslage</b>	<b>92</b>
<b>2.</b>	<b>Vertragsergänzung</b>	<b>93</b>
2.1.	Vorbemerkungen	93
2.2.	Vorliegen einer Vertragslücke	93
2.3.	Lückenfüllung	94
2.3.1.	Methode der Lückenfüllung im Allgemeinen	94
a)	Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen	94
b)	Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen (subjektive Vertragsergänzung)	95
c)	Vertragsergänzung nach Art. 1 ZGB (objektive Vertragsergänzung)	95
ca)	Vorbemerkungen	95
cb)	Vertragsergänzung durch dispositives Gesetzesrecht	95
cc)	Vertragsergänzung durch Gewohnheitsrecht	96
cd)	Vertragsergänzung durch eine Regel des Richters	96
2.3.2.	Füllung von Lücken in AGB im Besonderen	98
2.3.3.	Grenzen der Vertragsergänzung	99
2.3.4.	Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland	100
2.4.	Ergänzung bezüglich der Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln	101
2.4.1.	Lückenhaftigkeit und subjektive Ergänzung	101
2.4.2.	Dispositives Gesetzesrecht	101
2.4.3.	Gewohnheitsrecht	102
2.4.4.	Richterliche Regel	102
<b>3.</b>	<b>Fallgruppen</b>	<b>103</b>
3.1.	Arbeitnehmer-Fälle	103
3.1.1.	Einleitung	103
3.1.2.	Fallbeispiel 2: „Wachmann“	104
3.1.3.	Haftungslage im Arbeitsvertrag	106
a)	Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Tätigkeit (Art. 321e OR)	106
b)	Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers	107
c)	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR)	108
3.1.4.	Prüfung der Drittwirkung	108
a)	Ausgangslage	108
b)	Drittwirkung zum Schutz des Arbeitgebers	109
c)	Drittwirkung zum Schutz des Arbeitnehmers	110
ca)	Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers	110
cb)	Sachgerechtigkeit des Einbezugs in die Freizeichnung	111

d)	Drittwirkung aus der Sicht der Gläubigerin	113
da)	Berücksichtigung der Freizeichnung im Preis der Hauptleistung	113
db)	Der Gläubigerin entsteht kein ungerechtfertigter Nachteil	113
dc)	Wahrnehmung des Unternehmens als schadensrechtliche Einheit	114
e)	Abwägung	114
3.1.5.	Zwischenergebnis	115
3.2.	Transport-Fälle	116
3.2.1.	Einleitung	116
3.2.2.	Fallbeispiel 3: „Schiffsführer“	116
3.2.3.	Haftungslage	117
a)	Vorbemerkungen	117
b)	Speditionsvertrag und Frachtvertrag	118
ba)	Abgrenzung	118
bb)	Speditionsvertrag (Art. 439 OR)	119
bc)	Frachtvertrag (Art. 440 ff. OR)	119
bd)	Gemeinsamkeiten und Unterschiede	121
c)	Rechtsquellen des Transportrechts	122
d)	AGB	123
e)	Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland	124
3.2.4.	Prüfung der Drittwirkung	125
a)	Ausgangslage	125
b)	Argumente für eine Drittwirkung	126
ba)	Tarifstruktur, Risikoverteilung und Versicherbarkeit	126
bb)	Keine ungerechtfertigte Benachteiligung der Absenderin	127
c)	Argumente gegen eine Drittwirkung	127
ca)	Der Zwischenfrachtführer ist nicht schutzbedürftig	127
cb)	Keine Aushöhlung der Freizeichnung durch einen drohenden Rückgriff	128
cc)	Der Zwischenfrachtführer hätte sich selber freizeichnen können	128
d)	Vergleich mit der neueren Entwicklung im Transportrecht	128
da)	Entstehung	128
db)	Handelsbrauch in der Rheinschifffahrt	129
dc)	Gesetzliche und staatsvertragliche Regelungen	129
dd)	Transportrechtsreform in Deutschland	129
e)	Abwägung	130
3.2.5.	Zwischenergebnis	131
3.3.	Mietauto-Fälle	131
3.3.1.	Einleitung	131
3.3.2.	Fallbeispiel 4: „Ford Taunus“	131

3.3.3.	Haftungslage	133
a)	Vorbemerkungen	133
b)	Rechtslage beim Abschluss einer Kaskoversicherung	133
ba)	Begriff der Kaskoversicherung	133
bb)	Verhältnis zwischen Versicherer und Vermieterin (Versicherungsnehmerin)	133
bc)	Verhältnis zwischen Versicherer und Mieter (Fahrer)	134
c)	Freizeichnung zwischen Vermieterin und Mieter	136
3.3.4.	Prüfung der Drittwirkung	137
a)	Ausgangslage	137
b)	Argumente für eine Drittwirkung	138
ba)	Risikoverteilung und Versicherbarkeit	138
bb)	Gefahr einer Haftung des Mieters auf Umwegen	138
bc)	Orientierung am Leitbild der Kaskoversicherung	139
bd)	Nur der Dritte soll Fahrer sein	140
c)	Argumente gegen eine Drittwirkung	140
d)	Abwägung	140
3.3.5.	Zwischenergebnis	141
3.4.	Weitere Fälle	141
3.4.1.	Vorbemerkungen	141
3.4.2.	Subunternehmer-Fälle	141
a)	Typische Fallkonstellation	141
b)	Überlegungen zur Drittwirkung	142
c)	Verallgemeinerung auf andere selbständige Erfüllungsgehilfen	143
3.4.3.	Sportveranstaltungs-Fälle	144
a)	Typische Fallkonstellation	144
b)	Überlegungen zur Drittwirkung	144
3.4.4.	Vereinsstatuten-Fälle	146
a)	Typische Fallkonstellation	146
b)	Überlegungen zur Drittwirkung	146
3.4.5.	Fälle der Drittwirkung zugunsten von Solidarschuldnern	148
a)	Typische Fallkonstellation	148
b)	Überlegungen zur Drittwirkung	148
<b>4.</b>	<b>Schlussfolgerungen</b>	<b>150</b>
4.1.	Ausgangslage	150
4.2.	Indizien für eine Drittwirkung der Freizeichnung	151
4.2.1.	Interesse des Schuldners an der Wirkung zugunsten des Dritten	151
a)	Schutz vor drohendem Rückgriff	151
b)	Verantwortlichkeit für den Dritten	152
c)	Der Schuldner will nicht sich, sondern den Dritten freizeichnen	152
d)	Sicherung günstiger Tarife des Dritten	152

4.2.2.	Die Freizeichnung orientiert sich an der vertraglichen Risikolage	153
a)	Das Risiko der Gläubigerin vergrössert sich nicht	153
b)	Berücksichtigung der Freizeichnung im Preis der Leistung	155
c)	Beherrschbarkeit des Risikos	156
d)	Versicherbarkeit des Risikos	156
e)	Kein Machtgefälle zwischen Gläubigerin und Schuldner	158
4.2.3.	Haftungslage des Dritten	158
a)	Vorbemerkungen	158
b)	Schutzbedürftigkeit des Dritten	158
ba)	Begriff der Schutzbedürftigkeit	158
bb)	Arbeitnehmer	159
bc)	Selbständige Erfüllungsgehilfen	159
bd)	Familienmitglieder	160
be)	Weitere Dritte	160
c)	Unzumutbarkeit der Tragung des Haftungsrisikos	160
d)	Einbindung des Dritten in branchenübliche Tarifstrukturen	161
4.3.	Tatsachen ohne Einfluss auf die Drittwirkung	161
4.4.	Ergebnis	162
<b>5.</b>	<b>Voraussetzungen und Umfang</b>	<b>163</b>
5.1.	Voraussetzungen	163
5.2.	Umfang	164
<b>V.</b>	<b>Drittwirkung aufgrund Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?</b>	<b>165</b>
<b>1.</b>	<b>Ausgangslage</b>	<b>165</b>
<b>2.</b>	<b>Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</b>	<b>165</b>
2.1.	Begriff und Zweck	165
2.2.	Anerkennung	166
2.3.	Voraussetzungen	167
2.4.	Wirkungen und Grenzen	168
2.5.	Dogmatische Begründung	169
2.5.1.	Vorbemerkungen	169
2.5.2.	Richterliche Rechtsfortbildung (Art. 1 ZGB)	169
2.5.3.	Gesetzliches Schuldverhältnis (Art. 2 ZGB)	170
2.5.4.	Vertragsergänzung	170
2.5.5.	Stellungnahme	170
<b>3.</b>	<b>Drittwirkung von Freizeichnungen entgegen dem Parteiwillen?</b>	<b>171</b>
3.1.	Eignung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zur Begründung der Drittwirkung?	171
3.2.	Wünschbarkeit einer Drittwirkung entgegen dem Parteiwillen?	172
3.3.	Ergebnis	173

4.2.2.	Die Freizeichnung orientiert sich an der vertraglichen Risikolage	153
a)	Das Risiko der Gläubigerin vergrössert sich nicht	153
b)	Berücksichtigung der Freizeichnung im Preis der Leistung	155
c)	Beherrschbarkeit des Risikos	156
d)	Versicherbarkeit des Risikos	156
e)	Kein Machtgefälle zwischen Gläubigerin und Schuldner	158
4.2.3.	Haftungslage des Dritten	158
a)	Vorbemerkungen	158
b)	Schutzbedürftigkeit des Dritten	158
ba)	Begriff der Schutzbedürftigkeit	158
bb)	Arbeitnehmer	159
bc)	Selbständige Erfüllungsgehilfen	159
bd)	Familienmitglieder	160
be)	Weitere Dritte	160
c)	Unzumutbarkeit der Tragung des Haftungsrisikos	160
d)	Einbindung des Dritten in branchenübliche Tarifstrukturen	161
4.3.	Tatsachen ohne Einfluss auf die Drittwirkung	161
4.4.	Ergebnis	162
<b>5.</b>	<b>Voraussetzungen und Umfang</b>	<b>163</b>
5.1.	Voraussetzungen	163
5.2.	Umfang	164
<b>V.</b>	<b>Drittwirkung aufgrund Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?</b>	<b>165</b>
<b>1.</b>	<b>Ausgangslage</b>	<b>165</b>
<b>2.</b>	<b>Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</b>	<b>165</b>
2.1.	Begriff und Zweck	165
2.2.	Anerkennung	166
2.3.	Voraussetzungen	167
2.4.	Wirkungen und Grenzen	168
2.5.	Dogmatische Begründung	169
2.5.1.	Vorbemerkungen	169
2.5.2.	Richterliche Rechtsfortbildung (Art. 1 ZGB)	169
2.5.3.	Gesetzliches Schuldverhältnis (Art. 2 ZGB)	170
2.5.4.	Vertragsergänzung	170
2.5.5.	Stellungnahme	170
<b>3.</b>	<b>Drittwirkung von Freizeichnungen entgegen dem Parteiwillen?</b>	<b>171</b>
3.1.	Eignung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zur Begründung der Drittwirkung?	171
3.2.	Wünschbarkeit einer Drittwirkung entgegen dem Parteiwillen?	172
3.3.	Ergebnis	173

<b>Teil C: Freizeichnung zulasten Dritter</b>	<b>175</b>
<b>I. Übersicht</b>	<b>177</b>
<b>II. Grundsatz: keine Drittwirkung</b>	<b>179</b>
1. <b>Unzulässigkeit eines Vertrags zulasten Dritter</b>	<b>179</b>
1.1. Vertrag zulasten Dritter allgemein	179
1.2. Freizeichnung zulasten Dritter insbesondere	180
1.2.1. Grundsatz: Freizeichnungen wirken nicht zulasten Dritter	180
1.2.2. Fallbeispiel 5: „Elektromast“	180
2. <b>Unbeachtlichkeit der Vereinbarung einer Drittwirkung zwischen der Gläubigerin und dem Schuldner</b>	<b>181</b>
2.1. Grundsatz: Wirkungslosigkeit einer solchen Vereinbarung	181
2.2. Ausnahme: Beschränkung vertraglicher Rechte des Dritten	182
2.2.1. Ausgangslage	182
2.2.2. Wirkung auch zulasten Dritter	182
2.2.3. Wirkung nur zulasten Dritter	183
2.3. Abgrenzung: zulässigkeitskonforme Auslegung	184
2.4. Drittwirkung entgegen dem Willen von Gläubigerin und Schuldner?	185
<b>III. Drittwirkung aufgrund des Einverständnisses des Dritten</b>	<b>186</b>
1. <b>Ausgangslage</b>	<b>186</b>
2. <b>Zustimmung</b>	<b>186</b>
3. <b>Stellvertretung</b>	<b>187</b>
4. <b>Wirkung: isolierte Freizeichnung zwischen Schuldner und Drittem</b>	<b>188</b>
<b>IV. Drittwirkung entgegen dem Willen des Dritten</b>	<b>189</b>
1. <b>Zurechnungsgrund als Voraussetzung der Drittwirkung</b>	<b>189</b>
2. <b>Fallgruppen</b>	<b>190</b>
2.1. Transport-Fälle	190
2.1.1. Einleitung	190
2.1.2. Fallbeispiel 6: „Betoneisen“	190
2.1.3. Haftungslage	192
2.1.4. Prüfung der Drittwirkung	192
a) Ausgangslage	192
b) Wirkung der Freizeichnung zulasten des deliktischen Anspruchs des Eigentümers	192
ba) Kenntnis des Eigentümers von der Freizeichnung des Frachtführers	192
bb) Objektive Sachgerechtigkeit der Drittwirkung	193
c) Drittwirkung gesetzlicher Haftungsmilderungen	195
d) Wirkung der Freizeichnung zulasten eines allfälligen vertraglichen Anspruchs des Eigentümers	195
e) Transportrechtsreform in Deutschland	197

2.1.5. Zwischenergebnis	198
2.2. Probefahrt-Fälle	198
2.2.1. Einleitung	198
2.2.2. Fallbeispiel 7: „Schaltfehler“	199
2.2.3. Haftungslage	199
a) Übersicht	199
b) Im Zweiparteienverhältnis	200
c) Im Dreiparteienverhältnis	201
2.2.4. Prüfung der Drittwirkung	203
a) Kenntnis des Eigentümers von der Freizeichnung des Interessenten	203
b) Objektive Sachgerechtigkeit der Drittwirkung	203
2.2.5. Zwischenergebnis	204
2.3. Arbeitnehmer-Fälle	204
2.3.1. Einleitung	204
2.3.2. Fallbeispiel 8: „Geschäftsauto“	205
2.3.3. Haftungslage	206
2.3.4. Prüfung der Drittwirkung	206
a) Ausgangslage	206
b) Betriebsfirma bei Betriebsaufspaltung	207
c) Leasinggeber	208
d) Kunde	210
e) Zufällig mit dem Arbeitsverhältnis in Kontakt kommender Dritter	210
2.3.5. Zwischenergebnis	211
2.4. Fälle des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	212
2.4.1. Einleitung	212
2.4.2. Fallbeispiel 9: „Gerüst“	212
2.4.3. Haftungslage	213
2.4.4. Prüfung der Drittwirkung	214
a) Übersicht	214
b) Wirkung der Freizeichnung zulasten des vertraglichen Anspruchs des Dritten	214
c) Wirkung der Freizeichnung zulasten des deliktischen Anspruchs des Dritten	215
ca) Grundsatz: keine Drittwirkung	215
cb) Ausnahme: Drittwirkung	216
d) Drittwirkung gesetzlicher Haftungsmilderungen	217
2.4.5. Zwischenergebnis	218
2.5. Versorgerschaden-Fälle	218
2.5.1. Einleitung	218
2.5.2. Fallbeispiel 10: „Helikopter“	218
2.5.3. Haftungslage	219
2.5.4. Prüfung der Drittwirkung	220
a) Drittwirkung der Freizeichnung des Schuldners	220
b) Drittwirkung von gesetzlichen Haftungsmilderungen	221
2.5.5. Zwischenergebnis	221

2.6.	Weitere Fälle der Freizeichnung zulasten Dritter	222
2.6.1.	Vorbemerkungen	222
2.6.2.	Subunternehmer-Fälle	222
	a) Typische Fallkonstellation	222
	b) Überlegungen zur Drittwirkung	222
	ba) Wirkung zulasten eines allfälligen vertraglichen Anspruchs des Bestellers	222
	bb) Wirkung zulasten des deliktischen Anspruchs des Bestellers	223
2.6.3.	Fälle des Vertrags zugunsten Dritter	224
	a) Typische Fallkonstellation	224
	b) Überlegungen zur Drittwirkung	225
	ba) Wirkung zulasten eines allfälligen vertraglichen Anspruchs des Dritten	225
	bb) Wirkung zulasten des deliktischen Anspruchs des Dritten	226
2.6.4.	Gutachter-Fälle	227
	a) Typische Fallkonstellation	227
	b) Überlegungen zur Drittwirkung	228
	ba) Interessenlage	228
	bb) Haftung des Anwalts gegenüber dem Adressaten	228
	bc) Beschränkung der Haftung durch Freizeichnung	230
	bd) „Beschränkung der Haftung“ durch Einschränkung der Aussage	230
	be) Vergleich mit anderen Gutachter-Fällen	231
2.6.5.	Leihe-Fälle	231
	a) Typische Fallkonstellation	231
	b) Überlegungen zur Drittwirkung	232
2.6.6.	Vereinsausflug-Fälle	233
	a) Typische Fallkonstellation	233
	b) Überlegungen zur Drittwirkung	234
2.6.7.	Fälle der Freizeichnung zulasten des Schadensversicherers	234
	a) Typische Fallkonstellation	234
	b) Überlegungen zur Drittwirkung	235
<b>3.</b>	<b>Schlussfolgerungen</b>	<b>236</b>
3.1.	Freizeichnung zulasten der vertraglichen Ansprüche des Dritten	236
3.2.	Freizeichnung zulasten der deliktischen Ansprüche des Dritten	237
3.2.1.	Ausgangslage	237
3.2.2.	Voraussetzungen der Drittwirkung	237
	a) Kenntnis des Dritten vom Kontakt seiner Rechtsgüter mit dem beschränkt haftenden Schädiger	237
	b) Wirtschaftliche Teilnahme des Dritten am fremden Vertrag	238
	ba) Gemeinsames Merkmal: wirtschaftliche Teilnahme	238
	bb) Ausgestaltung in den einzelnen Fallgruppen	239
	bb) Gläubigerähnliche Inanspruchnahme der vertraglichen Leistung	239

bbb)	Aussetzung der Güter an die vertragstypischen Risiken aus wirtschaftlichen Interessen	239
bbc)	Verschaffung der vertraglichen Leistung durch eine Zwischenperson	240
bc)	Konsequenzen für die Risikoverteilung	241
c)	Ergebnis	242
3.2.3.	Dogmatische Begründung der Drittwirkung	242
a)	Ausgangslage	242
b)	Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	242
c)	Richterliche Rechtsfortbildung (Art. 1 ZGB)	244
d)	Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers (Art. 938 Abs. 1 ZGB)	245
e)	Vertragsergänzung	246
f)	Verschulden des Dritten (Art. 44 Abs. 1 OR)	247
g)	Stellvertretung (Art. 32 ff. OR)	247
h)	Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR)	247
i)	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	248
j)	Stellungnahme	248
3.3.	Wirkung gesetzlicher Haftungsmilderungen zulasten des Dritten	250
4.	<b>Voraussetzungen und Umfang</b>	<b>251</b>
4.1.	Voraussetzung	251
4.2.	Umfang	252

## **Teil D: Kollision der Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter** **253**

I.	Übersicht	255
II.	Verweis auf die Freizeichnung des Subvertrags	257
III.	Fehlen eines Verweises auf den anderen Vertrag	259

## **Teil E: Zusammenfassung** **261**