

Sonderdruck aus:

Liber Amicorum

Eike Schmidt

Zum 65. Geburtstag am 26.11.2004

Herausgegeben von

Gert Brüggemeier

(2005)



C. F. Müller Verlag
Heidelberg

Inhalt

<i>Vorwort</i>	V
KATHRIN BECKER-SCHWARZE Möglichkeiten der rechtlichen Regulierung einer selbstbestimmten Entscheidung am Lebensende	1
GERT BRÜGGEMEIER Fahrlässigkeitshaftung	33
REINHARD DAMM Privatautonomie und Patientenautonomie – Selbstbestimmung auf Güter-, Dienstleistungs- und Gesundheitsmärkten	73
AXEL HALFMEIER Zur Beweislast für den Mangel des Rechtsgrunds	109
DIETER HART Diagnosefehler – Seine Verortung als Behandlungsfehler und die Verpflichtung zur Aufklärung	131
HELMUT HEINRICHS Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gegen den nach § 346 BGB zur Rückgewähr verpflichteten Schuldner	159
CHRISTIAN JOERGES Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozess? – Ein melancholischer Rückblick	187
KLAUS MEIER Haftungsfreizeichnungsklauseln	223
NORBERT REICH Wandlungen des Rechts der vertraglichen Schuldverhältnisse in neuen Mitgliedstaaten unter dem Einfluss des EG-Rechts	239
ALFRED RINKEN Rechtspraxis und Verfassung	263
HELMUT RÜßMANN Die vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit	279
GUNTHER TEUBNER Expertise als soziale Institution: Die Internalisierung Dritter in den Vertrag .	303
<i>Autorenverzeichnis</i>	335

Haftungsfreizeichnungsklauseln

I. Vorbemerkung	223
II. Stand der Rechtsprechung zur Haftungsfreizeichnung und -begrenzung	224
III. Unbestimmte (rechtsprechungsorientierte) Haftungsfreizeichnung und Transparenzgebot	231
IV. Sollte ein uneingeschränktes Verbot für Haftungsfreizeichnungs- und -begrenzungsklauseln nach § 307 BGB bestehen?	235
V. Schlusserwägungen	238

I. Vorbemerkung

Die Grenzen einseitiger Vertragsgestaltung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gehören zu den zentralen Fragen des modernen Schuldvertragsrechts, in dem der einseitig gestellte Formularvertrag weit häufiger anzutreffen ist als der ausgehandelte Individualvertrag. Die Wesensverschiedenheiten und Gegensätzlichkeiten dieser beiden Vertragsgestaltungsverfahren hat Eike Schmidt in zahlreichen Publikationen herausgearbeitet.¹ Doch auch nach 30 Jahren kodifiziertem AGB-Recht und einer äußerst detaillierten Rechtsprechung zu beinahe allen Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB (bzw. vordem zum AGB-Gesetz) finden sich immer noch zahlreiche unwirksame Formularbestimmungen im Rechtsverkehr. Zu einem erheblichen Teil hat die Verwendung unwirksamer Klauseln sogar Methode, um sich gegenüber rechtsunerfahrenen Kunden gegebenenfalls mit rechtswidrigen Passagen durchsetzen zu können.² Möglicherweise könnte eine schneidigere Rechtsprechung für eine Beseitigung solcher Unsitten sorgen.

Insbesondere im Rahmen von Haftungsfreizeichnungen und Haftungsbeschränkung sind Bestimmungen nach wie vor verbreitet, die mit § 309 Nr. 7 BGB oder mit der allgemein bekannten Rechtsprechung offensichtlich unvereinbar sind. Von überragender praktischer Bedeutung sind Haftungsfreizeichnungen für einfache Fahrlässigkeit. „soweit nicht eine vertragswesentliche Pflicht“ (resp. „Kardinalpflicht“) verletzt ist, und die Begrenzung der Haftung bei einfacher Fahrlässigkeit

1 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Tb. 1, 8. Aufl., Heidelberg 1995, § 10 und § 11; *Eike Schmidt*, AGB-Gesetz und Schuldvertragsrecht des BGB, ZIP 1987, 1505; *ders.*, Inhaltskontrolle von Schuldverträgen, DRiZ 1991, 81.

2 Diese Verfahrensweise ist nach meiner Erfahrung insbesondere im Verkehr unter Kaufleuten ständige Übung, die häufig evident unwirksame Bestimmungen in Standardverträgen verwenden.

keit auf den „vorhersehbaren“ oder „typischen“ Schaden. Diese Regelungen führen typischerweise zu Haftungsklauseln wie der folgenden:

„(4) Wir haften nach den gesetzlichen Bestimmungen, sofern der Besteller Schadenersatzansprüche geltend macht, die auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, einschließlich von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit unserer Vertreter oder Erfüllungsgehilfen beruhen. Soweit uns keine vorsätzliche Vertragsverletzung angelastet wird, ist die Schadenersatzhaftung auf den vorhersehbaren, typischerweise eintretenden Schaden begrenzt.

(5) Wir (die Verkäufer) haften nach den gesetzlichen Bestimmungen, sofern wir schuldhaft eine wesentliche Vertragspflicht verletzen; in diesem Fall ist aber die Schadenersatzhaftung auf den vorhersehbaren, typischerweise eintretenden Schaden begrenzt.

(...)

(7) Die Haftung wegen schuldhafter Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit bleibt unberührt; dies gilt auch für die zwingende Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz.

(8) Soweit nicht vorstehend etwas Abweichendes geregelt ist, ist die Haftung ausgeschlossen.“³

Entsprechende Klausелеmpfehlungen finden sich in Formularvertragshandbüchern,⁴ Branchenempfehlungen und in der Praxis in sehr vielen Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁵ Mit einer befremdend wirkenden Dichte werden Regelungen getroffen, die die Haftung dem Grunde nach ausschließen sollen oder zumindest eine Beschränkung der Höhe nach einfordern. Da beides – Haftungsausschluss und Haftungsbegrenzung – nur in engen Grenzen möglich ist, versucht man mit gleichermaßen ausführlichen wie pauschalen Regelungen, den Zielen näher zu kommen.

Die verwendeten Klauseln zeichnen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes – wie zu zeigen ist – weitgehend nach. Gleichwohl können sie im Rahmen einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB keinen Bestand haben!

II. Stand der Rechtsprechung zur Haftungsfreizeichnung und -begrenzung

1. § 309 Nr. 7 BGB erklärt jedwede Freizeichnung von der Haftung für Schäden an Leben, Körper und Gesundheit sowie generell den Haftungsausschluss bei grober Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam. Der Freizeichnungsausschluss umfasst auch gesetzliche Vertreter und Erfüllungsgehilfen im

3 *Graf von Westphalen*, Allgemeine Verkaufsbedingungen nach neuem Recht, 4. Aufl., München 2002, S. 5. Der Abschnitt findet sich im Übrigen unter "Mängelhaftung" und unter § 7 wird für alle weiteren Haftungsansprüche an anderer Stelle des Vertrages darauf verwiesen.

4 Zum Beispiel: *Harte-Bavendamm/Kindermann/Metzger*, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2004, Wirtschaftsrecht I, XI, 1.

5 Zum Beispiel: *Joachim*, Haftungsfreizeichnung im modernen Mietrecht, NZM 2003, 387, 391 m. w. N.

Haftungsfreizeichnungsklauseln

Sinne von § 278 BGB. Anerkannt ist zudem, dass der Umkehrschluss, eine Beschränkung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit bei Sach- und Vermögensschäden sei regelmäßig wirksam, unzulässig ist.⁶ Vielmehr muss eine solche Regelung unter dem Blickwinkel des § 307 BGB selbständig gewürdigt werden. Soweit jedenfalls ein Haftungsausschluss auch bei der Verletzung „wesentlicher Vertragspflichten“ („Kardinalpflichten“) greift, wird er regelmäßig als unwirksam betrachtet.⁷ Hierzu führt die Rechtsprechung in diversen Entscheidungen wie folgt aus: Der Hersteller eines Produktes könne sich von der Haftung für Planungs- und Konstruktionsmängel nicht wirksam frei zeichnen.⁸ Der Haftungsausschluss für eine nicht fristgerechte Lieferung sei für leichte Fahrlässigkeit genauso unzulässig⁹ wie der Ausschluss der Haftung für Prüfungen durch den Kapitalanlagevermittler.¹⁰ Der Vermieter könne für die Instandhaltung,¹¹ der Neuwagenverkäufer für die ordentliche Ausführung der Ablieferungsinspektion,¹² der Heizöllieferant für die Überwachungspflichten beim Öleinfüllen,¹³ der Entsorger für Sicherheitsmängel seiner Anlage,¹⁴ der Installateur für die sorgfältige Installation einer Klimaanlage¹⁵ seine Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit nicht ausschließen. Erst recht gelte die Unzulässigkeit eines Haftungsausschlusses bei Unternehmern und Selbständigen, die eine besondere Fachkenntnis für sich in Anspruch nehmen, unter anderem also bei den Freiberuflern¹⁶ und Geschäftsbesorgern¹⁷.

Zur Begründung wird in allen Entscheidungen nahezu gleich lautend ausgeführt, dass der Verwender sich von der Haftung für vertragswesentliche Pflichten bzw. Kardinalpflichten auch bei leichtfahrlässiger Begehung nicht freizeichnen könne. Vertragswesentliche Pflichten seien solche, deren Verletzung den Vertragszweck gefährde¹⁸ oder auf die der Vertragspartner zur ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung vertrauen könne.¹⁹ Dem Kunden dürften Rechtspositionen, die ihm der Vertrag nach Inhalt und Zweck gerade gewähre, nicht weggenommen werden.

6 Palandt/*Heinrichs*, BGB, 64. Aufl., München 2005 § 307 Rn. 2.

7 Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 307 Rn. 35 ff. mit zahlreichen Beispielen.

8 BGH, NJW-RR 1993, 560; BGH, NJW 1971, 1797.

9 BGH, NJW 1969, 1708.

10 BGH, NJW-RR 2000, 998; a. A. LG Stuttgart, WM 1988, 620 f. mit Hinweis, die Haftung für fehlerhafte Anlageberatung durch ein Kreditinstitut sei wegen der "Komplexität der Materie" auf grobe Fahrlässigkeit beschränkbar.

11 BGH, NJW 2002, 673.

12 BGH, NJW 1969, 1708.

13 BGH, ZIP 1988, 360.

14 BGH, NJW-RR 1996, 783.

15 BGH, NJW-RR 1986, 271.

16 *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 9. Aufl., Köln 2001, § 9 Rdnr. 153; *Erman/Roloff*, BGB, 11. Aufl., Münster 2004, § 309 Rn. 72.

17 BGH, ZIP 1988, 360; BGH, NJW 1991, 2559.

18 U.a. BGH, NJW 2001, 342, 343; NJW 2001, 751, 752 f.

19 BGH, NJW 1985, 3016, 3018; NJW-RR 1986, 271, 272.

Wer aufgrund seiner besonderen Fachkenntnis und Befähigung Aufgaben übernehme, solle nicht mit vorformulierten Regelungen diese Verpflichtung pervertieren. Dies gelte ebenfalls für die Haftung von Erfüllungsgehilfen, soweit auch die Haftung für Kardinalpflichten beschränkt werde.²⁰ Grundsätzlich wird die Kardinalpflichtenrechtsprechung auch im kaufmännischen Verkehr angewendet.²¹

Die Wirksamkeit von Haftungsfreizeichnungen wurde in der Rechtsprechung nur ganz vereinzelt angenommen. So war der Bundesgerichtshof der Auffassung, dass die Prüfung der Echtheit von vorgelegten Dokumenten nicht zu den vertragswesentlichen Pflichten einer Akkreditivbank gehöre und ein entsprechender Haftungsausschluss deshalb zulässig sei.²² Ein Krankenhaus könne die Haftung für leichte Fahrlässigkeit in Bezug auf eingebrachte Sachen, die in der Obhut des Kunden verblieben, ausschließen.²³ Zulässig sei der Ausschluss auch, wenn das Risiko ausnahmsweise durch den Vertragspartner besser beherrscht werden könne²⁴ oder es sich um allgemein bekannte branchenspezifische Ausformungen (z. B. Werkverftvertrag) handele.²⁵

2. Auch die Begrenzung der Haftung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt im nichtkaufmännischen Verkehr gemäß § 307 Nr. 7 b) BGB allenfalls bei Vorliegen leichtfahrlässigen Verhaltens in Betracht. Den Klauseln, die dieses nicht eindeutig regeln, wird von vornherein die Wirksamkeit versagt.²⁶ Das grundsätzliche Bedürfnis, bei Verträgen den Ausschluss der Haftung für Exzessrisiken bei Vorliegen leichter Fahrlässigkeit auch formularmäßig einzuführen, wird im Grundsatz von vielen Autoren insbesondere im kaufmännischen Verkehr anerkannt²⁷ und findet sich für diesen Bereich auch ausdrücklich im UN-Kaufrecht in Art. 74 S. 2 CISG: Danach darf der Schadenersatz den Verlust nicht übersteigen, „den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen“.

Schwierig ist es, das rechte Maß der Begrenzung zu finden. In der Rechtsprechung hat sich herausgebildet, dass eine Beschränkung nur zulässig ist, soweit der vertragstypische, vorhersehbare Schaden abgedeckt ist.²⁸ Nicht zulässig sei dagegen die Begrenzung der Haftung von Autowaschanlagen auf Lackschäden.²⁹ die

20 Z.B. BGHZ 71, 167, 171; BGH, BB 1976, 159 f.

21 BGH, ZIP 1988, 360; BGHZ 89, 363.

22 BGHZ 108, 348; BGH, NJW 1990, 255.

23 BGH, NJW 1990, 760, 764.

24 BGH, NJW 1988, 1785.

25 BGH, NJW-RR 1997, 1253; BGH, NJW 1988, 1785.

26 OLG Düsseldorf, VersR 1991, 240.

27 Hensen, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, ABGB, § 11 Nr. 7 m. w. N.

28 U. a. BGH, NJW 2001, 292; NJW 1993, 335.

29 KG, NJW-RR 1991, 698.

Haftungsfreizeichnungsklauseln

Beschränkung der Haftung der Chemischreiniger auf den 15fachen Reinigungspreis.³⁰ die Begrenzung der Haftung auf 100.000 DM durch den Sicherheitstransporteur³¹ oder die Beschränkung auf 10% des Kaufpreises beim Neuwagenkauf.³² da der vorhersehbare Schaden in den genannten Fällen jeweils deutlich höher liegen könne.

Zulässig soll auf der anderen Seite gegebenenfalls die Begrenzung des reinen Verzögerungsschaden auf 5% der Kaufpreissumme sein³³ oder auch die Pauschalierung auf ein Vielfaches der Vergütung, wenn gleichzeitig wegen des weitergehenden Schadens für den Vertragspartner die Möglichkeit besteht, eine Versicherung zu angemessenen Konditionen abzuschließen.³⁴

3. Die seit Jahrzehnten bestehende Rechtsprechung zu Haftungsfreizeichnungsbestimmungen in Formularverträgen wird mit hoher Selbstverständlichkeit angewendet. Das Ganze hat sogar insoweit Niederschlag gefunden, als § 307 Abs. 2 Ziffer 2 BGB (und vorher inhaltsgleich § 9 Abs. 2 Ziffer 2 AGBG) eine unangemessene Benachteiligung immer dann annimmt, wenn eine Bestimmung „wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“ Die Kernbegründungen des Bundesgerichtshofes zur Wirksamkeit von Haftungsfreizeichnungen sind aber gerade deswegen problematisch, weil sie oftmals nur den unbestimmten Gesetzestext repetieren, es sei ein Verstoß gegen „vertragswesentliche Pflichten“ gegeben. Statt klare und nachvollziehbare Argumentationen zu liefern, bewegen sich die Entscheidungen in Allgemeinheiten. Die Urteile zur Haftungsfreizeichnung argumentieren textbausteinartig, ihre Begründungen sind nahezu gleich lautend seit über 30 Jahren in den Entscheidungen zu finden.

Eine erhellende Definition der vertragswesentlichen Pflichten steht aus. Anerkannt ist insofern, dass auch Nebenpflichten vertragswesentlich sein können.³⁵ Vertragswesentlich sind nach der Rechtsprechung solche Pflichten, die für die Erreichung des Vertragszwecks von besonderer Bedeutung sind.³⁶ Danach müsste es möglicherweise drei Arten von Pflichten geben: (1) Pflichten, die ohne Bedeutung für die Erreichung des Vertragszweckes sind, (2) Pflichten, die zumindest keine besondere Bedeutung für die Erreichung haben, und (3) die Pflichten mit besonderer Bedeutung für den Vertragszweck. Hauptpflichten haben sicher immer besondere Bedeutung. Selbstverständlich kann auch die Verletzung von Nebenpflichten den Leistungsaustausch, den Vertragszweck, gefährden und verhindern.

30 OLG Köln, NJW-RR 1988, 997.

31 OLG München, NJW-RR 1994, 742.

32 BGH, NJW 2001, 292.

33 BGH, NJW 2001, 292.

34 BGHZ 77, 133.

35 Ständige Rechtsprechung, z.B. BGH, NJW 1988, 1785.

36 Siehe BGH, WM 1984, 1053.

Deshalb werden Nebenpflichten zumeist auch „besondere“ Bedeutung für den Vertragszweck haben. Eine vernünftige und klar abgrenzbare Einordnung der besonderen Bedeutung einer Pflicht will und wird mit dem Verweis auf Vertragswesentlichkeit nicht gelingen.

Auch die negative Abgrenzung durch Bestimmung der „unwesentlichen Pflichten“ hilft nicht weiter. Wenn dem Vertragspartner eine Verpflichtung qua Gesetz oder Kontrakt obliegt, dann wird sie kaum als „unwesentlich“ für den Vertragszweck im natürlichen Sprachsinn einzuordnen sein. Auch solche Pflichten, die nicht unmittelbar dem Leistungsaustausch dienen, dürften „wesentlich“ sein. So haben z. B. Vertraulichkeits- und Geheimhaltungsbestimmungen – sieht man von Know How-Lizenzverträgen einmal ab – für sich genommen keine „besondere Bedeutung“ für die eigentliche Leistungserbringung, für den Vertragszweck. Oftmals wird durch solche Bestimmungen sogar nur besonderen, nicht unbedingt rational zu begründenden Befindlichkeiten der Vertragsparteien Rechnung getragen. Geheimhaltungspflichten würden daher wohl als nicht vertragswesentliche Pflichten deklariert werden. Auf der anderen Seite sind aber Geheimhaltungsbestimmungen für die Vertragsparteien regelmäßig eine wichtige Voraussetzung dafür, einen Vertrag überhaupt abzuschließen. Sollte man die Haftung für die Verletzung einer vereinbarten Geheimhaltung sogleich durch eine haftungsaus-schließende Allgemeine Geschäftsbedingung wieder aufheben können?

Die mit Bezug auf vertragswesentliche Pflichten argumentierende Rechtsprechung bleibt leerformelhaft. Bislang konnte nicht annähernd konkretisiert werden, unter welchen Voraussetzungen eine Pflicht als nicht vertragswesentlich einzustufen ist. In den Entscheidungen, in denen eine Vertragswesentlichkeit einer Pflicht abgelehnt wird, argumentiert man dementsprechend auch gerade nicht mit der Unwesentlichkeit, sondern damit, dass eine Klausel „branchenüblich“ sei, dass der Vertragspartner den Schaden „besser verhindern“ oder „besser versichern“ könne.³⁷ Zwar ist es im Rahmen von Generalklauseln durchaus üblich, diese mit inhaltsleeren Floskeln zu füllen – man denke an die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden im Rahmen des § 138 BGB. Gerade bei der Ausfüllung von Generalklauseln sind aber klare und offene Argumentationen notwendig, da die Generalklauseln den Gerichten einen eigenen Spielraum eröffnen, im Einzelfall das Recht selbst zu setzen.³⁸ Solche gewünschten legislativen Funktionen der Judikative unterliegen dem rechtsstaatlichen Zwang einer klaren, verständlichen und offenen Begründung.³⁹ Dies wird durch das deutsche Rechtswesen mit seiner Textbausteinrechtsprechung zur Vertragswesentlichkeit von Verpflichtungen nicht hinreichend umgesetzt. Der Notwendigkeit einer verständ-

37 Alle Aspekte finden sich exemplarisch in der Entscheidung BGH, NJW 1988, 1785.

38 Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 47 ff.

39 So auch u.a. AK-BGB/Damm, Neuwied 1987, § 138 Rn. 76; Staudinger/J. Schmidt, BGB, 13. Aufl., Berlin 1995, § 242 Rn. 168 ff.

lichen Begründung wird eine regelmäßig auf unbestimmten Argumentationen basierende Rechtsprechung nicht gerecht.

4. Klarer sieht man die Beurteilung der Freizeichnungsklauseln, wenn man die Begründung für eine Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen betrachtet. Die Möglichkeit, einseitig Recht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu setzen, kann entgegen immer noch teils anders lautender Bemerkungen gerade nicht aus der Vertragsfreiheit gefolgert werden. Eike Schmidt hat vielfach darauf hingewiesen, dass Vertragsfreiheit die gemeinsame Ausübung der Vertragsgestaltung durch den Prozess des – zumindest prinzipiell möglichen – Aushandelns als „gemeinschaftlicher Autonomiegebrauch“ zur Voraussetzung hat.⁴⁰ Der Aushandlungsprozess erst bildet die Begründung für die Richtigkeitsgewähr des Vertrages, die nur in den Grenzen von Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ihre Schranken findet. Eben dieser Prozess des Aushandelns und die daraus folgende inhaltliche Legitimation fehlt bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Im Gesetz wird diese Wechselbezüglichkeit von Aushandlung und Richtigkeitsgewähr ohne weiteres deutlich, weil Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle nicht anzuwenden sind, wenn die Bestimmungen ausgehandelt wurden (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) oder abweichende individuelle Vereinbarungen bestehen (§ 305 b BGB).

Vertragsbestimmungen durch einseitige Vorgabe sah das ursprüngliche Schuldvertragskonzept nicht vor. Gleichwohl schien es in Zeiten des Massengeschäftsverkehrs notwendig, Rationalisierungen der Vertragsbeziehung durch einseitige gleichförmige Gestaltung prinzipiell zu erlauben. Der Hinweis auf das Rationalisierungsinteresse der Wirtschaft war und ist die wesentliche Legitimation für die grundsätzliche Zulässigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen.⁴¹ Eine für den Vertragspartner zum dispositiven Recht negative Abweichung – und eine solche eröffnet erst die Inhaltskontrolle. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB – kann nur gerechtfertigt sein, wenn hierfür ein berechtigtes und nachvollziehbares Interesse des Verwenders besteht, hinter dem das Kundeninteresse an dem Schutz seiner gesetzlich fixierten Position zurück tritt.⁴² Insoweit ist es konsequent, von einer Vermutung der Unangemessenheit vom Gesetz abweichender Allgemeiner Geschäftsbedingungen auszugehen.⁴³ die durch nachvollziehbare überwiegende Verwenderinteressen zu widerlegen ist.

Die Freizeichnung von zivilrechtlicher Haftung kann danach allenfalls ausnahmsweise zulässig sein. Grundsätzlich gehört es zu den zentralen Grundsätzen, dass derjenige, der eine Pflicht im Vertrag übernommen hat, für diese auch ein-

40 Insbesondere *E. Schmidt*, DRiZ 1991, 81, 82 f.

41 Stark relativierend bezüglich der Berechtigung dieser Argumentation *Esser/Schmidt*, a.a.O., § 11 I 2.

42 *Brander*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 9 Rn. 117.

43 So explizit: *Esser/Schmidt*, a.a.O., § 11 III 1.

stehen muss. Verpflichtung, Verantwortung und Haftung bilden eine feste Einheit. Eine differenzierte Zuweisung von Verantwortungsbereichen könnte daher zur Lösung beitragen. Wesentlich – auch in vielen Entscheidungen zu Haftungsfreizeichnungsklauseln – ist faktisch daher auch nicht die inhaltsleere Kategorisierung als vertragswesentliche Pflicht, sondern die Kriterien der Beherrschbarkeit, möglicherweise der Versicherbarkeit eines Risikos und Branchenüblichkeit. Mit dem unbestimmten Kriterium der Beherrschbarkeit, dem auch in Rechtsprechung und Literatur fundamentale Bedeutung zuerkannt wird, und der mit der Beherrschbarkeit verbundenen Zuweisung von Risikobereichen an die Vertragsparteien, ist die Frage der Angemessenheit oder Unangemessenheit einer Haftungsfreizeichnung deutlich besser zu beurteilen.

Angemessen ist ein Haftungsausschluss möglicherweise dann, wenn der Vertragspartner Schadensentstehung und/oder Schadensverlauf besser beherrschen kann.⁴⁴ Dieses bleibt aber die Ausnahme, denn meist hat der Verwender selbst die größere Nähe zum Risiko und die Risikobeherrschung ist ihm leichter möglich. Es ist in nahezu allen Fällen der Verwender, dessen Handeln Schäden verhindern kann, und in der Regel wird er die Schadensverläufe besser steuern und begrenzen können. Der Verwender kann die notwendigen Präventionsmaßnahmen treffen, in aller Regel aber nicht der Kunde. In Einzelfällen mag dies anders sein.

Nur untergeordnete Bedeutung kann dabei die Versicherbarkeit eines Risikos haben. Dieser Aspekt kann allenfalls dann zum Tragen kommen, wenn der Schaden auch im Einfluss- und Beherrschungsbereich des Kunden liegt.⁴⁵ Insofern kommt diesem Kriterium nur eine nachgeordnete Bedeutung zu. Eine angemessene Zuordnung hängt dann ggf. von der grundsätzlichen Versicherbarkeit und der Möglichkeit des Abschlusses entsprechender Versicherungen, Belastungen der Prämie und der Zumutbarkeit und Üblichkeit der Schadensabwicklung ab.⁴⁶

Der Verwender kann aufgrund seiner dauerhaften beruflichen Befassung in vielen Fällen sein Risiko effektiver und ökonomischer über Haftpflichtversicherungen versichern. Teilweise sind solche Versicherungen sogar gesetzlich vorgeschrieben. Die Berufshaftpflichtversicherungen der Freiberufler und die Produkthaftpflichtversicherungen, die auch den vertragsrechtlichen Schadenersatz einschließen, können ungleich einfacher und kostengünstiger durch den jeweils handelnden Unternehmer abgeschlossen werden.⁴⁷

44 BGH, ZIP 2002, 220, 223; BGH NJW 1988, 1785 f.

45 So auch BGH, NJW-RR 1998, 1426; *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 9 Rn. 115.

46 BGHZ 114, 238, 246; *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 9, Rn. 114 m. w. N.

47 *Wolf*, Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1980, 2433, 2438 f.; BGHZ 89, 363, 369; BGH, WM 1984, 1224, 1227.

Haftungsfreizeichnungsklauseln

In der Rechtsprechung wird als Rechtfertigung für einen Haftungsausschluss so- dann gelegentlich auf die Branchenüblichkeit verwiesen. So wird bei einem Werftwerkvertrag unter anderem mit der seit Jahrzehnten branchenüblichen Haf- tungsfreizeichnung die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses begründet.⁴⁸ Ins- gesamt ist die Branchenüblichkeit – wie auch im vorgenannten Fall – allenfalls ein Zusatzargument. Verkehrs- und Handelsbrauch können den Maßstab der In- haltskontrolle, die unangemessene Benachteiligung, nicht verschieben, sondern nur ein Kriterium für die Unangemessenheit im Einzelfall sein.⁴⁹

5. Im Hinblick auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die die Haftung der Höhe nach begrenzen, wird auf die Kriterien der Vertragstypizität und Vorhersehbarkeit von Schadensabläufen verwiesen. Der Bundesgerichtshof hat die formularmäßige Begrenzung nur für vertragsuntypische, nicht vorhersehbare Schäden zugelassen.⁵⁰ Ausschließbar sind damit nur Exzessschäden. Auch insoweit ist die Recht- sprechung nicht wirklich erhellend, da Kriterien oder Verfahren, wie der typische, vorhersehbare Schaden festzustellen ist, nicht gegeben werden. „Typisch“ ist der regelmäßige, stets wiederkehrende Verlauf. Der Begriff der Vorhersehbarkeit ist dagegen weiter gefasst. Vorhersehbar sind alle Verläufe, die im Rahmen einer allgemeinen Lebenserfahrung und im Rahmen vergleichbarer Geschäfte erwartet werden können. Die Entscheidung ist objektiv, also nicht aus der Sicht des Han- delnden, und rückschauend zu betrachten. Insoweit sind die Kriterien der Vorher- sehbarkeit und Vertragstypizität zwar unbestimmt, aber inhaltlich einzelfallbezo- gen bestimmbar.

III. Unbestimmte (rechtsprechungsorientierte) Haftungsfreizeichnung und Transparenzgebot

1. Die Praxis der Vertragsgestaltung hat aus den ihr gesetzten engen Grenzen die Konsequenz gezogen, die Vertragsklauseln in ihren Formulierungen an die Recht- sprechung eng anzulehnen. Für Eigentums- und Vermögensschäden, heißt es, hafte man grundsätzlich bei leichter Fahrlässigkeit, es sei denn, eine „vertragswe- sentliche Pflicht“ sei verletzt. Stets sei aber bei einfacher Fahrlässigkeit die Haf- tung auf den „vertragstypischen, vorhersehbaren“ Schaden beschränkt.

2. Bei näherer Betrachtung ist fraglich, ob solche Bestimmungen mit dem für Formularbestimmungen geltenden Transparenzgebot zu vereinbaren sind. Wäh- rend § 307 I 1 BGB den grundlegenden Wertmaßstab für die richterliche Inhalts- kontrolle von AGB festlegt, findet sich in § 307 I 2 BGB ausdrücklich das Trans- parenzgebot für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine unangemessene Be-

48 BGH, NJW 1988, 1785.

49 Brander, in: Ulmer/Brander/Hensen, ABGB, § 9 Rn. 118; OLG Hamburg, ZIP 1983, 700.

50 BGH, NJW 1985, 3016; BGH, NJW 1993, 335.

nachteiligung kann sich aus der fehlenden Klarheit und Verständlichkeit einer Bestimmung ergeben. Damit wurde das in ständiger Rechtsprechung⁵¹ angewandte Transparenzgebot in Gesetzesform gegossen. Eine unverständliche Regelung kann dazu führen, dass der Vertragspartner sich über seine Rechtsposition nicht im Klaren ist, dass ihm die Auslegungsspielräume einseitig auferlegt werden und dass er gegebenenfalls sogar über seine Rechte und Pflichten in die Irre geführt wird. Mit Helmut Heinrichs lassen sich verschiedene Einzelausprägungen in Form des Verständlichkeitsgebotes, des Bestimmtheitsgebotes und des Täuschungsverbotes ausmachen.⁵² Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen die Rechte und Pflichten der Vertragspartner durch entsprechende Ausgestaltungen und Formulierungen durchschaubar, richtig, bestimmt und möglichst klar darstellen.⁵³ AGB, die eine Unbestimmtheit des gültigen Regelungsgehaltes dadurch erzeugen, dass die für den Verwender günstigere oder rechtlich gerade noch zulässige Regelung wirksam sein soll, verstoßen gegen das Transparenzgebot. Bei einer solchen Vertragsgestaltung kann der Vertragspartner den gültigen Vertragsinhalt aufgrund der AGB nicht in zumutbarer Weise erkennen und abschätzen, inwieweit das Haftungsrisiko begrenzt oder ausgeschlossen wird.⁵⁴

3. Maßstab der Beurteilung von Klarheit und Verständlichkeit ist der für die jeweils betroffene Art von Rechtsgeschäften zu erwartende Durchschnittskunde.⁵⁵ Vertreten wird neuerdings, dass aufgrund von § 310 Abs. Nr. 3 BGB, wonach bei Verträgen mit Verbrauchern die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, insbesondere auch spezielle Kenntnisse des konkret betroffenen Vertragspartners beachtlich seien.⁵⁶

Dem kann nicht gefolgt werden. Entgegen der verbreiteten Auffassung⁵⁷ gehören zu den Umständen des Einzelfalles keine subjektiven Voraussetzungen in Form von individuell vorhandenen Branchen- oder juristischen Fachkenntnissen. Eine solche Berücksichtigung würde die Struktur der AGB-Kontrolle verkehren. Gemäß § 305 Abs. 2 BGB a. E. – der bekanntermaßen im Verkehr mit Unternehmern keine Anwendung findet, § 310 Abs. 1 BGB – ist für die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Einverständnis lediglich mit der *Geltung* der AGB erforderlich. Dieses Einverständnis hebt sich gerade fundamental von dem ansonsten herrschenden Inhaltseinverständnis des Vertrags ab. Den Inhalt

51 U.a. BGH, NJW 1989, 222; NJW 1990, 2382; NJW 1992, 3158; NJW 1996, 455; NJW 2000, 651; NJW 2001, 292 und NJW 2001, 2635.

52 *Heinrichs*, Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: FS Trinkner, Heidelberg 1995, 157, 166.

53 BGHZ 106, 42, 49.

54 *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 9, Rn. 101.

55 BGH, NJW 2001, 2635.

56 So jetzt ausdrücklich: Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 307 Rn. 17.

57 Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 310 Rn. 21 m. w. N.

Haftungsfreizeichnungsklauseln

zugrunde gelegter AGB nimmt der Kunde oftmals oder sogar in aller Regel überhaupt nicht zur Kenntnis. Das Gesetz geht eben davon aus, dass nicht die Kenntnisnahme des Inhalts der AGB durch den Kunden, sondern die *Möglichkeit* der zumutbaren Kenntnisnahme Voraussetzung der wirksamen Einbeziehung ist (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Unabhängig von den individuellen Vorkenntnissen des Kunden in der Branche hat er keinerlei Verpflichtung, mehr oder gründlicher zu lesen als ein branchenunkundiger Kunde. Es ist abwegig, dem mit speziellen Kenntnissen ausgestatteten Kunden den Schutz wegen seiner Kenntnis zu entziehen. Sofern Spezialkenntnisse überhaupt Berücksichtigung finden sollen, dann ist allenfalls der umgekehrte Fall logisch begründbar: Gerade weil der Vertragspartner mit Vorkenntnissen ausgestattet ist, darf er darauf vertrauen, dass der AGB-Verwender keine Regelungen stellt, die im Verhältnis zu einem Durchschnittskunden unwirksam sind. Er ist nicht gehalten, wegen seiner besonderen Fachkunde die AGB inhaltlich vor dem Vertragsschluss zur Kenntnis zu nehmen und ggf. zu verhandeln.

4. Mit der Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen für die Fälle leicht fahrlässigen Handelns, „soweit keine vertragswesentliche Pflicht“ verletzt ist, und Haftungsbegrenzungen auf den „vorhersehbaren, verkehrstypischen“ Schaden hat eine Auseinandersetzung bislang kaum stattgefunden und ein solcher Ausschluss war – soweit ersichtlich – auch noch nicht Gegenstand einer Gerichtsentscheidung. Nur vereinzelt und eher am Rande wurde die Zulässigkeit wegen Intransparenz thematisiert und die Klausel dann für wirksam erachtet.⁵⁸ Dazu wird ausgeführt, dass dem Verwender die Aufzählung aller Vertragspflichten und aller denkbaren Schadenshypothesen nicht zugemutet werden könne.⁵⁹ Eine Klausel könne „sinnvollerweise nicht transparenter sein, als das Gesetz“.⁶⁰ Und schließlich könne sogar die Aufnahme aller in Betracht kommenden Erscheinungsformen von Vertragspflichten durch den enormen Umfang einen Verstoß gegen das Transparenzgebot darstellen.⁶¹

Die Argumentationen greifen nicht. Dass der Inhalt des Terminus der „vertragswesentlichen Pflicht“ auch für Juristen kaum verständlich ist, wurde bereits im Einzelnen dargelegt. Der Verweis auf den Begriff der Vertragswesentlichkeit ist

58 *Paulusch*, Haftung und Haftungsfreizeichnung im kaufmännischen Geschäftsverkehr, DWiR 1992, 182, 190; *Rabe*, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, NJW 1987, 1978, 1985; *Henseler*, Beispiele zur Haftung und Haftungsbegrenzung im kaufmännischen Geschäftsverkehr – § 24 AGB-Gesetz, DWiR 1992, 192, 197; *Hoeren*, Gestaltungsvorschläge für Musterverträge und Einkaufsbedingungen nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – Teil 2, ZGS 2002, 68, 69.

59 *Paulusch*, DWiR 1992, 182; *Rabe*, NJW 1987, 1978, 1985; *Henseler*, DWiR 1992, 192, 197.

60 *Paulusch*, DWiR 1992, 190.

61 *Henseler*, DWiR 1992, 197.

bereits kaum von Juristen, aber schon gar nicht von Laien zu verstehen. Ein solcher Begriff ist ausfüllungsbedürftig.

Das Argument, dem Verwender könne eine Auflistung aller Vertragspflichten nicht zugemutet werden, diese führe gar zur Intransparenz, greift in zweifacher Weise nicht. Wenn der Verwender diese Arbeit der Differenzierung nicht unternimmt, muss es der Vertragspartner des Verwenders – spätestens im Schadensfall – tun. Warum dieser aber, um Klarheit über seine Rechtsposition zu bekommen, die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragspflichten treffen sollte, ist nicht nachvollziehbar zu begründen. Da der AGB-Verwender die Formulierungshoheit hat, kommt ihm auch die Verantwortung für die Präzisierung zu: Unklarheiten in den Formulierungen hat er selbst auszuräumen und nicht der Vertragspartner. Da der Verwender sein gesamtes Leistungs- und Pflichtenpektrum aus dauerhafter beruflicher Befassung kennt und auch die ex ante Risikobetrachtung vornehmen kann, kann er grundsätzlich auch die Tätigkeiten und Bereiche, für die er die Haftung auszuschließen gedenkt, benennen. Zum zweiten ist es schlicht falsch, dass eine Ausdifferenzierung der Pflichten in – um in der herrschenden Terminologie zu bleiben – vertragswesentliche und vertragsunwesentliche Pflichten zu einem unüberschaubaren Katalog führen würde. Der Verwender muss in diesem Fall nur die "vertragsunwesentlichen Pflichten" nennen, bei denen der Vertragspartner also „näher am Risiko“ ist, die Risiken besser beherrschen kann, und die von den gesetzlichen Regelungen für ihn nicht angemessen über Mitverschuldensregelungen etc. geregelt sind. Das Gros der Pflichten, die vertragswesentlichen, von ihm beherrschten Pflichten braucht der Verwender nicht zu benennen – für die haftet er ohnehin.

Allgemein anerkannt ist, dass salvatorische Haftungsklauseln, also solche Klauseln, die die Haftung „soweit gesetzlich zulässig“ ausschließen, gegen das Transparenzgebot verstoßen, da die Ansprüche, für die gehaftet werden soll, nicht mehr klar bestimmt sind.⁶² Mit einer solchen salvatorischen Klausel würde das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ausgehöhlt, indem immer die gerade noch zulässige Version gewählt würde. Das Auslegungs- und Inhaltsrisiko läge dann ausschließlich beim Verwendungsgegner. Vor diesem Hintergrund ist es geradezu unverständlich, dass nicht im Handstreich die gängigen Haftungsausschlüsse und -begrenzungen sogleich mit kassiert werden. Auch sie schließen die Haftung nur insoweit aus, als „dieses gesetzlich oder richterrechtlich zulässig“ ist. Diese Wendung wurde lediglich ersetzt durch die Formulierung „soweit nicht eine vertragswesentliche Pflicht vorliegt“ und „soweit es sich um einen nicht vorhersehbaren Schaden“ handelt. Auch damit wird das Bestimmungsrisiko ausschließlich dem Vertragspartner des Verwenders auferlegt und die Haftung wird so weit ausge-

62 BGHZ 93, 29; 48; BGH, NJW 1991, 2632; BGH, NJW 1993, 1062; BGH, NJW 1996, 1407, 1408; BGH X. ZR 70/00 v. 9.7.2002.

Haftungsfreizeichnungsklauseln

geschlossen, wie es gerade noch zulässig ist. In konsequenter Anwendung der ständigen Rechtsprechung müssten die verbreiteten flexiblen Haftungsfreizeichnungen unwirksam sein.

Zu beleuchten ist schließlich noch, aus welchem Grund rechtsprechungsrezitierende Floskeln in AGB aufgenommen werden. Im Grunde sind durch die unabdingbare Haftung für nahezu alle Fahrlässigkeitsformen Haftungsausschlüsse und Haftungsbegrenzungen inhaltlich kaum interessant.⁶³ Es sind nur ganz wenige Fälle konstruierbar, in denen ein Ausschluss nach der bestehenden Gesetzes- und Rechtslage überhaupt greift und die Anforderungen an die Haftungspauschalierung sind ebenfalls sehr eng gesetzt. Aber der Verwender hat – und dieses ist aus meiner Erfahrung der regelmäßig wichtigste Beweggrund – durch die unbestimmten Klauseln im Schadensfall einen argumentativen Ansatzpunkt, seine Haftung zu verneinen. Die Ungenauigkeit der Klausel schafft Unsicherheit, die eine Einigung zu Gunsten des Verwenders wahrscheinlicher macht. Schließlich wird im Rahmen von Auseinandersetzungen offenbar oftmals der AGB-Charakter von Bestimmungen verkannt. So wird – wie ich aus meiner Berufspraxis aus einigen Fällen berichten kann – gerade im kaufmännischen Verkehr bei unstreitig einseitig gestellten Verträgen wegen ihrer äußeren Gestaltung und nach inhaltlicher Anpassung der Hauptpflichten der Vertrag als Individualvertrag angesehen. Dann lohnen sich unwirksame Gestaltungen zur Freizeichnung von Haftung in der Auseinandersetzung im hohen Maße.

IV. Sollte ein uneingeschränktes Verbot für Haftungsfreizeichnungs- und -begrenzungsklauseln nach § 307 BGB bestehen?

Nach meiner Auffassung wäre es richtig, über die Begrenzung der Freizeichnungsklauseln durch das Transparenzgebot und über die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Kriterien der Beherrschbarkeit, Versicherbarkeit und Branchenüblichkeit noch hinauszugehen und ein *vollständiges* Verbot von Haftungsfreizeichnungs- und -begrenzungsklauseln anzunehmen. Hierfür sind insbesondere zwei Gründe anzuführen:

1. Die Übernahme einer Pflicht korrespondiert mit einem Entstehen für die Erfüllung der Verpflichtung. Es gehört gerade zum Wesen der Verpflichtung (im Gegensatz zur Obliegenheit), dass die Erfüllung – gegebenenfalls klagweise durchsetzbar – zu beanspruchen ist. Der Erfüllungsanspruch bezieht sich dabei nicht nur auf das Ob, sondern auch auf das Wie, also die Sorgfältigkeit und Ordnungsgemäßheit der Erfüllung. An der Pflicht, für die sorgfältige Erfüllung einzustehen, ändert auch die möglicherweise bessere Beherrschbarkeit durch den Nichtver-

63 von Westphalen, Die Nutzlosigkeit von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln im kaufmännischen Verkehr, DB 1997, 1805; Hoeren, ZGS 2002, 68, 69.

pflichteten nichts. Sich von einer solchen Pflicht über AGB-Gestaltung ohne inhaltliches Einverständnis des anderen zu lösen, halte ich für unangemessen. Selbstverständlich kann man darauf vertrauen, dass der Vertragspartner seine Pflichten erfüllt und hierfür haftet – gleichviel ob diese Verpflichtungen wesentlich, unwesentlich, besser von ihm oder dem anderen zu beherrschen oder zu versichern sind. Es hat sich mit der Pflichtübernahme gleichsam ein Vertrauen in die Haftung gebildet. Da die AGB-rechtlichen Bestimmungen des BGB die Nichtkenntnisnahme des Inhaltes durch den Verwendungsgegner zulassen, geradezu voraussetzen⁶⁴ und dieses auch eindeutiger und gewollter Aspekt der Rationalisierungsfunktion ist, bedarf es mehr als der Niederschrift im Formularvertrag, um das Vertrauen zu widerlegen. Denn nur derjenige, der den Haftungsausschluss positiv kennt, kann bewusst dieses bei der Preisbemessung für die Leistung einbeziehen und kann gegebenenfalls zusätzliche eigene Vorkehrungen treffen.

2. Unangemessen ist jeder Haftungsausschluss auch, weil das Zivilrecht probate Lösungen bereit hält, Fälle zu lösen, in denen die Pflichtübernahme nicht notwendig erscheint oder der andere Teil das Risiko besser beherrschen oder begrenzen kann! Dieses erläutere ich an Beispielen, die Fällen nachgebildet sind, in denen der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit der Haftungsfreizeichnung bejahte:

Beabsichtigt eine Bank, für die Echtheitsprüfung von Dokumenten,⁶⁵ auf deren Grundlage sie Geschäfte ausführt, nicht zu haften, so ist dafür eine individuelle Abrede notwendig. Der Kunden muss mit diesem Pflichtenausschluss inhaltlich im Sinne der §§ 145 ff. BGB einverstanden sein. Die Abrede ist schon deshalb notwendig, damit dem Kunden klar ist, dass er die Echtheit selbst oder anderweitig prüfen muss. Die Rationalisierungsfunktion muss in solchen Fällen hinter den Kundeninteressen zurückstehen. Der Bank ist es aus meiner Sicht ohne weiteres zumutbar, diesen Aspekt deutlich und individuell aufzuzeigen.

Für die Fälle der besseren Risikobeherrschung bietet sich neben individuellen Vereinbarungen vor allem die Regelung des Mitverschuldens in § 254 BGB an.⁶⁶ Hat der Geschädigte selbst bei der Entstehung des Schadens schuldhaft mitgewirkt oder hat er unterlassen, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, so ist dessen mitwirkendes Verschulden zu berücksichtigen. Die Mitverschuldensregelung ist bereits dem Grunde nach darauf angelegt Schäden angemessen zu verteilen, die zugleich in der Sphäre des Betroffenen zu lokalisieren sind. Wenn beide Parteien einen Schadensverlauf zu verantworten haben oder durch ihr Verhalten beeinflussen können, dann sind Alles-oder-Nichts-Lösungen dem Grunde nach

64 Siehe oben unter III.3.

65 BGH, NJW 1990, 225.

66 Siehe auch BGH, ZIP 1988, 360, 363.

Haftungsfreizeichnungsklauseln

schon unbefriedigend.⁶⁷ Deshalb passt § 254 BGB vorzüglich zu dem nachvollziehbaren Ansinnen, vornehmlich denjenigen in die Schadenstragung einzubeziehen, der das Risiko besser beherrschen kann.

Hätte in dem gerade dargelegten Fall die Bank keine individuelle Pflichtverlagerung vorgenommen, so wäre es angemessen, ein anteiliges Mitverschulden des Kunden zu prüfen. Beispielsweise wäre zu fragen, unter welchen Umständen er das Dokument empfangen hat, und ob er die Echtheit der Urkunde selbst prüfen und erkennen konnte?

Sichert ein Krankenhauspatient seine Wertsachen nicht angemessen und werden diese sodann aus Gründen, die auch das Krankenhaus zu vertreten hat, entwendet, dann muss man nicht – wie der Bundesgerichtshof meint⁶⁸ – den formularmäßigen Haftungsausschluss zulassen, sondern es ist im Rahmen des Mitverschuldens der Ersatzanspruch zu würdigen.⁶⁹

Entsteht ein erheblicher Schaden bei einer Schiffsreparatur in der Werft und konnte der Schiffseigner über die an Bord befindliche Besatzung das Ausbreiten des Brandes besser durch Vorkehrungen verhindern,⁷⁰ dann kann auch insoweit der Mitverschuldensgedanke des § 254 BGB greifen. Die Heranziehung des § 254 BGB ist auch deshalb sachgerecht, weil dadurch den Anteilen an der Risikobeherrschung differenzierter Rechnung getragen werden kann.

3. Am Ende überrascht es nicht, dass nach meiner Auffassung auch die Haftungsbegrenzungen für schädigendes Verhalten einer Inhaltskontrolle generell nicht standhalten. Zunächst gilt das bereits Gesagte: Übernimmt ein Vertragspartner eine Verpflichtung durch Vertrag oder Gesetz, dann kann der andere auf die ordentliche Erfüllung vertrauen. Eine Beschränkung der Haftung ist ihm prinzipiell genauso wenig wie eine Freizeichnung zuzumuten.

Im Übrigen hilft das BGB-Rechtsprogramm: Auch insoweit können individuelle Vereinbarungen zur maximalen Haftungshöhe Rechtssicherheit für beide Seiten schaffen – wobei zur Warnung an dieser Stelle an die hohen Anforderungen an die Aushandlung einer Vertragsbestimmung erinnert wird.⁷¹ So viel Mühe muss sich ein Unternehmen eben bei allen nachvollziehbaren Rationalisierungsanstrengungen machen, wenn es die Haftung wirksam beschränken will.

67 Sehr viel präziser die Ausführungen in *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 7. Aufl., Heidelberg 1993, § 35.

68 BGH, NJW 1990, 760, 764.

69 So zutreffend in einem vergleichbaren Fall – ohne Haftungsausschlussklausel – LG Bochum, VersR 1992, 886.

70 Hierzu BGH, NJW 1988, 1785.

71 Im Einzelnen *Esser/Schmidt*, § 11 I, S. 187 f.

Darüber hinaus hilft zur Begrenzung der Haftung auch ohne gesonderte Vereinbarung in manchen Fällen § 254 BGB. Nach Absatz 2 hat der Gläubiger einer Leistung den Schuldner auch auf die Gefahr eines besonderen Schadens aufmerksam zu machen. Insoweit bietet sich ein deutliches Korrektiv für Schäden, die durch den Geschädigten besser als durch den Schädiger vorhergesehen werden können.

Nach der Rechtsprechung ist eine Haftungsbeschränkung ohnehin nur für Exzessschäden möglich. Exzessschäden kann man möglicherweise mit den Fragen des Ursachenzusammenhanges zwischen Schädigung und Schaden hinreichend lösen; auch insoweit kann den Verwenderinteressen vollständig und angemessen Rechnung getragen werden. Anerkannt ist, dass im Rahmen einer wertenden Beurteilung des Schutzzweckes der haftungsbegründenden Norm und bei Verträgen zusätzlich im Rahmen des zugrunde liegenden Schutzzweckes die Schadensursächlichkeit eines Verhaltens zu würdigen ist. Ersatzfähig sind danach nur solche Schäden, die dem Schutzzweck der Norm oder des Vertrages unterfallen.⁷² Atypische, unvorhersehbare Schäden könnten im Einzelfall über die Schutzzweckbegrenzung von der Ersatzfähigkeit ausgeschlossen sein.

V. Schlusserwägungen

Die gesamte juristische Vertragsbranche benutzt zur Haftungsfreizeichnung und -begrenzung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestimmungen, die an Unbestimmtheit und Vagheit kaum zu überbieten sind. Vordergründig orientiert man sich an der Rechtsprechung, in der leerformelhafte Wendungen von den „vertragswesentlichen Pflichten“ aufgegriffen werden. Tatsächlich ist das Ziel eine möglichst weitgehende und dynamische Haftungsbeschränkung, die gerade noch zulässig ist. Mit dem Transparenzgebot sind solche Gestaltungswerke nicht vereinbar; sie sind zu unbestimmt und unverständlich. Weit darüber hinaus gehen bestehende durchgreifende Zweifel, ob die Freizeichnung und Begrenzung der Haftung in AGB überhaupt zulässig sein kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch liefert ein problemadäquates Instrumentarium, das über Individualvereinbarungen, Mitverschuldensregelungen und Begrenzungen des Ursachenzusammenhanges ökonomisch und juristisch überzeugende Lösungen möglich macht. Es besteht mithin kein nachvollziehbarer Grund dafür, Haftungsfreizeichnungen und -beschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu regeln.

⁷² Hierzu im Einzelnen die zentralen Ausführungen von *Esser/Schmidt*, § 33 III m. w. N.