

Die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln bei leichter Fahrlässigkeit gem. § 9 AGB-Gesetz

Von Rechtsanwalt Dr. jur. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

I. Auslegungsfragen bei Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln

Bei Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln im Bereich leichter Fahrlässigkeit wird im Blick auf die Wirksamkeit dieser Klauseln stets gesteigerter Wert darauf gelegt, daß die vom dispositiven Recht abweichende Regelung – und die damit zusammenhängende *Risikoverlagerung* – für den Durchschnittskunden ausreichend *eindeutig* und *verständlich* ist.¹ Daraus ergeben sich im einzelnen folgende Ableitungen:

1. Systematische Stellung der Klausel

Eine Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel ist – unter Berücksichtigung des Gebots einer eindeutigen und transparenten Regelung – nur dann wirksam, wenn sie im Aufbau der AGB an der *systematisch richtigen Stelle* steht.² Denn nur dann wird dem Kunden ausreichend klar vor Augen geführt, daß zu seinen Lasten eine Risikoverlagerung – bezogen auf die Wertungen des dispositiven Rechts – stattfindet. Deshalb: Eine gewährleistungsspezifische Haftungsfreizeichnungsklausel unter der Rubrik „Haftung für Mängel der Lieferung“ erfaßt nicht etwaige Ansprüche aus der Produzentenhaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB, und zwar auch dann nicht, wenn die Haftungsfreizeichnungsklausel lautet: „Weitere Ansprüche des Käufers bzw. des Bestellers, insbesondere ein Anspruch auf Ersatz von Schäden, die nicht an dem Liefergegenstand selbst, sondern die nur mittelbar durch diesen entstanden sind, werden von uns in keinem Fall anerkannt“.³ Das gleiche gilt dann, wenn und soweit die Haftungsfreizeichnungsklausel nicht *unmißverständlich* klarstellt, daß sie auch Ansprüche aus Delikt erfaßt, was z. B. für die Klausel abzulehnen ist, wonach „ein Anspruch auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz nicht besteht“.⁴ Etwas anderes gilt freilich dann, wenn die Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel – außerhalb der Gewährleistungsregelung und damit an systematisch richtiger Stelle – unter der – separaten – Rubrik „*Haftung*“ erfaßt wird.⁵

Daraus ergibt sich: Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln, die – bezogen auf die Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs – an systematisch falscher Stelle stehen, sind deswegen *unwirksam*, weil sie für den Durchschnittskunden weder ausreichend eindeutig noch ausreichend transparent sind. Sie sind vor allem dann auch mißverständlich, lassen also nicht mit der gebotenen Klarheit erkennen, inwieweit bezogen auf die Bestimmungen des dispositiven Rechts eine Risikoverlagerung auf den Kunden stattfinden soll. Deshalb ist zu empfehlen, daß – rein formell – jeweils selbständige Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln für Gewährleistungsrisiken (einschließlich etwaiger Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung) einerseits

und sonstigen Haftungsregelungen andererseits in den AGB niedergelegt werden.⁶

Anzumerken ist freilich, daß die vorerwähnten BGH-Entscheidungen zum kaufmännischen Verkehr ergangen sind. Deshalb hat der BGH⁷ ausdrücklich *offengelassen*, ob im *nicht-kaufmännischen Bereich* nicht *strengere Maßstäbe* gelten. Dies ist jedoch zu *verneinen*, weil – bezogen auf die systematische Stellung einer AGB-Klausel – kein Unterschied zwischen dem kaufmännischen Bereich und dem nicht-kaufmännischen Verkehr zu erkennen ist: Ausgangspunkt ist und bleibt die scharfe Trennung zwischen Gewährleistungsrisiken und sonstigen Haftungsrisiken, welche der Distinktion zwischen vertraglichen und gesetzlichen, d. h. „außervertraglichen“ Ansprüchen⁸ entspricht. Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, ob im nicht-kaufmännischen Bereich nicht ein strengerer Maßstab für das Verständlichkeitsgebot einer Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel gilt.⁹

2. Die gebotene Eindeutigkeit

Selbst wenn eine Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel systematisch an der zutreffenden Stelle steht, ist sie nur dann wirksam, wenn sie – bezogen auf die vom dispositiven Recht abweichende Risikoverlagerung zum Nachteil des Kunden – *eindeutig und unmißverständlich* ist.¹⁰ Dieses Transparenzgebot kann in mehrfacher Weise mißachtet sein, was jeweils im Einzelfall geprüft werden muß.¹¹ Im einzelnen:

a) Es kann durchaus sein, daß die *sprachlich-gegenständliche Fassung* der Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel den geltend gemachten Schaden überhaupt nicht erfaßt.¹²

¹ BGHZ 67 S. 359, 366 = BB 1977 S. 162 = AGBE I § 9 Nr. 29; BGH, BB 1979 S. 243 = AGBE I § 9 Nr. 34; BGH, BB 1979 S. 698 mit Anm. von Schmidt-Salzer = AGBE I § 5 Nr. 2.

² Hierzu BGH, BB 1977 S. 162 = AGBE I § 9 Nr. 29; BGH, BB 1979 S. 698 m. Anm. von Schmidt-Salzer = AGBE I § 5 Nr. 2.

³ BGH, a.a.O.

⁴ BGH, BB 1979 S. 243 = AGBE I § 9 Nr. 34.

⁵ BGH, BB 1979 S. 698 m. Anm. von Schmidt-Salzer = AGBE I § 5 Nr. 2.

⁶ Vgl. auch Bunte, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 131.

⁷ BB 1979 S. 698 bei Ziff. II, 2 a.E. = AGBE I § 5 Nr. 2.

⁸ BGH, a.a.O.

⁹ Vgl. BGH, NJW 1982 S. 331, 333 – Unwirksamkeit der Verwendung der Begriffe „Wandlung“ oder „Minderung“; im einzelnen Löwe/Graf von Westphalen, Trinkner, § 11 Nr. 10 b Rdnrn. 15 ff. m.w.N.

¹⁰ Insbesondere BGH, BB 1979 S. 698 mit Anm. von Schmidt-Salzer = AGBE I § 5 Nr. 2.

¹¹ Hierzu Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 11 Nr. 7 Rdnrn. 54 f.

¹² Vgl. OLG Celle, BB 1970 S. 513: Gewährleistungsregelung für Material- oder Bearbeitungsfehler erfaßt nicht Konstruktionsfehler; BGHZ 47 S. 312: Ausschluß des Schadensersatzanspruchs unter der Rubrik „Beanstandungen“ ist keine Haftungsfreizeichnung für Schadensersatzansprüche aus fehlerhafter Beratung; BGH, BB 1977 S. 516 = WM 1977 S. 505: Beschränkung der Schadensersatzhaftung auf „Ersatz des unmittelbaren Schadens am Bauwerk“ bezieht sich nicht auf Koordinationsfehler des Architekten, sofern dadurch ein Schaden am Bauwerk entsteht; BGH, BB 1979 S. 243 = AGBE I § 9 Nr. 34 – „Anspruch auf Schadensersatz besteht nicht“ sowie „gebraucht, wie besichtigt, und unter Ausschluß jeder Gewährleistung“ – ist bei individualvertraglicher Zusicherung, daß Pkw in „einwandfreiem technischen Zustand übergeben“ wird, nicht ausreichend klar; OLG München, BB 1980 S. 496 = AGBE I § 9 Nr. 46 – Haftungsausschluß für „Mängel der Schwimmbad-Anlage“ erfaßt nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht beim Reinigen der Treppen des Bades.

b) Es kann aber auch sein, daß sich die Unwirksamkeit der Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel daraus ergibt, daß die *rechtliche Wertung* der betreffenden AGB-Klausel nicht eindeutig und unmißverständlich den zu beurteilenden Haftungsfall erfaßt.¹³ Das Gebot der Eindeutigkeit von Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln erfordert also, daß zwischen dem die Haftung begründenden Lebenssachverhalt, der rechtlichen Wertung und der sprachlichen Fassung der AGB-Klausel, *Kongruenz* besteht.¹⁴

c) Dies wirft die Frage auf, wie eine Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel gestaltet sein muß, um den vorerwähnten Anforderungen zu genügen. Unter Berücksichtigung des damit angesprochenen *Transparenzgebotes* sowie unter besonderer Berücksichtigung der Tatsache, daß Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln eine Risikoverlagerung zu Lasten des Kunden enthalten, ist stets an die Verständnismöglichkeit des *rechtskundigen Durchschnittskunden*¹⁵ oder an den des durchschnittlichen *Kaufmanns* anzuknüpfen. Es empfiehlt sich folgende *Differenzierung* zwischen dem kaufmännischen Verkehr und dem nichtkaufmännischen Bereich:

aa) Im *kaufmännischen Verkehr* genügt der AGB-Verwender dem zuvor beschriebenen Transparenzgebot, wenn sichergestellt ist, daß sich die jeweilige Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel – an systematisch zutreffender Stelle placiert – auch auf deliktsrechtliche Ansprüche bezieht.¹⁶ Insofern reicht es nicht ohne weiteres aus, wenn die Klausel „Schadensersatzansprüche aus außervertraglicher Haftung“¹⁷ erfaßt. Soll sich die Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel auch auf Schadensersatzansprüche aus *Verschulden bei Vertragsabschluß* beziehen, muß dies eindeutig und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht werden. Das gleiche gilt in der Sache für Ansprüche aus *positiver Vertragsverletzung*, soweit diese nicht auf Ersatz etwaiger Mangelfolgeschäden gerichtet sind.¹⁸ Dabei ist vor allem zu beachten: Gewährleistungsspezifische Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln erfassen Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung nur insoweit, als es sich um Mangelfolgeschäden handelt, die aus einem Sachmangel oder aus dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft resultieren.¹⁹ Handelt es sich jedoch um Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung, die aus der Verletzung von *Nebenpflichten* herühren, so sind diese Schadensersatzansprüche von einer gewährleistungsspezifischen Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel nicht erfaßt. Dies ist nur dann anders, wenn und soweit – an systematisch zutreffender Stelle – diese Ansprüche unter der Rubrik „Haftung“ oder „sonstige Haftung“ aufgeführt sind. Das gleiche gilt in der Sache, soweit Schadensersatzansprüche aus *Unmöglichkeit* resultieren, wobei allerdings hier andere Wertungskriterien gelten (im einzelnen Sub II, 3). Daraus folgt: Auch im kaufmännischen Verkehr sind Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln nur dann – bezogen auf den Verständnishorizont des durchschnittlichen Kunden – ausreichend eindeutig und transparent, wenn alle in Betracht kommenden gesetzlichen Schadensersatzsanktionen – an systematisch

zutreffender Stelle – in der in Rede stehenden Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel aufgeführt sind. Diesen Gesichtspunkt sollte jedenfalls der AGB-Verwender berücksichtigen, sofern er sichergehen will, daß seine Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel insoweit wirksam ist.

Fehlt es an einer anspruchsspezifischen *Enumeration*, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die jeweilige Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel – mangels erforderlicher Eindeutigkeit – *unwirksam* ist. Dies gilt uneingeschränkt, soweit Schadensersatzansprüche aufgrund „außervertraglicher Haftung“²⁰ nicht als solche in der Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel, sondern z. B. nur in der Gewährleistung angesprochen sind.²¹ Dies ist nur dann anders, wenn in den AGB des Verwenders eine detaillierte, alle wesentlichen Fälle der *Leistungsstörung* erfassende Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel enthalten ist, so daß dann – praktisch als *Auffangtatbestand* – „alle Ansprüche des Bestellers . . . auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art . . . ausgeschlossen“ sind.²² Denn durch eine derartige detaillierte, anspruchsspezifische Regelung der Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel ist dann sichergestellt, daß einem Kaufmann die in dieser Klausel gewollte Risikoverlagerung ausreichend klar vor Augen geführt wird. Sind also „außervertragliche Ansprüche“ in der Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel eindeutig angesprochen, so reicht es aus, wenn in Bezug auf Ansprüche aus *Verschulden bei Vertragsabschluß* oder *positiver Vertragsverletzung* – anstelle einer detaillierten Regelung – ein Auffangtatbestand in der Weise formuliert wird, daß „sonstige Schadensersatzansprüche, ohne Rücksicht auf ihre Rechtsnatur“ abgedungen sind.

bb) im *nicht-kaufmännischen Verkehr* stellt sich die Frage, ob über die zuvor erwähnten Grundsätze hinaus *strengere Maßstäbe* gelten.²³ Dies ist im Ergebnis zu *bejahen*, weil eine Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel nur dann die erforderliche Eindeutigkeit aufweist, wenn sie auch für den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden ausreichend transparent ist.²⁴ Daraus folgt: im nicht-kaufmännischen Verkehr sind Haftungsfreizeich-

¹³ BGHZ 58 S. 85 = BB 1972 S. 382; Haftungsausschluß für Mangelfolgeschäden ist keine Freizeichnung hinsichtlich der Haftung für entgangenen Gewinn und sonstige Mangelschäden; BGH, DB 1975 S. 2426; Haftungsausschluß für „mittelbare und unmittelbare Schäden“ erfaßt im Rahmen der Gewährleistung nicht solche Schäden, die sich erst aus der schuldhaften Verletzung der Nachbesserungspflicht herleiten; BGH, NJW 1975 S. 1315; Die Begrenzung des Schadensersatzes auf den „unmittelbaren Schaden am Bauwerk“ erfaßt nicht Ansprüche des Bauherrn gegen den Architekten aus § 823 BGB, sofern im Gebäude lagernde Sachen des Bauherrn beschädigt werden; OLG München, BB 1980 S. 496 = AGBE I § 9 Nr. 47 – Handeln auf „eigene Gefahr“ ist keine Haftungsfreizeichnungsklausel (OLG München, VersR 1974 S. 200, 201), weil der Begriff „Gefahr“ vom Schuldner nicht zu vertretende Ereignisse, also nur solche Umstände erfaßt, an denen den Kunden kein Verschulden trifft.

¹⁴ Insbesondere BGH, BB 1979 S. 698 mit Anm. von Schmidt-Salzer = AGBE I § 5 Nr. 2.

¹⁵ So BGH, BB 1981 S. 389 = AGBE I § 5 Nr. 9.

¹⁶ BGH, BB 1979 S. 698 = AGBE I § 5 Nr. 2.

¹⁷ BGH, a.a.O.

¹⁸ Hierzu Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, § 11 Nr. 7 Rdnrn. 13 ff. m. w. N.

¹⁹ Hierzu Graf v. Westphalen, a.a.O. § 11 Nr. 11 Rdnrn. 18 ff. m. w. N.

²⁰ BGH, BB 1979 S. 698 = AGBE I § 5 Nr. 2.

²¹ Vgl. auch BGH, BB 1977 S. 162; Bunte, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 131 f.

²² BGH, BB 1979 S. 698 = AGBE I § 5 Nr. 2.

²³ Ausdrücklich offengelassen in BGH, BB 1979 S. 698 = AGBE I § 5 Nr. 2.

²⁴ Vgl. BGH, BB 1981 S. 389; BGH, NJW 1982 S. 331.

nungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln nur dann – bezogen auf die mit ihnen bezweckte Risikoverlagerung zum Nachteil des Kunden – ausreichend *eindeutig*, wenn sie unmißverständlich klarstellen, auf welche vertraglichen oder gesetzlichen Ansprüche sie sich im einzelnen beziehen. Dies erfordert also eine *unmißverständliche Aufschlüsselung* der einzelnen Haftungstatbestände an systematisch zutreffender Stelle. Indessen ist die Verwendung gesetzestechnischer Begriffe für den rechtsunkundigen Durchschnittskunden nicht ausreichend transparent, sondern *unverständlich*.²⁵

Daraus folgt: soweit sich die Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel auf Schadensersatzansprüche gemäß §§ 823 ff. BGB beziehen soll, fehlt es an der ausreichenden Transparenz, wenn von „deliktrechtlichen Ansprüchen“ gesprochen wird. Denn dieser Terminus ist dem rechtsunkundigen Durchschnittskunden nicht geläufig und in seiner Tragweite – bezogen auf die vom dispositiven Recht abweichende Risikoverlagerung – nicht ausreichend verständlich. Das gleiche gilt in der Sache, sofern diese Ansprüche lediglich als „Schadensersatzansprüche gemäß §§ 823 ff. BGB“ bezeichnet werden. *Notwendig* ist es daher, diesen gesetzestechnischen Begriff mit „außervertraglicher Haftung“²⁶ zu umschreiben. Ähnliches gilt in der Sache für Schadensersatzansprüche aus *culpa in contrahendo* oder für Ansprüche aus *positiver Vertragsverletzung*. Auch mit diesen Termini kann der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde nichts anfangen. Soll sich die Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel auf Ansprüche aus *culpa in contrahendo* beziehen, so ist die erforderliche Eindeutigkeit nur gewahrt, wenn von „Schadensersatzansprüchen wegen Verschulden bei Vertragsabschluß“ die Rede ist. Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung sind indessen nur dann mit der gebotenen Eindeutigkeit von der Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel erfaßt, wenn diese Ansprüche – gewährleistungsspezifisch – als „Schadensersatzansprüche wegen *Mangelfolgeschäden*“ umschrieben werden, und wenn sie – außerhalb dieses Bereichs – als Ansprüche wegen „*Verletzung von vertraglichen oder gesetzlichen Nebenpflichten*“ definiert werden. *Unbedenklich* ist es freilich auch, wenn die Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel – an systematisch zutreffender Stelle – „alle sonstigen Schadensersatzansprüche, gleich welcher Art“ erfaßt, um daran anschließend die erwähnten Umschreibungen im einzelnen aufzuführen.

II. Unwirksamkeit von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln im Bereich leichter Fahrlässigkeit

Ungewöhnlich schwierig ist die Antwort auf die Frage, inwieweit Haftungsfreizeichnungsklauseln – außerhalb des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 7 – unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 wirksam oder unwirksam sind. Denn es kommt stets – und dies ganz entscheidend – auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls an: Eine Haftungsfreizeichnungsklausel ist eben nur dann nach § 9 – gleichgültig, ob man § 9 Abs. 1 oder § 9 Abs. 2 anwendet – unwirksam, wenn die in ihr vorgenommene Risikover-

lagerung zum Nachteil des Kunden unter Berücksichtigung aller Umstände unangemessen ist.²⁷ Unter Berücksichtigung der in der Judikatur und in der Literatur vertretenen Auffassungen lassen sich folgende *Leitlinien* herausfinden.

1. Bei Bestehen einer „Kardinalpflicht“

a) „Kardinalpflichten“ sind solche Pflichten, deren Beachtung von so essentieller Bedeutung ist, daß damit erst die *Voraussetzung* für die ordnungsgemäße Erfüllung eines Vertrages geschaffen wird.²⁸ Dies besagt in der Sache: Wesentliche Pflichten des Vertrages dürfen durch AGB-Klauseln nicht in der Weise eingeschränkt werden, daß dadurch die Erreichung eines Vertragszwecks gefährdet wird; soweit dies zutrifft, greift § 9 Abs. 2 Nr. 2 ein.²⁹ Anders gewendet: der Gläubiger ist grundsätzlich in seinem *Vertrauen* geschützt, wenn er auf die Möglichkeit einer Vertragserfüllung durch seinen Vertragspartner als Äquivalent für die von ihm geschuldete Gegenleistung besteht³⁰ – mit der Maßgabe, daß sein etwa frustriertes Vertrauen haftungsmäßig *kompensiert* werden muß, so daß entgegenstehende Haftungsfreizeichnungsklausel an § 9 Abs. 2 Nr. 2 scheitern.³¹ Mit dieser dogmatischen Umschreibung des Begriffs „Kardinalpflicht“ ist in der Sache jedoch wenig gewonnen, weil es stets entscheidend auf die Ausgestaltung des jeweiligen Vertrages ankommt.³²

b) Unter Berücksichtigung der bisherigen Ergebnisse der *Judikatur* ergeben sich folgende *Fallgruppen*:

aa) Das Bestehen einer „Kardinalpflicht“ wurde von der Judikatur vor allem dann angenommen, soweit die Verpflichtung des Schuldners in Rede stand, ein *fahr- und ladungstüchtiges Schiff* zur Verfügung zu stellen.³³

bb) Unter Berücksichtigung eines Teils dieser Präjudizien³⁴ hat der BGH – unter ausdrücklicher Betonung des in § 9 Abs. 2 Nr. 2 enthaltenen Verbots der Freizeichnung von „Kardinalpflichten“ – diese Judikatur auf die *Einlagerung von Waren* auf Schuten und Känen erstreckt.³⁵ Begründet hat der BGH diese Auffassung damit, daß Haftungsfreizeichnungsklauseln nicht Pflichten eines Vertrages in der Weise einschränken dürfen, daß dadurch der Vertragszweck „von vornherein gefährdet wird oder nicht erreicht werden kann“.³⁶ Anders gewendet: Derjenige Schuldner, der eine Einlagerung vornimmt, ist verpflichtet, einen hierfür – im Zeitpunkt der Einlagerung – geeigneten Raum zur

²⁵ Hierzu insbesondere BGH, NJW 1982 S. 331, 333; Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 10b Rdnrn. 15 ff.; 17.

²⁶ Vgl. BGH, BB 1979 S. 698 = AGBE I § 5 Nr. 2.

²⁷ Palandt/Heinrichs, § 9 Anm. 6 c aa; Schmidt-Salzer, E 21; Koch/Stübing, § 11 Nr. 7 Rdnr. 17; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 35; Bunte, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 134.

²⁸ Vgl. Schmidt-Salzer, E 20; Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 50 m.w.N.

²⁹ BGH, BB 1978 S. 827 = AGBE I § 9 Nr. 33.

³⁰ BGH, a.a.O.

³¹ BGH, BB 1971 S. 413 – Heizöl.

³² BGH, BB 1978 S. 827 = AGBE I § 9 Nr. 33 – Wasserversorgung.

³³ BGHZ 49 S. 356, 363 = BB 1968 S. 482 – Wasserundichte Ladungsluken, durchrostete Schotten; BGH, VersR 1971 S. 833; BGH, VersR 1973 S. 218, 219; BGH, VersR 1974 S. 771, 772 f. – jeweils falsche Beladung; BGH, VersR 1975 S. 1117, 1118; BGH, VersR 1978 S. 557 – anfängliche Fahr- oder Ladungsuntüchtigkeit des Schiffes; Haftungsbegrenzung; BGH, VersR 1980 S. 65 = AGBE I § 9 Nr. 39; Faustgroßes Loch im Boden des Schiffes; kritisch Schlosser, WM 1978 S. 562 ff.

³⁴ Vgl. BGHZ 49 S. 356, 363; BGH, VersR 1976 S. 263, 264 f.

³⁵ BGH, VersR 1979 S. 901 = AGBE I § 9 Nr. 37.

³⁶ BGH, VersR 1979 S. 901 = AGBE I § 9 Nr. 37 – sub II, 3b.

Verfügung zu stellen. Dieser Gesichtspunkt wurde auch inzwischen vom OLG Hamburg aufgegriffen.³⁷

cc) Der Gesichtspunkt der „Kardinalpflicht“ taucht insbesondere auch in der *Wasserversorgungs-Entscheidung* des BGH auf.³⁸ Dort heißt es: Sofern die Schadensursache darin liegt, daß die Versorgungsleistung „von vornherein“ so unsachgemäß angelegt war, daß keine Aussicht bestand, die „versprochene Leistung“ zu erbringen, dann hat der Schuldner/AGB-Verwender eine „wesentliche Pflicht des Liefervertrages“ nicht erfüllt – mit der Folge, daß eine entsprechende Haftungsfreizeichnungsklausel den Vertragszweck – und das Vertrauen des Kunden, als Äquivalent seines Entgelts eine Vertragserfüllung zu erhalten – derart gefährdet, daß die AGB-Klausel *unwirksam* ist. Damit ist klargestellt: welche Vertragspflichten als derart *wesentlich* einzustufen sind, daß sie in den Rang einer „Kardinalpflicht“ erhoben werden können, ist – dies dürfte mittlerweile aufgrund der BGH-Judikatur gesichert sein – abhängig von der jeweiligen Ausgestaltung des Vertrages. Jedenfalls ist es verfehlt, die Rechtsfigur der „Kardinalpflicht“ auf die Vertragstypen des Schiffahrts- und des Lagervertrages beschränken zu wollen.³⁹

c) *Dogmatisch gewertet* ist eine „Kardinalpflicht“ grundsätzlich eine *Hauptpflicht*, weil sie für die Erreichung des Vertragszwecks von essentieller Bedeutung ist. Regelmäßig handelt es sich hierbei sogar um Fälle *anfänglichen Unvermögens*.⁴⁰ Der Gesichtspunkt des anfänglichen Unvermögens wird auch in der *Wasserversorgungs-Entscheidung* des BGH angesprochen.⁴¹ Gleichwohl ist festzuhalten, „Kardinalpflichten“ sind nicht auf Hauptpflichten des Vertrages oder auf Fälle anfänglichen Unvermögens beschränkt; eine Verletzung wesentlicher Pflichten im Sinn der „Kardinalpflichten“ kann vielmehr auch dann gegeben sein, wenn – wesentliche – *Nebenpflichten* schuldhaft verletzt werden, sofern sich die Haftungsfreizeichnungsklausel darauf bezieht. Denn eine „sorgfältige Überwachung des Umfüllvorgangs“ ist schlechthin „diejenige Vorsichtsmaßnahme“, „mit der Ölschäden verhindert werden können“. Folglich ist die Verpflichtung des Öllieferanten, den Einfüllvorgang zu überwachen, „von besonderer Wichtigkeit“ und sie ist *haftungsfreizeichnungsfest*.⁴²

2. Besondere Vertrauensstellung des AGB-Verwenders

Eng mit der Rechtsfigur einer „Kardinalpflicht“ hängen die Fälle zusammen, in denen der AGB-Verwender gegenüber dem Kunden eine besondere *Vertrauensstellung* einnimmt. Soweit dies der Fall ist, sind Haftungsfreizeichnungsklauseln – auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit – gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam*. Freilich muß es sich hierbei um eine besondere, d. h. *qualifizierte Vertrauensstellung* handeln, die der AGB-Verwender gegenüber dem Kunden bei Erbringung der vertragstypischen Leistung einnimmt. Keineswegs ist es so, daß bereits das übliche Vertrauen, welches z. B. der Käufer/AGB-Kunde dem Verkäufer/AGB-Verwender entgegenbringt, und das darauf gerichtet ist, der Verkäufer werde seine Pflichten schon ordnungsgemäß erfüllen, geeignet ist, eine zugunsten des Verkäufers/AGB-Verwenders wirkende Haftungsfreizeichnungsklausel als nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam* einzustufen. Denn es ist nicht

allein das Vertrauen und die Erwartung ordnungsgemäßer Vertragserfüllung, die hier entscheidend ist, um die Unwirksamkeit einer Haftungsfreizeichnungsklausel aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 abzuleiten.

a) Vielmehr müssen besondere *Qualifikationsmerkmale* vorliegen, welche geeignet sind, die Vertrauensstellung des AGB-Verwenders gegenüber seinem Kunden besonders hervorzuheben. Dies ist immer dann der Fall, wenn es sich um die *berufstypische Leistung* handelt, die der AGB-Verwender gegenüber dem Kunden erbringt, wie z. B. bei Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern, Rechtsanwälten, Ärzten.⁴³ Doch auch die Inanspruchnahme der berufstypischen Leistung des AGB-Verwenders reicht – für sich allein genommen – nicht aus, um die Unwirksamkeit einer etwaigen Haftungsfreizeichnungsklausel – im Bereich leichter Fahrlässigkeit – gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 zu bejahen. Denn auch der gewerbsmäßige Verkäufer, der gewerbsmäßige Vermieter etc. erbringen jeweils berufstypische Leistungen, wenn sie im Rahmen ihres Gewerbebetriebes Verträge abschließen. Man wird deshalb – um das Qualifikationsmerkmal weiter zu konkretisieren – hinzunehmen müssen, daß die vom AGB-Verwender angebotene berufstypische Leistung eine Art *Monopolcharakter* besitzt, welche durch eine bestimmte *Ausbildung* und – regelmäßig – durch staatliche *Zulassung* ausgeprägt ist, wie z. B. bei den vorerwähnten Berufsgruppen.

Ein weiteres Qualifikationselement in bezug auf die besondere Vertrauensstellung des AGB-Verwenders gegenüber dem Kunden kann daraus abgeleitet werden, daß der AGB-Verwender verpflichtet ist (z. B. aufgrund von Standesrichtlinien, wie sie für Rechtsanwälte gelten⁴⁴, berufstypische Fehler durch eine *Versicherung* abzudecken. In diesem Zusammenspiel zwischen besonderer Vertrauensstellung, Monopolcharakter der berufstypischen Tätigkeit, Versicherungspflicht und Verbot von Haftungsfreizeichnungsklauseln im Bereich leichter Fahrlässigkeit liegt folgender Grundgedanke verkörpert: Es wäre im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 eine nicht hinzunehmende unangemessene Benachteiligung des Kunden, wenn dem AGB-Verwender – auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit – gestattet wäre, ungeachtet einer ihm zurechenbaren Pflichtverletzung und eines daraus resultierenden Schadens die Bonifikation einer Haftungsfreizeichnung zu reklamieren, obwohl der AGB-Verwender verpflichtet ist, Versicherungsschutz für diese Fälle bereitzuhalten. Es reicht deshalb nicht aus, wenn die Unwirksamkeit einer etwaigen Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel in diesen

³⁷ AGBE III § 9 Nr. 24.

³⁸ BGH, BB 1978 S. 827 = AGBE I § 9 Nr. 33.

³⁹ Vgl. auch die Überlegungen zum „Organisationsverschulden“ in BGH, VersR 1981 S. 30 = AGBE I § 9 Nr. 43 sub II, 2; BGH, BB 1979 S. 698, 699 – Produzentenhaftung andeutungsweise.

⁴⁰ BGH, VersR 1971 S. 833; BGH, VersR 1972 S. 218, 219; BGH, VersR 1974 S. 771, 772 f. – mangelnde Seetüchtigkeit eines Schiffes infolge falscher Beladung; insbesondere BGH, VersR 1980 S. 65 = AGBE I § 9 Nr. 39; vgl. auch BGHZ 46 S. 356, 363; BGHZ 65 S. 364, 367 – Haftungsfreizeichnung für anfängliche Fahruntüchtigkeit oder Ladungsuntüchtigkeit eines Schiffes; insbesondere auch BGH, VersR 1979 S. 901 = AGBE I § 9 Nr. 37; ebenso bezogen auf Haftungsbeschränkungen BGH, VersR 1975 S. 1117, 1118; BGH, VersR 1978 S. 557 = AGBE I § 9 Nr. 32.

⁴¹ BGH, BB 1978 S. 827 = AGBE I § 9 Nr. 33.

⁴² BGH, NJW 1970 S. 1036; BGH, WM 1983 S. 388; auch Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 50 m. w. N.

⁴³ Vgl. auch Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 37; OLG Stuttgart, AGBE I § 9 Nr. 45 – Arzt.

⁴⁴ Bunte, NJW 1981 S. 2657, 2658 f.; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu § 9–11 Rdnr. 563.

Fällen lediglich am Verbotstatbestand von § 11 Nr. 7 ausgerichtet ist.⁴⁵

b) Die Qualifikationsmerkmale für die besondere Vertrauensstellung des AGB-Verwenders liegen aber auch dann vor, wenn der AGB-Verwender im Hinblick auf *Vermögensdispositionen des Kunden* dessen besonderes Vertrauen in Anspruch genommen hat: Auch in diesen Fällen scheitern Haftungsfreizeichnungsklauseln – im Bereich der leichten Fahrlässigkeit – an § 9 Abs. 2 Nr. 2, sofern man die Parallelität zur „Kardinalpflicht“ bejaht, und an § 9 Abs. 2 Nr. 1, sofern man in der *Inanspruchnahme fremden Vertrauens*, das im Fall schuldhafter Pflichtverletzungen nicht frustriert werden darf sondern kompensiert werden muß, ein Wesenselement der gesetzlichen Regelung, des „Leitbilds“ sieht. Dieser Gesichtspunkt hat z. B. wesentliche Bedeutung bei etwaigen Haftungsfreizeichnungsklauseln von *Treuhändern*⁴⁶ oder bei etwaigen Pflichtverletzungen eines Treuhandkommanditisten bei der Publikums-KG.⁴⁷ Der gleiche Gesichtspunkt gilt immer dann, wenn – im Hinblick auf Vermögensdispositionen des Kunden, welche dem AGB-Verwender *erkennbar* sind – ein besonderer Vertrauensstatbestand geschaffen wurde, wie er beim Abschluß von *Auskunftsverträgen*⁴⁸ oder bei *Beratungsverträgen* der Fall ist, obwohl man hier auch mit der Rechtsfigur des „individuellen Rechtsmißbrauchs“ gemäß § 242 BGB erreichen kann, daß der AGB-Verwender sich nicht mit Erfolg auf die Wirksamkeit einer Haftungsfreizeichnungsklausel – wegen der besonderen, individuellen Umstände des Falles – berufen kann. Der gleiche Grundsatz gilt freilich dann, wenn es sich nicht um die Inanspruchnahme individuellen Vertrauens, sondern um die Inanspruchnahme „*typisierten*“ Vertrauens handelt, wie dies z. B. für die Prospekthaftung bei Anlagegesellschaften maßgebend ist.⁴⁹

c) Die Qualifikationsmerkmale für die besondere Vertrauensstellung des AGB-Verwenders gegenüber dem Kunden liegen aber auch dann vor, wenn der Kunde dem AGB-Verwender *Vermögenswerte zur Obhut anvertraut*.⁵⁰ Indessen wird man diesen Gesichtspunkt nur dann als Indiz für eine besondere Vertrauensstellung des AGB-Verwenders gegenüber dem Kunden bewerten dürfen – mit der Folge, daß etwaige Haftungsfreizeichnungsklauseln im Bereich leichter Fahrlässigkeit gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam* sind –, wenn und soweit der AGB-Verwender üblicherweise in der Lage ist, sich gegen das Schadensersatzrisiko zu *versichern*. Dies ist z. B. beim *Lagergeschäft* zu bejahen.⁵¹ Das gleiche gilt in der Sache bei etwaigen Haftungsfreizeichnungsklauseln, die in *Autowaschanlagen* verwendet werden.⁵² Gleiches gilt auch, soweit Haftungsfreizeichnungsklauseln bei der *Chemisch-Reinigung* in Rede stehen.⁵³ In diesen Fällen ist jedoch stets darauf zu achten: Es ist keineswegs so, daß eine etwa bestehende Versicherungsmöglichkeit des AGB-Verwenders gegen die Folgen von Pflichtverletzungen – für sich allein genommen – geeignet ist, als Indiz dafür gewertet zu werden, daß eine Haftungsfreizeichnungsklausel im Bereich leichter Fahrlässigkeit an § 9 Abs. 2 Nr. 2 scheitert.⁵⁴ *Entscheidend* kommt es vielmehr auf den *besonderen Vertrauensstatbestand* an, wie er sich aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis und den daraus resultierenden Pflichten des AGB-Verwenders gegenüber dem Kunden er-

gibt. Hier, nicht bei dem üblicherweise bestehenden Versicherungsschutz des AGB-Verwenders ist die erforderliche Parallelität zur Rechtsfigur der „Kardinalpflicht“ zu ziehen.⁵⁵

3. Unmöglichkeit – Unvermögen

a) Bei der Erörterung der „Kardinalpflicht“ wurde bereits die Judikatur dargestellt, welche bei Fällen *anfänglichen Unvermögens* etwa bestehender Haftungsfreizeichnungsklauseln – regelmäßig wegen Verstoßes gegen eine „Kardinalpflicht“ – für unwirksam erklärte.⁵⁶ Diesen Gesichtspunkt wird man auf alle die Fälle erweitern können, in denen sich der AGB-Verwender vom Risiko *anfänglichen Unvermögens* freizeichnet. Denn in Bezug auf das anfängliche Unvermögen gilt nach ständiger Rechtsprechung eine *Garantiehaf*: Dies hat zur Konsequenz, daß der AGB-Verwender nicht berechtigt ist, sich mit Erfolg auf eine etwaige Haftungsfreizeichnungsklausel zu berufen. Damit verstößt er vielmehr in eklatanter Weise gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2, sofern man die Parallele zur „Kardinalpflicht“ zieht oder gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, sofern man die Rechtsfigur der „Garantiehaf“ zum Leitbild des Vertrags im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 erhebt.⁵⁷ Der AGB-Verwender trägt also stets – unabhängig von dem jeweiligen Vertragstypus – das Risiko anfänglicher Unmöglichkeit; hiervon kann er sich nicht in wirksamer Weise freizeichnen, ohne gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 oder § 9 Abs. 2 Nr. 2 zu verstoßen. Der Rückgriff auf § 9 ist hier deswegen erforderlich, weil der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 8, wie der Vollständigkeit halber bemerkt werden soll, sich auf Fälle anfänglichen Unvermögens nicht bezieht.⁵⁸

b) Im Bereich *nachträglicher Unmöglichkeit* gilt indessen unmittelbar der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 8. Voraussetzung ist also, daß eine vom AGB-Verwender zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung vorliegt.⁵⁹ Soweit dies der Fall ist, kann der AGB-Verwender das *Vertragslösungsrecht* des Kunden nicht wirksam ausschließen, ohne daß dies gegen § 11 Nr. 8a verstößt. Die sich aus §§ 280 Abs. 1, 325 BGB ergebende *Schadensersatzhaftung* des AGB-Verwenders ist im Fall der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 11 Nr. 8b *haftungsfreizeichnungsfest*.⁶⁰

⁴⁵ So vor allem OLG Stuttgart, AGBE I § 9 Nr. 45 – Unwirksamkeit einer Haftungsfreizeichnung bei Behandlungs- und Aufklärungsfehlern; zu Wirtschaftsprüfer-AGB vgl. Bunte, BB 1981 S. 1064, 1065 f. m. w. N.

⁴⁶ Hierzu Vollhardt, BB 1982 S. 2142 ff.

⁴⁷ BGH, BB 1982 S. 1323.

⁴⁸ Hierzu auch Canaris, Bankvertragsrecht, Rdnr. 2592; Dirichs, WM 1978 S. 626 ff. m. w. N.

⁴⁹ BGH, BB 1982 S. 1626; BGH, BB 1980 S. 800; BGH, BB 1981 S. 865; BGH, BB 1982 S. 329 jeweils m. w. N.

⁵⁰ Vgl. auch Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 37.

⁵¹ BGH, VersR 1979 S. 901 = AGBE I § 9 Nr. 37; OLG Hamburg, VersR 1982 S. 1104 = AGBE III § 9 Nr. 24.

⁵² LG Bayreuth, DB 1982 S. 1400; LG Düsseldorf, BB 1979 S. 1632; strittig a. M. OLG Düsseldorf, WM 1980 S. 1128.

⁵³ OLG Köln, BB 1982 S. 638; vgl. auch BGH, BB 1980 S. 1011.

⁵⁴ Hierzu auch BGH, BB 1978 S. 322 = AGBE I § 9 Nr. 31 sub 1.2.

⁵⁵ Vgl. auch OLG Hamburg, VersR 1982 S. 1104 = AGBE III § 9 Nr. 24.

⁵⁶ Hierzu BGH, VersR 1971 S. 833; BGH, VersR 1973 S. 218, 219; BGH, VersR 1974 S. 771, 772 f.; BGH, VersR 1978 S. 557, 559; BGH, VersR 1980 S. 65.

⁵⁷ So auch Hensen, § 11 Nr. 8 Rdnr. 19; Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 46; BGH, NJW 1973 S. 2154; BGH, BB 1974 S. 435; LG München, BB 1976 S. 1002; vgl. auch Palandt/Heinrichs, § 306 Anm. 3 m. w. N.

⁵⁸ Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 8 Rdnr. 14.

⁵⁹ Hierzu Graf v. Westphalen, § 11 Nr. 8 Rdnr. 13.

⁶⁰ BGH, ZIP 1983 S. 317, 320.

4. Versicherungsschutz – Unwirksamkeit von Haftungsfreizeichnungsklauseln

Bei der Prüfung der Wirksamkeit von Haftungsfreizeichnungsklauseln hat der BGH – vor allem in neueren Entscheidungen – das Gebot einer eindeutigen und *transparenten Klauselgestaltung* – an systematisch zutreffender Stelle (sub I, 1) – damit begründet, daß der Kunde nur unter dieser Voraussetzung in der Lage ist, die *Versicherbarkeit des Risikos* zu untersuchen.⁶¹ Ausgangspunkt für diese Wertung ist die durch die Haftungsfreizeichnungsklausel bewirkte *Risikoverlagerung* zum Nachteil des Kunden, wobei die Bestimmungen des dispositiven Rechts stets die Richtschnur darstellen. So gesehen aber ist die Frage, ob – und wenn ja: von wem – das Risiko eines aus der Pflichtverletzung des AGB-Verwenders resultierenden Schadens üblicherweise *versicherbar* ist, ein *generelles Problem* der Wirksamkeit von Haftungsfreizeichnungsklauseln im Bereich § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. von § 9 Abs. 2 Nr. 2.⁶² Gleichwohl ist davor zu warnen, die Unwirksamkeit einer Haftungsfreizeichnung – im Bereich leichter Fahrlässigkeit – schon immer dann aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 abzuleiten zu wollen, wenn und soweit das Risiko üblicherweise versicherbar ist. Es bietet sich vielmehr folgende *Differenzierung* an, welche freilich bei der Beurteilung der jeweiligen Haftungsfreizeichnungsklausel aufgrund der vertragstypischen Umstände des Einzelfalls ausgefüllt werden muß, bevor eine endgültige Schlußfolgerung in Bezug auf die Unwirksamkeit einer Haftungsfreizeichnungsklausel im Bereich leichter Fahrlässigkeit gezogen werden darf:

a) Relativ *eindeutig* sind die Fälle, in denen die Unwirksamkeit einer Haftungsfreizeichnungsklausel gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 daraus abgeleitet wird, daß der *Grund der Haftungsfreizeichnungsklausel* darin besteht, daß sich der Kunde durch eine *Sachversicherung* gegen ein etwa eintretendes Schadensrisiko üblicherweise und typischerweise absichert.⁶³ Dieser Zusammenhang ist durchaus einsichtig: Ist es nämlich üblich, daß sich der Kunde selbst durch Abschluß einer Sachversicherung gegen ein bestimmtes Schadensrisiko versichert, und beruht die Haftungsfreizeichnung des AGB-Verwenders just auf dieser Erwägung, dann bestehen gegen die *Wirksamkeit* der entsprechenden Haftungsfreizeichnungsklausel im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 2 *keine Bedenken*. Dies gilt auch dann, wenn der Kunde – aus welchen Gründen immer – die üblicherweise von ihm erwartete Sachversicherung gegen das betreffende Schadensrisiko nicht abgeschlossen hat; denn dann handelt der Kunde auf eigenes Risiko. In dessen sind diese Fälle *ausgesprochen selten*.

Wegen der mit dem Abschluß einer Sachversicherung einhergehenden *Prämienlast* wird man diesen Gesichtspunkt auch in erster Linie im *kaufmännischen Verkehr* zur Anwendung bringen.⁶⁴ Im *nicht-kaufmännischen Verkehr* wird man – schon wegen des erforderlichen Zusammenhangs zwischen der Üblichkeit des Versicherungsschutzes einerseits und der Prämienlast andererseits sowie dem darauf beruhenden Haftungsfreizeichnungstatbestand zugunsten des AGB-Verwenders diese Rechtsfigur nur mit *größter Zurückhaltung* anwenden.⁶⁵ Darüber hinaus ist darauf aufmerksam zu machen: Soweit – sowohl im kaufmännischen Bereich als auch im nicht-kaufmännischen

Verkehr – der vorerwähnte Gesichtspunkt zur Wirksamkeit einer Haftungsfreizeichnungsklausel führt, gilt dies nur im Bereich leichter Fahrlässigkeit. Demzufolge: liegen die Voraussetzungen des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 7 insoweit vor, als ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten des AGB-Verwenders oder seiner leitenden Angestellten den Schaden verursacht hat, dann bestehen schon unter dem Gesichtswinkel der §§ 61, 67 Abs. 1 Satz 3 VVG durchgreifende *Bedenken*, die Haftungsfreizeichnung gleichwohl für wirksam zu erklären. Denn der Sachversicherungsschutz zugunsten des Kunden ist immer dann gefährdet, wenn dieser seinen Vertragspartner – nicht nur in einer Individualvereinbarung, sondern auch im AGB – von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit oder grob fahrlässiges Verhalten der leitenden Angestellten des AGB-Verwenders befreit.⁶⁶

b) *Umgekehrt*: Soweit der AGB-Verwender in der Lage ist, die ihn aufgrund einer Pflichtverletzung treffende Schadensersatzhaftung durch eine *Haftpflichtversicherung* abzudecken, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Haftungsfreizeichnungsklausel gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstößt und deshalb *unwirksam* ist. Bei der Wirksamkeitskontrolle von Haftungsfreizeichnungsklauseln sind in diesem Zusammenhang *folgende Kriterien* zu berücksichtigen:

aa) Wesentlich ist zunächst die Antwort auf die Frage, *welche Pflicht* vom AGB-Verwender verletzt wurde, die Ursache des eingetretenen Schadensereignisses war. Dabei ist entscheidend auf das Kriterium der „Kardinalpflicht“ abzustellen, wie es weiter oben skizziert wurde (Sub II, 1). Die Unwirksamkeit einer Haftungsfreizeichnungsklausel gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 kann deshalb nur daraus abgeleitet werden, daß eine für das Vertragsverhältnis wesentliche Pflicht – aufgrund leichter Fahrlässigkeit – verletzt wurde. Dabei stehen den „Kardinalpflichten“ die sog. „*Organisationspflichten*“ des AGB-Verwenders im Range gleich: Der AGB-Verwender schuldet eben in sachlicher und personeller Hinsicht alle erforderlichen Maßnahmen, deren Erfüllung Voraussetzung dafür ist, daß die übernommenen Vertragspflichten ordnungsgemäß gegenüber dem Kunden erfüllt werden können, was im Zusammenhang mit der *Produzentenhaftung* gemäß § 823 BGB weitreichende Bedeutung besitzt.⁶⁷ Ob es sich um eine Haupt- oder um eine Nebenpflicht in dogmatischer Hinsicht handelt, gilt gleich (vgl. II, 1c), solange die Erfüllung dieser Pflicht Voraussetzung für die ordnungsgemäße Erbringung der vom AGB-Verwender geschuldeten Vertragspflichten ist.

bb) Von weitreichender Bedeutung ist schließlich die jeweilige *Schadenstypizität*, auf deren Abdingung die Haftungsfreizeichnungsklausel zielt. Unter dieser Perspektive bieten sich zwei Kriterien an, die freilich

⁶¹ BGH, BB 1979 S. 698 = AGBE I § 5 Nr. 2; BGH, BB 1980 S. 1011, 1013 = AGBE I § 9 Nr. 42 – Chemisch-Reinigung.

⁶² A. M. Schmidt-Salzer, F 204; vgl. auch Wolf, NJW 1980 S. 2433 ff.

⁶³ BGH, VersR 1962 S. 22; BGH, VersR 1979 S. 901 = AGBE I § 9 Nr. 37 sub II 2b; BGH, BB 1978 S. 322 = AGBE I § 9 Nr. 31 sub I 2; LG Kiel, AGBE II § 9 Nr. 28 sub 2b; vgl. auch Coester-Waltjen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 65; Palandt/Heinrichs, § 9 Anm. 6d.

⁶⁴ Vgl. § 57 Nr. 5 ADSp – BGH, VersR 1979 S. 901 = AGBE I § 9 Nr. 37.

⁶⁵ Vgl. auch LG Kiel, AGBE II § 9 Nr. 28 – kaufmännischer Bereich: Segelyacht.

⁶⁶ Vgl. BGH, BB 1978, S. 322 = AGBE I § 9 Nr. 23 sub I 2.

⁶⁷ Hierzu Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 52.

miteinander verschränkt sind, um die *Unwirksamkeit* einer Haftungsfreizeichnungsklausel gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 – auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit – abzuleiten. Zum einen ist im Hinblick auf den tatsächlich eingetretenen Schaden stets zu fragen, ob der Kunde – angesichts des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses – mit einem derartigen Schaden *rechnen mußte*.⁶⁸ Dieses Argument zielt auf die typische Erwartungshaltung des AGB-Kunden und verzahnt sich hier – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – mit dem Argument, daß der AGB-Verwender einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat.⁶⁹ Daraus folgt: Es gehört nicht zu dem „typischen Vertragsrisiko“ eines Kunden,⁷⁰ wenn der AGB-Verwender – als Folge einer Pflichtverletzung bei Vertragserfüllung – dem Kunden einen *Körper- oder einen nicht unerheblichen Sachschaden* zufügt. Anders: Das „typische Vertragsrisiko“ des Kunden, welches bei Pflichtverletzungen des AGB-Verwenders/Schuldners eintritt, kann durchaus in einem *Vermögensschaden* liegen, z. B. entgangener Gewinn oder sonstiger Vermögensfolgeschaden. Mit derartigen Schäden muß der Kunde immer wieder rechnen. Und er wird es auch als legitimes Anliegen des AGB-Verwenders bewerten können, daß dieser sich von der ihn treffenden Haftung freizeichnet, zumal dieses Risiko – insbesondere im Bereich der Mangelfolgeschäden – unübersehbare Ausmaße annehmen kann.⁷¹

Die vertragstypische Erwartungshaltung des Kunden – bezogen auf einen evtl. eintretenden Schaden – ist also das eine Argument; das andere: Unter dem Gesichtswinkel des *Rechtsgüterschutzes* ist eine eindeutige Reihen- und Rangfolge auszumachen. Das Risiko etwaiger *Personenschäden* im Sinn von § 823 BGB rangiert höher als das Risiko etwaiger *Sachschäden*, was unmittelbar unter Hinweis auf den Regelungsgehalt von Art. 1, 2 GG einleuchtet. An letzter Stelle rangiert der Rechtsgüterschutz in Bezug auf etwaige *Vermögensschäden*, soweit nicht der Sondertatbestand einer Eigenschaftszusicherung im Sinn der §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB vorliegt.⁷² Daraus folgt: Haftungsfreizeichnungsklauseln sind – eine als wesentlich einzustufende Pflichtverletzung des AGB-Verwenders vorausgesetzt – vor allem dann nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam*, wenn und soweit sie sich auch auf das Risiko etwaiger Personenschäden beziehen. Angesichts des tendenziell geringeren Rechtsgüterschutzes wird man indessen bei Sachschäden erst dann ein wesentliches Indiz für die Unwirksamkeit einer entsprechenden Haftungsfreizeichnungsklausel im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. von § 9 Abs. 2 Nr. 1 bejahen, wenn und soweit – im Rahmen eines Individualverfahrens – der tatsächlich eingetretene Sachschaden *erheblich* war, oder wenn – im Rahmen einer Verbandsklage gemäß §§ 13 ff. – der im pessimalen Fall eintretende Sachschaden seinerseits erheblich sein kann. Im Bereich von Vermögensschäden, insbesondere bei Mangelfolgeschäden wird man – außerhalb des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 11 – eine Haftungsfreizeichnungsklausel nur dann nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 beanstanden müssen, wenn die dem AGB-Verwender anzulastende Pflichtverletzung eine *wesentliche Pflicht* betraf, und wenn der eingetretene Vermögensfolgeschaden *überaus hoch* lag. Welche Relation hier zur Ausführung des Tatbestandselements „erheblich“ bzw. „überaus hoch“ (bei Vermögensschäden) heranzu-

ziehen ist, kann nur aufgrund einer Wertung aller Einzelfallumstände beantwortet werden.

cc) Doch ist die *Versicherbarkeit* des Risikos – regelmäßig: in Form einer Haftpflichtversicherung bzw. Produkthaftpflichtversicherung des AGB-Verwenders – ein weiteres wesentliches *Indiz* dafür, daß eine Haftungsfreizeichnungsklausel gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam* ist.⁷³ Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob und inwieweit der AGB-Verwender üblicherweise gegen die von der Haftungsfreizeichnungsklausel erfaßten Schadensrisiken versichert ist. Entscheidend ist ausschließlich, ob eine derartige Versicherung – unter Berücksichtigung vernünftiger Prämiensätze – *darstellbar* ist.⁷⁴ Geht man davon aus, daß das übliche Risiko von Personen- und Sachschäden gemäß § 1 AHB versicherbar ist, dann sind Haftungsfreizeichnungsklauseln – sofern der AGB-Verwender eine als wesentlich einzustufende Pflicht schuldhaft verletzt hat – im Bereich des Personen- und des erheblichen Sachschadens gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam*.

Im Bereich von *Vermögensschäden* dürfte ein Versicherungsschutz grundsätzlich nur schwer erreichbar sein; dies bedarf jedoch – im Einzelfall – stets exakter Prüfung. Doch sind die zuvor erwähnten Kriterien, daß primäre Vermögensschäden durchaus eher zum „typischen Vertragsrisiko“ des Bestellers/Kunden zählen als primäre Personen- oder Sachschäden, im Auge zu behalten; und es ist des weiteren zu berücksichtigen, daß – wie dargestellt (vgl. bb) – der Rechtsgüterschutz für Vermögensschäden, insbesondere im Bereich von Mangelfolgeschäden, tendenziell einen geringeren Stellenwert aufweist als Personen- oder Sachschäden. Zuzugeben ist freilich, daß das *Versicherungsargument* letzten Endes lediglich auf eine Kollektivierung von Individualschäden hinausläuft; doch ist dies hinzunehmen, weil der Grundsatz gilt, den Ehrenzweig aufgestellt hat, wonach „assurabilité oblige“.⁷⁵

dd) Gerade weil die Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. von § 9 Abs. 2 Nr. 1 *flexibel und ausfüllungsbedürftig* sind, erscheint es *unzutreffend*, auch nur eines dieser Kriterien – bei der erforderlichen Einzelfallprüfung – außer acht zu lassen.⁷⁶ Das Kriterium der *Versicherbarkeit* ist keineswegs, wie Hensen meint, deswegen ungeeignet, weil es Unsicherheiten schafft. Vielmehr steht dieses Merkmal, wie dargestellt, in unmittelbarer Relation zu der Typizität von Schadensrisiken und der Werthaltigkeit des von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsgüterschutzes bei Personen- und Sachschäden. Würde man – wie Hensen vorschlägt – lediglich auf das Kriterium der Vertragszweckgefährdung im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 – im Bereich leichter Fahrlässigkeit – abstellen, um die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeich-

⁶⁸ Vgl. LG Frankfurt, NJW 1977 S. 1687; BGH, NJW 1977 S. 18, 19; vgl. auch Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 56.

⁶⁹ Vgl. Wolf, NJW 1980 S. 2433, 2434.

⁷⁰ BGH, NJW 1977 S. 18, 19.

⁷¹ BGH, NJW 1963 S. 1148.

⁷² Vgl. Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 11 Rdnr. 17 f. m. w. N.

⁷³ Vgl. § 11 Nr. 7 Rdnr. 42; Coester-Waltjen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 65; Wolf, NJW 1980 S. 2433 ff.; Graf v. Westphalen, NJW 1978 S. 838 ff.

⁷⁴ Vgl. auch Graf v. Westphalen, a.a.O.; neuestens Schmidt-Salzer, § 1983 S. 1251 ff., § 11 Nr. 7 Rdnr. 42 m. w. N.

⁷⁵ Hierzu Freiherr Marschall von Bieberstein, BB 1983, 467, 473.

⁷⁶ So aber Hensen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 25.

nungsklauseln auszumachen, so würde dadurch – zum einen – ein keineswegs sichereres Abgrenzungskriterium gefunden, zum anderen würde das durchaus wünschenswerte Resultat vernachlässigt, daß nämlich individuelle Schadensrisiken – bei Abschluß einer entsprechenden Versicherung – im Rahmen einer umfassenden Schadensvorsorge kollektiviert werden sollen, und daß Haftungsfreizeichnungsklauseln diesem – erstrebenswerten – Ziel mangels individualvertraglicher Abrede – nicht zuwiderlaufen dürfen. Auch verdient die Argumentation von Schlosser⁷⁷ keinen Beifall, wonach in der Sache kein Unterschied zwischen der Verletzung einer „Kardinalpflicht“ und „grober Fahrlässigkeit“ besteht, daß vielmehr zwischen beiden Begriffen weitgehende Identität⁷⁸ vorliegt. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die Judikatur⁷⁹ den Fall eines Organisationsverschuldens und den grober Fahrlässigkeit teilweise gleichgesetzt hat. Doch ist dem entgegenzuhalten, daß der BGH andernorts – bezogen auf den Tatbestand einer Vertragszweckgefährdung und den damit identischen Begriff der „Kardinalpflicht“ – Formulierungen verwendet hat, die eindeutig gegenüber dem Begriffsmerkmalen grober Fahrlässigkeit^{79a} abzugewinnen sind.⁸⁰ Die dort verwendeten Vokabeln zielen nämlich darauf ab, daß eine Haftungsfreizeichnungsklausel mit § 9 Abs. 2 Nr. 2 unvereinbar ist, in der sich der AGB-Verwender von der Erfüllung der Pflichten freizeichnet, die von ganz besonderer Bedeutung für die ordnungsgemäße Erfüllung des betreffenden Vertrages sind.⁸¹

Wendet man die zuvor dargestellten Kriterien – ihre gegenseitige Verzahnung berücksichtigend – an, so erschließen sich auch die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungsklauseln im Bereich der *Produzentenhaftung*.⁸² Es ist daran festzuhalten, daß Haftungsfreizeichnungsklauseln des AGB-Verwenders – bei Vorliegen eines *Organisationsverschuldens* – „im Zweifel“ gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 im Bereich von Personen- und Sachschäden *unwirksam sind*.⁸³

5. Differenzierung zwischen kaufmännischem Verkehr und nicht-kaufmännischem Bereich?

a) Geht man von den Wertungskriterien des dispositiven Rechts aus und berücksichtigt insbesondere, daß jedwede Haftungsfreizeichnung – in Abweichung vom dispositiven Recht – eine *Risikoverlagerung* zum Nachteil des Kunden bewirkt, dann erscheint es *verfehlt*, bei der Beurteilung der Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungsklauseln im Bereich von § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. von § 9 Abs. 2 Nr. 1 danach zu differenzieren, ob der Kunde Kaufmann oder Nicht-Kaufmann ist.⁸⁴ Unter diesem Blickwinkel ist es vor allem auch unzutreffend, die Voraussetzung für die Verletzung einer „Kardinalpflicht“ geringer zu veranschlagen, wenn der Kunde Nicht-Kaufmann ist als in den Fällen, in denen er Kaufmann ist. Denn das dispositive Recht kennt diese Unterscheidung nicht; sie ist deshalb auch nicht „vertragstypisch“. Das gleiche gilt in der Sache, wenn es darum geht – die Verletzung einer als wesentlich zu klassifizierenden Pflicht vorausgesetzt – nach der jeweiligen *Schadenstypizität* zu differenzieren (vgl. b, bb). Denn die Wertigkeit des Rechtsgüterschutzes ist vom dispositiven Recht vorgegeben, ohne daß eine weitere Differenzierung danach stattfindet, ob der Betroffene Kaufmann oder Nicht-

Kaufmann ist. Eine *Differenzierung* kann – wenn überhaupt – nur in den Fällen eingreifen, in denen die Frage zu beantworten ist, ob und mit welchem Inhalt *Ver sicherungsschutz* besteht. Hier wird man wie folgt unterscheiden können:

b) Wie dargelegt (II, 4a), ist es im nicht-kaufmännischen Bereich grundsätzlich irrelevant, ob der Kunde – im Rahmen einer Sachversicherung – Deckungsschutz genießt, weil die Existenz von Haftungsfreizeichnungsklauseln – im nicht-kaufmännischen Verkehr – nicht darauf angelegt ist. Dies ist im kaufmännischen Bereich – in Grenzen (vgl. § 57 Nr. 5 ADSp) – anders.⁸⁵ Von diesen Fällen abgesehen ist eine weitere Differenzierung – besonders im Bereich einer zugunsten des AGB-Verwenders bestehenden *Haftpflichtversicherung* – nicht angezeigt. Allenfalls könnte man daran denken, eine Haftungsfreizeichnungsklausel des AGB-Verwenders – trotz bestehenden Haftpflichtversicherungsschutzes – in den Fällen als *wirksam* anzusehen, in denen der Kunde seinerseits im Hinblick auf das eingetretene Schadensereignis Deckungsschutz im Rahmen der zu seinen Gunsten bestehenden *Sachversicherung* genießt (z. B. Feuerversicherung, Betriebsunterbrechungs-Versicherung etc.). Diesen Gedanken scheint der BGH in seiner Entscheidung vom 7. 2. 1979⁸⁶ im Auge zu haben, wenn er – neben dem Kriterium der eindeutigen, unmißverständlichen und systematisch an zutreffender Stelle verankerten Haftungsfreizeichnungsklausel innerhalb der AGB – das Merkmal erwähnt, daß der Kunde nur unter diesen Voraussetzungen in der Lage ist, „*die Versicherbarkeit dieses Risikos zu prüfen*“.

Indessen erweist sich dieser Gedanke als *nicht tragfähig*: Die Versicherbarkeit des Risikos zugunsten des Kunden spielt nämlich nur im Bereich einer Sachversicherung eine Rolle, setzt also einen *Sachschaden* voraus; für etwaige Personenschäden im Sinn von § 823 BGB erweist sich jedoch dieses Argument als bereits im Ansatz verfehlt. Aber auch dann, wenn der Kunde in der Lage ist, das betreffende Sachschadenrisiko zu versichern, um so der Haftungsfreizeichnungsklausel die Zähne zu ziehen, so ist dies unter Berücksichtigung der Angemessenheitskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 2 *irrelevant*. Denn wenn Haftungsfreizeichnungsklauseln – im Bereich leichter Fahrlässigkeit – gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 nur dann unwirksam sind, wenn dem AGB-Verwender die Verletzung einer „Kar-

⁷⁷ WM 1978 S. 562 ff.

⁷⁸ S. 564

⁷⁹ BGH, VersR 1981 S. 30 = AGBE I § 9 Nr. 43 sub II 2.

^{79a} Hierzu Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 22 f.

⁸⁰ Insbesondere BGH, BB 1978 S. 827 = AGBE I § 9 Nr. 33; BGH, BB 1978 S. 829 = AGBE I § 9 Nr. 32 a.E.

⁸¹ So BGH, AGBE I § 9 Nr. 32 a.E.; vgl. auch Brandner, § 9 Rdnr. 111.

⁸² Hierzu Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 43; Rdnr. 52; vgl. auch Wolf, NJW 1980 S. 2433 ff.

⁸³ Hierzu auch Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 52; offenlassend Hensen, § 11 Nr. 7 Rdnr. 25 a.E.; im einzelnen auch Graf v. Westphalen, NJW 1978 S. 836 ff.; so in der Sache auch Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 7 Rdnr. 39; teilweise enger, weil auf einen „Vertrauenstatbestand“ abhebend Wolf, NJW 1980 S. 2433 ff., obwohl jedenfalls dann im Ergebnis kein Unterschied besteht, wenn man den Gesichtspunkt des besonderen Vertrauens als Ausfüllungsmerkmal für den Begriff „Kardinalpflicht“ hinzunimmt, so auch erkennbar BGH, BB 1978 S. 827 = AGBE I § 9 Nr. 39. Dort heißt es nämlich wörtlich: „Dieser Grundsatz [der der „Kardinalpflicht“], der nunmehr in § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz seinen gesetzgeberischen Niederschlag gefunden hat, trägt dem Umstand Rechnung, daß ein Gläubiger grundsätzlich zumindest auf die Möglichkeit einer Vertragserfüllung durch seinen Vertragspartner – als Äquivalent für die von ihm geschuldete Gegenleistung – *vertrauen darf*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

⁸⁴ So auch mit Recht Brandner, § 9 Rdnr. 111 a.E.

⁸⁵ BGH, VersR 1979 S. 901 = AGBE I § 9 Nr. 37.

⁸⁶ BB 1979 S. 698 = AGBE I § 5 Nr. 2 – sub II 2b.

dinalpflicht" anzulasten ist, dann ist es *unangemessen*, ihn nur deswegen von der Pflicht zur unbedingten Kompensation des entstandenen Schadens zu dispensieren, weil der Kunde seinerseits in der Lage ist, eine Sachversicherung abzuschließen. Entscheidend ist insoweit, daß – wie dargestellt – weder die Verletzung einer „Kardinalpflicht“ noch der Eintritt eines Personen- oder erheblichen Sachschadens zu dem „typischen Vertragsrisiko“ des Kunden/Bestellers zu zählen ist⁸⁷, mit deren Eintritt der Besteller/Kunde üblicherweise rechnet oder rechnen muß. Mehr noch: Die vom AGB-Verwender für seine Haftpflichtversicherung zu zahlende Prämie bezieht sich auf den *Umsatz* des AGB-Verwenders, enthält also schon von daher alle Elemente einer typischen Kollektivierung, indem sie über den Preis des Produkts auf die Vertragspartner des AGB-Verwenders abgewälzt wird. Demgegenüber sind die Prämien für eine Sachversicherung *objektbezogen*; sie verteuern also – individuell – die Einstandskosten des Kunden, führen damit – zumindest indirekt – zu einer entsprechenden Verteuerung seiner Produkte auf dem Markt, obwohl es sich hier um ein vom AGB-Verwender verursachtes, d. h. um ein *fremdverursachtes Risiko* handelt. Bei der nach § 9 Abs. 2 vorzunehmenden *Interessenbilanz* zwischen den Interessen des AGB-Verwenders an der Wirksamkeit einer Haftungsfreizeichnungsklausel einerseits und den Interessen des Kunden, nicht im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unangemessen benachteiligt* zu werden, überwiegen deshalb die schutzwürdigen Belange des Kunden.

6. Wirksamkeit von Haftungsbegrenzungsklauseln

Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 11 Nr. 7 gelten für die *Wirksamkeitsgrenzen* von Haftungsbegrenzungsklauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 folgende Kriterien:

a) *Ausgangspunkt* für die Wirksamkeitskontrolle von Haftungsbegrenzungsklauseln ist die BGH-Entscheidung vom 12. 5. 1980.⁸⁸ Danach gilt ein doppeltes: Vom dispositiven Recht wird ein Interessenausgleich (vgl. §§ 249 ff. BGB) gefordert, wonach der AGB-Verwender – im Fall einer vorwerfaren Pflichtverletzung – gehalten ist, für den *vollen Ersatz* des von ihm schuldhaft verursachten Schadens zu haften. Das ist der eine Gesichtspunkt; der andere: es ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 nicht hinzunehmen, wenn der AGB-Verwender lediglich für den Normalfall oder auch für die Mehrzahl der gewöhnlichen Fälle eine adäquate Schadensvorsorge trifft. Er ist vielmehr verpflichtet, für alle vorhersehbaren, in Betracht kommenden Schadensfälle in *ausreichendem Maß* Schadensvorsorge zu treffen.⁸⁹ Dieser Grundsatz ist dann verletzt, wenn der AGB-Verwender – außerhalb des Bereichs der von ihm sichergestellten Schadensvorsorge – dem geschädigten Kunden im Grunde genommen keine Kompensation zukommen läßt – mit der Maßgabe, daß die von der Haftungsbegrenzung erfaßte Ersatzleistung für den geschädigten Kunden *praktisch wertlos* ist, d. h. nur auf dem Papier steht.⁹⁰ Damit ist der *Grundsatz* aufgestellt: Der AGB-Verwender ist zur *umfassenden Schadensvorsorge* verpflichtet. Soweit üblicherweise und typischerweise Schadensfälle vorhersehbar sind, darf sich der AGB-Verwender – in kei-

nem Fall – auf eine Haftungsbegrenzungsklausel berufen, die für den geschädigten Kunden „ohne praktische Bedeutung ist“.⁹¹

b) Diese Grundsätze dürfen freilich nicht isoliert gewertet werden. Ihre Anwendung setzt vielmehr voraus, daß die zuvor aufgeführten Kriterien, die für eine *Unwirksamkeit* einer Haftungsfreizeichnungsklausel gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 herangezogen worden sind, auch hier vorliegen. Denn es besteht kein substantieller Unterschied zwischen den Unwirksamkeitskriterien einer Haftungsfreizeichnungs- und einer Haftungsbegrenzungsklausel, weil auf beide Fälle § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 1 anwendbar ist. Dies besagt in der Sache: Die Pflichtverletzung, auf die sich die Haftungsbegrenzungsklausel des AGB-Verwenders bezieht, muß entsprechend den zuvor dargestellten Kriterien als „Kardinalpflicht“ qualifiziert werden können (vgl. II, 1). Des weiteren ist für die Unwirksamkeit einer Haftungsbegrenzungsklausel maßgebend, daß sie – in bezug auf Personen- und erhebliche Sachschäden – Risiken erfaßt, die nicht dem „typischen Vertragsrisiko“ zuzurechnen sind. Soweit dies der Fall ist, muß eine Haftungsbegrenzungsklausel dem Prinzip der umfassenden, adäquaten Schadensvorsorge⁹² entsprechen. Erstreckt sich indessen die Haftungsbegrenzungsklausel – wie z. B. im Bereich von *Vermögensschäden*, insbesondere bei etwaigen Mangelfolgeschäden – auf Risiken, mit denen der Kunde durchaus rechnen muß, dann bestehen gegen die *Wirksamkeit* einer derartigen Haftungsbegrenzungsklausel keine Bedenken. Es bedarf keiner weiteren Vertiefung: Soweit Haftungsfreizeichnungsklauseln – im Bereich leichter Fahrlässigkeit – gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht zu beanstanden sind, gilt dies auch für etwaige Haftungsbegrenzungsklauseln. Der praktische Wert einer Haftungsbegrenzungsklausel, die dem zuvor dargestellten Prinzip der umfassenden, adäquaten Schadensvorsorge des AGB-Verwenders entspricht, liegt deshalb ausschließlich darin, *untypische, exzessive* Schadensrisiken auszuschließen.⁹³

c) Von besonderer Bedeutung ist die Antwort auf die Frage, ob Haftungsbegrenzungsklauseln auch dann gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht zu beanstanden sind, wenn der AGB-Verwender – anstelle der Eigenhaftung – den geschädigten Kunden mit seinem Schadensersatzanspruch an die *Versicherung* und auf die bei dieser zu erlangenden Ersatzleistung *verweist*. Eine solche Klauselgestaltung ist grundsätzlich nicht zu beanstanden.⁹⁴ Gleichwohl besteht ein *Problem*: Soweit der AGB-Verwender kraft

⁸⁷ vgl. BGH, NJW 1977, S. 18, 19.

⁸⁸ BB 1980 S. 1011 = AGBE I § 9 Nr. 42 – Chemisch-Reinigung.

⁸⁹ BGH, BB 1980 S. 1011, 1013.

⁹⁰ Vgl. Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 57.

⁹¹ BGH, a.a.O.

⁹² BGH, BB 1980 S. 1011, 1013.

⁹³ So auch Brandner, § 9 Rdnr. 112; vgl. auch die teils überholte Judikatur zur Haftungsbegrenzung der Chemisch-Reinigung auf den 15fachen Reinigungspreis: KG Berlin, AGBE I § 9 Nr. 46; AG Flensburg, MDR 1980 S. 319 = AGBE I § 9 Nr. 55 – alle für Wirksamkeit der Haftungsbegrenzung; dem gegenüber: OLG Köln, ZIP 1981 S. 1101 = AGBE II § 9 Nr. 27; LG Berlin, AGBE II § 9 Nr. 29; LG Ansbach, AGBE I § 9 Nr. 50; LG Köln, AGBE I § 9 Nr. 52; AG Lünebecke, AGBE I § 9 Nr. 53; AG München, BB 1980 S. 178 = AGBE I § 9 Nr. 54; AG Bonn, VersR 1980 S. 880 = AGBE I § 9 Nr. 56.

⁹⁴ OLG Düsseldorf, AGBE I § 9 Nr. 49: Beschränkung der Haftung bei Diebstahl aus einem geparkten Pkw auf die Mindesthöhe der Versicherungssumme, wodurch die eigene Haftung durch einen unmittelbaren Anspruch des Kunden gegen den Versicherer ersetzt wird, vgl. auch BGH, DB 1982 S. 1403 = AGBE II § 9 Nr. 24 a – Haftungsbegrenzung gemäß § 53a Ziff. 2 ADSp.

gesetzlicher Bestimmung gehalten ist, eine Versicherung mit einer Mindestdeckung abzuschließen, wie z. B. gemäß § 3 der VO über das Bewachungsgewerbe vom 1. 6. 1976,⁹⁵ kann man davon ausgehen, daß der Kunde – im Fall eines Schadens – stets einen realisierbaren Anspruch gegenüber dem Versicherer hat. Diese Möglichkeit entfällt jedoch, wenn der AGB-Verwender die Versicherung freiwillig abschließt, wie dies z. B. beim Abschluß von Haftpflichtversicherungen und Produkthaftpflichtversicherungen in der Industrie üblich ist. Eine solche Versicherungsdeckung bringt nämlich, worauf hinzuweisen ist, den *Nachteil* mit sich, daß die Versicherungsleistungen – im Fall eines *Serienschadens* – stets maximiert, d. h. begrenzt ist, z. B. auf die zweifache Höhe der Deckungssumme. Gerade unter dieser Perspektive stellt sich deshalb die Frage, ob – im Bereich leichter Fahrlässigkeit – die Ersetzung der Eigenhaftung des AGB-Verwenders durch den Deckungsschutz des Versicherers nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu beanstanden ist.

Dies ist immer dann zu *verneinen*, wenn *Deckungssumme* und *Maximierung* für den Fall eines Serienschadens den Grundsatz einer umfassenden adäquaten Schadensvorsorge des AGB-Verwenders *nicht entsprechen*. Hart der AGB-Verwender jedoch diesen Grundsatz berücksichtigt, dann steht es ihm – vor allem im Fall eines Serienschadens – frei, die ihn treffende Eigenhaftung auszuschließen und den Kunden auf die *Ersatzleistung* des Versicherers zu verweisen. Doch setzt dies – rein technisch betrachtet – voraus, daß ein *nahtloses System* zwischen versicherungsmäßiger Deckung und Ausschluß der Eigenhaftung des AGB-Verwenders besteht, wie z. B. im Bereich der ADSp.⁹⁶ Doch kommt es auch hier entscheidend darauf an – und insoweit ist der Ansicht des BGH in seinem Urteil vom 9. 10. 1981⁹⁷ zu widersprechen –, daß der Kunde auch im *Einzelfall* nicht unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Sinn von § 9 benachteiligt wird.⁹⁸ Es geht also nicht um eine „umfassende Würdigung des gesamten, dem Haftungs- und Versicherungssystem der ADSp zugrundeliegenden wirtschaftlichen Sachverhalts“ (so aber BGH, a.a.O.), sondern darum, ob der AGB-Verwender seine Haftungsbegrenzungsklauseln darauf ausrichtet, daß eine umfassende, adäquate Schadensvorsorge zugunsten des geschädigten Kunden – bei jedem einzelnen Haftungsfall – erreicht ist.

Legt man diese – zugegeben: strengen – Maßstäbe für die Beurteilung der Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsbegrenzungsklauseln an, dann ist es im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. von § 9 Abs. 2 Nr. 1 *belanglos*, wenn – bei Ersetzung der den AGB-Verwender treffenden Eigenhaftung durch die Ersatzleistung der Versicherung – der geschädigte Kunde die Ersatzleistung *abzüglich des Selbstbehalts* erhält. Denn dieser Abzugsposten, wie er z. B. bei der Haftpflicht- und Produkthaftpflichtversicherung üblich, aber auch sonstigen Versicherungen *eigentümlich* ist, belastet den Kunden regelmäßig nur unwesentlich, ist also hinzunehmen und dem Kunden durchaus zumutbar.

d) Bei Berücksichtigung der vorstehend aufgeführten Prinzipien ist es – ähnlich wie bei der Haftungsfreizeichnungsklausel – nicht möglich, die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit einer Haftungsbegrenzungsklausel im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. von § 9 Abs. 2

Nr. 1 – noch zusätzlich – davon abhängig zu machen, ob der Kunde *Kaufmann* ist oder ob der Vertrag dem nicht-kaufmännischen Bereich zugeordnet werden muß.

7. Mittelbare Haftungsfreizeichnungstatbestände

Man muß stets im Auge behalten, daß der AGB-Verwender ohne weiteres in der Lage ist, Haftungsfreizeichnungstatbestände auch auf andere Weise zu erreichen als aufgrund einer ausdrücklichen Abbedingung der Haftung.⁹⁹ Dies ist insoweit von besonderer Bedeutung, weil *Verjährungs- und Ausschlußfristen* nicht dem Verbotstatbestand von § 11 Nr. 7 unterworfen sind. Gleichwohl können derartige Klauseln – im Ergebnis – wie ein Haftungsfreizeichnungstatbestand wirken, so daß die Frage beantwortet werden muß, inwieweit in diesen Fällen die *Unwirksamkeitssanktion* von § 9 Abs. 2 Nr. 1 eingreifen kann:

a) Bei *Verjährungsbestimmungen* ist zunächst ein Rückgriff auf die jeweilige Normung des *dispositiven Rechts* erforderlich.¹⁰⁰ Denn: Verjährungsbestimmungen enthalten nicht nur reine Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers, sondern verkörpern wesentliche *Gerechtigkeitsvorstellungen*.¹⁰¹ Dabei ist zu berücksichtigen, daß Verjährungsfristen, die – verglichen mit dem dispositiven Recht – zu kurz sind, in der Sache die gleiche Wirkung wie eine Haftungsfreizeichnungsklausel aufweisen.¹⁰² Nur in *Ausnahmefällen* erscheint es vertretbar, die vom dispositiven Recht vorgesehenen Verjährungsfristen durch AGB-Klauseln zu unterschreiten.¹⁰³ Diese Ausnahmeregelung muß jedoch auf die besondere Typizität des Vertrages – hier: Transportvertrag – Rücksicht nehmen; und die Verjährungsfrist muß so bemessen sein, daß der geschädigte Kunde – hier: bei Verlust oder Beschädigung der Güter – nicht schutzlos gestellt ist, was der BGH aufgrund einer Parallele zu den §§ 477, 638 BGB – bezogen auf eine auch hier klauselmäßig verankerte sechsmonatige Verjährungsfrist – ausdrücklich unterstreicht.¹⁰⁴

b) Bei einer *Ausschlußfrist* gelten im Grundsatz die gleichen Gesichtspunkte, die – im Hinblick auf eine darin liegende mittelbare Haftungsfreizeichnung – für Verjährungsbestimmungen aufgezeigt wurden.¹⁰⁵ Denn der Unterschied zwischen einer Verjährungs- und einer Ausschlußfrist besteht lediglich darin, daß letztere von *Amts wegen* zu berücksichtigen ist;¹⁰⁶ demgegenüber muß sich der AGB-Verwender einredeweise auf eine Verjährungsfrist berufen.

c) Da die Verjährungsregeln des dispositiven Rechts – nach der hier vertretenen Auffassung – derart hohen Gerechtigkeitsgehalt besitzen, daß sie auch

⁹⁵ Hierzu OLG Düsseldorf, a.a.O.

⁹⁶ Hierzu BGH, DB 1982 S. 1403 = AGBE I § 9 Nr. 24 a.

⁹⁷ a.a.O.

⁹⁸ Vgl. BGH, BB 1980 S. 1011.

⁹⁹ Vgl. Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 28 m. w. N.

¹⁰⁰ Im einzelnen Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 10 f Rdnr. 2 m. w. N.

¹⁰¹ Vgl. BGHZ 64 S. 238 = BB 1975 S. 804; BGH, WM 1980 S. 38; BGH, BB 1979 S. 491; BGH, BB 1981 S. 701; BGH, BB 1981 S. 985.

¹⁰² Hierzu BGH, BB 1979 S. 491 = AGBE I § 9 Nr. 36; BGH, BB 1978 S. 829 = AGBE I § 9 Nr. 32.

¹⁰³ Hierzu insbesondere BGH, AGBE I § 9 Nr. 44.

¹⁰⁴ Vgl. auch Brandner, § 9 Rdnr. 114.

¹⁰⁵ Vgl. auch Brandner, a.a.O.

¹⁰⁶ Hierzu Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 10 e Rdnr. 11 m. w. N.

im *kaufmännischen Verkehr* gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu berücksichtigen sind,¹⁰⁷ liegt es auf der Hand: Weder bei der Beurteilung von Verjährungsklauseln noch bei der Bewertung von Ausschlussklauseln ist gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 eine Differenzierung grundsätzlich danach angezeigt, ob der Kunde Kaufmann oder *Nicht-Kaufmann* ist. Denn auch im kaufmännischen Verkehr muß sichergestellt sein, daß die schutzwürdigen Belange des Kunden – bezogen auf sein Recht, Ansprüche gegen den AGB-Verwender geltend zu machen – gewahrt, daß insbesondere verhindert wird, daß der Kunde aufgrund einer überkurzen Verjährungs- oder Ausschlussfrist – im praktischen Ergebnis – *rechtlos* gestellt wird. Dies gilt – bezogen auf die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts – *uneingeschränkt* für die kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsfristen. Lediglich in den Fällen, in denen – außerhalb dieses Bereichs – relativ lange Verjährungsbestimmungen vorgesehen sind, erscheint es vertretbar, diese im kaufmännischen Verkehr auf ein angemessenes, die berechtigten Belange des Kunden wahrendes Maß zurückzuführen.¹⁰⁸

8. Rechtsfolge

a) Auch dann, wenn eine Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel – im Bereich der leichten Fahrlässigkeit – gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam* ist, gilt der allgemeine Grundsatz: Es gelten dann gemäß § 6 Abs. 2 die Bestimmungen des dispositiven Rechts.¹⁰⁹ Zu bedenken ist freilich, daß das Instrumentarium der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 erst dann zur Anwendung gelangt, wenn die – vorgeschaltete – Auslegung¹¹⁰ der betreffenden Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel überhaupt zu dem Ergebnis geführt hat, daß sich der AGB-Verwender von der ihn treffenden Haftung freigezeichnet oder diese begrenzt hat.¹¹¹ Deshalb: Ergibt die aufgrund einer generalisierend-typisierenden Bewertung vorgenommene Auslegung der jeweiligen Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel, daß der aktuell in Rede stehende Anspruch des Kunden gegen den AGB-Verwender von dieser Klausel überhaupt nicht erfaßt wird, dann gelten ohnedies die Bestimmungen des dispositiven Rechts.¹¹²

b) Auch bei einem Verstoß gegen „Kardinalpflichten“ ist kein Grund ersichtlich, von diesem Grundsatz abzuweichen: Wenn und soweit Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln – bei leicht fahrlässiger Verletzung einer „Kardinalpflicht“ – wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 *unwirksam* sind, gelten ohne weiteres gemäß § 6 Abs. 2 die Bestimmungen des dispositiven Rechts. Dabei ist zu betonen, daß die Existenz von „Kardinalpflichten“ nicht von – fall-spezifischen – Umständen des Einzelfalls abhängen; sie ergeben sich vielmehr aus der *besonderen Struktur des Vertrages*, wie z. B. bei der Inanspruchnahme berufstypischer Leistungen des AGB-Verwenders bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern.¹¹³ Das gleiche gilt z. B. bei Treuhandverträgen,¹¹⁴ aber auch dann, wenn der Kunde dem AGB-Verwender Vermögenswerte zur Obhut anvertraut hat.¹¹⁵ In all diesen Fällen ist dem AGB-Verwender die Existenz von „Kardinalpflichten“ *vorhersehbar*, weil ihre Erfüllung – auf den Vertrauensgedanken beruhend – *Voraussetzung* für die ordnungsgemäße Erfüllung der

dem AGB-Verwender obliegenden Vertragspflichten ist. Dieser Gesichtspunkt gilt erst recht in den Fällen, in denen die Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel Fälle des *anfänglichen Unvermögens* (vgl. II,3) erfaßt. Denn diese Fälle sind nach der gesetzlichen Typizität der strikten „Garantiehafte“ zugeordnet,¹¹⁶ so daß die insoweit eingreifende Sanktion dem AGB-Verwender ohne weiteres *vorhersehbar* ist. Das gleiche gilt für Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln im Bereich der *Produzentenhaftung* gemäß § 823 BGB, weil derartige Ansprüche Teil des gewöhnlichen „Betriebsrisikos“ eines jeden Herstellerbetriebes sind. In all diesen Fällen scheitern also *Haftungsfreizeichnungsklauseln* – auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit – am Verbotstatbestand von § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. an § 9 Abs. 2 Nr. 1. *Haftungsbegrenzungsklauseln* sind gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 nur dann nicht zu beanstanden, wenn die zuvor dargelegten Grundsätze einer umfassenden, adäquaten Schadensvorsorge beachtet sind.

c) Weil also alle diese Haftungsfälle dem AGB-Verwender *vorhersehbar* sind, ist es ihm auch ohne weiteres zuzumuten, eine eindeutige, unmißverständliche – transparente – Klauselgestaltung zu wählen. Demzufolge ist es dem AGB-Verwender – auch in diesen Fällen – *verwehrt*, eine *salvatorische Klausel* zu verwenden (vgl. etwa „soweit gesetzlich zulässig“).¹¹⁷ Es ist verfehlt, salvatorische Klauselzusätze – bezogen auf diese Fallkonstellationen – damit zu rechtfertigen, daß „konkrete Zweifel“ an den Wirksamkeitsgrenzen derartiger Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln – im Bereich leichter Fahrlässigkeit – vorliegen.¹¹⁸ Denn gerade bei Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln kommt es dem Kunden vital darauf an, daß die ihm zustehende Rechtsposition – in einem Schadensfall – eindeutig, unmißverständlich und transparent fixiert ist; salvatorische Zusätze führen stets dazu, daß vom BGH ausdrücklich postulierte Transparenzgebot zu verletzen.¹¹⁹ Es geht deshalb nicht an, daß *legitime Interesse des Kunden* an einer eindeutigen, unmißverständlichen und transparenten Klauselgestaltung niedriger zu bewerten als das Interesse des AGB-Verwenders, durch Hinzufügung eines salvatorischen Zusatzes die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln voll auszuschöpfen. Denn alle Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln haben – verglichen mit dem dispositiven Recht – eine *Risikoverlagerung* zum Nachteil des Kunden im Auge. Will der AGB-Verwender diesen Zweck erreichen, dann muß er sich eben ent-

¹⁰⁷ Im einzelnen Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 10 f Rdnrn. 15 ff.

¹⁰⁸ Hierzu BGH, AGBE I § 9 Nr. 44.

¹⁰⁹ BGH, WM 1982 S. 871, 873; BGH, ZIP 1983 S. 317, 321.

¹¹⁰ Vgl. BGH, WM 1978 S. 10, 11 = AGBE I § 5 Nr. 1.

¹¹¹ Insbesondere auch BGH, BB 1977 S. 162 = AGBE I § 9 Nr. 29; BGH, BB 1979 S. 243 = AGBE I § 9 Nr. 34; BGH, BB 1979 S. 698 mit Anm. von Schmidt-Salzer = AGBE I § 5 Nr. 2.

¹¹² BGH, BB 1977 S. 162 = AGBE I § 9 Nr. 29; BGH, BB 1979 S. 243 = AGBE I § 9 Nr. 34.

¹¹³ Vgl. Fn. 44, 45.

¹¹⁴ Vgl. Fn. 46.

¹¹⁵ Vgl. Fn. 52.

¹¹⁶ Statt aller Jauernig/Vollkommer, § 306 Anm. 3 a m. w. N.

¹¹⁷ Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 36 m. w. N.

¹¹⁸ So Bunte in Anm. zu BGH, NJW 1983 S. 1322 ff.; S. 1326; Lindacher, BB 1983 S. 154, 159; Palandt/Heinrichs, vor § 8 Anm. 3.

¹¹⁹ Vgl. insbesondere BGH, BB 1979 S. 698 = AGBE I § 5 Nr. 2 – sub II 2 d.

scheiden, welchen Weg er gehen will, insbesondere muß er sich darüber klar werden, inwieweit er den Grundsätzen der BGH-Judikatur zur Existenz von „Kardinalpflichten“ – und dem damit einhergehenden Verbot von Haftungsfreizeichnungsklauseln – Tribut zollen will, oder ob er es vorzieht, seine Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln lediglich am Verbotstatbestand von § 11 Nr. 7 zu orientieren. Dabei ist auch im Auge zu behalten, daß etwa in der Kommentarliteratur bestehende Zweifelsfragen¹²⁰ nie geeignet sein können, dem AGB-Verwender das Risiko abzunehmen, sich für eine bestimmte Klauselgestaltung zu entscheiden, so daß salvatorische Zusätze nicht ihre Rechtfertigung darin finden können, daß in der wissenschaftlichen Literatur kontroverse Meinungen zu bestimmten Haftungsproblemen ausgetragen werden.¹²¹ Überdies wäre die Anerkennung eines salvatorischen Zusatzes letztenendes in der Sache gleichbedeutend mit einem Wiederaufleben der „geltungserhaltenen Reduktion“, die inzwischen vom BGH – mit Recht – abgelehnt wurde.¹²² Im Ergebnis führt also die Verwendung salvatorischer Zusätze bei etwaigen Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln – auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit – dazu, daß keine – wie auch immer geartete – „geltungserhaltene Reduktion“ stattfindet; vielmehr verstößt auch eine solche Klausel – sofern die hier dargestellten Voraussetzungen vorliegen – gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 1 und ist deshalb *insgesamt unwirksam*: Auch bei Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln, deren Wirksamkeit nach § 9 zu beurteilen ist, trägt der AGB-Verwender das Risiko, unwirksame Klauseln zu verwenden; er kann dies nicht aufgrund eines salvatorischen Zusatzes auf seinen Kunden abwälzen. Und es ist nicht Sache des Gerichtes, die Wirksamkeitsgrenzen dann – „soweit zulässig“ – anstelle des AGB-Verwenders zu bestimmen.¹²³

d) Diese Grundsätze gelten auch *uneingeschränkt* im *kaufmännischen Verkehr*: Auch hier ist und bleibt es Sache des AGB-Verwenders, die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 autonom festzulegen. Es ist ihm

verwehrt, auf einen salvatorischen Zusatz zu rekurrieren.¹²⁴ Die Fälle, in denen Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln – bei Vorliegen einfacher Fahrlässigkeit – gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 unwirksam sind, sind aufgrund der BGH-Judikatur¹²⁵ ausreichend klar vorgeformuliert, so daß der AGB-Verwender durchaus in der Lage ist, eine hinreichend klare, eindeutige und umißverständliche Klauselfassung bei der Textierung von Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln zu wählen. Dies ist dem AGB-Verwender auch *zumutbar*.¹²⁶ Es besteht keineswegs eine derartig weitreichende, verwirrende *Rechtsunsicherheit* auf diesem Gebiet, die es dem AGB-Verwender schlechthin unmöglich machen würde, für seinen Anwendungsbereich die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln exakt zu bestimmen. Daß er dabei nicht in der Lage ist, in allen Punkten auf festgefügte Ergebnisse der BGH-Judikatur abzuheben, befreit ihn nicht von dem typischen Verwenderrisiko. Denn gemäß § 24 sind im kaufmännischen Bereich AGB-Klauseln nur aufgrund einer jeweiligen Ausfüllung der Wertungskriterien von § 9 zu textieren. So gesehen aber handelt es sich bei der Frage, wo die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 – im Bereich leichter Fahrlässigkeit – liegen, lediglich um eine *spezielle Frage*, die generell – unter Berücksichtigung der BGH-Judikatur und der Kommentarliteratur – ausgefüllt werden muß. Dies ist, wie gesagt, das typische Verwenderrisiko, das durchgängig im kaufmännischen Bereich besteht, wo ja noch unzählige Fragen einer höchstrichterlichen Entscheidung harren.

¹²⁰ So aber Bunte, a.a.O.

¹²¹ Hierzu insbesondere OLG Stuttgart, NJW 1981 S. 1105 – zur Unsicherheit der Rechtslage bei § 11 Nr. 8b, ob damit auch der Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens gemäß § 2086 BGB erfaßt wird; hierzu inzwischen eindeutig BGH, NJW 1983 S. 1322, 1324.

¹²² BGH, NJW 1982 S. 2309; BGH, NJW 1982 S. 2311, 2313; BGH, NJW 1983 S. 1322, 1325.

¹²³ BGH, BB 1979 S. 804 = AGBE I § 5 Nr. 3.

¹²⁴ So aber Bunte, NJW 1983 S. 1322, 1326; Lindacher, BB 1983 S. 159.

¹²⁵ Vgl. insbesondere BGH, BB 1978 S. 827 = AGBE I § 9 Nr. 33.

¹²⁶ Vgl. Graf v. Westphalen, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdnr. 48 a.E.; a.M. Lindacher, a.a.O.