

Probleme des Haftungsausschlusses in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Die Grenzen des Haftungsausschlusses in Allgemeinen Lagerbedingungen des Deutschen Möbeltransportes

Koller, Prof. Dr. Ingo

A. Einleitung

1939 erließ der Leiter der Reichsverkehrsgruppe Spedition und Lagerei auf der Grundlage einer Verordnung über den organischen Aufbau des Verkehrs Musterlagerbedingungen, deren Anwendung er den Mitgliedern der Fachuntergruppen "Fernumzüge und Nahumzüge" zur Pflicht machte, falls sie die Geschäfte mit ihren Kunden durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) geordnet wissen wollten. Diese Musterlagerbedingungen sind unter der Bezeichnung "Allgemeine Lagerbedingungen des Deutschen Möbeltransportes" (ALB)^{<1>} auch heute noch weitgehend unverändert in Gebrauch. Der zuständige Verband beschäftigt sich zwar mit der Neuformulierung der Lagerbedingungen, hat bislang aber - soweit ersichtlich - seine Bemühungen noch nicht zu einem Abschluß gebracht, obwohl mehr als zwei Jahre seit Inkrafttreten des AGB-Gesetzes verstrichen sind und nahezu die gesamten Haftungsausschlußklauseln der ALB wegen Verstoßes gegen absolute Klauselverbote des § 11 Nr. 7, 8, 9 AGBG unwirksam sind. Das mag für die in aller Regel zum Kreis der Nichtkaufleute zahlenden Einlagerer^{<2>} günstig sein; denn an die Stelle der unwirksamen Klauseln tritt nach richtiger Ansicht^{<3>} das dispositives Recht mit seiner unbeschränkten Haftung für Schaden, die der Lagerhalter oder seine Erfüllungsgehilfen schuldhaft verursacht haben (§§ 417 li. Vbdg. m. § 390 I HGB^{<4>}, § 278 BGB bzw. §§ 823, 831 BGB). Der Lagerhalter hat somit auch für leicht fahrlässig verursachte Schaden einzustehen, obgleich er sich in den ALB für derartige Schaden nahezu gänzlich freigezeichnet hat. Man könnte sich aus der Perspektive der Kunden damit zufriedengeben.

Unbefriedigend an dieser Situation ist jedoch, daß den Kunden nach wie vor die ALB ausgehändigt werden und dies allein die Kunden in vielen Fällen abschrecken wird^{<5>}, berechnete Schadensersatzansprüche anzumelden. Eine Reform der ALB tut mithin dringend Not. Im folgenden soll daher nicht nur geprüft werden, inwieweit ausgewählte Klauseln der ALB mit dem AGBG vereinbar sind, sondern dabei vor allem der Frage nachgegangen werden, wo die Grenzen der Freizeichnung von Möbellagerungsrisiken durch AGB liegen.

B. Die Freizeichnungsklauseln der ALB

Die ALB enthalten sowohl Freizeichnungen dem Grunde als auch der Höhe nach. Die Intensität der Haftungsausschlüsse ist in vielfältiger Weise gestuft. Einen totalen Haftungsausschluß enthält z. B. § 2 I ALB. Danach trifft den Lagerhalter keine Haftung für den Inhalt von Kisten, Körben oder sonstigen Behältnissen, es sei denn, daß das Ein- und Auspacken durch Leute des Lagerhalters bewirkt worden ist. Ferner ist der Lagerhalter von jeder Haftung frei, falls er nachweist, daß das Gut äußerlich unbeschädigt ausgeliefert worden ist (§ 2 II ALB). Eine totale Freizeichnung statuiert auch § 2 III ALB, demzufolge der Lagerhalter für echte Teppiche, Kunstgegenstände, Kostbarkeiten (d. h. Sachen, deren Wert pro kg 150 DM übersteigt) nicht haftet, falls ihm der wirkliche Wert und die besondere Beschaffenheit nicht angezeigt worden sind. Der Einlagerer hat allerdings die Möglichkeit nachzuweisen, daß der Schaden nicht auf die Unterlassung der Wertangabe zurückzuführen ist. Dem vermag aber der Lagerhalter immer entgegenzuhalten, er hatte die Einlagerung dieser Kostbarkeiten abgelehnt^{<6>}.

Eine zweite Gruppe von Haftungsausschlüssen begrenzt die Haftung des Lagerhalters auf eigene grobe Fahrlässigkeit und grob fahrlässige Handlungen bzw. Unterlassungen seiner leitenden Angestellten, die überdies vom Einlagerer nachzuweisen sind. Von dieser Gruppe von Freizeichnungen werden z. B. unmittelbare oder mittelbare Schaden infolge von Feuer (§ 3 lit. b ALB), von Witterungseinflüssen aller Art (§ 3 lit. c ALB; z. B. Regen, Sturm), Schrammen in der Politur, Leimlösungen erfaßt. Ferner gehören hierher Schaden, die dem

Lagergut durch andere Lagergüter (§ 3 lit. d ALB) und durch Ratten, Mäuse, Motten, sonstiges Ungeziefer sowie durch Verunreinigungen durch Katzen zugefügt werden (§ 3 lit. e ALB). Der Katalog der Freizeichnungen wird unter anderem ergänzt durch den weitreichenden Ausschluß der Haftung für Schaden infolge von Rost, Schimmel, Fäulnis oder aufgrund der natürlichen bzw. eigentümlichen Beschaffenheit des Lagergutes. Auch für schweren Diebstahl und Raub soll grundsätzlich nicht gehaftet werden (§ 3 lit. f, g ALB). Schließlich zählt zu dieser Gruppe der Freizeichnung noch § 1 IV ALB. Er nimmt dem Einlagerer in Fallen, in denen der Lagerhalter oder seine leitenden Angestellten nicht zumindest grob fahrlässig gehandelt haben, den Anspruch auf Ersatz von Vermögensschaden, die nicht aus dem Verlust bzw. der Beschädigung von Sachen resultieren,- also insbesondere den Ersatz für Schaden aus Verzögerungen und auf Erstattung des entgangenen Gewinnes. Eine dritte Gruppe der Freizeichnungsklauseln ist durch den Ausschluß der Haftung für eine bestimmte Gruppe von Erfüllungsgehilfen gekennzeichnet: So soll der Lagerhalter gemäß § 6 I ALB nur für die Einstellung, Annahme und Durchführung der Bewachung haften, nicht aber für schuldhaftes Verhalten der Bewacher selbst.

Diese Haftungsausschlüsse dem Grunde nach werden durch Freizeichnungen der Höhe nach ergänzt. Danach soll der Lagerhalter nur bis zum Betrag des für ein Jahr geschuldeten Lagergeldes haften, es sei denn, daß ihm oder einem leitenden Angestellten grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann (§ II ALB). Auch wenn dieser Nachweis gelingen sollte, haftet der Lagerhalter nur für den gemeinen Wert des Gutes ohne Rücksicht darauf, ob der Wert anderer Güter durch die Schadenszufügung tangiert ist (§ 4 ALB). Außerdem soll der Lagerhalter berechtigt sein, nach Belieben auf Naturalrestitution auszuweichen.

C. Die Unangemessenheit der Freizeichnungsklauseln

1. Verstoß gegen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

Von den geschilderten Freizeichnungsklauseln kann keine einzige Klausel die Hürde der Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten überwinden<7>. Gemäß § 11 Nr. 7 AGBG ist nämlich der Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden unwirksam, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung des Verwenders oder seiner Erfüllungsgehilfen beruht. Im Widerspruch zu dieser Vorschrift schließen die ALB in aller Regel die Haftung für Erfüllungsgehilfen, die nicht zum Kreis der leitenden Angestellten zählen, gänzlich oder doch weitgehend aus. Einen Verstoß gegen § 11 Nr. 8b AGBG enthält § 2 IV ALB, demzufolge z. B. für Vermögensschaden, die infolge eines Unmöglichwerdens der Leistung entstehen, nicht gehaftet werden soll, es sei denn, daß der Lagerhalter oder seine leitenden Angestellten grob fahrlässig gehandelt haben. Schließlich steht der Beweislastverteilung zuungunsten des Einlagerers offensichtlich § 11 Nr. 15 AGBG entgegen. Mit dieser Feststellung soll es aber nicht sein Bewenden haben. Es stellt sich nämlich die Frage, ob die ALB als im Sinne des § 9 I AGBG "angemessen" einzustufen sind, wenn im Laufe der derzeitigen Überarbeitung der ALB die Haftungsgrenze so heraufgesetzt wird, daß die Schwelle der Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit gerade überschritten ist. Das Problem lautet mit anderen Worten: Unter welchen Umständen ist ein Haftungsausschluß für leicht fahrlässiges Verhalten des Lagerhalters oder seiner Erfüllungsgehilfen als unangemessen im Sinne des § 9 AGBG zu qualifizieren?

II. Unangemessene Benachteiligung

Gemäß § 9 I AGBG sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche Benachteiligung ist im Zweifel zu bejahen, falls eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder falls sie wesentliche Rechte bzw. Pflichten, die sie aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist (§ 9 II AGBG). In gewissem Umfang ist somit das dispositive Recht und die Natur des Vertrages

Prüfungsmaßstab. Die einschlägigen dispositiv-rechtlichen Vorschriften sollen deshalb im folgenden kurz skizziert werden. Anschließend ist der Stellenwert der dispositiv-rechtlichen Haftungsregeln zu untersuchen und abschließend zu prüfen, welche Besonderheiten des Möbellagerungsgeschäftes ins Spiel gebracht werden können, um eine Abweichung vom dispositiven Recht zu "rechtfertigen". 1. Die Haftung des Lagerhalters kraft

dispositiven Rechts

Gemäß § 416 HGB übernimmt der Lagerhalter nicht nur die Lagerung von Gütern, sondern auch deren Aufbewahrung. Der Lagerhalter hat also nicht nur den Platz zur Verfügung zu stellen, an dem die einzulagernden Güter für einen bestimmten oder noch unbestimmten Zeitraum verbleiben können. Der Lagerhalter muß darüber hinaus das Gut mit zumutbarem Aufwand gegen vorhersehbare Gefahren sichern. Dies erfolgt z. B. durch die Wahl geeigneter Lagerräume, die ausreichenden Schutz vor Ungeziefer, Feuchtigkeit und Feuer bieten. Die Lagerräume und -vorrichtungen hat er laufend daraufhin zu kontrollieren, ob sich Gefahrenherde entwickeln, und sie gegebenenfalls zu beseitigen. Soweit die baulichen Einrichtungen keinen ausreichenden Schutz bieten, ist der Lagerhalter verpflichtet, das Gut laufend mit zumutbaren Mitteln in seiner Integrität zu schützen, z. B. Ungeziefer zu bekämpfen, das Gut zu bewachen. Ein schuldhafter Verstoß gegen diese Hauptpflichten<8> ist durch einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 417, 390 HGB<9> sanktioniert; dabei hat der Lagerhalter nachzuweisen, daß ihn am Verlust oder an der Beschädigung des Gutes kein Verschulden traf.

Schadensersatzansprüche können auch in Fällen verschuldeter Unmöglichkeit der Lagerung oder Verzögerung der Herausgabe des Gutes entstehen<10>. Der Ersatzanspruch geht immer auf Deckung des gesamten Vermögensschadens und grundsätzlich auch auf Bereitstellung des zur Naturalrestitution erforderlichen Geldbetrages (§§ 249, 251 BGB). Ob die potentielle Schadenshöhe im Einzelfall vorhersehbar oder gar bekannt war, ist nach dispositivem Recht irrelevant.

2. Stellenwert der dispositiv-rechtlichen

Haftungsregeln

Sowohl dem Grundsatz, daß der Schuldner voll für alle schuldhaft verursachten Schaden, als auch dem Prinzip, daß der Schuldner für leichteste Fahrlässigkeit einzustehen hat, wird von Helm <11> nur zweitrangige Bedeutung eingeräumt. Dies ergebe sich schon daraus, daß die Rechtsprechung zahlreiche haftungsausschließende oder -beschränkende Klauseln anerkannt habe. Außerdem zeige auch § 11 Nr. 7 AGBG, daß im Fall leichter Fahrlässigkeit grundsätzlich totale Haftungsbeschränkungen zulässig seien<12>. Diese Sicht des dispositiven Rechts setzt den Stellenwert der Verschuldenshaftung jedoch zu niedrig an. Die Verschuldenshaftung darf nicht allein als Regelung verstanden werden, die den Schuldner zwingt, vorwerfbar verursachte Schaden zu beheben oder in Geld auszugleichen. Eine wesentliche Wurzel der Verschuldenshaftung liegt nämlich auch in ihrer Funktion, Schaden zu verhüten. Das zeigt sich daran, daß man die Verschuldenshaftung gerade mit dem Ziel eingeführt hatte, dem Schuldner in einem gewissen Umfang einen Bewegungsspielraum zu gewahren, innerhalb dessen er seine Angelegenheiten frei zu gestalten in der Lage ist<13>. Zugleich sollte er durch die Haftung aber auch gezwungen werden, dort, wo ihm dies mit zumutbaren Aufwendungen möglich ist, die Entstehung von Schaden zu unterbinden. Damit durch diese Aufgabe keine untragbaren Lasten entstehen, wird das Kriterium der Zumutbarkeit vorwiegend anhand des verkehrsüblichen Verhaltens, der finanziellen Leistungsfähigkeit und der sozialen Erwünschtheit bestimmter Tätigkeiten konkretisiert<14>. Der Präventionsfunktion kommt gerade bei zweckrational operierenden Unternehmen großes Gewicht zu<15> ; denn ein rational handelndes Unternehmen wird sich zumindest in dem Umfang bemühen, Schaden zu vermeiden, in dem der hierzu notwendige Aufwand geringer

ist als die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeitsquote zu erwartenden Schaden. Da der zumutbare Abwehraufwand in aller Regel die eskomptierten. Schadensrisiken nicht übersteigt, werden sich die Unternehmen, um ihre Kosten niedrig zu halten, anstrengen, die erforderliche Sorgfalt zu wahren. Die Vorteile der Schadensverhütung liegen nicht nur darin, daß im gesamtwirtschaftlichen Interesse Vermögenswerte, die dem Schuldner anvertraut sind, sondern auch darin, daß zugleich immaterielle Werte des Vertragspartners erhalten bleiben. Dies sticht besonders deutlich bei der Möbellagerung ins Auge, bei der häufig Gegenstände dem Schuldner übergeben werden, die für den Einlagerer einen großen, in Geld nicht zu ersetzenden Affektionswert besitzen. Senkt man nun den Zurechnungsstandard, so wird der Präventionseffekt erheblich gemindert. Der Einlagerer muß verstärkt damit rechnen, daß der Lagerhalter nach dem Motto verfährt, die an sich zumutbaren Vorsorgemaßnahmen seien zu teuer, und nur dafür sorgt, offensichtlich zutage liegenden Schutzpflichten nachzukommen¹⁶. Die Gefährdung des eingelagerten Gutes oder ganz generell der Erfüllung der übernommenen Pflichten wird mithin durch Haftungsausschlüsse nicht unwesentlich erhöht. Diese Konsequenz erscheint im Bereich der Möbellagerung vor allem deshalb als besonders mißlich, weil der Schutz der eingelagerten Güter die Kardinalpflicht des Lagerhalters darstellt¹⁷. In anderen Konstellationen mag zwar der Wettbewerbsdruck dafür sorgen, daß der zumutbare Sicherheitsstandard trotz einer Freizeichnung gewahrt bleibt. Voraussetzung dafür ist aber immer, daß die Markttransparenz relativ groß ist, daß es sich mit anderen Worten relativ schnell herumspricht, wenn sich in einem Betrieb leicht fahrlässig verursachte Schaden häufen. Auf dem Gebiet der Möbellagerung entfällt dieses Korrektiv jedoch völlig, da hier nur Gelegenheitskunden auftreten, die den Markt lediglich auf die Preisgünstigkeit der Angebote hin abzuklopfen imstande sind¹⁸.

Allerdings wird man zu Recht einwenden, daß auch dasjenige Unternehmen, das sich immer bemüht, sorgfältig zu arbeiten, vor fahrlässigen Handlungen nicht gefeit ist¹⁹. Der Präventionseffekt sei aus diesem Grunde gar nicht so hoch, wie das den Anschein habe. Abgesehen davon, daß der Geschädigte im Rahmen der Verschuldenshaftung immerhin seinen Vermögensverlust ausgeglichen erhält, bewirkt aber die Fahrlässigkeitshaftung auch im Hinblick auf solche Konstellationen mittelfristig noch gewisse Präventionswirkungen²⁰. Jeder Unternehmer muß nämlich die zu erwartenden Schadensersatzansprüche als Betriebskosten einkalkulieren. Je häufiger ihm Sorgfaltsfehler unterlaufen, desto mehr geraten seine Preise unter Kostendruck. Bei hinreichendem Wettbewerb werden Unternehmen, in denen besonders oft fahrlässig gehandelt wird, auch dort aus dem Markt ausscheiden müssen, wo sich die Nachfrager kein Urteil über die Qualität des Angebotes, sondern nur über dessen Preisgünstigkeit zu machen imstande sind. Das Ausgeführte gilt auch im Hinblick auf die Haftung für schuldhaftes Verhalten von Erfüllungsgehilfen²¹. Es ist richtig, daß § 278 BGB nicht auf die moralische Vorwerfbarkeit des Einsatzes von Erfüllungsgehilfen gestützt werden kann, die später versagen. Der mehr oder minder hohe Rang einer dispositiven Norm ist aber nicht allein davon abhängig, ob sie moralisch vorwerfbares Verhalten des Schuldners sanktioniert. Wesentlich ist auch der Umstand, daß der Schuldner die Erfüllung von Kardinalpflichten übernommen hat, denen er faktisch nicht allein, sondern nur unter mehr oder minder großem Einsatz von Erfüllungsgehilfen nachzukommen vermag²². Würden sich die durch Schadensersatzansprüche sanktionierten Pflichten nur auf das erstrecken, was der Schuldner selbst zu erledigen oder wenigstens zu kontrollieren vermag, so wären in einer Zeit, in der kaum ein Anbieter ohne Erfüllungsgehilfen arbeitet, die meisten Pflichten weitgehend unverbindlich²³. Das Vertrauen in die vertragliche Bindung wäre zwangsläufig stark gestört. Schon das allein beweist den hohen Rang des § 278 BGB. Hinzu kommt, daß auch der Präventionseffekt des § 278 BGB nicht unerheblich ist. Soweit der Schuldner selbständige Erfüllungsgehilfen einschaltet, müssen diese grundsätzlich immer befürchten, daß gegen sie unbeschränkt Regreß genommen wird²⁴.

Werden Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen tätig, so müssen auch diese in den Grenzen der Grundsätze über die gefahreneigete Arbeit mit Rückgriffsansprüchen rechnen. Es ist deshalb keineswegs so, daß Arbeitnehmer wegen ihrer gestärkten sozialen Stellung nur in begrenztem Umfang zu sorgfältigem Handeln angehalten werden könnten^{<25>}. Im übrigen übt die Haftung des Schuldners auch dort, wo der Unternehmer gegen Erfüllungsgehilfen keinen Regreß zu nehmen vermag, einen heilsamen Zwang aus, Schutzmaßnahmen über das gemäß § 276 BGB Gebotene hinaus zu verbessern, um Schaden aus leicht fahrlässigem Verhalten wenigstens zu mindern, oder sich notfalls von einem Arbeitnehmer, dem häufiger Versehen unterlaufen, auch dann rechtzeitig zu trennen, wenn die Arbeitsmarktlage angespannt^{<26>} ist^{<27>}.

Es kann mithin festgehalten werden, daß die dispositiv-rechtliche Haftung für einfache Fahrlässigkeit der Lagerhalter einschließlich der Haftung für ihre Erfüllungsgehilfen gemäß §§ 417, 390 HGB, 278 BGB bzw. §§ 325 f, 286 BGB durchaus wesentliche Grundgedanken^{<28>} der gesetzlichen Regelung des Lagergeschäftes zum Ausdruck bringt (§ 9 II 1 AGBG) und daß eine weitgehende Haftungsbeschränkung die Erreichung des Vertragszwecks, d. h. die sichere Aufbewahrung, gefährdet. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß jegliche Freizeichnung durch AGB unwirksam ist. Das gilt insbesondere für Freizeichnungen, die das "Alles- oder Nichts-Prinzip des Schadensersatzrechts^{<29>} durchbrechen. Gewichtige Interessen des Lagerhalters können nämlich durchaus dazu führen, daß die Vermutung des § 9 II AGBG einer unangemessenen Benachteiligung der Kunden widerlegt wird. Es muß nur die Voraussetzung erfüllt sein, daß den AGB auf dem von ihnen geregelten Sektor die Qualität dispositiven Rechts zuerkannt werden kann, das einerseits den Spezifika der zu regelnden Interessenkonflikte und der Fortentwicklung der rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse Rechnung trägt, das sich andererseits aber auch ohne große Systembrüche in das gesetzliche Wertungssystem einfügt^{<30>}. 3. Die Interessen der Lagerhalter an der Freizeichnung Unter den Interessen, die die Angemessenheit der Haftung für jedes Verschulden auf Ersatz des vollen Vermögensschadens zumindest als äußerst zweifelhaft erscheinen lassen, kommt in erster Linie das Interesse an der Kalkulierbarkeit der potentiellen Schadenshöhe in Betracht. In zweiter Linie geht es um das Problem, die Wahrscheinlichkeit von Schaden richtig einzuschätzen. Ferner spielen Probleme der Steuerung bestimmter Risiken, Beweisschwierigkeiten sowie die Versicherbarkeit eine hervorragende Rolle. Schließlich ist daran zu denken, daß Lagerhalter bei Großschaden, die z. B. infolge Abbrennens der Lagerhalle entstehen können, in Existenznöte geraten können. a) Die Kalkulierbarkeit der Schadenshöhe Unter anderem auf Schwierigkeiten bei der Kalkulation der Schadenshöhe dürfte z. B. die weitgehende Freizeichnung für unmittelbare oder mittelbare Schaden durch Feuer oder durch Witterungseinflüsse aller Art zurückzuführen sein. In gewissem Umfang wird dieser Gesichtspunkt für einen Haftungsausschluß bei der Einlagerung von Kostbarkeiten sowie der Freizeichnung von sonstigen Vermögensschaden, z. B. von der Haftung für entgangenen Gewinn, ins Feld geführt werden können. Auch der Unternehmer, der nur bei Verschulden haftet, ist darauf angewiesen, in etwa die Höhe etwaiger Schaden abschätzen zu können; denn er muß immer damit rechnen, daß ihm ein Versehen unterläuft. Für diesen Fall muß er Rücklagen machen und in seine Preise einkalkulieren. Die Rücklagen wird er nur dann richtig zu bemessen imstande sein, wenn er ungefähr die Höhe der ihm drohenden Risiken kennt^{<31>}. Die Kenntnis der potentiellen Schadenshöhe hat zugleich einen weiteren Vorteil. Sie hilft die Externalisation^{<32>} von Risiken zu verhindern. Wird nämlich das Lagergeld allein an dem Umfang des zur Lagerung benötigten Raumes und an der Zeitdauer bemessen^{<33>}, so würden diejenigen Einlagerer begünstigt werden, die besonders wertvolle Güter eingelagert haben, denen aber in den Lagertarifen keine entsprechend höheren Entgelte, sondern lediglich die durchschnittlichen Satze abverlangt werden^{<34>}. Nur wenn der Lagerhalter um die Höhe der drohenden Schaden Bescheid weiß, vermag er das Lagergeld entsprechend der jeweiligen

Risikobelastung angemessen zu differenzieren. Schon^{<35>} die Höhe potentieller Sachschaden kann der Lagerhalter jedoch in aller Regel nicht ausreichend genau bewerten. Der Lagerhalter ist kein Fachmann^{<36>} in der Bewertung von Möbeln der verschiedensten Arten, schon gar nicht von Kunstwerken, Antiquitäten, Orientteppichen^{<37>}. Der Wert des in Kisten verpackten Hausrates entzieht sich normalerweise ganz seiner Kenntnis. Hinzu kommt, daß Lagerverträge schnell vereinbart werden müssen und es daher als ausgeschlossen erscheint, dem Lagerhalter zuzumuten, erst einen Schätzer zu Rate zu ziehen. Diese Bewertungsschwierigkeiten rechtfertigen indessen für sich allein genommen keineswegs den Ausschluß jeglicher Haftung für einfache Fahrlässigkeit^{<38>}. Dem Interesse des Lagerhalters, entsprechend dem jeweiligen Risiko ausreichende Rücklagen zu bilden, konnte durch eine Begrenzung der Haftung auf vorhersehbare Schäden Rechnung getragen werden^{<39>}. In der Zone eines angemessenen Interessenausgleiches bewegt sich auch eine Regel, derzufolge der Lagerhalter nur bis zu dem Wert^{<40>} haftet, den der Einlagerer angegeben hat^{<41>}. Eine solche Regelung hat ein Vorbild in §§ 89 EVO, 1911 OLSchVO. Sie besitzt zugleich den Vorteil, daß der Lagerhalter, der seine Tarife nach dem Wert des bei ihm lagernden Gutes abstuft, nicht in Streitigkeiten mit dem Einlagerer darüber verwickelt wird, ob er den Wert des Gutes zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat. b) Beurteilung der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts Für eine zutreffende Risikovorsorge durch Rücklagenbildung muß der Lagerhalter auch abschätzen können, wie häufig mit Schäden zu rechnen ist. Wie stark er selbst dazu neigt, Sorgfaltsverstöße zu begehen, wird er grundsätzlich zuverlässig genug beurteilen können. Weniger gut wird er schon die Zuverlässigkeit seiner Erfüllungsgehilfen prognostizieren können. Noch schwieriger ist es, die Unterschiede in der Schadensneigung der eingelagerten Güter zu bewerten^{<42>}. Soweit es darum geht, ob der Lagerhalter mit verkehrserforderlicher Sorgfalt lagert, braucht er zwar die Unterschiede in der Schadensneigung nicht zu kennen; denn insoweit muß er als Lagerhalter grundsätzlich nur einen durchschnittlichen Sorgfaltsstandard wahren^{<43>}. Das ändert freilich nichts an der Tatsache, daß eine Verletzung dieses Standards, je nach Art des eingelagerten Gutes, mit unterschiedlicher Wahrscheinlichkeit Schaden nach sich zieht. So werden z. B. Kostbarkeiten starker der Gefahr des Diebstahls ausgesetzt sein als normale Möbel. Demselben Gesichtspunkt soll wohl auch die partielle Freizeichnung für Rost, Bruch, Schimmel, Fäulnis sowie für Schäden, die durch die natürliche oder eigentümliche Beschaffenheit des Lagergutes oder seiner Verpackung entstehen, Rechnung tragen. Die Freizeichnung für Schaden infolge von Schrammen in der Politur oder Schaden durch Ungeziefer wird jedenfalls zum Teil auf dem Gedanken basieren, daß derartige von der Besonderheit des Gutes abhängige Schäden relativ schwer kalkuliert werden können und daß dadurch außerdem die Externalisation^{<43a>} von Risiken begünstigt wird. Es stellt sich deshalb die Frage, ob allein Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit bestimmter Schadensformen für sich genommen genügen, den Haftungsstandard unter den der einfachen Fahrlässigkeit zu senken und damit die Präventionswirkung der Haftung zu beschneiden. Es liegt zwar nahe, die Frage unter Hinweis auf die §§ 83 lit. a, d EVO 30 lit. c, e, 34 lit. g, h, k, I KVO zu bejahen. Dabei würde man aber übersehen, daß die genannten Haftungsausschlüsse der EVO und KVO auf eine verschuldensunabhängige Haftung zugeschnitten sind^{<44>}. Falls der Unternehmer schuldhaft gehandelt, d. h. gegen die ihm trotz der Eigenheiten des Gutes zumutbare Sorgfalt verstoßen hat, ist er nämlich auch nach EVO und KVO zum Schadensersatz verpflichtet^{<45>}. Darin kommt die Wertung zum Ausdruck, daß die unterschiedliche Schadensneigung gegebenenfalls bei der Aufstellung des Sorgfaltsstandards zu berücksichtigen ist, daß im übrigen aber der Schuldner im Interesse der Schadensverhütung gehalten ist, für einen fahrlässig verursachten Schaden einzustehen^{<46>}. Gleichwohl fällt in die Zone eines angemessenen Interessenausgleiches nicht ausschließlich die Haftung für jedes Verschulden. Die erwähnten Schwierigkeiten bei der Kalkulation ausreichender und angemessener Risikoprämien lassen es ohne weiteres als vertretbar

erscheinen, daß die Haftung von der Information über die Schadensneigung des Gutes abhängig gemacht wird. Einen solchen Weg schlagen die ALB im Hinblick auf die Haftung für Kostbarkeiten ein (§ 2 111 ALB). Dabei ist allerdings anzumerken, daß eine derartige Klausel nur unter der Voraussetzung als billigenswert⁴⁷ erscheint, daß der Lagerhalter den Einlagerer deutlich über die Notwendigkeit einer solchen Information aufgeklärt hat⁴⁸. Bezogen auf die Einlagerung von Kostbarkeiten ist eine Erkundigung über die Schadensneigung auch ohne weiteres praktikabel. Sie wird aber viel zu teuer, wenn sich der Lagerhalter über die individuelle Schadensneigung jedes Gutes informieren und daran das Lagerentgelt ausrichten wollte. Als praktikabel erscheint hingegen grundsätzlich der Weg, einen Katalog von Schadensformen aufzustellen und den einzelnen Schadensformen, wie Mottenschaden oder Schrammen in der Politur, prozentuale Preiszuschläge zuzuordnen. Deren Berechnung sollte heute keine allzu großen Schwierigkeiten bereiten. Stellt der Lagerhalter einen derartigen Katalog auf, so kann er ohne weiteres den Kunden die Wahl eröffnen, ob sie gegen Preisermäßigung auf eine Haftung des Lagerhalters für einfache Fahrlässigkeit verzichten wollen⁴⁹. Auf diese Weise würde der Lagerhalter in differenzierter⁵⁰ Weise den Interessen risikofreudiger⁵¹ Einlagerer entgegenkommen. Als tragbar ist ein Haftungsausschluß für einfache Fahrlässigkeit ferner dort anzusehen, wo mit der Einlagerung des Gutes ganzlich atypische Risiken verbunden sind, d. h. Risiken, mit denen der Lagerhalter nur äußerst selten konfrontiert wird. Dazu gehören aber sicherlich nicht Risiken, die sich in Schadensformen "Mottenfraß", "Politurschrammen" oder "Schimmel" am Holz bzw. "Rost" an Metallgegenständen infolge zu feuchter Lagerung auswirken. Eine so weitgehende Freizeichnung, die lediglich darauf gestützt wird, daß die Güter in unterschiedlichem Ausmaß motten- oder rostgefährdet sind, benachteiligt den Einlagerer jedenfalls dann in unangemessener Weise, wenn sich der Einlagerer nicht zu versichern vermag; denn sie nimmt ihm nicht nur nahezu immer jeden Anspruch auf Ausgleich des Vermögensschadens. Sie erhöht außerdem die Gefahr, daß die verkehrserforderlichen Sorgfaltsstandards⁵² außer acht gelassen werden⁵³ und der Einlagerer hierdurch hohe materielle Verluste⁵⁴ erleidet⁵⁵. Möbel und Hausrat sind eben nicht immer beliebig ersetzbar, da sie vielfach einen wesentlichen Ausdruck der Persönlichkeit ihres Besitzers darstellen. c) Durch Erfüllungsgehilfen verursachte Risiken Die ALB schließen in weitem Umfang die Haftung für Erfüllungsgehilfen aus, die nicht zum Kreis der leitenden Angestellten gehören. Ein derartiger Haftungsausschluß ist, soweit er auch auf grob fahrlässiges Handeln von Erfüllungsgehilfen bezogen ist, jedenfalls gegenüber Nichtkaufleuten unwirksam (§ 11 Nr. 7, 8 AGBG). Es stellt sich daher nur die Frage, ob eine totale Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit der Erfüllungsgehilfen als tragbar erscheint. Für die Angemessenheit einer Freizeichnung spricht sicherlich der Umstand, daß die Zuverlässigkeit von Erfüllungsgehilfen um so schwerer abzuschätzen ist, je häufiger sie wechseln und je weiter sie sich vom Kreis der leitenden Angestellten entfernen. Dies gilt insbesondere im Bereich der Lagerhaltung, wo viel ungelerntes Personal⁵⁶ beschäftigt wird⁵⁷. Andererseits bestehen vielfach Rückgriffsmöglichkeiten, vor allem gegen selbständig tätige Erfüllungsgehilfen, aber auch im Bereich normaler Fahrlässigkeit gegen Arbeitnehmer. Zumindest im Rahmen der realisierbaren⁵⁸ Rückgriffsmöglichkeiten erscheint eine Freizeichnung als ganzlich unangemessen, weil sie in der Regel auch die Erfüllungsgehilfen von den Folgen ihres schuldhaften Verhaltens befreit und darüber hinaus das Risiko solchen Verhaltens erhöht. Dort, wo ein Rückgriff nicht realisierbar ist, sei es, weil der Erfüllungsgehilfe vermögenslos ist oder nach den Grundsätzen über die schadensgeneigte Arbeit nicht haftet, ist immerhin zu bedenken, daß es wohl auch auf dem Gebiet der Möbellagerung Erfahrungssätze darüber gibt, wie häufig mit einem Fehlverhalten von Erfüllungsgehilfen zu rechnen ist. Berücksichtigt man ferner, daß ein Lagerhalter sich von einem als nicht besonders zuverlässig erscheinenden Erfüllungsgehilfen eher trennen wird, wenn er mit Schadensersatzansprüchen rechnen muß, so muß grundsätzlich auch in dem

zuletzt genannten Bereich eine totale Freizeichnung als unangemessen bezeichnet werden. Sicherlich können sich die durch Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden häufen. Das rechtfertigt indessen nur eine angemessene Schadensbegrenzung der Höhe nach, die es dem Lagerhalter erlaubt, die ihm drohende Schadensbelastung in einem kalkulierbaren und tragbaren Rahmen zu halten, ohne daß der Präventionseffekt der Haftung total in Frage gestellt wird^{<59>}. Durch diese Verengung der Haftungsausschlußmöglichkeiten mag die Lagerhalterleistung verteuert und risikofreudige Kunden, die primär an einem niedrigen Preis interessiert sind, mögen abgeschreckt werden^{<60>}. Dieser Gefahr vermag der Lagerhalter aber leicht dadurch zu entgehen, daß er den Kunden eine Wahlmöglichkeit zwischen weitgehendem Haftungsausschluß und niedrigeren Tarifen einerseits und weiter gehender Haftung und höheren Entgelten andererseits einräumt. Inwieweit sich an dieser Beurteilung der Freizeichnung durch AGB dadurch etwas ändert, daß sich der Einlagerer zu versichern vermag, wird im folgenden näher erörtert. d) Gefahr von Großschaden Großschaden können z. B. durch Feuer, mittelbar durch Löschwasser, Explosion, aber auch durch Witterungseinflüsse entstehen. Man denke nur daran, daß das Dach der Lagerhalle starkem Regen oder Sturm nicht standhält oder daß starker Frost Wasserleitungen zum Platzen bringt. Derartige Einwirkungen beeinträchtigen meist nicht nur die Güter einzelner, sondern die Güter vieler oder gar aller Einlagerer. Müßte der Lagerhalter die Schäden in voller Höhe übernehmen, weil ihm der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens gemacht werden kann, so geriet er unter Umständen dort, wo er das Risiko nicht zu versichern imstande ist, in Existenznöte. Es bedarf keiner besonderen Betonung, daß in einem Fall, in dem durch einen Großschaden die Existenz des Lagerhalters bedroht wird, der Lagerhalter vom Schadensereignis starker betroffen ist als die Vielzahl der Einlagerer, die lediglich das eingelagerte Gut verlieren. Das Konkursrisiko gehört zwar zu den Risiken, die nach dispositivem Recht grundsätzlich jeder Schuldner in Kauf zu nehmen hat. Es entspricht andererseits aber auch einem weit verbreiteten Gerechtigkeitsempfinden, den topos der Existenzgefährdung zur Beschränkung von Verbindlichkeiten heranzuziehen^{<61>}. Daher kann diesem topos ohne der Mehrheit der Nachfrager "rationalisieren" und sein Angebot beschneiden. weiteres im Rahmen der AGB Rechnung getragen werden. Es muß jedoch vermieden werden, daß sich Lagerhalter unter Berufung auf die Gefahr von Großschaden von der Fahrlässigkeitshaftung total freizeichnen und daß damit die Präventionswirkung der Verschuldenshaftung ausgehöhlt wird^{<62>}. Gerade weil aus der Vernachlässigung bestimmter Sorgfaltsvorkehrungen Großschaden entstehen können, muß es der Rechtsordnung daran gelegen sein, die Interessen der vielen dadurch gefährdeten Einlagerer an dem für sie so wichtigen Hausrat zu schützen. Dies kann nur dadurch erfolgen, daß eine gewisse Haftung für einfache Fahrlässigkeit aufrechterhalten wird,- eine Haftung, für die ausreichende Kalkulationsgrundlagen existieren, insbesondere wenn man die Fälle ins Auge faßt, in denen die Lagervorrichtungen schon bei Vertragsschluß erkennbar schadhaft waren^{<63>}. Eine Freizeichnung ist daher nur von solchen fahrlässig verursachten Feuer-, Explosions-oder Witterungsschäden angemessen, die nachweislich zur Kategorie der näher zu definierenden Großschaden zählen. Auch dann darf die Freizeichnung nicht umfassend sein, sondern es muß im Falle von Großschäden bis zu einem Höchstbetrag gehaftet werden, für den sich auch relativ kapitalschwache Lagerhalter mittelfristig durch entsprechend hohe Risikorücklagen Deckung zu schaffen imstande sind^{<64>}. Auf die Relevanz der Versicherbarkeit von Großschäden wird im folgenden noch eingegangen. e) Schnelligkeit der Geschäftsabwicklung Je mehr man den Lagerhalter mit Schadensersatzrisiken belastet, desto starker wird die Abwicklung des Lagergeschäftes erschwert. Das gilt nicht nur im Schadensfall, wenn infolge einer Auseinandersetzung über Schadenshöhe und Schadensursache Kosten entstehen. Auch schon vor dem Schadensfall hat sich der Lagerhalter darum zu bemühen, daß er ausreichende Rücklagen bildet^{<65>}. Das alles bleibt natürlich nicht ohne Einfluß auf die Preise, der hier nicht im einzelnen abgeschätzt werden kann. Es wäre jedenfalls kurzsichtig, allein auf die Tatsache, daß die erweiterte

Haftung Auswirkungen auf die Lagerentgelte hat, die Zulässigkeit einer Haftungsfreizeichnung zu stützen; denn mit zumutbarem Aufwand vermeidbare Schaden hintanzuhalten, vermag nur der Lagerhalter. Im Falle einer Freizeichnung würden die Einlagerer zwar von niedrigeren Preisen profitieren, müßten selbst aber ein erhöhtes Risiko in Kauf nehmen, das durch den Preisvorteil in aller Regel nicht aufgewogen wird⁶⁶, zumal wenn man daran denkt, welche immateriellen Werte für viele Einlagerer mit dem Hausrat verbunden sind. Die auf die Preise durchschlagenden Risikoprämien und Verwaltungskosten müßten schon offensichtlich sehr erheblich sein, damit die Mehrzahl der Einlagerer mit gewisser Wahrscheinlichkeit erhöhte Risiken in Kauf nähme⁶⁷. Klammert man die Frage der Versicherbarkeit aus, so kann selbst der Umstand, daß die Masse der Einlagerer nachweislich risikofreudig agiert und eine Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit in Kauf nimmt, nur um den Kostendruck auf die Preise zu senken, nicht dazu führen, daß eine totale Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit zu tolerieren ist, solange ein nicht geringer Teil der Kunden bereit wäre, für eine dem dispositiven Recht angenäherte Haftung Preiszugeständnisse zu machen. Dem Wunsch der risikoscheuen Kunden kann und muß der Lagerhalter durch Einführung eines Spalttarifs⁶⁸ nachkommen; es sei denn, daß über Versicherungen eine ausreichende Risikodeckung erzielt werden kann. f)

Beweisschwierigkeiten § 11 Nr. 15 AGBG verbietet im nichtkaufmännischen Verkehr, dem Kunden die Beweislast für Umstände aufzuerlegen, die im Verantwortungsbereich des AGB-Verwenders liegen. Angesichts der § 11 Nr. 15 AGBG zugrundeliegenden Wertungen ist es problematisch, ob man den Lagerhalter für berechtigt halten darf, die Haftung für den Inhalt von Behältnissen, die nicht durch seine Leute gepackt worden sind, auch dort vollkommen auszuschließen⁶⁹, wo der Schaden in seinem Verantwortungsbereich infolge fahrlässigen Verhaltens entstanden sein kann. Auf den ersten Blick spricht vieles dafür, dem Haftungsausschluß für den Inhalt von Behältnissen Angemessenheit zu bescheinigen. Der Lagerhalter, dem Behältnisse übergeben werden, kann nämlich nicht in Erfahrung bringen, ob der Einlagerer die Güter ordnungsgemäß verpackt hat oder ob die Güter im Moment des Einpackens bzw. der Einlagerung unbeschädigt waren. Im Rahmen eines Lagerhausbetriebes wäre es viel zu aufwendig, die Güter bei der Einlagerung nochmals aus- und einzupacken, nur um sie auf ihren Zustand hin zu überprüfen, zumal die Güter auch wieder in den Behältnissen an den Einlagerer ausgehändigt werden und dieser Vorgang daher bei der Auslieferung wiederholt werden müßte⁷⁰. Zwar liegt es nahe, die Beweisschwierigkeiten dadurch auszuräumen, daß man die Beweislast dem Einlagerer aufbürdet. Das hatte jedoch zur Folge, daß der Lagerhalter und mittelbar die anderen Kunden des Lagerhalters das "moral risk", d. h. das Risiko zu tragen hätten, daß einzelne Einlagerer zum Nachweis eines Schadens falsche Beweise vorbringen. Gleichwohl folgt daraus letztlich nicht, daß ein totaler Haftungsausschluß, wie ihn die ALB vorsehen, angemessen ist. Die totale Freizeichnung für den Inhalt von Behältnissen, die nicht durch Leute des Einlagerers gepackt sind, berücksichtigt nämlich zu wenig, daß sich die Folgen fahrlässigen Verhaltens auch durchaus am Äußeren der Behältnisse bemerkbar machen können. Man denke nur an den Fall, daß Kartons aus großer Höhe herabfallen und dadurch stark deformiert werden, oder an Löschwasserschaden. Ist nach äußerlichem Anschein die im Verantwortungsbereich des Lagerhalters entstandene schädigende Ursache so stark gewesen, daß auch ordentlich in den Behältnissen verpackte Güter nicht unbeschädigt geblieben sein konnten, so ist eine umfassende Freizeichnung unangemessen⁷¹. In solchen Konstellationen entspricht es vielmehr einem angemessenen Interessenausgleich, daß der Lagerhalter mangelndes Verschulden nachweist und der Einlagerer dartut, daß die Güter in unbeschädigtem Zustand ordnungsgemäß eingepackt worden waren. Da dort, wo schon äußerlich starke Schaden an den Behältnissen erkennbar sind, in aller Regel das verpackte Gut in den Lagerräumen auf seinen Zustand hin kontrolliert werden wird, macht es dem Lagerhalter normalerweise auch keine Schwierigkeiten, sich von der Qualität der Verpackung zu überzeugen. Angesichts der

großen Wahrscheinlichkeit, daß das Gut in den Lagerräumen beschädigt worden ist, muß deshalb in derartigen Fällen die verbleibende, ohnehin mehr theoretische Möglichkeit, daß das beschädigte Gut schon in diesem Zustand eingepackt worden war und der Einlagerer falsche Beweise vorlegt, als unbedeutend eingestuft werden. g) Relevanz der Versicherbarkeit Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, daß umfassende Haftungsausschlüsse grundsätzlich auch im Bereich der einfachen Fahrlässigkeit als unangemessen bezeichnet werden müssen. Dabei ist bislang allerdings davon ausgegangen worden, daß die Einlagerer außerstande sind, sich gegen Lagerrisiken zu versichern. Es stellt sich von daher die Frage, welche Art der Freizeichnung als angemessen erscheinen, wenn man berücksichtigt, daß sich die Einlagerer gegen Feuer-, Sturm-, Leitungswasser- und Einbruchdiebstahlschaden zu versichern in der Lage sind. Unter Umständen können sie sogar ihre Hausratversicherung dahin ausdehnen, daß in weitem Umfang Lagerrisiken gedeckt werden⁷². Die Bedeutung der Versicherbarkeit für die Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen in AGB wird im allgemeinen nur unter dem Aspekt diskutiert, ob sich der Kunde zu versichern imstande ist⁷³. Kötz⁷⁴ hebt dagegen zutreffend hervor, es könne nicht ausschließlich darauf ankommen, ob das in Rede stehende Risiko von dem betreffenden Kunden "normalerweise"⁷⁵ unter Versicherungsschutz gebracht wird oder gebracht werden kann. Maßgeblich sei vielmehr, ob das Risiko nach Lage des Falles besser vom Kunden oder besser vom Verwender der AGB gedeckt werden könne. Das hänge wesentlich davon ab, wer den Umfang des zu versichernden Interesses besser zu beurteilen⁷⁶ und den Abschluß der Versicherung effizienter zu bewirken in der Lage sei. Dabei sei von der Regel auszugehen, daß der Abschluß einer Vielzahl von Versicherungen von Fall zu Fall teurer sei als der Abschluß einer einzigen Versicherung für einen längeren Zeitraum⁷⁷. Hiermit sind indessen nicht alle in diesem Zusammenhang eine Rolle spielenden Gesichtspunkte erschöpfend aufgezählt. Relevant ist nämlich auch der Umstand, welche Versicherungsform dem Einlagerer im wesentlichen Volldeckung gewahrt. Das ist im Bereich der Verschuldenshaftung nur die Sachversicherung, nicht die Haftpflichtversicherung des Lagerhalters. Die Sachversicherung hat zugleich den Vorteil, daß der Einlagerer der Mühe enthoben ist, sich mit dem Lagerhalter darum zu streiten, ob eine Verletzung der dem Lagerhalter obliegenden Sorgfalt zum Schaden geführt hat. Ferner haben risikofreudige Einlagerer jederzeit die Möglichkeit, ihre Kosten der Lagerung dadurch zu senken, daß sie auf die Versicherung der Lagerrisiken verzichten. Andererseits wird durch eine Sachversicherung der Kunden unter gleichzeitigem "Ausschluß des Regresses" gegen den AGB-Verwender^{77a} der Präventionseffekt der Verschuldenshaftung stark gemindert⁷⁸. Das ist vor allem dort von Bedeutung, wo die Kunden nicht nur ein starkes Interesse daran besitzen, daß ihre Vermögenswerte erhalten bleiben, sondern auch daran, daß ihre Affektionsinteressen respektiert werden. Typisch für eine derartige Situation ist gerade die Möbellagerung. Man mag dem entgegenhalten, daß der AGB-Verwender ja eine Haftpflichtversicherung abschließen könne und daß dann die Präventionswirkung der Haftung ebenfalls entfalle⁷⁹. Dieser Einwand erscheint jedoch nicht als durchschlagend, weil diejenigen AGB-Verwender, bei denen sich fahrlässig verursachte Schäden häufen, mit erheblich höheren Prämien⁸⁰, Selbstbeteiligungen oder gar Kündigung der Haftpflichtversicherung rechnen müssen⁸¹. Die Haftpflichtversicherung beseitigt demnach die Präventionswirkung der Haftung nicht ganz. Sie vermeidet außerdem die volle Externalisation der individuellen Gefahr fahrlässigen Verhaltens; denn derjenige Lagerhalter, dem häufiger Sorgfaltsfehler unterlaufen, hat auch höhere Lasten auf sich zu nehmen. Diese Kostenbelastung wird nicht ohne Auswirkungen auf die Position im Wettbewerb bleiben. Einen ähnlichen Effekt könnte man auf zwei anderen Wegen zu erreichen suchen. Zum einen wäre daran zu denken, daß bei einer Sachversicherung des Einlagerers dem Sachversicherer der Regreß gegen den Lagerhalter eröffnet wird. Dies hatte jedoch die negative Konsequenz, daß dann auch der Lagerhalter eine umfassende Haftpflichtversicherung nehmen müßte und dadurch doppelter Verwaltungsaufwand verursacht wird⁸². Zum anderen wäre eine

Sachversicherung denkbar, die zu Lasten des Lagerhalters entsprechend der Schadenshäufigkeit in seinem Betrieb Selbstbeteiligungsquoten oder auch höhere Prämiensätze vorsieht. Dieser Weg erscheint gerade im Lagerhaltergeschäft gangbar, wo die Sachversicherungen im Kundenauftrag in der Form getätigt werden, daß mit dem Lagerhalter ein Rahmenvertrag abgeschlossen wird, kraft dessen der Lagerhalter die Versicherungsaufträge in seinem Betrieb vertragsgemäß "deklariert" und die Deklarationen gesammelt zu bestimmten Terminen beim Versicherer einreicht. Diese Art des Versicherungsabschlusses ermöglicht eine einfache Ermittlung der Schadensbelastung des jeweiligen Rahmenvertrages. Wenn nun der Lagerhalter, der besonders häufig Schaden verursacht^{<83>}, im Auftrag des Einlagerers entweder überhaupt keine Sachversicherung oder nur zu wesentlich höheren Prämien als seine Konkurrenten abschließen kann, so hat das sicherlich Signalwirkung^{<84>}. Die Kunden werden nämlich nicht nur wegen der Preisvorteile der weniger schadensträchtig arbeitenden Konkurrenten auszuweichen versuchen, sondern in den höheren Prämien auch ein Indiz für mindere Leistungsqualität erblicken. Das muß für den Lagerhalter Anreiz sein, sich starker um Schadensverhütung zu bemühen. Allerdings ist die Ausgestaltung der Sachversicherung im Bereich der Feuer-, Sturm-, Leitungswasser- und Einbruchdiebstahlversicherung in der Form, daß die Prämienhöhe von der Schadensbelastung abhängt, nicht gebräuchlich. Von diesem Umstand sollte man indessen die Bestimmung der Grenzen zulässiger Haftungsfreizeichnungen nicht abhängig machen. Wenn eine erweiterte Freizeichnung nur dort zugelassen wird, wo die Prämien der Sachversicherung mit der Schadensbelastung durch den einzelnen Lagerhalter gekoppelt werden oder gar der Lagerhalter in angemessenem Umfang selbst am Schaden beteiligt wird, so ist durchaus zu erwarten, daß seitens der Lagerhalter nach derartigen Versicherungsvarianten Nachfrage entsteht, die die Versicherer auch zu decken bereit sind. Es mag freilich - was hier nicht abschließend geklärt werden kann - diese Form der Sachversicherung, die dem Präventionsinteresse der Kunden wirksam Rechnung trägt, auf breiter Basis nur zu bedeutend höheren Prämien einführbar sein. Es wird deshalb im folgenden kurz: geprüft, in welchem Umfang eine Freizeichnung im Sinne des § 9 AGBG noch als angemessen erscheint, falls den Einlagerern nur die bislang üblichen Formen der Sachversicherung offenstehen. In einer solchen Situation wird man die den Einlagerern zur Verfügung stehenden Versicherungsmöglichkeiten nicht für irrelevant erklären dürfen. Vielmehr wird man den Lagerhaltern jenseits der Grenzen der absoluten Klauselverbote erlauben müssen, Haftungsausschlüsse zu statuieren. Sehr viele Kunden werden nämlich angesichts der Großrisiken "Feuer", "Sturm", "Leitungswasser", "Einbruchdiebstahl" ohnehin das Bedürfnis haben, sich verschuldensunabhängig zu versichern. Will man in diesem Bereich die Präventionswirkung der Haftung aufrechterhalten und deshalb die Freizeichnungsmöglichkeiten einschränken, so würde dies nur dazu führen, daß sich auch der Lagerhalter gegen Haftpflicht versichern müßte. Dies hatte unwirtschaftlichen Verwaltungsaufwand zur Folge. Die hiernach als angemessen anzusehenden Freizeichnungsmöglichkeiten bestehen allerdings grundsätzlich nur in dem Bereich, der versicherungsmäßig abgedeckt werden kann. Der Lagerhalter muß demnach auch für solche verschuldeten Schaden eintreten, deren Deckung die Versicherungen wegen Beweisschwierigkeiten ablehnen. Insoweit mag der Lagerhalter durch entsprechende Klauseln dafür sorgen, daß er nur zum Ersatz solcher Schaden herangezogen wird, die nachweislich in seinem Lager entstanden sind. In dem Bereich, in dem die Sachversicherung keinen Schutz bietet und sich der Lagerhalter nach den oben entwickelten Grundsätzen nicht freizeichnen kann, kommt die Präventionswirkung voll zum Tragen. Der Lagerhalter mag diese Präventionswirkung dadurch abschwächen, daß er eine Haftpflichtversicherung nimmt. Da die Prämien der Haftpflichtversicherung mit der jeweiligen Schadensbelastung der Police gekoppelt sind, wird der Lagerhalter hinreichend motiviert, etwaigen Schaden mit zumutbaren Mitteln vorzubeugen. Zugleich bietet die Haftpflichtversicherung für den Lagerhalter aber

auch die Möglichkeit, das "Haftungsrisiko" ausreichend kalkulierbar zu machen. D. Zusammenfassung Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit kommt der Präventionsfunktion der Haftung besonders großes Gewicht zu. Dem steht das vielfach berechnete Interesse des AGB-Verwenders gegenüber, die ihn treffende Haftung leicht kalkulierbar zu machen. Dieser Wunsch nach Kalkulierbarkeit der Risiken muß nicht notwendig dem Interesse seiner Kunden entgegenlaufen, wenn es nämlich darauf gerichtet ist, daß die Preise entsprechend der jeweiligen Risikobelastung eines Auftrages gestaffelt werden, um die Externalisierung von Risiken zu vermeiden. Auf dem Gebiet der Möbellagerung erscheint eine umfassende Freizeichnung von der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Schäden als unangemessen. Den Lagerhaltern wird man allerdings gestatten müssen, die Haftung der Höhe nach auf vorhersehbare Schäden oder nach Maßgabe der von den Einlieferern angegebenen Werte zu beschränken. Die zweite Variante der Haftungsbeschränkung erlaubt zugleich dem Lagerhalter, die Tarife entsprechend den Wertangaben zu staffeln. Dem Grunde nach kommen Haftungs Ausschlüsse in erster Linie für ganz atypische Risiken in Frage. Hingegen vermag der Umstand, daß die Schadensneigung der Güter unterschiedlich hoch ist, keine generelle Freizeichnung zu tragen, da der Lagerhalter seine Tarife entsprechend der Schadensneigung staffeln kann. Daneben mag er risikofreudigen Kunden die Möglichkeit eröffnen, gegen entsprechend niedrigere Entgelte ein auf der Basis völliger Freizeichnung von leicht fahrlässig verursachten Schäden kalkuliertes Angebot wahrzunehmen. Von der Gefahr von Großschaden darf sich der Lagerhalter ungeachtet etwaiger Versicherungsmöglichkeiten dadurch entlasten, daß er die Haftung in einem Großschadensfall auf einen Betrag festsetzt, der der Kapitalkraft der üblichen Lagerhausbetriebe Rechnung trägt. Beweisschwierigkeiten berechtigen nicht zu umfassenden Freizeichnungen. So hat der Lagerhalter dem Umstand Rechnung zu tragen, daß häufig selbst im Hinblick auf die in Behältnisse verpackt eingelagerten Güter hinreichend zuverlässig festgestellt werden kann, ob sich der Schaden im Verantwortungsbereich des Lagerhalters ereignet hat oder nicht. Ein Haftungsausschluß ist deshalb nur dort angemessen, wo der Lagerhalter vor unzumutbaren Schwierigkeiten steht, den Gegenbeweis anzutreten. Die Versicherbarkeit des Risikos erlaubt im Bereich der einfachen Fahrlässigkeit die Grenzen der Freizeichnung weiter zu ziehen. Um die Schadensprävention nicht zu gefährden, ist hierbei in erster Linie an Sachversicherungssysteme zu denken, die Lagerhalter, bei denen sich besonders häufig Schäden ereignen, mit Selbstbeteiligungsquoten belasten oder die von ihnen zur Versicherung offerierten Risiken nur zu entsprechend höheren Prämien decken. Prämien, die über denen der Konkurrenten liegen, bieten für den Lagerhalter wegen der mit der Prämienhöhe verbundenen Signalwirkung einen Anreiz, seine Anstrengungen zur Verhütung von Gefahren zu erhöhen. Die Gerichte sollten durch enge Fassung der Freizeichnungsmöglichkeiten dazu beitragen, daß solche Versicherungssysteme mit zumutbaren Mitteln geschaffen werden. Hilfsweise kann man dem Lagerhalter gestatten, die Einlagerer unter Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit auf die typischerweise Großschaden abdeckenden Versicherungen gegen "Feuer", "Sturm", "Leitungswasser", "Einbruchdiebstahl" zu verweisen. Soweit diese Versicherungen Schäden ungedeckt lassen, gelten die oben angeführten allgemeinen Grenzen der Freizeichnung für leicht fahrlässig verursachte Schäden.

Fußnoten:

- 1) Abgedruckt bei Schlegelberger/Hefermehl, HGB 5. Aufl. 1977, § 416 Anm. 26.
- 2) vgl. § 24 Ziff. 1 AGBG.
- 3) Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 3. Aufl. 1978, § 6 Anm. 24; i. E. auch

Schlosser in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, § 6 Anm. 10; Palandt/Heinrichs, BGB, 38. Aufl. 1979, § 6 Anm. 3; Münchner Kommentar (Münch. Komm.)-Kötz, BGB (1978) § 6 AGBG Anm. 17; abweichend Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar, 1. Aufl. 1977, § 6 Anm. 11; Heim, BB 77, 1110.

4) Es kann hier dahingestellt bleiben, ob § 390 HGB eine selbständige Anspruchsgrundlage darstellt oder nur die Beweislast regelt.

5) vgl. in diesem Zusammenhang Kötz, Gutachten A zum 50. Deutschen Juristentag (DJT) (1974), S. A 55 ff.

6) vgl. Sellschopp, Die vertragliche Haftung des Lagerhalters unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Lagerbedingungen des Deutschen Möbeltransports (ALB), Diss. Hamburg 1974, S. 127.

7) vgl. Brandner in Ulmer, AGBG aaO Anh. §§ 9 11 Anm. 457 f., der sogar die Frage aufwirft, ob das Klauselwerk der ALB nicht schon an der Unklarheitenregel des § 5 AGBG scheitert. 8) Vgl. BGH, VersR 63, 45 ff. = NJW 63, 99f.; Grunsky, JurA 69 S. (ZR) 28. 9) Siehe oben Fußn. 4). 10) §§ 325 f., 286 BGB. 11) Vgl. Helm, BB 77, 1111. 12) Gegen einen derartigen Umkehrschluß Münch. Komm. -Kötz, BGB, § 11 AGBG Anm. 63; Hensen in Ulmer, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 31. 13) vgl. Kötz, AcP 170 (1970), 4f.; ders. Deliktsrecht (1976) S. 28 ff. 14) vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt (1963), S. 360 f.; Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl. 1969, S. 55ff.; Weyers, Unfallschaden (1971), S. 391, 393 f., 490 f., 506. 15) Vgl. Weyers, Unfallschaden aaO S. 465, 467, 473 f., 480; Horn, AcP 176, (1976), 325; vgl. auch Münch. Komm. -Kötz, BGB, § 9 AGBG Anm. 9; Grunsky, JurA 1969 S. (ZR)28; ferner Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen (1979), S. 78 ff. 16) Den Zusammenhang zwischen Pflicht und dem durch die Verschuldenshaftung ausgelösten mittelbaren Erfüllungszwang hebt auch der BGH (VersR 69, 834 ff. = NJW 69, 1708 <1710>) hervor. Vgl. auch Hensen in Ulmer, AGBG aaO Anh. §§ 9-11 Anm. 589. 17) Eine Freizeichnung von schuldhafter Mißachtung zentraler Pflichten ist nur unter erschwerten Bedingungen möglich. vgl. Hensen in Ulmer, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 31; Coester Waltjen in Schlosser, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 64; Münch. Komm. -Kötz, BGB, § 9 AGBG Anm. 13; Palandt/Heinrichs, BGB, § 9 AGBG Anm. 5 c; BGH, VersR 71, 515 f. -NJW 71, 1036 ff.; vgl. ferner Grunsky, JurA 69, S. (ZR) 28 f. m. w. Nachw. 18) Das "Wettbewerbs" Argument Wattenbergs (Der Lagerhausbetrieb als selbständiger Unternehmenszweig, Diss. Mannheim 1958, S. 61) stimmt daher nur für die allgemeinen Lagerhausbetriebe. Vgl. auch G. Roth, Österr. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 77, 36. 19) vgl. BGH, VersR 74, 131 (132) = NJW 73, 2107 (2108); Großfeld, Versicherungswirtschaft 74, 694 (698). 20) Als verfehlt erscheint das Argument, eine Freizeichnung sei schon dann als angemessen zu qualifizieren, wenn sie auf eine Tätigkeit zugeschnitten sei, die mit einem Risiko verbunden ist, das dem Kunden bekannt sei (vgl. Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 91). Die arbeitsteilige Wirtschaft beruht ja gerade auch auf der Erkenntnis, daß nahezu jede Tätigkeit mit Risiken verbunden ist und daß diese Risiken regelmäßig besser von einer der Parteien gesteuert und aufgefangen werden können. Im Fall der Kunstversteigerung (vgl. BGH, NJW 75, 971 f.) kann daher der ausschlaggebende Gesichtspunkt nicht in der Existenz von Risiken schlechthin als vielmehr in dem Umstand gesehen werden, daß angesichts der hohen Kosten bei einer Ausschaltung bzw. Absorption der Risiken sowie der Risikofreude, die typischerweise die Kunstsammler auszeichnet, die meisten Kunden das Risiko in Kauf zu nehmen bereit sind, daß der von ihnen erworbene Gegenstand nicht echt ist. Da außerdem viele potentielle Ersteigerer dem Versteigerer an Sachkenntnis überlegen sind, würde eine Haftung zur Externalisierung der Risiken zugunsten

der sachkundigen und zu Lasten der sachkundigen Teilnehmer an Versteigerungen führen. 21) A. A. Helm, BB 77, 1111; Sellschopp, Haftung aaO S. 133 f. mit dem Argument, daß der Einlagerer den Vorteil der Einlagerung erst dadurch geboten erhalte, daß der Lagerhalter Hilfskräfte beschäftige. Konsequenterweise müßte man dann dem Lagerhalter auch erlauben, sich von jeder Haftung freizuzeichnen, weil auch seine Tätigkeit dem Einlagerer Vorteil bringt. 22) Vgl. Koller, NJW 71, 1779 f. m. Nachw. In bezug auf das AGBG vgl. Coester Waltjen in Schlosser, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 84. 23) Vgl. Fußn. 27). 24) Es kommt daher gar nicht so sehr darauf an, ob der Schuldner unmittelbar mit Hilfe von Weisungen eingreifen kann. Vgl. Münch. Komm. -Kötz, BGB, § 11 AGBG Anm. 61. 25) vgl. Koller, Risikozurechnung aaO S. 411 m. Nachw.; a. A. Helm, BB 77, 1111. 26) Mit entgegengesetzter Tendenz BGH, VersR 68, 795 f. = NJW 68, 1718 f. 27) Nicht überzeugend erscheint das Argument von Schapp (DB 78, 324), § 278 BGB passe heute in vielen Fällen nicht mehr, weil angesichts der Unternehmensgröße und der Massenhaftigkeit der Geschäftsvorgänge das Risiko wirtschaftlich nicht mehr getragen werden könne. Die Massenhaftigkeit bestimmter Geschäfte erleichtert im Gegenteil die Kalkulierbarkeit des Risikos, und der Unternehmensgröße entspricht im allgemeinen eine erhöhte Kapitalkraft, die die Absorption von Risiken nicht erschwert, sondern vielmehr begünstigt. 28) vgl. BGH, DB 78, 1540. Verbreiteter Ansicht nach ist das Kriterium "wesentliche Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung" anhand des "Gerechtigkeitsgehalts" zu messen. Vgl. Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 25; Palandt/Heinrichs, BGB, § 9 AGBG Anm. 3 jeweils m. Nachw.; kritisch Schapp, DB 78, 622 ff. m. Nachw. Richtiger erscheint es, darauf abzuheben, welchen Rang die Interessen haben, die im Rahmen einer gesetzlichen Regelung ausgeglichen werden, bzw. darauf, ob wesentliche Ordnungsvorstellungen des geltenden Rechts normiert sind (vgl. Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 59; a. A. Schapp, DB 78, 624). Zu den zentralen Ordnungsvorstellungen des Rechts gehört das Prinzip, daß grundsätzlich derjenige Vertragspartner das Schadensrisiko zu tragen hat, der es besser zu steuern und zu kalkulieren vermag (vgl. BGH, VersR 73, 822 ff. = NJW 73, 1192 f.; ferner Koller, Risikozurechnung aaO S. 79 ff.). 29) Dazu Deutsch, Haftungsrecht, Bd. 1 (1976), S. 335. 30) Vgl. BGHZ 64, 238 (242); Brandner in Ulmer, AGBG, § 9 Anm. 12f., 52; Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 41. Schapp, DB 78, 621 vertritt demgegenüber die Ansicht, daß § 9 AGBG eher von der Abwehr eines Mißbrauchs der Vertragsfreiheit her zu verstehen sei. -Ob zwischen beiden Positionen ein großer Unterschied besteht, erscheint freilich recht zweifelhaft, da man auch dann, wenn man die Betonung auf die Angemessenheit des Interessenausgleichs legt, anerkennen muß, daß es eine große Bandbreite der "Angemessenheit" gibt. Die Spürbarkeitsregel soll in diesem Zusammenhang nur Schwierigkeiten mildern helfen, die sich notwendigerweise in der Grenzzone der Angemessenheit ergeben. 31) Vgl. Hensen in Ulmer, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 38 f. 32) Vgl. Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 54; Ulmer, Verhandlungen z. 50. DJT, S. H. 17. Deshalb ist das Argument Brandners (in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 73) in seiner Allgemeinheit fragwürdig, der AGB-Verwender könne das Haftungsrisiko als Kostenbestandteil auf die Kunden abladen. Grundsätzlich zum Problem der Externalisierung Calabresi, The Costs of Accidents (1970) S. 144 ff.; vgl. auch Horn, AcP 176 (1976), 330; Börner, DB 78, Beilage Nr. 27/28 S. 7, 9 f. 33) Zur Preiskalkulation von Lagerhausbetrieben vgl. Wattenberg, Lagerhausbetrieb aaO S. 65 ff. 34) Das Problem der Externalisierung von Schäden wird vom BGH (VersR 68, 795 ff. = NJW 68, 1718 <1720>; VersR 72, 102 ff. = NJW 72, 150 <152>) in den Parkplatzfällen behandelt. 35) Gleiches gilt für reine Vermögensschäden, deren Höhe wesentlich von Umständen abhängt, die zur Sphäre des Einlagerers gehören. 36) Vgl. Seilschopp, Haftung aaO S. 48; Senckpiehl, Das Lagergeschäft (1914) S. 116. 37) Vgl. Sellschopp, Haftung aaO S. 116. 38) Vgl. Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 48 zum Grundsatz der geringsten Abweichung vom dispositivem Recht. 39) Vgl. Börner, DB 78, Beilage Nr. 27/28, S. 6; v. Caemmerer, Festschrift Martin Luther (1976), S. 36 f.; vgl. auch BGH, DB 79, 1079; 78, 1685; Coester-

Waltjen in Schlosser, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 84; Hensen in Ulmer, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 39 f. 40) Zur Bedeutung des Wertes für eine Haftungsbeschränkung dem Umfang nach vgl. BGH, DB 78, 1539 (1540). 41) Eine solche Wertangabe ist heute ohnehin zum Zweck der Versicherung üblich. 42) Vgl. Sellschopp, Haftung aaO S. 116. 43) Vgl. Senckpiehl, Lagergeschäft aaO S. 112 ff. 43a) Siehe oben Fußn. 32). 44) Vgl. Koller, Risikozurechnung aaO S. 130 ff. 45) § 83 III EVO. Zur KVO vgl. BGHZ 32, 297 (301 f.) = VersR 60, 627 (628). Weitere Nachw. im GroßKomm. z. HGB-Helm, § 452, Anh. II, § 34 KVO Anm. 4, 15, der selbst im Hinblick auf besonders wertvolle Güter einen Haftungsausschluß auch bei Verschulden bejaht. 46) vgl. auch Sellschopp, Haftung aaO S. 129 f. 47) So für den Regelfall auch Sellschopp, Haftung aaO S. 127, der nur dort eine Ausnahme von der Freizeichnung für angebracht hält, wo der Lagerhalter das Gut in voller Kenntnis des Wertes oder der Beschaffenheit angenommen hat. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Dem Einlagerer die Möglichkeit des Nachweises abzuschneiden, daß der Lagerhalter den Wert und die Beschaffenheit des Gutes gekannt hat, läßt sich angesichts der dem Lagerhalter übergebenen Werte durch ein Interesse an reibungsloser und schneller Abwicklung nur rechtfertigen, wenn der Lagerhalter den Einlagerer ausdrücklich auf die Notwendigkeit einer Wertdeklaration hingewiesen hat. 48) Vgl. auch BGH, VersR 71, 515 f. = NJW 71, 1036 (1038). 49) Zur Zulässigkeit der Tarifwahl vgl. Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 72 f. m. Nachw. 50) So pauschal, wie dies vielfach geschieht (vgl. BGHZ 22, 98 = VersR 57, 26 <L>; Graba in Schlosser, AGBG, § 9 Anm. 51; Koch/ Stübing, AGBG, § 9 Anm. 4; Palandt/Heinrichs, BGB, § 9 AGBG, Anm. 2b; w. Nachw. bei Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 65) darf auf die Interessen eines typischen Kunden nicht abgehoben werden. Dort, wo es ein AGB-Verwender mit einem Kundenkreis zu tun hat, dessen Interessen typischerweise nicht auf einen Nenner zu bringen sind, hat der AGB-Verwender entweder Wahlmöglichkeiten zu eröffnen oder denjenigen Interessen Rechnung zu tragen, die am schützenswertesten sind. Durch den Zwang zu differenzierenden Regeln (dafür auch Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 66) geht allerdings der Rationalisierungseffekt verloren, der in der einheitlichen Behandlung aller Kunden liegt (vgl. Ulmer, Referat am 50. DJT, S. H 14 f.). Der Wunsch nach Rationalisierung durch einheitliche Behandlung aller Kunden rechtfertigt aber nicht ohne weiteres die Vereinheitlichung auf den aus der Sicht der Kunden nachteiligsten Nenner. Ist z. B. die Zahl der risikofreudigen Kunden nicht besonders groß, so hat die Vereinheitlichung in einer Form zu erfolgen, die sich an den Interessen der Mehrheit der Kunden orientiert. Auf dem Gebiet der Hauptleistungen wird nämlich ein Anbieter auch nicht gegen die Wünsche 51) Vgl. Posner, Economic Analysis of Law (Boston-Toronto 1972), S. 72 f. 52) Dabei handelt es sich um Sorgfaltsstandards, die auf die Kardinalpflicht des Lagerhalters, d. h. die Obhut über die eingelagerten Güter, bezogen sind. Vgl. coester-Waltjen in Schlosser, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 64. 53) Zumal der Einlagerer, von der Vorsorge durch Verpackung abgesehen, keine zumutbaren Möglichkeiten an der Hand hat, die in Frage stehenden Gefahren abzuwehren. Zur Relevanz eigener Beherrschungsmöglichkeiten des AGB-Kunden vgl. BGH, NJW 75, 970 (972); vgl. auch Kötz, Gutachten zum 50. DJT (1974), S. A 29 Fußn. <41>; Koch/Stübing, AGBG aaO § 9 Anm. 27; Ulmer, Verhandlungen des 50. DJT (1974), S. H 13 f. 54) Zu Unrecht wird es generell für unerheblich erachtet, welche Präferenz eine Leistung für die Bedarfsdeckung der Kunden einnimmt. Für die Irrelevanz: Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 45; Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 69; dagegen: BGH, VersR 72, 102 ff. = NJW 72, 150 (151); M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970), S. 236 ff.; Lindacher, BB 72, 299 m. Nachw. 55) Vgl. Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 36; Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 62 zur Gefährdung des Schutzzweckes eines Vertrages. 56) Vgl. Wattenberg, Lagerhausbetrieb aaO S. 45. 57) Der BGH (VersR 74, 131 <132> = NJW 73, 2107 <2109>) stellt demgegenüber die Einwirkungsmöglichkeiten des Geschäftsherrn in den Vordergrund <dazu oben bei Fußn.

<21>>. 58) Vgl. dazu die Wertung des § 11 Nr. 10 a AGBG, der den AGB Verwender zwingt, im Verhältnis zu seinen Erfüllungsgehilfen das Konkurs- und Prozeßrisiko auf sich zu nehmen. 59) Als tragbar erscheint auch eine Regelung, derzufolge der Lagerhalter nur die subsidiäre Haftung übernimmt und den Einlagerer in erster Linie auf abgetretene Ansprüche gegen die Erfüllungsgehilfen verweist (vgl. BGH, DB 78, 439 <440>). Im Rahmen der Lagerhaftung wird diese Konstruktion aber kaum praktische Bedeutung erlangen. 60) Das Preisargument soll im Rahmen der Inhaltskontrolle grundsätzlich keine Rolle spielen. Vgl. BGH, VersR 60, 1133 (1134) = NJW 61, 212 (213); Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 54; Coester Waltjen in Schlosser, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 12; Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 72 f, jeweils m. w. Nachw. Dem ist voll zuzustimmen; denn solange der überwiegende Teil der Kunden nicht besonders risikofreudig ist, wird dieser Teil der Kunden eher einen höheren Preis als ein bedeutend höheres Risiko, das der AGB Verwender erheblich effizienter, wenn nicht allein zu steuern imstande ist, für angemessen erschien. 61) Vgl. die Nachw. bei Koller, Risikozurechnung aaO S. 89. Großfeld, VersWirtschaft 74, 694, vertritt sogar die Ansicht, daß ein auf dem Verschuldensprinzip aufbauendes Schadensersatzsystem nur so lange brauchbar sei, als mit relativ wenigen und relativ geringen Schäden zu rechnen sei. 62) Siehe oben bei Fußn. 12). 63) Vgl. auch BGH, VersR 73, 1060 NJW 73, 1878; Graba in Schlosser, AGBG aaO § 9 Anm. 37. 64) zu denken wäre auch an eine Orientierung der Höchsthaftung an der Kapitalausstattung der jeweiligen AGB-Verwender, so daß größere Unternehmen höhere Risiken übernehmen müßten als kleinere Lagerhalter. Dieser Lösungsweg gefährdet jedoch die par conditio concurrentium; denn die höher haltenden Unternehmen müßten höhere Risikoprämien in ihre Preise einkalkulieren. Dadurch entsteht die Gefahr, daß diese Unternehmen in den Augen vieler Nachfrager, die allein auf die Preise schauen, als weniger konkurrenzfähig abgetan werden. 65) zur Relevanz dieser Gesichtspunkte vgl. Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 76. 66) Siehe Fn. <53>. 67) Dies wäre eine Voraussetzung dafür, daß die Rationalisierung nicht die einseitige Interessensverfolgung verdeckt. Vgl. Kötz, Gutachten zum 50. DJT (1974), S. A 26 Fn. <34>. 68) zur Zulässigkeit von Spalttarifen vgl. Brandner in Ulmer, AGBG, § 9 Anm. 721. m. Nachw. 69) Insoweit enthalten die ALB nicht nur eine Beweisregelung: vgl. Sellschopp, Haftung aaO S. 121. 70) Vgl. Sellschopp, Haftung aaO S. 122 f. 71) Weitergehend noch Sellschopp, Haftung aaO S. 123 ff. 72) Vgl. Sellschopp, Haftung aaO S. 149. 73) BGHZ 33, 216 (220) = VersR 60, 1133 (1135); OLG Karlsruhe, VersR 71,597; Palandt/Heinrichs, BGB, § 9 AGBG, Anm. 6 c. 74) Münchener Komm. Kötz, BGB, § 9 AGBG, Anm. 8. 75) So aber Coester Waltjen in Schlosser, AGBG aaO § 11 Nr. 7 Anm. 65; VersR 60, 1133 ff. = NJW 61, 212 (213); 68, 795 (797) = NJW 68, 1718 (1720); 74, 131 (132) = NJW 73, 2107 (2109); w. Nachw. bei Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 75; einschränkend BGH, VersR 78, 176. 76) Vgl. dazu oben bei Fn. <31>. 77) Vgl. BGH, VersR 60, 1133 ff. = NJW 61, 212 (213); Brandner in Ulmer, AGBG aaO § 9 Anm. 75. 77a) Vgl. § 16 II ALB. Allerdings sehen die üblichen Lagerversicherungen im Gegensatz zu § 67 VVG einen Rückgriff nur bei grober Fahrlässigkeit vor (vgl. Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl. § 67 Anm. 127 i. Vbdg. m. Anm. 44; BGH, VersR 76, 46). 78) Vgl. Mertens AcP 178 (1978), 239 f. Dies wird zu wenig beachtet, wenn gesagt wird, das wirtschaftliche Interesse werde dadurch kaum berührt, daß der Kaskoversicherer und nicht der Haftpflichtversicherer den Schaden trage (vgl. BGH, VersR 60, 1133 ff. = NJW 61, 212 <213>; Palandt/Heinrichs, BGB, § 9 AGBG Anm. 6c; Sellschopp, Haftung aaO S. 1 SO; abweichend BGH, DB 78, 735 <736>). 79) Man bezeichnete deshalb die Haftpflichtversicherung u. a. als "unmoralisch". Vgl. Großfeld, VersWirtschaft 74, 695 m. Nachw. 80) Der Universal-Möbel-Versicherungsschein (UMVS) sieht z. B. im Bereich der Haftpflichtversicherung Prämien vor, die weit über das Fünffache des Mindestsatzes steigen können. 81) Vgl. Kötz, Gutachten zum 50. DJT (1974), S. A 29 Fn. <41>. 82) Vgl. in diesem Zusammenhang v. Caemmerer, Festschrift Martin Luther aaO S. 33, der in seinem Beitrag allerdings der Präventionsfunktion der Haftung und dem Problem der

Externalisierung von Risiken zu wenig Beachtung schenkt. 83) Dabei kann man davon ausgehen, daß ein bestimmter Prozentsatz der Schäden fahrlässig verursacht ist. 84) Vgl. G. Roth, Österr. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 77, 36.