

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 31

Freizeichnung von
Schadensersatzansprüchen im Recht
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Ein Beitrag zur Bedeutung der Organisationspflichten im Zivilrecht

Von

Dr. Kleantis Roussos



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

KLEANTHIS ROUSSOS

**Freizeichnung von Schadensersatzansprüchen
im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Berliner Juristische Abhandlungen

unter Mitwirkung von

Walter G. Becker, Hermann Blei, Arwed Blomeyer, Erich Genzmer, Ernst Heinitz, Ernst E. Hirsch, Hermann Jahrreiß, Emil Kießling, Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Walter Meder, Dietrich Oehler, Werner Ogris, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Erwin Seidl, Karl Sieg, Klaus Stern, Wilhelm Wengler, Franz Wieacker, Hans Julius Wolff (Freiburg i. Br.)

herausgegeben von

Ulrich von Lübtow

Band 31

Freizeichnung von Schadenersatzansprüchen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Ein Beitrag zur Bedeutung der Organisationspflichten im Zivilrecht

Von

Dr. Kleanthis Roussos



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 05090 8

Άφιερώνεται
στους γονείς μου

Vorwort

Das neue AGB-Gesetz verschärft die Haftung des AGB-Verwenders unter anderem dadurch, daß es seine Möglichkeit der Freizeichnung von der Verschuldenshaftung beträchtlich einschränkt (§ 11 Nr. 7 AGBG). Allerdings erscheint die grundsätzliche Aufrechterhaltung der Haftungsprivilegien beim Vorliegen leichter Fahrlässigkeit als wenig zufriedenstellend, wie auch die hierzu unternommenen Korrekturversuche zeigen. Die wichtigsten dieser Versuche — immer im Bereich der Verschuldenshaftung — stellen die „Kardinalpflicht“lehre sowie eine entsprechende Auslegung § 11 Nr. 8 AGBG von einem Teil des Schrifttums dar. Nach dieser Vorschrift soll ein Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit unzulässig sein, wenn die Vertragsverletzung im Verzug oder in der Leistungsunmöglichkeit besteht.

Eine zentrale Stellung in dieser Arbeit nimmt das Problem der sog. Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln ein. Wenn der abhängige Gehilfe dem Kunden einen Schaden zufügt und ein Freizeichnungsverbot des Verwenders nicht in Betracht kommt, fragt es sich, ob es rechters ist, den Gehilfen (Arbeitnehmer) ausschließlich und allein haften zu lassen. Wird dies verneint, so ist noch nicht darüber entschieden, ob dahinter Billigkeitsmotive stehen. Denn es handelt sich um das Eingreifen arbeitsrechtlicher Grundsätze, die den Arbeitnehmer über einen Freistellungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber vor der Endhaftung entlasten. Dadurch läuft jedoch das Haftungsprivileg des Verwenders leer. Im Hinblick darauf stellt man die Überlegung an, ob man nicht auch den Beschäftigten in den Haftungsausschluß seines Arbeitgebers einbeziehen sollte. Dabei tauchen aber wiederum Zweifel auf, ob und inwieweit die Richtigkeit dieser Lösung aus dogmatischer Sicht zu bejahen ist. Auf der anderen Seite wird hier eine deutliche Entscheidung gegen die Kunden-(Verbraucher)-interessen gefällt. „Eine glättende, technische Vereinfachung“ dieses Rechtszustands sowie eine befriedigende Auflösung der komplizierten Interessenverzahnung bieten Hanau und Egon Lorenz an, die dem Arbeitgeber eine direkte und unabdingbare Haftung auferlegen wollen. Die Auffindung der positiv-rechtlichen Grundlage dieser These im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen bildet ein Hauptanliegen der vorliegenden Untersuchung. Die wichtigsten Ansätze hierfür bieten die Feststellung, daß das Unternehmen eine Organisationseinheit darstellt, sowie eine entsprechende Auslegung des

§ 9 II Nr. 2 AGBG dadurch, daß die „Kardinalpflichten“ als Organisationspflichten identifiziert werden.

Die vorliegende Arbeit entspricht nach geringfügigen Änderungen meiner Dissertation, die im Juni 1981 von dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin angenommen wurde. Herrn Prof. Dr. *Georg Thielmann*, der die Arbeit betreut hat, bin ich zu aufrichtigem Dank verpflichtet. Er hat mir immer mit großer Bereitschaft, fördernder Kritik und unermüdlichem Rat nicht zuletzt auch bei sprachbedingten Schwierigkeiten viel geholfen. Herrn Prof. Dr. Dr. *Franz-Jürgen Säcker* bin ich ebenfalls für seine Kritik sowie für seine wertvollen Ratschläge sehr dankbar. Dankbarkeit möchte ich ferner gegenüber Herrn Prof. Dr. *Apostolos Georgiades* (Athen) für seine vielfältige Unterstützung zum Ausdruck bringen.

Herrn Prof. Dr. *Ulrich von Lübtow* möchte ich für die Aufnahme der Arbeit in die „Berliner Juristische Abhandlungen“ danken, Herrn Prof. Dr. *Johannes Broermann* für die Einbeziehung in sein Verlagsprogramm.

Dank gebührt auch der Friedrich-Ebert-Stiftung, welche die Erstellung der Arbeit durch ein großzügiges Stipendium gefördert hat.

Schließlich möchte ich meinem Freund und Kollegen *Gerd Lukoschik* für manchen stilistischen Rat sowie Frau *Athinai Papadopoulou* für ihre Hilfe bei der Übersetzung mancher italienischen Literatur danken.

Rechtsprechung und Literatur wurden nach Möglichkeit bis Ende Dezember 1981 berücksichtigt.

Berlin, Dezember 1981

Der Verfasser

Paragrafen oder allgemeine Vorschriften ohne Gesetzesangabe sind solche des AGB-Gesetzes.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I

Freizeichnungsverbot für leichte Fahrlässigkeit und § 11 AGBG

| | |
|--|----|
| § 1. Freizeichnungsverbot für leichte Fahrlässigkeit und § 11 Nr. 8 AGBG | 17 |
| I. Selbständiger Rechtssatz oder Auslegungsregel | 17 |
| II. Die Abgrenzung des § 11 Nr. 7 vom § 11 Nr. 8 AGBG | 18 |
| 1. Allgemein zur Vertragsverletzung nach § 11 Nr. 7 AGBG | 18 |
| 2. Unmöglichkeit und Verzug | 19 |
| III. Der Anwendungsbereich der Nr. 8 | 27 |
| IV. Rechtspolitische Aspekte | 28 |
| § 2. Freizeichnungsverbot für leichte Fahrlässigkeit und Mangelfolgeschäden | 29 |
| I. Kaufvertrag | 30 |
| 1. Schadensersatzanspruch wegen zugesicherter Eigenschaften (§ 463 Satz 1 und § 480 Abs. 2 BGB) | 30 |
| 2. Schadensersatzanspruch wegen eines arglistig verschwiegenen Mangels oder einer arglistig vorgespiegelten Eigenschaft, § 463 Satz 2 und § 480 Abs. 2 BGB | 33 |
| II. Werkvertrag | 34 |
| III. Mietvertrag | 35 |
| 1. Mängel beim Vertragsschluß | 35 |
| 2. Mängel nach dem Vertragsschluß | 36 |
| <i>Zusammenfassung des Kapitels I</i> | 38 |

*Kapitel II***„Kardinalpflicht“lehre und Haftung für Organisationsmängel**

| | |
|---|----|
| § 3. Die sog. „Kardinalpflichten“ in der Rechtsprechung | 40 |
| I. „Kardinalpflichten“ und Freizeichnungsgrenze | 40 |
| II. Die seehandels- und binnenschiffahrtsrechtliche Rechtspre- chung | 41 |
| 1. Schlepptrossenfall | 41 |
| 2. Autoblechfall | 46 |
| 3. Kenterfall I | 46 |
| 4. Kenterfall II oder Papierrollenfall | 49 |
| 5. Sojabohnenfall oder Regenablaufrippenfall | 50 |
| 6. Rundkornreisfall | 52 |
| 7. Falschauslieferungsfall | 53 |
| 8. Rohkaffeefall | 54 |
| III. Die Rechtsprechung aus anderen Rechtsgebieten | 55 |
| 1. Frostschädenfall | 55 |
| 2. Heizölfall | 57 |
| 3. Pelzmäntelfall | 60 |
| 4. Ablieferungsinspektionsfall | 62 |
| 5. Kunststoff-Folienfall | 63 |
| 6. Sägemaschinenfall | 66 |
| 7. Tankzugfall | 67 |
| 8. Wagendiebstahlfall | 70 |
| 9. Filmauslieferungsfall | 71 |
| 10. Fall der falschen Gutschrift | 73 |
| 11. Auskunftsfälle | 76 |
| a) Auskunftsfall I | 76 |
| b) Auskunftsfall II | 78 |
| c) Auskunftsfall III | 80 |
| § 4. Die Haftung für Organisationspflichtverletzungen | 81 |
| I. Die Haftung des Verwenders für die Verletzung von „Kardi- nalpflichten“ | 81 |

| Inhaltsverzeichnis | 11 |
|---|-----|
| 1. Die Forderung nach einer strengen Haftung | 81 |
| 2. Kritik an Schlossers Standpunkt | 82 |
| 3. Der Standpunkt von Löwe | 84 |
| II. Die Begründung einer strengen Haftung des Verwenders für die Verletzung von „Kardinalpflichten“ | 85 |
| 1. Die Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und einfachen Pflichten | 85 |
| 2. Die Unhaltbarkeit einer Abstufung der vertraglichen Hauptpflichten | 86 |
| 3. Die Unhaltbarkeit einer Abstufung der Neben- oder Schutzpflichten | 87 |
| 4. Die Elastizität des Schuldrechts als Grund für eine „Kardinalpflicht“-lehre | 89 |
| III. Abschied von den „Kardinalpflichten“ | 90 |
| 1. Eine Gesamtbetrachtung der Rechtsprechungsuntersuchung, Organisationspflichten | 90 |
| 2. Die Unterscheidung der Betriebs- von der Vertragsorganisation | 93 |
| 3. Die „Wesentlichkeit“ der Organisationspflichten | 95 |
| 4. Die Unterscheidung der Organisationspflichten von dem Leistungserfolg | 97 |
| 5. Eine Parallele zur Anwendung des § 31 BGB und zur Haftung des Warenherstellers | 98 |
| IV. Unabdingbare Haftung für die Verletzung von Organisationspflichten de lege lata | 101 |
| 1. Keine Anwendung des § 11 Nr. 7 AGBG | 101 |
| 2. Unabdingbare Haftung nach § 9 II Nr. 2 AGBG | 102 |
| § 5. Aspekte des Organisationsmangels im römischen Recht | 104 |
| I. Zur Verschuldenshaftung in der klassischen Zeit | 104 |
| II. Die imperitia-Haftung in den Rechtsquellen | 106 |
| 1. Die imperitia als Fall der culpa | 106 |
| 2. Der Inhalt und die Freizeichnung von der imperitia-Haftung | 107 |
| <i>Zusammenfassung des Kapitels II</i> | 111 |

*Kapitel III***Die sog. Drittwirkung von Haftungsausschlüssen**

| | |
|--|-----|
| § 6. Auswirkungen einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit | 113 |
| I. Die Problematik im allgemeinen | 113 |
| II. Der Freistellungsanspruch und die sog. gefahrgeneigte Tätigkeit | 113 |
| § 7. Die Rechtsprechung zu der sog. Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln | 117 |
| I. Die seeschiffahrtsrechtliche Rechtsprechung | 117 |
| 1. Die Stellung des II. Senats zu der sog. Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln | 118 |
| a) Eisenwändefall | 118 |
| b) Blechfall | 118 |
| c) Rohtabakfall | 118 |
| 2. Die Begründung der Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln | 119 |
| 3. Der Konflikt zwischen objektiver und restriktiver Auslegung | 121 |
| 4. Das Kriterium der Übung | 126 |
| 5. Der Einfluß des Verschuldensgrads des Schädigers auf die Stellung des Geschädigten | 127 |
| a) Bei Verneinung der Drittwirkung | 129 |
| b) Bei Bejahung der Drittwirkung | 129 |
| II. Die Rechtsprechung aus anderen Rechtsgebieten | 130 |
| 1. Die Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln in Mietwagengällen | 130 |
| a) Mietwagenfall I | 130 |
| b) Mietwagenfall II | 130 |
| 2. Die Interessenlage | 131 |
| 3. Der Monteur- oder Holztrochnungsanlagefall | 133 |
| 4. Der Wachmannfall | 135 |
| III. Ergebnis der Rechtsprechungsuntersuchung | 138 |

| | |
|---|-----|
| § 8. Die Nachteile der Drittwirkung von Freizeichnungsklauseln aus dogmatischer Sicht | 141 |
| I. Abgrenzung von der Frage der Zulässigkeit | 141 |
| II. Die Rechtsnatur des Haftungsausschlusses | 141 |
| 1. Ausschluß der Rechtswidrigkeit | 141 |
| 2. Verminderung der Sorgfaltspflicht | 143 |
| 3. Pactum de non petendo oder Erlaß | 143 |
| 4. Enthafungsvertrag | 145 |
| III. Zur dogmatischen Begründung der Drittwirkung von Haftungsausschlüssen | 146 |
| 1. Direkte Anwendung der §§ 328 ff. BGB und pactum de non petendo | 146 |
| 2. Drittwirkungen bei Gesamtschuldverhältnissen | 148 |
| 3. Helwigs und Silbers Stellvertretungstheorie | 150 |
| 4. L. Raisers Vorschlag | 152 |
| 5. Verträge mit Schutzwirkung auf Dritte | 154 |
| 6. Stetige Drittwirkung und rechtsethisches Prinzip | 155 |
| a) Die Ansicht von Schnorr von Carolsfeld | 155 |
| b) Das rechtsethische Prinzip von Gernhuber | 157 |
| 7. Begründung durch Analogie | 160 |
| 8. Die Ablehnung der Drittwirkung | 162 |
| a) Kötzs Ansicht | 163 |
| b) Schmidt-Salzers Ansicht | 163 |
| 9. Die Lösungsvorschläge von Hanau und E. Lorenz | 166 |
| <i>Zusammenfassung des Kapitels III</i> | 168 |

Kapitel IV

Organisationshaftung

| | |
|---|-----|
| § 9. Das Unternehmen als Organisationseinheit | 170 |
| I. Allgemein | 170 |
| II. Handelsrechtliche Ansätze | 170 |
| 1. Die Erkenntnis des wirtschaftlichen Strukturwandels | 170 |

| | |
|--|-----|
| 2. Das Unternehmen und die Individualität seiner Teile nach v. Ohmeyer und Pisko | 172 |
| 3. Die Ansicht von Isay | 173 |
| 4. Oppikofers Unternehmensauffassung | 174 |
| 5. Die Wirtschaftseinheit von Julius v. Gierke | 175 |
| 6. Der Unternehmensbegriff Ballerstedts und seine schadensersatzrechtlichen Folgen | 176 |
| 7. Die sozialrechtliche Einheit Fechners | 178 |
| 8. Der organisationssoziologische Unternehmensbegriff | 178 |
| 9. Gesamtwürdigung der Untersuchungen zum Unternehmensbegriff | 180 |
| | |
| § 10. Organisationshaftung und schadensersatzrechtliche Dogmatik | 181 |
| I. Allgemein | 181 |
| 1. Der Begriff „Organisation“ | 181 |
| 2. Kleines Unternehmen und Organisation | 182 |
| 3. Begründung der Organisationshaftung | 183 |
| II. Die schadensersatzrechtliche Dogmatik | 186 |
| 1. Die „geschlossene Einheit“ von Otto v. Gierke | 186 |
| 2. Das Unternehmen als Organisation bei Steinbach: Grund für eine erweiterte Haftung | 188 |
| 3. Gründe für eine Einstandspflicht des Unternehmens bei Müller-Erzbach | 189 |
| 4. A. Merkels Stellungnahme | 192 |
| 5. Die volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte Matajas | 193 |
| 6. Die Theorie des „aktiven Interesses“ | 194 |
| 7. Die Zurechnungslehre von Larenz | 197 |
| 8. Die Erkenntnis eines Organisationsversagens bei Bienenfeld | 199 |
| 9. Die sozial gerechte Schadensverteilung im Sinne Essers .. | 202 |
| III. Schlußfolgerungen aus der dargelegten schadensersatzrechtlichen Lehre | 203 |
| 1. Einstandspflicht des Unternehmens | 203 |
| 2. Entlastung des abhängigen Gehilfen | 205 |
| a) Auswirkungen der Werkzeugtheorie | 205 |
| b) Die Werkzeugtheorie bei Steinhoff | 208 |

| | |
|---|------------|
| IV. Die positivrechtliche Begründung der Organisationshaftung .. | 210 |
| 1. Der Übergang zu einer verschuldensunabhängigen Haftung | 210 |
| 2. Der Grundgedanke des § 9 II Nr. 2 AGBG | 211 |
| 3. Die Unhaltbarkeit der Differenzierung zwischen organisierenden und ausführenden Gliedern | 212 |
| 4. Das Ineinandergreifen von Organisations- und Ausführungstätigkeit | 213 |
| 5. Das Kriterium der „Wesentlichkeit“ | 214 |
| 6. Die Unternehmenseinheit nach § 831 BGB | 215 |
| 7. Äquivalenzfunktion der Haftungsverschärfung | 217 |
| 8. Die Haftung des abhängigen Gehilfen gegenüber dem Geschädigten | 217 |
| 9. Organisationshaftung und Interessenabwägung | 220 |
| 10. Organisationshaftung und § 11 Nr. 7 AGBG | 221 |
| | |
| § 11. Konkurrenzfragen | 222 |
| I. Die Problematik im allgemeinen | 222 |
| II. Dogmatische Aspekte der Anspruchskonkurrenzlehre | 224 |
| 1. Anspruchskonkurrenz | 225 |
| 2. Anspruchsnormenkonkurrenz | 225 |
| 3. Die Normenfunktion und ihre Abwägung | 226 |
| III. Die Lösung der Konkurrenzfragen von der AGB-Dogmatik .. | 228 |
| 1. Die Ausdehnung des gesetzlichen Freizeichnungsverbots auf Deliktsansprüche | 228 |
| 2. Die Ausdehnung einer Freizeichnungsklausel auf Deliktsansprüche | 230 |
| | |
| § 12. Ergebnisse | 231 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 234 |

Kapitel I

Freizeichnungsverbot für leichte Fahrlässigkeit und § 11 AGBG

§ 1. Freizeichnungsverbot für leichte Fahrlässigkeit und § 11 Nr. 8 AGBG

§ 11 Nr. 7 AGB-Gesetz (künftig auch: Nr. 7) ordnet an, daß derjenige, der seinen Verträgen AGB zugrunde legt (AGB-Verwender oder Verwender), seine Haftung für den Schaden, den seine Erfüllungsgehilfen vorsätzlich oder grob fahrlässig dem Vertragspartner zugefügt haben, in AGB weder ausschließen noch einschränken kann.

Mit Rücksicht auf § 24 Nr. 1 AGBG ergibt sich, daß diese Vorschrift nur für den nichtkaufmännischen Vertragspartner gilt. So wird im Bereich der Haftung für Handlungen dritter Personen ein Freizeichnungsverbot eingeführt, und zugleich werden dessen Grenzen abgesteckt. Oder anders ausgedrückt, es werden die bisher bestehenden Freizeichnungsmöglichkeiten (§ 278 Satz 2 BGB) eingeschränkt.

I. Selbständiger Rechtssatz oder Auslegungsregel

Anders als die §§ 276, 278 BGB, die als Auslegungsregeln¹ lediglich etwas darüber besagen, „in welchem Sinne das Gesetz den im Tatbestand verschiedener Normen ... gebrauchten Ausdruck ‚ein vom Schuldner zu vertretener Umstand‘ verstanden wissen will“², ist der § 11 Nr. 7 keine Auslegungsregel³, und zwar aus drei Gründen:

a) Es handelt sich um einen selbständigen Rechtssatz: Er knüpft nämlich an einen bestimmten Tatbestand (Freizeichnung von der Haftung für die Herbeiführung eines auf vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vertragsverletzung beruhenden Schadens) eine bestimmte Rechtsfolge,

¹ Das ist nunmehr unbestritten: *Larenz*, SchuldR. I, § 24 I, S. 300 (mwN); *derselbe*, Methodenlehre, S. 240; *Köpcke*, Typen der positiven Vertragsverletzung, S. 133; BGH v. 13. 11. 1953 (I ZR 140/52, Hamburg) BGHZ 11, 80 (83). Anders hatte das RG v. 29. 11. 1922 (V ZS 271/22, Düsseldorf) RGZ 106, 22 (25) entschieden, das versucht hatte, die Schadensersatzpflicht wegen posVV auf § 276 BGB zu begründen.

² *Larenz*, SchuldR. I, § 24 I, S. 300.

³ Anders *Coester-Waltjen* in *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, AGBG, § 11 Nr. 7, Rdnr. 19, S. 456.

indem der beschriebenen Freizeichnung stets die Wirksamkeit verweigert wird⁴.

b) Durch Nr. 7 wird nicht der Haftungsmaßstab des AGB-Verwenders bestimmt. Dieser Maßstab befindet sich schon in den allgemeinen Vorschriften. Nr. 7 begrenzt die Freizeichnungsmöglichkeit des Verwenders. Nach dem in den allgemeinen Vorschriften befindlichen Haftungsmaßstab haftet er für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit.

Beabsichtigte die Nr. 7 nur, diesen Maßstab zu bestimmen, dann würde der AGB-Verwender immer nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften. Aber im Prinzip haftet er nach den Maßstäben der §§ 276, 278 BGB. Die Nr. 7 betrifft nur die Freizeichnungsgrenzen. Sie greift nur beim Vorliegen einer Freizeichnung und insoweit ein, als sich der Verwender oberhalb der leichten Fahrlässigkeit freigezeichnet hat. Hätte ferner der Gesetzgeber nur den Haftungsmaßstab bestimmen wollen, dann würde die Vorschrift ungefähr wie folgend gefaßt werden müssen: „Der AGB-Verwender hat stets sowohl eigene grobe Fahrlässigkeit wie auch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit seiner Erfüllungsgehilfen und gesetzlichen Vertreter zu vertreten.“ Dann brauchte sie auch nicht dem Verbotskatalog eingeordnet zu werden.

c) Die Natur der Vorschrift als selbständigen Rechtssatzes wird nicht dadurch beeinflußt, daß sie nicht direkt die Rechtsfolgen der Vertragsverletzung regelt. Ihre Aufgabe besteht nur darin, bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Freizeichnungsklausel einzugreifen und insofern den Eintritt der jeweils angeordneten Vertragsverletzungsfolgen von ihr abhängig zu machen⁵.

II. Die Abgrenzung des § 11 Nr. 7 vom § 11 Nr. 8 AGBG

1. Allgemein zur Vertragsverletzung nach § 11 Nr. 7 AGBG

Entsprechend der unter der Herrschaft des § 278 BGB entwickelten herrschenden Meinung⁶ hat sich das neue AGB-Gesetz dafür ausgesprochen, daß der Verwender das *Verschulden* seiner Leute in gleichem Umfange zu vertreten hat wie eigenes. Der Haftungsumfang für die Handlungen der Hilfspersonen oder der gesetzlichen Vertreter kann

⁴ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 232 ff.

⁵ Vgl. Anfechtung und Nichtigkeit.

⁶ Vgl. *Larenz*, Schuld. I, § 20 VIII, S. 250 „Der Schuldner hat das Verschulden seiner Hilfspersonen jedoch nur ‚in gleichem Umfange‘ zu vertreten wie eigenes“; *Enneccerus / Lehmann*, Schuldverhältnisse, § 44 II 7, S. 198; *Alff* in BGB-RGRK, § 278 Rdnr. 46, S. 90; *Esser / Schmidt*, Schuld. I, Teilbd. 2, § 27 I, S. 55; *Erman / Battes*, § 278 Rdnr. 43, S. 672; *Staudinger / Löwisch*, § 278 Rdnr. 29, S. 72; vgl. ferner BGH v. 15. 12. 1959 (VI ZR 222/58, Celle) BGHZ 31, 358 (366 f.).

einerseits nicht weiter sein als der Umfang der Haftung für die von dem Verwender selbst begangenen Handlungen (Vertragsverletzungen)⁷, weil die Haftung des Verwenders für dritte Personen nicht über das hinausgehen kann, was er selbst zu verantworten hat. Andererseits kann der Bereich der von Hilfspersonen begangenen Vertragsverletzungen, die den Verwender haftbar machen, nicht enger sein, weil derselbe Begriff („Vertragsverletzung“) im Text derselben Vorschrift einheitliche Bedeutungen hat. Auf diesem Grunde beruht die folgende Untersuchung der unter Nr. 7 fallenden Vertragsverletzungen.

2. Unmöglichkeit und Verzug

Der Gesetzgeber hat zur Bezeichnung der Fälle, die dem Freizeichnungsverbot unterliegen, den Ausdruck „Vertragsverletzung“ benutzt. Da dieses Wort in der Wissenschaft mit dem Adjektiv „positiv“ verbunden zu werden pflegt und da die Gesetzesmaterialien insofern unklar sind, hat das Wort Zweifel dahin ausgelöst, ob darunter auch die Unmöglichkeit der Leistung oder der Verzug des Schuldners als Fälle der Vertragsverletzung zu verstehen sind. Diese Frage wird zwar fast einhellig von der Lehre bejaht⁸, aber die Meinungen gehen darüber auseinander, ob der Verschuldenshaftungsmaßstab der Unmöglichkeit und des Verzugs nur in § 11 Nr. 7⁹ oder auch in § 11 Nr. 8¹⁰ geregelt ist,

⁷ Vgl. ebenso hinsichtlich des § 278: *Oertmann*, Schuldverhältnisse, 1. Abt., § 278, Anm. 4, S. 171; *Esser / Schmidt*, SchuldR. I, Teilbd. 2, § 27 I, S. 55 („Die Gehilfenhandlung muß folglich den Tatbestand erfüllen, der den Schuldner selbst als Täter haftbar machen würde“); *Palandt / Heinrichs*, § 278 Anm. 7, S. 305; *Alff*, in *BGB-RGRK*, § 278 Rdnr. 46, S. 90; *Soergel / Schmidt*, § 278 Rdnr. 24, S. 309.

⁸ *Coester-Waltjen* in *Schlosser / Coester-Waltjen / Graba*, AGBG, § 11 Nr. 7 Rdnr. 20, S. 456; *Koch / Stübing*, AGB Komm. § 11 Nr. 7 Rdnr. 2, S. 297; *Graf von Westphalen* in *Löwe / Graf von Westphalen / Trinkner*, Komm. zum AGBG, § 11 Nr. 7 Rdnr. 9, S. 302; *Schmitz*, Gesetz über AGB, § 11 Nr. 7, S. 70; *Dittmann / Stahl*, AGB Komm., § 11 Nr. 7 Rdnr. 425, S. 180; *Rebmann* in *Dietlein / Rebmann*, AGB aktuell, § 11 Nr. 7 Rdnr. 2, S. 127; *Stein*, Gesetz der AGB, § 11 Nr. 7 Bem. 50, S. 160; *Hägele*, AGB nach neuem Recht, § 11 Nr. 7, S. 62; *Palandt / Heinrichs*, AGBG § 11 Nr. 7 Anm. 7b, S. 2261; *Hensen* in *Ulmer / Brandner / Hensen*, AGB Komm. § 11 Nr. 7 Rdnr. 16, S. 323; anderer Ansicht: *derselbe*, in der Voraufgabe, § 11 Nr. 7, Rdnr. 15, S. 267; *Kötz, MüKo*, AGBG § 11 Nr. 7 Rdnr. 55, S. 1500.

⁹ *Coester-Waltjen* in *Schlosser / Coester-Waltjen / Graba*, AGBG, § 11 Nr. 8 Rdnrn. 13, 19, S. 484, 486; *Dittmann / Stahl*, AGB Komm., § 11 Nr. 8 Rdnrn. 443 f., S. 188; *Stein*, Gesetz der AGB, § 11 Nr. 8 Bem. 66, S. 166; *Schlosser*, Haftungsgrund, Haftungsmaßstab und AGB-Gesetz, WM 1978, 562 (566 ff.); *derselbe*, AGBG, § 11 Nr. 8 Rdnr. 6, S. 294 f.; jetzt auch *Erman / Battes*, § 325 Rdnr. 40, S. 790.

¹⁰ *Löwe* in *Löwe / Graf von Westphalen / Trinkner*, Komm. zum AGBG, § 11 Nr. 8 Rdnrn. 5 ff., S. 309 f.; *Hensen* in *Ulmer / Brandner / Hensen*, AGB Komm. § 11 Nr. 8 Rdnrn. 13 f., S. 335 f.; *Dietlein* in *Dietlein / Rebmann*, AGB aktuell, § 11 Nr. 8 Rdnrn. 3 f., S. 132 f.; *Koch / Stübing*, AGB, § 11 Nr. 8 Rdnrn. 13 f., S. 315 f.; *Schmitz*, Gesetz über AGB, § 11 Nr. 8, S. 74; *Schwappach*, AGB Ge-