

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AGBG § 9 Ba, Cf

Zur Frage, ob der Verwender eines "Tankschecksystems", mit dem dem Kunden die Möglichkeit zum bargeldlosen Tanken angeboten wird, seine Haftung dafür, daß seine Erfüllungsgehilfen die getankten Treibstoffmengen auf den Tankschecks ordnungsgemäß eintragen, wirksam formularmäßig ausschließen kann.

BGH, Urt. v. 20. Juni 1984 - VIII ZR 137/83 - OLG Bamberg
LG Aschaffenburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 137/83

URTEIL

Verkündet am
20. Juni 1984
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des unter der Firma Spedition H[REDACTED] handelnden Kaufmanns
Herbert H[REDACTED], W[REDACTED] Straße [REDACTED] in K[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma U[REDACTED], U[REDACTED] E[REDACTED] GmbH & Co. KG, gesetz-
lich vertreten durch die U[REDACTED] E[REDACTED] GmbH, diese gesetz-
lich vertreten durch den Geschäftsführer Klaus E[REDACTED] G[REDACTED]-
straße [REDACTED] in A[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 10. März 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger macht gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung geltend und verlangt von ihr Zahlung von 164 384,40 DM.

Der Kläger betreibt eine Spedition im europäischen Raum. Die Beklagte bietet sog. Tankschecks an, mit denen die Abnehmer an bestimmten Vertragstankstellen der Beklagten bargeldlos



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Treib- und Schmierstoffe empfangen können. Der Kläger ist Kunde der Beklagten. Er verlangt von ihr Ersatz von 50 % des Schadens, den er nach seinem Vortrag dadurch erlitten hat, daß Lkw-Fahrer seiner Firma in den Jahren 1979 und 1980 im Zusammenwirken mit einzelnen Tankstellenpächtern oder deren Personal Tankschecks in betrügerischer Weise verwendet haben.

Laut einem Informationsblatt der Beklagten für ihre "Vertrags-Tankstellen" erhalten die Kunden der Beklagten Tankscheckhefte, die aus einem Tankcarnet (Hülle) und eingehefteten Tankschecks (UTS) bestehen. Auf der Vorderseite des Tankcarnets wird das polizeiliche Kennzeichen des Kraftfahrzeugs eingetragen. Nach jedem Tankvorgang sind in den Tankschecks Menge und Einzelpreis der abgenommenen Treib- und Schmierstoffe zu vermerken. Außerdem sind sie mit dem polizeilichen Kennzeichen des Kraftfahrzeugs, dem Datum des Liefertages und den Unterschriften von Fahrer und Tankwart zu versehen. Der Tankstellenpächter reicht den Tankscheck bei seiner Mineralölgesellschaft ein, die ihm den Betrag gutschreibt. Die Mineralölgesellschaft rechnet anschließend mit der Beklagten ab, die ihrerseits ihren Kunden halbmonatlich Rechnungen ausstellt.

Der Kläger behauptet, seine Lkw-Fahrer hätten zusammen mit Tankstellenpächtern oder deren Personal das Tankschecksystem in folgender Weise mißbraucht: Nachdem ein unbeteiligter Tankstellenkunde Dieseltreibstoff getankt und bar bezahlt habe, habe der

Tankwart den Betrag zurückbehalten und nicht in die Kasse abgeführt. Habe anschließend ein Fahrer des Klägers getankt, so sei zusätzlich zu der tatsächlich getankten Treibstoffmenge auch der von dem unbeteiligten Kunden abgenommene Treibstoff in dem Tankscheck verzeichnet worden, so daß die Kasse der Tankstelle keinen Fehlbestand aufgewiesen habe. Den einbehaltenen Barbetrag hätten sich Fahrer und Tankwart geteilt. Er, der Kläger, habe der Beklagten den vollen im Tankscheck genannten und ihm in Rechnung gestellten Betrag bezahlt. Erst nachdem er in die Fahrzeuge Durchlaufzähler, die den Kraftstoffverbrauch anzeigen, eingebaut habe, sei er den Manipulationen auf die Spur gekommen.

Die Beklagte hat die Klageforderung dem Grund und der Höhe nach bestritten und sich insbesondere auf einen nach ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im folgenden: AGB) bestehenden Haftungsausschluß berufen. Jeder Tankscheck enthält den Aufdruck, daß die Lieferung zu den AGB der Beklagten erfolge. Dort heißt in Nr. 5:

"Kunde bzw. Empfänger haften für mißbräuchliche oder vertragswidrige Benutzung der UTS....

Der Verlust von UTS ... ist U (Beklagte) unverzüglich zu melden mit folgenden Angaben:

Fahrzeug-Kennzeichen
Nummern des Carnets und der Tankschecks (UTS) ...
Land, Ort und Zeit des Verlustes

Mit Eingang der Verlustmeldung bei U endet die Haftung des Kunden für Mißbrauch der verlorenen UTS...."

Im übrigen besagen Nr. 1 und 2 AGB, daß "die Vertragstankstellen die Waren namens und für Rechnung der ... (Beklagten) zu dem am Tage der Lieferung gültigen Tankstellenpreis abgeben".

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Beklagte hafte zwar an sich für das Verhalten des Personals der Vertragstankstellen, weil sie sich nach dem Wortlaut der Nr. 1 und 2 ihrer AGB als Verkäuferin des Kraftstoffs behandeln lassen müsse und das Tankstellenpersonal in Erfüllung dieser kaufvertraglichen Beziehung zwischen den Parteien für sie tätig geworden sei. Sie habe jedoch in Nr. 5 Satz 1 ihrer AGB, die nicht nur die Folgen eines Verlustes der Tankschecks regele, ihre Haftung für schuldhaftes Verhalten der mit der Einlösung der Tankschecks befaßten Personen ausgeschlossen. Diese Freizeichnungsklausel sei wirksam: Die Vorschrift des § 11

Nr. 7 AGBG, die einen Haftungsausschluß für vorsätzliche Vertragsverletzungen eines Erfüllungsgehilfen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen untersage, finde im Verhältnis zum Kläger keine Anwendung, weil er die Verträge als Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes geschlossen habe. Dem Maßstab der auch unter Kaufleuten anwendbaren Vorschrift des § 9 AGBG halte die Klausel dagegen stand: Sie weiche nicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, weil der vollständige Ausschluß der Haftung für Erfüllungsgehilfen nach den §§ 278 Satz 2, 276 Abs. 2 BGB zulässig sei. Auch verstoße sie weder gegen die guten Sitten noch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, weil besondere Umstände eine Abweichung von dem Prinzip rechtfertigten, daß im kaufmännischen Verkehr jeder Unternehmer sein Personalrisiko selbst zu tragen habe: Denn die Abnehmer der Tankschecks könnten deren mißbräuchliche Verwendung eher verhindern als die Beklagte. Das gelte auch in Fällen wie dem vorliegenden, weil der Einfluß der Beklagten auf das Personal ihrer im gesamten europäischen Raum eingerichteten Vertragstankstellen gering sei, während der Kläger ungleich größere Möglichkeiten habe, gewissenhafte Fahrer auszuwählen und ihre Zuverlässigkeit zu überwachen. Die Klausel schränke auch nicht wesentliche Vertragsrechte oder -pflichten der Parteien in unangemessener Weise ein: Denn als derartige "Kardinalpflicht" im Sinne der früheren Rechtsprechung sei die von den Erfüllungsgehilfen der Beklagten verletzte kaufvertragliche Nebenpflicht deshalb nicht anzusehen,

weil sich der Kläger gegen die ihm drohenden Schäden in der beschriebenen Weise habe schützen können.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Die Beklagte ist dem Kläger nach dessen Sachvortrag aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zum Ersatz eines Teils des Schadens verpflichtet.

a) Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht die Beklagte als Verkäuferin der Treib- und Schmierstoffe angesehen hat.

aa) Die von der Revisionserwiderung darauf gestützte Rüge, daß die AGB und andere Unterlagen, auf die das Berufungsgericht Bezug nimmt, den Parteien nach Abschluß der Berufungsinstanz zurückgegeben worden sind, zwingt nicht zu einer Aufhebung des Berufungsurteils wegen eines Mangels im Tatbestand (§ 543 Abs. 2 ZPO). Denn anders als in dem in BGHZ 80, 64, 67 f entschiedenen Fall hat das Berufungsgericht den wesentlichen Inhalt dieser Unterlagen, insbesondere der AGB, in den Entscheidungsgründen mitgeteilt, so daß die Beurteilung des Parteivorbringens durch das Revisionsgericht nicht erschwert wird (dazu Senatsurteil vom 22. Februar 1984 - VIII ZR 316/82 = ZIP 1984, 606, 607 m.Nachw.).

bb) Die Formulierung in den AGB der Beklagten, die Abgabe der Ware an den Tankstellen erfolge "namens und für Rechnung der U (Beklagten)", spricht dafür, daß zwischen der Beklagten und ihren Kunden Kaufverträge geschlossen werden sollten. Dieser Eindruck mußte jedenfalls bei den Kunden entstehen. Weder das Abrechnungssystem der Beklagten noch der Umstand, daß sie nicht Eigentümerin der verkauften Waren war, zwingt zu einer anderen rechtlichen Einordnung. Da die Beklagte die rechtliche Bedeutung der Nr. 1 und 2 ihrer AGB nicht zu erläutern vermocht und Einzelheiten über den Inhalt ihrer vertraglichen Beziehungen zu den Mineralölgesellschaften nicht vorgetragen hat, ist es aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht sie als Verkäuferin der Waren behandelt hat.

b) Aus den Kaufverträgen traf die Beklagte die Pflicht, die wirkliche Tankmenge in den bei den Tankstellen vorgelegten Schecks, die Grundlage der Abrechnung mit den Kunden waren, einzutragen zu lassen. Auch die Beklagte sah hierin eine ihr obliegende Verpflichtung, wie die genauen Hinweise an ihre "Vertrags-Tankstellen" zeigen. Für die Verletzung dieser Pflicht durch das Tankstellenpersonal haftet die Beklagte gemäß § 278 BGB. Denn die an den Tankstellen tätigen Personen - gleichviel, ob es sich um die Pächter selbst oder deren Angestellte handelte (vgl. BGH Urteil vom 18. November 1982 - VII ZR 25/82 = WM 1983, 63, 64 unter 1 a) - erfüllten bei der Übergabe des Kraftstoffs und der Ausfüllung der Tankschecks mit

Willen der Beklagten ihr obliegende Verbindlichkeiten und waren damit ihre Erfüllungsgehilfen (BGHZ 13, 111, 113; 50, 32, 35), ohne daß es darauf ankommt, ob zwischen der Beklagten und den Tankstellenpächtern vertragliche Beziehungen bestanden (BGH Urteil vom 13. Januar 1984 - V ZR 205/82 = WM 1984, 364, 365 unter II 2 b aa m.Nachw.). Da die Ausfüllung der Tankschecks zu dem dem Tankstellenpersonal von der Beklagten zugewiesenen Aufgabenbereich gehörte, nahmen die Pächter und ihre Angestellten die den Kläger schädigenden Handlungen auch nicht nur bei Gelegenheit, sondern in innerem Zusammenhang mit der Erfüllung der Vertragspflichten der Beklagten vor (dazu BGHZ 31, 358, 366).

2. Die sie treffende Haftung hat die Beklagte in Nr. 5 ihrer AGB nicht wirksam ausgeschlossen.

a) Allerdings ist der - auch von der Revision nicht bezweifelte - Auslegung der Nr. 5 Satz 1 AGB durch das Berufungsgericht zuzustimmen: Die Beklagte hat darin ihre Haftung für jede mißbräuchliche oder vertragswidrige Benutzung der Tankschecks, auch soweit sie erst durch schuldhaftes - selbst vorsätzliches - Verhalten ihrer Hilfspersonen ermöglicht wurde, abbedungen.

aa) Zwar besagt Nr. 5 Satz 1 AGB über einen Haftungsausschluß im allgemeinen und das Verschulden von Erfüllungsgehilfen

im besonderen ausdrücklich nichts. Ebenso wie das Berufungsgericht haben die Parteien jedoch als Folge der in Nr. 5 angeordneten Haftung des Kunden die Haftungsfreistellung der Beklagten angesehen. Die Parteien sind ferner übereinstimmend davon ausgegangen, daß diese Freizeichnung sich auch auf die Haftung für Hilfspersonen beziehen sollte; dafür spricht nicht nur das Fehlen jeder Einschränkung, sondern auch der Umstand, daß eine mißbräuchliche oder vertragswidrige Benutzung der Tankschecks in aller Regel nur bei der Vorlage bei den Tankstellen erfolgen konnte und für eine Haftung der Beklagten bei fehlendem Verschulden des Tankstellenpersonals dann ohnehin kein Raum wäre. Der sich somit als Kehrseite der Haftung des Kunden ergebende Ausschluß der Haftung der Beklagten für ihre Erfüllungsgehilfen umfaßt mangels jeglicher Differenzierung hinsichtlich der Art des Verschuldens auch den Fall des vorsätzlichen Verhaltens des Tankstellenpersonals.

bb) Entgegen der vom Kläger in den Instanzen vertretenen Ansicht hat das Berufungsgericht zu Recht die Haftungsregelung in Nr. 5 Satz 1 AGB nicht nur auf die Folgen eines Verlustes der Schecks bezogen. Denn eine "vertragswidrige Benutzung" der Schecks, die die Klausel neben der mißbräuchlichen Verwendung nennt, kommt nur durch die Kunden der Beklagten und ihre Erfüllungsgehilfen, nicht aber etwa durch einen Dieb oder unehrlichen Finder in Betracht. Die Sätze Nr. 2 und 3 der Nr. 5 AGB enthalten demnach besondere Regelungen bei Verlust der Schecks,

beschreiben aber nicht den einzigen Anwendungsfall der Haftung nach Nr. 5 Satz 1 AGB.

b) Die Haftungsfreizeichnung in Nr. 5 Satz 1 AGB ist aber unwirksam. Dies folgt zwar nicht aus § 11 Nr. 7 ABGB, wonach ein Haftungsausschluß für vorsätzliche Vertragsverletzungen eines Erfüllungsgehilfen des Verwenders in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist. Diese Vorschrift findet unmittelbar keine Anwendung, wenn die Geschäftsbedingungen - wie hier - gegenüber einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes verwendet werden (§ 24 Satz 1 Nr. 1 ABGB). Die nach § 24 Satz 2 ABGB dennoch erforderliche Inhaltskontrolle gemäß § 9 ABGB ergibt jedoch die Unwirksamkeit der Klausel auch im Verkehr unter Kaufleuten.

aa) Vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes nahm die höchstgerichtliche Rechtsprechung - zumeist ohne Differenzierung zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Verkehr - die Unzulässigkeit eines Haftungsausschlusses bei grob fahrlässiger Verletzung einer Vertragspflicht durch den Klauselverwender selbst oder einen seiner leitenden Angestellten an (Nachw. in BGH Urteil vom 19. Januar 1984 - VII ZR 220/82 = WM 1984, 477, 478). Die formularmäßige Freizeichnung für grobes Verschulden "einfacher" Erfüllungsgehilfen wurde demgegenüber für zulässig gehalten und dabei teilweise auch ausdrücklich - oft als Ergebnis einer am Einzelfall orientierten Wertung - das vorsätzliche Verhalten der

Hilfspersonen einbezogen. Nachdem der Gesetzgeber die Grenzen zulässiger Haftungsausschlüsse in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewußt (vgl. Begr. des RegEntw BT-Drucks. 7/3919 S. 31) enger als nach dieser bisherigen Rechtsprechung abgesteckt hat (§ 11 Nr. 7 AGBG), vertritt der überwiegende Teil des Schrifttums und der Instanzrechtsprechung die Ansicht, daß nach § 9 Abs. 1 AGBG auch im kaufmännischen Verkehr die Haftung für grobes Verschulden aller Hilfspersonen in der Regel nicht formularmäßig abbedungen werden kann, während nach einer anderen Auffassung im Verkehr unter Kaufleuten die Anwendung des § 9 AGBG nicht zu einer weitergehenden Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses für grobes Verschulden einfacher Erfüllungsgehilfen führen soll, als dies nach der Rechtsprechung vor dem AGB-Gesetz der Fall war (zum Streitstand vgl. BGH Urteil vom 19. Januar 1984 aaO). Höchstrichterlich ist diese Frage für die Zeit nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes bisher nicht entschieden. Der erkennende Senat hat sie in seinem Urteil vom 7. Februar 1979 (VIII ZR 305/77 = WM 1979, 435, 437) offengelassen. Sie bedarf auch im vorliegenden Fall keiner grundsätzlichen Beantwortung.

bb) Denn die hier verwendete Klausel schränkt wesentliche Pflichten der Beklagten, die sich aus der Natur des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages ergeben, so ein, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Sie ist daher nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG unwirksam. Diese Vorschrift, die auf die

frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (z.B. BGHZ 38, 183, 186; 71, 167, 173; Urteil vom 2. Juli 1973 - II ZR 125/71 = WM 1973, 1359) zur Unzulässigkeit einer Haftungsbeschränkung bei Verletzung einer - im Schrifttum oft so genannten - "Kardinalpflicht" zurückgeht, enthält das Verbot der Aushöhlung vertragswesentlicher Rechte und Pflichten (BGH Urteil vom 19. Januar 1984 aaO m.Anm. Bunte JZ 1984, 475).

α) Wie ausgeführt (oben II 1 b) war die Beklagte dem Kläger gegenüber verpflichtet, ordnungsgemäß abzurechnen und zu diesem Zweck (nur) die von den Fahrern des Klägers tatsächlich getankten Mengen Kraftstoff in die Tankschecks eintragen zu lassen. Ob es sich hierbei um eine - wenngleich nicht in § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB genannte - Hauptpflicht der Beklagten handelte, kann offenbleiben. Denn nach allgemeiner Ansicht können zu den "wesentlichen Pflichten" des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG nicht nur Hauptpflichten im Sinne der schuldrechtlichen Terminologie, sondern auch Nebenpflichten zählen (z.B. Brandner in: Ulmer/-Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, 4. Aufl., § 9 Rdn. 104; MünchKomm-Kötz, BGB, § 9 AGBG Rdn. 13; Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., § 9 AGBG Anm. 4; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, § 9 Rdn. 83; Dittmann/Stahl, AGBG, Rdn. 282; Graf von Westphalen WM 1983, 974, 977), sofern sie für die Erreichung des Vertragszwecks von besonderer Bedeutung sind (Löwe/Graf von Westphalen in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Kommentar zum AGB-Gesetz, 1. Aufl., § 9 Rdn. 32; Graba in: Schlosser/

Coester-Waltjen/Graba, AGBG, § 9 Rdn. 32; Erman/Hefermehl, BGB, 7. Aufl., § 9 AGBG Rdn. 13). So liegt es hier nach der spezifischen Eigenart des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages: Die Beklagte hat in der Klageerwiderung selbst vortragen, daß zu den einleuchtenden Vorteilen ihres "Tank-systems" - neben der Möglichkeit des bargeldlosen Tankens und der Kreditierung der gelieferten Waren - die periodische Rechnungslegung mit Verbrauchsnachweisen gehört, die dem Kunden die Last abnehmen soll, jede Fahrt anhand eines jeden Rechnungsbelegs einzeln abzurechnen. Mithin überstieg die Verpflichtung der Beklagten zur ordnungsgemäßen Abrechnung in ihrer Bedeutung für die Erreichung des Vertragszwecks diese jeden Verkäufer im Rahmen eines "normalen" kaufvertraglichen Verhältnisses treffende Pflicht erheblich. Denn der Kunde, dem ein solches Abrechnungssystem angeboten wird, wird geneigt sein, hierin einen besonderen wirtschaftlichen Vorteil zu sehen, bei dessen Inanspruchnahme er auf - sonst von ihm möglicherweise durchgeführte - Einzelabrechnungen und Kontrollen verzichten konnte. Diesen Vertragszweck zu erreichen, stellte der Haftungsausschluß in Nr. 5 der AGB wieder in Frage: Denn die Beklagte kann nicht einerseits eine besondere Verpflichtung - die ordnungsgemäße Abrechnung - übernehmen und gleichzeitig deren charakteristischen Inhalt - die Haftung bei nicht ordnungsgemäßer Abrechnung - nicht übernehmen wollen (zu diesem Gesichtspunkt vgl. von Brunn NJW 1956, 592; Graba aaO Rdn. 37). Die wesentliche Bedeutung der von der Beklagten übernommenen Pflicht zeigt sich dabei nicht nur in dem

Umfang der Last, von der der Kunde befreit wird, sondern insbesondere auch darin, daß ihm bei einer Vernachlässigung dieser Pflicht ganz erhebliche Schäden drohen.

β) Es kann dahinstehen, ob - wie dies zum Teil im Schrifttum vertreten wird (z.B. MünchKomm-Kötz aaO Rdn. 13) - einer Nebenpflicht des Verkäufers nur dann der Rang einer "wesentlichen Pflicht" im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG beigemessen werden kann, wenn der Kunde sich nicht durch eigene Vorsorge gegen das Schadensrisiko zu schützen vermag (zu diesem Gesichtspunkt vgl. auch Senatsurteil vom 22. Mai 1968 - VIII ZR 133/66 = NJW 1968, 1718, 1720). Denn entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung ist nicht ersichtlich, welche hinreichend effektiven und mit zumutbarem Aufwand vorzunehmenden Schutzmaßnahmen der Kläger hätte treffen sollen: Der Rat, nur gewissenhafte Fahrer auszuwählen, hat nach der Lebenserfahrung angesichts der Verführbarkeit des Menschen nur begrenzte Erfolgsaussicht. Zum Einbau von Durchflußzählern an seinen Fahrzeugen hatte der Kläger - auch unter Berücksichtigung des Kostenaufwands und des Ausfalls der Fahrzeuge während der Zeit des Einbaus - jedenfalls so lange keine Veranlassung, wie ihm nicht der - mit dem technischen Zustand der Fahrzeuge nicht mehr erklärbare - übermäßig hohe Treibstoffverbrauch auffiel. Auch eine Anweisung an die Fahrer, die an den Tanksäulen ausgeworfenen Quittungen zur Kontrolle mitzunehmen, hätte Manipulationen nicht ausgeschlossen, weil nach der von der Revisionser-

widerung selbst angeführten Erfahrungstatsache Tankquittungen von anderen Kunden in den Tankstellen zurückgelassen werden und im Zusammenwirken zwischen den Fahrern des Klägers und dem Tankstellenpersonal als Beleg für den nur vorgetäuschten Tankvorgang benutzt werden konnten.

7) Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Frage der Wesentlichkeit einer Vertragspflicht unabhängig von der Art des Verschuldens des Klauselverwenders oder seiner Hilfspersonen zu beurteilen ist (so Bunte JZ 1984, 475 f; Wolf aaO Rdn. 81) und ob daher mit einer Klausel, die wesentliche Vertragspflichten einschränkt, auch die Haftung für nur einfache Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann (dazu z.B. Wolf NJW 1980, 2434 m.Nachw.). Denn im vorliegenden Fall handelten die Erfüllungsgehilfen der Beklagten unstreitig vorsätzlich.

8) Liegen somit die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG vor, so können nur besondere Gründe die Benachteiligung des Klägers als nicht unangemessen erscheinen lassen und der Klausel zur Wirksamkeit verhelfen (vgl. z.B. Brandner aaO Rdn. 93, 117; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher aaO Rdn. 55, 58; Stein, AGB-Gesetz, § 9 Rdn. 25, 30). Solche Gründe sind weder von der Beklagten dargetan noch sonst ersichtlich: Mag die Beklagte auch nur geringe oder gar keine Einflußmöglichkeiten auf die Auswahl und Überwachung des Personals ihrer im In- und Ausland eingerichteten "Vertrags-Tankstellen" haben, so recht-

fertigt dies es doch jedenfalls nicht, ihr Personalrisiko dem Kunden insoweit aufzubürden, als es um die Erfüllung besonders wichtiger Vertragspflichten geht. Zu einer anderen Beurteilung geben auch die von der Beklagten geschilderten Vorzüge ihres Tanksystems für den Kunden keine hinreichende Veranlassung: Wenn dadurch auch manche Gefahren, die mit der Ausstattung der Fahrer mit größeren Geldbeträgen zum Barkauf des Treibstoffes verbunden sind, ausgeschlossen oder gemindert werden, reicht dies noch nicht dafür aus, die Haftung für verbleibende Gefahren dieses Systems, mit dem die Beklagte wirbt und arbeitet und dessen Ergebnisse ihr zugute kommen, wirksam formularmäßig abbedingen zu können. Ebensowenig kann die Erwägung des Berufungsgerichts, der Kläger habe ungleich größere Möglichkeiten der Einflußnahme auf seine Fahrer, die Bewertung der Klausel als noch angemessene Benachteiligung des Klägers tragen; das eigene Personalrisiko des Klägers wird sich in einem gemäß den §§ 254, 278 BGB zu bemessenden Schadensanteil niederschlagen müssen, kann aber nicht die Überwälzung auch der Verantwortlichkeit der Beklagten für ihre Erfüllungsgehilfen begründen.

III. Da nach allem die Haftung der Beklagten nicht durch Nr. 5 ihrer AGB wirksam ausgeschlossen ist, mußte das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Eine eigene Sachentscheidung war dem Senat nicht möglich, weil es an Feststellungen des Berufungsgerichts über den von der Beklagten bestrittenen Mißbrauch der Tankschecks und über die Höhe des Schadens ebenso fehlt wie

an der dem Tatrichter obliegenden Abwägung der beiderseitigen Verschuldensbeiträge im Rahmen des § 254 BGB.

IV. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht vorzubehalten, weil der endgültige Erfolg des Rechtsmittels von der anderweiten Verhandlung und Entscheidung abhängt.

Braxmaier

Wolf

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch