
Datum: 19.01.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 112/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0119.19U112.00.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 20 O 595/99

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und der Streithelferin der Beklagten wird das am 3.5.2000 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 20 O 595/99 - abge-ändert und wie folgt neu gefasst: Die Klage wird abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Berufungsverfahrens und der Kosten der Nebenintervenientin werden der Klägerin auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch die Be-klagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von DM 14.500,00 und die Vollstreckung durch die Nebenin-tervenientin durch Sicherheitsleistung in Höhe von DM 7.000,00 abwenden, wenn nicht die Beklagten und die Nebenintervenientin vorher Sicherheit in glei-cher Höhe leisten. Den Parteien sowie der Nebenintervenientin bleibt vorbehalten, die jeweils zu leistende Sicherheit auch in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank, öffentlichen Sparkasse, Volks- oder Raiffeisenbank zu erbringen.

Tatbestand

- | | |
|--|---|
| Die M. Markt und S. Verwaltungs GmbH, die Rechtsnachfolgerin der Firmen S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH und H.-Foto Handelsgesellschaft mbH ist, unterhält bei der Klägerin eine Industrie-Sachversicherung. | 1 |
| Zwischen der Geschwister K. GbR, deren Gesellschafter die Beklagten sind, und der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH besteht ein gewerbliches Mietverhältnis über die sich im H.-Hochhaus in Köln befindlichen Gewerbeflächen. | 2 |
| | 3 |

Nachdem insoweit zunächst diverse einzelne Mietverträge zwischen den Beklagten und der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH bestanden hatten, wurden diese auf Wunsch der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH nach längerer Verhandlungszeit zunächst durch den wegen seiner Einzelheiten in Bezug genommenen Mietvertrag vom 27.3./26.4.1985, Bl. 18 ff. d.A., ersetzt. Im Zusammenhang mit dem Verkauf des Grundstücks M.straße von der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH an die Beklagten durch notariellen Vertrag vom 27.8.1992 wurde der vorgenannte Mietvertrag sodann durch den ebenfalls hiermit wegen seiner Einzelheiten in Bezug genommenen notariellen Mietvertrag vom 27.8.1992, Bl. 18 ff. AH, ersetzt. Dem Abschluss der notariellen Verträge waren dabei monatelange Verhandlungen der Beklagten mit der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH vorausgegangen.	4
In der mit "Betriebskosten" überschriebenen Ziffer 7 des Mietvertrags heißt es unter Absatz 3: "Vermieter haftet nicht für Einbruchdiebstahl, Feuer-, Wasser- und Glasschäden etc. Mieter wird empfohlen, zweckmäßige Versicherungen auf eigene Kosten abzuschließen. Für Ladenlokale hat Vermieter die Glasversicherung zu Lasten des Mieters eingedeckt; vorgelegte Prämien sind ihm einschl. der Versicherungssteuer zu erstatten."	5
Eine gleichlautende Bestimmung enthielt bereits der Mietvertrag von 1985 unter der mit "Nebenkosten" überschriebenen Ziffer 7. Abschnitt 22 (16) des Mietvertrags vom 27.8.1992, insoweit gleichlautend mit Abschnitt 20 (16) des Mietvertrags von 1985, enthält darüber hinaus folgende Vereinbarung: "Vermieter und Mieter sichern sich gegenseitig für die nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführten Brand- und/oder Explosionsschäden Regressverzicht zu..."	6
Im August 1997 führte die streitverkündete Firma Gebr. Sch. Bauwerks-Abdichtungen GmbH im Auftrag der Beklagten Betonsanierungsarbeiten an der Fassade des Hochhauses aus. Im Verlauf dieser Arbeiten wurden durch Mitarbeiter der Fa. Gebr. Sch. Bauwerks-Abdichtungen GmbH Spritzbeton- und Mörtelreste sowie ein Arbeitshandschuh in die Entwässerung des über dem Innenhof des Hauses befindlichen Flachdaches eingeschwemmt. Die Beton- und Mörtelreste wurden bis in das Untergeschoss des Anbaus gespült und blieben dort im Bereich eines Siphons hängen. Hierdurch wurde eine Verstopfung des Regenfallrohres verursacht mit der Folge, dass sich das Wasser im Bereich des Flachdachs staute, was wiederum am 27.8.1997 zu einem Wassereinbruch in die darunter liegenden Verkaufs- und Lagerräume der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH führte. Hierdurch entstand der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH infolge Beschädigung von Waren, Einrichtung und Gebäude ein Schaden in Höhe von 148.156,11 DM, der Klageforderung. Im einzelnen wird insoweit auf Bl. 5-9 d.A. verwiesen.	7
Die Klägerin leistete der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH aufgrund des Versicherungsvertrages Schadensersatz in Höhe von 138.633,00 DM, die A. Versicherung aufgrund der dort von der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH unterhaltenen Elektronik Versicherung 5.523,11 DM.	8
Sowohl die Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH als auch die A. Versicherung sowie die weiteren an der dem Versicherungsverhältnis zugrunde liegenden Police beteiligten Versicherungen traten der Klägerin sämtliche Ansprüche gegen die Beklagten aus dem o.g. Schadensereignis ab.	9
Die Beklagten lehnten vorprozessual jegliche Haftung unter Hinweis auf Ziff. 7 Abs. 3 des Mietvertrags ab.	10

Die Klägerin hat behauptet, bei Ziffer 7 des Mietvertrags handele es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten, die diese der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH gestellt habe. Die dem Mietvertrag vorausgegangenen Verhandlungen hätten sich nicht auf diese Bestimmung bezogen.	
Sie hat die Ansicht vertreten, der Haftungsausschluss, so er sich überhaupt auf den vorliegenden Schadensfall beziehe, sei jedenfalls gem. §§ 3, 9 AGBG unwirksam.	12
Die Klägerin hat beantragt,	13
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 148.156,11 DM zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	14
Die Beklagten haben beantragt,	15
die Klage abzuweisen.	16
Die Beklagten haben behauptet, auch Ziffer 7 des Vertrags sei zwischen den Vertragsparteien vor Abschluss des Vertrags im Jahre 1985 wie sämtliche Bestimmungen des Mietvertrags im einzelnen ausgehandelt worden. Angesichts der Wirtschaftsmacht der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH habe sie eine derartige Bedingung auch nicht im Sinne von § 1 AGBG stellen können.	17
Das Landgericht hat durch Urteil vom 3.5.2000, auf dessen Inhalt wegen sämtlicher Einzelheiten Bezug genommen wird, der Klage stattgegeben und dies im wesentlichen damit begründet, dass § 7 Abs. 3 des Mietvertrages im Hinblick auf § 22 Ziff. 16 dahin auszulegen sei, dass lediglich die Haftung für auf einfache Fahrlässigkeit der Beklagten beruhende Schäden ausgeschlossen sein sollte, der Schaden aber durch die Erfüllungsgehilfin der Beklagten, die Streitverkündete, grob fahrlässig verursacht worden sei.	18
Gegen dieses ihnen am 9.5.2000 zugestellte Urteil haben die Beklagten mit am 8.6.2000 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz Berufung eingelegt, die sie nach Fristverlängerung bis zum 10.8.2000 mit am 9.8.2000 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz begründet haben.	19
Die Streitverkündete ist mit bei Gericht am 6.6.2000 eingegangenem Schriftsatz dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten und hat zugleich ihrerseits Berufung eingelegt, die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 11.8.2000 mit einem am selben Tag bei Gericht eingegangenem Schriftsatz begründet hat.	20
Die Beklagten bestreiten die Aktivlegitimation der Klägerin im Hinblick auf die übrigen beteiligten Versicherungsgesellschaften. Sie wiederholen und vertiefen im übrigen ihren Vortrag dazu, dass es sich bei den mietvertraglichen Regelungen nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen handele und § 7 Abs. 3 eine im Rahmen des gesetzlich Zulässigen, umfassende Haftungsfreistellung beinhalte, zu dessen Auslegung nicht § 22 Ziff. 16 des Vertrages herangezogen werden könne, da die dort getroffene Regelung lediglich den üblichen Regressverzicht in der Feuerversicherung beinhalte.	21
Die Beklagten beantragen,	22
das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen;	23
	24

vorsorglich für den Fall der Sicherheitsleistung den Beklagten zu gestatten, diese durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder eines Sparkasseninstituts erbringen zu dürfen.

Die Streithelferin der Beklagten schließt sich den Ausführungen der Beklagten zur Haftungsfreistellung an und bestreitet im übrigen, dass der Schaden von ihr grob fahrlässig herbeigeführt worden sei. 25

Sie beantragt, 26

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 27

Die Klägerin beantragt, 28

die gegnerische Berufung zurück zu weisen, 29

sowie für jeden Fall der Anordnung einer Sicherheitsleistung es der Klägerin nachzulassen, diese in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank, öffentlichen Sparkasse, Volks- oder Raiffeisenbank erbringen zu dürfen. 30

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und vertritt die Ansicht, der Haftungs Ausschluss in § 7 Abs. 3 des Mietvertrages sei allein deshalb nichtig, weil damit auch die Haftung für Vorsatz des Vermieters ausgeschlossen sei. Im übrigen scheitere der Haftungs Ausschluss aber auch an § 11 Nr. 7 AGBG. 31

Mit Schriftsatz vom 24.8.2000 hat die Klägerin ihrerseits der Streithelferin der Beklagten den Streit verkündet. 32

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien sowie der Streithelferin gewechselten Schriftsätze nebst allen Anlagen ergänzend Bezug genommen. 33

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 34

Die form- und fristgerecht eingelegten und auch im übrigen zulässigen Berufungen der Beklagten und ihrer Streithelferin haben auch in der Sache Erfolg. Der Klägerin steht gegen die Beklagten kein Anspruch aus § 538 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 67 VVG bzw. in Verbindung mit den Abtretungserklärungen gem. § 398 BGB zu. 35

I. 36

Entgegen der Ansicht der Beklagten scheitert der Anspruch der Klägerin jedoch nicht an deren fehlender Aktivlegitimation. Ausweislich der Abtretungserklärungen Bl. 185 ff. d.A. sind nicht etwa nur Ansprüche gegen die K.'sche Verwaltungsgesellschaft mbH, sondern gegenüber allen Dritten, mithin also auch gegenüber den Beklagten, an die Klägerin abgetreten worden. Soweit die Beklagten im weiteren rügen, dass unberücksichtigt geblieben sei, dass sie durch die soeben genannte Verwaltungsgesellschaft vertreten würden, ist dies ebenfalls unbeachtlich, da die Beklagten eine BGB-Gesellschaft bilden und diese daher nicht etwa gesetzlich, sondern nur vertraglich durch die Verwaltungs mbH vertreten wird. 37

II. 38

39

Der Anspruch der Klägerin scheitert jedoch daran, dass ihrer Versicherungsnehmerin, der Fa. S. Elektro-Handelsgesellschaft mbH kein Anspruch aus § 538 BGB gegen die Beklagten zusteht, da die Haftung der Beklagten für einen Wasserschaden, wie den vorliegenden, durch § 7 Abs. 3 des Mietvertrages ausgeschlossen ist. Mangels Bestehens eines Ersatzanspruchs ihrer Versicherungsnehmerin kann ein solcher somit nicht auf die Klägerin übergegangen sein.

1. 40

§ 7 Abs. 3 des Mietvertrages, der eine Haftungsfreistellung zu Gunsten der Beklagten unter anderem für Wasserschäden enthält, ist nicht wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 7 AGBG, der gem. §§ 24, 9 AGBG grundsätzlich auch im Verkehr zwischen Unternehmern Anwendung findet, unwirksam, da das AGBG hier nicht eingreift. Denn bei § 7 Abs. 3 des Mietvertrages handelt es sich jedenfalls um eine ausgehandelte Vereinbarung. 41

a) 42

Nach Ansicht des Senats ist schon fraglich, ob es sich bei dem optisch zunächst sicherlich als Formularvertrag einzustufenden Mietvertrag überhaupt um allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten handelt. Selbst wenn man dies bejaht, sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls von den Beklagten nicht im Sinne des § 1 AGBG "gestellt" worden. 43

Betrachtet man die Entwicklung der vertraglichen Beziehungen der Versicherungsnehmerin der Klägerin und der Beklagten, die von den Beklagten beginnend mit dem Jahre 1970 dargestellt worden ist und deren Ablauf die Klägerin im wesentlichen nicht bestritten hat, so ist durchaus fraglich, ob im Zusammenhang mit dem Mietvertrag von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne von § 1 AGBG gesprochen werden kann, und ob die Beklagten im Verhältnis zur Versicherungsnehmerin der Klägerin insoweit als Verwender angesehen werden können. Unstreitig haben die Mietvertragsparteien seit dem Jahre 1976 eine Vielzahl von Einzelverträgen geschlossen, hinsichtlich derer sie im Jahre 1984 damit begonnen haben, diese einzelnen Verträge zu einem einheitlichen Mietvertrag zusammen zu fassen. Mit Schreiben vom 23.3.1984 (Bl. 71 f. AH) haben die Beklagten der Versicherungsnehmerin der Klägerin "Entwürfe" u.a. für einen Gesamtmietvertrag im Bereich des Altbaus übersandt. Nach Ablauf von über einem Jahr kam es dann Ende März/Anfang April 1985 zum Abschluss des Gesamtmietvertrages, der allerdings, dies ist der Klägerin durchaus zuzugeben, äußerlich die Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen hat. Andererseits enthält aber schon der Vertrag aus dem Jahre 1985 eine Vielzahl von Streichungen und individuellen Anpassungen in § 20 Ziff. 5 bis 19, die teilweise derartig detailliert sind, dass man mit Recht die Frage stellen kann, ob hier nicht lediglich ein Formularvertragsentwurf die Grundlage für einen gemeinsam ausgehandelten Individualvertrag der Mietvertragsparteien darstellte. Hierfür spricht u.a., dass es ein Jahr gedauert hat, bis es nach Übersendung des Entwurfs zu dem Abschluss dieses Vertrages gekommen ist, wobei die Beklagten unter Beweisantritt vortragen, dass während dieser langen Verhandlungszeit jede einzelne Klausel dieses Vertrages durchgesprochen worden ist, was die Klägerin allerdings im Hinblick auf § 7 Abs. 3 bestreitet. Nach dem äußeren Bild spricht aber bereits einiges dafür, dass neben den ausdrücklich durch Streichungen und Hinzufügungen individuell ausgehandelten Klauseln des Gesamtmietvertrages, wenn man denn im übrigen von allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgehen will, auch schon im Jahre 1985 die hier streitige Klausel in § 7 Ziff. 3 individuell ausgehandelt worden ist. Denn genau bezüglich dieser Klausel findet sich eine Ergänzung in § 20 Nr. 16 findet, die nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten auf Betreiben der Versicherungsnehmerin der 44

Klägerin in den Vertrag aufgenommen worden ist. Jedenfalls in Teilbereichen, nämlich in dem der Feuerversicherung, war somit § 7 Ziff. 3 Gegenstand von Verhandlungen der Mietvertragsparteien, und es wäre angesichts dessen Sache der Klägerin gewesen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass § 7 Ziff. 3 im übrigen zwischen den Mietvertragsparteien nicht verhandelbar war.

b)

45

Dies kann aber letztlich dahingestellt bleiben, da zur Überzeugung des Senats feststeht, dass § 7 Abs. 3 des Mietvertrages aus dem Jahre 1992 keine allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten beinhaltet. Denn jedenfalls für den im Rahmen des notariellen Vertrages abgeschlossenen Mietvertrag aus dem Jahre 1992 haben die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten zur Überzeugung des Senats dargetan und durch Unterlagen belegt, dass hinsichtlich dieses Vertrages ein "Stellen" von allgemeinen Geschäftsbedingungen durch sie im Sinne des § 1 AGBG nicht vorgelegen hat. Der gesamte Akteninhalt, insbesondere aber die Schreiben Bl. 84 ff. AH sowie die Aktenvermerke Bl. 304 ff. und 308 ff. d.A. belegen überzeugend, dass hier die Beklagten die Regelung in § 7 Abs. 3 des Mietvertrages, wenn man diesen denn auf Grund seiner prinzipiellen Vorformulierung für viele Fälle als allgemeine Geschäftsbedingung ansieht, nicht gestellt haben.

Von einem Stellen von allgemeinen Geschäftsbedingungen kann nur ausgegangen werden, wenn eine Partei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag bei Vertragsschluss verlangt, was voraussetzt, dass der Verwender unter Ausschluss des anderen Teils einseitig rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt (BGHZ 130, 50, 57; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 1 Rn. 27 m.w.N.). Danach ist Verwender, wer die AGB dem Vertrag ohne jede Verhandlungsmöglichkeit zu Grunde legt. Dies entspricht dem Schutzzweck des AGB-Gesetzes, das verhindern will, dass der AGB-Verwender, der die Vertragsgestaltungsfreiheit allein in Anspruch nimmt, den anderen Teil unter Abbedingung des dispositiven Rechts unangemessen benachteiligt (Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl., Einf. vor § 1 AGBG Rn. 5 m.w.N.).

Da danach das Stellen durch die fehlende reale Verhandlungsmöglichkeit bestimmt wird, scheidet ein solches Stellen aus, wenn die andere Vertragspartei für sie erkennbar eine reale Verhandlungsmöglichkeit hat. Dabei erfordert das Bestehen dieser Verhandlungsmöglichkeit eine Kommunikation der Vertragspartner mit der selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und der möglichen Einflussnahme beider Vertragsparteien (BT-Drucks. 7/3919, S. 17). Das hiernach erforderliche selbstverantwortliche Prüfen und Abwägen setzt voraus, dass die Versicherungsnehmerin der Klägerin Kenntnis vom Inhalt und von der Bedeutung der einzelnen Klauseln nehmen konnte. Hinzu kommen muss die ernsthafte und reale Möglichkeit zur Einflussnahme durch die Versicherungsnehmerin der Klägerin, so dass sie die Bedingungen mit ihrem gesetzesfremden Kerngehalt zur Wahrnehmung ihrer berechtigten Interessen abändern konnte. Eine tatsächliche Änderung oder Ergänzung der einzelnen Bedingungen ist hingegen nicht erforderlich (Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 1 Rn. 35 m.w.N.).

Vielmehr ist die eigenverantwortliche Gestaltungsmöglichkeit im Sinne der Fähigkeit zu sinnvollem Verhandeln und zur Wahrung eigener rechtlicher Belange das entscheidende Kriterium. Im Rahmen der Wertung, ob diese Aushandlungsmöglichkeit konkret eröffnet wurde, sind alle Umstände des Einzelfalls, vor allem die intellektuellen Fähigkeiten und die berufliche Position der Verhandlungspartner und auf das Bestehen und Fehlen eines wirtschaftlichen Machtgefälles zu berücksichtigen (Raabe, NJW 1987, 1978, 1980).

50

Die Versicherungsnehmerin der Klägerin, die ohne Zweifel über genügend juristischen Rat in ihrem Konzern verfügte, und die auf Grund ihrer Marktstellung in ihrer Verhandlungsposition sicherlich zumindest eine ebenbürtige, wenn nicht gar überlegene Vertragspartnerin der Beklagten war, wie sich wiederum aus den Vermerken und dem vorgelegten Schriftwechsel ergibt, hatte nach Überzeugung des Senats jede Verhandlungsmöglichkeit. Dies folgt aus dem bereits angesprochenen Schriftwechsel, dort insbesondere aus Ziff. 7 (Bl. 305 unten d.A.), wo nicht nur hinsichtlich der Grundstücksveräußerung und der erbbaurechtlichen Regelungen, sondern insgesamt seitens der Versicherungsnehmerin der Klägerin in dem Aktenvermerk geäußert worden ist, dass Detailpunkte der zu erstellenden Verträge in Kürze besprochen und verhandelt werden sollen.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass dann, wenn man den Mietvertrag als solchen als allgemeine Geschäftsbedingungen einstuft, die Voraussetzung des Bestehens einer Aushandlungsmöglichkeit für jede einzelne Klausel festgestellt werden muss, um nicht von einem "Stellen" ausgehen zu müssen. Sind jedoch, wie hier, mehrere Klauseln eines Klauselwerks ausgehandelt und abgeändert, so liegt darin bereits ein Indiz dafür, dass die Voraussetzungen des Aushandelns auch für die nicht abgeänderten Klauseln gegeben waren (BT-Drucks. a.a.O.). Hier hat die Klägerin lediglich vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass nicht konkret über § 7 Ziff. 3 verhandelt worden ist. Sie hätte aber vortragen müssen, dass in diesem Punkt auch keine Verhandlungsmöglichkeit bestanden hat. Dazu fehlt nicht nur jeglicher Vortrag der Klägerin, das Gegenteil folgt bereits - wie ausgeführt - aus dem Schriftwechsel der Mietvertragsparteien. 51

2. 52

Aber selbst wenn man entgegen den Ausführungen unter II.1 ein Aushandeln der Regelung des § 7 Ziff. 3 ablehnen wollte, so wäre bei der dann vom Senat vorzunehmenden Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG zu berücksichtigen, dass hier die Versicherungsnehmerin der Klägerin nicht nur im Vertrag von 1985, sondern durch Einbeziehung dieses Vertrages in sämtliche nachfolgenden Mietverträge und Mietvertragsergänzungen sowie Übernahme der Klausel in den Mietvertrag von 1992 sich stets mit ihr einverstanden erklärt hat. Dies führt nach Ansicht des Senats dazu, dass man selbst bei Anwendbarkeit des AGBG hier angesichts der Marktposition und der juristischen Erfahrung der Versicherungsnehmerin der Klägerin nicht zur Unwirksamkeit der Regelung in § 7 Abs. 3 AGBG gelangen würde. 53

III. 54

Die nach Überzeugung des Senats als ausgehandelt zu wertende Regelung in § 7 Ziff. 3 ist als solche auch zulässig und wirksam. Mit dieser Klausel ist die Haftung der Beklagten gem. § 538 Abs. 1 BGB ausgeschlossen worden. Da § 538 BGB grundsätzlich dispositiv ist, sind abweichende individualvertragliche Abreden in den Grenzen der §§ 540, 138 und 242 BGB zulässig (vgl. Staudinger/Emmerich, BGB, 1995, § 538 Rn. 60). 55

Zweifellos verstößt die vorliegende Haftungsausschlussklausel nicht gegen § 540 BGB. Ebenso unzweifelhaft ist jedoch, dass die Beklagten ihre Haftung für eigenes vorsätzliches Handeln gem. § 276 Abs. 2 BGB nicht ausschließen konnten. Die Tatsache, dass dies gleichwohl vom Wortlaut der Klausel gedeckt ist, führt aber entgegen der Ansicht der Klägerin nicht zur Nichtigkeit der gesamten Klausel. Denn es ist nicht anzunehmen, dass die Mietvertragsparteien diese Klausel nicht im Rahmen des gesetzlich Zulässigen gewollt haben (§ 139 BGB). 56

Auch wenn, wie das Landgericht insoweit zutreffend ausgeführt hat, Haftungsausschlussklauseln eng auszulegen sind, so hält der Senat § 7 Abs. 3 gleichwohl gemessen an §§ 138, 242 BGB als Haftungsausschluss für grobe und leichte Fahrlässigkeit für zulässig und wirksam. Zum einen ist es bei gewerblichen Mietverträgen durchaus nicht unüblich, dass versicherbare Risiken durch den Abschluss einer Versicherung (im Drittinteresse) durch den Mieter übernommen werden. Angesichts der mit dem Alter des Mietgebäudes verbundenen Risiken einerseits und der vom Mieter (= Versicherungsnehmerin) durchgeführten Umbaumaßnahmen andererseits war eine Übernahme der Versicherungspflicht durch die Mieterin gerade angesichts der (zumindest) Gleichwertigkeit der Positionen der Mietvertragsparteien auch durchaus interessengerecht (siehe hierzu auch den ähnlich gelagerten Fall OLG Düsseldorf, VersR 1995, 55).

Im Rahmen der Überprüfung der Haftungsfreizeichnung an den Maßstäben der §§ 138, 242 BGB ist darüber hinaus zu beachten, dass § 276 Abs. 2 BGB nur den Ausschluss für eigenes vorsätzliches Handeln des Schuldners umfasst, hingegen schon die Haftung für vorsätzliches Verhalten von Erfüllungsgehilfen ausgeschlossen werden kann (Staudinger/Löwisch, a.a.O., § 276 Rn. 95). Ebenso ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass vor Inkrafttreten des AGBG der Bundesgerichtshof es im Verkehr zwischen Unternehmern für zulässig erachtet hat, dass die Haftung für grobes Verschulden bei einfachen Erfüllungsgehilfen, um den es sich vorliegend bei der Streithelferin im Rahmen der Bauarbeiten handelt, ausgeschlossen wird (Palandt, a.a.O., § 11 AGBG Rn. 38 m.w.N.). Ob dies heute im Rahmen des AGBG noch zulässig ist, ist streitig; der BGH hat diese Frage bislang noch nicht abschließend entschieden (siehe Palandt a.a.O. sowie Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rn. 45 ff.). 58

Gegen die nach alledem interessengerechte Aufrechterhaltung der Freizeichnungsklausel als Ausschluss für leichte und grobe Fahrlässigkeit spricht auch nicht die Regelung in § 22 Nr. 16 (ehemals § 20 Nr. 16) des Mietvertrages. Denn die dort getroffene Regelung bezüglich der Feuerversicherung beinhaltet lediglich die gängige Regelung nach den allgemeinen Bedingungen für die Feuerversicherung (Römer/Langheid, VVG, § 67 Rn. 34; Prölss/Martin, VVG, 26. Aufl., § 67 Rn. 80). Dass die Parteien diese Regelung bezüglich der Feuerversicherung getroffen haben, besagt daher nicht, dass sie auch für die übrigen versicherbaren Risiken einen Haftungsausschluss nur für leichte Fahrlässigkeit gewollt haben. 59

Auch die Tatsache, dass ein derart weit reichender Haftungsausschluss zur Leistungsfreiheit des Versicherers analog § 67 Abs. 1 S. 3 VVG führen kann, berührt die Wirksamkeit eines solchen Haftungsausschlusses nicht (Prölss/Martin, a.a.O., Rn. 35 m.w.N.). 60

Die Klägerin wird durch den vom Senat angenommenen Umfang des Haftungsausschlusses im übrigen auch nicht rechtlos gestellt. Sie kann im Rahmen des § 67 VVG sowohl eigene Ansprüche ihrer Versicherungsnehmerin gegen die Streithelferin der Beklagten geltend machen, als auch Ansprüche aus abgetretenem Recht, da hier der Fall einer Drittschadensliquidation im Verhältnis der Beklagten zur Versicherungsnehmerin der Klägerin vorliegt: Die Versicherungsnehmerin hat den Schaden, aber keinen vertraglichen Anspruch gegen die Streithelferin; die Beklagten haben zwar einen vertraglichen Anspruch gegen die Streithelferin, allerdings auf Grund der Haftungsfreistellung keinen eigenen Schaden. 61

Da der Haftungsausschluss in § 7 Abs. 3 des Mietvertrages sich nicht nur auf vertragliche, sondern auch auf deliktische Ansprüche der Versicherungsnehmerin der Klägerin erstreckt (MünchKomm/Volskow, BGB, 2. Aufl., § 538 Rn. 16; Staudinger a.a.O., § 538 Rn. 60; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Aufl., § 538 Rn. 40 jeweils m.w.N.), war die Klage insgesamt 62

als unbegründet abzuweisen.

IV. 63

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 101, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 64

Streitwert für das Berufungsverfahren und zugleich Wert der Beschwerde für die Klägerin:
148.156,11 DM. 65