

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 162/95

Verkündet am:
11. Dezember 1997
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1997 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Ullmann, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung ihres Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 18. Mai 1995 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat:

Gegen die Beklagte zu 1:

Im Umfang von 61.430,91 DM nebst Zinsen in Höhe von

5,00 % vom 1.8.1992 bis 11.8.1992,
12,50 % vom 12.8.1992 bis 20.9.1992,
12,00 % vom 21.9.1992 bis 28.2.1993,
11,75 % vom 1.3.1993 bis 9.5.1993,
11,25 % vom 10.5.1993 bis 31.7.1993,
10,75 % vom 1.8.1993 bis 31.8.1993,
10,25 % vom 30.9.1993 bis 30.11.1993,
9,75 % seit dem 1.12.1993 und

- 3 -

weiteren Zinsen aus 153.577,28 DM in Höhe von

4,00 % vom 12.8.1992 bis 20.9.1992,
3,50 % vom 21.9.1992 bis 28.2.1993,
3,25 % vom 1.3.1993 bis 9.5.1993,
2,75 % vom 10.5.1993 bis 31.7.1993,
2,25 % vom 1.8.1993 bis 31.8.1993,
1,75 % vom 30.9.1993 bis 30.11.1993,
1,25 % seit dem 1.12.1993.

Gegen die Beklagte zu 2:

Im Umfang von 1.621,12 DM nebst Zinsen in Höhe
von

5,00 % vom 1.8.1992 bis 11.8.1992,
12,50 % vom 12.8.1992 bis 20.9.1992,
12,00 % vom 21.9.1992 bis 28.2.1993,
11,75 % vom 1.3.1993 bis 9.5.1993,
11,25 % vom 10.5.1993 bis 31.7.1993,
10,75 % vom 1.8.1993 bis 31.8.1993,
10,25 % vom 30.9.1993 bis 30.11.1993,
9,75 % seit dem 1.12.1993 und

weiteren Zinsen aus 4.052,80 DM in Höhe von

4,00 % vom 12.8.1992 bis 20.9.1992,
3,50 % vom 21.9.1992 bis 28.2.1993,
3,25 % vom 1.3.1993 bis 9.5.1993,
2,75 % vom 10.5.1993 bis 31.7.1993,
2,25 % vom 1.8.1993 bis 31.8.1993,



1,75 % vom 30.9.1993 bis 30.11.1993,
1,25 % seit dem 1.12.1993.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagten als Lagerhalter wegen des Verlustes eingelagerter Ware auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin erwarb von der inzwischen in Konkurs geratenen Firma O. S. (im folgenden: O.S.) - teilweise im Wege sog. Pensionsgeschäfte, wonach O.S. sich verpflichtete, die Ware später von der Klägerin zu vereinbarten höheren Preisen zurückzukaufen - in Säcken verpackte Kokosraspeln, die unter Zugrundelegung der Hamburger Lagerungsbedingungen (HLB) bei den Beklagten eingelagert waren. Im Rahmen dieser Geschäfte übereignete O.S. die Ware an die Klägerin unter Übergabe der von den Beklagten ausgestellten Lagerscheine und gleichzeitiger Abtretung ihrer Ansprüche auf Herausgabe des Lagergutes gegen den Lagerhalter.

Zusätzlich zu diesen als "Lagerscheinware" bezeichneten Partien lagerten bei der Beklagten zu 1 weitere 2.539 Säcke mit Kokosraspeln der O.S., für die keine Lagerscheine ausgestellt worden waren (sog. Lieferscheinware). Für diese Ware übergab O.S. der Klägerin Lieferscheine und verschaffte ihr das Eigentum daran durch Abtretung der Herausgabeansprüche gegen die Beklagte zu 1.

Im Juli 1990 zogen die Beklagten die ursprünglich ausgestellten Lagerscheine ein und händigten der Klägerin Zug um Zug neu ausgestellte Lagerscheine (M 100 bis M 103) aus, welche nunmehr die Klägerin als Einlagerin auswiesen.

Im Zuge einer von den Beklagten vorgenommenen Umlagerung übernahm die Beklagte zu 1 eine ursprünglich bei der Beklagten zu 2 eingelagerte Partie Kokosraspeln, für die die Beklagte zu 1 der Klägerin den Lagerschein M 104 ausstellte. Die Beklagte zu 2 übernahm umgekehrt eine anfangs bei der Beklagten zu 1 eingelagerte Partie und stellte der Klägerin hierfür den Lagerschein B 220/1 aus.

Am 16./19. Juli 1990 hat die Klägerin das Eigentum an den in den Lagerscheinen bezeichneten Waren auf ihre Banken übertragen und an diese ihre Ansprüche auf Herausgabe des Lagergutes gegen den Lagerhalter abgetreten.

Als im Juli 1990 über das Vermögen der O.S. das Konkursverfahren eröffnet wurde, führten die Beklagten eine Inventur durch. Dabei stellte sich heraus, daß von der bei der Beklagten zu 1 lagernden "Lieferscheinware" 682 Säcke fehlten. Mit Schreiben vom 12. Dezember 1991 teilte die Beklagte zu 1 in bezug auf die "Lagerscheinware" eine Fehlmenge von insgesamt 2.624 Säcken mit, von denen auf die Lagerscheine M 100 bis M 103 1.370 Sack, auf den Lagerschein M 104 1.169 Sack und auf den Lagerschein B 220/1 85 Sack entfielen. Die in Verlust geratene Ware hatte ein durchschnittliches Gewicht von 47,68 kg pro Sack.

Die Klägerin nimmt die Beklagte zu 1 wegen der in deren Lagern aufgetretenen Verluste auf Schadensersatz in Anspruch. Soweit es bei den umgelagerten Partien zu Verlusten gekommen ist, verlangt sie von den Beklagten als Gesamtschuldnern Schadensersatz. Die Klägerin hat behauptet, sie

habe die Lagerscheine im Frühjahr 1991 von ihren Banken treuhänderisch zum Inkasso zurückerhalten. Die abhanden gekommene Ware hätte sie zum Durchschnittspreis von 1,40 DM/kg veräußern können.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu 1 zur Zahlung von
164.370,12 DM nebst Zinsen zu verurteilen;
2. die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner
zur Zahlung weiterer 100.000,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagten sind dem nach Grund und Höhe entgegengetreten. Sie haben vorgebracht, bei den Pensionsgeschäften zwischen O.S. und der Klägerin habe es sich um Kredit- und Kreditsicherungsgeschäfte gehandelt, die wegen Wuchers nichtig seien. Jedenfalls seien die geltend gemachten Schadensersatzforderungen verjährt, weil die Klägerin spätestens seit Mitte Oktober 1990 Kenntnis von den Verlusten gehabt habe.

Das Landgericht hat die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 80.084,28 DM und die Beklagten zu 1 und 2 gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 73.303,32 DM verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat - unter Klageabweisung im übrigen - die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 153.577,28 DM und die Beklagte zu 2 zur Zahlung von 4.052,80 DM, jeweils nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, erstrebt die Klägerin - unter Einbeziehung der vom Berufungsgericht bereits zugesprochenen Beträge - die Verurteilung der Beklagten zu 1 zur Zahlung von insgesamt 136.975,10 DM und der Beklagten zu 1 und 2 gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 83.707,-- DM, jeweils nebst Zinsen.

Die Revision der Beklagten, mit der sie eine Abweisung der Klage insgesamt erstrebt haben, hat der Senat nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat der Klägerin wegen der streitgegenständlichen Verluste dem Grunde nach aus § 417 Abs. 1 i.V. mit § 390 Abs. 1 HGB Schadensersatz zuerkannt. Zur gesamtschuldnerischen Haftung und zur Schadenshöhe hat es ausgeführt:

Eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten für den teilweisen Verlust der in den Lagerscheinen M 104 und B 220/1 bezeichneten Partien komme nicht in Betracht. Zwar seien insoweit ursprünglich Lagerscheine von der jeweils anderen Beklagten ausgestellt worden. Da jedoch die Ausstellung der neuen Lagerscheine jeweils mit Einverständnis der Klägerin und der beiden Beklagten erfolgt sei, liege eine Vertragsübernahme vor. Es habe dem im Wege der Auslegung zu ermittelnden rechtsgeschäftlichen Willen aller drei Beteiligten entsprochen, daß die Rechte und Pflichten aus

den betreffenden Lagerverträgen auf den Lagerhalter übergehen sollten, von dem die neuen Scheine stammten. Die Beklagte zu 1 habe daher für die Fehlbestände der im Lagerschein M 104 (1.169 Sack), die Beklagte zu 2 habe für die der im Lagerschein B 220/1 (85 Sack) ausgewiesenen Partien einzustehen.

Nach den Hamburger Lagerungsbedingungen sei der gemeine Wert des in Verlust geratenen Gutes zu ersetzen, den die Beklagten selbst mit 1,10 DM/kg angegeben hätten. Mangels anderer schriftlicher Vereinbarungen könne die Klägerin aber nur die in § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB vorgesehene Haftungshöchstsumme von 100,-- DM je 100 kg brutto der fehlenden Teilmenge beanspruchen. Da sich das durchschnittliche Gewicht pro Sack auf 47,68 kg belaufen habe, schuldeten die Beklagte zu 1 für den Verlust von insgesamt 3.221 Sack 153.577,28 DM und die Beklagte zu 2 für den Verlust von 85 Sack 4.052,80 DM Schadensersatz. Die in § 12 Nr. 1 HLB vorgesehene Haftungsobergrenze von 5.000,-- DM komme im Streitfall nicht zur Anwendung, weil die Beklagten nicht dargetan hätten, worauf die Verluste beruhten und daß der gesamte Schaden durch dasselbe Ereignis oder einer ganz bestimmten Anzahl von Ereignissen entstanden sei.

Die geltend gemachten Zinsen stünden der Klägerin nach §§ 352, 353 HGB, §§ 284, 286 Abs. 1 BGB nur teilweise zu. Sie habe durch Vorlage einer Zinsbescheinigung der V. - bank AG zwar nachgewiesen, daß sie seit August 1992 in Höhe der ihr zuerkannten Forderung ständig Kredit in Anspruch genommen habe. Die Zinsbescheinigung besage aber nichts über den tatsächlichen Zinsaufwand, weil sich die beschei-

nigten Zinssätze lediglich auf eines der Konten der Klägerin bei der V. bank bezögen. Im Wege einer Schätzung gem. § 287 ZPO sei davon auszugehen, daß die Klägerin durchschnittlich mindestens 8,5 % Zinsen während des Verzugszeitraums für die Kredite bei der V. bank habe aufwenden müssen.

II. Die Revision der Klägerin hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit das Berufungsgericht die Zahlungsklage gegen die Beklagte zu 1 in Höhe eines Betrages von 61.430,91 DM nebst Zinsen und gegen die Beklagte zu 2 in Höhe eines Betrages von 1.621,12 DM nebst Zinsen abgewiesen hat.

1. Die Revision wendet sich allerdings ohne Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht hinsichtlich der Fehlbestände der Waren, auf die sich die Lagerscheine M 104 (= 1.169 Sack Kokosraspeln) und B 220/1 (= 85 Sack Kokosraspeln) beziehen, eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten verneint hat. Die Annahme des Berufungsgerichts, für die Verluste sei insoweit nur der jeweilige Aussteller der Lagerscheine, d.h. für den Lagerschein M 104 allein die Beklagte zu 1 und für den Lagerschein B 220/1 nur die Beklagte zu 2, als passivlegitimiert anzusehen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie beruht auf der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellung, daß die im Rahmen der Umlagerung erfolgte Ausstellung neuer Lagerscheine im Einverständnis der Klägerin und der beiden Beklagten erfolgt sei, so daß von einer Vertragsübernahme auszugehen sei.

Diese tatrichterliche Auslegung der Willenserklärungen der drei Beteiligten ist in der Revisionsinstanz nur be-

schränkt darauf überprüfbar, ob sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln oder Denkgesetze verstößt, erfahrungswidrig ist, wesentlichen Tatsachenstoff außer acht läßt oder von einer unzutreffenden rechtlichen Würdigung beeinflusst wird. Derartige Rechtsfehler werden von der Revision nicht aufgezeigt und sind auch nicht ersichtlich.

Entgegen der Ansicht der Revision ist die Ausstellung eines neuen Lagerscheins durch denjenigen, bei dem die Ware nach der Umlagerung eingelagert ist, nicht - neben einer Erfüllungsübernahme gegenüber dem bisherigen Lagerhalter gem. § 329 BGB - als echter Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB, durch den ein unmittelbarer Anspruch des Einlagerers gegen den neuen Lagerhalter begründet würde, zu werten. Ein echter Vertrag zugunsten der Klägerin käme grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die Beklagten miteinander einen Unterlagervertrag geschlossen hätten, aus dem der Klägerin eigene Rechte zustehen sollten. Gegen eine solche Annahme spricht schon, daß die Beklagten - wie vom Berufungsgericht (BU 14) in anderem Zusammenhang festgestellt - in sämtlichen neuen Namenslagerscheinen bekannt haben, die Ware für Rechnung und Gefahr der Klägerin zu verwahren.

Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Auslegung dem allgemeinen Gläubigerinteresse nicht genügend Rechnung getragen, nicht einem Schuldner ausgesetzt zu sein, dessen Zuverlässigkeit nicht ersichtlich sei, greift nicht durch. Für die Auslegung sind die konkreten Umstände des Einzelfalls maßgebend. Vorliegend ist zu berücksichtigen, daß die Beklagten lediglich als Obhutspersonen für einen bestimmten Warenposten untereinander ausgewechselt wurden und ihre Haftung sich damit allein auf jeweils andere Warenposten erstreckte. Zudem ist der Inha-

ber der Beklagten zu 1 zugleich der Geschäftsführer der Beklagten zu 2. Angesichts dieser Umstände kann keine Rede davon sein, daß sich die Klägerin bei einer befreienden Schuldübernahme einem Schuldner gegenübergesehen hätte, dessen Zuverlässigkeit für sie nicht erkennbar war. Die Annahme einer Vertragsübernahme durch das Berufungsgericht kann danach nicht als erfahrungswidrig angesehen werden.

2. Die Revision beanstandet jedoch mit Erfolg, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs der Klägerin aus § 417 Abs. 1, § 390 Abs. 1 HGB die Haftungshöchstsumme gemäß § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB von 100,-- DM pro 100 kg Bruttogewicht der fehlenden Teilmenge zugrunde gelegt hat.

a) Der Auffassung der Revision, das Berufungsgericht hätte die haftungsbeschränkende Vorschrift des § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB schon deshalb nicht anwenden dürfen, weil die Beklagten sich darauf nicht berufen hätten, kann allerdings nicht beigetreten werden.

Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts haben den streitgegenständlichen Lagerverträgen der Beklagten die Hamburger Lagerungsbedingungen zugrunde gelegen. Als orts- und branchenübliche Geschäftsbedingungen mußten die HLB der Klägerin auch bekannt sein, so daß es eines Vortrags des Klauselwerks im einzelnen nicht bedurfte. Da die haftungsbeschränkende Klausel des § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB eine unmittelbare Rechtsfolgeregelung enthält, war sie bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 16.1.1997 - I ZR 208/94, TranspR 1997, 294, 296 = VersR 1997, 1020 zu § 54 lit. a Nr. 1 ADSP; Helm

in: GroßkommHGB, 4. Aufl., Anh. I zu § 415 HGB, § 54 ADSp Rdn. 2).

b) Die Revision rügt dagegen mit Erfolg, daß das angefochtene Urteil eine unzulässige Überraschungsentscheidung darstellt, weil das Berufungsgericht nicht darauf hingewiesen habe, daß es § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB im Streitfall für anwendbar halte. Nach § 278 Abs. 3 ZPO ist das Gericht verpflichtet, auf einen von einer Partei erkennbar übersehenen rechtlichen Gesichtspunkt, auf den es seine Entscheidung stützen will, hinzuweisen und Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Davon, daß ein rechtlicher Gesichtspunkt übersehen wurde, ist in der Regel auszugehen, wenn - wie im Streitfall - keine Partei auf ihn eingegangen ist (vgl. BGH, Urt. v. 20.6.1990 - VIII ZR 158/89, WM 1990, 1577, 1579; Urt. v. 23.9.1992 - I ZR 248/90, NJW 1993, 667 - Vertragsauslegung). Dieser Grundsatz gilt auch für die auf einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruhenden Erwägungen, auf die keine der Parteien eingegangen ist (vgl. OLG Düsseldorf MDR 1982, 855). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Prozeßbeteiligten den Gesichtspunkt hätten erkennen müssen (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 20. Aufl., § 278 Rdn. 8; Zöllner/Greger, ZPO, 20. Aufl., § 278 Rdn. 6).

Das Berufungsurteil beruht, soweit es die Klägerin beschwert, wesentlich auf der Anwendung von § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB. Diese Bestimmung wurde, wie die Revision zutreffend geltend macht, in den Vorinstanzen von den Parteien nicht erörtert. Die Beklagten haben sich lediglich auf § 12 Nr. 2 HLB bezogen, der die Haftung des Lagerhalters auf den un-

mittelbaren Sachschaden beschränkt. Bei einem rechtzeitigen Hinweis hätte die Klägerin, wie die Revision im einzelnen ausführt, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Einlassungspflicht der Spediteure und Lagerhalter (vgl. u.a. BGHZ 127, 275, 284; 129, 345, 350 f.) mit Beweisantritt zu einem grob fahrlässigen Organisationsverschulden der leitenden Angestellten der Beklagten näher vorgetragen und insbesondere dargelegt, daß die Lagerorganisation der Beklagten grundlegenden Sorgfaltsanforderungen nicht genügt habe, weil es an zumutbaren Maßnahmen gegen das Abhandenkommen von Lagergut durch eine ausreichende Ausgangskontrolle und Lagerüberwachung gefehlt habe. Im Falle eines grob fahrlässigen Organisationsverschuldens der Beklagten oder eines ihrer leitenden Angestellten hätten sie sich gemäß § 14 HLB nicht auf die Haftungsbeschränkungen nach § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB berufen können. Dazu bedarf es weiterer tatrichterlicher Feststellungen.

Entgegen der Ansicht der Revision konnte das Berufungsgericht nicht schon aufgrund des Vorbringens in der Klageschrift (GA I 5) zur Annahme einer groben Fahrlässigkeit i.S. von § 14 HLB gelangen. Die Klägerin hat dort vorgetragen, die Beklagten hätten vorprozessual eingeräumt, daß die Verluste aufgrund von Falschauslieferungen nach einem Zusammenbruch des Computersystems eingetreten seien. Zu den Falschauslieferungen sei es gekommen, weil die Beklagten nach dem Zusammenbruch ihrer EDV eine körperliche Aufnahme des Lagerbestandes und dessen Zuordnung zu den einzelnen Herausgabeansprüchen unterlassen hätten. Die Beklagten haben die Verluste demgegenüber darauf zurückgeführt,

daß im Zusammenhang mit der Umstellung ihrer Lagerbuchhaltung auf EDV die Herausgabe von Waren auf Lieferschein nicht erfaßt worden sei (GA I 78). Daraus kann nicht ohne weiteres auf einen besonders schweren Sorgfaltsverstoß geschlossen werden. Die für das Vorliegen der Voraussetzungen einer groben Fahrlässigkeit grundsätzlich beweispflichtige Klägerin hat ihr Vorbringen in der Klageschrift nicht unter Beweis gestellt. Danach ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht auf der Grundlage des bisherigen Parteivortrags nicht zur Annahme einer groben Fahrlässigkeit der Beklagten gelangt ist.

c) Darüber hinaus kann zu erwägen sein, ob § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB wegen der darin vorgesehenen geringen Haftungshöchstbeträge von 100,-- DM pro 100 kg Bruttogewicht des Verlustgutes - etwa mit Blick auf den in § 11 Nr. 5 AGBG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken - nach § 9 AGBG unwirksam ist. Das Berufungsgericht hat diese von der Revision (unter Berufung auf Koller in GroßkommHGB, 4. Aufl., Anh. V § 424 Rdn. 41 a.E.) zur Nachprüfung gestellte Frage bislang unerörtert gelassen. Sie läßt sich beim gegenwärtigen Sach- und Streitstand noch nicht abschließend beurteilen.

Eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit, wie sie § 14 HLB enthält, ist zwar gemäß § 11 Nr. 7 AGBG grundsätzlich statthaft. Sie darf jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht zur Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners des Klauselverwenders führen, etwa weil sie ihm solche Rechte wegnimmt oder einschränkt, die

ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat. Ferner darf die Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, daß der Klauselverwender von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf (vgl. BGHZ 89, 363, 367 f.; BGH, Urt. v. 23.2.1984 - VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016, 3018; Urt. v. 11.11.1992 - VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335, 336 m.w.N.). Dementsprechend wird die formularmäßige Begrenzung der Haftung bei Verletzung sog. Kardinalpflichten auf einen Höchstbetrag grundsätzlich auch gegenüber Kaufleuten für unwirksam erachtet, wenn die Haftungshöchstsumme die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden nicht abdeckt (vgl. BGHZ 89, 363, 368 f.; BGH NJW 1985, 3016, 3018; NJW 1993, 335, 336; Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl., § 11 Nr. 7 Rdn. 35 f.; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl., § 9 Rdn. L 5 und § 11 Nr. 7 Rdn. 55, 57; Paulusch, DWiR 1992, 182, 189).

Bei der Beurteilung der Frage, ob § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB einer an den Maßstäben des § 9 AGBG ausgerichteten Inhaltskontrolle standhält, wird eine Gesamtwürdigung aller Umstände unter angemessener Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 24 Satz 2 Halbs. 2 AGBG) vorzunehmen sein. Eine umfassende Würdigung des Zusammenspiels der einzelnen Klauseln des in Rede stehenden Regelungswerkes kann dabei ebenso von Bedeutung sein wie die Frage, welche Wirtschaftskreise an der Aufstellung der Hamburger Lagerungsbedingungen mitgewirkt und ob diese bei den beteiligten Verkehrskreisen allgemeine

Anerkennung gefunden haben. Ferner ist zu berücksichtigen, daß es dem Klauselverwender freistehen muß, anderweitig für eine Kompensation der Nachteile seines Vertragspartners zu sorgen (vgl. BGH, Urt. v. 12.5.1980 - VII ZR 166/79, NJW 1980, 1953); weiter, ob es dem Einlagerer zumutbar ist, sich gegen Schäden, die von § 12 Nr. 1 Satz 2 HLB nicht mehr gedeckt werden, zu versichern. Sofern es bei der erneuten Entscheidung auf die AGBG-Konformität dieser Regelung ankommen sollte, werden die Parteien im wiedereröffneten Berufungsrechtszug Gelegenheit haben, zu dem dem Haftungs- und Versicherungssystem der HLB zugrundeliegenden wirtschaftlichen Sachverhalt und zur beiderseitigen Interessenlage im Rahmen des Gesamtgefüges der HLB näher vorzutragen.

3. Die Revision wendet sich auch mit Erfolg gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Schätzung des der Klägerin entstandenen Verzugsschadens. Es ist zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn der Tatrichter über die Höhe des den gesetzlichen Zinssatz übersteigenden Verzugsschadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet (vgl. BGH, Urt. v. 2.12.1982 - III ZR 90/81, NJW 1983, 1420, 1423; Urt. v. 26.10.1983 - IVa ZR 21/82, NJW 1984, 371, 372). Das Gericht darf jedoch bei einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO nicht wesentliches Parteivorbringen übergehen oder aus unzutreffenden Erwägungen außer acht lassen.

Die Klägerin hat sich im Streitfall zum Nachweis ihres Zinsschadens auch auf das Zeugnis des Bankangestellten H.

berufen. Diesen hätte das Berufungsgericht, wie die Re-

vision zutreffend rügt, vor einer Schätzung des Verzugs-
schadens nach § 287 Abs. 1 ZPO vernehmen müssen, wenn es
die von der Klägerin beigebrachte Zinsbescheinigung der
V. bank zum Nachweis für den geltend gemachten Zins-
schaden nicht für ausreichend hielt. Der Zeuge H. war
im Termin vor dem Einzelrichter des Berufungsgerichts am
20. März 1995 anwesend und wurde auch zu einem anderen Be-
weisthema vernommen. Die unterlassene Vernehmung des Zeugen
zu dem von der Klägerin behaupteten Verzugsschaden stellt
unter diesen Umständen einen Ermessensfehlgebrauch des Be-
rufungsgerichts dar.

III. Danach war das angefochtene Urteil auf die Revi-
sion der Klägerin unter Zurückweisung des Rechtsmittels im
übrigen in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuhe-

ben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Ullmann

Bornkamm

Pokrant