BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 198/03

Verkündet am:
28. September 2006
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

ZPO § 287

Die Vorlage einer erst zehn Tage nach der Einlieferung einer Sendung erstellten Rechnung reicht für den Nachweis, dass die Sendung die in der Rechnung angegebenen Waren enthalten hat, nicht aus.

BGH, Urt. v. 28. September 2006 - I ZR 198/03 - OLG Köln
LG Bonn

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 2006 durch die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen sowie der Anschlussrevision des Klägers das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 5. August 2003 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht über einen Betrag von 3.673,22 € (Schadensfälle G. und W.) nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 30. Juli 2002 hinaus zum Nachteil der Beklagten erkannt hat.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger, der sich mit dem Handel von Diamanten befasst, nimmt die Beklagte, die Deutsche Post AG, wegen des Verlusts von drei am 15. und 17. Mai 2002 in der Zweigstelle der Beklagten in Düsseldorf eingelieferten Paketsendungen auf Schadensersatz in Anspruch. Die Pakete waren mit sogenannten "Freeway"-Paketmarken versehen, die der Kläger zuvor bei der Beklagten erworben und anschließend entsprechend der auf ihnen enthaltenen Anweisung ausgefüllt hatte. Mit "Freeway"-Paketmarken können Pakete entsprechend ihrem Gewicht, bis zu einem Höchstgewicht von 20 kg, vorfrankiert zur Beförderung in einer Filiale oder einer Agentur der Beklagten abgegeben oder einem Paketzusteller der Beklagten mitgegeben werden. Die Einlieferung kann auf dem mit Namen und Anschrift von Absender und Empfänger ausgefüllten oberen Abschnitt der Paketmarken quittiert werden. Die Paketmarken enthalten einen Hinweis auf die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG PAKET/EXPRESS NATIONAL.

2 Ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen PAKET/EXPRESS NATIONAL (im Folgenden: AGB), die bis dahin in Abschnitt 2 Abs. 2 Nr. 7 nur für Express-Sendungen einen Beförderungsausschluss für Edelsteine im Wert von mehr als 1.000 DM enthielten, hat die Beklagte zum 1. März 2002 dahin geändert, dass Edelsteine mit einem Wert von mehr als 500 € von der Versendung ausgenommen sind. Die Änderung ihrer AGB hat die Beklagte branchenweit bekannt gemacht. Kunden, mit denen sie spezielle Verträge oder Rahmenverträge abgeschlossen hatte (sogenannte Geschäftskunden), hat sie unter Übersendung der neuen AGB angeschrieben. Diese Geschäftskunden hatten besondere vertragliche Verpflichtungen übernommen; beispielsweise hatten sie die Sendungen in bestimmter Form zu verpacken und darauf zu achten, dass äußerlich

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

kein Hinweis auf den Inhalt gegeben wurde. Diesen Geschäftskunden räumte die Beklagte die Möglichkeit ein, bis zum 1. Juli 2002 die ab dem 1. März 2002 als Ausschlussgüter bezeichneten Waren wie Schmuck, Uhren und Edelsteine mit einem Warenwert über 500 € weiterhin zu versenden. Mit dem Kläger war ein solcher Geschäftskundenvertrag nicht geschlossen worden.

3 Die seinerzeit geltenden Abschnitte 2, 3 und 6 der AGB (Stand: 1. März 2002) hatten folgenden Wortlaut:

> **"2 Vertragsverhältnis - Begründung und Ausschlüsse**
>
> (1) Beförderungsverträge kommen vorbehaltlich der Regelung in Absatz 2 durch die Übergabe von Sendungen durch oder für den Absender und deren Übernahme in die Obhut der Deutschen Post oder von ihr beauftragter Unternehmen (*Einlieferung bzw. Abholung*) nach Maßgabe der vorliegenden AGB zustande. ...
>
> (2) Die Deutsche Post schließt keinen Vertrag über die Beförderung folgender Sendungen (*ausgeschlossene Sendungen*); Mitarbeiter der Deutschen Post und sonstige Erfüllungsgehilfen sind nicht berechtigt, Beförderungsverträge über solche Sendungen zu schließen:
>
> ...
>
> 6. Sendungen, die Geld, Edelmetalle, Schmuck, Uhren, Edelsteine, Scheck-, Kreditkarten, gültige Telefonkarten oder andere Zahlungsmittel oder Wertpapiere, für die im Schadensfall keine Sperrungen sowie Aufgebots- und Ersatzverfahren durchgeführt werden können (*Valoren II. Klasse*), im Gesamtwert von mehr als 500 € enthalten;
>
> ...
>
> (3) Entspricht eine Sendung hinsichtlich ihrer Beschaffenheit (Größe, Format, Gewicht, Inhalt usw.) oder in sonstiger Weise nicht den in Abschnitt 1 Abs. 2 genannten Bedingungen oder diesen AGB, so steht es der Deutschen Post frei,

1. die Annahme der Sendung zu verweigern oder

2. eine bereits übergebene/übernommene Sendung zurückzugeben oder zur Abholung bereitzuhalten oder

3. diese ohne Benachrichtigung des Absenders zu befördern und ein entsprechendes Nachentgelt gemäß Abschnitt 5 Abs. 3 zu erheben.

Entsprechendes gilt, wenn bei Verdacht auf ausgeschlossene Sendungen oder auf sonstige Vertragsverstöße der Absender auf Verlangen der Deutschen Post Angaben dazu verweigert.

(4) Erlangt die Deutsche Post erst nach Übergabe der Sendung Kenntnis davon, dass die Sendung ausgeschlossene Güter enthält, oder verweigert der Absender auf Verlangen der Deutschen Post bei Verdacht auf ausgeschlossene Güter Angaben dazu, erklärt die Deutsche Post bereits jetzt die Anfechtung des Beförderungsvertrages wegen Täuschung. Die Deutsche Post ist nicht zur Prüfung von Beförderungsausschlüssen gemäß Absatz 2 verpflichtet; sie ist jedoch bei Verdacht auf solche Ausschlüsse zur Öffnung oder Überprüfung der Sendungen berechtigt.

...

3 Rechte, Pflichten und Obliegenheiten des Absenders

...

(3) Dem Absender obliegt es, ein Produkt der Deutschen Post AG oder ihrer verbundenen Unternehmen mit der Haftung zu wählen, die seinen Schaden bei Verlust, Beschädigung oder einer sonst nicht ordnungsgemäßen Leistung am ehesten deckt.

...

6 Haftung

(1) Die Deutsche Post haftet für Schäden, die auf eine Handlung oder Unterlassung zurückzuführen sind, die sie, einer ihrer Leute oder ein sonstiger Erfüllungsgehilfe (§ 428 HGB) vorsätzlich oder leichtfertig und in dem Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, begangen hat, ohne Rücksicht auf die nachfolgenden Haftungsbeschränkungen. Für Schäden, die auf das Verhalten ihrer Leute oder Erfüllungsgehilfen zurückzuführen sind, gilt dies nur, soweit diese Personen in Ausübung ihrer Verrichtungen gehandelt haben. ...

> (2) Die Deutsche Post haftet im Übrigen für Verlust, Beschädigung und Lieferfristüberschreitung von **bedingungsgerechten** Sendungen sowie für die schuldhafte nicht ordnungsgemäße Erfüllung sonstiger Verpflichtungen nur im Umfang des unmittelbaren vertragstypischen Schadens bis zu den gesetzlichen Haftungsgrenzen. Die Deutsche Post ist auch von dieser Haftung befreit, soweit der Schaden auf Umständen beruht, die sie auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden und deren Folgen sie nicht abwenden konnte (z.B. Streik, höhere Gewalt). Die in §§ 425 Abs. 2 und 427 HGB genannten Fälle der Schadensteilung und besonderen Haftungsausschlussgründe bleiben unberührt. Die Deutsche Post haftet ferner nicht für ausgeschlossene Sendungen gemäß Abschnitt 2 Absatz 2.
>
> ..."

4 Die von dem Kläger der Beklagten zur Beförderung übergebenen Pakete enthielten nach seiner Behauptung jeweils Brillanten, die der Kläger an Kunden in Marl (W.), Engelskirchen (P.) und Mönchengladbach (G.) zu Preisen von 2.452,63 €, 550,20 € und 4.893,80 € verkauft hatte.

5 Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 7.896,63 € nebst Zinsen zu zahlen.

6 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat die Auffassung vertreten, dass sie dem Kläger im Hinblick auf ihre AGB keinen Schadensersatz zu leisten habe.

7 Das Berufungsgericht hat der im ersten Rechtszug erfolglosen Klage in Höhe von 3.948,32 € stattgegeben und die Berufung des Klägers im Übrigen zurückgewiesen (OLG Köln TranspR 2004, 28 = VersR 2003, 1598).

8 Mit ihrer (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

9 Der Kläger wendet sich mit seiner Anschlussrevision gegen die teilweise Abweisung der Klage. Die Beklagte beantragt, die Anschlussrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

10 I. Das Berufungsgericht hat eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach bejaht, wegen eines Mitverschuldens des Klägers diesem aber nur einen Anspruch auf Ersatz der Hälfte des eingetretenen Schadens zugesprochen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 Zwischen den Parteien sei trotz der Regelung in Abschnitt 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB durch die Annahme und Beförderung der Sendungen ein Frachtvertrag i.S. des § 407 HGB zustande gekommen. Die Beklagte habe keinen Gebrauch von den in Abschnitt 2 Abs. 3 AGB enthaltenen Möglichkeiten gemacht. Die in Abschnitt 2 Abs. 4 AGB erklärte Anfechtung greife nicht durch. Ein arglistiges Verhalten des Klägers i.S. von § 123 Abs. 1 BGB habe die Beklagte nicht dargelegt. Die in Abschnitt 2 Abs. 2 Nr. 6 und Abschnitt 6 Abs. 2 Satz 4 AGB enthaltenen Bestimmungen regelten einen Haftungsausschluss. Dieser sei gemäß § 449 Abs. 2 HGB unwirksam. Der Frachtvertrag habe auch nicht die Beförderung von Briefen und briefähnlichen Sendungen i.S. von § 449 Abs. 1 Satz 1 HGB zum Gegenstand gehabt. Mangels hinreichenden Sachvortrags sei ein qualifiziertes Verschulden der Beklagten i.S. von § 435 HGB zu vermuten.

12 Der Kläger müsse sich jedoch ein Mitverschulden anrechnen lassen. Der Versand wertvoller Schmuckstücke im Wege des "Freeway"-Paketdienstes er-

scheine riskant. Die Beklagte habe auf ihre AGB hingewiesen, nach denen sie bestimmte Güter grundsätzlich nicht befördern wolle. Bei Kenntnis vom Inhalt der Pakete hätte sie die Beförderung nach ihren AGB ablehnen oder den Absender auf eine andere Transportart verweisen können. Ein Absender begebe sich in einen beachtlichen Selbstwiderspruch, wenn er einerseits eine Sache aufgebe, obwohl er wisse oder wissen müsse, dass der Frachtführer die Haftung hierfür ablehne, andererseits im Schadensfall aber den vollen Ersatz verlange. Die Verschuldens- und Verursachungsanteile der Parteien seien in etwa gleich zu bewerten, so dass der Kläger von der Beklagten Ersatz der Hälfte des eingetretenen Schadens verlangen könne.

13 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung insoweit stand, als das Berufungsgericht in den Schadensfällen G. und W. zum Nachteil der Beklagten entschieden hat. Mit Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten gegen ihre Verurteilung im Schadensfall P. . Keinen Erfolg hat dagegen die Anschlussrevision des Klägers.

14 1. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen für eine vertragliche Haftung der Beklagten nach §§ 407, 425 Abs. 1 HGB ohne Rechtsverstoß bejaht.

15 a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass mit der Einlieferung der Sendungen bei der Zweigstelle der Beklagten trotz der Verbotsgutklausel in Abschnitt 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB zwischen den Parteien wirksame Frachtverträge durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen sind. Wie der Senat für die insoweit inhaltlich übereinstimmenden AGB der Beklagten mit Stand vom 1. März 2001 entschieden hat, stehen diese der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) nicht entgegen, dass die Beklagte ungeachtet des Wortlauts der Verbotsgutklausel einen Vertrag schließen will, wenn sie Pakete tatsächlich und

ohne Vorbehalt befördert, die - nicht erkennbar - nach ihren AGB ausgeschlossene Sendungen enthalten (BGH, Urt. v. 30.3.2006 - I ZR 123/03 Tz 15 ff., NJW-RR 2006, 1210 = TranspR 2006, 254, zur Veröffentlichung in BGHZ 167, 64 vorgesehen; vgl. ferner BGH, Urt. v. 29.6.2006 - I ZR 176/03 Tz 18 f., TranspR 2006, 390). Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die AGB der Beklagten in der zum 1. März 2002 geänderten Fassung in vollem Umfang Vertragsbestandteil geworden sind oder ob die Ausschlussklausel für Schmuck, Uhren und Edelsteine mit einem Warenwert von über 500 € nach Abschnitt 2 Abs. 2 Nr. 6 erst mit der Bereitstellung des Sonderdienstes "Valuepack" zum 1. Juli 2002 zur Anwendung kommen sollte, kommt es daher in diesem Zusammenhang nicht an.

16 b) Mit Recht hat das Berufungsgericht die von der Beklagten geltend gemachte Anfechtung ihrer Vertragserklärung nicht durchgreifen lassen.

17 aa) Die auf Abschnitt 2 Abs. 4 der AGB gestützte Anfechtung hat das Berufungsgericht als unwirksam angesehen, weil eine Anfechtungserklärung nicht unter einer Bedingung, nämlich der nachträglichen Kenntniserlangung der Beklagten über die Aufgabe von ausgeschlossenen Sendungen, abgegeben werden könne. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Anfechtungserklärung hat Gestaltungscharakter und ist daher bedingungsfeindlich (vgl. BGH, Urt. v. 15.5.1968 - VIII ZR 29/66, NJW 1968, 2990; MünchKomm.BGB/ Mayer-Maly/Busche, 4. Aufl., § 143 Rdn. 5, m.w.N.). Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten enthält Abschnitt 2 Abs. 4 der AGB keine Eventualanfechtung. Eine Eventualanfechtung liegt vor, wenn die Wirkung der Anfechtungserklärung nicht von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden (bedingte Anfechtung), sondern sich aus der künftigen Klarstellung eines im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung objektiv bereits bestehenden, für die Beteiligten aber ungewissen Rechtszustands ergeben soll (BGH

NJW 1968, 2990 m.w.N.). Nach Abschnitt 2 Abs. 4 der AGB der Beklagten wird die "bereits jetzt" erklärte Anfechtung unter den Vorbehalt gestellt, dass die Beklagte erst nach der Übergabe der Sendung Kenntnis von deren Inhalt erlangt. Die Anfechtung knüpft damit an ein zukünftiges ungewisses Ereignis an, nämlich an die spätere Kenntniserlangung als solche und nicht etwa an den im Zeitpunkt der Einlieferung objektiv bereits gegebenen Umstand, dass die Sendung einen bestimmten Inhalt hat. Bei einem anderen Verständnis stünde die Klausel im Übrigen im Widerspruch zu der Regelung in Abschnitt 2 Abs. 3 der AGB. Dort behält sich die Beklagte ein Wahlrecht vor, ausgeschlossene Sendungen entweder nicht anzunehmen (Nr. 1), sie zurückzugeben (Nr. 2) oder zu befördern (Nr. 3), gegebenenfalls gegen ein Nachentgelt. Dieser Regelung ist zu entnehmen, dass ein Vertrag zustande kommen soll, wenn die Beklagte von den beiden ersten Möglichkeiten keinen Gebrauch macht. Hinge die Wirkung der Anfechtung nach Abschnitt 2 Abs. 4 AGB nur von dem Inhalt der Sendung ab, wie die Revision der Beklagten meint, könnte dagegen auch im Falle von Abschnitt 2 Abs. 3 Nr. 3 AGB ein wirksamer Vertrag nicht zustande kommen.

18 bb) Die mit Schreiben der Beklagten vom 30. Juli 2002 erklärten Anfechtungen hat das Berufungsgericht als unwirksam angesehen, weil ein zur Anfechtung berechtigendes arglistiges Verhalten des Klägers i.S. des § 123 Abs. 1 BGB nicht feststellbar sei. Die dagegen erhobenen Verfahrensrügen der Revision der Beklagten hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

19 2. Im Ergebnis ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte hafte für den eingetretenen Schaden nach § 435 HGB unbeschränkt. Die AGB der Beklagten stehen dem nicht entgegen.

20 a) In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Regelung in Abschnitt 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB einen Haftungsausschluss enthält oder eine der Inhaltskontrolle entzogene Bestimmung oder Klarstellung der vertraglichen Leistungspflichten der Beklagten darstellt (vgl. BGH, Urt. v. 1.12.2005 - I ZR 103/04, NJW-RR 2006, 758 Tz 21 = TranspR 2006, 169 m.w.N.). Das Berufungsgericht hat den von ihm angenommenen Haftungsausschluss für Verbotsgut aus Art. 6 Abs. 2 Satz 4 AGB hergeleitet. Die zuletzt genannte Klausel schränkt die ohne sie nach dem Gesetz bestehende Haftung ein und stellt daher keine Leistungsbeschreibung dar (BGH NJW-RR 2006, 1210 Tz 24).

21 b) Ferner kann offen bleiben, ob die vom Gesetz abweichende Haftungsregelung in Abschnitt 6 AGB gegen § 449 Abs. 2 HGB verstößt oder, soweit sie Briefe oder briefähnliche Sendungen betrifft, wirksam ist. Die insoweit vorrangige Auslegung der AGB ergibt nämlich, dass die Beklagte beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 435 HGB selbst bei Verbotsgütern von ihrer vollen Haftung ausgeht. Abschnitt 6 Abs. 1 AGB sieht für Fälle des qualifizierten Verschuldens i.S. des § 435 HGB eine Haftung "ohne Rücksicht auf die nachfolgenden Haftungsbeschränkungen" vor. Eine Unterscheidung zwischen Verbotsgut und sogenannten bedingungsgerechten Sendungen erfolgt anders als in den nachfolgenden Bestimmungen nicht. Abschnitt 6 Abs. 2 der AGB behandelt nur die Haftung der Beklagten "im Übrigen", d.h. soweit die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht vorliegen (vgl. BGH NJW-RR 2006, 1210 Tz 25; BGH, Urt. v. 29.6.2006 - I ZR 176/03 Tz 26, TranspR 2006, 390).

22 c) Das Berufungsgericht hat das Vorliegen der Voraussetzungen eines qualifizierten Verschuldens i.S. von § 435 HGB ohne Rechtsfehler bejaht. Die Revision der Beklagten erhebt insoweit auch keine Rügen.

23 d) Zum Inhalt und zum Wert der verloren gegangenen Sendungen hat das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers zugrunde gelegt. Zur Begründung hat es sich auf die Rechtsprechung des Senats (BGH, Urt. v. 24.10.2002 - I ZR 104/00, TranspR 2003, 156, 159) bezogen, dass im gewerblichen Bereich nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spreche, dass an den gewerblichen Kunden exakt die bestellten und sodann berechneten Waren versandt worden seien. Die Beurteilung der Frage, auf welche Weise Inhalt und Wert einer verloren gegangenen Sendung festgestellt werden können, betrifft das Schätzungsermessen des Tatrichters (BGH, Urt. v. 13.7.2006 - I ZR 245/03, BB 2006, 2324 Tz 29 = TranspR 2006, 448).

24 Die dagegen gerichteten Rügen bleiben ohne Erfolg, soweit das Berufungsgericht den Inhalt der an die Kunden G. in Mönchengladbach und W. in Marl gerichteten Sendungen vom 15. und 17. Mai 2002 aufgrund der vom Kläger vorgelegten Unterlagen für erwiesen erachtet hat. Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten ist es nicht erforderlich, dass sowohl Lieferscheine als auch korrespondierende Rechnungen vorgelegt werden. Vielmehr kann sich der Tatrichter die Überzeugung (§ 287 ZPO) von der Richtigkeit der Behauptung, es seien die in einer Rechnung oder in einem Lieferschein enthaltenen Waren zur Beförderung übergeben worden, anhand der gesamten Umstände des Einzelfalls auch dann bilden, wenn nur eines der beiden Dokumente vorgelegt wird und der Beklagte dagegen keine substantiierten Einwände vorbringt.

25 Hinsichtlich der am 17. Mai 2002 der Beklagten übergebenen, an einen Empfänger P. in Engelskirchen gerichteten Sendung hat der Kläger lediglich eine an diesen Empfänger adressierte Rechnung mit Datum vom 27. Mai 2002 vorgelegt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts legen Angaben in einer zehn Tage nach der Einlieferung der Sendung erstellten

Rechnung allein - d.h. ohne Darlegung, aus welchem Grund und aufgrund welcher Unterlagen die Rechnung erst nachträglich erstellt worden ist - nicht die Vermutung nahe, dass die darin aufgeführten Waren auch tatsächlich an dem in dieser Rechnung bezeichneten Liefertag zum Versand gebracht worden sind. Der Umstand, dass die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 30. Mai 2002 davon unterrichtet hat, ihre Ermittlungen zu der Sendung seien erfolglos abgeschlossen worden, lässt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht den Schluss zu, die Rechnung vom 27. Mai 2002 sei nicht erst nach Bekanntwerden des Schadensfalls erstellt worden. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 28. Mai 2002 - Anlage K 7 - ergibt sich vielmehr, dass der Kläger schon zu diesem Zeitpunkt einen Nachforschungsauftrag gestellt hatte. Im Übrigen lässt sich die Menge der in der Rechnung vom 27. Mai 2002 aufgeführten Brillanten nicht ohne weiteres mit dem Vortrag des Klägers vereinbaren, die Lieferung habe die Veräußerung von zehn kleineren Brillanten betroffen.

26 3. Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers haben keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die vom Berufungsgericht hinsichtlich des Mitverschuldens getroffene Entscheidung richten.

27 a) Das Berufungsgericht ist im rechtlichen Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass ein Absender in einen nach § 425 Abs. 2 HGB beachtlichen Selbstwiderspruch geraten kann, wenn er ein wertvolles Gut trotz Kenntnis, dass der Frachtführer dieses in der gewählten Transportart wegen des damit verbundenen Verlustrisikos nicht befördern will, ohne Hinweis auf die Art des Transportguts zur Beförderung übergibt und im Falle des Verlusts gleichwohl vollen Schadensersatz verlangt.

28 Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, der Kläger habe zumindest wissen müssen, dass die Beklagte eine Beförderung der eingeliefer-

ten Waren und eine Haftung für deren Verlust im Wege des "Freeway"-Paketdienstes ablehne. Aus Abschnitt 2 Abs. 2 Nr. 6 und Abschnitt 3 Abs. 3 AGB ergibt sich hinreichend deutlich, dass die Beklagte diese Versendungsart bei Edelsteinen nur bis zur Wertgrenze von 500 € anbietet. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die AGB der Beklagten in der zum 1. März 2002 geänderten Fassung Vertragsbestandteil geworden sind und der Kläger nicht davon ausgehen durfte, dass die (neue) Ausschlussregelung für Edelsteine aufgrund der Gewährung einer Übergangsfrist durch die Beklagte im Zeitpunkt der Einlieferung noch nicht zur Anwendung kommen sollte. Die dagegen gerichteten Angriffe der Anschlussrevision bleiben ohne Erfolg.

29 aa) Für die Einbeziehung der AGB genügt, da der Kläger als eingetragener Kaufmann Unternehmer i.S. des § 14 Abs. 1 BGB ist, jede auch stillschweigend erklärte Willensübereinstimmung, ohne dass die Erfordernisse nach § 305 Abs. 2 und 3 BGB gegeben sein müssen (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Berufungsgericht hat es daher mit Recht als ausreichend angesehen, dass auf den "Freeway"-Paketmarken auf die Geltung der AGB PAKET/EXPRESS NATIONAL hingewiesen worden ist. Ersichtlich ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass für den Kläger auch die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme der AGB bestand, etwa durch Anfordern bei der Beklagten (vgl. BGHZ 117, 190, 198). Der Kläger hat, worauf schon das Landgericht abgestellt hat, nicht vorgetragen, dass er an den fraglichen Einlieferungstagen die Aushändigung eines Exemplars der AGB verlangt und die Beklagte ihm diese verwehrt hätte.

30 bb) Der Hinweis auf die Geltung der AGB auf den "Freeway"-Paketmarken ist nach seinem objektiven Erklärungswert dahin zu verstehen, dass die AGB in der im Zeitpunkt der Verwendung der Paketmarken geltenden Fassung in den Vertrag einbezogen werden sollten, also in der zum 1. März 2002 geänderten Fassung. Die Auffassung des Berufungsgerichts, sowohl dem Rund-

schreiben der Beklagten vom Februar 2002 als auch der "Kurzinformation Valuepack/AGB-Änderungen vom 18.2.2002" habe der Kläger nichts anderes entnehmen können, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Aus diesen Schreiben ergibt sich, dass hinsichtlich der neu eingeführten Ausschlussregelung für Schmuck, Uhren und Edelsteine für Filialkunden, die wie der Kläger bisher keinerlei schriftliche Individualvereinbarung im Bereich PAKET/ EXPRESS mit der Beklagten getroffen hatten, lediglich eine Übergangsfrist bis zum 2. April 2002 gewährt wurde.

31 b) Das Berufungsgericht hat die Verschuldens- und Verursachungsanteile des Klägers und der Beklagten als etwa gleich bewertet. Diese Haftungsverteilung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

32 aa) Die Abwägung der Verschuldens- und Verursachungsanteile im Rahmen des § 254 BGB, § 425 Abs. 2 HGB ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und kann im Revisionsverfahren nur darauf überprüft werden, ob alle in Betracht kommenden Umstände vollständig und richtig berücksichtigt und der Abwägung rechtlich zulässige Erwägungen zugrunde gelegt worden sind (vgl. BGH, Urt. v. 25.3.2003 - VI ZR 161/02, NJW 2003, 1929, 1931 m.w.N.). Die Abwägung darf nicht schematisch erfolgen, sondern ist aufgrund der festgestellten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Diesen Maßstäben genügen die Erwägungen des Berufungsgerichts.

33 bb) Die Anschlussrevision rügt insoweit erfolglos, das Berufungsgericht hätte nicht lediglich von einem groben Verschulden der Beklagten i.S. des § 435 HGB ausgehen dürfen, sondern ein vorsätzliches Verhalten der Mitarbeiter der Beklagten berücksichtigen müssen. Entgegen der Auffassung der Anschlussrevision hat der Kläger nicht substantiiert vorgetragen, die drei verloren gegangenen Pakete seien von Mitarbeitern der Beklagten gestohlen worden.

Sein pauschales Vorbringen, es sei bekannt, dass im Gewahrsam der Beklagten regelmäßig auf wertvolle Sendungen gezielt Zugriff genommen werde, aufgrund des Schadensbildes und der zahllosen Vorschäden sei unwiderleglich von einer rechtswidrigen Zueignung durch Mitarbeiter der Beklagten auszugehen, genügt insoweit nicht.

34 cc) Der Ansicht der Revision der Beklagten, ein grobes Verschulden i.S. von § 435 HGB sei im vorliegenden Fall nicht zu Lasten der Beklagten zu berücksichtigen, weil sie bei einem pflichtgemäßen Verhalten des Klägers die Beförderung des Gutes abgelehnt hätte und daher gar nicht erst in die Lage geraten wäre, sich dem Vorwurf eines groben Verschuldens i.S. des § 435 HGB auszusetzen, kann gleichfalls nicht gefolgt werden. Die Berücksichtigung eines pflichtwidrigen Verhaltens des Verletzten als Mitverschulden i.S. von § 254 BGB, § 425 Abs. 2 HGB setzt voraus, dass es bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, also für den Eintritt des Schadens ursächlich geworden ist. Für das im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigende Maß der Verursachung kann demnach nicht darauf abgestellt werden, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten überhaupt hätte vermieden werden können. Vielmehr kommt es für die Haftungsverteilung wesentlich darauf an, in welchem Maße das Verhalten des Schädigers oder das des Geschädigten den Eintritt des Schadens wahrscheinlich gemacht hat (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.1999 - XI ZR 249/98, NJW-RR 2000, 272, 273; MünchKomm.BGB/Oetker, 4. Aufl., § 254 Rdn. 102 m.w.N.). Danach begegnet es im Hinblick auf die übrigen Umstände des Falles und insbesondere die Höhe der Schadensbeträge, die hier unterhalb der im Regelfall bei 5.000 € anzusetzenden Grenze eines ungewöhnlich hohen Schadens i.S. von § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB liegen (vgl. BGH, Urt. v. 1.12.2005 - I ZR 265/03, TranspR 2006, 208, 209), aus Rechtsgründen keinen Bedenken, dass das Berufungsgericht das Unterlassen von Schnittstellenkontrollen durch die Beklagte auf der einen Seite und die Einlieferung der wertvol-

len, nach den AGB der Beklagten von der Beförderung ausgeschlossenen Sendungen ohne Hinweis auf ihren Inhalt durch den Kläger auf der anderen Seite als gleichgewichtig angesehen hat. Von einer positiven Kenntnis des Klägers, dass es sich um Verbotsgut handelte, das die Beklagte nicht befördern wollte - bei deren Vorliegen ein vollständiger Ausschluss der Haftung des Frachtführers gerechtfertigt sein kann (BGH, Urt. v. 13.7.2006 - I ZR 245/03 Tz 35, TranspR 2006, 448) -, kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausgegangen werden.

35 III. Danach konnte das angefochtene Urteil teilweise keinen Bestand haben. Es war daher auf die Revision der Beklagten insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht in dem Schadensfall P. die Beklagte zum Ersatz der Hälfte des geltend gemachten Schadens, also in Höhe von 275,10 €, verurteilt hat. In diesem Umfang war die Sache im Hinblick auf die vom Kläger zum Inhalt der betreffenden Sendung angetretenen Beweise zur neuen Verhandlung und

Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im Übrigen war die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Ebenfalls erfolglos war die Anschlussrevision des Klägers.

v. Ungern-Sternberg Bornkamm Büscher

Schaffert Bergmann

Vorinstanzen:
LG Bonn, Entscheidung vom 23.01.2003 - 14 O 171/02 -
OLG Köln, Entscheidung vom 05.08.2003 - 3 U 28/03 -