

10

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
(nur Entscheidungsgründe zu
B I 3 a)

BGB §§ 676, 783; HGB §§ 416, 417

Zur Bedeutung der Freistellungserklärung, die der Lagerhalter auf Ersuchen des Einlagerers einem Käufer des Ladeguts erteilt.

Speditioinsversicherungsschein (SVS) § 3 Nr. 2

Zum Begriff des "unmittelbaren Zusammenhangs" i.S. des § 3 Nr. 2 SVS.

BGB §§ 254 A, 421, 424, 425, 840

Ein mitwirkendes Verschulden, das sich der Geschädigte im Verhältnis zu einem von mehreren Gesamtschuldnern aufgrund einer zu diesem bestehenden Vertragsbeziehung gem. §§ 254, 278 BGB anrechnen lassen muß, wirkt auch zugunsten der übrigen Gesamtschuldner, und zwar auch dann, wenn diese allein aus unerlaubter Handlung haften.

BGH, Urt. v. 2. Februar 1984 - I ZR 228/81 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 228/81

URTEIL

Verkündet am

2. Februar 1984
Roth
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma A [REDACTED] Internationale Stahl- und Legierungs-
handels-gesellschaft mbH, vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Hugo S [REDACTED], P [REDACTED]straße 13, N [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

gegen

1.

2.

10

- 2 -

d)

e)

f)

g)

h)

i)

j)

k)

l)

m)

n)

o)

p)

q)

r)

s)

t)

u)

v)

w)

x)

y)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

zu a) bis y) vertreten durch die Firma Oskar S [REDACTED] KG,
G [REDACTED] straße 3, D [REDACTED],

Beklagte zu 2 und
Revisionsbeklagte,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Teplitzky und Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und der Beklagten zu 1 wird unter Zurückweisung der Revision der Klägerin im übrigen das Grund- und Teilurteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. September 1981 aufgehoben, soweit das Berufungsgericht auf die Berufung der Klägerin in Abänderung des Urteils der 5. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Düsseldorf vom 3. Juni 1980 die Klage gegen die Beklagte zu 1 dem Grunde nach zur Hälfte für gerechtfertigt erklärt, die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Klageanspruchs und über die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin und der Beklagten zu 1 in erster und zweiter Instanz an das Landgericht zurückverwiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die
Kosten der Revision mit Ausnahme der außergericht-
lichen Kosten der Beklagten zu 2, die der Klägerin
auferlegt werden - an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine Metallhandelsgesellschaft, stand in den Jahren 1977/78 mit den Firmen R [REDACTED] und C [REDACTED], Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in Geschäftsverbindung. Diese hatten größere Mengen eines bei der Erzaufbereitung in Hochöfen anfallenden eisen- und siliziumhaltigen Materials aus Frankreich importiert und bei der Beklagten zu 1, einem Speditions- und Lagerhaus, eingelagert, die bei den Beklagten zu 2 den Speditionsversicherungsschein (SVS) gezeichnet hat. Mit diesem Material tätigten R [REDACTED] und C [REDACTED], die unter einheitlicher Geschäftsleitung standen, zwecks Beschaffung liquider Mittel, möglicherweise auch zur Erhöhung eines buchmäßigen Warenumsatzes, wiederholt sog. Ringgeschäfte. Diese bestanden darin, daß R [REDACTED] bzw. C [REDACTED] Lagerware an einen Dritten verkaufte, der sie seinerseits bereits im Zeitpunkt des Ankaufs an C [REDACTED] bzw. R [REDACTED] zu einem erst später fällig werdenden höheren Preis weiterverkaufte. Partner dieser Geschäfte waren Metallhandelsgesellschaften, unter ihnen die Klägerin.

Nachdem ein solches Ringgeschäft zwischen der Klägerin und R [REDACTED]/C [REDACTED] schon einmal - ohne Beanstandungen - abgewickelt worden war, verkaufte R [REDACTED] am 5. Dezember 1977 - wiederum im Rahmen eines Ringgeschäfts - 503,7 t des bei der Beklagten zu 1 eingelagerten Materials unter der Bezeichnung "Ferro-Silizium 75 %, offgrade" zum Preis von 830,-- DM/t telquel an die Klägerin, die es ihrerseits sogleich an C [REDACTED] per März 1978 weiterverkaufte. Von der angegebenen Beschaffenheit - Ferro-Silizium 75 muß nach DIN 17 560 einen Siliziumanteil von 73 bis 79 % aufweisen und Offgrade-Material gestattet Abweichungen nach unten nur bis höchstens 67,5 % - war das verkaufte Material nicht.

Sein Marktwert lag erheblich unter dem von Ferro-Silizium 75 offgrade.

Nach den Vereinbarungen zwischen der Klägerin und Rohleg sollte für die Berechnung des Kaufpreises das amtlich ermittelte Abgangsgewicht und eine Werksanalyse maßgebend sein. Weiter war vereinbart, daß Zahlung gegen Freistellung erfolgen sollte.

In einem Fernschreiben an die Beklagte zu 1 vom 5. Dezember 1977 erklärte R■■■■, daß sie zugunsten der Klägerin 503,7 t Ferro-Silizium 75 % offgrade freistelle, und wies die Beklagte zu 1 zugleich an, die Freistellung unverzüglich der Klägerin zur Kenntnis zu bringen. Dem leistete die Beklagte zu 1 mit Fernschreiben an die Klägerin vom selben Tage in der Weise Folge, daß sie erklärte, sie stelle im Auftrag von R■■■■ eine Partie von 503,7 t Ferro-Silizium zur Verfügung der Klägerin frei. Von einer Angabe des Siliziumgehalts bei der Bezeichnung des freigestellten Materials sah sie ab.

Bevor die Klägerin aus dem mit C■■■■ am 5. Dezember 1977 vereinbarten Weiterverkauf der im Lager der Beklagten zu 1 verbliebenen Ware Zahlung erlangte, fielen sowohl C■■■■ als auch R■■■■ im Februar 1978 in Konkurs. Der Konkursverwalter hat es abgelehnt, das Geschäft zu erfüllen.

Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe den vereinbarten Kaufpreis von $503,7 \text{ t} \times 830,-- \text{ DM/t} = 418.071,-- \text{ DM}$ in voller Höhe an R■■■■ gezahlt. Die an sie verkaufte, bei der Beklagten zu 1 eingelagerte Ware habe sie nur für 64.604,56 DM weiterveräußern können, weil es sich bei ihr nicht wie verkauft um Ferro-Silizium 75, sondern lediglich um siliziumhaltige Ofenabfälle, nämlich um verhältnismäßig wertlose

Ofenschlacke gehandelt habe. In Höhe des Mindererlöses hafte ihr die Beklagte zu 1 aus der Verletzung lagervertraglicher und auskunftsrechtlicher Verpflichtungen sowie aus unerlaubter Handlung auf Schadensersatz. Daneben hafteten aber auch die Beklagten zu 2, die Speditionsversicherer der Beklagten zu 1, weil der Schaden der Klägerin unter das versicherte Risiko falle. Der verantwortliche Prokurist der Beklagten zu 1 habe gewußt, daß das eingelagerte Material als Ferro-Silizium 75 an die Klägerin verkauft worden sei, daß es sich aber dabei in Wirklichkeit nur um ein minderwertiges Abfallprodukt gehandelt habe. Er habe auch erkannt, daß die Klägerin damit von R[REDACTED]/C[REDACTED] betrogen werden solle. Bei dieser Sachlage habe er die Freistellungserklärung vom 5. Dezember 1977 in dieser Form nicht abgeben dürfen. Vielmehr sei er verpflichtet gewesen, die Klägerin über die wahre Beschaffenheit des Lagermaterials aufzuklären. Gleichwohl habe er, um den Betrug nicht auffallen zu lassen, das Vorgehen von R[REDACTED] und C[REDACTED] dadurch unterstützt, daß er in der Freistellungserklärung das freigegebene Material als Ferro-Silizium bezeichnet habe. Damit habe der verantwortliche Prokurist der Beklagten zu 1 bewußt Beihilfe zu einem von R[REDACTED]/C[REDACTED] zum Nachteil der Klägerin begangenen Betrug geleistet.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an sie, und zwar zu den in Ziff. 2) angegebenen Teilbeträgen als Gesamtschuldnerin mit den dort jeweils angegebenen einzelnen Beklagten zu 2 a) bis 2 y), 353.466,44 DM nebst 6,5 % Zinsen seit dem 26. Juli 1978 zu zahlen,
2. die Beklagten zu 2) zu verurteilen, und zwar jeweils als Gesamtschuldner mit der Beklagten zu 1), an die Klägerin folgende Beträge zu zahlen:

die Beklagte zu a) : 49.485,30 DM,
die Beklagte zu b) : 32.695,65 DM,
die Beklagte zu c) : 30.928,31 DM,
die Beklagte zu d) : 29.160,98 DM,
die Beklagte zu e) : 28.277,32 DM,
die Beklagte zu f) : 26.509,98 DM,
die Beklagte zu g) : 18.556,99 DM,
die Beklagte zu h) : 17.673,32 DM,
die Beklagte zu i) : 14.138,66 DM,
die Beklagte zu j) : 11.487,66 DM,
die Beklagte zu k) : 10.603,99 DM,
die Beklagte zu l) : 8.836,66 DM,
die Beklagte zu m) : 8.836,66 DM,
die Beklagte zu n) : 8.836,66 DM,
die Beklagte zu o) : 8.836,66 DM,
die Beklagte zu p) : 7.069,33 DM,
die Beklagte zu q) : 7.069,33 DM,
die Beklagte zu r) : 7.069,33 DM,
die Beklagte zu s) : 6.185,66 DM,
die Beklagte zu t) : 3.534,67 DM,
die Beklagte zu u) : 3.534,67 DM,
die Beklagte zu v) : 3.534,67 DM,
die Beklagte zu w) : 3.534,67 DM,
die Beklagte zu x) : 3.534,67 DM,
die Beklagte zu y) : 3.534,67 DM,
jeweils nebst 6,5 % Zinsen seit dem
24. Oktober 1978.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben vorgetragen: Vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 seien weder durch die Freistellungserklärung vom 5. Dezember 1977 noch sonst begründet worden. Vertragspartner der Beklagten zu 1 seien allein R [REDACTED] und C [REDACTED] gewesen. Die Klägerin habe es nach Freistellung ausdrücklich abgelehnt, Lagergeld zu zahlen. Aber auch aus deliktsrechtlicher Sicht hafteten die Beklagten nicht. Es sei schon zweifelhaft, ob die Klägerin von R [REDACTED]/C [REDACTED] über die Beschaffenheit des Materials getäuscht worden sei. Die Klägerin sei Partnerin eines Ringgeschäfts von erheblichem finanziellen Umfang gewesen. Es sei daher anzunehmen, daß sie die tatsächliche Qualität der Lagerware gekannt habe. Darüber hinaus sei es unrichtig, daß dem Prokuristen der Beklagten zu 1 die Unrichtigkeit der Bezeichnung Ferro-Silizium 75 bekannt gewesen sei. Insoweit hätten lediglich Zweifel bestanden. Da die Beklagte zu 1 die Qualität des Materials nicht habe beurteilen können, habe sie sich in ihrer Freistellungserklärung eines Hinweises auf den Siliziumgehalt enthalten und sich auf die richtige Bezeichnung Ferro-Silizium beschränkt. Einzelheiten des zwischen Rohleg und der Klägerin abgeschlossenen Geschäfts seien ihr unbekannt gewesen. Im übrigen müsse die Klägerin auch aus dem Gesichtspunkt mitwirkenden Verschuldens für einen aus der Minderqualität des Lagerguts sich ergebenden Schaden selber eintreten. Die Klägerin habe das gekaufte Material nicht besichtigt und auch nicht durch einen Sachverständigen untersuchen lassen. Sie habe darauf keinen Wert gelegt, weil das Geschäft nur einer kurzfristigen Finanzierung gedient habe und die Klägerin die Ware nicht habe behalten wollen.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebungen die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Ober-

landesgericht durch Grund- und Teilurteil in Abänderung des Urteils des Landgerichts unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung die Klage gegen die Beklagte zu 1 dem Grunde nach zur Hälfte für gerechtfertigt erklärt und die Sache zwecks weiterer Verhandlung und Entscheidung im Bettragsverfahren - auch über die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin und der Beklagten zu 1 in erster und zweiter Instanz - an das Landgericht zurückverwiesen. Dagegen richten sich - im Umfang der jeweiligen Beschwer - die Revisionen der Klägerin und der Beklagten zu 1, die beide ihre bisherigen Anträge weiterverfolgen. Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten zu 1, die Beklagten beantragen, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

A. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Beklagte zu 1 sei der Klägerin wegen Beihilfe zum Betrug zum Schadensersatz verpflichtet (§ 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 27, 263 StGB). R. [REDACTED] habe die gutgläubige Klägerin bei Abschluß des Kaufvertrages vom 5. Dezember 1977 in betrügerischer Weise getäuscht und geschädigt, indem sie ihr das bei der Beklagten zu 1 lagernde Material zwecks Erlangung eines höheren als des tatsächlich angemessenen Kaufpreises bewußt wahrheitswidrig als Ferro-Silizium 75 offgrade verkauft habe. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten könne nicht davon ausgegangen werden, daß der Klägerin Qualität und Beschaffenheit des Materials gleichgültig gewesen seien. Insoweit sei zu berücksichtigen, daß das Lagergut bis zur vollständigen Abwicklung des Ringgeschäfts, d.h. bis zur Zahlung durch C. [REDACTED] ihre einzige

Sicherheit gewesen sei. Zwar habe die Klägerin das Material nicht besichtigt und sich auch die im Kaufvertrag mit R. [REDACTED] vorgesehene Werksanalyse nicht vorlegen lassen. Aber auch daraus ergebe sich nicht, daß es ihr auf die Qualität der Ware nicht angekommen sei. Vielmehr sei sie im Vertrauen auf die Angaben R. [REDACTED]s davon ausgegangen, daß sich das Material im Rahmen der offgrade-Toleranzen halte.

Der Schaden der Klägerin, der darin bestehe, daß das Material den gezahlten Kaufpreis nicht wert gewesen sei, habe R. [REDACTED] daher vorsätzlich und in betrügerischer Absicht verursacht. An dieser Schädigung der Klägerin habe die Beklagte zu 1 durch den für sie handelnden Prokuristen D. [REDACTED], der als Leiter ihrer Zweigniederlassung D. [REDACTED] verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten zu 1 i.S. des § 31 BGB gewesen sei, mitgewirkt. Insoweit liege zwar der Beklagten zu 1 keine Verletzung von Vertragspflichten zur Last, da Beziehungen vertraglicher Art zwischen ihr und der Klägerin vorliegend weder durch die Freigabeerklärung vom 5. Dezember 1977 noch sonst zustandegekommen seien. Auf Haftungsausschlüsse oder Verjährungseinreden nach den ADSp könnten sich die Beklagten daher auch nicht berufen. Indessen hafte die Beklagte zu 1 der Klägerin nach Deliktsrecht. Nach den Vereinbarungen zwischen der Klägerin und R. [REDACTED] sei die Freistellungserklärung der Beklagten zu 1, die D. [REDACTED] veranlaßt habe, Voraussetzung für die Kaufpreiszahlung gewesen. Das habe D. [REDACTED] auch gewußt, zumindest habe er das für möglich gehalten. Zwar könne D. [REDACTED] weder ein bewußtes Zusammenwirken mit R. [REDACTED] noch eine vorsätzliche Falschbezeichnung der eingelagerten Ware bei Abgabe der Freistellungserklärung angelastet werden. Insoweit sei zu berücksichtigen, daß in der Ware ein gewisser Anteil an Ferro-Silizium enthalten gewesen sei, daß der Zoll die Be-

zeichnung Ferro-Silizium bei der Einfuhr nicht beanstandet und der Konkursverwalter andere Lagerpartien unter dieser Bezeichnung verkauft habe. Eine vorsätzlich falsche Freistellungserklärung könne hinsichtlich der Bezeichnung des Materials als Ferro-Silizium auch nicht deshalb angenommen werden, weil diese Bezeichnung unter den gesamten Umständen von der Klägerin als Freigabe von Ferro-Silizium 75 habe verstanden werden können. Es lasse sich nicht feststellen, daß seitens der Beklagten zu 1 eine solche Folge beabsichtigt gewesen sei. Nach der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, daß die verantwortlichen Prokuristen der Beklagten zu 1 - unter ihnen D[REDACTED] - die Beklagte zu 1 aus den Geschäften zwischen der Klägerin und R[REDACTED]/C[REDACTED] hatten heraushalten wollen und daß unrichtige oder unrichtig wirkende Angaben deshalb nicht hatten gemacht werden sollen.

Indessen liege Beihilfe zur Haupttat nicht nur dann vor, wenn der Gehilfe mit dem Haupttäter bewußt zusammenwirke oder selber ein Tatbestandsmerkmal der Haupttat verwirkliche. Vielmehr genüge es, wenn er die Haupttat vorsätzlich fördere. So liege es hier. D[REDACTED] habe damit gerechnet, daß R[REDACTED] der Klägerin statt Ferro-Silizium 75 nur eine wesentlich geringwertigere Ware verkauft habe und daß eine Freigabeerklärung seitens der Beklagten zu 1 im Umfang der Verkaufsmenge, auch wenn sie eine Angabe des Siliziumgehalts nicht enthalte, zur Zahlung des Kaufpreises und zur Schädigung der Klägerin führen werde. Wie die Beweiserhebungen des Landgerichts ergeben hätten, sei zwischen D[REDACTED] und R[REDACTED] anlässlich der Abwicklung eines Ringgeschäfts zwischen R[REDACTED]/C[REDACTED] und einer Firma D[REDACTED] hinsichtlich gleicher Lagerware die Verwendung einer Bezeichnung durch die Beklagte zu 1 vereinbart worden, die zwar einerseits keine Hinweise auf den Gehalt an Silizium gebe, die aber andererseits den Geschäftspartner Deumu nicht auf den Gedanken habe bringen

können, daß ihr eine andere Ware als vereinbart verkauft worden sei. In gleicher Weise sei D. [REDACTED] auch bei Abgabe der Freistellungserklärung vom 5. Dezember 1977 gegenüber der Klägerin vorgegangen. Damit habe er billigend in Kauf genommen, daß durch eine die tatsächliche Qualität der verkauften Ware verschleiende Bezeichnung der Betrug R. [REDACTED] an der Klägerin gefördert werde. Hätte D. [REDACTED] für eine zutreffende Bezeichnung der Ware Sorge getragen, hätte die Klägerin den Kaufpreis nicht gezahlt.

Allerdings hafte die Beklagte zu 1 für den eingetretenen Schaden nur zur Hälfte, weil die Klägerin ein mitwirkendes Verschulden treffe, dessen Bedeutung für die Entstehung des Schadens dem der Beklagten zu 1 zuzurechnenden Verschulden des Prokuristen D. [REDACTED] entspreche (§ 254 BGB). Der Klägerin sei vorzuwerfen, daß sie es unterlassen habe, sich über die Qualität der Ware zu unterrichten, obwohl sie sich eine Werksanalyse, die nach den Vereinbarungen mit R. [REDACTED] für die Berechnung des Kaufpreises habe maßgebend sein sollen, nicht habe vorlegen lassen. Ob eine Besichtigung der Ware bei Geschäften der vorliegenden Art nicht branchenüblich sei, wie die Klägerin geltend gemacht habe, könne dahinstehen. Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, die mit Branchenüblichkeit nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden könne, hätte es der Klägerin mit Rücksicht auf die Größenordnung des Geschäfts sowie mit Rücksicht auf die vom Kaufvertrag abweichende Bezeichnung der Ware in der Freistellungserklärung der Beklagten zu 1 in jedem Falle oblegen, das Lagergut auf seine Beschaffenheit zu untersuchen.

In vollem Umfang unbegründet sei die Klage gegen die Beklagten zu 2. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch falle nicht unter das von den SVS-Versicherern der Beklagten

zu 1 versicherte Risiko. Nach § 3 SVS decke der SVS-versicherer nur Ansprüche, die sich aus einem Verkehrsvertrag ergäben (§ 3 Nr. 1 SVS) oder die mit einem solchen Vertrag unmittelbar zusammenhängen (§ 3 Nr. 2 SVS). Solche Ansprüche seien hier nicht gegeben, weil ein Lagervertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 nicht zustande gekommen sei.

B. Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg, soweit die Klägerin Ansprüche gegen die Beklagten zu 2 weiterverfolgt. Im übrigen führen die Revision der Klägerin und die der Beklagten zu 1 zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache in die Berufungsinstanz.

I. Revision der Klägerin.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Klage gegen die Beklagten zu 2 für unbegründet erachtet. Eine Haftung der Beklagten zu 2 gegenüber der Klägerin, die sich vorliegend allein aus der Zeichnung des Speditionsversicherungsscheins durch die Beklagte zu 1 herleiten ließe, käme nach dem Vorbringen der Parteien und den dazu getroffenen Feststellungen der Vorinstanzen nur in 3 Fällen in Betracht: Erstens, wenn es sich bei der Klageforderung um einen Anspruch aus Verkehrsvertrag (§ 2 SVS) zwischen der Klägerin als Auftraggeberin i.S. des § 1 SVS und der Beklagten zu 1 handelte, zweitens, wenn die Klägerin als Inhaberin des versicherten Interesses i.S. des § 1 SVS die Beklagte zu 1 aufgrund des Lagervertrages (§ 2 SVS) zwischen dieser und R./C. für den Schaden haftbar machen könnte, und drittens, wenn der Klageanspruch aus den Vorschriften über die unerlaubte Handlung folgte und mit einem Verkehrsvertrag unmittelbar zusammenhinge (§ 3 Nr. 2 SVS). Keine dieser Voraussetzungen ist hier gegeben, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat. Die Klägerin stützt die Klage-

forderung auf die Erwägung, daß die Beklagte zu 1 die Freistellungserklärung vom 5. Dezember 1977 in der vorliegenden Form nicht habe abgeben dürfen. Das mag, wie das Berufungsgericht angenommen hat, unter deliktsrechtlichen Gesichtspunkten zutreffen, kann aber in diesem Zusammenhang dahinstehen. Denn jedenfalls sind vertragliche Beziehungen, aus denen sich eine solche Verpflichtung ergäbe oder mit denen Ansprüche aus unerlaubter Handlung unmittelbar zusammenhängen, zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 nicht zustandegekommen.

a) Keiner Entscheidung bedarf die vom Berufungsgericht angeschnittene Frage, ob in der Freistellungserklärung der Beklagten zu 1 die Annahme einer ihr von Rohleg erteilten Anweisung i.S. des § 783 BGB erblickt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 7. Juli 1981 - I ZR 45/70, WM 1971, 1308, 1310; Baumbach-Duden, 25. Aufl., § 424 Anm. 1 E). Eine Annahme der Anweisung R's, Lagergut für die Klägerin freizustellen, hätte zwar nach Maßgabe der §§ 784 ff BGB die Beklagte zur Leistung, d.h. zur Herausgabe der freigestellten Lagerware an die Klägerin verpflichtet, aber für sich allein nicht die Vertragspflicht der Beklagten zu 1 gegenüber der Klägerin begründet, bei Abgabe einer im Zusammenhang mit der Bestätigung der Anweisung abzugebenden Freistellungserklärung das Lagergut seiner stofflichen Zusammensetzung nach zu qualifizieren und dementsprechend zu bezeichnen. Derartige Vertragspflichten des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger folgen ohne Hinzutreten besonderer, hier fehlender Umstände aus einer Anweisung i.S. der §§ 783 ff BGB nicht.

b) Rechtsbeziehungen lagervertraglicher Art (§§ 416 ff HGB), deren Verletzung bei Abgabe der Freistellungserklärung die Beklagte zu 1 zum Schadensersatz verpflichten könnte, hat das Berufungsgericht ebenfalls mit Recht verneint.

Nach den getroffenen Feststellungen ist zwar in Betracht zu ziehen, daß die Firma R[REDACTED] bei Abschluß des Vertrages vom 5. Dezember 1977 ihre Ansprüche aus dem Lagervertrag mit der Beklagten zu 1 zum Zwecke der Verschaffung von Eigentum an dem verkauften Teil des Lagerguts (§ 931 BGB) an die Klägerin abgetreten hat. Indessen könnten daraus lediglich schuldrechtliche und dingliche Herausgabepflichten der Beklagten zu 1 gegenüber der Klägerin und damit in Zusammenhang stehende Sorgfaltspflichten hergeleitet werden, nicht aber die - vertraglich geschuldete - Pflicht, eine Freigabeerklärung nur in bestimmter Weise zu erteilen, insbesondere die Klägerin über eine bekannte oder für möglich gehaltene Qualität und stoffliche Zusammensetzung des freigegebenen Materials aufzuklären. Solche Vertragspflichten treffen den Lagerhalter weder gegenüber dem ursprünglichen Einlagerer noch gegenüber dessen Rechtsnachfolger.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kann auch sonst nicht davon ausgegangen werden, daß zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 ein Lagervertrag oder ein anderes die Aufbewahrung des Lagerguts betreffendes Vertragsverhältnis zustandegekommen wäre, das die Beklagte zu 1 bei Abgabe der Freistellungserklärung zu Auskünften der vorerörterten Art verpflichtet hätte. Auch wenn die Firma R[REDACTED] unter Abtretung ihres Herausgabeanspruchs Lagergut an die Klägerin übereignet haben sollte, folgt daraus - wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat - noch nicht, daß die Klägerin nach dem Willen der Beteiligten in das Vertragsverhältnis zwischen R[REDACTED] und der Beklagten zu 1 hatte eintreten sollen oder daß ein neuer Lagervertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 zustandegekommen wäre. Im Hinblick darauf, daß die Klägerin - wie die Beklagte zu 1 aus der ihr erteilten Anweisung R[REDACTED]s vom 5. Dezember 1977

ersah - die Herausgabeberechtigte hinsichtlich des an sie verkauften Materials werden sollte, ist es zwar möglich, in der Freistellungserklärung der Beklagten zu 1, die diese auf Weisung R[REDACTED]s der Klägerin übermittelte, über das Einverständnis mit der Freistellung hinaus auch die Bereitschaft zu erblicken, in vertragliche Beziehungen zur Klägerin zu treten. Indessen kann nach den getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden, daß die Klägerin darauf eingegangen sei. Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts und den von ihm in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts hatte die Klägerin das an sie nach der Freistellungserklärung herangetragene Ersuchen der Beklagten zu 1, die Lagerkosten zu übernehmen, abgelehnt und die Beklagte zu 1 an Rohleg als deren Vertragspartnerin verwiesen. Die an diese Feststellungen geknüpfte tatrichterliche Schlußfolgerung, daß es mangels eines erkennbaren Vertragswillens der Klägerin zur Begründung lagervertraglicher Beziehungen mit der Beklagten zu 1 nicht gekommen sei, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Mit der Weigerung, die Lagerkosten zu zahlen, hatte die Klägerin die Übernahme der den Einlagerer aus dem Lagervertrag treffenden Hauptpflicht abgelehnt. Daß die Beklagte zu 1, wie die Revision geltend macht, das von R[REDACTED] an die Klägerin verkaufte Material in der Lagerkartei auf den Namen der Klägerin umgeschrieben hatte, zwang die Vorinstanzen, die diesen Umstand berücksichtigt haben, nicht zur Annahme eines Lagervertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1. Die Aufnahme des Namens der Klägerin in die Lagerkartei war schon deshalb erforderlich, weil sie es war, die seit der Anweisung R[REDACTED]s vom 5. Dezember 1977 die Herausgabe des Gutes verlangen konnte.

c) Ohne Rechtsverstoß ist das Berufungsgericht des weiteren davon ausgegangen, daß die Beklagte zu 1 auch keinen vertraglichen Auskunftspflichten unterlag, deren Verletzung Schadensersatzpflichten im Zusammenhang mit der Bezeichnung des Lagerguts in der Freistellungserklärung vom 5. Dezember 1977 begründen könnte.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der stillschweigende Abschluß eines Auskunftsvertrages und damit eine vertragliche Haftung für die Richtigkeit einer erteilten Auskunft regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will. Das gilt unabhängig davon, ob vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien bereits bestehen oder bestanden haben oder angebahnt worden sind, und insbesondere auch dann, wenn der Auskunftsgeber für die Erteilung der Auskunft sachkundig ist oder bei ihm ein eigenes wirtschaftliches Interesse mitspielt (BGH, Urt. v. 25. Mai 1979 - I ZR 147/77, DB 1979, 1888 = WM 1979, 771, 772; Urt. v. 22. März 1979 - VII ZR 259/77, NJW 1979, 1449 = WM 1979, 530; BGB-RGRK, 12. Aufl., § 676 Rdnr. 31; Palandt-Thomas, 43. Aufl., § 676 Anm. 3 b).

Einen Auskunftsvertrag, der die Beklagte zu 1 danach verpflichtet hätte, im Zusammenhang mit der Abgabe der Freistellungserklärung die Klägerin über eine ihr bekannte oder von ihr für möglich gehaltene qualitative Beschaffenheit und Zusammensetzung des verkauften Materials zu unterrichten, haben aber die Vorinstanzen mit Recht verneint. Die Abgabe der Freigabeerklärung der Beklagten zu 1 war zwar, wie dem für die Beklagte zu 1 handelnden Prokuristen D. [REDACTED] auch bekannt war, Bedingung für die Zahlung des Kaufpreises der Klägerin an R. [REDACTED]. D. [REDACTED] wußte daher, daß die Abgabe der

Freistellungserklärung von ausschlaggebender Bedeutung für den Entschluß der Klägerin war, Zahlung an R. zu leisten. Indessen lag die Bedeutung der Freistellungserklärung D. für die Klägerin nicht in der Bestätigung einer von ihr bei Abschluß des Kaufvertrages vorausgesetzten Qualität oder Konsistenz des Lagerguts. Eine Freistellungserklärung wie hier gibt Auskunft über das Vorhandensein eines bestimmten Lagerguts, über Menge, Gewicht und Lagerort und über ähnliche das Lagergut individualisierende und identifizierende Umstände, aber nicht über Merkmale, die die Qualität des eingelagerten Guts betreffen. Solche Merkmale konnte die Klägerin auch der Freistellungserklärung der Beklagten zu 1 nicht entnehmen. Dabei ist nicht entscheidend, ob die Klägerin, wie sie behauptet hat, die Freistellungserklärung auch als Bestätigung über das Vorhandensein von Ferro-Silizium 75 verstanden hat. Für die Beurteilung des Aussagegehalts der Freistellungserklärung ist nicht die subjektive Sicht des Empfängers maßgebend, sondern der objektive Erklärungsinhalt. Insoweit ist aber zu berücksichtigen, daß der Käufer von Lagergut und Empfänger einer Freistellungserklärung weiß oder jedenfalls davon ausgehen muß, daß die Rechte und Pflichten des Lagerhalters aus den §§ 416 ff HGB sich nicht ohne weiteres auf die Untersuchung der Qualität des Lagerguts und auf die Nachprüfung der Richtigkeit einer vom Einlagerer gewählten Bezeichnung beziehen, daß der Lagerhalter das eingelagerte Gut deshalb regelmäßig in dieser Richtung nicht überprüft und daß er bei Freistellungserklärungen wie hier von der vom Einlagerer gebrauchten Bezeichnung des Lagerguts ausgeht, ohne damit selber irgendwelche Qualitätsaussagen machen zu wollen. Darüber hinaus stellt der Empfänger einer Freistellungserklärung regelmäßig auch in Rechnung, daß der Lagerhalter den Kaufvertrag zwischen ihm und dem Einlagerer nicht kennt und deshalb auch nicht weiß, ob es dem Empfänger hinsichtlich

der Bezeichnung des Lagerguts auf eine qualitative Aussage des Lagerhalters ankommt. Das schließt es in der Regel aus, aus einer Freistellungserklärung, wie sie vorliegend in Rede steht, Rückschlüsse auf die qualitative Beschaffenheit des Lagerguts zu ziehen. Umstände, die im Streitfall eine andere Beurteilung erforderten, sind nicht gegeben. Nach den Feststellungen hat weder die Beklagte zu 1 zu erkennen gegeben, daß die Freistellungserklärung auch eine Auskunft über die Qualität und stoffliche Beschaffenheit des Lagerguts enthalte, noch hat die Klägerin insoweit um Auskunft gebeten. Insoweit sollte vielmehr nach den in der Kaufbestätigung der Klägerin wiedergegebenen Vereinbarungen der Kaufvertragsparteien eine Werksanalyse maßgebend sein, also gerade nicht die Freistellungserklärung der Beklagten zu 1.

d) Zu einer zutreffenden sachlichen Qualifizierung des Lagerguts, gegebenenfalls zur Offenbarung von Zweifeln insoweit oder zur Unterlassung der Freistellungserklärung, war die Beklagte zu 1 entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht deshalb verpflichtet, weil unter Einschaltung der Beklagten zu 1 schon einmal ein Ringgeschäft zwischen der Klägerin und R■■■■/C■■■■ abgewickelt worden war. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich zwar aus einer laufenden Geschäftsverbindung und dem durch sie begründeten Vertrauensverhältnis die vertragliche Nebenpflicht zu richtiger und vollständiger Auskunft ergeben (BGHZ 49, 167, 168 m.w.N.; BGH, Urt. v. 7. Juli 1971 - I ZR 45/70, WM 1971, 1308, 1309). Indessen bestand zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 eine solche Geschäftsverbindung nicht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren die Klägerin und die Beklagte zu 1 vor Abschluß des in vorliegender Sache in Rede stehenden Geschäfts nur einmal, anlässlich des vorerwähnten Ringgeschäfts zwi-

schen der Klägerin und R [REDACTED]/C [REDACTED], in Berührung gekommen, weil die Beklagte zu 1 auch damals Lagerhalter des an die Klägerin verkauften und von ihr weiterverkauften Materials gewesen war. Daß es dabei zu Vertragsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 gekommen sei, ist weder den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen noch sonst ersichtlich.

Vertragliche Auskunftspflichten hat daher die Beklagte zu 1 unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verletzt.

e) Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob eine Haftung der Beklagten zu 1 aus Verschulden bei der Anbahnung von Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo, c.i.c.) unter das von den Beklagten zu 2 versicherte Risiko fällt, weil die Klägerin nicht habe erkennen lassen, wie mit der Lagerware habe verfahren werden sollen und weil deshalb unklar gewesen sei, ob die Freistellungserklärung überhaupt der Anbahnung eines Lagervertrages habe dienen können. Das ist, jedenfalls im Ergebnis, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Zwar ist die Haftung aus c.i.c. nicht davon abhängig, ob es überhaupt zu einem Vertragsschluß kommt. Auch ist, wie ausgeführt, in Betracht zu ziehen, daß die Beklagte zu 1 mit der an die Klägerin gerichteten Freistellungserklärung ihre Bereitschaft angekündigt hatte, hinsichtlich des freigestellten Guts einen Lagervertrag mit der Klägerin abzuschließen. Jedoch hat die Beklagte zu 1 dabei keine ihr in diesem Stadium der Anbahnung von Vertragsbeziehungen obliegenden vertraglichen Sorgfaltspflichten gegenüber der Klägerin verletzt. Gegen eine vertragliche Auskunftspflicht hat sie, wie ausgeführt, nicht verstoßen. Damit hat sie sich aber auch im Rahmen ihrer Pflichten bei Anbahnung geschäftlicher Kontakte gehalten. Eine Haftung aus c.i.c. hätte daher das Berufungsgericht nur dann in

Betracht ziehen müssen, wenn die Klägerin auf die Bereitschaft der Beklagten zu 1, in Vertragsverhandlungen zur Klägerin zu treten, eingegangen wäre, was jedoch nach den getroffenen Feststellungen nicht der Fall war.

f) Wie bereits zu b) erörtert, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in Betracht zu ziehen, daß die Klägerin gem. § 931 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, der der Firma R[REDACTED] gegen die Beklagte zu 1 zustand, Eigentümerin des verkauften Guts und damit Inhaberin des versicherten Interesses i.S. des § 1 SVS geworden war. Unter dieser Voraussetzung kämen Schadensersatzansprüche aus Vertrag, auch wenn es - wie hier - an einem Verkehrsvertrag i.S. des § 2 SVS zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 fehlt, dann noch in Frage, wenn die Beklagte zu 1 aufgrund des Lagervertrages zwischen ihr und R[REDACTED]/C[REDACTED] für den Schaden der Klägerin einzustehen hätte. Indessen ist auch das nicht der Fall. Ihre Pflichten aus dem Vertrag mit R[REDACTED]/C[REDACTED] hat die Beklagte zu 1 im Zusammenhang mit der Abgabe der Freistellungserklärung nicht verletzt. Zutreffend haben die Vorinstanzen angenommen, daß der Klägerin aus dem Lagervertrag zwischen R[REDACTED] und der Beklagten zu 1 keine vertraglichen Ansprüche auf eine sachlich zutreffende Bezeichnung oder qualitative Beschreibung des Lagerguts in der Freistellungserklärung zustanden. Entgegen der Annahme der Revision entfaltete der Vertrag zwischen der Beklagten zu 1 und R[REDACTED] keine in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Schutzwirkungen zugunsten der Klägerin.

g) Die Revision macht geltend, daß das Berufungsgericht der Klage gegen die Beklagten zu 2 auch dann hätte stattgeben müssen, wenn sich die Klageansprüche ausschließlich auf eine unerlaubte Handlung der Beklagten zu 1

stützten, weil nach § 3 Nr. 2 SVS auch solche Ansprüche der SVS-Versicherung unterfielen. Dem kann nicht gefolgt werden. Nach § 3 Nr. 2 SVS tritt der Versicherer für deliktisch verursachte Schäden nur dann ein, wenn die Schadensersatzansprüche mit einem mit dem Spediteur abgeschlossenen Verkehrsvertrag unmittelbar zusammenhängen. Das ist, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, der Fall, wenn der Sachverhalt, mit dem die Schadensersatzansprüche begründet werden, zugleich das gem. § 2 Nr. 2 SVS versicherte Rechtsverhältnis kraft eines der dort genannten Verkehrsverträge (Speditionsvertrag, Lagervertrag usw.) begründet, gilt also dann, wenn - wie in den Fällen der Anspruchskonkurrenz (BGHZ 9, 301, 302) - der Tatbestand, auf den die deliktischen Ansprüche gestützt werden, zugleich die Grundlage für den Verkehrsvertrag bildet (Krien-Hay, ADSp, § 3 Anm. 2 SVS; Wolf, ADSp-SVS/RVS, 9. Aufl., § 3 Anm. 7). An einem solchen unmittelbaren Zusammenhang fehlt es hier. Der in Betracht kommende, vom Berufungsgericht bejahte Schadensersatzanspruch der Klägerin aus unerlaubter Handlung beruht - wie ausgeführt - nicht auf einer Verletzung vertraglicher Pflichten der Beklagten zu 1 gegenüber der Klägerin oder auf einer Verletzung des Lagervertrags zwischen der Beklagten zu 1 und R■■■■/C■■■, sondern darauf, daß es die Beklagte zu 1 ihren Vertragspartnern R■■■■/C■■■ bei Gelegenheit einer - vertragsgemäß - abgegebenen Freistellungserklärung ermöglicht hat, die Klägerin zu täuschen.

Infolge der Risikobeschränkung des § 3 Nr. 2 SVS auf die Fälle des unmittelbaren Zusammenhangs von Verkehrsvertrag und Deliktsanspruch fällt daher der geltend gemachte Schaden, für den die Klägerin Ersatz verlangt, nicht unter das versicherte Risiko. Daß diese Risikobeschränkung zu der Unklarheitenregelung des § 5 AGBG in Widerspruch stünde

mit der Folge, daß auch Schadensfälle der vorliegenden Art als mitversichert angesehen werden müßten, ist im Gegensatz zur Auffassung der Klägerin nicht zu erkennen und von der Revision auch nicht näher begründet worden.

2. Stehen der Klägerin danach Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsvertrag mit der Beklagten zu 1 oder aus unerlaubter Handlung i.S. des § 3 Nr. 2 SVS nicht zu, hat das Berufungsgericht die Klage gegen die Beklagten zu 2 mit Recht in vollem Umfang für unbegründet erachtet und die Klage gegen die Beklagte zu 1 zutreffend nur noch unter deliktsrechtlichen Gesichtspunkten im übrigen erörtert.

3. Nach der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klage gegen die Beklagte zu 1 aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 27, 263 StGB) nur zur Hälfte gerechtfertigt, weil die Klägerin im übrigen ein Mitverschulden (§ 254 BGB) an der Schadensentstehung treffe. Diese Beurteilung hält den Revisionsangriffen nicht in allen Punkten stand.

a) Das Berufungsgericht hat nicht erörtert, ob für die Klägerin bei Abschluß und Durchführung des Vertrages mit Rohleg ein verfassungsmäßig berufener Vertreter i.S. des § 31 BGB oder eine sonstige Hilfsperson gehandelt hat. Für die Frage, ob ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin überhaupt in Betracht zu ziehen ist, kommt es darauf aber auch nicht an. Zwar kann ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten im allgemeinen nur unter den Voraussetzungen des § 831 BGB berücksichtigt werden, also nur mit der Möglichkeit des dort genannten Entlastungsbeweises, wenn es - wie hier zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 - an einer vertraglichen Beziehung oder an einer sonstigen

rechtlichen Sonderverbindung fehlt und eine beteiligte juristische Person - hier die Klägerin - nicht durch ein Organ i.S. des § 31 BGB gehandelt hat. Insoweit ist aber vorliegend zu berücksichtigen, daß R. [REDACTED] und die Beklagte zu 1 gegenüber der Klägerin nach den §§ 830, 840 Abs. 1, 421 BGB Gesamtschuldner sind und daß die Klägerin im Verhältnis zwischen ihr und R. [REDACTED] mit Rücksicht auf die zu dieser bestehenden Vertragsbeziehungen in jedem Falle - vorbehaltlich der gebotenen Ursachenabwägung - ein etwaiges mitwirkendes Verschulden zu vertreten hätte - sei es nach §§ 254, 31 BGB, sei es nach §§ 254, 278 BGB -, und zwar auch insoweit, als die Klägerin ihren Anspruch nicht auf Vertrag, sondern auf unerlaubte Handlung stützt (BGHZ 9, 316; 24, 325; BGH, Urt. v. 8. Mai 1956 - VI ZR 58/55, LM BGB § 254 E Nr. 2; BGH, Urt. v. 16. April 1964 - III ZR 83/63, NJW 1964, 1670). Findet aber im Verhältnis der Klägerin zu Rohleg ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin Berücksichtigung, kommt das auch der gesamtschuldnerisch mithaftenden Beklagten zu 1 zustatten, weil ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten im Verhältnis zu einem von mehreren Gesamtschuldnern regelmäßig zugunsten aller Gesamtschuldner zu berücksichtigen ist (vgl. Oertmann, 5. Aufl., § 425 Anm. 1 c; Reichel, Die Schuldmitübernahme, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 19 S. 418, 419; Cohn, Untersuchungen zu § 254 BGB, in: Gruchots Beitr. Bd. 43, 376, 384, 385; BGB-RGRK, 12. Aufl., § 425 Anm. 13). Denn wirkt sich bereits - wie in den Fällen des § 424 BGB - ein u.U. auch schuldloses Verhalten des Gläubigers zugunsten aller Gesamtschuldner aus, kann das bei einem schuldhaften Verhalten des Gläubigers nicht anders sein.

Davon ist auch vorliegend auszugehen. Die Berücksichtigung eines mitwirkenden Verschuldens des Geschädigten gegenüber einem Gesamtschuldner, zu dem der Geschädigte nicht in

einer rechtlichen Sonderverbindung steht, findet im Streitfall seine Rechtfertigung darin, daß die unerlaubte Handlung der Beklagten zu 1 den Schaden der Klägerin nicht allein verursacht hat, daß vielmehr dieser Schaden Folge einer von der Beklagten zu 1 geförderten unerlaubten Handlung und Vertragsverletzung R[REDACTED]s gegenüber der Klägerin ist, bei dessen Entstehung ein eigenes Verschulden der Klägerin mitgewirkt hat. Mit den Grundsätzen eines angemessenen Schadensausgleichs gem. § 254 BGB zwischen dem Geschädigten und den gesamtschuldnerisch haftenden Schädigern steht eine unterschiedliche Haftung mehrerer Schädiger dann nicht in Einklang, wenn - wie im Streitfall - die unerlaubte Handlung eines Gesamtschuldners die Verletzung von Vertragspflichten eines andern gefördert hat und den Geschädigten insoweit ein mitwirkendes Verschulden trifft, ohne welches der Schaden und damit Schadensersatzansprüche auch gegen die nicht in einer Vertragsbeziehung zum Geschädigten stehenden Gesamtschuldner überhaupt nicht oder nicht in vollem Umfang entstanden wären.

b) Zutreffend ist das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner tatsächlichen Feststellungen davon ausgegangen, daß bei der Verursachung des Schadens auf Seiten der Klägerin nicht nur leichte Fahrlässigkeit, sondern ein erhebliches selbstschädigendes Fehlverhalten im Spiel war. Insoweit muß sich die Klägerin anrechnen lassen, daß sie an R[REDACTED] Zahlung geleistet hat, ohne die Ware vorher besichtigt und untersucht zu haben (§ 377 HGB). Daß sie schon einmal ein Ringgeschäft mit R[REDACTED]/C[REDACTED] beanstandungsfrei abgewickelt und in vorliegender Sache das Material bereits an C[REDACTED] weiterverkauft hatte, befreite sie nicht von dieser Obliegenheit sich selbst gegenüber. Wollte die Klägerin nicht gegen ihr eigenes Interesse verstoßen, mußte sie, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, in Rechnung stellen, daß

sie bei einem Geschäft mit einem Kaufpreis von 420.000,-- DM ohne Mehrwertsteuer ein erhebliches wirtschaftliches Risiko lief, wenn sie sich über die Qualität der gekauften Ware keine Gewißheit verschaffte. Die Ware, die als Offgrade-Material ohnehin Abweichungen im Siliziumgehalt nach unten und damit eine Minderung der Qualität gegenüber Ferro-Silizium 75 wahrscheinlich machte, war unter der Bezeichnung telquel verkauft worden, woraus sich die Möglichkeit eines weiteren Qualitätsabfalls ergab. Hinzu kommt, daß es R [REDACTED] / C [REDACTED], wie die Klägerin wußte, bei dem in Rede stehenden Geschäft darum ging, Liquidationsschwierigkeiten zu überbrücken, und daß es für die Klägerin auch deshalb nahelag, die eingelagerte Ware, die bis zur Bezahlung durch C [REDACTED] ihre einzige Sicherheit war, sorgfältig zu überprüfen. Zu Recht ist das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch davon ausgegangen, daß eine Untersuchung des Materials durch die Klägerin selbst oder einen Sachverständigen im Rahmen des Zumutbaren lag. Der Kosten-, Zeit- und Arbeitsaufwand für eine sachgerechte Untersuchung war gering im Verhältnis zu dem Risiko, das die Klägerin andernfalls einging. Wenn deshalb das Berufungsgericht in der Untätigkeit der Klägerin hinsichtlich der Besichtigung und Untersuchung des Materials ein erhebliches, über leichte Fahrlässigkeit hinausgehendes Verschulden gegen sich selbst erblickt hat, so kann dieser im wesentlichen tatrichterlichen Würdigung aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Ob diese Beurteilung auch dann Platz greifen müßte, wenn die im Kaufvertrag mit R [REDACTED] / C [REDACTED] genannte Werksanalyse vorgelegen hätte, kann offenbleiben. Nach den Feststellungen hat sich die Klägerin diese Analyse nicht vorlegen lassen.

c) Demgegenüber kann die Revision nicht mit Erfolg darauf verweisen, daß es in Fällen wie hier branchen- und handelsüblich sei, die verkaufte Ware nicht zu untersuchen.

Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob kaufmännische Gepflogenheiten solcher Art vorliegend anzunehmen sind. Das ist kein Rechtsfehler. Auf eine kaufmännische Übung oder einen Handelsbrauch kommt es im Streitfall nicht an. Kaufmännische Gepflogenheiten, die - wie hier von der Revision geltend gemacht - von der Verpflichtung zur Untersuchung des Guts (§ 377 HGB) schlechthin freistellten, könnten nicht als sachlich erheblich angesehen werden, weil eine solche Freistellung darauf hinausliefe, Mißstände und Nachlässigkeiten im Bereich des kaufmännischen Verkehrs zu decken, die sachlich nicht gebilligt werden könnten und deshalb auch keinen Rechtsschutz verdienten (BGH, Urt. v. 3. Dezember 1975 - VIII ZR 237/74, LM HGB § 377 Nr. 16 = NJW 1976, 625 = DB 1976, 144 = WM 1976, 55; Bruggemann in GroßKomm. HGB, 3. Aufl., § 377 Anm. 17 m.w.N.; Baumbach-Duden, 25. Aufl., § 377 Anm. 1 E). Darüber hinaus haben die Kaufvertragsparteien auch selber, wie die Vertragsbestätigung der Klägerin zeigt, auf die Vorlage einer Werksanalyse abgestellt und damit nicht, jedenfalls nicht uneingeschränkt, auf einen Handelsbrauch, der von der Verpflichtung zur Untersuchung der gekauften Ware freistellte.

d) Die Revision meint weiter, daß die Beklagte zu 1 der Klägerin ein eigenes mitwirkendes Verschulden auch deshalb nicht entgegenhalten könne, weil sie selber es gewesen sei, die mit der von ihr erteilten Freistellungserklärung zur Aufrechterhaltung des Irrtums der Klägerin über die Beschaffenheit des Materials beigetragen habe. Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Wer eine vertraglich geschuldete Auskunft unrichtig erteilt, kann zwar - worauf die Revision an sich zutreffend hinweist - nach ständiger Rechtsprechung in der Regel nicht geltend machen, den Geschädigten treffe deshalb ein Mitverschulden, weil er der Auskunft vertraut und dadurch einen Mangel an

Sorgfalt gezeigt habe (BGH, Urt. v. 25. Mai 1977 - VIII ZR 186/75, NJW 1977, 1536, 1537 = DB 1977, 1451, 1452 = WM 1977, 999, 1001 m.w.N.; vgl. auch BGHZ 76, 216, 218). Ein besonderes, durch das Bestehen vertraglicher Beziehungen gerechtfertigtes Vertrauen konnte aber die Klägerin hinsichtlich der Angaben in der Freistellungserklärung der Beklagten zu 1 nicht in Anspruch nehmen. Vertragliche Auskunftspflichten hat die Beklagte zu 1 auch nicht verletzt. Eine Verletzung allgemeiner Rechtspflichten, die nicht die Folge eines Mißbrauchs entgegengebrachten Vertrauens im Rahmen einer Vertragsbeziehung ist, hindert aber den Einwand des mitwirkenden Verschuldens nicht.

e) Die Revision ist der Auffassung, daß die Berücksichtigung eines vom Berufungsgericht nur als fahrlässig eingestuften Verschuldens der Klägerin im Rahmen des § 254 BGB auch deshalb ausscheide, weil die Beklagte zu 1 den Schaden vorsätzlich verursacht habe und ein vorsätzlich Handelnder den Schaden auch nicht teilweise auf den nur fahrlässig an der Entstehung des Schadens mitwirkenden Geschädigten abwälzen könne. Damit hat die Revision im Ergebnis Erfolg.

Fällt bei der Entstehung eines Schadens der einen Partei Vorsatz, der anderen aber nur Fahrlässigkeit zur Last, wird die nach § 254 BGB anzustellende Abwägung der Schadensursachen im allgemeinen zu dem Ergebnis führen, daß der vorsätzlich Handelnde den Schaden allein zu tragen hat, weil das Maß des Verschuldens zumeist auch das Maß der Verursachung bestimmt und weil deshalb ein nur fahrlässiges Verhalten regelmäßig hinter einem vorsätzlichen zurücktritt. Das gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Es gibt keinen Rechtssatz, wonach es dem vorsätzlich Handelnden ganz allgemein versagt wäre, sich unter dem

Gesichtspunkt des § 254 BGB auf ein mitwirkendes fahrlässiges Verschulden des Geschädigten zu berufen (BGHZ 57, 137, 145, 146; BGB-RGRK, 12. Aufl., § 254 Rdnr. 20; Staudinger-Medicus, § 254 Rdnr. 101; Palandt-Heinrichs, 43. Aufl., § 254 Anm. 4 b jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß es einer Schadensabwägung nach § 254 BGB nicht ohne weiteres entgegensteht, wenn ein eigenes fahrlässiges Fehlverhalten des Geschädigten mit einer bedingt vorsätzlichen Schädigungshandlung des anderen Teils zusammentrifft (BGHZ 47, 110, 117; 49, 19, 24). Ob davon aber auch im Streitfall ausgegangen werden kann, läßt sich aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilen. Das Berufungsgericht hat - wie ausgeführt - unerörtert gelassen, ob die Klägerin bei Abschluß und Durchführung des Vertrages mit R. durch einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter i.S. des § 31 BGB oder durch eine andere Hilfsperson vertreten war. Von der Klärung dieser Frage, die in dem zu a) erörterten Zusammenhang noch dahinstehen konnte, kann jedoch in diesem Zusammenhang, im Rahmen der Schadensabwägung und -quotierung nach § 254 BGB, nicht abgesehen werden. Denn insoweit ist in Betracht zu ziehen, daß das Verschulden, das die Klägerin zu vertreten hat, möglicherweise unterschiedlich zu gewichten ist, je nachdem ob es sich um ein eigenes bzw. um ein dem eigenen Verschulden gleichstehendes Verschulden der Klägerin gehandelt hat oder um das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen (RGZ 71, 217; 157, 228, 233; BGH, Urt. v. 18. Oktober 1965 - VII ZR 203/63, DB 1966, 147; BGB-RGRK, 12. Aufl., § 831 Rdnr. 13; Palandt-Heinrichs, 43. Aufl., § 254 Anm. 4 d aa).

Eine Schadensquotierung, bei der auf Seiten der Klägerin lediglich Fahrlässigkeit - gegebenenfalls nur eines Gehilfen -

auf Seiten der Beklagten zu 1 aber das vorsätzliche Verschulden eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters zu berücksichtigen wäre, könnte daher zu einem anderen Ergebnis als zu der vom Berufungsgericht für angemessen erachteten Schadensteilung im Verhältnis 50 zu 50 führen. Es bedarf somit weiterer tatrichterlicher Feststellungen zu der Frage, wer auf Seiten der Klägerin das Geschäft mit Rohleg getätigt und abgewickelt hat und wie das der Klägerin danach zur Last fallende mitwirkende Verschulden im Rahmen der Schadensabwägung zu gewichten ist.

II. Revision der Beklagten zu 1.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat R[REDACTED] die Klägerin in betrügerischer Absicht getäuscht und geschädigt, ohne daß die Klägerin die wahre Qualität des gekauften Materials gekannt hat. Dagegen wendet sich die Revision mit der Rüge, das Berufungsgericht habe den Sachvortrag und die Beweisantritte der Parteien insoweit nicht hinreichend ausgeschöpft (§ 286 BGB). Es habe zu Unrecht außer acht gelassen, daß der Geschäftsführer H[REDACTED] der Firmen R[REDACTED] und C[REDACTED] bei seiner Vernehmung vor der Staatsanwaltschaft am 12. April 1978 bekundet habe, die an den Ringgeschäften beteiligten Geschäftspartner von R[REDACTED] und C[REDACTED] seien über den Wert der Ware unterrichtet gewesen und hätten insoweit allein auf die Erfüllung der Rückkaufverpflichtung durch C[REDACTED] vertraut. Mit dieser Rüge hat die Revision keinen Erfolg.

Es kann dahinstehen, ob die von der Revision vermißten Beweiserhebungen zulässig gewesen wären, nachdem der Zeuge H[REDACTED] die Niederschrift über seine Vernehmung vor der Staatsanwaltschaft nicht unterschrieben und seine Vernehmung in vorliegender Sache abgelehnt hat. Denn schon aus anderen Gründen ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht

im Hinblick auf die Aussage des Zeugen H[REDACTED] vor der Staatsanwaltschaft keine weiteren Beweise mehr erhoben hat. Zwar enthalten die Bekundungen des Zeugen H[REDACTED] vor der Staatsanwaltschaft den Hinweis, daß die Vertragspartner der einzelnen Ringgeschäfte über den Wert der Ware informiert gewesen seien. Da aber diese Aussage des Zeugen im Zusammenhang mit Bekundungen zu den Geschäften von R[REDACTED]/C[REDACTED] mit der Firma D[REDACTED] stand und Partner der Ringgeschäfte nicht nur die Firma D[REDACTED] und die Klägerin waren, sondern auch eine Reihe anderer Metallhandels-gesellschaften, ist nicht zwingend ersichtlich, daß sich die in Rede stehende Aussage des Zeugen auch auf die Klägerin erstreckte. Es ist daher nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen H[REDACTED] vor der Staatsanwaltschaft nicht zugunsten der Beklagten zu 1 hat ins Gewicht fallen lassen. Zu Beweiserhebungen insoweit hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß. H[REDACTED] hat das staatsanwaltschaftliche Vernehmungsprotokoll nicht unterschrieben, und in anhängiger Sache hat er es nach Belehrung gem. § 384 Nr. 2 ZPO abgelehnt, sich vernehmen zu lassen. Daß die bei der Vernehmung des Zeugen durch die Staatsanwaltschaft Mitwirkenden aufgrund der Zeugenvernehmung Umstände schildern könnten, die Rückschlüsse auf die Kenntnis der Klägerin über den tatsächlichen Wert des gekauften Materials zuließen, hat auch die Revision nicht geltend gemacht.

2. Hinsichtlich der Teilnahmehandlung der Beklagten zu 1 an dem betrügerischen Vorgehen R[REDACTED]s gegen die Klägerin hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß die Beklagte zu 1 in objektiver Hinsicht an der Schädigung der Klägerin durch positives Tun mitgewirkt habe, weil sie durch Abgabe der Freistellungserklärung vom 5. Dezember 1977, in der das Lagergut ohne nähere Erklärung lediglich als Ferro-Silizium

bezeichnet worden sei, die Voraussetzungen für die von der Klägerin an R. geleistete Zahlung geschaffen habe. Dem hält die Revision entgegen, daß das Berufungsgericht weder die Unrichtigkeit der in der Freistellungserklärung gebrauchten Bezeichnung "Ferro-Silizium" noch sonst eine unwahre Erklärung bei Erfüllung der Freistellungsanweisung Rohlegs festgestellt habe. Wenn das Berufungsgericht gleichwohl der Beklagten zu 1 die Abgabe einer mißdeutbaren Erklärung vorwerfe, dann lege es ihr damit zur Last, daß sie eine klarstellende Erklärung hinsichtlich der Beschaffenheit des Lagerguts, die nach Lage der Sache nur durch zusätzliche Erklärungen möglich gewesen sei, unterlassen habe. Eine Beihilfe durch Unterlassen sei aber nur in Betracht zu ziehen, wenn der Täter auch eine Rechtspflicht zum Handeln habe. Insoweit habe aber das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, so daß es bereits in objektiver Hinsicht an einer Beihilfehandlung der Beklagten zu 1 fehle. Dem kann nicht gefolgt werden.

Mit der Revision kann zwar davon ausgegangen werden, daß die Beklagte zu 1, die mit der Klägerin nicht in vertraglichen Beziehungen stand und ihr auch sonst nicht aufgrund eines besonderen Pflichtenverhältnisses verbunden war, rechtlich nicht gehalten war, die Klägerin über eine der Beklagten zu 1 bekannte oder von ihr für möglich gehaltene Qualität des Lagerguts zu unterrichten. Indessen kommt es darauf vorliegend nicht an. Es kann daher auch dahinstehen, ob und inwieweit es für die Beklagte zu 1 bei Bestehen einer solchen Rechtspflicht unzumutbar gewesen wäre, dieser Verpflichtung nachzukommen. Entscheidend ist insoweit allein, daß der Betrug R. an der Klägerin auch bei Verwendung der "neutralen" und als solcher möglicherweise nicht unrichtigen Bezeichnung "Ferro-Silizium" in der Freistellungserklärung bereits durch die Abgabe dieser Erklärung gefördert

wurde, die Voraussetzung für die Zahlung der Klägerin an R[REDACTED] war. Auch wenn die Beklagte zu 1 nicht verpflichtet war, der Klägerin Hinweise auf Konsistenz und Qualität des Lagerguts zu geben, änderte das nichts daran, daß sie mit Abgabe der Freistellungserklärung die Bedingung erfüllte, die an die Auszahlung des Kaufpreises geknüpft war, und daß sie Rohleg damit die Vollendung des Betrugs an der Klägerin ermöglichte. Daraus erhellt, daß die Beihilfe der Beklagten zu 1 nicht in einer Unterlassung der Aufklärung der Klägerin bestand, sondern in der Abgabe der Freistellungserklärung und damit in einem positiven Tun.

3. Die Revision wendet sich des weiteren gegen die Annahme des Berufungsgerichts, D[REDACTED] habe mit bedingtem Vorsatz gehandelt, weil er billigend in Kauf genommen habe, daß durch die Freistellungserklärung der Betrug Rohlegs an der Klägerin gefördert werde. Die Revision meint, daß die Feststellungen des Berufungsgerichts, die dieser Beurteilung zugrunde liegen, nicht rechtsfehlerfrei getroffen seien. Damit hat die Revision - im Ergebnis - Erfolg. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind, soweit es darauf ankommt, ob D[REDACTED] einen Betrug R[REDACTED]s an der Klägerin billigend in Kauf genommen, d.h. mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat, nicht frei von Widerspruch (§ 286 ZPO).

a) Nach den insoweit rechtsfehlerfreien und von der Revision auch nicht beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts wußte D[REDACTED], daß die Freistellungserklärung der Beklagten zu 1 Bedingung war für die Zahlung des Kaufpreises an R[REDACTED].

Darüber hinaus war D[REDACTED] bekannt, daß R[REDACTED] der Klägerin das Lagergut als Ferro-Silizium 75 verkauft hatte. Auch wußte er, jedenfalls rechnete er damit, daß das Lager-

gut von minderer Qualität als Ferro-Silizium 75 war, daß die Klägerin darüber getäuscht worden sei und daß sie deshalb bei Bezahlung der Ware Schaden erleiden werde.

Soweit die Revision diesen Feststellungen gegenüber darauf verweist, daß D[REDACTED] die Einzelheiten der Absprache zwischen der Klägerin und R[REDACTED]/C[REDACTED] nicht gekannt und auch nicht gewußt habe, wie R[REDACTED] das Lagergut gegenüber der Klägerin bezeichnet habe, kann sie damit keinen Erfolg haben. Die insoweit beanstandeten tatrichterlichen Feststellungen geben zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß.

Es enthält im Gegensatz zur Auffassung der Revision auch keinen Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht aus der Aussage des Zeugen H[REDACTED], eines früheren Angestellten von R[REDACTED] und C[REDACTED], die Feststellung hergeleitet hat, daß D[REDACTED] mit einem Betrug R[REDACTED]s an der Klägerin gerechnet und für diesen Fall die Freistellungserklärung durch die neutrale Bezeichnung des Lagerguts als Ferro-Silizium in eine Form gekleidet habe, die den Käufer hinsichtlich einer Minderqualität des gekauften Guts keinen Verdacht habe schöpfen lassen. Zwar hat das Berufungsgericht diese Feststellungen aus Umständen hergeleitet, die H[REDACTED] im Zusammenhang mit den Aussagen über die Abwicklung eines Ringgeschäfts zwischen R[REDACTED]/C[REDACTED] und der Firma D[REDACTED] bekundet hatte. Das hinderte das Berufungsgericht aber nicht, aus der Zeugenaussage Rückschlüsse auch auf das in vorliegender Sache zu beurteilende Ringgeschäft zu ziehen. Mit der Zeugenaussage D[REDACTED]s, er habe das Ansinnen H[REDACTED]s, die Ware als Ferro-Silizium 75 zu bezeichnen, zurückgewiesen, steht das nicht in Widerspruch. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist gerade wegen dieser Einstellung D[REDACTED]s die Angabe des Siliziumgehalts in der Freistellungserklärung vom 5. Dezember 1977 unterblieben.

b) Soweit jedoch das Berufungsgericht angenommen hat, D[REDACTED] habe bedingt vorsätzlich gehandelt, weil er billigend in Kauf genommen habe, durch die Freistellungserklärung einen Betrug zum Nachteil der Klägerin zu fördern (BU 20), weil er an der für möglich gehaltenen Schädigung der Klägerin wissentlich mitgewirkt habe (BU 20), weil die Bezeichnung des Lagerguts in der Freistellungserklärung den für möglich gehaltenen Betrug wissentlich habe verschleiern sollen (BU 21, 22) und weil er die Beklagte zu 1 durch eine mißdeutbare Erklärung nicht aus der von ihm vermuteten Manipulation herausgehalten habe (BU 23, 24), tragen diese Ausführungen das Urteil nicht. Für sich allein schließen sie zwar nicht die Annahme aus, daß D[REDACTED] eine betrügerische Übervorteilung der Klägerin durch R[REDACTED] als möglich erkannt und billigend in Kauf genommen habe. Indessen stehen sie in Widerspruch zu den weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts, es lasse sich - auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Freistellungserklärung nach den Umständen möglicherweise als Freistellung von Ferro-Silizium 75 zu verstehen gewesen sei - nicht feststellen, daß die Prokuristen der Beklagten zu 1, unter ihnen D[REDACTED], durch die Bezeichnung des Lagerguts als "Ferro-Silizium" in der Freistellungserklärung vorsätzlich etwas unwahres erklärt hätten (BU 18). Vielmehr gehe die unwiderlegte Einlassung auch D[REDACTED]s dahin, daß die Beklagte zu 1 aus den nicht bedenkenfreien Geschäften R[REDACTED]s mit der Klägerin habe herausgehalten werden sollen. Das lasse darauf schließen, daß unrichtige Angaben, mögen sie auch so gewirkt haben, nicht hätten gemacht werden sollen (BU 19).

Nach diesen Ausführungen entsprach es nicht dem Willen D[REDACTED]s, daß die Klägerin unrichtig wirkende Angaben auch unrichtig auffaßte. Das aber läßt sich nicht mit der weiteren,

oben erörterten Feststellung des Berufungsgerichts vereinbaren, daß D[REDACTED] durch Abgabe einer mißdeutbaren Freistellungserklärung eine Schädigung der Klägerin billigend in Kauf genommen, d.h. mit bedingtem Beihilfevorsatz gehandelt habe.

4. Das Berufungsgericht hat eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten zu 1 in dem erkannten Umfang bejaht, weil der für sie tätig gewordene Prokurist D[REDACTED] als Leiter ihrer Zweigniederlassung Duisburg verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten zu 1 gewesen sei und sich diese deshalb das Verschulden D[REDACTED]s als eigenes Verschulden anrechnen lassen müsse. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, D[REDACTED] habe als Leiter der Zweigniederlassung D[REDACTED] eine organschaftsähnliche Stellung bekleidet, ist aktenwidrig und deshalb rechtsfehlerhaft (§ 286 ZPO). Sie steht mit dem insoweit unstreitigen Vorbringen der Parteien in Widerspruch und findet auch in der Zeugenaussage D[REDACTED]s vor dem Landgericht keine Stütze. Denn danach war nicht D[REDACTED], sondern der Prokurist S[REDACTED] Niederlassungsleiter, unter dem D[REDACTED] - von insgesamt 7 Abteilungen der Niederlassung - die Lager- und Importabteilung leitete. Ob er in dieser Funktion die Stellung eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Beklagten i.S. der §§ 30, 31 BGB innehatte, ist den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen. Die Stellung eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters verlangt, daß dieser innerhalb seines Geschäftsbereichs eine dem Vorstand ähnliche Selbständigkeit und Verantwortlichkeit hat, die ihn als Repräsentanten des vertretenen Unternehmens erscheinen läßt (BGHZ 49, 19, 21; BGH, Urt. v. 12. Juli 1977 - VI ZR 159/75, LM BGB § 31 Nr. 21 Bl. 2 = NJW 1977, 2259,

2260 = DB 1977, 2135, 2136 = WM 1977, 994, 995; st. Rspr.). Diese Voraussetzungen werden bei einem Filial- oder Niederlassungsleiter häufig erfüllt sein, bei einem Abteilungsleiter in der Regel nicht, weil dieser im Verkehr mit dem Publikum im allgemeinen nur mit einer eingeschränkten, nicht repräsentativen Verantwortlichkeit für den Vertretenen auftritt. Daß der Vertreter Prokura hat, ist insoweit nicht von entscheidender Bedeutung.

Auch aus diesen Gründen konnte das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht wird nunmehr zu klären haben, ob D [REDACTED] - was sich aus den getroffenen Feststellungen nicht ergibt, in tatsächlicher Hinsicht aber auch nicht ohne weiteres verneint werden kann - trotz seiner Unterordnung unter den Niederlassungsleiter Solle die Voraussetzungen erfüllt, die an die Tätigkeit eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters zu richten sind.

5. Ob die Beklagte zu 1, falls eine Haftung für Dittmann als verfassungsmäßig berufener Vertreter gem. § 31 BGB entfällt, für das rechtswidrige Verhalten ihres Prokuristen nach § 831 BGB eintreten muß, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus zu Recht - nicht geprüft. Das kann das Revisionsgericht nicht nachholen, da die Beklagte zu 1 angeboten hat, den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB zu führen, und insoweit weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind.

III. Danach war auf die Revisionen der Klägerin und der Beklagten zu 1 das angefochtene Urteil in dem erkannten Umfang aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision mit Ausnahme der in der Revisionsinstanz angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2, die die Klägerin auf jeden Fall zu tragen hat (§ 97 Abs. 1 ZPO) - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bei seiner erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht - soweit die Beklagte zu 1 der Klägerin nach § 831 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein sollte - bei der Schadensabwägung und -verteilung gem. § 254 BGB zu beachten haben, daß es dabei zusätzlich zum Verschulden der Hilfsperson (Dittmann) auch auf das eigene (Geschäftsherren-) Verschulden der Beklagten zu 1 ankommt, daß es aber dafür der Feststellung konkreter Tatsachen bedarf, weil insoweit das durch § 831 BGB nur vermutete Verschulden nicht ausreicht (BGH, Urt. v. 16. Oktober 1956 - VI ZR 162/55, LM StVG § 17 Nr. 10 Bl. 2 = VersR 1956, 732, 733; Urt. v. 15. November 1960 - VI ZR 30/60, VersR 1961, 249, 250; Urt. v. 23. November 1965 - VI ZR 158/64, VersR 1966, 164, 165; BGB-RGRK, 12. Aufl., § 831 Rdnr. 13; Staudinger-Medicus, 12. Aufl., § 254 Rdnr. 102; Palandt-Heinrichs, 43. Aufl., § 254 Anm. 4 a bb, jeweils m.w.N.).

v. Gamm

Merkel

Piper

Teplitzky

Scholz-Hoppe