

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 26/74

URTEIL

Verkündet am
16. April 1975
[REDACTED],
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma F [REDACTED] und A [REDACTED], Alleininhaberin
Gertrud A [REDACTED] in O [REDACTED], K [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. die Firma Johannes W [REDACTED] OHG, Möbel- und
Einrichtungshaus, R [REDACTED], Post We [REDACTED],
2. den Gesellschafter Kaufmann Johannes S [REDACTED],
3. die Gesellschafterin Kauffrau Karla S [REDACTED]
geb. W [REDACTED], beide wohnhaft in R [REDACTED],
Post We [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. April 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter am Bundesgerichtshof Braxmaier, Dr. Hiddemann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 8. Januar 1974 aufgehoben.

Die Sache wird zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin handelt mit Orientteppichen, die Beklagte zu 1, deren Gesellschafter die Beklagten zu 2 und 3 sind, mit Möbeln. Im Herbst 1972 besprachen die Parteien die Durchführung einer Teppichverkaufsausstellung in dem Stammgeschäft der beklagten Gesellschaft. Am 11. November 1972 bestätigte die Beklagte zu 1 den Eingang eines Schreibens der Klägerin vom 31. Oktober 1972 und sandte die von der Klägerin

- 3 -

aufgestellten und besprochenen Vertragsbedingungen unterschrieben zurück. In dem Schreiben vom 31. Oktober 1972 heißt es u.a.:

"Wir kamen wie folgt überein:
Sie stellen mir Ihre Geschäftsräume
(ein Schaufenster und einen entsprechenden
Lagerraum zum Vorzeigen der Teppiche geeignet)
im Rahmen Ihres Möbelhauses für die Zeit
vom 27. November bis zum 4. Dezember 1972
unentgeltlich zur Verfügung. Die Verkaufs-
ausstellung beginnt am 29. November, der
27. und 28. sind zur Einrichtung derselben
vorgesehen. Die Ware wird Ihnen am 27. No-
vember 1972 zu treuen Händen übergeben und
steht ab diesem Zeitpunkt in Ihrem Risiko.
Eine genaue Aufstellung der bei Ihnen ge-
lagerten Ware erhalten Sie. Sollte es sich
aus irgendwelchen Gründen als notwendig
herausstellen, die Ausstellung um einige
Tage zu verlängern, so kann dies im beider-
seitigen Einvernehmen geschehen, wobei alles
Vorhergesagte auch für die Verlängerung gilt.

In der Zeit, in welcher die Ausstellung
läuft, werden Ihnen alle getätigten Umsätze
mit 10 % des Erlöses verprovisioniert, egal
ob der Geschäftsabschluß in Ihren Räumen oder
beim Kunden stattfindet, vorausgesetzt, daß
das Geschäft durch die Ausstellung in die
Wege geleitet wurde.

Ihre Provision ist auch bei Ratenzahlungen
und aller Arten von Zielgeschäften sofort
und ohne jeden Abzug fällig. Verkauft wird
auf meinen Namen und auf meine Gefahr."

Am 27. November 1972 brachte die Klägerin Teppiche
in das Stammhaus der Beklagten, ohne jedoch eine Liste
der Ausstellungsstücke auszuhändigen. Dem Beklagten
zu 2 ist es nicht gelungen, für die Ware eine Diebstahls-
und Feuerversicherung abzuschließen. Das war der Klägerin



bekannt. Bis zum Geschäftsschluß am 4. Dezember 1972 betrug der Verkaufserlös der Ausstellung 3 720 DM. Am Vormittag des 4. Dezember 1972 telefonierte der Beklagte zu 2 in Gegenwart des damaligen, inzwischen verstorbenen Inhabers der Klägerin und eines Angestellten P. mit einer Kundin, Frau O., und machte sie auf das Ende der Ausstellung aufmerksam. Über den weiteren Verlauf und den Inhalt des Telefongesprächs streiten die Parteien, desgleichen darüber, ob es Anlaß war, die Ausstellung einvernehmlich um 1 oder 2 Tage zu verlängern. Der vormalige Inhaber der Klägerin und sein Mitarbeiter P. verließen die Geschäftsräume der Beklagten zu 1 am 4. Dezember 1972 um 18.00 Uhr. Der Beklagte zu 2 und sein Geschäftsführer H. waren zu dieser Zeit nicht anwesend. Die Ausstellungsware blieb an Ort und Stelle zurück.

In der Nacht vom 4. auf den 5. Dezember 1972 wurde von unbekannt gebliebenen Tätern in den Lagerraum der Beklagten zu 1 eingebrochen und mehrere Teppiche, Brücken und Galerien, deren Wert die Klägerin mit 85 650 DM beziffert hat, gestohlen. In dieser Nacht war der Jagdhund des Beklagten zu 2 bis etwa 23.30 Uhr in den Geschäftsräumen eingesperrt. Auf die sonst durchgeführten nächtlichen Kontrollgänge hatte der Beklagte zu 2 verzichtet.

Die Parteien streiten darüber, wie die Lagerraumtür gesichert war, ob durch ein einfaches, leicht zu öffnendes Vorhängeschloß oder durch ein Sicherheitsschloß.

Die Klägerin wirft den Beklagten vor, sie hätten schuldhaft vertraglich übernommene Obhutspflichten verletzt und nimmt sie deshalb auf Leistung von 51 388,80 DM Schadensersatz (= 60 % des angeblichen Wertes der gestohlenen Stücke) in Anspruch.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin den geltend gemachten Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat dahingestellt sein lassen, "in welchem Umfang und aufgrund welcher Bestimmung" die Beklagten durch den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag grundsätzlich für das Diebstahlsrisiko einzustehen verpflichtet gewesen seien, denn die Verkaufsausstellung sei im Zeitpunkt des Geschäftsschlusses am 4. Dezember 1972 beendet gewesen. Von diesem Zeitpunkt an habe sich die Klägerin mit dem Rücktransport der Teppiche in Annahmeverzug mit der Folge befunden, daß die Beklagten nur noch grobe Fahrlässigkeit zu vertreten gehabt hätten. Grob fahrlässiges Verhalten hätten sie sich jedoch nicht zuschulden kommen lassen. Das Zustandekommen einer Verlängerungsvereinbarung mit der Wirkung, daß auch die Obhutspflichten über den 4. Dezember 1972 18.00 Uhr hinaus fortbestanden hätten, hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, das erstinstanzliche Vorbringen der Klägerin reiche dafür nicht aus. Den neuen

Sachvortrag der Klägerin im zweiten Rechtszuge hat das Berufungsgericht als verspätet zurückgewiesen. Es hat schließlich auch Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung verneint.

II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält einer Nachprüfung nicht stand.

1. Aufgrund der von den Parteien im Oktober 1972 mündlich geschlossenen und mit Schreiben vom 31. Oktober/11. November 1972 bestätigten Ausstellungsvereinbarung trafen die Beklagte zu 1 auch Obhutspflichten für das Ausstellungsgut. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, die Übergabe in ihr "Risiko", wie es im Schreiben vom 31. Oktober 1972 formuliert worden ist, bedeute, daß die beklagte Gesellschaft für schuldhafte Verursachung des Untergangs oder der Verschlechterung der Teppiche haften sollte. Davon gehen auch die Parteien aus, die Beklagten noch in der Berufungserwiderung.

2. Die Beklagte zu 1 schuldete die Rückgabe der Ware aus ihrer Obhut. Infolge des Diebstahls ist ihr das nachträglich teilweise unmöglich geworden. Sie ist der Klägerin gegenüber schadensersatzpflichtig, sofern sie die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§ 280 BGB; gem. § 325 BGB bei Entgeltlichkeit der Vertragspflichten).

a) Eine Haftungsbefreiung ist nicht deshalb eingetreten, weil der Beklagten zu 1 keine Liste der Ausstellungsware übergeben worden ist. Dieser Gesichtspunkt hat lediglich für die Feststellung der Schadenshöhe Bedeutung.

b) Es begegnet keinen Bedenken, daß das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, die Beklagten hätten die Voraussetzungen einer Haftungsbeschränkung gem. § 300 BGB schlüssig dargetan: Sie haben, gestützt auf den Vertrag, den 4. Dezember 1972, 18.00 Uhr als das Ende der Zeit bezeichnet, für die die Obhutspflichten bestanden hätten und haben ferner behauptet, sie seien zur Rückgabe bereit gewesen. Richtig ist auch, daß es bei kalendermäßiger Bestimmung der Zeit für die Rücknahme dem zur Abholung verpflichteten Gläubiger gegenüber nicht einmal eines wörtlichen Angebots der Möglichkeit hierzu bedarf (§§ 295, 296 BGB).

Die Auffassung des Berufungsgerichts, diesem Vorbringen habe die Klägerin im ersten Rechtszuge nichts rechtlich Erhebliches entgegengesetzt, greift die Revision dagegen mit Erfolg an. Sie beruht auf der Verletzung materiellen Rechts und des § 286 ZPO.

Da nach dem Vertrag Ende der Verwahrzeit und Beginn der Pflicht zur Rücknahme am 4. Dezember 1972 mit Geschäftsschluß eintraten, mußte die Klägerin dartun und beweisen, daß sie gleichwohl zur Rücknahme der Ausstellungsware noch nicht verpflichtet war. Um Annahmeverzug auszuräumen, genügte es bereits, Tatsachen anzuführen und zu beweisen, aus denen sich ergibt, daß sie die Teppiche am 4. Dezember 1972 im Einvernehmen mit der Beklagten zu 1 nicht nur nicht abzuholen brauchte, sondern gar nicht abholen sollte. In diesem Zusammenhang ist unstreitig, daß der Beklagte zu 2 die Kundin O. von sich aus angerufen und damit den Stein ins Rollen gebracht hat. Nach der

Sachdarstellung der Klägerin hat er dabei erklärt, "die Herren seien noch ein oder zwei Tage da". Darüber, daß er dies sagen dürfe, habe er sich mit dem Inhaber der Klägerin durch einen fragenden Blick und Entgegennahme einer zustimmenden Geste vergewissert. Unterstellt, dies habe sich alles so abgespielt, so hatte die Beklagte zu 1 ein durch Hoffnung auf Provision bestimmtes Interesse daran, daß die Teppiche noch an Ort und Stelle blieben. Dieses Interesse ist aber unvereinbar mit der für die Begründung des Gläubigerverzugs notwendigen Bereitschaft des Schuldners (vgl. Palandt, BGB 33. Aufl. Anm. 2 zu § 297), das Ausstellungsgut am 4. Dezember 1972 ab 18.00 Uhr abholen zu lassen. Dahin stehen kann, ob das geschilderte Verhalten des Beklagten zu 2 und des damaligen Inhabers der Klägerin nicht - entgegen der Auffassung der Vorinstanzen - den Schluß auf das Zustandekommen einer Verlängerungsvereinbarung erlaubt. Nach dem Vorbringen der Klägerin hat die Beklagte zu 1 sich den weiteren Verbleib der Teppiche jedenfalls selbst "aufgeladen". Dann kann keine Rede davon sein, er wäre ihr aufgedrängt worden. Lag deshalb - die Richtigkeit der Darstellung der Klägerin unterstellt - kein Annahmeverzug vor, so greift § 300 BGB nicht Platz und die Beklagte zu 1 haftete weiter für jede Fahrlässigkeit. Das folgt unmittelbar aus dem Gesetz (§§ 280, 325 BGB) ohne Rücksicht darauf, ob die Verlängerung der Ausstellung vereinbart worden ist oder nicht. Ist das Vorbringen der Klägerin aber geeignet, die Haftungsbeschränkung aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs auszuräumen, dann mußte das Berufungsgericht die von ihr angetretenen Beweise über den Inhalt des Telefongesprächs erheben (Bl. 9, 106 GA; Gegenbeweise: Bl. 43, 44 GA).

3. Bei dieser Sachlage ist es unerheblich, ob die Parteien im Anschluß an das Ferngespräch am 4. Dezember 1972 auch noch eine ausdrückliche Vereinbarung über die Verlängerung der Ausstellung getroffen haben. Deshalb erübrigt es sich, auf die Rüge der Revision einzugehen, daß das Berufungsgericht das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin im Berufungsrechtszug zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen habe.

4. Die Verneinung eines Ersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung ohne Beweiserhebung hält einer Nachprüfung ebenfalls nicht stand.

Der Bundesgerichtshof hat zwar ausgesprochen, daß "an sich" keine allgemeine Rechtspflicht bestehe, fremdes Eigentum gegen Gefahren zu schützen und vor Diebstahl oder Beschädigung zu bewahren. Er hat jedoch hinzugefügt, ein Unternehmer könne schon durch die Ausübung eines Gewerbebetriebes, ohne daß Vertragsbeziehungen vorzuliegen brauchten, verpflichtet sein, fremdes Eigentum, das im Rahmen des Gewerbebetriebes in seine Obhut gelangt sei, sorgfältig zu behandeln (BGH Urt. v. 28. April 1953 - I ZR 47/52). Gewerbsmäßige Lagerhalter und Spediteure sind in diesem Zusammenhang nur als Beispiel angeführt. Die Beklagte zu 1 betreibt zwar keine gewerbliche Lagerhaltung, gleichwohl ist das Ausstellungsgut im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen Tätigkeit in ihre Obhut gelangt. Abgesehen davon hat die Klägerin aber Tatsachen vorgetragen, aus denen - im Falle ihres Nachweises - die konkrete Rechtspflicht hergeleitet werden müßte, für die in ihre Obhut gelangte Ware mit der im Verkehr gebotenen Sorgfalt geeignete Sicherungs-

maßnahmen zu ergreifen und aufrechtzuerhalten. Auch in diesem Zusammenhang ist mithin entscheidend, ob das Telefongespräch so geführt worden ist, wie es die Klägerin behauptet hat. Eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit kommt nicht in Betracht. Die §§ 417 HGB, 390 BGB lassen die Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff BGB) unberührt (Baumbach/Duden, HGB 19. Aufl. Anm. 1 D zu § 417).

III. Die anderweite Verhandlung der Sache wird sich auch auf den ergänzenden Sachvortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung und auf die Gesichtspunkte erstrecken müssen, die für ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin an der Schadensentstehung von Bedeutung sind.

IV. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Haidinger

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Merz