

---

**Datum:** 21.12.2006  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 21 U 120/06  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2006:1221.21U120.06.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 43 O 120/05

**Leitsätze:**

Händigt ein Bauherr einem Subunternehmer zur Ermöglichung der Werkleistung einen Generalschlüssel unmittelbar aus, ohne den Hauptunternehmer hierüber zu informieren, so ist der Subunternehmer gleichwohl Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB mit der Folge, daß der Hauptunternehmer dem Bauherrn für den Verlust des Schlüssels haftet. Der Bauherr muß sich jedoch ein Mitverschulden anrechnen lassen.

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Beklagten wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das am 23.6.2006 verkündete Urteil des Landgerichts Essen teilweise abgeändert.

Die Beklagte bleibt verurteilt, an die Klägerin 3.261,58 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.3.2005 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

---

<b>Gründe:</b>	1
(abgekürzt gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1 ZPO)	2
Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg.	3
Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Nichtrückgabe des Generalschlüssels zu, der jedoch um einen hälftigen Mitverschuldensanteil zu kürzen ist.	4
1.	5
Anspruchsgrundlage ist abweichend von dem landgerichtlichen Urteil nicht § 280, sondern § 281 BGB in der ab dem 1.1.2002 geltenden Fassung.	6
Grundsätzlich sind die allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen des BGB anwendbar, auch wenn der zugrundeliegende Vertrag unter Einbeziehung der VOB/B abgeschlossen worden ist (vgl. Ingenstau/Korbion/Wirth, VOB, 15. Aufl., Rn. 8 zu § 10 Nr. 1 VOB/B; LG Köln SFH Z 2.10 Bl. 69).	7
Die Nichtrückgabe des Schlüssels stellt jedoch nicht die Verletzung einer allgemeinen vertraglichen Verhaltenspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB (nach früherem Recht: positive Forderungsverletzung) dar. Die Pflicht zur Rückgabe eines ausgehändigten Schlüssels ist vielmehr, auch wenn sie – ebenso wie z. B. die Pflicht zur Rückgabe einer Mietsache gemäß § 546 BGB – nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis steht, eine echte (Neben)Leistungspflicht, weil bei ihr Verzug und die nach früherem Recht so genannte Unmöglichkeit denkbar sind. Es geht hier auch um Schadensersatz "statt" der Leistung, nämlich anstatt der Rückgabe des Schlüssels in natura, denn wenn diese Rückgabe noch rechtzeitig vor dem Austausch der Schließanlage erfolgt wäre, hätte es des Austausches nicht bedurft.	8
2.	9
Aus dem geschlossenen Werkvertrag ergab sich für die Beklagte als Unternehmerin die Pflicht, von der Klägerin als Bestellerin zwecks Ausführung der vertraglichen Werkleistung überlassene Gegenstände nach Abschluß dieser Werkleistung zurückzugeben. Bei dem fraglichen Generalschlüssel handelte es sich um solch einen der Werkleistung dienlichen Gegenstand. Diesem Zusammenhang mit der Werkleistung steht nicht entgegen, daß die Aushändigung eines Generalschlüssels möglicherweise nicht zwingend notwendig gewesen wäre, um die Leistung ausführen zu können, sondern der Zugang zu den Reinigungsobjekten auch anders hätte ermöglicht werden können. Ferner steht dem Zusammenhang mit den Reinigungsarbeiten nicht entgegen, daß diese bei Übergabe des Schlüssels (30.7.2002 lt. Schlüsselausgabeliste) schon beendet gewesen wären; die Beklagte hat nämlich in der Berufungsbegründung eingeräumt, daß jedenfalls "Anfang August an einem Tag untergeordnete Nachreinigungen geleistet" worden seien.	10
Die genannte Rückgabepflicht gilt auch bezüglich Gegenständen, die nicht dem Unternehmer selbst bzw. bei diesem angestellten Mitarbeitern, sondern von dem Unternehmer beauftragten Dritten – selbständigen Subunternehmern und deren Mitarbeitern – zur	11

Ermöglichung der Werkleistung überlassen werden. Die Frage, ob der Besteller gehalten ist, den Hauptunternehmer von einer solchen Überlassung zu informieren (s. dazu unten), berührt das Bestehen der Rückgabepflicht als solcher nicht.

3. 12

Daß die Klägerin den Generalschlüssel tatsächlich an einen Mitarbeiter einer Subunternehmerin der Beklagten, Herrn T von der Fa. C, übergeben hat, steht zur Überzeugung des Senats fest. 13

Die Fa. C war unstreitig von der Beklagten bei den von dieser geschuldeten Reinigungsarbeiten als Subunternehmerin eingesetzt. Ebenso unstreitig ist, wie der Beklagtenvertreter auf Nachfrage des Senats ausdrücklich bestätigt hat, Herr T als Mitarbeiter der Fa. C im Rahmen dieser Werkleistung tätig geworden. 14

Die ergänzende Vernehmung des Zeugen I vor dem Senat hat die Feststellung des Landgerichts, daß Herr T den Schlüssel von der Klägerin ausgehändigt bekommen hat, als richtig bestätigt. Der Zeuge hat den fraglichen Vorgang nunmehr noch etwas detaillierter geschildert als es sich aus dem Protokoll der landgerichtlichen Vernehmung ergab. Er hat bekundet, von der Bauleitung der Klägerin nicht nur den Namen des Herrn T mitgeteilt, sondern Herr T auch persönlich vorgestellt bekommen zu haben als diejenige Person, die zur Ausführung der Reinigungsarbeiten einen Generalschlüssel erhalten sollte. Die Ausgabe des Schlüssels an ihn sei daraufhin von ihm mit der Bauleitung abgestimmt worden. Diese glaubhaften Angaben des Zeugen I reichen in Verbindung mit der Schlüsselausgabeliste, in der wiederum der Name des Herrn T vermerkt ist, insgesamt zur Überzeugungsbildung des Senats aus, auch wenn der Zeuge an dem eigentlichen Vorgang der Schlüsselübergabe nicht mehr selbst beteiligt war oder sich jedenfalls nicht daran erinnern konnte. 15

Der Schriftsatz vom 15.12.2006 gibt insoweit keinen Anlaß, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen, weil nicht ersichtlich ist, warum das Bestreiten der Echtheit der Kopie der Schlüsselausgabeliste nicht früher erfolgt ist. 16

4. 17

Daß die Beklagte nach Abschluß der Reinigungsarbeiten ihre Pflicht zur Rückgabe des Schlüssels erfüllt (§ 362 BGB) hat, wäre von ihr darzulegen und zu beweisen gewesen. Das hat die Beklagte nicht vermocht. 18

5. 19

Die Beklagte hat die Nichtrückgabe auch zu vertreten. 20

Daß der Schlüssel nicht zurückgegeben worden ist, kann entweder auf Vorsatz beruhen oder darauf, daß er verlorengegangen ist. Der Verlust eines Gegenstandes wiederum geht in der Regel auf mangelnde Sorgfalt bei seiner Aufbewahrung zurück, also auf Fahrlässigkeit. Entschuldigende Umstände sind demgegenüber nicht ersichtlich, was zu Lasten der beweispflichtigen (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) Beklagten geht. 21

Insbesondere hat sich die Beklagte das Verschulden ihrer Subunternehmerin und deren Mitarbeiters gemäß § 278 BGB zurechnen zu lassen. Die Fa. C und damit auch Herr T waren Erfüllungsgehilfen der Beklagten, und zwar auch noch zum Zeitpunkt der fraglichen Vorgänge, denn wie bereits ausgeführt, war die Reinigungstätigkeit zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig abgeschlossen. Davon abgesehen bestand speziell die vertragliche 22

Nebenleistungspflicht zur Rückgabe des Schlüssels, auf die sich die Erfüllungseigenschaft erstreckte, mangels Erfüllung ohnehin weiterhin fort.

Der Haftung der Beklagten für Herrn T als Erfüllungsgehilfen steht nicht entgegen, daß die Beklagte in Nr. 11 ihres Vertrages mit der Klägerin einen "verantwortlichen deutschsprachigen Vertreter auf der Baustelle" zur "Abgabe und Entgegennahme aller für die Vertragsabwicklung erforderlichen Erklärungen für und gegen den Auftragnehmer" benannt hatte und der Schlüssel nicht über diesen Vertreter übergeben worden ist. Die Benennung eines "verantwortlichen Vertreters" in Nr. 11 des Vertrages ist nämlich ersichtlich nicht so zu verstehen, daß damit der Kreis der Erfüllungsgehilfen der Beklagten im Sinne von § 278 BGB auf diese eine Person eingeschränkt werden und die Beklagte von ihrer Haftung für sämtliche anderen Hilfspersonen freigezeichnet werden sollte. Für eine solch unüblich weitgehende Freizeichnung läßt sich aus der Klausel, die in einem ganz anderen Regelungszusammenhang steht und zudem von Klägerseite stammt, kein Anhaltspunkt herleiten. 23

Auch der Zurechnungszusammenhang zu der Tätigkeit des Herrn T im Pflichtenkreis der Beklagten ist nicht dadurch unterbrochen, daß die Aushändigung eines Schlüssels *direkt an ihn* lediglich "bei Gelegenheit" seiner Tätigkeit als Erfüllungsgehilfe geschehen wäre. Wie bereits ausgeführt, bestand vielmehr ein unmittelbarer Zusammenhang mit der von Herrn T zu verrichtenden Tätigkeit; daß er sich den Schlüssel direkt und ohne Einschaltung der Beklagten aushändigen ließ, war auch nicht so ungewöhnlich, daß es völlig außerhalb eines vorhersehbaren Geschehensablaufs gelegen hätte. 24

6. 25

Eine Fristsetzung zur Rückgabe des Schlüssels gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht erfolgt; die befristete Aufforderung vom 24.5.2004 zur "Information, ob und wann der Schlüssel zurückgegeben wird", reicht hierzu nicht aus, weil es sich nur um eine Aufforderung an den Schuldner handelt, sich über seine Leistungsbereitschaft zu erklären (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., Rn. 9a zu § 281). 26

Die Fristsetzung war jedoch gemäß § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich, weil die Beklagte selbst von einem endgültigen Verlust des Schlüssels und der Fruchtlosigkeit mehrmaliger Rückgabebemühungen ausgegangen ist. Dies ergibt sich aus ihrem eigenen Schreiben vom 2.6.2004 an ihre Haftpflichtversicherung und ist von ihr auf Nachfrage im Senatstermin nochmals bestätigt worden. Im übrigen hat sie sich im gesamten Verlauf des Rechtsstreits selbst nicht auf eine fehlende Fristsetzung berufen. 27

7. 28

Die Klägerin muß sich gegenüber dem Grund des Anspruchs ein Mitverschulden (§ 254 BGB) entgegenhalten lassen. 29

a) 30

Bei Anwendung der ihr in eigenen Angelegenheiten obliegenden Sorgfalt, um sich selbst vor Schaden zu bewahren (vgl. Palandt/Heinrichs Rn. 8 f. zu § 254 m. w. N.), hätte die Klägerin die Beklagte von der Ausgabe des Generalschlüssels an den Zeugen T unverzüglich in Kenntnis setzen müssen. 31

32

Einerseits entspricht es bei dem im Baubereich weit verbreiteten Einsatz von Subunternehmern einem praktischen Bedürfnis, daß der Bauherr auch direkt mit Subunternehmern und deren Mitarbeitern in Kontakt tritt und insbesondere notwendige Mitwirkungshandlungen, die ihre Tätigkeit betreffen, direkt ihnen gegenüber vornimmt. Jegliche Kontakte und Mitwirkungshandlungen zwingend über einen Vertreter des Hauptunternehmers vornehmen zu müssen, würde den Baustellenablauf unzumutbar behindern und kann daher auch aus rechtlicher Sicht vernünftigerweise nicht gefordert werden. Das muß auch dann gelten, wenn – wie hier – der Hauptunternehmer in seinem Vertrag mit dem Bauherrn bestimmte "verantwortliche Personen" benannt hat. Eine solche Regelung soll nämlich im Zweifel nicht der Erschwerung des praktischen Bauablaufs dienen, sondern vielmehr den Interessen des Bauherrn, indem er Ansprechpartner erhält, deren Entscheidungsbefugnis der Unternehmer nicht in nachhinein in Abrede stellen kann.

Andererseits schafft der Bauherr jedoch, wenn seine Mitwirkungshandlungen gegenüber den Subunternehmern die Überlassung von Gegenständen – wie hier des Generalschlüssels – beinhalten, auch erhöhte Schadensrisiken, weil er mangels vertraglicher Beziehungen weniger Einwirkungsmöglichkeiten auf die Subunternehmer hat als er sie gegenüber seinem Vertragspartner, dem Hauptunternehmer, hätte, ggf. nicht einmal über Anschriften verfügt. Daher entspricht es seinem Eigeninteresse, den Hauptunternehmer von der Überlassung zumindest solcher Gegenstände zu informieren, deren Verlust mit einem sehr hohen Schadensrisiko verbunden wäre. Er kann nämlich davon ausgehen, daß der Hauptunternehmer aufgrund einer solchen Information mit Hinblick auf seine eigene Verantwortlichkeit, d. h. zur Vermeidung gegen ihn selbst gerichteter Ersatzansprüche, den Subunternehmer dann gezielt überwachen und zur unverzüglichen Rückgabe des Gegenstandes nach Gebrauch anhalten wird. 33

Der Bauherr ist zu der Mitteilung aber nicht nur im eigenen Interesse, sondern zugleich auch aufgrund des Gebotes zur Rücksichtnahme auf die Interessen seines Vertragspartners verpflichtet. Wenn es ihm nämlich aus Praktikabilitätsgründen gestattet werden muß, durch direktes Handeln gegenüber Subunternehmern Risiken zu schaffen, die letztlich zu Haftungsrisiken seines Vertragspartners führen, dann muß er den Vertragspartner redlicherweise auch über die Entstehung solcher Haftungsrisiken unverzüglich informieren und ihm Gelegenheit zu geben, sie durch Überwachung so gering wie möglich zu halten. 34

Die Information ist schließlich angesichts heutiger Kommunikationsmöglichkeiten wie Telefax oder E-Mail auch nicht praktisch unzumutbar. 35

b) 36

Es ist auch davon auszugehen, daß die unverzügliche Information der Beklagten über die Schlüsselausgabe den Schaden verhindert hätte, das Mitverschulden der Klägerin also (mit-)ursächlich geworden ist. 37

Es wäre nämlich zu erwarten gewesen, daß die Beklagte, wenn sie von der Schlüsselausgabe an die Fa. C gewußt hätte, sofort nach Abschluß der Arbeiten auf Herausgabe an sich oder direkt an die Klägerin bestanden hätte, um sich ihrerseits vor Schaden bzw. Schadensersatzansprüchen zu bewahren. Ferner wäre zu erwarten gewesen, daß der Schlüssel in diesem Zeitpunkt noch vorhanden gewesen wäre, weil er ja bis zum Abschluß der Arbeiten zur Verfügung gestanden haben muß. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, daß die Fa. C die Reinigungsarbeiten vorzeitig habe abbrechen müssen, weil sie wegen Verlustes des Schlüssels nicht mehr in das Gebäude gelangt sei. 38

c)		
Da das Gewicht des Verstoßes gegen die Mitteilungsobliegenheit dem Senat gleich schwerwiegend erscheint wie das der Beklagten zuzurechnende Verschulden an dem Schlüsselerlust, bewertet er die Mitverschuldensquote mit 50 %.		40
8.		41
Der Höhe nach hat die Klägerin die Entstehung eines Schadens im Betrage der Klageforderung zur Überzeugung des Senats nachgewiesen.		42
a)		43
Die auch in diesem Punkt ergänzten, glaubwürdigen Angaben des Zeugen I sind unter Berücksichtigung des Beweismaßes des § 287 ZPO ausreichend. Sie ermöglichen die Feststellung, daß die Klägerin den Austausch der Schließanlage unter Beachtung ihrer Schadensminderungsobliegenheit auf die "Außenhaut" des Gebäudes beschränkt hat und dafür einen Betrag von netto 6.253,17 € an die Fa. X zahlen mußte. Als seinerzeitige Lieferantin der Schließanlage konnte die Fa. X in besonderem Maße als für einen kostensparenden Teilaustausch geeignet angesehen werden. Da es sich bei ihr ferner um ein dem Senat bekanntes anerkanntes Fachunternehmen handelt, durfte die Klägerin auch den von ihr verlangten Preis – gegen dessen Angemessenheit aber ohnehin keine Anhaltspunkte bestehen – akzeptieren.		44
b)		45
Daß der (Teil-)Austausch der Schließanlage wegen des Schlüsselerlustes erforderlich, also durch ihn verursacht war, konnte gleichfalls festgestellt werden.		46
Daß der Verlust eines Generalschlüssels ein Mißbrauchsrisiko eröffnet, dem nur durch den Austausch oder zumindest die technische Veränderung der Gebäudeschlösser wirksam begegnet werden kann, ergibt sich aus der Natur der Sache selbst und bedarf deshalb keiner weiteren Darlegungen oder Beweisantritte der Klägerin.		47
Daß dieser Ursachenzusammenhang durch nachträgliche Umstände wieder entfallen wäre, hätte nunmehr die Beklagte dartun müssen. Allein der Ablauf eines Zeitraumes von ca. zwei Jahren reicht dafür nicht aus. Selbst wenn sich <i>nicht</i> noch Anfang 2004, wie die Klägerin behauptet hat, ein Einbruch in das Gebäude mit konkretem Verdacht eines Schlüsselmißbrauchs ereignet haben sollte, würde das nicht bedeuten, daß der verlorene Generalschlüssel sich nicht trotzdem immer noch im "Umlauf" hätte befinden können und die Gefahr eines künftigen Mißbrauchs daher realistischerweise nicht mehr bestand. Das Risiko mag zwar stark abgesunken gewesen sein. Bei einem Generalschlüssel, der Zugang zu einem ganzen Gebäude und damit zu großen Vermögenswerten eröffnet, ist aber auch ein stark abgesunkenes Mißbrauchsrisiko immer noch groß genug, um Sicherungsmaßnahmen der hier vorliegenden Größenordnung zu rechtfertigen.		48
Ebenfalls wäre der Ursachenzusammenhang nicht als unterbrochen anzusehen, wenn, wie von der Beklagten behauptet, weitere Schlüssel des Gebäudes in Verlust geraten sein sollten. Die Beklagte trägt nämlich nicht vor, daß mindestens einer der weiteren behaupteten Schlüsselerluste auf Eigenverschulden der Klägerin zurückgehe; vielmehr soll es sich ebenfalls um von anderen Firmen nicht zurückgegebene Schlüssel handeln. Bei einer Mehrzahl von fremdverursachten Ereignissen aber, von denen jedes einzelne für sich		49

genommen schadensursächlich wäre, kann sich nicht jeder der Schädiger damit entlasten, daß auch aufgrund der anderen Verursachungsbeiträge der Schaden entstanden wäre, weil sonst der Geschädigte im Ergebnis leer ausginge. Vielmehr haften mehrere Schädiger als Gesamtschuldner jeweils für den vollen Schaden.

9.	50
Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs ist schließlich auch nicht verwirkt.	51
Selbst wenn man nach Ablauf von mehr als zwei Jahren das sog. Zeitmoment der Verwirkung, also eine illoyal verspätete Geltendmachung des Anspruchs, bejahen würde, wäre jedenfalls das sog. Umstandsmoment, das die Unzumutbarkeit der jetzigen Inanspruchnahme begründen würde, nicht feststellbar. Es kann nämlich nicht positiv festgestellt werden, daß zu einem Zeitpunkt, zu dem noch keine illoyale Verspätung anzunehmen gewesen wäre, die Beklagte einen Regreßanspruch gegen die Fa. C noch hätte erfolgreich realisieren können:	52
Daß die Klägerin es der Beklagten durch eine Mitteilung (s. o.) hätte ermöglichen müssen, sofort nach Abschluß der Reinigungsarbeiten ihre Subunternehmerin zur Schlüsselrückgabe anzuhalten und bis dahin notfalls deren Vergütung nicht zu bezahlen, bedeutet nicht, daß auch eine illoyale Verspätung im Sinne des Verwirkungstatbestandes schon ab dem Zeitpunkt anzunehmen wäre, in dem die Beklagte die Vergütung an die Fa. C bezahlt hat. Dieser Zeitpunkt, den die Beklagte selbst nicht genau mitgeteilt hat, dürfte bei gewöhnlichem Ablauf bzw. korrektem Zahlungsverhalten (vgl. § 641 Abs. 1 S. 1 BGB) bereits kurz nach Abschluß der Arbeiten gelegen haben. Von einer verspäteten Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs hätte daher noch nicht gesprochen werden können.	53
Den Zeitpunkt indes, bis zu dem die Fa. C anschließend noch zur Begleichung eines Regreßanspruchs in der Lage gewesen wäre, hat die Beklagte trotz ausdrücklicher Auflage nicht näher einzugrenzen vermocht.	54
Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.	55