

werden können. Diese hätten auch im vorliegenden Fall zu einer Begrenzung des Schadensersatzanspruches geführt.

Die Bekl. hatte gegen das Urteil noch Berufung eingelegt, die Berufung aber nicht begründet und letztendlich zurückgenommen. Dies war konsequent, denn der Entscheidung des AG Bonn ist vollumfänglich zuzustimmen.

RA Alexander Hammer, LL.M., Aachen

Straßentransport/CMR

Art. 1, 2, 17 Abs. 1 und 4 lit. a, Art. 4 41 CMR; § 254 BGB

1. Gilt die CMR nicht nach ihren Art. 1 und 2, sondern aufgrund einer Parteivereinbarung, können die Parteien von der CMR abweichende Regelungen in den Grenzen des ohne sie anzuwendenden Rechts vereinbaren.

2. Die unzureichende Kontrolle einer von einem Unternehmer entgeltlich erbrachten Leistung begründet regelmäßig kein Mitverschulden des Gläubigers, wenn der Schuldner den entstandenen Schaden nach dem Inhalt des Vertrags hätte verhüten müssen und der Gläubiger zu eigenen Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen nicht verpflichtet war.

BGH, Urteil vom 28. 2. 2013 – I ZR 180/11

(Vorinstanzen: OLG Frankfurt in Darmstadt, Urteil vom 10. 8. 2011 – 13 U 39/10; LG Darmstadt, Urteil vom 8. 1. 2010 – 15 O 363/07)

[1] Die Kl. hatte den Auftrag, ein Studentenwohnheim in Solna/Stockholm zu errichten. Sie schloss mit dem in Hattersheim ansässigen Unternehmen B. GmbH (im Weiteren: BHI) einen Nachunternehmervertrag über die Errichtung des Gebäudes. Die einzelnen Wohneinheiten sollten als Fertigungsmodule hergestellt und an die Baustelle in Solna verbracht werden.

[2] Über die Transportleistungen schloss die BHI einen Vertrag mit der Bekl. Die Module sollten von der Bekl. von der Produktionsstätte in Hattersheim zum Kieler Hafen transportiert, von dort per Schiff nach Södertälje in Schweden verbracht und anschließend per Lkw zur Baustelle geschafft werden. Auf dem Seewege sollten die Module überwiegend unter Deck, teilweise aber auch auf Deck transportiert werden. Die Bekl. verpflichtete sich in dem Vertrag, eine Transportversicherung einzudecken. Sie beauftragte die E. GmbH & Co. KG (im Weiteren: Streithelferin zu 1) mit der Lagerung im Kieler Hafen, dem Seetransport und der Eindeckung der Transportversicherung. Die von der Streithelferin zu 1 beauftragte Maklerin bestätigte den Abschluss der Transportversicherung im März 2004, die sie bei den Streithelferinnen der Kl. (nachfolgend: Streithelferinnen zu 3 bis 11) abgeschlossen hatte.

[3] Die BHI geriet in der Folgezeit in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Eine von der Bekl. verlangte Sicherheit für Transportkosten brachte die BHI nicht auf.

[4] Die Kl. schloss darauf mit der BHI einen Nachtrag zum Nachunternehmervertrag, nach dem die BHI die Lieferung der Fertigungsmodule ab Werk schuldet. Die Kl. schloss weiterhin am 22. April 2004 einen als Transport-Speditionsvertrag bezeichneten Vertrag (im Weiteren: Transportvertrag) mit der Bekl. Diese hatte danach für die Kl. 231 Fertigungsmodule im Wege eines kombinierten Lastkraftwagen- und Schiffstransports von der Produktionsstätte der BHI von Hattersheim zur Baustelle in Solna/Schweden zu befördern. Nach Nummer 3 Buchstabe a des Transportvertrags war Bestandteil der Vereinbarung ein [...] Angebotschreiben der Bekl. vom 15. März 2004, nach dem sie eine Transportversicherung einzudecken hatte. Auf den Transportvertrag sollte nach dessen Nummer 6 die CMR anzuwenden sein.

[5] Die Bekl. holte die Module bei der BHI in Hattersheim ab und brachte sie mit Tiefladern nach Kiel. Die von der Bekl. mit der Zwischenlagerung und dem Seetransport beauftragte Streithelferin zu 1 ließ die Module dort bei einem Lagerhausunternehmen zwischenlagern und ab dem 24. April 2004 von einer Reederei per Schiff weiterbefördern. Nachdem die Bekl. der Kl. mit Telefax vom 28. April 2004 eine Versicherungsbestätigung der GGR Versicherungsmakler GmbH & Co. KG (im Weiteren: GGR) vom 22. März 2004 übersandt hatte, erfolgten am 11. Mai und 25. Mai, am 18. Juni und 28. Juni sowie am 7. Juli 2004 Schiffstransporte mit den weiteren Modulen. Die Module wurden im Hafen von Södertälje/Schweden entladen und dort zunächst im Freien zwischengelagert. Auf Abruf brachte die Bekl. sie mit Tiefladern zu der Baustelle in Solna.

[6] Die Kl. hat geltend gemacht, sechs Module aus dem Transport vom 25. Mai 2004 und 119 Module aus den Transporten vom 18. und 28. Juni sowie 7. Juli 2004 seien auf dem Weg von der Produktionsstätte der BHI zur Baustelle in Solna durch Feuchtigkeit beschädigt worden. Die ihr dadurch entstandenen Schäden seien weder aufgrund der Mitteilung der GGR vom 22. März 2004 noch sonst versichert. Die abgeschlossene Versicherung bestehe nur zugunsten der BHI.

[7] Die Kl. hat die Bekl. wegen der Beschädigung der Module auf Zahlung von 1.249.700 Euro und Erstattung anteiliger Frachtkosten in Höhe von 175.791 Euro nebst Zinsen in Anspruch genommen.

[8] Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 832.583,37 Euro – der Betrag setzt sich zusammen aus 693.948,50 Euro für die Nichteindeckung der vereinbarten Transportversicherung und aus einer anteiligen Frachtkostenerstattung – nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen.

[9] Im zweiten Rechtszug haben die Bekl. und der dem Rechtsstreit ebenfalls auf ihrer Seite beigetretene Versicherer, bei der die Streithelferin zu 1 ihre Risiken aus Speditions- und Frachtverträgen versichert hatte (im Weiteren: Streithelferin zu 2), mit der Berufung den Antrag auf Abweisung der Klage und die Kl. mit der Anschlussberufung ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiterverfolgt. Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen.

[10] Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Streithelferin zu 2 beantragt, verfolgt die Kl. ihr in den Vorinstanzen erfolgloses Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

[11] **I.** Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

[12] Ein Schadensersatzanspruch der Kl. wegen unterbliebener Eindeckung einer Transportversicherung aus § 280 Abs. 1 BGB scheidet aus, weil die Kl. nicht umgehend nach Erhalt des Telefaxes vom 28. April 2004 beanstandet habe, dass und warum die darin beschriebene Versicherung nicht den zwischen ihr und der Bekl. getroffenen vertraglichen Absprachen genügt habe. Es entspreche einem allgemeinen Rechtsgedanken, dass niemand für sich Vorteile aus einem von ihm treuwidrig herbeigeführten Ereignis ableiten dürfe, und es liege auf der Hand, dass die Bekl. bei einem entsprechenden Hinweis unverzüglich für eine vertragsgerechte Versicherung gesorgt hätte.

[13] Ansprüche wegen der streitgegenständlichen Näscheschäden nach Art. 17 Abs. 1 CMR seien ebenfalls zu verneinen, weil die Beweisaufnahme nicht ergeben habe, welche konkreten Schäden während der Obhut der Bekl. entstanden seien, da Module durchaus erst im zeitlichen Zusammenhang mit ihrem Einbau in das Gebäude beschädigt worden sein könnten. Die Vernehmung weiterer Zeugen verbiete sich, weil dies der Erhebung eines unzulässigen Ausforschungsbeweises gleichkäme.

[14] Eine Haftung der Bekl. wäre zudem auch dann ausgeschlossen, wenn von einer Beschädigung der Module während des Obhutszeitraums der Bekl. auszugehen sei. Nach den vertraglichen Vereinbarungen habe die Bekl. den Transport in bestimmter Weise auszuführen gehabt und könnten

ihr daher aus dessen vereinbarungsgemäßer Durchführung nach dem in Art. 17 Abs. 4 Buchst. a und b CMR enthaltenen Rechtsgedanken keine Nachteile entstehen. Die Kl. habe keinen anderen als den aus technischen Gründen allein möglichen Transport auf offenen Fahrzeugen erwarten können und könne sich, da sie die BHI gemäß Nummer 4 des Nachtrags zum Turnkey-Nachunternehmervertrag vom 22. April 2004 (im Weiteren: Nachtrag) mit der Planung und Beaufsichtigung des Transports beauftragt habe, auch nicht darauf berufen, in dessen Details nicht eingebunden gewesen zu sein. Sie müsse sich daher die Kenntnis, die Willenserklärungen und das sonstige Tun der BHI zurechnen lassen. Für diese habe das Bedürfnis auf der Hand gelegen, die Module mit Tiefladern zu transportieren, weshalb ein solcher Transport als vereinbart anzusehen sei und die Bekl. für daraus resultierende Schäden nicht einstehen müsse. Da der Nässechutz wegen der besonderen Größe der Module mit den üblichen Mitteln eines Transportunternehmens nicht zu gewährleisten gewesen sei, habe die Kl. zudem eine Verpackung geschuldet, die das Transportgut ausreichend gegen Nässeinwirkungen geschützt hätte. Aufgrund der Erklärung des Mitarbeiters K. der BHI, diese werde die Module der Bekl. seefest verpackt übergeben, habe der Nässechutz überdies zu den vertraglichen Pflichten der Kl. als Versenderin gehört.

[15] Eine Haftung der Bekl. scheidet auch bei direkter Anwendung der Haftungsausschlüsse nach Art. 17 Abs. 4 Buchst. a und b CMR aus. Der Kl. sei es nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf das Fehlen eines für die Anwendung des Art. 17 Abs. 4 Buchst. a CMR erforderlichen Vermerks im Frachtbrief über die Verwendung von offenen Fahrzeugen zu berufen, weil der Transportleistung der Bekl. die Absprache zugrunde gelegen habe, dass die Verpackung einschließlich des Nässe-schutzes nicht vom Transportunternehmen, sondern von einem Dritten übernommen werde. Wegen der Erklärung des Mitarbeiters K. der BHI, die Module seien bei Übergabe seesicher verpackt, gelte nach Treu und Glauben dasselbe für den Haftungsausschluss wegen Verpackungsmängeln nach Art. 17 Abs. 4 Buchst. b CMR.

[16] Die Haftung der Bekl. wäre überdies auch nach Art. 17 Abs. 2 CMR ausgeschlossen, weil die Kl. es zugelassen habe, dass in ihrem Namen Erklärungen abgegeben und Handlungen vorgenommen worden seien, die die Art und Weise der Transportdurchführung unmittelbar beeinflusst hätten, und weil etwaige Ansprüche der Kl., die sich das Verhalten der BHI zurechnen lassen müsse, jedenfalls im Rahmen einer Abwägung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge auf Null reduziert wären.

[17] II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz. Diese hat zwar zu Recht Ansprüche der Kl. aus Art. 17 Abs. 1 CMR verneint (dazu unter II 1). Mit Erfolg wendet sich die Revision aber gegen die Annahme des Berufungsgerichts, ein Schadensersatzanspruch der Kl. aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Nichteindeckung einer Transportversicherung scheidet aus, weil die Kl. nicht umgehend nach Erhalt des Telefaxes vom 28. April 2004 beanstandet habe, dass die darin beschriebene Versicherung nicht den zwischen ihr und der Bekl. getroffenen vertraglichen Absprachen entsprochen habe (dazu unter II 2).

[18] 1. Die Revision rügt im Ergebnis vergeblich, das Berufungsgericht hätte den von der Kl. aus Art. 17 Abs. 1 CMR geltend gemachten Anspruch nicht als ausgeschlossen

ansehen dürfen, weil der Kl. nicht der Nachweis von Beschädigungen an den streitgegenständlichen Modulen bei der Ablieferung in Solna gelungen sei, ohne die von der Kl. dazu benannten Zeugen zu vernehmen. Der von der Revision in dieser Hinsicht geltend gemachte Verfahrensfehler ist im Hinblick auf den Anspruch nach Art. 17 Abs. 1 CMR nicht entscheidungserheblich. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Bekl. von einer Haftung aus Art. 17 Abs. 1 CMR befreit ist, weil die Beschädigung auf eine vereinbarte Verwendung von offenen, nicht mit Planen gedeckten Fahrzeugen zurückzuführen ist.

[19] a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Parteien hätten die Verwendung von offenen, nicht mit Planen gedeckten Fahrzeugen vereinbart. Aus technischen Gründen sei ein Transport der übergroßen Module nur auf offenen Fahrzeugen möglich gewesen. Das habe die Kl., die an dem Vorgespräch über den Transport der Module von Hattersheim nach Solna beteiligt gewesen sei, gewusst. In Kenntnis dieses Umstands habe die Kl. den Transportvertrag mit der Bekl. am 22. April 2004 geschlossen. Es sei nicht ausgeschlossen, dass die Schäden an den Modulen durch den Transport auf offenen Fahrzeugen eingetreten seien. Der Haftungsausschluss nach Art. 17 Abs. 4 Buchst. a CMR setze zwar voraus, dass die Verwendung offener Fahrzeuge ohne Plane im Frachtbrief vermerkt werde, was vorliegend nicht geschehen sei. Ob dies auch bei einer ausdrücklichen Vereinbarung eines Transports auf offenen Fahrzeugen zu gelten habe, könne offenbleiben. Der Kl. sei es vorliegend nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den fehlenden Vermerk in den Frachtbriefen zu berufen.

[20] b) Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien sei die Verwendung offener Fahrzeuge ohne Plane für den Lkw-Transport vereinbart worden, mit der Begründung, die Erklärungen von Mitarbeitern der BHI seien für die Kl. nicht verbindlich.

[21] Das Berufungsgericht hat die in Rede stehende Vereinbarung nicht auf eine rechtsgeschäftliche Vertretung der Kl. nach §§ 164, 167 BGB durch Mitarbeiter der BHI gestützt. Es ist vielmehr zutreffend davon ausgegangen, dass die Verwendung offener Fahrzeuge Gegenstand des Transportvertrags der Parteien vom 22. April 2004 war, weil die übergroßen Module nur auf offenen Tiefladern transportiert werden konnten und dies der Kl. bekannt war.

[22] c) Die Revision macht in diesem Zusammenhang weiter geltend, die vom Berufungsgericht angenommene Befreiung der Bekl. von der Haftung für Schäden infolge der Verwendung offener Fahrzeuge nach Art. 17 Abs. 4 Buchst. a CMR setze auch dann, wenn das Gut wegen seiner Größe oder wegen seiner Beschaffenheit nicht in geschlossenen Fahrzeugen habe transportiert werden können, nach ganz überwiegender Meinung im Schrifttum neben einer ausdrücklichen Vereinbarung dieser Beförderungsart einen entsprechenden Vermerk im Frachtbrief voraus.

[23] Auch dieser Angriff verhilft der Revision nicht zum Erfolg. Die Vereinbarung der Verwendung offener Fahrzeuge ohne Plane ist auch ohne Vermerk im Frachtbrief wirksam erfolgt.

[24] aa) Die Geltung der CMR beruht im Streitfall nicht auf Art. 1 oder 2 CMR. Es handelte sich bei dem vereinbarten Transport um einen Multimodaltransport, auf den, wie die im Streitfall nicht einschlägige Ausnahmeregelung des Art. 2 CMR über den sogenannten Huckepack-Verkehr zeigt,

ohne die in der Nummer 6 des Transportvertrags der Parteien vorgenommene Rechtswahl nicht die CMR, sondern nach dem gemäß Art. 28 Rom-I-VO zeitlich noch anwendbaren Art. 28 Abs. 4 EGBGB das deutsche Recht anzuwenden gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2008 I ZR 181/05, BGHZ 177, 309 [= TranspR 2008, 365] Rn. 20ff.). Danach wäre der Streitfall ohne die Vereinbarung der CMR durch die Parteien gemäß § 452 Satz 1 und 2 HGB grundsätzlich nach den §§ 407 bis 450 HGB und insbesondere den §§ 425 ff. HGB zu beurteilen gewesen. Die Anwendung eines davon abweichenden hypothetischen Teilstreckenrechts hätte nach § 452 a Satz 2 HGB den Nachweis des Schadenseintritts auf der betreffenden Teilstrecke durch denjenigen erfordert, der einen solchen Schadenseintritt behauptet hätte.

[25] bb) Die Bestimmungen der CMR sind nach deren Art. 41 allerdings grundsätzlich für beide Vertragsparteien zwingend. Dies gilt freilich nur insoweit, als die CMR nach Art. 1 und 2 CMR Geltung beanspruchen kann. Wenn die CMR dagegen lediglich aufgrund einer Parteivereinbarung gilt, können die Parteien von ihr in den Grenzen des ohne sie anzuwendenden Rechts auch teilweise wieder abweichen (vgl. Großkomm.HGB/*Helm*, 4. Aufl., Anh. VI nach § 452, Art. 1 CMR Rn. 4; *Bahnsen in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., Art. 41 CMR Rn. 5; zweifelnd *de la Motte/Temme in Thume*, CMR, 2. Aufl., Art. 1 Rn. 60).

[26] cc) So verhält es sich im Streitfall. Nach § 427 Abs. 1 Nr. 1 HGB ist der Frachtführer von seiner Haftung befreit, soweit die Beschädigung auf die vereinbarte oder der Übung entsprechende Verwendung von offenen, nicht mit Planen gedeckten Fahrzeugen zurückzuführen ist. Zusätzliche Voraussetzungen, wie sie in Art. 17 Abs. 4 Buchst. a CMR mit den Erfordernissen der ausdrücklichen Vereinbarung und eines Vermerks im Frachtbrief enthalten sind, sieht § 427 Abs. 1 Nr. 1 HGB nicht vor.

[27] Danach konnten die Parteien die Anforderungen an den Haftungsausschluss nach Art. 17 Abs. 4 Buchst. a CMR wirksam abbedingen. Sie haben dies auch durch die Vereinbarung getan, für den Landtransport offene, nicht mit Planen gedeckte Fahrzeuge zu verwenden.

[28] Haben die Parteien den Transport der Module auf offenen Fahrzeugen wirksam vereinbart, greift zugunsten der Bekl. die Vermutung des Art. 18 Abs. 2 Satz 1 CMR. Diese setzt voraus, dass der Frachtführer die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Verlust und den in Art. 17 Abs. 4 CMR bezeichneten besonderen Gefahren konkret aufzeigt oder dieser nach der Lebenserfahrung aus einer der Gefahren folgt (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 2000 – I ZR 55/98, TranspR 2000, 459, 462 = NJW-RR 2000, 1635).

[29] Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Verpackung wegen des fehlenden Schutzes vor Fahrtwind auf den offenen Transportfahrzeugen aufgerissen sein kann und die fraglichen Beschädigungen der Module darauf beruhen. Das reicht für das Vorliegen der Voraussetzungen des Vermutungstatbestandes des Art. 18 Abs. 2 Satz 1 CMR aus. Dieser Vermutungstatbestand ist nicht widerlegt.

[30] Mit Erfolg wendet sich die Revision aber dagegen, dass das Berufungsgericht auch einen Schadensersatzanspruch der Kl. gegen die Bekl. aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 28 Abs. 4 EGBGB wegen fehlender Eindeckung einer vertragsgerechten Transportversicherung verneint hat.

[31] a) Soweit das Schweigen der Kl. auf das Telefax der Bekl. vom 28. April 2004 – wie vom Berufungsgericht angenommen – für den unterbliebenen Abschluss einer ver-

tragsgerechten Transportversicherung ursächlich war, beurteilen sich die für den Schadensersatzanspruch der Kl. ergebenden Folgen entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus § 242 BGB, sondern aus § 254 BGB. Die nach der Ansicht des Berufungsgerichts unzureichende Kontrolle der von der Bekl. erbrachten Leistung stellt schon deshalb kein den Klageanspruch ausschließendes Mitverschulden der Kl. dar, weil ein Unternehmer, der entgeltliche Leistungen anbietet, im Allgemeinen im Verhältnis zum Auftraggeber für die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung allein verantwortlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 1999 – I ZR 70/97, TranspR 1999, 410, 411 = VersR 2000, 474). Der Mitverschuldenseinwand wegen unterbliebenen Hinweises greift daher regelmäßig nicht ein, wenn der in Anspruch Genommene den entstandenen Schaden nach dem Inhalt des Vertrags hätte verhüten müssen und der Geschädigte zu eigenen Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen nicht verpflichtet war (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 1991 – IX ZR 255/90, NJW 1992, 307, 309 = VersR 1992, 200, insoweit nicht in BGHZ 115, 382; BGH, Urteil vom 22. November 2007 III ZR 9/07, BGHZ 174, 255 Rn. 16). Eine Obliegenheit des Gläubigers, einen ihm drohenden Schaden durch Erteilung eines Hinweises an den Schuldner abzuwenden oder zu mindern, besteht zudem nur dann, wenn der Schuldner die Gefahr weder gekannt hat noch hätte erkennen müssen (vgl. Münch-Komm.BGB/*Oetker*, 6. Aufl., § 254 Rn. 72); dies war hier aber nicht der Fall.

[32] b) Die Revision der Kl. ist auch nicht deshalb zurückzuweisen, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts sich aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO).

[33] aa) Die Revisionserwiderung greift allerdings die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Bekl. sei aufgrund der vertraglichen Vereinbarung der Parteien verpflichtet gewesen, zugunsten der Kl. eine Transportversicherung abzuschließen, mit Gegenrügen an. Für das Revisionsverfahren ist jedoch zugunsten der Kl. von dieser Beurteilung auszugehen. Die Nichterfüllung der damit zu unterstellenden Pflicht begründete unabhängig von einer entsprechenden Eintragung im Frachtbrief eine Haftung nach nationalem Recht (vgl. Münch-Komm.HGB/*Jesser-Huß*, 2. Aufl., Art. 6 CMR Rn. 38; *Koller* a. a. O., Art. 6 CMR Rn. 17). Die Bekl. hat diese Pflicht nach dem mangels gegenteiliger Feststellungen im Berufungsurteil maßgeblichen Klagevortrag verletzt und die Kl. dadurch insoweit geschädigt, als diese bei pflichtgemäßem Verhalten der Bekl. wiederum nach dem im Revisionsverfahren zu unterstellenden Vortrag der Kl. Versicherungsleistungen erhalten hätte.

[34] bb) Das Vorstehende gilt auch dann, wenn die Bekl. eine Transportversicherung hätte abschließen müssen, die nur während ihrer Obhut eingetretene Schäden abdeckte. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, es seien keine Schäden an den Modulen vor ihrer Ablieferung an der Baustelle in Solna bewiesen, beruht darauf, dass es die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen N. und W. anders gewürdigt hat als das Landgericht. Dies stellt einen Verstoß gegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO dar, weil das Berufungsgericht die Zeugen nicht erneut vernommen hat.

[35] Nach ständiger Rechtsprechung muss das Berufungsgericht die bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen regelmäßig gemäß § 398 Abs. 1 ZPO vernehmen, wenn es deren Aussagen anders würdigen will als die Vorinstanz. Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinne-

rungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 2009 VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291, Rn. 5; Beschluss vom 15. März 2012 – I ZR 125/11, juris, Rn. 6). Ein solcher Ausnahmefall, bei dem das Berufungsgericht die Zeugen nicht erneut vernehmen musste, liegt nicht vor.

[36] (1) Die Angaben des Zeugen N., die das Landgericht als überzeugend und nicht ergänzungsbedürftig angesehen und aus denen es auf Beschädigungen an den betreffenden Modulen schon bei deren Ablieferung an der Baustelle in Solna geschlossen hat, enthielten nach Ansicht des Berufungsgerichts Unstimmigkeiten, die zwar nicht auf die fehlende Glaubwürdigkeit des Zeugen schließen, angesichts der Komplexität der Vorgänge und der Vielzahl der Module und Transporte Irrtümer aber nicht als ungewöhnlich erscheinen ließen. Die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen lassen damit erkennen, dass das Berufungsgericht die protokollierte Aussage des Zeugen N. im Gegensatz zum Landgericht als nicht überzeugend angesehen hat.

[37] (2) Nach der Beweiswürdigung des Landgerichts ergaben sich erhebliche Beschädigungen der fraglichen Module durch Nässeinwirkungen auch aus den Angaben des Zeugen W., wonach er etwa 50 Module im Hafen von Södertälje gesehen und innen und außen besichtigt hat, in denen das Wasser an den Wänden herabgelaufen war und auf dem Boden der Module stand. Das Berufungsgericht hat demgegenüber gemeint, den Angaben des Zeugen könne nicht entnommen werden, ob es sich im Inneren der Module um Kondenswasser oder um von außen eingedrungenes Wasser gehandelt habe. Zudem würden die Angaben des Zeugen auf einer Kombination von Vermutungen beruhen. Diese Ausführungen lassen erkennen, dass das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht auch an der Glaubwürdigkeit des Zeugen W. oder jedenfalls der Glaubhaftigkeit seiner Aussage Zweifel gehabt und diese Aussage zudem anders als das Landgericht als unklar und unvollständig angesehen hat.

[38] cc) Die Kl. hat zum Beweis für das Vorliegen der Beschädigungen an den Modulen schon bei Ablieferung an der Baustelle in Solna außer den vom Landgericht vernommenen Zeugen die weiteren Zeugen An., A, B., Bo., J., M., P., S., Sö., T. und Wi. benannt. Das Berufungsgericht hätte den Eintritt der in Rede stehenden Beschädigungen vor der Ablieferung der Module an der Baustelle in Solna nicht ohne Vernehmung dieser Zeugen als unbewiesen ansehen dürfen.

[39] Die Benennung der Zeugen stellte entgegen der Annahme des Berufungsgerichts keinen unzulässigen Ausforschungsbeweis dar. Von einem unzulässigen und damit unbeachtlichen Beweisantrag ist nur auszugehen, wenn eine Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich und rechtsmissbräuchlich Behauptungen »aufs Geratewohl« oder »ins Blaue hinein« aufstellt oder mit einem Beweisantrag darauf abzielt, bei Gelegenheit der beantragten Beweisaufnahme Tatsachen in Erfahrung zu bringen, die genaueres Vorbringen oder die Benennung weiterer Beweismittel erst ermöglichen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008 VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362, Rn. 37 m.w.N.). Davon kann im Streitfall nicht ausgegangen werden.

[40] Nachdem das Landgericht den Eintritt von Beschädigungen an den Modulen bereits vor deren Ablieferung festgestellt hatte, hat es auch das Berufungsgericht als durch-

aus denkbar angesehen, dass es schon auf dem Weg von der Produktionsstätte in Hattersheim bis zur Baustelle in Solna zu Wasserschäden an den Modulen gekommen war. Die unterbliebene Erhebung des von der Kl. angebotenen weiteren Zeugenbeweises ließ sich danach entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht damit rechtfertigen, dass die Kl. wegen ihres komplexen und vielschichtigen Vorbringens hätte darlegen müssen, warum welcher Zeuge welche der Behauptungen bestätigen könne und weshalb welcher Zeuge in welcher Funktion wann welche Feststellungen getroffen habe. Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtsatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2012 – I ZR 81/10, GRUR 2012, 945, Rn. 33 = WRP 2012, 1222 – Tribenuronmethyl; Urteil vom 24. Juli 2012 II ZR 177/11, NJW-RR 2012, 1240, Rn. 26). Unerheblich ist dabei regelmäßig, wie wahrscheinlich die Darstellung ist, ob sie auf eigenem Wissen oder auf einer Schlussfolgerung aus Indizien beruht und auf welche Weise der benannte Zeuge von der unter Beweis gestellten Tatsache Kenntnis erlangt hat.

[41] Die unterbliebene Erhebung des von der Kl. angebotenen Zeugenbeweises wäre danach nur dann nicht zu beanstanden gewesen, wenn jede Möglichkeit ausgeschlossen gewesen wäre, dass die Beweisaufnahme Sachdienliches ergeben könnte. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. So war etwa der Zeuge M. ein Hafendarbeiter aus Södertälje, der nach dem Vortrag der Kl. bestätigen konnte, dass die Module bereits zu dem Zeitpunkt nass waren, zu dem sie aus dem Schiff entladen wurden. Nach den Angaben des vom Landgericht vernommenen Zeugen N. haben die Zeugen Sö. und A. eine Fotodokumentation von den noch auf Lastwagen befindlichen Modulen gefertigt.

[42] III. Das Urteil des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben; es ist aufzuheben. Da die Sache nicht zu Endentscheidung reif ist, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

[43] Dieses wird sich nunmehr mit den Einwendungen auseinanderzusetzen haben, die die Bekl. in der Revisionserwidern gegen die im Berufungsurteil getroffene Feststellung erhoben hat, die Bekl. sei verpflichtet gewesen, zugunsten der Kl. eine Transportversicherung abzuschließen. Sollte sich ergeben, dass diese Einwendungen nicht durchgreifen, wird das Berufungsgericht der von ihm bislang – aus seiner Sicht folgerichtig – noch nicht behandelten Frage nachzugehen haben, in welcher Höhe die Kl. dadurch einen Schaden erlitten hat, dass die Bekl. keine Transportversicherung eingedeckt hat.

Anmerkung

Welcher Voraussetzungen bedarf es, um einzelne Regelungen in der CMR abzubedingen, wenn diese nicht über die Artt. 1 und 2 CMR direkt, sondern lediglich kraft Vereinbarung Anwendung finden?

Mit dieser Frage hatte sich der BGH in dem besprochenen Urteil zu befassen. Es ging um den Multimodaltransport einer Vielzahl von vorgefertigten Zimmern (Modulen) für ein Studentenwohnheim, auf den nach Internationalem Privatrecht deutsches Recht anzuwenden war. Der Transport erfolgte auf drei Teilstrecken von Deutschland nach Schweden (Lkw – See – Lkw). Weil die Grenzüberschreitung auf der Seestrecke ohne Verladung der Lkw erfolgte, war die CMR

nicht über ihre Artikel 1 und 2 direkt anwendbar, die Parteien hatten die Anwendung der CMR aber explizit vereinbart. Nun stritten sie unter anderem darüber, wer auf dem Transport mit offenen Fahrzeugen für den Nassetzschutz zu sorgen hatte.

Eine ausdrückliche Regelung über diese Verpflichtung enthält weder die CMR noch war sie individuell vereinbart. Allerdings hatten die Parteien mit der vertraglichen Einbeziehung der CMR und insbesondere deren Art. 17 Abs. 4 lit. a vereinbart, dass die Bekl. als Frachtführer von der Haftung (nur) befreit sein sollte, wenn die Beschädigung des Ladungsgutes aus den besonderen Gefahren der Verwendung von offenen, nicht mit Planen gedeckten Fahrzeugen entstanden ist, unter der Voraussetzung, dass

1. diese Verwendung ausdrücklich vereinbart und
2. im Frachtbrief vermerkt worden ist.

Mit dieser Vereinbarung haben die Parteien also höhere Anforderungen an die Haftungsbeziehung des Frachtführers aufgestellt, als dies in § 427 Abs. 1 Nr. 1 HGB der Fall ist, der eine der Übung entsprechende Verwendung von offenen Fahrzeugen ausreichen lässt und weder die ausdrückliche Vereinbarung noch den Vermerk im Frachtbrief fordert.

Da es im konkreten Fall weder eine ausdrückliche Vereinbarung über die Verwendung von offenen Fahrzeugen gab, noch eine solche Vereinbarung in Frachtbriefen vermerkt worden war, hatte der BGH zu entscheiden, ob die Parteien diese strengeren Anforderungen vertraglich wieder aufgehoben hatten.

Zu Recht verweist er zunächst darauf, dass Art. 41 CMR, der jede von den Bestimmungen der CMR abweichende Vereinbarung für nichtig erklärt, in den Fällen, in denen die CMR nur kraft Vereinbarung gilt, keine Funktion hat (Rn. 25). Denn ebenso, wie die Parteien, die sich für die Änderungen eines Vertrages eine bestimmte Form vorbehalten haben, auch ohne Einhaltung dieser Form den Vertrag ändern können, indem sie formlos die Formvorschrift aufheben, ebenso können die Parteien, die sich auf die CMR als Geschäftsbedingungen geeinigt haben, durch Individualabrede das Verbot der abweichenden Vereinbarung wieder aufheben. Ändern die Parteien die Vereinbarungen in der CMR einvernehmlich, heben sie damit konkludent das Verbot in Art. 41 CMR auf.

Die Begründung allerdings, mit der der BGH trotz der Vereinbarung von Art. 17 Abs. 4 lit. a CMR eine Haftungsbeziehung des Frachtführers anerkennt, ist – gelinde gesagt – überraschend.

Dass der BGH eine Vereinbarung über die Verwendung offener Fahrzeuge bereits in der Tatsache sieht, dass die über großen Module nur auf offenen Fahrzeugen transportiert werden konnten und dies der Kl. bekannt war (Rn. 21), mag grundsätzlich vertretbar sein. Manch einer hat hier aber bereits Zweifel an dem Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen. Denn die Systematik, der die Auslegung zu folgen hat, verläuft in den Fällen, in denen die CMR nicht von sich aus anwendbar ist, genau anders herum. Ausgangspunkt ist nicht die CMR und die Frage, inwieweit ihre Regelungen abbedungen worden sind, sondern Ausgangspunkt ist die Gesetzeslage ohne CMR, also im konkreten Fall der Haftungsbeziehung für Nassetzschäden der § 427 Abs. 1 Nr. 1 HGB. Die Parteien haben in Kenntnis der Tatsache, dass das Ladungsgut auf der Landstrecke in offenen Fahrzeugen transportiert werden musste, ausdrücklich die CMR vereinbart. Sie haben damit über Art. 17 Abs. 4 lit. a (und in Abweichung von § 427

Abs. 1 Nr. 1 HGB) ausdrücklich engere Voraussetzungen für die Haftungsbeziehung aufgestellt. Diese Regelung ist zunächst als Parteiwille anzuerkennen. An dieser Stelle wäre dann viel Raum für die Prüfung, ob allein die Kenntnis von der Notwendigkeit offener Fahrzeuge tatsächlich dem Parteiwillen einer ausdrücklichen Vereinbarung über deren Verwendung entspricht.

Gänzlich abenteuerlich wischt der BGH aber die zweite Voraussetzung des Art. 17 Abs. 4 lit. a CMR beiseite, den Vermerk der Vereinbarung über die Verwendung offener Fahrzeuge im Frachtbrief. Auch hier gilt, dass die Parteien in Kenntnis der zwingenden Verwendung offener Fahrzeuge diesen Vermerk im Frachtbrief ausdrücklich als Voraussetzung für die Haftungsbeziehung vereinbart haben. Nachdem der BGH zunächst die grundsätzliche Möglichkeit darstellt, die (zuvor vereinbarten) Anforderungen an den Haftungsausschluss nach Art. 17 Abs. 4 lit. a CMR wirksam (wieder) abzubedingen, stellt er in Rn. 27 lapidar fest, die Parteien hätten dies auch »durch die Vereinbarung getan, für den Landtransport offene, nicht mit Planen gedeckte Fahrzeuge zu verwenden.«

Mit anderen Worten: allein durch das Vorliegen der ersten Voraussetzung (Vereinbarung über die Verwendung offener Fahrzeuge) werde die zweite Voraussetzung (Vermerk dieser Vereinbarung im Frachtbrief) automatisch abbedungen. Es bleibt ein Störgefühl und die Erkenntnis, dass der BGH hier dem erklärten Willen der Parteien, Haftungsausschlüsse abweichend vom deutschen Gesetzesrecht den Anforderungen der CMR zu unterstellen, offenbar keine Bedeutung beimisst. Dies ist insbesondere deshalb fragwürdig, weil Art. 17 Abs. 4 lit. a CMR mit den Voraussetzungen der Haftungsbeziehung die Verantwortlichkeit für den Nassetzschutz regelt. Solange nicht eine ausdrückliche Vereinbarung über die Verwendung offener Fahrzeuge im Frachtbrief eingetragen ist, bleibt der Frachtführer für den Nassetzschutz verantwortlich (weil er sich später nicht auf die Haftungsbeziehung berufen kann). Die Tatsache, daß die Parteien die Geltung der CMR ausdrücklich vereinbart haben, legt nahe, dass die Parteien trotz der Kenntnis von der Notwendigkeit offener Fahrzeuge an dieser Risikoverteilung festhalten wollten. Diese Möglichkeit hat der BGH nicht berücksichtigt.

Wohlthuend nimmt sich vor diesem Hintergrund die Klarstellung aus, die der BGH in anderem Zusammenhang vornimmt: die Voraussetzungen für ein Mitverschulden nach § 254 BGB lassen sich nicht durch § 242 BGB umgehen. Das OLG hatte einen Anspruch der Kl. wegen unterbliebener Eindeckung der von der Bekl. versprochenen Transportversicherung mit dem Argument verneint, die Kl. habe nicht umgehend nach Erhalt einer Versicherungsbestätigung des Maklers von der Bekl. beanstandet, dass und warum die darin beschriebene Versicherung nicht den zwischen ihr und der Bekl. getroffenen Absprachen genügt habe. Es hatte das Schweigen der Kl. auf das Schreiben der Bekl. als treuwidrig qualifiziert und angenommen, dass die Bekl. bei entsprechendem Hinweis unverzüglich für eine vertragsgerechte Versicherung gesorgt hätte. Aus einem treuwidrig herbeigeführten Ereignis dürfe keiner Vorteile ziehen. Damit hatte es im Ergebnis eine allgemeine Rügeobliegenheit außerhalb des HGB über § 242 BGB eingeführt.

Der BGH stellt nun klar, dass zum einen im Rahmen des Schadensersatzes das Verhalten des Empfängers einer Leistung, sofern es für eine Leistungsstörung ursächlich gewesen sein sollte, nicht über § 242 BGB, sondern über § 254

BGB zu beurteilen ist und dass zum anderen der Mitverschuldenseinwand wegen unterbliebenen Hinweises regelmäßig nicht eingreift, wenn der Schuldner den Schaden selbst hätte verhüten müssen und der Geschädigte nach dem Vertrag nicht verpflichtet war, die Leistung oder andere Maßnahmen des Schuldners zu kontrollieren oder zu überwachen. Eine solche Hinweisobliegenheit sieht der BGH nur dann als gegeben, wenn der Schuldner die Gefahr weder gekannt hat noch hätte erkennen können (Rn. 31).

Die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung an das OLG begründet der BGH neben der fehlerhaften Anwendung von § 242 BGB letztendlich mit prozessualen Fehlern, die hier allerdings nicht weiter besprochen werden sollen, weil die Entscheidung insofern ständiger Rechtsprechung des BGH entspricht.

RA Gregor Harbs, LL.M. (UCT), Hamburg

Art. 31 CMR

Für vertragliche Ansprüche gilt, dass mit dem »Ort der Übernahme des Gutes« gem. Art. 31 Ziff. 1 S. 1 lit. b) CMR nicht der Übernahmeort des Gesamttransports, sondern der Ort gemeint ist, an dem der beklagte Unterfrachtführer das Gut übernommen hat.

OLG Hamm, Urteil vom 31. 1. 2013 – 18 U 48/12

(Vorinstanz: LG Münster, Zwischenurteil vom 16. 2. 2012, 112 O 18/11)

I. Die Berufung der Bekl. richtet sich gegen das Zwischenurteil des Landgerichts Münster vom 16. 2. 2012, mit dem das Landgericht die Klage für zulässig erklärt [hat], weil das Landgericht Münster gemäß Art. 31 Abs. 1 lit. b) CMR international und gemäß Art. 1 lit. a) CMR örtlich zuständig sei.

Die Kl., die behauptet, Verkehrshaftpflichtversicherer der niederländischen Firma X mit Sitz in Rijen/Niederlande zu sein, nimmt die Bekl. aus einem Frachtvertrag wegen eines angeblichen Transportverlustes in Anspruch.

Die Firma X wurde von der Firma M GmbH & Co. KG aus L am 21. 4. 2008 mit dem Transport von 5137 Notebooks und 517 Kartons NBC Griftbox von F nach Großbritannien zu verschiedenen dortigen C-Filialen beauftragt. Die Firma M GmbH ihrerseits war zuvor durch die Firma N2 AG aus F2 mit diesem Transport beauftragt worden. Die Firma X holte am 23. oder 25. 4. 2008 eine Teilmenge von 37 Euro Cheppaletten in F ab und verbrachte sie zu ihrem Lager in Rijen/Niederlande. Die Firma X beauftragte die Bekl. mit der Fracht einer Teilmenge für die C-Stores Ltd. in Chelmsford/England.

Die Firma X wurde in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht in Münster AZ 22 O 128/08 von der Assekuranz-Union aus übergegangenem Recht der Firma M auf Schadensersatz in Anspruch genommen mit der Begründung, bei C-Stores Ltd. in Chelmsford/England fehlten 120 der auf den Lkw der Bekl. angeblich verladene Notebooks. Mit Urteil vom 6. 3. 2009 wurde die Firma X verurteilt, an die D 66.415,60 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Wegen der Einzelheiten wird auf Blatt 101 ff. der beigezogenen Akten Landgericht Münster AZ. 22 O 128/08 (im Folgenden: Beiakte) Bezug

genommen. Mit Urteil vom 4. November 2010 wurde die Berufung der Firma X zurückgewiesen.

Der Bekl. wurde mit einem am 12. 11. 2008 zugestellten Schriftsatz der Streit verkündet.

Die Kl. hat zur Zuständigkeit des Landgerichts Münsters vorgetragen, das angerufene Gericht sei nach Art. 31 Abs. 1 lit. b) CMR als Gericht des Übernahmeortes zuständig. Sie hat sich auf das Urteil vom 20. 11. 2008 (TransportR 2009, 26 = NJW-RR 2009, 1070) und den Beschluss vom 31. 5. 2001 (NJW-RR 2002, 31 [= TranspR 2001, 452]) des Bundesgerichtshofs berufen und hat dazu vorgetragen, dass der Bundesgerichtshof als Übernahmeort den Ort angesehen habe, bei dem das Gut ursprünglich übernommen worden sei, und zwar auch dann, wenn die Klage gegen einen Unterfrachtführer gerichtet sei, der das Gut woanders übernommen habe.

Die Bekl. hat die internationale Unzuständigkeit deutscher Gerichte gerügt und hat dazu vorgetragen, dass es schon offensichtlich systemfremd sei, auf einen Transportauftrag zwischen zwei niederländischen Parteien mit einem Übernahmeort in den Niederlanden und einem Ablieferungsort in England die Zuständigkeit deutscher Gerichte anzunehmen. Sie hat die Auffassung vertreten, dass sich der Bundesgerichtshof mit seinem Beschluss vom 31. 5. 2001 ausschließlich mit deliktischen Ansprüchen befasst und nicht etwa festgestellt habe, dass der Hauptfrachtführer die Ansprüche gegen den Unterfrachtführer am ursprünglichen Übernahmeort geltend machen könne, wenn die Übernahme durch den Unterfrachtführer in einem anderen Land stattgefunden habe. Außerdem hat sie behauptet, dass der Bekl. als Unterfrachtführerin der ursprüngliche Abgangsort der Sendung nicht bekannt gewesen sei. Im Übrigen hat sie die Auffassung vertreten, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. in das Vertragsverhältnis zwischen der Firma X und der Bekl. einbezogen worden seien und insoweit die dortige Schiedseinrede gelte.

[...]

Mit Zwischenurteil vom 16. 2. 2012 hat das Landgericht gemäß § 280 Abs. 1 ZPO vorab die Zulässigkeit der Klage bejaht. Das Landgericht stützt seine Auffassung, gemäß Art. 31 Abs. 1 lit. b) CMR international zuständig zu sein, im Wesentlichen auf die von der Kl. genannten BGH-Entscheidungen. Das Landgericht hat dazu ausgeführt, dass Übernahmeort im Sinne von Art. 31 Abs. 1 lit. b) CMR der Ort sei, an dem das Gut ursprünglich (beim Absender) übernommen wurde, und zwar auch dann, wenn der Unterfrachtführer das Gut an einem anderen als dem ursprünglichen Ort übernommen hat. Abzustellen sei dabei auf den Frachtvertrag zwischen dem Hauptfrachtführer und dem Auftraggeber und nicht auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptfrachtführer und dem Unterfrachtführer bzw. weiteren Unterfrachtführern. Auch sei bei vertraglichen Ansprüchen nicht entscheidend, ob eine Kenntnis des Unterfrachtführers vom Abgangsort gegeben gewesen wäre. Anders als bei deliktischer Haftung könne der Unterfrachtführer sich bei seinem Vertragspartner i. d. R. erkundigen, wo der Abgangsort des Frachtgutes sei, sofern er diese Information für maßgeblich halte. Es reiche aus, wenn der Unterfrachtführer weiß oder zumindest hätte wissen können, dass er im Rahmen einer der CMR unterliegenden Gesamtbeförderung tätig wird. Das habe die Bekl. gewusst, da der Transport von den Niederlanden nach England erfolgen sollte.

[...]

In der Berufungsbegründung wiederholt und vertieft die Bekl. ihr erstinstanzliches Vorbringen zu Art. 31 Abs. 1