

(1) Die vom Kläger erfolgte Befriedigung des Geschädigten G hatte unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen allein schon deswegen bindende Wirkung für die Beklagte, weil diese ihrer Verpflichtung zur Gewährung von Rechtsschutz – und sei es auch nur in Form von Abwehrdeckung – in treuwidriger Weise nicht nachgekommen ist.

Mit der von der Beklagten angegebenen Begründung vom 24.11.2015, der Kläger habe grob fahrlässig oder u.U. sogar vorsätzlich gegen die Brandsicherheitsbestimmungen verstoßen, lässt sich die Ablehnung der Gewährung von Deckungsschutz nämlich nicht rechtfertigen.

Wie bereits vorstehend ausgeführt, sind keine Anhaltspunkte dafür dargetan oder anderweitig ersichtlich, dass sich der Vorsatz des Klägers auf die Herbeiführung des eingetretenen Schadens erstreckt hätte. Dementsprechend ist auch im Schreiben der Beklagten vom 24.11.2015 lediglich davon die Rede, dass sich »so oder so eine grob fahrlässige, wenn nicht gar vorsätzliche Verletzung der Brandsicherheitsbestimmungen feststellen« ließe.

Vor diesem Hintergrund war daher auch der – anwaltlich vertretenen – Beklagten bewusst, dass die Voraussetzungen für eine Leistungsfreiheit gem. § 5 D Ziff. 8 AVB, 103 VVG nicht vorlagen. Deswegen hätte sie sich der übernommenen Rechtsschutzverpflichtung aus dem Versicherungsvertrag nicht durch eine Deckungsablehnung entziehen dürfen, weil – wie oben ausgeführt – selbst für den Fall einer grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls Anspruch auf uneingeschränkten Versicherungsschutz besteht. Hierauf hatte im Übrigen auch der Klägervorteiler die Beklagte mit Schreiben vom 14.08.2015 ausdrücklich hingewiesen.

Daher hätte für die Beklagte allenfalls – wie für Versicherer üblicherweise in vergleichbaren Fällen bei Zweifeln an der Eintrittspflicht – die Möglichkeit bestanden, die Vertretung des Klägers im Haftpflichtprozess unter Vorbehalt zu übernehmen, mithin ihr Eintreten zunächst auf die Rechtsschutzverpflichtung zu beschränken und die weitere Deckung vom Ausgang des Haftpflichtprozesses abhängig zu machen (vgl. BGH, Urt. v. 27.05.2015 – IV ZR 292/13, juris-Rn. 49, m.w.N.).

Stattdessen hat die Beklagte jedoch trotz der mehrfach erfolgten Hinweise des Klägervorteilers auf die drohende Klage des Gläubiger G mit Schreiben vom 24.04.2015, 05.05.2015 und schließlich 04.06.2015 über ihren Bevollmächtigten am 09.06.2015 mitteilen lassen, dass sie »eine Haftung vorläufig zurückweise«.

Diese Mitteilung konnte und durfte der Kläger vor dem Hintergrund der drohenden gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Gläubiger G nur so verstehen, dass die Beklagte damit die Gewährung von Deckungsschutz für seine Inanspruchnahme durch den vorgenannten Gläubiger ablehnte und ihm damit die Entscheidung über die Vornahme einer Regulierung des Schadens überließ. Hierdurch hat die Beklagte dem Kläger jedoch zumindest konkludent freie Hand hinsichtlich des von ihm im Anschluss an die vorgenannte Korrespondenz dann am 26.06.2015 vorgenommenen Forderungsausgleichs gelassen (vgl. BGH, Urt. v. 27.05.2015 – IV ZR 292/13, juris-Rn. 48 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 07.02.2007 – IV ZR 149/03, juris-Rn. 16), was zur Folge hat, dass sie sich im Nachhin-

ein unter Berücksichtigung der eingangs erfolgten Ausführungen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht mit Erfolg darauf berufen kann, an die Entschädigungsentscheidung des Klägers nicht gebunden zu sein. Vielmehr muss sie sich so behandeln lassen, als hätte sie ihre Zustimmung zur Befriedigung des Gläubigers G durch den Kläger erteilt.

Damit erweist sich die in der vom Kläger vorgenommenen Zahlung an den Geschädigten G liegende Gläubigerbefriedigung für die Beklagte als bindend. Unter diesen Voraussetzungen steht dem Kläger jedoch gem. § 106 Satz 2 VVG ein Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Anspruch des Geschädigten G tatsächlich bestanden hat.

[...]

§ 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 BGB

**1. Verpflichtet sich ein Spediteur (auch) zur Verpackung des Guts, findet Werkvertragsrecht Anwendung, wenn es sich nicht um eine untergeordnete, beförderungsbezogene Tätigkeit handelt.**

**2. Mängel der Verpackung begründen (dann) Ansprüche nach § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 BGB, da bei Feststellung des Mangels (erst) am Bestimmungsort eine Nacherfüllung des Vertrages nicht mehr möglich und der Zweck der Verpackung entfallen ist.**

**3. Die Übergabe des verpackten Gutes an den nachfolgenden Frachtführer begründet keine Abnahme i.S.d. § 640 BGB a.F.**

**4. Eine seemäßige Verpackung nach den HPE-Verpackungsrichtlinien hat wasserfest zu sein.**

**5. Verwirklicht sich eine Gefahr, welche durch Gesetz oder technische Normen verhindert werden soll, begründet die Verletzung entsprechender Vorschriften einen Anscheinsbeweis dafür, dass die Verletzung der Vorschriften für den Eintritt des Schadens kausal geworden ist.**

[Leitsätze der Redaktion]

**OLG Hamburg, Urt. v. 24.01.2019 – 6 U 62/16**

(Vorinstanz: LG Hamburg, Urt. v. 03.02.2016 – 401 HKO 48/14)

Die Klägerin begehrt Schadensersatz wegen fehlerhafter Verpackung von Maschinenteilen, die von Deutschland nach Korea transportiert werden sollten.

[...]

Das Landgericht Hamburg hat durch Urteil vom 03.02.2016 die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 116.240,10 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.07.2013 zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

[...]

Der Senat hat das vorliegende Verfahren und das Parallelverfahren 6 U 277/15 [in diesem Heft, S.] (dort klagt die hiesige Beklagte [dortige Klägerin] gegen die hiesige Nebenintervenientin [dortige Beklagte], wobei die hiesige Klägerin [dortige Nebenintervenientin] dem Rechtsstreit auf Seiten der dortigen Klägerin beigetreten ist) – nur- zu gemeinsamer Beweisaufnahme verbunden. [...]

## II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet, soweit die Klage (inzident in der Verurteilung zur Zahlung enthalten) dem Grunde nach für berechtigt erklärt ist. Soweit es um die Höhe des zu zahlenden Betrages geht, ist die Berufung nicht entscheidungsreif. Auch die Anschlussberufung ist nicht entscheidungsreif.

Das Landgericht hat in der Sache zutreffend entschieden, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Schadensersatz zu leisten, wobei die Klage entgegen der Auffassung des Landgerichts nur dem Grunde, nicht der Höhe nach entscheidungsreif ist. Ein Grundurteil kann in jedem Stadium des Rechtsstreits ergehen, solange ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig und die Sache zum Anspruchsgrund entscheidungsreif ist. Das gilt auch für die Rechtsmittelinstanz (vgl. BGH NJW 1995, 1093, zitiert nach juris, Tz. 30).

Die Klage ist zulässig.

Die Klage ist auch dem Grunde nach begründet.

Im vorliegenden Fall ist Werkvertragsrecht anwendbar. Der Senat folgt insoweit der Rechtsprechung des BGH. Maßgebend sind insoweit zwei Urteile, nämlich einerseits BGHZ 173, 344 [= TranspR 2007, 477] und andererseits BGH TranspR 2012, 148.

Ein Fixkostenspediteur, der grundsätzlich nicht zur Verpackung verpflichtet ist, kann die Verpackung des Gutes entweder als zusätzliche Speditionsleistung übernehmen (dann ist Speditionsrecht anwendbar) oder als selbständige, unabhängig von der Speditionsleistung bestehende Hauptleistungspflicht (dann Werkvertragsrecht). In dem der Entscheidung BGHZ 173, 344 [= TranspR 2007, 477] zugrunde liegenden Fall hat der BGH eine unabhängige Hauptleistungspflicht angenommen, in dem der Entscheidung TranspR 2012, 148 zugrunde liegenden Fall eine speditionelle Nebenpflicht. Da die Verpackung in beiden Fällen »beförderungsbezogen« ist, kommt es bei der Abgrenzung nicht darauf an, ob die Verpackung der Beförderung dient. Eine selbständige Hauptleistungspflicht hat der BGH angenommen, wenn der Verpackung im Verhältnis zu dem sich anschließenden Transport eine besondere Bedeutung zukommt, es sich um eine zumindest gleichwertige Leistung handelt (BGHZ 173, 344 [= TranspR 2007, 477], juris-Tz. 19). In der Entscheidung TranspR 2012, 148 hat der BGH als Argumente, die gegen eine eigenständige Bedeutung der Verpackung im Verhältnis zu dem sich anschließenden Transport sprechen, berücksichtigt, dass die dortige Beklagte ein international tätiges Speditionsunternehmen war, das grundsätzlich selbst keine Verpackungen des Transportguts vornimmt (juris-Tz. 23).

Im vorliegenden Fall hatte die Verpackung eine eigenständige Bedeutung. Das lässt sich zum einen daraus ableiten, dass es sich um eine sehr aufwendige Verpackung handelte (Kis-

ten mit U-Eisen und Stahldeckelelementen), was im Fall, der der Entscheidung des BGH TranspR 2012, 148 zugrunde lag, nicht der Fall war. Dort ging es um eine (fehlende) Verpackung in Folie und um eine zerrissene Plane. Die eigenständige Bedeutung lässt sich weiter daraus ableiten, dass im vorliegenden Fall die Kosten für die Verpackung (53.300 € + 7.800 € = 61.100 €) mehr als die Hälfte der Gesamtkosten (104.174 €) ausmachten. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte nach ihrem Vortrag (nach Auffassung des Senats zu Recht, dazu sogleich) nur den Transport (Vorlauf) von der Absenderin nach Hamburg durchzuführen hatte, nicht aber den weiteren (Haupt-) Transport nach Korea. Die Verpackung sollte wohl zum Teil auf dem Gelände der Absenderin in H. (in Nordrhein-Westfalen bei Paderborn) stattfinden, aber zum überwiegenden Teil auch in Hamburg. Soweit die Verpackung in Hamburg erfolgen sollte, »diente« sie aber nicht dem Transport der Güter von H. nach Hamburg, sondern ersichtlich in erster Linie dem Transport von Hamburg nach Korea (das ist die deutlich weitere Strecke). Mit dem Transport nach Korea war die Beklagte aber – wie noch auszuführen ist- nicht beauftragt. Nach Auffassung des Senats kann eine Verpackung aber keine Nebenleistung sein, wenn der Spediteur mit der Besorgung des Transports, dem die Verpackung jedenfalls in erster Linie dienen soll, gar nicht beauftragt ist. Dann fehlt es insoweit schon an der »Beförderungsbezogenheit«. Im Fall, der der Entscheidung des BGH TranspR 2012, 148, zugrunde lag, war die dortige Beklagte aber mit dem gesamten Transport von Dubai nach Deutschland beauftragt.

Die Klägerin behauptet zwar einen Auftrag an die Beklagte bis Korea, was zunächst auch nicht bestritten war, sondern erst im Laufe der 1. Instanz streitig wurde. Selbst wenn man das Nichtbestreiten durch die Beklagte als Geständnis i.S.v. § 288 ZPO ansehen würde, konnte es gem. § 290 ZPO widerrufen werden, weil es offensichtlich auf einem Irrtum beruhte. Die Klägerin beruft sich für den Inhalt des Auftrags selbst auf Anlage K 2. Daraus ergibt sich aber eindeutig, dass dort nur die Verpackung (Ziff. 1), der Vorlauf bis Hamburg Seehafen (Ziff. 2) und die FOB-Kosten (Ziff. 3) vereinbart waren. Auch die Bezeichnung FOB Hamburg in der Eingangszeile von Anlage K 2 spricht indiziell dafür. Auch wenn es sich bei »fob« grundsätzlich um einen Incoterm für den Kaufvertrag handelt, kann diese Bezeichnung aber indiziell auch für den Inhalt des Speditionsvertrages eine Rolle spielen.

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, dass die Verpackung Gegenstand des Speditionsvertrages mit der Beklagten und nicht »unabhängig davon« gewesen sei bzw. dass Transport und Verpackung ein Junktim gewesen seien, ändert das an der Beurteilung nichts. Auch in dem Fall, der der Entscheidung BGHZ 173, 344 [= TranspR 2007, 477], zugrunde lag, handelte es sich lediglich um einen Vertrag. Der BGH hatte diesen Vertrag rechtlich aber als »gemischten Vertrag« angesehen (a.a.O., juris-Tz. 19). Der BGH halte in dem genannten Fall durchaus anerkannt, dass die Verpackung im Streitfall einen besonderen Bezug zu der anschließenden Beförderung aufwies, weil sie notwendig war, um die Beförderung abwickeln zu können, und genau auf diese zugeschnitten war. Das allein reicht nach der BGH-Rechtsprechung aber nicht aus, von einer beförderungsbezogenen, speditionellen

*Nebenpflicht* i.S.d. § 454 Abs. 2 HGB auszugehen (a.a.O., juris-Tz. 18, Hervorhebung durch den erkennenden Senat). Maßgebend ist, ob es sich bei der Verpackung um eine gegenüber der Speditionsleistung zumindest gleichwertige Leistung handelt. Bei einer Verbindung mehrerer gleichwertiger Leistungen geht der mutmaßliche Wille der Vertragsparteien in der Regel dahin, auf die jeweilige Leistungspflicht diejenigen Rechtsvorschriften anzuwenden, die für diese zur Geltung kämen, wenn sie in einem gesonderten Vertrag begründet worden wäre (a.a.O., juris-Tz. 19).

Die Beklagte, die sich verpflichtet hatte, die Maschinenteile seemäßig zu verpacken, hat die ihr obliegende Pflicht, die Verpackung ordnungsgemäß vorzunehmen und das Frachtgut so zu verpacken, dass es vor Wasserschäden geschützt ist, schuldhaft verletzt. Dabei ist ihr das Verschulden der Nebenintervenientin (die Erfüllungsgehilfin der Beklagten ist) zuzurechnen. Die Beklagte ist daher der Klägerin gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet.

Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Schadensersatz ist § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 BGB. Die Parteien streiten zwar darüber, ob eine Abnahme erfolgt ist. Grundsätzlich sind die Rechte aus § 634 BGB erst nach Abnahme geltend zu machen (BGHZ 213, 349, zitiert nach juris, Tz. 31). Schadensersatzansprüche vor der Abnahme können auf § 280 BGB gestützt werden (BGHZ 213, 349, zitiert nach juris, Tz. 40). Die Rechte aus § 634 BGB können aber auch ohne Abnahme geltend gemacht werden, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist (BGHZ 213, 349, zitiert nach juris, Tz. 44). Das ist hier der Fall, weil der Zweck der Verpackung (Schutz des Frachtgutes während des Transports nach Korea) nach Beendigung des Transports weggefallen und eine Nacherfüllung nicht mehr möglich ist. Letztlich kann es im vorliegenden Fall auch dahinstehen, ob der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf § 280 Abs. 1 BGB oder auf § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 634 Nr. 4 BGB gestützt wird.

Die Klägerin ist auch aktivlegitimiert, soweit es um Ansprüche aus Werkvertragsrecht geht. [...]

Auch die Versicherungsnehmerin der Klägerin war aktivlegitimiert, so dass sie auch in der Lage war, die streitgegenständlichen Ansprüche abzutreten. Dies ist deshalb problematisch, weil die Versicherungsnehmerin der Klägerin die Maschinenteile selbst an ihre Kunden »FOB german sea port« verkauft hat (vgl. Handelsrechnung Anlage K 4). Das ändert an einer Haftung der Versicherungsnehmerin der Klägerin gegenüber der Käuferin aber nichts. Die Versicherungsnehmerin der Klägerin haftet der Käuferin gegenüber dafür, dass die Sendung ordentlich verpackt an Bord geliefert wird (fob). Gerade wenn [...] deutsches Recht und damit auch die Regeln der CISG vereinbart sind, war die Versicherungsnehmerin der Klägerin gem. Art. 35 Abs. 1 und Abs. 3 Buchst. d) CISG zur fachgerechten Verpackung verpflichtet (vgl. auch *Staudinger/Magnus*, BGB, Bearbeitung 2018, Art. 31 CISG, Rn. 10) und bei Verletzung dieser Pflicht zu Schadensersatz (Art. 74 CISG). Wenn die Käuferin gegen die Versicherungsnehmerin der Klägerin wegen Verletzung dieser Verpackungspflicht einen Schadensersatzanspruch hat, ist dieser nicht gem. Art. 39 CISG ausgeschlossen. Die Beklagte weist

zwar auf die Untersuchungspflicht der Käuferin gem. Art. 38 Abs. 1 CISG hin. Es gilt im vorliegenden Fall aber insoweit die Ausnahmevorschrift des Art. 38 Abs. 2 CISG, dass die Untersuchung bis nach dem Eintreffen der Ware am Bestimmungsort aufgeschoben werden kann, wenn der Vertrag eine Beförderung der Ware erfordert. Diese Vorschrift ist gerade in Fällen der vorliegenden Art maßgeblich, wenn der Verkäufer bei einem fob-Vertrag nur zur Lieferung bis auf das Schiff verpflichtet ist. Wenn der Verkäufer hingegen zur Ablieferung am Sitz des Käufers verpflichtet ist, bedarf es Art. 38 Abs. 2 CISG gar nicht, weil dann die Untersuchung gem. Art. 38 Abs. 1 CISG erst am Bestimmungsort stattfinden muss. Das würde (falls die Regeln der CISG ausgeschlossen sein sollten) im Übrigen auch gelten, wenn (im Verhältnis der Versicherungsnehmerin der Klägerin zur Käuferin) § 377 HGB gelten sollte. Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei einem fob-Kauf zwar grundsätzlich die Untersuchung im Ablade- und nicht erst im Bestimmungshafen durchzuführen (vgl. BGHZ 60, 5, zitiert nach juris, Tz. 19 ff.). Etwas anderes gilt aber, wenn etwa die Lieferung in verstärkter seemännischer Verpackung vereinbart war (vgl. BGHZ 60, 5, zitiert nach juris, Tz. 24, unter Hinweis auf BGH BB 1953, 186, vgl. dort juris-Orientierungssatz 1). Wenn die Versicherungsnehmerin der Klägerin die Reparatur der Maschinenteile durchgeführt hat, ist sie somit einer gegenüber der Käuferin bestehenden Verpflichtung nachgekommen, so dass sie einen eigenen Schaden erlitten hat.

Das Werk (die Verpackung) wies einen Sachmangel i.S.v. § 633 BGB auf, so dass auch eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB vorliegt.

Die Klägerin hat vorgetragen, dass die Parteien eine »tragende Verpackung« vereinbart hätten. Die Klägerin hat insoweit vorgetragen, dass aus dem schriftlichen Vertrag hervorgehe, dass Rundprofile unter dem Packstück hätten angebracht werden müssen, um das Packstück von unten anheben zu können. Die Beklagte hat auf S. 4 des Schriftsatzes vom 13.02.2015 vorgetragen, es sei mit der Klägerin abgesprochen gewesen, dass eine sog. mitgenommene Verpackung hergestellt werde. Es ist unklar, ob die Beklagte damit behaupten will, dass sich aus der Formulierung des Auftrags ergebe, dass eine mitgenommene Verpackung geschuldet sei, oder ob sie eine abweichende spätere Vereinbarung behaupten will. Im Parallelverfahren (6 U 277/15) hat die Beklagte (dortige Klägerin) jedenfalls ausgeführt, dass die Parteien eine tragende Verpackung vereinbart hätten. Dort heißt es auf S. 5 der Klagschrift, dass sowohl die (dortige) Klägerin (die hiesige Beklagte) als auch die Fa. E. (die Versicherungsnehmerin der hiesigen Klägerin) gerade keine mitgenommene Verpackung haben wollten, sondern eine Verpackung, die unterfahren werden konnte, um eben die Notwendigkeit von Löchern zum Anschlagen der Hebelmittel zu vermeiden. Dies sei auch so vereinbart worden. Im Parallelprozess 6 U 277/15 hat die hiesige Beklagte (die dortige Klägerin) im Schriftsatz vom 13.07.2017 ausgeführt, dass in einem Gespräch mit allen Beteiligten intensiv besprochen worden sei, dass die Fa. E. (die Versicherungsnehmerin der hiesigen Klägerin) eine tragende Verpackung verlangt habe. Der Auftrag an die dortige Klägerin (die hiesige Beklagte) und an die dortige Beklagte (die hiesige Nebenintervenientin) sei »gleichlautend« erteilt worden, da

die Anforderungen aus den gemeinsamen Gesprächen bekannt gewesen seien.

Wenn die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit bestreitet, dass zwischen ihr und der Klägerin eine tragende Verpackung vereinbart worden sei, ist dies angesichts der geschilderten Umstände widersprüchlich und unsubstantiiert.

Bei einer tragenden Verpackung wird die Kiste (also die Verpackung) von unten angehoben. Stattdessen wurde unstreitig eine »mitgenommene« Verpackung ausgeführt, was bedeutet, dass die Hebezeuge direkt am Packstück (und nicht an der Kiste) angebracht werden, was aber Öffnungen in der Verpackung (der Kiste) voraussetzt.

Schon die Wahl einer mitgenommenen Verpackung (anders als vereinbart) stellt eine Pflichtverletzung der Beklagten dar. Dabei kann dahinstehen, ob grundsätzlich auch eine mitgenommene Verpackung sachgerecht hätte sein können. Jedenfalls haben die Parteien etwas anderes, nämlich eine tragende Verpackung, vereinbart. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Vorteil der tragenden Verpackung ist, dass man keine Öffnungen in der Verpackung herstellen muss. Eine mitgenommene Verpackung (die aus statischer Sicht Vorteile hat), hat demgegenüber konstruktiv bedingte Schwachstellen.

Letztlich kommt es auf die Frage, ob eine tragende oder eine mitgenommene Verpackung vereinbart war, nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme nicht mehr an. Denn – unabhängig von der Wahl der Verpackungsart – war auch die konkrete Ausführung der Verpackung nicht fachgerecht.

[...]

Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass die Schäden erst nach der Verpackung (und aufgrund ihrer Fehlerhaftigkeit) entstanden sind und nicht vor der Verpackung. Das Landgericht weist zu Recht darauf hin, dass das Vorhandensein von Wassersäcken auf der Folie (in der Kiste) darauf hindeutet, dass das Wasser erst nach der Verpackung in die Kiste eingedrungen oder sich dort gebildet hat. Selbst wenn man das anders sehen würde und aus dem Vorhandensein von Hamburger Wasser schließen sollte, dass die Ursache für den Schaden schon vor der Verpackung gesetzt worden ist, wäre die Beklagte auch hierfür verantwortlich. Das Gut wurde am 24.04.2013 in H. und sodann am 25.04.2013 von der Nebenintervenientin in Hamburg in Empfang genommen und am 07.05.2013 durch die Nebenintervenientin verpackt. Sowohl während des Transports von H. nach Hamburg als auch während der Lagerung in Hamburg war die Beklagte dafür verantwortlich, das Transportgut vor möglichen Nässeschäden zu schützen.

Soweit die Nebenintervenientin darauf abstellt, dass »Hamburger Wasser« in der Zeit (5 Tage) von der Verpackung bis zum Verlassen der Hamburger Grenze mit dem Seeschiff auf das Packstück eingewirkt haben kann, wären die dadurch entstandenen Schäden wiederum auf die fehlerhafte Verpackung des Packstücks in der Kiste (s.o.) zurückzuführen.

Soweit die Beklagte auf »Eingriffe Dritter« (Frachtführer, Zoll, Tallyleute, Bordpersonal des Seeschiffs) hinweist, so handelt es sich hierbei um Spekulationen. Soweit die Be-

klagte insoweit im Parallelprozess (6 U 277/15) auf Fotos der Lukendeckel hinweist, sind diese offensichtlich gemacht worden, nachdem man die Kiste bereits geöffnet hatte, wobei man angesichts des Umstands, dass die für den konkreten Transport speziell angefertigte Kiste nicht wieder verwendet werden musste oder sollte, nicht darauf geachtet haben dürfte, dabei die Kiste (und die Lukendeckel) nicht zu beschädigen. Eine Erschütterung des Anscheinsbeweises ist daher nicht anzunehmen, zumal der Sachverständige ausgeführt hat, dass eine ordnungsgemäß ausgeführte Innenverpackung auch bei einer zerstörten Verschlusskappe eine ausreichende Sicherheit für das Packstück geboten hätte, um den aufgetretenen Schaden zu vermeiden. Der Sachverständige hat weiter ausgeführt, dass man zwar nicht ausschließen könne, dass von dritter Seite irgendwie unsachgemäß mit der Folie umgegangen worden sei. Er hat aber betont, dass er dafür keinerlei Anhaltspunkte habe.

Der Anspruch der Klägerin ist auch nicht gem. § 640 Abs. 2 BGB a.F. ausgeschlossen.

Die Nebenintervenientin hat auf S. 2 des Schriftsatzes vom 12.12.2014 eine Abnahme behauptet. Die Beklagte hat zunächst eine Abnahme bestritten, so dass der gegenteilige Vortrag der Nebenintervenientin gem. § 67 ZPO nicht zu berücksichtigen wäre. Später hat sich aber auch die Beklagte auf eine Abnahme seitens der Versicherungsmarin der Klägerin berufen.

Eine ausdrückliche Abnahme durch die Versicherungsmarin der Klägerin ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Beklagte meint, die Abnahme sei durch »Freigabe zum Transport« erfolgt, wobei unklar ist, wer diese Freigabe zum Transport erteilt haben soll. Die Nebenintervenientin hat im Parallelrechtsstreit (aber wohl bezogen auf eine Abnahme durch die hiesige Beklagte und dortige Klägerin) die Auffassung vertreten, die Abnahme sei durch Entgegennahme des Packstücks durch den Frachtführer, der das Packstück im Betrieb der Beklagten abgeholt habe, oder durch Entgegennahme des Packstücks durch das Seehafenterminals, spätestens durch den Verfrachter erfolgt. Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Nebenintervenientin vorgetragen, dass die Klägerin »durch die Entgegennahme des Packstücks durch eine Person, die als Gehilfin der Auftraggeberin der Versicherungsmarin der Klägerin fungierte, gleiches Wissen über die Ausführungsart der Verpackung« gehabt habe. Der Senat folgt dieser Argumentation nicht. Eine rechtsgeschäftliche Abnahme durch Dritte setzt voraus, dass dieser Dritte dazu vom Auftraggeber bevollmächtigt ist (vgl. BGH NJW-RR 2000, 164, zitiert nach juris, Tz. 18; Palandt/Sprau, a.a.O., § 640, Rn. 5). Dafür ist hier nichts ersichtlich. Dass hier irgendwelche Personen die Mängel der Verpackung bei Entgegennahme der Kiste überhaupt gekannt haben, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, zumal sich jedenfalls die Folie, die im Bereich der Durchstoßstellen unzureichend abgedichtet war, innerhalb der Kiste befunden hat. Ganz davon abgesehen sind nach dem Wortlaut von § 640 Abs. 2 BGB a.F. bei vorbehaltloser Abnahme nur die Ansprüche aus § 634 Nr. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen, nicht die Rechte aus § 634 Nr. 4 BGB (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 640, Rn. 20), um die es hier geht. Soweit das OLG Schleswig die Auffassung vertritt, dass Schadensersatz hinsichtlich der Mangel-

beseitigungskosten nach rügeloser Abnahme ausgeschlossen sei (NJW 2016, 1744, zitiert nach juris, Tz. 36 ff.), ist diese Entscheidung nicht einschlägig, weil sie Mangelbeseitigungskosten und nicht Mangelfolgeschäden betrifft (vgl. zur Differenzierung OLG Schleswig a.a.O., juris-Tz. 39).

Soweit umgekehrt die Beklagte – als sie eine Abnahme noch bestritten hat – die Auffassung vertreten hat, dass die Klägerin ohne Abnahme keinesfalls Schadensersatz, sondern nur Erfüllung verlangen könne, folgt der Senat dieser Auffassung ebenfalls nicht. Im vorliegenden Fall handelt es sich um Schäden, die an anderen Rechtsgütern des Auftraggebers entstanden sind. Diese Schäden können durch Herbeiführung einer mangelfreien Leistung (fachgerechte Verpackung) nicht mehr rückgängig gemacht werden. Es handelt sich um sog. Schadensersatz »neben« der Leistung gem. § 280 BGB (vgl. dazu BGH NJW 2017, 1669, zitiert nach juris, Tz. 23; Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 280, Rn. 18). Ein Nacherfüllungsanspruch kommt in diesen Fällen nicht in Betracht; eine Fristsetzung wäre sinnlos (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 634, Rn. 17).

Die Beklagte kann sich nicht auf eine Haftungsbegrenzung gem. Ziff. 23.3 ADSp 2003 berufen. Nach Ziff. 2.1 sind die ADSp anwendbar bei speditionsüblichen logistischen Leistungen, wenn diese mit der Beförderung oder Lagerung von Gütern in Zusammenhang stehen. Insoweit handelt es sich um eine ähnliche Formulierung wie in § 454 Abs. 2 HGB. Nach Ziff. 2.2 der ADSp 2003 schuldet der Spediteur (nur) den Abschluss der erforderlichen Verträge, wenn es um speditionsvertragliche Tätigkeiten i.S.d. §§ 453 bis 466 HGB geht. In einem Fall wie diesem (zwei selbständige Hauptleistungspflichten im Rahmen eines gemischten Vertrages) ist nach der genannten Rechtsprechung des BGH aber gerade kein Speditorsrecht, sondern Werkvertragsrecht anwendbar. Deshalb geht es bei der Verpackung gerade nicht um eine »speditionsübliche logistische Leistung, die mit der Beförderung von Gütern in Zusammenhang steht« oder um eine »speditionsvertragliche Tätigkeit im Sinne der §§ 453 bis 466 HGB«, so dass die ADSp hier nicht anwendbar sind, damit auch nicht die dortige Haftungsbegrenzung.

Soweit die Beklagte der Auffassung ist, der Anspruch sei ausgeschlossen, weil die Versicherungsnahmarin ihrer Rügeobliegenheit gem. § 377 HGB nicht nachgekommen sei, folgt dem der Senat nicht. § 377 HGB bezieht sich auf Kaufverträge, nicht auf Werkverträge. Der Senat folgt auch nicht der Auffassung der Beklagten, dass hier Kaufrecht über § 650 BGB anwendbar sei. Im vorliegenden Fall ist kein Werklieferungsvertrag im Sinne dieser Vorschrift geschlossen worden. Bei dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis geht es nicht um die Eigentumsverschaffung an der Kiste, jedenfalls nicht in erster Linie. Die Kiste ist Mittel zum Zweck (Schutz des Packstücks). Werkverträge fallen nicht unter § 650 BGB, wenn nach dem Vertragsinhalt nicht die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund steht, sondern ein über die bloße technische Herstellung der beweglichen Sache hinausgehender Gesamterfolg den Schwerpunkt der Verpflichtung des Unternehmers bildet (Palandt/Sprau, a.a.O. § 650, Rn. 4). Tritt die Beschaffung des Materials für die Verpackung gegenüber dem geschuldeten Verpackungsergebnis völlig in den Hintergrund, führt dies zur

Anwendung reinen Werkvertragsrechts (vgl. OLG München TranspR 1998, 407, zitiert nach juris, Tz. 33).

Der Rechtsstreit ist aber nur dem Grunde und nicht der Höhe nach entscheidungsreif. Es liegt zwar ein Schadensberechnung in dem Gutachten von B & T vor. Es ist auch richtig, dass sich das Gutachten umfassend und nachvollziehbar mit der Schadenshöhe auseinandergesetzt hat. Es ist auch richtig – wie das Landgericht Hamburg im angefochtenen Urteil ausführt –, dass im Gutachten im Interesse der Klägerin der von ihrer Versicherungsnehmerin reklamierte Schadensbetrag kritisch geprüft worden ist. Das ändert aber nichts daran, dass es sich bei dem Gutachten um ein Privatgutachten handelt, das zwar substantiiertem Parteivortrag ist, angesichts des Bestreitens der Beklagten zur Schadenshöhe die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens aber nicht ersetzen kann. Das gilt dann sinngemäß auch für die mit der Anschlussberufung (weiter) geltend gemachten Kosten.

[...]

§ 71 Abs. 2 ZPO

**Verhält sich das erstinstanzliche Urteil über die Zulässigkeit der Nebenintervention, ist statthaftes Rechtsmittel gegen die entsprechende Entscheidung die sofortige Beschwerde.**

[Leitsatz der Redaktion]

**OLG Hamburg, Urt. v. 24.01.2019 – 6 U 277/15**

(Vorinstanz: LG Hamburg, Urt. v. 13.11.2015 – 418 HKO 91/14)

Die Klägerin begehrt Feststellung, dass die Beklagte zur Leistung von Schadensersatz wegen fehlerhafter Verpackung von Maschinenteilen, die von Deutschland nach Korea transportiert werden sollten, verpflichtet ist.

[...]

Das Landgericht Hamburg hat durch Urteil vom 13.11.2015 die Beklagte antragsgemäß verurteilt und festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von allen Ansprüchen Dritter [...] freizustellen, die diese wegen einer unzureichenden Verpackung des Packguts Nr. 32, einem Rundtisch und einer Magnetplatte, gegen die Klägerin im Zusammenhang mit einem von der Klägerin zu organisierenden Transport für die Fa. E. KG von Deutschland nach Südkorea im Mai/Juli 2013 geltend machen.

[...]

Der Senat hat das vorliegende Verfahren und das Parallelverfahren 6 U 62/16 [in diesem Heft, S] (dort klagt die hiesige Nebenintervenientin [dortige Klägerin] gegen die hiesige Klägerin [dortige Beklagte], wobei die hiesige Beklagte [dortige Nebenintervenientin] dem Rechtsstreit auf Seiten der dortigen Beklagten beigetreten ist) – nur – zu gemeinsamer Beweisaufnahme verbunden. Der Senat hat Beweis erhoben durch Beschluss vom 04.01.2018, auf den Bezug genommen wird, durch Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens. Hinsichtlich des Ergebnisses der Be-