Sendung an die Fa. G	4883,80 Euro
Sendung an die Fa. P.	550,20 Euro
Sendung an die Fa. W.	2452,63 Euro
insgesamt:	7896,63 Euro.

5. Einem Ersatzanspruch des Kl. in voller Schadenshöhe steht aber ein Mitverschulden des Kl. gem. § 254 BGB entgegen. Denn der Absender begeht seinerseits durch die Aufgabe von Sendungen, die nach den AGB des Frachtführers nicht befördert werden sollen, eine Vertragsverletzung, die aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (Culpa in contrahendo) im Rahmen des zu ersetzenden Schadens bedeutsam werden kann. Im Gegensatz zur Annahme des LG führt dies aber nicht zwangsläufig zu einem vollständigen Haftungsausschluss, sondern das Verhalten des Absenders ist im Rahmen der nach § 254 BGB vorzunehmenden Abwägung wertend zu berücksichtigten. Danach gilt Folgendes:

Die Versendung wertvoller Schmuckstücke im Wege des „Freeway"-Paketdienstes der Bekl. erscheint riskant. Zwar darf ein Postkunde erwarten, dass die Bekl. durch geeignete Sicherheitssysteme die Gefahr des Abhandenkommens von Sendungen minimiert. Die Gefahr von Diebstählen und Unterschlagungen von Transportgut während der Beförderung lässt sich aber nicht vollständig ausschließen. Mit einem gewissen Verlustrisiko im Rahmen des postalischen Massenverkehrs muss der Postkunde rechnen. Überdies hat die Bekl. auf ihre AGB hingewiesen, in denen unter Abschn. 2 Abs. 2 diejenigen Güter aufgeführt sind, die sie grundsätzlich nicht befördern will. Bei Kenntnis der Bekl. vom Inhalt der Ware hätte sie die Beförderung gem. Abschn. 2 Abs. 3 ihrer AGB ablehnen oder den Absender auf eine andere Transportart verweisen können (dazu auch BGH VersR 2002, 1396 [1398] = NJW 2002, 3255 [3257]; TranspR 2002, 458; 2002, 452 [457]; OLG Hamburg TranspR 1996, 304 [305]; 2001, 443 [445]). Der Absender begibt sich nach der zuvor zitierten Rechtsprechung des BGH in einen beachtlichen Selbstwiderspruch, wenn er einerseits die Sache aufgibt, obwohl er weiß oder wissen müsste, dass der Frachtführer die Haftung hierfür ablehnt, andererseits im Schadensfall aber den vollen Ersatz verlangt.

Nach alldem hat eine Schadensquotierung entsprechend den beiderseitigen schuldhaften Verursachungsbeiträgen stattzufinden. Zulasten der Bekl. ist zu berücksichtigen, dass von einem groben Verschulden i. S. d. § 435 HGB auszugehen ist. Andererseits hat auch die Bekl. ein Interesse daran, dass ihr nicht Waren „aufgedrängt" werden, die sie nach ihren Geschäftsbedingungen nicht befördern will. Dem könnte sie allerdings auch durch einen deutlichen Hinweis in dem Einlieferungsschein auf die von der Beförderung ausgeschlossenen Sendungen, insbesondere das unter Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 ihrer AGB aufgeführte „Verbotsgut", begegnen. Da bei der Aufgabe der Sendungen zum Versand ein direkter Kundenkontakt stattfindet, könnten sich Mitarbeiter der Bekl. auch, ohne dass dies mit nennenwertem Zeitaufwand verbunden wäre, bestätigen lassen, dass die Sendung kein „Verbotsgut" enthält. Eine unzulässige Feststellung des Sendungsinhalts durch die Bekl. wäre bei einer solchen Handhabung nicht gegeben.

Der Kl. seinerseits hat in Kenntnis des Warenwerts auf eine besonders gesicherte Sendungsart verzichtet. Ferner hätte er bei kritischer Überprüfung der „Kurzinformation Valuepack/ AGB-Änderung" der Bekl. vom 18. 2. 2002 erkennen müssen, dass die den Filialkunden bis zum 2. 4. 2002 gewährte Übergangsfrist im Hinblick auf die Aufgabe von Verbotsgut zum Zeitpunkt der Aufgabe der Sendung bereits abgelaufen war, und daher nicht darauf vertrauen dürfen, dass die Bekl. weiterhin Wertsachen ohne gesonderte Vereinbarung und ohne jeglichen Haftungsausschluss befördern wollte. Ferner hat es der Kl. unterlassen, die Bekl. auf den Eintritt eines ungewöhnlich hohen Schadens hinzuweisen (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB).

An der Kausalität der Pflichtverletzung des Kl. für den eingetretenen Schaden zweifelt der Senat nicht. Hätte der Kl. die Bekl. bei Einlieferung auf den Wert der Sendung hingewiesen, hätte die Bekl. entsprechend ihren AGB die Beförderung ablehnen können oder den Bekl. auf eine besonders gesicherte Art der Beförderung, etwa auf den Werttransportdienst, verweisen können.

Unter Berücksichtigung der zuvor aufgezeigten Umstände bewertet der Senat die Verschuldens- und Verursachungsanteile des Kl. und der Bekl. in etwa gleich. Der Kl. kann daher von der Bekl. die Hälfte des eingetretenen Schadens, mithin einen Betrag von 3948,32 Euro verlangen.

Die Bekl. befindet sich seit dem 30. 7. 2002 in Verzug, weil sie mit den jeweiligen Ablehnungsschreiben vom 30. 7. 2002 ihre Leistungspflicht verneint hat. Die Höhe des Zinssatzes ergibt sich aus den §§ 286 Abs. 2 Nr. 3, 288 Abs. 1 S. 2, 247 BGB in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz.

6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat lässt die Revision gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Sie wirft Rechtsfragen auf, die in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen auftreten können. Zur Frage der Wirksamkeit der in Abschn. 2 Abs. 2, 6 Abs. 2 AGB der Bekl. für den Frachtdienst Inland (Paket/Express national) enthaltenen Haftungsausschlussklausel erscheint im Hinblick auf § 449 Abs. 2 HGB eine Leitentscheidung des Revisionsgerichts notwendig, weil klärungsbedürftig ist, auf welche Weise das Verhalten des Absenders, der Verbotsgut zur Beförderung aufgibt, zu berücksichtigen ist.

Unwirksamkeit der AGB der Deutschen Post AG über den Umgang mit so genannten ausgeschlossenen Sendungen

BGB § 307; HGB § 449 Abs. 2

Eine AGB der Deutschen Post AG, wonach sie über Sendungen, die Schmuck im Wert von mehr als 500 Euro enthalten, keinen Beförderungsvertrag schließt, ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam, wenn sie nach einer anderen AGB in einem solchen Fall die Annahme der Sendung verweigern kann.

(824) LG Bonn, Urteil vom 21. 10. 2003 (11 S 6/03) – nicht rechtskräftig –

Anmerkung der Redaktion: Vgl. zum Paketbeförderungsvertrag BGH VersR 2003, 1596.

Die Kl. nahm die Bekl. auf Schadensersatz wegen des Verlustes eines Pakets in Anspruch, das am 14. 5. 2002 von der Schmuckwarenfirma B. in F. bei einer Zweigstelle der Bekl. ohne Wertdeklaration eingeliefert worden war. Der Verlust trat auf dem Transportweg nach K. ein. Empfänger war die Fa. P. in K. Der Sendungsinhalt bestand nach Darstellung der Kl. aus Schmuckstücken im Wert von 3721,97 Euro.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Die Kl. habe nicht schlüssig dargelegt, dass sie Transportversicherer der Fa. B. sei und deren etwaiger Ersatzanspruch auf sie übergegangen sei.

Mit ihrer Berufung verfolgte die Kl. ihr erstinstanzliches Begehren weiter. Sie rügte, das AG hätte sie darauf hinweisen müssen, dass es ihren Sachvortrag zur Frage der Aktivlegitimation nicht als ausreichend angesehen habe. Sie legte nunmehr einen Versicherungsschein und einen Ausdruck über die Regulierung von 3722 Euro vor.

Die Bekl. verteidigte das angefochtene Urteil. Im Übrigen seien Ansprüche wegen des Verlustes des Pakets ausgeschlossen, wenn es den behaupteten Inhalt im Wert von 3721,97 Euro aufgewiesen habe. Dazu verwies sie auf ihre AGB, die u. a. folgende Regelungen enthalten:

> 2 (2) Die Deutsche Post schließt keinen Vertrag über die Beförderung folgender Sendungen (ausgeschlossene Sendungen) ...:
>
> 6. Sendungen, die Geld, Edelmetalle, Schmuck, Uhren, Edelsteine ... im Gesamtwert von mehr als 500 Euro enthalten.
>
> (3) Entspricht eine Sendung ... nicht ... diesen AGB, so steht es der Deutschen Post frei,
>
> 1. die Annahme der Sendung zu verweigern ...
>
> (4) Erlangt die Deutsche Post erst nach Übergabe der Sendung Kenntnis davon, dass die Sendung ausgeschlossene Güter enthält, ... erklärt die Deutsche Post bereits jetzt die Anfechtung des Beförderungsvertrages wegen Täuschung.
>
> 6 (2) ... Die Deutsche Post haftet im Übrigen für Verlust ... von bedingungsgerechten Sendungen ... nur ... bis zu den gesetzlichen Haftungsgrenzen. ... Die Deutsche Post haftet ferner nicht für ausgeschlossene Sendungen gemäß Abschnitt 2 Abs. 2.

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung hatte überwiegend Erfolg.

Aus den *Gründen:*

Die Kl. kann gem. §§ 67 VVG, 425 Abs. 1, 428, 435, 449 Abs. 1 HGB Zahlung von 2481,31 Euro verlangen.

1. a) Die Kl. ist gem. § 67 Abs. 1 VVG aktiv legitimiert. Aus dem vorgelegten Versicherungsschein ergibt sich, dass die Kl. Versicherer der Schmuckwarenfirma B. GmbH ist. Gem. Nr. 1 AVB erstreckt sich der Versicherungsschutz auf Fertigfabrikate des Juweliergewerbes. Um solche geht es vorliegend. Nach Nr. 2.1 AVB umfasst der Versicherungsschutz den Verlust versicherter Gegenstände bei Beförderung durch Transportunternehmen. Das Gericht ist davon überzeugt, dass die Kl. den Schaden gegenüber der Fa. B. reguliert hat. Der vorgelegte Abrechnungsbeleg ist ein versicherungsüblicher EDV-Beleg, der den Schadensfall, die Fa. B. als Begünstigte und das Zielkonto bezeichnet. Es ist nahe liegend, dass die Kl. keinen Bankauszug vorlegen kann, der den Zahlungsbetrag von 3722 Euro ausweist. Bei großen Versicherern wie der Kl. sind im Massengeschäft der Abrechnung von Versicherungsschäden gegenüber der Schuldnerbank Sammelüberweisungen üblich. Die Kl. hat ferner ihr Anschreiben zur Regulierung an die Fa. B. und die Abtretungserklärung der Fa. B. vorgelegt, mit der diese ihre Ansprüche aus dem Versicherungsschaden an die Kl. abgetreten hat. Diese Vorgänge machen in der Gesamtschau nur Sinn, wenn die VN entschädigt worden ist.

b) Die im Berufungsrechtszug vorgelegten Unterlagen und der Vortrag dazu sind gem. § 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen. Ihre Nichtvorlage in erster Instanz beruht auf einem Verfahrensmangel, nämlich der Verletzung der Hinweispflicht gem. § 139 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 ZPO. Die Kl. hat im Schriftsatz vom 27. 11. 2002 ausgeführt, dass sie ihr erstinstanzliches Vorbringen zur Aktivlegitimation und zur Regulierung für ausreichend erachte und um einen gerichtlichen Hinweis bitte, falls das Gericht ergänzenden Vortrag für erforderlich halte. Damit war ersichtlich, dass die Kl. den Gesichtspunkt weiteren Vortrags zur Aktivlegitimation für unerheblich erachtet hat. Jedenfalls bei der hier gegebenen Konstellation, dass eine Partei auf ihrem Rechtsstandpunkt trotz Gegenvortrags des Gegners beharrt, wird das Gericht nicht von seiner Hinweispflicht dadurch entlastet, dass der Gegner zuvor auf eine angebliche Lücke des Parteivortrags hingewiesen hat (s. *Thomas/Putzo/Reichold,* ZPO 25. Aufl. § 139 Rn. 12). Bis zur mündlichen Verhandlung des AG vom 9. 1. 2003 hätte Gelegenheit für einen gerichtlichen Hinweis bestanden. Da es sich um Unterlagen aus dem Juli 2002 handelt, hätte die Kl. sie schon in erster Instanz vorlegen können. Es kommt bei dieser Sachlage nicht darauf an, ob der Rechtsauffassung des AG zu folgen ist, die Kl. habe Näheres zu Abschluss und Inhalt des Versicherungsvertrags und zur Regulierung des Schadens vortragen müssen.

c) Ohne Auswirkungen bleibt schließlich, dass die Kl. die Unterlagen erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist mit Schriftsatz vom 24. 6. 2003 vorgelegt und dazu zuvor nicht vorgetragen hat. Das führt zwar gem. §§ 530, 520 ZPO zur Anwendung der Präklusionsvorschrift des § 296 Abs. 1 ZPO. Diese ermöglicht vorliegend aber keine Zurückweisung als verspätet, weil durch die nicht rechtzeitige Vorlage der Unterlagen die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert wird.

2. Die Bekl. ist aus dem mit der Fa. B. geschlossenen Frachtvertrag zum Schadensersatz verpflichtet.

a) Aufgrund der Einlieferung des Pakets durch die Fa. B. ist ein Frachtvertrag i. S. v. § 407 Abs. 1 HGB zustande gekommen. Dem stehen die AGB der Bekl. nicht entgegen. Diese sind wirksam in das Vertragsverhältnis einbezogen worden. Im hier gegebenen Rechtsverhältnis zwischen Unternehmern genügt es, wenn der Kunde weiß oder wissen muss, dass der Verwender seinen Geschäften AGB zugrunde legt und diese mindestens stillschweigend in den Vertrag einbezogen werden *(Basedow* in Münch. Komm. zum BGB Bd. 2 a 4. Aufl. § 305 Rn. 91 m. w. N.). So liegt es hier. Ein im Schmuckhandel tätiger Unternehmer wie die Fa. B. weiß, dass die Bekl. Verträge grundsätzlich auf der Basis ihrer AGB abschließt und durch einen Hinweis auf einen entgegenstehenden Willen daran nichts geändert wird. Die Einbeziehung in den Vertrag liegt dann jedenfalls darin, dass sich der Kunde mit der Geltung der AGB abfindet. Auf die Kenntnis der AGB kommt es insoweit nicht an (s. § 310 S. 1 BGB).

b) Die AGB der Bekl. stehen der Annahme eines Frachtvertrags nicht entgegen. Die in Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB der Bekl. enthaltene Regelung, wonach die Bekl. über Sendungen, die Schmuck im Wert von mehr als 500 Euro enthalten, keine Verträge schließt, verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Das ergibt sich aus der notwendigen Zusammenschau der Klausel mit Abschn. 2 Abs. 3 und 4 und Abschn. 6 Abs. 2 S. 4 AGB der Bekl. Nach dem Transparenzgebot ist der Verwender von AGB entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dabei kommt es nicht nur darauf an, dass die Klausel in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Vertragspartner verständlich ist. Vielmehr gebieten Treu und Glauben auch, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGHZ 141, 137 = VersR 1999, 710 [711] = NJW 1999, 2279 [2280]).

Diesen Anforderungen genügt die Klausel nicht. Sie lässt wegen ihres Kontextes nicht mit der gebotenen Verständlichkeit erkennen, ob ein Beförderungsvertrag zustande kommt oder nicht. Nach Abschn. 2 Abs. 3 Nr. 1 AGB der Bekl. soll die Bekl. das Recht haben, die Annahme einer Sendung mit Ausschlussgütern zu verweigern. Das legt den Umkehrschluss nahe, dass sie die Sendung gleichwohl annehmen kann. Was die Klausel Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB der Bekl. für diesen Fall besagen soll, erschließt sich nicht. Die Intransparenz wird noch dadurch gesteigert, dass Abschn. 2 Abs. 4 AGB der Bekl. für den Fall, dass die Bekl. erst nach Übernahme der Sendung Kenntnis davon erhält, dass die Sendung ausgeschlossene Güter enthält, von einem Beförderungsvertrag ausgeht. Wie dieser auf der Grundlage von Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB der Bekl. zustande gekommen sein soll, bleibt gänzlich unklar. Dazu kommt, dass schon die Einbeziehung der AGB eine vertragliche Grundlage erfordert. Das Verhältnis zwischen dem Rechtsgeschäft, in das die AGB einbezogen werden, und einem solchen, das gem. Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB der Bekl. nicht begründet werden soll, in Abschn. 2 Abs. 4 AGB der Bekl. aber vorausgesetzt wird, erschließt sich nicht.

Die Berücksichtigung von Gewohnheiten und Gebräuchen des Handelsverkehrs gem. § 310 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 BGB führt nicht zu einer anderen Bewertung. Es kann zwar vorausgesetzt werden, dass in der Schmuckbranche bekannt ist, dass die AGB der Frachtführer und Spediteure Haftungsbefreiungen oder -ausschlüsse für wertvollen Schmuck enthalten (s. OLG Köln vom 5. 8. 2003 – 3 U 28/03 – VersR 2003, 1598 – „branchentypisch"). Diese müssen aber – wie der vorliegende Fall zeigt – nicht zu einem völligen Ausschluss der Ansprüche des Absenders führen. Auch dies kann bei den betroffenen Verkehrskreisen als bekannt vorausgesetzt werden. Die Klausel Abschn. 6 Abs. 2 S. 4 AGB der Bekl. ist nach Art eines Haftungsausschlusses trotz bestehenden Beförderungsvertrags konzipiert. Das steigert die Ratlosigkeit auch branchenkundiger Unternehmer hinsichtlich dessen, was im Verhältnis zwischen Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 und Abschn. 6 Abs. 2 S. 4 AGB der Bekl. gemeint ist.

Transparenz der Regelung kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass die AGB das Bemühen erkennen lassen, unter jedem möglichen Gesichtspunkt einer Haftung der Bekl. bei Verlust von Ausschlussgütern entgegenzuwirken. Das Transparenzgebot ist auf eine jeweils einzelne Bestimmung eines Vertragswerks zu beziehen. Maßgeblich ist hier deshalb, wie der Durchschnittskunde die Klausel Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB der Bekl. versteht. Sein Verständnis wird dabei maßgeblich durch den Kontext der Klausel bestimmt. Dieser ermöglicht ihm nicht die Feststellung, ob ein Vertrag geschlossen wird oder nicht. Ob darin zugleich ein Verstoß gegen § 305 c Abs. 1 BGB liegt oder die Unklarheiten als Zweifel bei der Auslegung zulasten der Bekl. gehen müssen (§ 305 c Abs. 2 BGB), kann offen bleiben. Denn es liegt zugleich eine unangemessene Benachteiligung durch die intransparente Bestimmung vor. Es soll nämlich im Ergebnis entgegen § 449 Abs. 2 HGB die Haftung der Bekl. selbst für den Fall qualifizierten Verschuldens i. S. v. § 435 HGB verhindert werden. Ob Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 AGB der Bekl. eine Leistungsbestimmung enthält, ist wegen § 307 Abs. 3 S. 2 BGB nicht entscheidungserheblich.

c) Gem. § 306 Abs. 2 BGB richtet sich der Inhalt des Vertrags, soweit es um die Frage des Vertragsschlusses bei Einlieferung von Ausschlussgütern geht, nach den gesetzlichen Vorschriften. Diese sehen vor, dass es durch die korrespondierenden Willenserklärungen der Parteien zum Abschluss eines Frachtvertrags auch bei Einlieferung von Ausschlussgütern kommt. Der

Vertrag ist nicht gem. § 306 Abs. 3 BGB unwirksam. Die Wertung des § 449 Abs. 2 HGB zeigt, dass es der Bekl. zumutbar ist, den Vertrag ohne die unwirksame Klausel zu erfüllen. Anderes ergibt sich nicht daraus, dass insbesondere bei Beförderung von Schmuck und sonstigen Wertgegenständen aus dem Bereich der Juweliere und Edelsteinhändler Ausschlussgüter oft nicht deklariert werden. Der Schwerpunkt der von der Kammer zu bearbeitenden Berufungssachen liegt inzwischen bei Fällen wie dem vorliegenden. Die Kammer verschließt sich nicht der Einsicht, dass die Bekl. in solchen Fällen wirtschaftlichen Folgen ausgesetzt ist, die außer Verhältnis zum Beförderungsentgelt stehen. Das kann aber nichts am Erfordernis ändern, dass die Bekl. nach der gesetzlichen Wertung die Folgen einer nicht genügend sicheren Organisation der Beförderung tragen muss. Die wirtschaftliche Problematik müsste in anderer Weise als über die klauselmäßige Verweigerung eines im Ergebnis nicht wegzudiskutierenden Vertragsschlusses gelöst werden.

d) Der Frachtvertrag ist nicht durch die vorweggenommene Anfechtung der Bekl. gem. Abschn. 2 Abs. 4 AGB der Bekl. beseitigt worden. Die Anfechtung steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Bekl. nachträglich Kenntnis von der Übernahme von Ausschlussgütern erhält. Eine solche aufschiebende Bedingung ist bei der Anfechtung unzulässig (s. *Bamberger/Roth/Wendtland,* BGB Bd. 1 § 143 Rn. 2). Es handelt sich nicht etwa um eine zulässige Eventualanfechtung. Bedingung der Anfechtung ist die Kenntniserlangung, nicht die Versendung von Ausschlussgut. Diese Bedingung ist im Zeitpunkt der Anfechtung noch nicht eingetreten und nicht etwa nur noch nicht erkannt (s. *Bamberger/Roth/Wendtland* aaO). Im Übrigen steht eine Täuschung der Bekl. durch die Fa. B. nicht fest. Die fehlende Deklarierung lässt ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht auf vorsätzliches Verhalten schließen. Eine Irrtumsanfechtung ist in Abschn. 2 Abs. 4 AGB der Bekl. nach dem bewusst gewählten Wortlaut nicht gemeint.

e) Die Haftung der Bekl. wird nicht durch Abschn. 6 Abs. 2 S. 4 AGB der Bekl. ausgeschlossen. Diese Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 449 Abs. 2 HGB gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, weil sie die Haftung der Bekl. auch für den Fall qualifizierten Verschuldens i. S. v. § 405 HGB ausschließt (s. die zitierten Entscheidungen des OLG Köln). Zu § 306 Abs. 2 und 3 BGB gilt das unter c Ausgeführte.

f) Die Bekl. haftet unbeschränkt. Es liegt ein Fall qualifizierten Verschuldens gem. § 435 HGB vor. Da der Verlust der Sendung während der Beförderung eingetreten ist, traf die Bekl. die prozessuale Pflicht darzulegen, welche organisatorischen Vorkehrungen sie ergriffen hat, um den Schaden abzuwenden. Daran fehlt es hier vollständig. Die gleiche Pflicht folgt materiellrechtlich aus §§ 242, 412, 401 BGB. Die zahlreichen Fälle des Verlustes wertvollen Beförderungsguts zeigen, dass konkrete Anhaltspunkte für die überwiegende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass nicht ausgeräumte Organisationsmängel zu solchen Schäden führen und Mitarbeiter der Bekl., für die sie nach § 438 HGB einzustehen hat, solche Schäden vorsätzlich verursachen. Der unterlassene Vortrag der Bekl. begründet die tatsächliche Vermutung für ihr qualifiziertes Verschulden (s. BGH TranspR 2001, 29 [33 f.]).

g) Die Schadenshöhe ergibt sich mit 3721,97 Euro aus den von der Kl. vorgelegten Handelsrechnungen. Im hier betroffenen gewerblichen Bereich spricht nach der Lebenserfahrung eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass an den Kunden die in zeitnahen Handelsrechnungen ausgewiesenen und berechneten Waren tatsächlich versandt worden sind (OLG Köln vom 8. 4. 2003 – 3 U 146/02 – VersR 2003, 1148 und vom 5. 8. 2003 – 3 U 28/03 – VersR 2003, 1598). So liegt es hier. Die Rechnungen datieren vom 13. und 14. 5. 2002. Die Nachberechnung von Feinsilber und Feingold ist nach Kenntnis der Kammer branchenüblich, spricht also nicht dagegen, dass die Rechnungen den Schaden aus dem Frachtvertrag vom 14. 5. 2002 repräsentieren. Verdächtige Anhaltspunkte für das Gegenteil sind nicht vorgetragen. In solchen Fällen spricht eine von der Bekl. auszuräumende tatsächliche Vermutung dafür, dass die fakturierten Gegenstände Inhalt der beförderten Sendung waren (im Ergebnis übereinstimmend nimmt das OLG Köln aaO einen Anscheinsbeweis an). Die Bekl. hat zur Entkräftung der Vermutung nichts Wesentliches vorgetragen. Entsprechendes gilt für den Wert der Sendung. Dabei kann dahinstehen, ob die Vermutung des § 429 Abs. 3 S. 2 HGB unmittelbar eingreift. Die Kl. hat nicht vorgetragen, dass der in Verlust geratene Sendungsinhalt verkauft worden ist. Jedenfalls ist aber § 429 Abs. 3 S. 2 HGB entsprechend anzuwenden. Denn es steht nach den Handelsrechnungen fest, dass der Inhalt der Sendung unmittelbar vor der Übergabe an die Bekl. Gegenstand eines Handelsgeschäfts in der Form eines Verkehrsgeschäfts zwischen der Fa. B. und der Fa. P. gewesen ist, durch das Letztere zur Zahlung des Warenwerts an Erstere verpflichtet werden sollte. Anhaltspunkte für ein Abweichen der Rechnungen vom Warenwert bestehen nicht.

h) Der Schadensersatzanspruch der Fa. B. ist durch ein Mitverschulden von 1/3 gemindert. Die Versendung wertvoller Schmuckstücke als einfaches Paket ist riskant, wie die zahlreichen Verlustfälle zeigen. Der geschädigten Fa. B. ist dies zweifelsfrei aus ihrer gewerblichen Tätigkeit bekannt. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Geschädigte der Bekl. zumindest durch die fehlende Wertdeklarierung die Möglichkeit genommen hat zu entscheiden, ob sie die Sendung zurückweisen wollte. Die Berücksichtigung dieses Umstands als Mitverschulden ist gerechtfertigt, weil § 254 BGB eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist. Die Geschädigte handelt widersprüchlich, wenn sie einerseits das Verlustrisiko erhöht, andererseits aber vollen Ersatz beansprucht. Das Mitverschulden war schadensursächlich. Nach der umstrittenen Neufassung der AGB der Bekl. zum 1. 3. 2002 hätte die Bekl. nach Überzeugung der Kammer die Beförderung der Sendung im einfachen Paketdienst verweigert, schon um die AGB am Markt durchzusetzen.

Bei der Bewertung des Mitverschuldens ist aufseiten der Bekl. qualifiziertes Verschulden zu berücksichtigen. Aufseiten der Kl. ist zu sehen, dass sie das Verlustrisiko erheblich erhöht hat. Das von der Bekl. zu vertretende Verschulden erscheint höher. Der Schaden ist in ihrem Organisationsbereich eingetreten. Sie hat die unmittelbare Schadensursache zu vertreten. Dass ein Verhalten wie das der Fa. B. nahezu zwangsläufig zum Verlust der Sendung führen musste, behauptet auch die Bekl. nicht. Eine der Bekl. günstigere Abwägung würde zwar erfolgen, wenn feststünde, dass die Geschädigte Kenntnis von den AGB der Bekl. hatte. Dann hätte sie sich bewusst über den Willen der Bekl. hinweggesetzt, Ausschlussgut nicht im einfachen Paketdienst anzunehmen. Einen solchen Sachverhalt hat die Bekl. zwar in erster Instanz behauptet. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Die Behauptung war bestritten. Sie ist auch nicht durch das Schreiben der Fa. B. vom 1. 7. 2002 bewiesen. Dieses nimmt Bezug auf das Schreiben der Bekl. vom 27. 6. 2002. Dieses war schon in erster Instanz vorgelegt worden. Es bietet eine plausible Erklärung, wie die Geschädigte erst nach dem Schadenseintritt von dem Inhalt der AGB der Kl. Kenntnis erlangt haben kann. Dann aber kann aus dem Schreiben der Fa. B. vom 1. 7. 2002 nicht auf eine Kenntnis von den AGB schon am 14. 5. 2002 geschlossen werden. Dass die Kl. zu den Zusammenhängen erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren vorgetragen hat, ändert im Ergebnis nichts. Die Kammer hat in der mündlichen Verhandlung auf den möglichen Beweiswert des Schreibens vom 1. 7. 2002 erstmals hingewiesen. Deshalb musste die Kl. Gelegenheit haben, sich zu dem Hinweis zu äußern. Die Parteien haben sich zur Vermeidung einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung mit der Verwertung des Vorbringens im Schriftsatz der Kl. vom 19. 9. 2002 einverstanden erklärt.

i) Der Zinsanspruch beruht auf §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

3. Die Kammer hat die Revision zugelassen, wie dies auch in den Urteilen des OLG Köln (vom 8. 4. 2003 – 3 U 146/02 – VersR 2003, 1148; vom 8. 7. 2003 – 3 U 20/03–; vom 5. 8. 2003 – 3 U 28/03 – VersR 2003, 1598) erfolgt ist. Nach Information der Kammer ist mindestens in einem jener Verfahren Revision eingelegt worden. Wie die zahlreichen entschiedenen und noch zur Entscheidung anstehenden Fälle zeigen, hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die einschlägigen Entscheidungen stimmen zudem teilweise im Ergebnis nicht überein. So bringt die 3. Kammer für Handelssachen des LG Bonn in den von ihr zu bearbeitenden erstinstanzlichen Fällen jeweils Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 der AGB der Bekl. zur Anwendung, und zwar in grundsätzlicher Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des OLG Köln. Die Begründung der Kammer stimmt mit derjenigen des OLG Köln nicht voll überein. Das OLG Köln betont zutreffend, dass Unklarheiten bestehen, nach welchen Kriterien das Verhalten des Absenders, der Ausschlussgut zur Beförderung aufgibt, zu berücksichtigen ist. Da die fraglichen AGB in ganz Deutschland verwendet werden, ist auch der Zulassungsgrund des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung) gegeben.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf einer wegen der Revisionszulassung gebotenen entsprechenden Anwendung von §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 und 2, 709 S. 2 ZPO.

Anmerkung

Vorangestellte Entscheidung befasst sich neuerlich mit der Haftung der Deutschen Post AG für so genanntes Verbotsgut.

Was Verbotsgut sein soll, ist in Abschn. 2 Abs. 2 Nr. 6 der AGB der Deutschen Post AG definiert, nämlich namentlich Valoren der II. Klasse (Schmuck, Uhren, Edelmetalle, u. Ä.) mit einem Wert über 500 Euro.

Die Entscheidung ist nicht nur aufgrund ihrer meines Erachtens sorgfältigen und überzeugenden Begründung bemerkenswert, sondern insbesondere, weil hiermit zu der Haftung der Deutschen Post AG gleich eine dritte Auffassung innerhalb des regelmäßig zuständigen LG Bonn bzw. OLG Köln vertreten wird.

Die erstinstanzlich zuständige 3. Kammer für Handelssachen des LG Bonn vertritt regelmäßig und unbeeindruckt von der abweichenden Auffassung des OLG Köln (verkürzt gesagt) die Auffassung, dass die AGB der Deutschen Post AG stillschweigend Vertragsbestandteil eines mit der Deutschen Post AG geschlossenen Vertrags werden und diese auch wirksam sind. Demgemäß mache sich ein Versender, welcher eine Sendung mit Verbotsgut einliefere, bei Einlieferung auch einer Culpa in contrahendo schuldig. Die Deutsche Post AG sei daher so zu stellen, als wäre die Sendung nicht abgeliefert worden[1].

Das OLG Köln „kassiert" fragliche Entscheidungen der 3. Kammer für Handelssachen regelmäßig und stellt sich auf den Standpunkt, dass nämliche Klauseln der AGB der Deutschen Post AG, nach welchen bestimmte Sendungen von der Beförderung ausgeschlossen sein sollen, tatsächlich einen Haftungsausschluss darstellen, aber einen nach § 449 Abs. 2 HGB unwirksamen[2]. Allerdings nimmt das OLG Köln regelmäßig ein Mitverschulden des Einlieferers gem. § 254 BGB an und bewertet dieses ebenfalls regelmäßig mit 50 % (vgl. OLG Köln VersR 2003, 1148).

Die Berufungskammer des LG Bonn stellt in dem vorangestellten Urteil nun ihrerseits darauf ab, dass die AGB der Deutschen Post AG nicht nur nach § 449 Abs. 2 HGB, sondern auch gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam sind, da in sich widersprüchlich und unverständlich.

Ausdrücklich erachtet die Kammer eine solche Bewertung der AGB der Deutschen Post AG dabei als zumutbar: Die Einrichtung der für die Beförderung von wertvollen Gütern erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen verursache zwar nicht unerhebliche Aufwendungen, die unter Umständen auch außer Verhältnis zum Beförderungsentgelt stehen. Ein solches Problem lasse sich aber dennoch nicht durch den Ausschluss der Beförderung einer Vielzahl von Gütern umgehen.

Dass insbesondere die zuletzt genannten Erwägungen des Gerichts zutreffend sind, ist dadurch belegt, dass der Versand von Valoren vor der Privatisierung der Post grundsätzlich zulässig war und per Wertbrief erfolgte. Schäden sind hierbei so gut wie nie eingetreten, da an jeder Schnittstelle während der Beförderung eine namentliche Quittungserteilung zu erfolgen hatte. Erst mit Privatisierung der Post und dem hiermit einhergehenden umfassenden *Outsourcing* von Beförderungsleistungen zur Steigerung des *Shareholder-Value* ist es zu einem sprunghaften Anstieg von Sendungs*verlusten* gekommen. Statt nun jedoch – wie man es erwarten dürfte – ihre Sicherheitsvorkehrungen zu verbessern, sucht die Deutsche Post AG ihre Schadensquote durch den Ausschluss ganzer Warengruppen zu verringern.

Insgesamt aber harrt die Frage der Haftung der Deutschen Post AG für so genanntes Verbotsgut einer Entscheidung durch den BGH, bei dem bereits mehrere entsprechende Verfahren anhängig sind; auch das LG Bonn hat die Revision ausdrücklich zugelassen.

Benjamin Grimme, Hamburg*

1 Vgl. als Belege nur: LG Bonn vom 23. 1. 2003 – 14 O 171/02; vom 20. 2. 2003 – 14 O 189/02.

2 So im Einzelnen bereits auch: AG Frankfurt/M. TranspR 2001, 369; LG Hamburg TranspR 2002, 106; Handelsgericht Wien TranspR 2002, 118 mit Anm. von *Grimme;* OLG Düsseldorf TranspR 2002, 158 (161).

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Sozietät Grimme und Kollegen.

Auslandsrecht (Österreich)

Berufshaftpflichtversicherung

Konkludente Zustimmung des Versicherers zur Abtretung der Versicherungsansprüche

VersVG §§ 15, 157

*** 1. Die nach den AVB erforderliche Zustimmung des Versicherers zur Abtretung der Versicherungsansprüche kann auch schlüssig durch konkludentes Verhalten erteilt werden. ***

*** 2. Der Frage, ob eine konkludente Zustimmung zur Abtretung (hier: durch Verjährungsverzicht) vorliegt, kommt keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu. ***

(825) OGH, Beschluss vom 17. 4. 2002 (7 Ob 284/01 t)

Die Kl. begehrte von den bekl. Versicherern, gestützt auf die Abtretung der Versicherungsansprüche durch deren VN, (1) die Feststellung der Deckungspflicht der Erstbekl. aus dem zwischen dieser und der Ingenieurkammer für W. abgeschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrag bis zur Höhe von 6 500 000 S für alle Schäden resultierend aus der Statikplanung bzw. Durchführung der Fa. A. bzw. deren geschäftsführendem Gesellschafter K. in Ansehung des städtischen Bauvorhabens in W. und (2) die Feststellung der Deckungspflicht der Zweitbekl., aus dem Haftpflichtversicherungsvertrag mit der Polizzen-Nr. ...1, geschlossen mit der Fa. A. bzw. deren geschäftsführendem Gesellschafter K. bis zur Höhe von 3 500 000 S für die zu 1 angeführten Schäden. In eventu forderte die Kl. die Zahlung von 6 500 000 S s. A. bzw. 3 500 000 S s. a. A. von der Erst- bzw. Zweitbekl.

Die Bekl. bestritten u. a. die Aktivlegitimation der Kl. und führten dazu aus, die Ansprüche aus den Versicherungsverträgen könnten vor ihrer endgültigen Feststellung ohne ausdrückliche Zustimmung des Versicherers nicht übertragen werden. Dem hielt die Kl. entgegen, die Bekl. hätten „die in den Versicherungsbedingungen geforderte ausdrückliche Zustimmung schlüssig durch konkludentes Verhalten erteilt", indem sie – ohne auf das Abtretungsverbot hinzuweisen – über Wunsch der Kl. auf die Einrede der Verjährung bis 31. 5. 2000 verzichteten. Die nunmehrige Berufung auf das Abtretungsverbot verstoße gegen Treu und Glauben. Außerdem sei auf § 157 VersVG zu verweisen, womit die Kl. durch die Anerkennung ihres Absonderungsanspruchs (durch den Masserverwalter der in Konkurs befindlichen VN) die Möglichkeit der direkten Geltendmachung gegenüber den Bekl. erhalte habe.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Aus den *Gründen:*

In der Rechtsrüge macht die Revisionswerberin geltend, dass der Konktakt zwischen den Streitteilen kein oberflächlicher gewesen sei, und beruft sich dabei auf Verhandlungen, die sie noch vor der Forderungsabtretung mit der Bekl. geführt habe. Daraus wird die Unrichtigkeit der Beurteilung des Berufungsgerichts zum Fehlen einer schlüssigen Zustimmung zur Forderungsabtretung bzw. zum vermeintlichen Verstoß gegen Treu und Glauben abgeleitet. Die diesbezüglichen Ausführungen gehen jedoch ins Leere, weil nicht von diesen Behauptungen, sondern von folgendem – unstrittigen – Sachverhalt auszugehen ist:

Im März 1998 wurden die Bekl. von einem Versicherungsfall betreffend den Ziviltechniker K. und die Fa. A. verständigt. Am 26. 6. 1998 fand ein Gespräch statt, als dessen Folge L. als Sachverständiger von der Erstbekl. mit einem Gutachten beauftragt wurde. Am 25. 2. 1999 ersuchte der Klagevertreter um Übermittlung des Gutachtens L. Ein gleiches Ansinnen stellte der Klagevertreter in einer Besprechung am 23. 3. 1999, wurde aber abschlägig entschieden. Zwischenzeitig war über beide VN das Konkursverfahren eröffnet worden. Im Konkursverfahren gelang es der Kl. als geschädigtem Bauherrn des Bauvorhabens D., die Abtretung der Versicherungsansprüche gegen die Bekl. am 2. 7. 1999 zu erwirken. Davon verständigte der Klageverteter am 13. 9. 1999 schriftlich die Bekl. und erhob Anspruch auf die Versicherungssumme. Mit Schreiben vom 17. 9. und 7. 10. 1999 lehnten die Bekl. den Versicherungsschutz ab, wie sie dies bereits gegenüber K. mit Schreiben