

Art. 3, 17, 29 CMR; § 264 Nr. 2 ZPO

1. Bei dem Wechsel vom Leistungs- zum Feststellungsantrag handelt es sich um eine qualitative Klagebeschränkung gem. § 264 Nr. 2 ZPO, welcher der Zustimmung der Beklagten nicht bedarf.

2. Trotz möglicher Bezifferung der Klageforderung ist die Feststellungsklage zulässig, wenn die Klägerin den ihr gegenüber erhobenen Anspruch eines Dritten für nicht endgültig gesichert hält.

3. Auch bei einem Feststellungsantrag hat die Klägerin indes darzulegen und nachzuweisen, dass in der Obhut des Frachtführers ein Schaden entstanden ist.

[Leitsätze des Einsenders]

Hanseatisches OLG Hamburg, Urt. v. 05.04.2018 – 6 U 225/16

(Vorinstanz: LG Hamburg, Urt. v. 13.10.2016 – 413 HKO 81/14)

I.

Die Parteien streiten über einen Transportschaden im grenzüberschreitenden Lkw-Güterverkehr.

Die Klägerin wurde im Sommer 2014 von der GWS, Niederlande, die dem Rechtsstreit im Berufungsverfahren auf der Seite der Klägerin beigetreten ist (künftig: Nebenintervenientin zu 4.) beauftragt, eine Offset-Druckmaschine, die seit ca. 2002 bei der Großdruckerei C.P. A/S in Vadum/Dänemark in Betrieb war und nun von der Nebenintervenientin zu 4.) an die Firma R. in Angri/Italien verkauft worden war, demontiert von Vadum/Dänemark nach Angri/Italien zu befördern, wobei zum Transport acht normale Sattelzüge und vier Schwerlast-Lkw einzusetzen waren.

Nach vorangegangener Korrespondenz gab die Klägerin am 22.07.2014 die vier Schwerlast-Lkw bei der Beklagten in Auftrag; darin heißt es u.a.:

»Pickup: 25-Jul-14 ... Delivery: 31-Jul-14 From: bitte anmel. ... Sendung bitte abplanen ...«

Die Beklagte beauftragte mit dem Schwerlasttransport die V. GmbH/Österreich (Nebenintervenientin zu 1.), die wiederum als Frachtführer die T. L. GmbH (Nebenintervenientin zu 2.) einsetzte. Die Nebenintervenientin zu 2.) erteilte der S. s.r./Verona/Italien (Nebenintervenientin zu 3.) den Auftrag zur Entladung, Zwischenlagerung und Neuverladung der streitgegenständlichen Sendung; diese drei Unternehmen sind dem Rechtsstreit bereits in erster Instanz auf Seiten der Beklagten beigetreten.

Am 25.07.2014 erfolgte ausweislich des CMR-Frachtbriefes die Verladung der zu den vier Schwerlastcolli gehörenden sogenannten Folder Base (= Falteinheit einer Druckmaschine) mit einem Gewicht von rund 33 Tonnen auf einen Lkw der Nebenintervenientin zu 2.), die – so die Klägerin – auf dem Foto Anlage K 4 festgehalten sei.

Die Klägerin hält die Beklagte mit ihrer Klage für Schäden verantwortlich, die von der Nebenintervenientin zu 4.) nach Ablieferung der Folder Base in Angri/Italien festgestellt und zum Gegenstand einer Haftungsklage gegen sie in Limburg/Niederlande gemacht worden seien.

Die Klägerin hat der Beklagten in erster Instanz im Wesentlichen vorgeworfen, diese bzw. ihre Nachunternehmer hätten die Folder Base in Verona ohne Rücksprache mit der Klägerin unfachmännisch mittels Ketten, also ohne Einsatz des dafür notwendigen Heberahmens, vom Schwerlastwagen gehoben und zwischengelagert, wohl um das Fahrzeug anderweitig einsetzen zu können, wobei die Plane entfernt und die Folder Base anschließend einige Tage im Freien gelagert worden sei, bis sie – wiederum unfachmännisch – auf einen anderen Trailer geladen und am 04.08.2014 in Angri abgeliefert worden sei. Bei der Empfängerin seien schwere Schäden, vor allem durch den unsachgemäßen Anschlag, etwa in Gestalt einer verzogenen Maschinenbasis, sowie schwere Korrosion festgestellt worden. Als schwerwiegend sei anzusehen, dass weder der Heberahmen eingesetzt noch eine Weisung bezüglich einer Entladung bei der Klägerin eingeholt worden sei. Dazu sei die Beklagte aufgrund des Auftrages auch nach Maßgabe der vorausgegangen Kor-

respondenz und erteilter Hinweise verpflichtet gewesen. Zudem sei die Beklagte anlässlich der Auftragserteilung ausdrücklich auf die Notwendigkeit hingewiesen worden, die Folder Base mittels des getrennt reisenden Heberahmens zu entladen. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte unbeschränkt aufgrund qualifizierten Verschuldens hafte. Dieses zum einen wegen vorsätzlicher Verletzung eines ausdrücklichen Umladeverbots bzw. der ausdrücklichen Weisung, zur Entladung der Maschine den Heberahmen zu verwenden. Gleiches gelte, soweit die Beklagte die Maschine schutzlos der Witterung preisgegeben habe, obwohl sie gewusst habe, dass eine schützende Plane erforderlich gewesen sei.

[...]

Die Beklagte und die Nebenintervenientin zu 1.) haben die neue Antragstellung als unzulässige Klagänderung gewürdigt. Auch die Nebenintervenientin zu 2.) hat die erhobene Feststellungsklage wegen des Vorrangs der Leistungsklage als unzulässig bezeichnet. Im Übrigen haben die Beklagte und die auf ihrer Seite beigetretenen Nebenintervenientinnen ihre Haftung nach Grund und Höhe in Abrede genommen und haben im Wesentlichen vorgebracht, sie hätten nicht gewusst, dass die Folder Base nicht ohne Heberahmen entladen werden dürfen, auch ein Umladeverbot sei nicht ausgesprochen worden. Die Beklagte sei von einer Haftung nach Art. 17 CMR befreit. Die geltend gemachten Schäden hätten im Übrigen bereits bei Übernahme vorgelegen. Wenn Schäden durch Feuchtigkeit an der Maschine entstanden seien, gehe dieses auf eine unzureichende Verpackung zurück. Die Klägerin habe sich zugleich verhalten zu lassen, dass die Folder Base keine Kennzeichnungen/Markierungen aufgewiesen habe dahingehend, dass jede Ladetätigkeit nur mit einem speziellen Heberahmen bzw. Spreader vorzunehmen sei. Dieses begründe jedenfalls ein Mitverschulden. Gleiches folge daraus, dass die – grundsätzlich erlaubte – Umladung darauf zurückzuführen sei, dass die Klägerin die Beförderung der Teile der Druckmaschine nicht koordiniert organisiert und eine unzureichende Transportplanung vorgenommen habe. Dass der Heberahmen bei der Ent- bzw. Umladung nicht zur Verfügung gestanden habe, sei als nicht behebbares Ablieferhindernis zu werten. Die geltend gemachte Schadenshöhe sei übersetzt.

[...]

Mit dem angefochtenen Urteil vom 13.10.2016 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin habe nicht bewiesen, dass die streitgegenständlichen Güter der Beklagten bzw. den Personen, derer die Beklagte sich bei der Ausführung der Beförderung bedient habe, ohne den geltend gemachten Schaden zur Beförderung übergeben worden sind. Mit Beschluss vom 26.11.2015 sei ihr aufgegeben worden, ihr Beweisangebot zum Zustand der Maschine bis zum 17.12.2015 zu spezifizieren, wobei sie darauf hingewiesen worden sei, dass es sich dabei um eine Beibringungs- und Ausschlussfrist nach § 356 ZPO handele. Die Frist sei sodann antragsgemäß bis zum 31.01.2016 verlängert worden, ohne dass die Klägerin innerhalb dieser Frist entsprechenden Vortrag

gehalten hätte. Die Klägerin habe sodann im anberaumten Verhandlungstermin vom 14.04.2016 ihre Schriftsätze vom 12. und 13.04.2016 für die übrigen Verfahrensbeteiligten vorgelegt und den Gutachter B. sistiert. Damit fehle es an einem rechtzeitigen Beweisangebot zum Zustand der Güter bei Übernahme. Die Folge sei, dass die Beweisaufnahme ohne Androhung unterbleibe. Andere Möglichkeiten der Erkenntnisgewinnung fehlten. Der zum Termin sistierte Sachverständige sei nicht zu vernehmen, weil nicht dargetan oder ersichtlich sei, dass er sachverständiger Zeuge bezüglich des streitigen Zustandes bei Übernahme gewesen sei. Auch die Verwertung des von ihm verfassten Parteigutachtens wäre auf eine für die Beweisfrage unergiebigere Interpretation von Wahrnehmungen bzw. Befunden Dritter gerichtet gewesen. Ohne das unmittelbare Beweismittel der zeugenschaftlichen Bekundung des Zustandes des Transportgutes bei Übernahme könne keine hinreichende Überzeugung von der Richtigkeit des klägerischen Vortrags gewonnen werden. Eine bloße Interpretation der Fotos genüge hierfür nicht, da schon die Herkunft der Fotos und die Tatsache, dass sie den maßgeblichen Zustand der Folder Base zeigen, streitig sei. Dieses auch vor dem Hintergrund, dass aus den Fotos ersichtlich sei, dass schon in Dänemark zwecks Verbringung der Folder Base zur Verladung aus der Halle Gabelstapler eingesetzt wurden, die als Schadensquelle für mechanische Beschädigungen, die die Klägerin dem Einsatz in Verona zuschreibt, in Betracht kommen.

[...]

Gegen das ihr am 20.10.2016 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 11.11.2016 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.01.2017 mit ihrem am 28.12.2016 eingegangenen Schriftsatz vom selben Tage begründet.

Die Klägerin vertritt mit ihrer Berufungsbegründung die Auffassung, dass der Beweis, dass und inwieweit die Folder Base während der vertraglichen Obhutspflicht der Beklagten tatsächlich physisch zu Schaden gekommen ist, allenfalls dann von ihr zu führen gewesen wäre, wenn sie bei dem ursprünglichen Klagantrag geblieben wäre. Nachdem sie aber ihren Antrag auf Feststellung umgestellt habe, komme es nicht mehr darauf an, inwieweit während der Obhut der Beklagten ein Schaden eingetreten sei und wie der genaue Ausgangszustand der Folder Base bei Beginn des Transportes gewesen sei. Es reiche aus, dass die Entstehung eines zu ersetzenden Schadens wahrscheinlich sei (BGH NJW 1992; 697). Im Übrigen hafte die Beklagte nicht nur für Obhutsschäden, sondern schlechterdings für die Folgen von Pflichtwidrigkeiten. Allein die Tatsache, dass die Beklagte sie – die Klägerin – durch pflichtwidrigen Umgang mit dem Gut in die Lage versetzt habe, sich in Holland mit dem Haftungsanspruch ihrer Streithelferin auseinandersetzen und Kosten zu ihrer Rechtsverteidigung aufwenden zu müssen, begründe den Klagantrag. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hätten die Voraussetzungen des § 356 ZPO nicht vorgelegen. Dieses zum einen deshalb nicht, weil offensichtlich gewesen sei, dass sie aus dem Grund keinen konkreten Zeugen benannt habe, weil sie keinen eigenen Zugang zu den maßgeblichen Beteiligten und Informationen gehabt habe. Zum anderen habe das Landgericht zu Unrecht den Fristablauf schlechter-

dings auf jedes »rechtzeitige Beweisangebot zum Zustand der Güter bei Übernahme« bezogen. Schließlich habe das Landgericht auch ihren unter Beweis gestellten Vortrag übergegangen, dass das Entladen der Folder Base mit einem Gabelstapler – statt mit dem vorgeschriebenen Heberahmen – zwingend und unabwendbar zu schwerwiegenden Schäden führen müsse.

Mit Schriftsatz vom 29.06.2017 legt die Klägerin eine schriftliche Zeugenaussage des Herrn C. F., Projektleiter der Nebenintervenientin zu 4.), vor, mit der der Zeuge u.a. ausführt, dass die Folder Base zum Zeitpunkt ihrer Beladung auf den Trailer in Vadum in »perfect condition« gewesen sei. Die Klägerin trägt dazu vor, diese Aussage stamme offenbar bereits von März 2016, sei aber erst vor wenigen Wochen in dem niederländischen Verfahren zwischen ihr und der Nebenintervenientin vorgelegt worden. Die Klägerin bezieht sich auch beweislich auf das Zeugnis des Herrn C. F.

[...]

Im Anschluss an die mündlich Verhandlung vom 02.11.2017, in der der Klägerin nachgelassen wurde, zu den in dieser Verhandlung erteilten Hinweisen bis zum 12.01.2018 Stellung zu nehmen, hat die Klägerin mit ihrem am selben Tag eingegangenen Schriftsatz vom 12.01.2018 weiter vorgetragen. Sie hat das Urteil der Rechtbank Limburg vom 01.11.2017 vorgelegt, mit dem sie verurteilt wurde, an die hiesige Nebenintervenientin zu 4) Schadensersatz i.H.v. 241.000,00 € zu leisten und die Kosten des Verfahrens (10.108,17 €) zu tragen. Ihre eigenen Kosten beziffert die Klägerin mit 46.354,89 €. Zu der von dem Senat in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf das Urteil des BGH vom 18.03.2010 – I ZR 181/08 [= TranspR 2010, 376] – vertretenen Auffassung, dass auch bei einem bloßen Feststellungsantrag, bei dem es um Freihaltung geht, abschließend geklärt werden müsse, dass es während der Obhutzeit tatsächlich zu einer Beschädigung des Transportguts gekommen ist und eine bloße Schadenswahrscheinlichkeit nicht ausreiche, legt die Klägerin dar, dass und aus welchen Gründen ihrer Auffassung nach die Feststellung der Ersatzpflicht eines pflichtwidrig handelnden Frachtführers nicht den Nachweis eines Obhutsschadens voraussetze. Sie ist jedoch der Auffassung, dass eine Beweisführung über den Zustand der Maschine bei der Verladung bereits deshalb nicht mehr erforderlich sei, weil erstens feststehe, dass die Beklagte durch ihre Erfüllungsgehilfen eine vorsätzliche Vertragsverletzung begangen habe, und zweitens, dass der Klägerin deshalb ein Haftungsschaden gemäß dem Hauptklagantrag entstanden sei. Es komme nicht darauf an, ob ein Obhutsschaden eingetreten sei. Ihre (die der Klägerin) Verurteilung in Holland sei ausweislich der Urteilsgründe nur deshalb erfolgt, weil ihr das Verschulden der Beklagten und deren Erfüllungsgehilfen zugerechnet worden sei. Jedenfalls sei der inzwischen angebotene Beweis für den Zustand der Folder Base bei der Verladung in der Berufungsinstanz zuzulassen. Es beruhe nicht auf ihrer Nachlässigkeit, dass sie in erster Instanz zu anderer Beweisführung als durch den angebotenen Sachverständigenbeweis nicht in der Lage gewesen sei. Es sei ihr in erster Instanz schlicht unmöglich gewesen, Beweismittel über den genauen Zustand der Folder Base bei ihrer Übernahme in Vadum anzubieten. Sie habe sich über das holländische Anwaltsbüro v. R. Advocaten mehr-

fach ab November 2015 an die anwaltlichen Vertreter der Nebenintervenientin zu 4.) mit der Aufforderung gewandt, ihr die notwendigen Beweismittel zur Verfügung zu stellen. Diese hätten erstmals mit einem Telefonat vom 13.04.2016 reagiert und mitgeteilt, dass lediglich ein paar Fotografien vorlägen, worauf seitens des Anwaltsbüros v. R. Advocaten weitere Nachfragen nach Beweismitteln zunächst eingestellt worden seien. Die bereits vorliegende Darstellung des Zeugen F. sei zu diesem Zeitpunkt ebenso verschwiegen worden wie bei einer weiteren Nachfrage anlässlich eines Vergleichsgesprächs im Mai 2016. Nachlässigkeit i.S.v. § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO liege nicht vor, weil sie nicht verpflichtet gewesen sei, tatsächliche Umstände, die ihr nicht bekannt seien, erst zu ermitteln (BGH, Beschl. v. 16.06.2016 – V ZR 238/15, ZfR 2016, 587).

[...]

Die Beklagte und die Nebenintervenientinnen halten den zuletzt in erster Instanz gestellten Feststellungsantrag weiterhin für unzulässig, verteidigen jedoch im Übrigen das angefochtene Urteil und vertiefen – wie auch die Klägerin – ihren erstinstanzlichen Vortrag. Den Beweisantritt der Klägerin mit Schriftsatz vom 29.06.2017 rügen sie als verspätet.

[...]

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig. In der Sache hat die Berufung allerdings keinen Erfolg.

1.) a.) Der zuletzt vor dem Landgericht sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gestellte Feststellungsantrag ist als solcher zulässig. Denn wie die Klägerin zutreffend dargelegt hat, bringt nach der Rechtsprechung des BGH derjenige, der die Forderung, von der er Befreiung verlangt, selbst bekämpft, dadurch grundsätzlich zum Ausdruck, dass er deren Beseitigung noch für möglich, den Anspruch des Dritten also für nicht endgültig gesichert hält. In einem solchen Fall ist grundsätzlich die Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht des in Anspruch genommenen Schädigers der richtige Weg (BGH, Urt. v. 16.11.2006 – I ZR 257/03, TranspR 2007, 161, 162 = VersR 2007, 1539; BGH, Urt. v. 18.03.2010 – I ZR 181/08 [= TranspR 2010, 376] –, Rn. 23, juris).

Die Tatsache, dass die Klägerin zunächst einen Leistungsantrag gestellt und die Beklagte einer Klagänderung nicht zugestimmt hat, steht der Zulässigkeit des Feststellungsantrags nicht entgegen:

Bei dem Wechsel vom Leistungsantrag zum Feststellungsantrag handelt es sich nicht um eine Klagänderung i.S.v. § 263 ZPO, sondern um eine qualitative Klagebeschränkung gem. § 264 Nr. 2 ZPO (Zöller/Greger, 32. Aufl., § 264 Rn. 3b). Ob hierin eine teilweise Klagerücknahme, verbunden mit dem Zustimmungserfordernis des Beklagten nach Beginn der mündlichen Verhandlung zu sehen ist, ist streitig (Für das Zustimmungserfordernis sprechen sich Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl., § 264 Rn. 17 und Zöller/Greger § 264 Rn. 4a aus MünchKommZPO/Becker-Eberhard, 5. Aufl. § 264 Rn. 23 dagegen hält § 269 bei der qualitativen Klagebeschränkung für unanwendbar). Der Senat hält § 269 ZPO nicht für anwendbar und eine Zustimmung des Beklagten damit nicht für erforderlich, weil § 269 ZPO voraussetzt, dass sich die

teilweise Klagerücknahme auf einen abtrennbaren Teil des Klagebegehrens bezieht (so MünchKommZPO/Becker-Eberhard ebenda). Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass das Landgericht auf eine richtige Antragstellung hätte hinwirken müssen. Wenn das Landgericht dieses getan hätte, wäre der »falsche« Antrag nicht gestellt worden und es hätte sich die Frage der Klagebeschränkung oder Klagänderung nicht gestellt.

b.) Ob die Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung, in der ihr lediglich eine Schriftsatzfrist für eine Stellungnahme zu den rechtlichen Hinweisen des Senats eingeräumt wurde, noch einen Wechsel vom Feststellungsantrag zum Leistungsantrag vornehmen und den Feststellungsantrag mit geändertem Wortlaut als Hilfsantrag stellen kann, wie mit Schriftsatz vom 12.01.2018 angekündigt, kann dahinstehen. Ein Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung besteht jedenfalls nicht, weil der Erfolg des Leistungsantrages ebenso wie der des Feststellungsantrages voraussetzt, dass die Klägerin den Nachweis der unbeschädigten Übergabe erbringt, woran es aus den nachfolgenden Gründen fehlt.

2.) Das Landgericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten nach Art. 17, 3, 29 CMR nicht nachgewiesen hat, weil sie nicht den Beweis geführt hat, die streitgegenständlichen Güter unversehrt zur Beförderung übergeben zu haben.

a.) Der Senat hält nach Überprüfung aufgrund der Ausführungen der Klägerin mit Schriftsatz vom 12.01.2018 an seiner auf die Entscheidung des BGH vom 18.03.2010 – I ZR 181/08 [= TranspR 2010, 376] – (juris) gestützten Rechtsauffassung fest, dass auch bei einem bloßen Feststellungsantrag, bei dem es um Freihaltung geht, abschließend geklärt werden muss, dass es während der Obhutszeit tatsächlich zu einer Beschädigung des Transportguts gekommen ist und dass insoweit eine bloße Schadenswahrscheinlichkeit nicht ausreicht (vgl. auch Urteil des Senats vom 13.07.2017 – 6 U 149/16 [= TranspR 2017, 424] –, Rn. 44, juris). Zu dem Nachweis der Beschädigung im Obhutszeitraum gehört der Nachweis der unbeschädigten Übergabe zur Beförderung. Dieser Nachweis ist ebenso bei einem Feststellungsantrag wie bei einem Leistungsantrag zu führen.

b.) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Durchführung einer Beweisaufnahme über den Zustand der Maschine bei der Verladung in Vadum nicht aufgrund der Verurteilung der Klägerin durch die Rechtbank in Limburg entbehrlich. Denn die Feststellungen der Rechtbank Limburg – Beschädigung der Falzmaschine zwischen dem Zeitpunkt der Übernahme des Gutes und dem Zeitpunkt der Ablieferung in Angri – sind bereits deshalb nicht bindend, weil die in den Gründen einer Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen nicht in Rechtskraft erwachsen (vgl. Zöller/G.Vollkommer, Vor § 322 Rn. 31). Allein die Tatsache, dass die Klägerin durch die Rechtbank Limburg verurteilt wurde und deshalb ein Schaden feststeht, macht eine Aufklärung im vorliegenden Verfahren nicht entbehrlich, weil die Verurteilung der Beklagten voraussetzt, dass die Beschädigung der Folder Base in ihren Verantwortungsbereich fällt.

c.) Die Klägerin rügt zwar zu Recht, dass die Voraussetzungen für ein Vorgehen des Landgerichts gem. § 356

ZPO nicht vorgelegen hätten. Denn die Fristsetzung gem. § 356 ZPO setzt voraus, dass ein wirksamer Beweisantritt vorliegt, anderenfalls ist nicht § 356 ZPO, sondern § 296 ZPO einschlägig (*Stein/Jonas/Christian Berger*, 23. Aufl., § 356 Rn. 5). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, denn die Klägerin hat den »hervorragenden Wartungszustand« in das Zeugnis jeweils eines instruierten Vertreters der Fa. C. P. und der Nebenintervenientin zu 4.) gestellt. Das Angebot eines »Zeugen NN« ist jedoch grundsätzlich unbeachtlich (*Zöller/Greger*, § 356 Rn. 4). Etwas anderes gilt dann, wenn die Person des Zeugen bestimmbar ist (*Zöller/Greger* ebenda; *Stein/Jonas/Christian Berger* ebenda). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Denn nach dem Beweisangebot der Klägerin kommt jeder Mitarbeiter der Fa. C. P. und der Nebenintervenientin zu 4.) in Betracht. Das Landgericht hätte seine Fristsetzung daher auf § 296 ZPO stützen müssen. Letztlich kommt es hierauf nicht an, weil die Klägerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz das Beweisangebot hinsichtlich der instruierten Vertreter nicht vervollständigt hat, obwohl sie auf das entsprechende Erfordernis hingewiesen worden ist.

Die Klägerin macht aber ohne Erfolg geltend, das Landgericht habe die Wirkung des von ihm angenommenen Beweismittelausschlusses nicht nur auf die angekündigten Zeugen bezogen, sondern es zu einem vollständigen Beweiserhebungsverbot hinsichtlich des Zustandes der Folder Base bei Abholung ausgeweitet. Denn das Landgericht hat die Nichtanhörung des Privatgutachters B. und die Nichtberücksichtigung seines Gutachtens gesondert begründet. Diese Begründung ist aus den nachfolgenden Gründen nicht zu beanstanden (lit. d.).

d.) Das Landgericht hat den zum Termin sistierten Privatgutachter B. zu Recht nicht als sachverständigen Zeugen angehört. Denn aus eigener Wahrnehmung hätte er nichts zu dem Zustand der Maschine bei Übernahme sagen können. Das Landgericht hätte den Privatgutachter auch nicht als Sachverständigen vernehmen und sein Gutachten berücksichtigen müssen, da es sich insoweit nur um Interpretationen von Wahrnehmungen bzw. Befunden Dritter handelt bzw. handeln würde. Selbst wenn im Übrigen die Fotos Anlagenkonvolut K 21 den Zustand bei Übernahme zeigen, was streitig ist, ist zu berücksichtigen, dass sich die Folder Base auf dem Foto noch in der Halle befindet und noch nicht verladen wurde. Beschädigungen können aber auch bei der Verladung noch passieren. In diesem Zusammenhang hat das Landgericht im Übrigen zutreffend darauf hingewiesen, dass aus den Fotos ersichtlich sei, dass schon in Dänemark zur Verbringung der Folder Base zur Verladung aus der Halle Gabelstapler eingesetzt wurden, die als Schadensquelle für mechanische Beschädigungen, die die Klägerin dem Einsatz in Verona zuschreibt, in Betracht kommen.

e.) Soweit sich die Klägerin im Berufungsverfahren erstmals mit Schriftsatz vom 29.06.2017 auf den Zeugen F., Mitarbeiter der Nebenintervenientin zu 4.), bezieht, der bekundet soll, dass die Folder Base zum Zeitpunkt ihrer Beladung in »perfect condition« gewesen sei, handelt es sich um ein neues Angriffsmittel, das nicht zuzulassen ist, weil die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht vorliegen.

Um neue Angriffs- und Verteidigungsmittel handelt es sich u.a. auch dann, wenn ein in erster Instanz unbeachtlicher Beweisantrag (»Zeuge N.N.«) in zweiter Instanz um die notwendigen Angaben vervollständigt wird (vgl. *Wieczorek/Schützel/Gerken*, ZPO, 4. Aufl., § 531 Rn. 22). So liegt der Fall hier, weil sich die Klägerin in erster Instanz lediglich auf das Zeugnis jeweils eines instruierten Vertreters der Fa. C. P. und der Nebenintervenientin zu 4.) bezogen hat. Die Klägerin ist für den Umstand, dass die erstmalige Benennung des Zeugen nicht auf einer von ihr zu vertretenen Nachlässigkeit beruht, darlegungs- und beweisbelastet (vgl. *Zöller/Hefler*, § 531, Rn. 33 f.). Nachlässig handelt die Partei, wenn sie fahrlässig erstinstanzlich Tatsachen nicht vorträgt, d.h. die ihr bekannt sind und deren Bedeutung für die Entscheidung sie kennt oder zumindest hätte kennen müssen (vgl. BGHZ 159, 245; BGH NJW 2004, 2152; *Zöller/Hefler*, § 531 Rn. 30). Soweit die Partei ihr bekannte oder für sie erkennbare Tatsachen nicht vorgetragen oder sonst Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht geltend gemacht hat, obwohl ihr dies objektiv möglich gewesen wäre, hängt die Zulassung von neuen Tatsachen in zweiter Instanz davon ab, ob die Partei diese bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erfahren oder ihre Entscheidungsrelevanz des betreffenden Verbringens hätte erkennen können. In der Berufungsbegründung sind hierbei gem. § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel zu bezeichnen und die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO für ihre Zulassung darzulegen. Die Begründung der Berufung mit neuen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln muss insofern die Bezeichnung der Umstände, aufgrund derer das neue Vorbringen zuzulassen sein soll, enthalten (vgl. BGH MDR 2015, 355; BGH NJW 2003, 2531; *Wieczorek/Schützel/Gerken* § 531 Rn. 42).

Diesen Anforderungen genügt das Berufungsvorbringen der Klägerin nicht. Die Klägerin hat das neue Beweismittel nicht innerhalb der (verlängerten) Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.01.2017, sondern erst mit Schriftsatz vom 29.06.2017 benannt. In diesem Schriftsatz hat sie die Voraussetzungen für die Zulassung dieses neuen Angriffsmittels nicht dargelegt. Sie hat lediglich vorgetragen: »Die Aussage stammt offenbar bereits vom März 2016, wurde aber erst vor wenigen Wochen in dem niederländischen Verfahren zwischen der GWS und der hiesigen Klägerin vorgelegt.« Dass sie die Nebenintervenientin zu 4.) (GWS) zuvor erfolglos zur Mitteilung der Namen ihrer Mitarbeiter, die bei der Verladung dabei waren, aufgefordert hätte und welche Maßnahmen sie anschließend ergriffen hat, legt die Klägerin nicht dar. Ihr erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 02.11.2017 erfolgter Vortrag, der Klägervorteiler bzw. seine niederländischen Kollegen hätten sich ständig bemüht, bei der Auftraggeberin der Klägerin an Informationen und Beweismittel heranzukommen, die Nebenintervenientin zu 4. habe aber keinerlei Auskünfte erteilt, ist zum einen verspätet und zum anderen auch ebenso wie der entsprechende Vortrag mit Schriftsatz vom 12.01.2018 unzureichend. Bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt hätte die Klägerin erkennen müssen, dass sie die Nebenintervenientin zu 4.) unter Fristsetzung zur Benennung ihrer bei der Verladung anwesenden Mitarbeiter hätte auffordern und ggf. prozessuale Maßnahmen hätte ergreifen müssen (evtl. eine frühzeitigere Streitverkündung). Derartige Maßnahmen hat die Klägerin nicht ergriffen.

Die Klägerin hat es demnach erstinstanzlich unterlassen, einen für sie wesentlichen Punkt, für den sie darlegungs- und beweisbelastet ist, unter Beweis zu stellen. Hierin ist jedenfalls ein fahrlässiges Verhalten, das Voraussetzung für die Nachlässigkeit ist (vgl. die Begründung BT-Drucks. 14/4722, S. 102), in Bezug auf die allgemeine Prozessförderungspflicht des § 282 ZPO zu sehen.

Die Klägerin macht ohne Erfolg geltend, sie habe ihre Prozessförderungspflicht nicht verletzt, weil sie nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschl. v. 16.06.2016 – V ZR 238/15 –, Rn. 9, juris, m.w.N.) nicht verpflichtet sei, tatsächliche Umstände, die ihr nicht bekannt seien, erst zu ermitteln. Denn es geht vorliegend nicht darum, dass der Klägerin vorgeworfen würde, sie hätte ihr nicht bekannte Umstände ermitteln müssen. Der Zustand der Folder Base war von vornherein Gegenstand des Rechtsstreits. Auf das entsprechende Bestreiten der Nebenintervenienten zu 1.) und 2.) hat die Klägerin sich mit ihrer Replik für ihre Behauptung, die Maschine habe sich in einem hervorragenden Wartungszustand befunden, auf das Zeugnis jeweils eines instruierten Vertreters der Fa. C. P. und der Nebenintervenientin zu 4.) bezogen. Dass die Klägerin diesen Vortrag ordnungsgemäß unter Beweis zu stellen hat, hat nichts mit der Ermittlung unbekannter Umstände zu tun. Auf das Erfordernis der Spezifizierung ihres Beweisangebotes wurde die Klägerin vom Landgericht auch mit Beschluss vom 26.11.2015 hingewiesen.

3.) Eine Haftung der Beklagten nach §§ 280, 278 BGB wegen unterbliebener Beachtung von Weisungen scheidet ebenfalls aus. Selbst wenn bei unterbliebener Berücksichtigung einer Weisung ergänzend nationale Rechtsvorschriften anwendbar wären (offen gelassen BGH, Versäumnisurt. v. 21.09.2017 – I ZR 47/16 [= TranspR 2018, 11] –, juris Rn. 27) und sich die Haftung der Beklagten nach deutschem Recht richten würde (hierzu fehlt jeder Vortrag der Klägerin), wäre die Klägerin für die Kausalität zwischen der behaupteten Pflichtverletzung der Beklagten und dem daraus resultierenden Schaden darlegungs- und beweispflichtig, wozu wiederum der Nachweis der unbeschädigten Übergabe zur Beförderung gehört, woran es fehlt.

Da die Klage unbegründet ist, hat das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen, weshalb die Berufung der Klägerin zurückzuweisen ist.

[...]

Einsender: Rechtsanwalt Benjamin Grimme, Hamburg