



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

I ZR 208/06

Verkündet am:  
14. Mai 2009  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 25. Oktober 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, ein Speditionsunternehmen, verlangt von der Beklagten die Zahlung von Frachtvergütungen in Höhe von insgesamt 46.965,73 €. Von diesem Betrag hat die Klägerin eine von ihr anerkannte Schadensersatzforderung der Beklagten über 5.904,65 €, den Erlös aus einem Notverkauf von Wurstwaren der Beklagten in Höhe von 16.088,67 € und eine Zahlung der Beklagten in Höhe von 525,88 € in Abzug gebracht. Der danach verbleibende Forderungsbeitrag in Höhe von 24.446,53 € ist Gegenstand der Klage.

- 2 Die Beklagte ist der grundsätzlichen Berechtigung der von der Klägerin geltend gemachten Frachtvergütungsansprüche nicht entgegengetreten. Sie hat vielmehr gegenüber den Forderungen der Klägerin mit vermeintlichen eigenen Schadensersatzansprüchen die Aufrechnung erklärt. Dem Schadensersatzverlangen der Beklagten liegt folgender Sachverhalt zugrunde:
- 3 Die Beklagte, eine Großfleischerei, beauftragte die Klägerin jedenfalls bis August 2003 laufend mit dem Transport ihrer Waren zu ihren Kunden, zu denen auch die Niederlassungen des Einzelhandelsunternehmens L. in Großbritannien gehörten. Die Beförderung zu den englischen Niederlassungen von L. erfolgte in der Weise, dass die Klägerin die Ware bei der Beklagten abholte und zur Spedition G. in Z. /Belgien transportierte, die für L. die Weiterbeförderung nach Großbritannien übernommen hatte.
- 4 Am 5. August 2003 beauftragte die Beklagte die Klägerin mit dem Transport von auf 19 Europaletten gepackten Wurstwaren zur Spedition G. in Z. , wo die Ware bis spätestens 11 Uhr am 12. August 2003 eintreffen musste. Die Klägerin holte das Gut am 11. August 2003 vom Betriebsgelände der Beklagten ab. Die Ware wurde dort ordnungsgemäß verladen und im Lkw verstaut. Anschließend wurden noch Waren des Wurstfabrikanten H. und Tiefkühlkost der Firma Gi. hinzugeladen, die ebenfalls für die Niederlassungen von L. in Großbritannien bestimmt waren. Der komplett beladene Lkw kam am 12. August 2003 gegen 9.30 Uhr in Z. bei G. an. Beim Öffnen des Kühlauflegers, der nur über Hecktüren verfügte, stellte sich heraus, dass zwei mit Tiefkühlkost beladene Palettenreihen im hinteren Fahrzeugteil seitlich abgerutscht und die Verpackungen eingedrückt waren. Die Spedition G. verweigerte daraufhin die Annahme der gesamten Sendung einschließlich der Ware der Beklagten, obwohl - wie sich später herausstellte - deren Ware nicht verrutscht und die Verpackung nicht eingedrückt war. Da

auch die Beklagte die Rücknahme ihrer Ware verweigerte, führte die Klägerin einen Notverkauf durch. Sie erzielte dabei unter Berücksichtigung der Kosten des von ihr eingeschalteten Havariekommissars einen Erlös in Höhe von 16.088,67 €.

5 Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe ihre Pflicht zur unbeschädigten Ablieferung des Gutes bei G. in Z. nicht erfüllt, da es auf den Zustand der gesamten Ladung und nicht von Teilen daraus ankomme. Die Klägerin habe gewusst, dass L. die Spedition G. angewiesen habe, nur völlig einwandfrei verladene Ware abzunehmen. Nach dem Öffnen des Kühlauflegers sei nicht zu erkennen gewesen, dass die Ware der Beklagten unbeschädigt geblieben sei. Die Spedition G. habe die Annahme der gesamten Ladung daher zu Recht verweigert.

6 Die Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin schulde ihr wegen der unterbliebenen Lieferung der Ware an L. aus positiver Vertragsverletzung Schadensersatz in Höhe von 24.446,53 €. Mit diesem Betrag hat sie gegenüber der Klageforderung die Aufrechnung erklärt. Das Aufrechnungsverbot gemäß Nr. 19 ADSp stehe dem nicht entgegen, da ein Prokurist der Klägerin sich für diese mit der Verrechnung einverstanden erklärt habe. Hilfsweise hat die Beklagte ihre Schadensersatzforderung im Wege einer Widerklage geltend gemacht.

7 Die Klägerin ist dem Schadensersatzverlangen der Beklagten entgegengetreten. Sie hat sich auf das Aufrechnungsverbot gemäß Nr. 19 ADSp berufen und darüber hinaus geltend gemacht, die Spedition G. habe die Annahme der Ware der Beklagten zu Unrecht verweigert. Ihr Fahrer habe bei der Anlieferung des Gutes auf den einwandfreien Zustand und die ordnungsgemäße Stapelung der Paletten der Beklagten hingewiesen und angeboten, die verrutschte Ware im hinteren Bereich des Auflegers selbst abzuladen. Danach hätte die

völlig unbeschädigte Ware der Beklagten entladen werden können. Dies habe die Spedition G. , die hinsichtlich der Annahme des Gutes als Erfüllungsgehilfin der Beklagten anzusehen sei, jedoch abgelehnt.

8 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat sich die Klägerin (erstmalig) darauf berufen, dass die von der Beklagten geltend gemachte Schadensersatzforderung verjährt sei. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Beklagten unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels bestätigt und die Klägerin auf die hilfsweise erhobene Widerklage verurteilt, an die Beklagte 24.446,53 € nebst Zinsen zu zahlen.

9 Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

10 I. Das Berufungsgericht hat die Klage und die hilfsweise erhobene Widerklage für begründet erachtet. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung hat es nicht durchgreifen lassen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 Die mit der Klage geltend gemachte Forderung sei als solche grundsätzlich unstrittig. Die allein auf die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung gestützte Verteidigung der Beklagten scheitere an dem beschränkten Aufrechnungsverbot gemäß Nr. 19 ADSp.

- 12            Der Widerklage sei stattzugeben, da der Beklagten gegen die Klägerin ein Schadensersatzanspruch in der geltend gemachten Höhe aus § 280 BGB wegen positiver Vertragsverletzung zustehe. Die Klägerin sei aus dem mit der Beklagten geschlossenen Frachtvertrag nicht nur zur rechtzeitigen Anlieferung des Gutes in unbeschädigtem Zustand bei der Spedition G. verpflichtet gewesen. Sie habe vielmehr auch die Voraussetzungen für einen reibungslosen Weitertransport der Waren schaffen müssen. Gegen diese Verpflichtung habe die Klägerin durch das unsachgemäße Stauen der beiden letzten Palettenreihen schuldhaft verstoßen. Wegen des Verrutschens der auf den Paletten gestapelten Kartons hätten die Paletten nicht im Ganzen mit einem Gabelstapler gefasst und schnell entladen werden können. Die Ware im hinteren Teil des Kühlauflegers hätte "von Hand" abgeladen werden müssen. Hierzu wäre der Fahrer der Klägerin allein nicht in angemessener Zeit in der Lage gewesen; Hilfskräfte habe die Spedition G. ihm nicht zur Verfügung zu stellen brauchen.
- 13            Der von der Klägerin durch das unsachgemäße Beladen schuldhaft verursachte Schaden bestehe darin, dass der Beklagten anstelle des Kaufpreises für die Ware lediglich der geringere Erlös aus dem Notverkauf zugeflossen sei. Darüber hinaus habe die Beklagte an L. und G. Entschädigungen in Höhe von 2.850 € und 1.235 € zahlen müssen. Auf die in der CMR vorgesehenen Haftungsbeschränkungen könne sich die Klägerin nicht berufen, da die streitgegenständliche Pflichtverletzung - unsachgemäße Verladung von weiteren Waren hinter dem Gut der Beklagten - nicht in den Regelungsbereich der CMR falle. Auf nicht von der CMR umfasste Pflichtverletzungen komme ergänzend das nationale Recht - im Streitfall das deutsche Recht - zur Anwendung.
- 14            Die von der Klägerin in der Berufungsinstanz erhobene Einrede der Verjährung greife nicht durch. Maßgebend sei die einjährige Verjährungsfrist ge-

mäß Art. 32 Abs. 1 Satz 1 CMR. Diese Frist, deren Lauf mit dem Schadenseignis am 12. August 2003 begonnen habe, sei zwar bei Eingang der Widerklage am 28. April 2005 möglicherweise schon verstrichen gewesen. Dies brauche jedoch nicht abschließend geklärt zu werden, da die Klägerin mit der von ihr erhobenen Verjährungseinrede jedenfalls gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen sei.

15            II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit dieses zum Nachteil der Klägerin erkannt hat.

16            1. Die mit der Klage geltend gemachten Frachtvergütungsansprüche der Klägerin sind nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens. In die Revisionsinstanz sind nur die von der Beklagten mit der Widerklage verfolgten Schadensersatzansprüche gelangt.

17            2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei mit der von ihr erstmalig in der Berufungsinstanz erhobenen Verjährungseinrede gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

18            a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzansprüche der einjährigen Verjährung nach Art. 32 Abs. 1 CMR unterliegen. Denn diese Verjährungsvorschrift umfasst auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.1978 - I ZR 30/77, NJW 1979, 2473; Koller, Transportrecht, 6. Aufl., Art. 32 CMR Rdn. 1).

19            b) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klägerin mit der von ihr erhobenen Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen war.

20            Bei der von der Klägerin erhobenen Verjährungseinrede handelt es sich um ein Verteidigungsmittel, dessen Zulässigkeit sich in der Berufungsinstanz nach § 531 Abs. 2 ZPO beurteilt. Unter den Begriff der "neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel" i.S. des § 531 ZPO fällt die Verjährungseinrede, wenn ihr streitiges und damit beweisbedürftiges Vorbringen der Parteien zugrunde liegt (BGHZ 177, 212 Tz. 10 m.w.N.). Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind die die Verjährungseinrede begründenden tatsächlichen Umstände zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin hat behauptet, sie habe zunächst alle Schadensersatzforderungen der Beklagten zurückgewiesen. Trifft dies zu, konnte der Lauf der Verjährungsfrist nach § 203 BGB nicht unmittelbar nach Eintritt des Schadensereignisses am 12. August 2003, sondern frühestens nach einigen Tagen gehemmt werden. Da die Verhandlungen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 29. April 2004 geendet haben, wäre die einjährige Verjährungsfrist in diesem Fall zum Zeitpunkt des Eingangs der Widerklage bei Gericht am 28. April 2005 bereits abgelaufen gewesen.

21            Entgegen der Auffassung der Revision hatte die Klägerin schon im ersten Rechtszug Veranlassung zur Erhebung der Verjährungseinrede. Der von der Beklagten ihrem Schadensersatzverlangen zugrunde gelegte Sachverhalt stand aufgrund des Vortrags der Beklagten bereits in erster Instanz fest. Der Umstand, dass die Beklagte ihre Forderungen zunächst auf eine unzutreffende Anspruchsgrundlage gestützt hatte, durfte die Klägerin nicht davon abhalten, die Verjährungseinrede schon im erstinstanzlichen Verfahren zu erheben. Denn die Benennung einer konkreten Anspruchsgrundlage durch den Anspruchsteller ist für das Gericht, das in der Rechtsanwendung grundsätzlich frei ist, nicht bin-

dend. Daher hätte die Klägerin auch in Erwägung ziehen müssen, dass der Beklagten die geltend gemachte Schadensersatzforderung zwar nicht aus Art. 17 Abs. 1 CMR, wohl aber aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zugesprochen werden könnte.

22            Jede Partei ist grundsätzlich gehalten, schon im ersten Rechtszug die Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen, deren Relevanz für den Rechtsstreit ihr bekannt ist oder bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt hätte bekannt sein müssen und zu deren Geltendmachung sie dort imstande ist. Sorgfaltsmaßstab ist dabei die einfache Fahrlässigkeit (BGHZ 159, 245, 253; Münch-Komm.ZPO/Rimmelpacher, 3. Aufl., § 531 Rdn. 26 f.; Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 531 Rdn. 19). Gemessen an diesen Grundsätzen hätte die Klägerin schon im ersten Rechtszug erkennen können und müssen, dass es hinsichtlich der Begründetheit der von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzansprüche darauf ankommen könnte, ob diese zum Zeitpunkt der Einreichung der Widerklage bereits verjährt waren.

23            3. Die Angriffe der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagten stehe gegen die Klägerin aus § 280 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch in der geltend gemachten Höhe zu, haben dagegen Erfolg.

24            a) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin aus dem mit der Beklagten geschlossenen Frachtvertrag nicht nur die Ablieferung des Gutes bei der Spedition G. in Z. in unbeschädigtem Zustand schuldete. Aufgrund der vertraglichen Abreden zwischen den Parteien musste die Ware der Spedition G. auch bis spätestens 11 Uhr am 12. August 2003 zum Entladen zur Verfügung gestellt werden. Dies setzte voraus, dass keine von der Klägerin verursachten Hindernisse bestan-

den, die eine zeitgerechte Entladung der Ware der Beklagten unmöglich machten.

25            b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe die Voraussetzungen für eine termingerechte Entladung der Ware der Beklagten durch die Spedition G.    schuldhaft nicht erfüllt. Es hat seine Annahme darauf gestützt, dass der Zugang zu den 19 bei der Beklagten geladenen Paletten durch das im hinteren Teil des Aufliegers befindliche Gut, das teilweise verrutscht war und deshalb nach den unangegriffen gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht im Ganzen mit einem Gabelstapler schnell entladen werden konnte, versperrt gewesen sei. Eine Beseitigung des Hindernisses durch Abladen der verrutschten Ladung von Hand sei dem Fahrer der Klägerin allein in angemessener Zeit nicht möglich gewesen.

26            c) Die Revision rügt mit Recht, dass die Annahme des Berufungsgerichts, der Fahrer der Klägerin sei allein nicht in der Lage gewesen, das verrutschte Gut zeitgerecht abzuladen und dadurch die Voraussetzung für eine termingerechte Entladung des Gutes der Beklagten zu schaffen, mit dem Vortrag der Parteien nicht in Einklang steht.

27            aa) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Fahrer - wie von der Klägerin behauptet - die Spedition G.    ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die Ware der Beklagten nicht übereinander gestapelt worden sei und deshalb auch nicht beschädigt sein könne, und ob er angeboten hat, die verrutschte Ware per Hand abzuladen, um ein reibungsloses Entladen der Ware der Beklagten zu ermöglichen. Ebenso wenig hat das Berufungsgericht Feststellungen zu dem weiteren Vortrag der Klägerin getroffen, Mitarbeiter der Spedition G.    hätten die Annahme der gesamten auf dem Lkw befindlichen Ware generell abgelehnt und dem anliefernden Fahrer

untersagt, die hinteren Paletten abzuladen. Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung ersichtlich den von der Beklagten bestrittenen Vortrag der Klägerin zugrunde gelegt. Hiervon ist daher auch im Revisionsverfahren auszugehen.

- 28           bb) Zu Recht beanstandet die Revision, dass es für die Feststellung des Berufungsgerichts, der Fahrer allein sei nicht in der Lage gewesen, die verrutschte Ware im hinteren Bereich des Aufliegers in angemessener Zeit zu entladen, an einer hinreichenden Tatsachengrundlage fehlt. Unstreitig ist der Fahrer der Klägerin am 12. August 2003 gegen 9.30 Uhr bei der Spedition G. eingetroffen. Wann der Auflieger geöffnet und das Verrutschen der Ware im hinteren Teil bemerkt wurde, ist bislang nicht festgestellt worden. Mangels gegenteiliger Feststellungen ist daher davon auszugehen, dass die Türen alsbald nach der Ankunft auf dem Gelände der Spedition G. geöffnet wurden, so dass der Fahrer der Klägerin bis zum vereinbarten Anlieferungstermin um 11 Uhr noch mehr als eine Stunde Zeit hatte, die verrutschten Kartons per Hand zu entladen. Für die Annahme, dass dieser Zeitraum nicht ausgereicht hätte, fehlen konkrete Anhaltspunkte. Selbst die Beklagte hat dies nicht behauptet. Sie hat vielmehr vorgebracht, der Fahrer der Klägerin habe der Spedition G. in keiner Weise angeboten, die verrutschte Ware abzuladen, damit die unbeschädigte Ware der Beklagten hätte entladen werden können. Er habe vielmehr, nachdem er das Verrutschen eines Teils der Ladung erkannt habe, seinen Lkw geschlossen und sei mit dem gesamten Frachtgut, ohne Weisungen der Beklagten einzuholen, nach Deutschland zurückgefahren.

- 29           d) Auf der Grundlage des Vortrags der Klägerin wäre es der Spedition G. möglich gewesen, die mit Waren der Beklagten bepackten 19 Paletten termingerecht zu übernehmen. Die von der Beklagten behauptete unsachgemäße Verladung des Gutes im hinteren Teil des Aufliegers hätte sich auf die ordnungsgemäße Erfüllung der Vertragspflichten, die der Klägerin im Verhältnis

zur Beklagten oblagen, nicht ausgewirkt. Nach dem Vortrag der Klägerin war die Spedition G. nicht berechtigt, die Annahme der gesamten Ladung zu verweigern. Die Klägerin hat dargelegt, dass ihr Fahrer die Mitarbeiter der Spedition G. ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass die Ware der Beklagten bei der Verladung nicht übereinandergestapelt worden war. Es bestand daher die berechnigte Erwartung, dass dieser Teil der Ladung vollkommen unbeschädigt sein würde. Unter diesen Umständen hätte die Spedition G. den separaten unbeschädigten Teil der Ladung, wenn dieser ihr termingerecht zur Entladung angeboten worden wäre, entgegennehmen müssen. Eine Pflichtverletzung der Klägerin gegenüber der Beklagten, die Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch der Beklagten aus § 280 Abs. 1 BGB ist, kann auf der Grundlage des Vortrags der Klägerin nicht angenommen werden.

30 III. Da das Berufungsgericht zu dem bestrittenen Vortrag der Klägerin, sie sei in der Lage gewesen, der Spedition G. die Ware der Beklagten termingerecht zur Entladung anzubieten, weitere Feststellungen zu treffen hat, ist der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif. Die Sache ist - soweit

das Berufungsgericht zum Nachteil der Klägerin erkannt hat - zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Bergmann

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 09.08.2005 - 12 O 472/04 -

OLG Frankfurt in Darmstadt, Entscheidung vom 25.10.2006 - 13 U 187/05 -