



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 113/15

vom

24. März 2016

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. März 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

beschlossen:

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Mai 2015 wird zurückgewiesen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die auf die Verletzung von Verfahrensgrundrechten gestützten Rügen nicht durchgreifen und die Fortbildung des Rechts sowie die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts auch im Übrigen nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Gründe:

- 1 I. Bei der vorliegenden Sache handelt es sich um den Rückläufer zum Senatsbeschluss gemäß § 544 Abs. 7 ZPO vom 6. Februar 2013 - I ZR 22/12 (TranspR 2013, 430). Der Senat hat dort den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. Januar 2012 - 18 U 149/11 aufgehoben, mit dem das Berufungsgericht gemäß § 522 Abs. 2 ZPO die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts zurückgewiesen hatte. Das Berufungsgericht hätte die von der Beklagten zum Auslieferungsvorgang benannten Zeugen K. - den Auslieferungsfahrer der Beklagten (im Weiteren: Aus-

lieferungsfahrer) - und Ch. P. - den Bruder des bestimmungsgemäßen Empfängers der Sendung C. P. (im Weiteren: Bruder) - zu dem Vortrag der Beklagten vernehmen müssen, die Auslieferung der aus zehn Paketen bestehenden Sendung sei an den im selben Haus wie C. P. wohnenden Bruder erfolgt. Soweit das Berufungsgericht den von der Beklagten dazu gehaltenen Vortrag im Hinblick auf den Text in der Zustellinformation gemäß Anlage B 1 "Die Sendung wurde an Herrn/Frau CA. wie folgt unterschrieben:" als unklar und widersprüchlich angesehen habe, habe es nicht genügend beachtet, dass die von ihm angenommene Widersprüchlichkeit nicht die Schlüssigkeit des Vortrags der Beklagten zur Auslieferung der Ware an den Bruder beseitigt habe, sondern allenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen gewesen wäre. Soweit das Berufungsgericht weiterhin die Darlegung einer wirksamen frachtrechtlichen Ablieferung der Sendung durch die Beklagte verneint habe, habe es - ebenfalls verfahrensfehlerhaft - überspannte Anforderungen an deren Vortrag gestellt. Keinen Erfolg habe dagegen die Rüge der Nichtzulassungsbeschwerde, das Berufungsgericht habe den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör auch bei seinen Ausführungen zu den Inhalten der Pakete verletzt.

2 In der wiedereröffneten Berufungsinstanz hat das Berufungsgericht einen Beweisbeschluss gemäß § 358a ZPO erlassen. Danach sollte über die Behauptungen der Beklagten, dass die streitgegenständliche Sendung an den Bruder ausgeliefert worden und dieser berechtigt gewesen sei, für den Empfänger Pakete entgegenzunehmen, und dass der Bruder die Pakete unabhängig davon auch an den Empfänger weitergegeben habe, Beweis durch die zeugenschaftliche Vernehmung des Aushilfsfahrers und des Bruders erhoben werden.

3 Nachdem sich die Ermittlung der beiden Zeugen unter den von der Beklagten angegebenen Anschriften ausweislich der Benachrichtigung über das Ergebnis des Ersuchens der britischen Rechtshilfebehörde als nicht möglich erwiesen hatte, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2014 eine

geringfügig abweichende Anschrift des Auslieferungsfahrers angegeben sowie mitgeteilt, eine aktuelle Anschrift des Bruders sei ihr nicht bekannt. Der Vorsitzende des Berufungssenats hat daraufhin mit Verfügung vom 30. Dezember 2014 Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 25. März 2015 anberaumt und zugleich darauf hingewiesen, dass nicht beabsichtigt sei, erneut den Versuch zu unternehmen, den Auslieferungsfahrer im Wege der Rechtshilfe vernehmen zu lassen. Durch diesen Zeugen könne weder bewiesen werden, dass der Bruder berechtigt gewesen sei, die Pakete für den Empfänger entgegenzunehmen, noch dass der Bruder dies auch getan habe. Mit weiterer Verfügung vom 16. März 2015 hat der Vorsitzende des Berufungssenats weiterhin darauf hingewiesen, dass ein erneuter Versuch, den Auslieferungsfahrer im Wege der Rechtshilfe vernehmen zu lassen, auch deshalb ausscheide, weil dies die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögerte und der Beklagten grob nachlässige Prozessführung anzulasten sei, da sie in der Klageerwidern einen Zeugen benannt habe, um dann nach vergeblicher Rechtshilfevernehmung dessen Anschrift ohne Angabe irgendwelcher Entscheidungsgründe (gemeint war: Entschuldigungsgründe) zu korrigieren.

4 In seinem auf die Verhandlung vom 25. März 2015 ergangenen Urteil vom 20. Mai 2015 hat das Berufungsgericht das Rechtsmittel der Beklagten erneut zurückgewiesen. Dazu hat es ausgeführt, es stelle, wenn man davon ausgehe, dass die von der Beklagten nunmehr genannte, von der von dieser früher genannten und dem Beweisbeschluss vom 25. Juli 2013 zugrundeliegenden Anschrift nur in einem Wort abweichende Anschrift die richtige sei, jedenfalls eine grob nachlässige Prozessführung dar, wenn die Beklagte, die den Zeugen bereits in der Klageerwidern vom 12. Oktober 2010 unter der bisher mitgeteilten Anschrift benannt habe, (für diesen) nach mehr als vier Jahren eine neue Anschrift mitteile. Einen Entschuldigungsgrund habe die Beklagte hierfür nicht angegeben. Ein erneutes Rechtshilfesuch hätte die Erledigung des Rechtsstreits gravierend verzögert. Hierauf sei die Beklagte mit Schreiben des

Gerichts vom 16. März 2015 ausdrücklich hingewiesen worden. Die Unerweislichkeit der Tatsache, dass die Sendung den bestimmungsgemäßen Empfänger erreicht habe, gehe zu Lasten der Beklagten, die als Frachtführerin für die Ablieferung beweispflichtig und beweisfällig geblieben sei. Die von der Beklagten erhobenen Rügen bezüglich des Inhalts der Sendung habe bereits der Bundesgerichtshof zurückgewiesen. Zur Frage der unbeschränkten Haftung der Beklagten und des hier nicht in Ansatz zu bringenden Mitverschuldens der Versenderin habe sich der Berufungssenat bereits in seinem Beschluss vom 2. Januar 2012 unangegriffen geäußert.

5 II. Die Beschwerde rügt, das mit der Revision anzufechtende Urteil sei entgegen § 309 ZPO nicht von den Richtern gefällt worden, die an der ihm zugrundeliegenden mündlichen Verhandlung teilgenommen hätten. Das Berufungsgericht habe in der Verhandlung vom 25. März 2015 in kollegialer Besetzung mit den Richtern M., G. und B. getagt. Die Urteilsausfertigung weise vor der Entscheidungsformel jedoch eine Richterin G. aus. Damit stehe nach § 313 Abs. 1 Nr. 2, § 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO fest, dass das Urteil von diesen Richtern gefällt worden sei. Ein Schreibfehler komme insoweit zwar in Betracht, sei aber weder zu vermuten noch zu unterstellen. Damit sei die Bestimmung des § 309 ZPO verletzt, die eine Ausprägung der Garantie des gesetzlichen Richters darstelle. Dieser Verfahrensverstoß fülle zugleich den absoluten Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO aus und erfordere die Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Mit diesem Vorbringen hat die Beschwerde keinen Erfolg.

6 Der Berufungssenat hat im Anschluss an ein Schreiben seiner Vorsitzenden vom 25. Januar 2016 an die in den Vorinstanzen tätigen Prozessbevollmächtigten der Parteien das über die mündliche Verhandlung vom 25. März 2015 erstellte Protokoll dahin berichtigt, dass es (bei der Bezeichnung der an dieser Sitzung mitwirkenden Richter) statt "Richter" am OLG G. "Richterin" am

OLG G. heißen muss. Diese Protokollberichtigung ist wirksam, weil sie, nachdem der Vorsitzende des Berufungssenats M. Ende September 2015 aus dem Richterdienst ausgeschieden ist, richtigerweise von der Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle M., die zu der Sitzung vom 25. März 2015 hinzugezogen war und das Protokoll deshalb auch mitunterzeichnet hatte, (mit-)unterschrieben worden ist (§ 163 Abs. 2 ZPO analog; vgl. Stadler in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 164 Rn. 12; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 164 Rn. 6, jeweils mwN). Dem steht nicht entgegen, dass mit der Berichtigung der auf die ursprüngliche Falschprotokollierung gestützten Verfahrensrüge der Beklagten der Boden entzogen worden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 30. November 1995 - III ZR 227/94, BGHR ZPO § 164 Abs. 1 Protokollberichtigung 1; zu § 274 StPO vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2007 - GSSt 1/06, BGHSt 51, 298 Rn. 38 ff. und - diese geänderte Rechtsprechung mehrheitlich bestätigend - BVerfGE 122, 248 Rn. 34 ff.).

7

III. Die Revision ist nach Ansicht der Beschwerde weiterhin deshalb zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, weil das mit ihr anzufechtende Urteil entgegen § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO keine Bezugnahme auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des Ersturteils enthalte, nicht zulässigerweise auf den tatbestandlichen Teil des im ersten Berufungsverfahren erlassenen Zurückweisungsbeschlusses oder des der Revision stattgebenden Senatsbeschlusses vom 6. Februar 2013 verweise, auch nicht die in der zweiten Instanz zuletzt gestellten Anträge der Parteien mitteile und zudem entgegen § 313 Abs. 2 Satz 2, § 525 Satz 1 ZPO keine Bezugnahme auf Schriftsätze und andere Unterlagen enthalte. Überdies lasse sich weder der zusammenfassenden Mitteilung des Prozessgeschehens noch der gegebenen Begründung im anzufechtenden Urteil entnehmen, welche Ware transportiert worden sei oder habe transportiert werden sollen, welchen Wert sie gehabt habe, welches Recht auf den Beförderungsvertrag anwendbar sei, in welchem Umfang eine wirksame Ablieferung streitig gewesen sei, was die beiden Zeugen im

zweiten Berufungsverfahren hätten bekunden sollen, weshalb es auf ihre Aussagen angekommen sei, warum die Beklagte für die Ablieferung der Sendung beim bestimmungsgemäßen Empfänger beweisfällig geblieben sei, woraus ihr qualifiziertes Verschulden folge, worauf der Mitverschuldenseinwand gründe und warum dieser nicht durchgreife. Das Berufungsgericht habe verfahrensfehlerhaft nicht beachtet, dass auch ein Berufungsurteil, das die Revision nicht zulasse, einen ordnungsgemäßen tatbestandlichen Teil enthalten müsse, da das Revisionsgericht das Vorliegen von Zulassungsgründen sonst nicht prüfen und umgekehrt der Beschwerdeführer solche Gründe nicht in einer dem § 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO gemäßen Weise darlegen könne. Dementsprechend müssten der im Streitfall gegebene Mangel der Sachdarstellung und die damit gegebenen Verstöße gegen § 547 Nr. 6 ZPO und den grundrechtsgleichen Anspruch auf Gewährung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG zur Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung führen. Auch damit hat die Beschwerde keinen Erfolg.

- 8 Das Urteil des Berufungsgerichts vom 20. Mai 2015 genüge mit seinen Ausführungen auf den Seiten 2 f. unter Ziffer I unter Berücksichtigung der ergänzenden Ausführungen auf Seite 4 Absätze 2 und 3 sowie des Umstands, dass das Berufungsgericht nach Zurückverweisung bereits zum zweiten Mal über die Sache zu entscheiden hatte, noch den Erfordernissen des § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Das Berufungsgericht hat zwar bei seinen Ausführungen weder auf die Ausführungen im Urteil des Landgerichts noch auf die Ausführungen in seinem zunächst ergangenen und durch den Senatsbeschluss vom 6. Februar 2013 aufgehobenen Zurückweisungsbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO Bezug genommen. Aufgrund der Bezugnahmen auf den Senatsbeschluss auf den Seiten 2 am Ende und 3 oben sowie 4 Absatz 2 und der unangegriffen gebliebenen Ausführungen im Zurückweisungsbeschluss zur unbeschränkten Haftung der Beklagten und zum (hier nicht in Ansatz zu bringenden)

Mitverschulden wird aber hinreichend klar, dass die Parteien in der wiedereröffneten Berufungsinstanz allein noch darüber gestritten haben, ob die Klage im Hinblick auf die von der Klägerin in Abrede gestellte Ablieferung im vollen Umfang begründet oder aber im Hinblick auf die von der Beklagten behauptete und unter Beweis gestellte Ablieferung im vollen Umfang unbegründet ist.

9 IV. Nach Ansicht der Beschwerde hat das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör dadurch in entscheidungserheblicher Weise verletzt, dass es, nachdem

- die Anschrift des Auslieferungsfahrers von der Beklagten ursprünglich mit "59 A. G., Croyden, CRO 6QH, U.K." angegeben und in dieser Schreibweise in den Beweisbeschluss des Berufungsgerichts vom 25. Juli 2013 sowie in das in die englische Sprache übersetzte Rechtshilfesuch übernommen worden ist,
- im Tätigkeitsbericht der britischen Rechtshilfebehörde der Wohnort des Auslieferungsfahrers mit "59 A. G., Croydon, CRO 6HQ" wiedergegeben und auf die Nichtermittelbarkeit des Zeugen unter dieser Anschrift hingewiesen worden ist und
- die Beklagte hierauf auf den Buchstabendreher im Post-Code aufmerksam gemacht und nunmehr als Anschrift des Auslieferungsfahrers "59 A. G. Croydon, **Surrey** CRO 6QH" angegeben hat,

sich hierauf gemäß der Verfügung seines Vorsitzenden vom 16. März 2015 weiterer Vernehmungsbemühungen enthoben geglaubt und dabei offensichtlich auf die Regelung in §§ 525, 282 Abs. 2, § 296 Abs. 2 ZPO gestützt habe. Dabei bleibe undeutlich, was genau das Berufungsgericht als nicht rechtzeitig mitgeteilt im Sinne von § 296 Abs. 2 ZPO habe ansehen wollen. Die von ihm monierte Abweichung "nur in einem Wort" könne sich nicht auf den [oben durch Fettdruck hervorgehobenen] Buchstabendreher im Post-Code bezogen haben, der nicht der Beklagten, sondern der britischen Rechtshilfebehörde unterlaufen sei. In Betracht komme die Abänderung der Schreibweise des Stadtteils im späteren Schriftsatz der Beklagten von "Croyden" in "Croydon", die aber die Rechts-

hilfebehörde bereits von sich aus korrigiert habe, oder die - deshalb eher wahrscheinliche - Hinzufügung der geographischen Bezeichnung "Surrey". Inwieweit diese verspätete Korrektur oder Ergänzung allerdings auf grober Nachlässigkeit, also einem außerordentlich sorglosen, offensichtliche prozessuale Sorgfaltspflichten verletzenden Verhalten beruhen solle, erschließe sich nicht von selbst und hätte vom Berufungsgericht daher erläutert werden müssen.

10 Vor allem aber sei der Anwendungsbereich des § 282 Abs. 2 ZPO offensichtlich nicht eröffnet gewesen, weil das Berufungsgericht gemäß § 356 ZPO von einer Beweiserhebung erst hätte absehen dürfen, nachdem es der Beklagten zur Behebung des im Rechtshilfeverfahren zutage getretenen Hindernisses fruchtlos eine Frist gesetzt und die später mögliche Berücksichtigung des Beweismittels das Verfahren nach seiner freien Überzeugung verzögert hätte. Da die Beklagte das der Zeugenermittlung entgegenstehende Hindernis bereits beseitigt habe, seien die Zurückweisung des Beweismittels und der Abbruch der Beweiserhebung von keiner Rechtsgrundlage gedeckt. Auf diesem Fehler könne das Urteil des Berufungsgerichts auch beruhen. Es gebe keinen Erfahrungssatz, dass ein und derselbe Straßename innerhalb einer internationalen Großstadt nur ein einziges Mal vergeben sei. So gebe es eine Straße mit der Bezeichnung "A. G." nicht nur im Londoner Stadtteil Croydon, sondern zumindest auch im Londoner Stadtteil Kensington.

11 An der Rechtserheblichkeit dieses Beweisergebnisses hätte sich nichts dadurch geändert, dass die Beklagte wegen der Nichterreichbarkeit des Bruders voraussichtlich ihre weitere Behauptung nicht hätte beweisen können, dieser sei bevollmächtigt gewesen, für den Empfänger Pakete entgegenzunehmen, und habe die konkrete Sendung auch an ihn weitergereicht. Eine entsprechende Annahme klinge zwar in der Verfügung des Vorsitzenden vom 30. Dezember 2014 an. Auf diese Verfügung nehme das Berufungsurteil aber nicht Bezug. Es sei daher nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht im

mit der Revision anzufechtenden Urteil anderer Ansicht gewesen sei, weil es in nunmehr anderer Besetzung - etwa anders als in dem Zurückweisungsbeschluss vom 2. Januar 2012 - die Ersatzzustellungsklausel in Nr. 10 der Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Beklagten nicht mehr für unwirksam gehalten habe. Möglicherweise sei das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass das Gebrauchmachen von einer vereinbarten und auch einschlägigen, jedoch unwirksamen Ersatzzustellungsklausel grundsätzlich noch kein qualifiziertes Verschulden im Sinne von Art. 29 CMR und § 435 HGB für einen hierdurch verursachten Paketverlust begründe. Mit diesem Vorbringen hat die Beschwerde im Ergebnis ebenfalls keinen Erfolg.

12 Das Berufungsgericht hat in dem Zurückweisungsbeschluss vom 2. Januar 2012 in Übereinstimmung mit seiner Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. März 2007 - 18 U 163/06, juris Rn. 6 f.; Urteil vom 10. April 2014 - 6 U 132/13, juris Rn. 72) unbeanstandet entschieden, dass die Regelung in den dem streitgegenständlichen Transportauftrag zugrunde liegenden Beförderungsbedingungen der Beklagten mit Stand 2007

10. Zustellung

Die Zustellung von Sendungen erfolgt an den Empfänger oder sonstige Personen, von denen nach den Umständen angenommen werden kann, dass sie zur Annahme der Sendungen berechtigt sind. Hierzu zählen insbesondere in den Räumen des Empfängers anwesende Personen und Nachbarn. (...).

unwirksam ist, weil der Begriff "Nachbar" zu unbestimmt ist und auch inhaltlich den Versender und Auftraggeber unangemessen benachteiligt. Danach konnte die von der Beklagten zu beweisende Ablieferung der Sendung ohne Einvernahme des Bruders - für den die Beklagte erklärtermaßen keine neue ladungsfähige Anschrift anzugeben vermochte - durch die Einvernahme des Auslieferungsfahrers allein nicht bewiesen werden.

13 V. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2
Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

14 Die Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 97 Abs. 1
ZPO).

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 09.06.2011 - 31 O 48/10 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 20.05.2015 - I-18 U 149/11 -