

OLG Saarbrücken: Urteil vom 17.01.2007 - 5 U 426-06-54, 5 U 426/06**Leitsätze:**

1. Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung in einem Transportvertrag. (amtlicher Leitsatz)
2. Zu den Anforderungen an eine ausreichende Verpackung von Marmorplatten. (amtlicher Leitsatz)

Normenkette:

EuGVÜ Art. 17; GSG Art. 35

Rechtsgebiete:

Handelsrecht

Schlagworte:

Gerichtsstandsvereinbarung; Transportvertrag; UN-Kaufrecht; Schadensersatz; Verpackung; Marmorplatten

Vorblatt

A. Saarländisches OLG

	rechtskräftig
--	---------------

Sachgebiet

Angewendete Vorschriften

EuGVÜ Art. 17; GSG Art. 35

Leitsätze

Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung in einem Transportvertrag.
Zu den Anforderungen an eine ausreichende Verpackung von Marmorplatten.

5U 426/06-54 14 O 364/99 LG Saarbrücken		Verkündet am 17.1.2007 gez. Klos Justizamtsinspektor als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
---	---	---

SAARLÄNDISCHES OBERLANDESGERICHT**URTEIL****Im Namen des Volkes****In dem Rechtsstreit**

1. des Rechtsanwalts H. als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Firma L. GmbH, Mettlach, vertreten durch den Geschäftsführer W. P.

Kl. und Widerbeklagte zu 1,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

2. der Firma M. S.A.S, S. Abrogio Volpolicella, Italien, vertreten durch den Geschäftsführer L. D.

Drittwiderbeklagte und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

g e g e n

die Firma M. A. GmbH, Dillingen, vertreten durch den Geschäftsführer A. C.

Bekl., Widerklägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat der 5. *Zivilsenat* des Saarländischen OLG in Saarbrücken

auf die mündliche Verhandlung vom 29.11.2006

unter Mitwirkung des Präsidenten des OLG Prof. Dr. Rixecker, des Richters am OLG Dr. Knerr und der Richterin am LG Hoffmann-Lindenbeck

für **R e c h t** erkannt

Die Berufung der Drittwiderbeklagten gegen das am 16.6.2006 verkündete Urteil des LG Saarbrücken, 14 O 364/99, wird zurückgewiesen.

Die Drittwiderbeklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Drittwiderbeklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Bekl. zuvor in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 23.606,80 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen. **Gründe**

I.

Die Kl. ist eine Spediteurin. Die Bekl. führt Natursteinarbeiten aus. Mit der Klage hat die Kl. ursprünglich von der Bekl. die Zahlung von Frachtkosten verlangt. Über die Klageforderung haben sich die Parteien vergleichsweise geeinigt (Bl. 655) und vereinbart, dass darüber hinaus keine wechselseitigen Forderungen aus Klage und Widerklage mehr bestehen. Gegenstand des Rechtsstreits ist nur noch die Widerklage, mit der die Bekl. gegen die Drittwiderbeklagte Schadensersatzansprüche wegen eines Transportschadens geltend macht.

Bei einem Transport von ca. 300 qm Marmornatursteinplatten, den die Kl. am 24.2.1999 für die Bekl. durchführte, kam es zu einem Unfall. Als Frachtführerin war von der Kl. die Streithelferin eingesetzt worden. Die Platten hatte die Bekl. von der Drittwiderbeklagten auf Grund eines Werklieferungsvertrages erworben. Besondere Vereinbarungen über die Verpackung waren nicht getroffen worden.

Mit Schreiben vom 26.2.1999 forderte die Bekl. die Kl. zur Schadensfeststellung auf. Die Transportversicherung der Streitverkündeten beauftragte den Sachverständigen G. von der Firma C. G. GmbH mit der Erstellung eines Gutachtens über die Höhe des Transportschadens. Am 2.3.1999 fand eine Besichtigung der beschädigten Ware statt, mit Schreiben vom 10.3.1999 wurden Regressansprüche gegenüber der Kl. geltend gemacht, die mit Schreiben vom 24.3.1999 im Einzelnen beziffert wurden. Die Transportversicherung der Streithelferin lehnte die Schadensersatzansprüche mit Schreiben vom 3.5.1999 ab. Gleiches tat die Kl..

Mit Schreiben vom 8.5.1999 nahm die Bekl. die Drittwiderbeklagte wegen des Schadens in Anspruch und setzte sie von dem Gutachten und seinem Ergebnis in Kenntnis.

Die Bekl. hält das LG Saarbrücken nach Art. 6 Nr. 1, Nr. 3 EuGVÜ und Art. 17 Nr. 1 EuGVÜ für zuständig. Durch die Notbremsung des LKW sei an der für sie bestimmten Ware ein Schaden entstanden. Die Art der Verladung und die konkrete Art der Verpackung der Ladung seien nicht angemessen, die Ware daher i.S. von Art. 35 CISG vertragswidrig gewesen. Die Drittwiderbeklagte hafte nach Art. 45, 74 CISG. Ihren Schaden bezifferte die Bekl. auf 47.876,10 €. Die Drittwiderbeklagte hafte neben der Kl. als Absenderin, da sie den Schaden mitverursacht habe. Die Rügefrist sei eingehalten.

Die Bekl. hat beantragt,

die Drittwiderbeklagte zu verurteilen, an die Bekl. und Widerklägerin 15.520,07 € nebst 5 % Zinsen seit dem 24.3.1999 zu zahlen;

die Drittwiderbeklagte weiter zu verurteilen, an die Bekl. 32.356,03 € nebst 5% Zinsen ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Drittwiderbeklagte hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Mit Urteil vom 16.6.2006 hat das LG die Drittwiderbeklagte zur Zahlung von 23.606,80 € verurteilt und die Widerklage im Übrigen abgewiesen. Es hat seine Zuständigkeit auch für die Widerklage bejaht und einen Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Verpackung der Marmorplatten nach Art. 35 CISG zugesprochen. Abzüge hat das LG hinsichtlich der Schadenshöhe gemacht.

Gegen dieses der Drittwiderbeklagten am 22.6.2006 zugestellte Urteil hat sie mit am 21.7.2006

per Fax beim Saarländischen OLG eingegangen Schriftsatz Berufung eingelegt. Die Berufung rügt die Zuständigkeit des LG. Das LG habe fehlerhaft eine Entschuldigung für die verspätete Rüge bejaht. Die Widerbeklagte sei nicht für die Ladungssicherung verantwortlich gewesen.

Die Drittwiderbeklagte beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Bekl. beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung der Drittwiderbeklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Das LG hat seine Zuständigkeit und einen Schadensersatzanspruch der Bekl. gegen die Drittwiderbeklagte zu Recht bejaht.

1. Das LG Saarbrücken war für die Widerklage örtlich zuständig.

a) Auf die Verletzung internationaler Zuständigkeit kann nach der Rechtsprechung des *BGH* (*BGH*, NJW 2004 1456) die Berufung gestützt werden. Danach ist das BerGer. - wie das RevGer. - auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 27. 7. 2001 (BGBl. I S. 1887) befugt, die internationale Zuständigkeit zu prüfen. Die Vorschrift des § 513 II ZPO, nach der die Berufung nicht darauf gestützt werden kann, dass das Gericht des ersten Rechtszugs seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat, bezieht sich - wie § 545 II ZPO im Revisionsverfahren - nicht auf die internationale Zuständigkeit (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO 25. Aufl. § 513 Rdnr. 8; Albers, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 63. Aufl. § 513 Rdnr. 5). Begründet wird das damit, dass die internationale Zuständigkeit ein ungleich höheres Gewicht als die örtliche, sachliche oder funktionelle Zuständigkeit hat. Sie betrifft die Abgrenzung zu den Souveränitätsrechten anderer Staaten und sie entscheidet über das anzuwendende internationale Privatrecht - und damit nicht selten mittelbar über das anzuwendende materielle Recht - sowie das Verfahrensrecht, das Anwendung findet. Die Entscheidung über die internationale Zuständigkeit kann demgemäß im Gegensatz zu der Zuständigkeitsabgrenzung unter den deutschen Gerichten die sachliche Entscheidung des Prozesses vorwegnehmen (*BGH* a.a.O. m.w. Nachw.).

b)

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, hier des LG Saarbrücken, ergibt sich aus Art. 17 EuGVÜ des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ).

Die internationale Zuständigkeit bestimmt sich im vorliegenden Rechtsstreit einer deutschen Käuferin gegen eine italienische Verkäuferin nach den Bestimmungen des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) vom 27.9.1968 (BGBl. 1972 II, 773; 1973 II 60), welches nach Ratifizierung durch die Unterzeichnerstaaten, darunter die Bundesrepublik Deutschland und Italien am 1.2.1973 in Kraft getreten ist (Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 5. Aufl. 1996, Einl. Rdnr. 1 und 5). Liegt, wie hier, der Wohnsitz des Bekl. in einem anderen Staat als dem Gerichtsstaat, ist die internationale Zuständigkeit des Gerichtsstaats nach Art. 3 I EuGVÜ nur dann begründet, wenn sich dies aus den besonderen Zuständigkeitsbestimmungen des 2. bis 6. Abschnitts des Abkommens ergibt. Liegen die Voraussetzungen einer derartigen Sonderzuständigkeit nicht vor, so bleibt es bei der Grundregel des Art. 2 EuGVÜ, wonach jede Partei nur vor den Gerichten des Staates verklagt werden darf, in dem sie ihren Wohnsitz hat.

aa)

Das LG ist im Ergebnis zu Recht von einer Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien nach Art. 17 EuGVÜ ausgegangen.

(1.)

Das LG hat offen gelassen, auf welchen Auftrag es abstellt und allgemein von „Vertrag“ gesprochen. Die Drittwiderbeklagte selbst hat mit Schriftsatz vom 29.1.2001 den Liefervertrag vom 16.7.1998 (Bl. 173) in dem der Gerichtsstand Saarbrücken aufgeführt ist, als maßgeblichen Vertrag vorgelegt. Legt man diesen Auftrag zugrunde, der von beiden Seiten unterschrieben ist und eine ausdrückliche Bestimmung des Gerichtsstandes Saarbrücken beinhaltet, ist von einer entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung auszugehen. Die Drittwiderbeklagte hat daher nachzuweisen, dass eine solche Vereinbarung trotz ihrer Aufnahme in die Auftragsurkunde nicht getroffen wurde, wozu sie weder hinreichend substantiiert vorgetragen noch ein Beweisangebot gemacht hat (Bl. 722). Die von der Drittwiderbeklagten lediglich vorgebrachten formellen Bedenken stehen einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung nicht entgegen. Soweit es um die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Gerichtsstandsvereinbarung geht (Schriftlichkeit der

Vereinbarung), enthält Art. 17 EuGVÜ eine abschließende Regelung, die den Rückgriff auf die nationalen Rechtsordnungen verbietet und aus sich heraus einheitlich auszulegen ist. Damit verbietet es sich, der hier in Rede stehenden Vereinbarung schon deshalb die Wirksamkeit zu versagen, weil die Bekl. die Gerichtsstandsklausel als sogenannte gefährliche Klausel (clausole oneroso o vessatorie) nicht ausdrücklich und durch gesonderte Unterschrift bestätigt hat, was nach Art. 1341 II CC erforderlich gewesen wäre. Auch ist Art. 2 der italienischen Zivilprozeßordnung (Codice di Procedura Civile), der den Ausschluss der italienischen Gerichtsbarkeit durch Vereinbarung mit Ausländern generell verbietet, durch die nach seiner Ratifizierung auch für Italien völkerrechtlich verbindliche Regelung in Art. 17 EuGVÜ in dessen Anwendungsbereich überholt und daher verdrängt worden (vgl. dazu OLG Düsseldorf Urteil vom 6.1.1989, 16 U 77/88, NJW-RR 1989, 1330 ff m.w. Nachw.; zum Vorrang des Übereinkommens vor dem nationalen Recht vgl. Kropholler a.a.O., Einl. Rdnr. 13, Art. 2 Rdnr. 15 und Art. 17 Rdnr. 18 und 19; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 17, Rz. 71, 72). Die Rügen der Drittwiderbeklagten im Hinblick auf die fehlende Schriftform greifen mithin nicht.

(2.)

Aber auch dann, wenn man den Auftrag vom 16.7.1998 nicht zugrunde legt, weil er nicht die streitgegenständliche Lieferung für den Flughafen Frankfurt am Main sondern die Lieferung von Material für ein Bauvorhaben in München, L. Straße betrifft, ist von einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung auszugehen.

Nach Art. 17 I Satz 2 a EuGVÜ genügt im Interesse der Erleichterung des internationalen Handelsverkehrs eine Zuständigkeitsvereinbarung, die in schriftlicher Form nur von Seiten einer der Vertragsparteien vorliegt. Diese sog. „halbe Schriftlichkeit“ setzt voraus, dass sich die Parteien erkennbar gerade auch über die Zuständigkeitsregelung geeinigt haben. Dabei bedarf es keiner ausdrücklichen Vereinbarung, sie kann auch stillschweigend erfolgen. Sie muss allerdings klar und deutlich zum Ausdruck gekommen sein (Kropoller, Europäisches Zivilprozessrecht, a.a.O. Art. 17 Rz. 23 und 8. Auflage, 2005, Art. 23, Rz. 33), damit eine Zuständigkeitsvereinbarung, die weitreichende Folgen haben kann, nicht unbemerkt Inhalt des Vertrages wird.

Aus den Vertragsunterlagen sowie den Umständen des Vertragsschlusses ergibt sich für den Senat mit der erforderlichen Sicherheit, dass die Parteien den Gerichtsstand Saarbrücken für den Vertrag über die Materiallieferung für das Bauvorhaben auf dem Frankfurter Flughafen vereinbart haben. Diesem Vertrag ging die Anfrage der Bekl. vom 20.4.1998 voraus (Bl. 482 d. A.). Darin wurde die Drittwiderbeklagte um Abgabe eines verbindlichen Angebotes für konkrete Natursteinarbeiten gebeten. Grundlage für einen Vertragsabschluss sollte unter anderem gem. Ziffer 8 der Anfrage der „Gerichtsstand Saarbrücken“ sein. Dem Anschreiben der Bekl. war deutlich zu entnehmen, dass sie zu einem Vertragsschluss nur unter Anerkennung der von ihr formulierten und den konkret beschriebenen Leistungen vorangestellten „Grundlagen“ bereit war. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese konkrete Anfrage gab die Drittwiderbeklagte ihr Angebot vom 24.4.1998 ab ohne auf die in der Anfrage aufgeführten „Grundlagen“ einzugehen. Nach einer mündlichen Vertragsverhandlung der Parteien am 13.10.1998, deren Inhalt sich allerdings lediglich hinsichtlich der zu liefernden Ware und der Zahlungsmodalitäten aus einem von beiden Parteien unterzeichneten Vermerk ergibt (Bl. 487), erteilte die Bekl. der Drittwiderbeklagten unter dem 14.10.1998 den Auftrag über die Lieferung unter Wiederholung der Bestimmung des Gerichtsstandes Saarbrücken.

Die Gerichtsstandsbestimmung war damit für die Drittwiderbeklagte deutlich erkennbar. Sie hat ihr nicht widersprochen. Dies allein reicht zwar nicht zum Nachweis, dass die Parteien sich darüber ebenso geeinigt haben wie über die anderen in dem Auftrag aufgeführten Einzelheiten der von den Parteien zu erbringenden Leistungen. Im Zusammenhang mit den weiteren im zeitlichen Zusammenhang zwischen den Parteien geschlossenen Verträgen über Warenlieferungen lässt der fehlende Widerspruch jedoch nur den Schluss darauf zu, dass die Parteien auch für den streitgegenständlichen Vertrag den Gerichtsstand Saarbrücken vereinbart haben.

So kann bei der Prüfung, ob sich die Parteien konkludent über den Gerichtsstand Saarbrücken geeinigt haben, nicht unberücksichtigt bleiben, dass sie zu diesem Zeitpunkt bereits einen weiteren Vertrag über die Lieferung von Natursteinmaterial für ein Bauvorhaben in München unter dem 16.7.1998, also vor dem streitgegenständlichen Vertrag, geschlossen hatten (den die Drittwiderbeklagte ursprünglich selbst als den maßgeblichen Vertrag vorgelegt hat s.o.), der als Gerichtsstand Saarbrücken vorsieht und von beiden Seiten unterzeichnet ist. Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit nachgelassenem Schriftsatz der Bekl. vom 20.12.2000 vorgelegte Schriftverkehr bis zur Auftragserteilung am 16.7.1998 belegt, dass die Drittwiderbeklagte den Gerichtsstand Saarbrücken für Verträge mit der Bekl. generell akzeptiert hat. In der Preisanfrage der Bekl. vom 2.6.1998 wird ausdrücklich der Gerichtsstand Saarbrücken genannt. Das darauf erfolgte Angebot der Drittwiderbeklagten vom 10.6.1998 nimmt auf die Anfrage Bezug und enthält im Übrigen nur Preisangaben. Unter dem 16.6.1998 übermittelte die Bekl. der Drittwiderbeklagten ein geändertes Angebot in dem wiederum ausdrücklich als Gerichtsstand Saarbrücken genannt ist. Dieses Angebot wird von der Drittwiderbeklagten lediglich hinsichtlich der eingesetzten Preise und

Zahlungsmodalitäten abgeändert, der Gerichtsstand Saarbrücken wird in keinen der Schreiben von ihr gestrichen. Der Auftrag vom 16.7.1998, der wie alle anderen Aufträge den Gerichtsstand Saarbrücken nennt, wird von beiden Seiten unterzeichnet.

Das sich aus dem Schriftwechsel zwischen den Parteien ergebende Verhalten der Drittwiderbeklagten bringt daher deutlich zum Ausdruck, dass sie den Gerichtsstand Saarbrücken für die Lieferbeziehungen der Parteien allgemein akzeptiert hat und sich daher nach Treu und Glauben daran festhalten lassen muss. Damit in Einklang steht, dass die Drittwiderbeklagte nur die formelle Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung gerügt hat.

2.

Das LG hat zu Recht einen Schadensersatzanspruch gegen die Drittwiderbeklagte nach Art. 35 CISG bejaht. Die Angriffe der Berufung, das LG habe den Haftungsausschluss nach Art. 35 III CISG und die Entschuldigungsvoraussetzungen für die nicht fristgemäße Rüge gem. Art 44 CISG fehlerhaft beurteilt, greifen nicht.

a)

Nach Art. 35 Abs 1 CISG hat der Verkäufer Sachen der vertraglich vereinbarten Quantität, Qualität und Art in der vertraglich vereinbarten Verpackung oder in dem vertraglich vereinbarten Behältnis zu liefern. Wenn aber die Parteien eines internationalen Werklieferungsvertrages, auf den Kaufrecht Anwendung findet, es verabsäumt haben, die Anforderungen an die Beschaffenheit der Verpackung wie hier vertraglich festzulegen, erlangt der in Art. 35 II vorgegebene objektive Mindeststandard Relevanz: Ob eine Verletzung der Lieferpflicht vorliegt, bemisst sich dann danach, ob die kaufgegenständliche Ware in üblicher und angemessener Weise verpackt ist. Über die Eignung für gewöhnliche Zwecke bestimmen grundsätzlich die Standards im Lande des Verkäufers (Oberster Gerichtshof Wien, Entscheidung vom 13.4.2000, 2 Ob 100/00w, IPrax 2001, 149-152).

Eine Vereinbarung über die Art der Verpackung ist zwischen den Parteien nicht getroffen worden. Allein der – unterstellte – Umstand, dass die vorangegangenen Lieferungen der Drittwiderbeklagten in gleicher Art und Weise verpackt gewesen sind, stellt keine konkludente Vereinbarung einer derartigen – beförderungsunsicheren – Verpackung dar. Da diese Lieferungen unbeschadet die Kl. erreicht hatten, hatte sie keinen Grund sich damit auseinanderzusetzen. Es handelte sich auch nicht in allen Fällen um Marmorplatten sondern um andere Platten und Ummaßtafeln wie sich den von der Drittwiderbeklagten vorgelegten Unterlagen entnehmen lässt (Bl. 173 f).

Die Verpackung der Drittwiderbeklagten stellte keine angemessene Verpackung für Marmorplatten der vorliegenden Art dar. Angemessen ist eine Verpackung, wenn sie ausreicht, die Ware auf dem voraussehbaren Weg bis zu ihrem Verwendungsort vor Schäden zu bewahren (Staudinger, Art. 35 CISG, Rz. 42). Die übliche und angemessene Verpackung von Marmorplatten ist die Lagerung und Befestigung auf Paletten. Sie hat so zu erfolgen, dass sie auf dem Transport vor Beschädigungen hinreichend schützt. Nach dem Gutachten des Sachverständigen E. war die von der Drittwiderbeklagten vorgenommene Palettenverpackung nicht angemessen, jedenfalls hätte sie eine zusätzliche Ladungssicherung durch Abstützhölzer erforderlich gemacht.

In seinem schriftlichen Gutachten führt der Sachverständigen E. (Bl. 431) aus, dass die Beschädigung der Platten auf die nicht ordnungsgemäße Verpackung und die fehlende Ladungssicherung zurückgehe. Hinsichtlich der Ladungssicherung fehle es nach den der Begutachtung zugrunde gelegten Fotos an einer Verzerrung der einzelnen Paletten sowie einer Fixierung in Längsrichtung durch Festlegehölzer, die der Sachverständige für die Ladungssicherung als erforderlich ansieht (Bl. 430). Weiter stellt der Sachverständige fest, dass eine sachgerechte Verpackung – andere Gestaltung der Paletten, Querhölzer unter den Paletten, Ummantelung mit 2 Stahlbändern, Kantenschutz aus Plastik – die Auslösung des Schaden nicht verhindert hätte, da dann wohl nur eine andere Art der Verzerrung hätte erfolgen müssen (Bl. 431). In der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens (Bl. 489) beschreibt der Sachverständige noch einmal die auf die Konstruktion der Paletten zurückgehende große Kippgefahr und die Überstände der auf ihnen gelagerten Platten und erklärt, auch wenn sie ordnungsgemäß verzerrt worden wären, hätte sich die Verzerrung gelöst, wenn sich die Paletten mit den Platten in Bewegung setzen. Die besondere Konstruktion der Paletten hätte eine besondere Art der Ladungssicherung erfordert, nämlich eine Abstützung durch Querhölzer, die ein Verschieben der Paletten verhindert hätte; durch eine Verzerrung allein wäre dies nicht zu erreichen gewesen. Die andere Alternative wäre die Verwendung größerer Paletten gewesen, bei denen es nicht zu einem Überstehen der Platten gekommen wäre. Nach diesen Feststellungen des Sachverständigen steht für den Senat fest, dass die Konstruktion der Paletten und damit die Verpackung eine wesentliche Ursache für den Schaden gewesen.

Die Verpackung liegt im Verantwortungsbereich der Drittwiderbeklagten und obliegt nicht dem Frachtführer, wie die Drittwiderbeklagte meint. Von dem Frachtführer ist die Verpackung nach Art. 8 CMR nur auf ihren äußeren Zustand zu überprüfen. Er hat keine Untersuchungspflicht auf die „Beförderungstauglichkeit“ hin sondern hat nur zu prüfen, ob der Istzustand vom Normalzustand

der konkreten Verpackungsart abweicht (z.B. Löcher, Beulen, Risse). Grundsätzlich kann man von dem Frachtführer keine speziellen Warenkenntnisse oder Prüfungsinstrumente erwarten, wohl aber Grundkenntnisse der Verpackungstechnik und der Waren die er üblicherweise transportiert (Koller, Transportrecht, 5. Auflage, CMR Art. 8 Rz. 3). Die äußerste Sorgfalt i.S.d. Art 17 II CMR erfordert allerdings vom Frachtführer auch, dass er die Verpackung äußerlich auf ihre Beförderungstauglichkeit überprüft. Diese Kontrolle braucht natürlich im Hinblick auf die Transportsicherheit nur mit den Fähigkeiten eines Laien zu erfolgen, so dass dem Frachtführer grundsätzlich mangelnde Kontrolle nur vorgeworfen werden kann, wenn der Verpackungsmangel auf der Hand liegt (Koller a.a.O. Art. 17 Rz. 37). Dass der Frachtführer hier die unsachgemäße Verpackung erkannt hat, steht nicht fest.

Soweit der Sachverständige meint, es sei offensichtlich klar gewesen, dass die Paletten nicht ordnungsgemäß gewesen seien, kann dies aber ohnehin dahinstehen. Denn es würde lediglich zu einer Mithaftung des Frachtführers führen, schlösse die Verantwortlichkeit der Drittwiderbeklagten nicht aus und stünde daher ihrer Haftung hier nicht entgegen.

Gleiches gilt für die Ladungssicherung. Die Ordnungsgemäßheit der Verladung braucht der Frachtführer über die Betriebssicherheit hinaus nicht zu prüfen (BGH Ur. V. 24.9.1987, I ZR 197/85, VersR 1988, 244 ff; Koller a.a.O.). Ihn trifft lediglich die allgemeine Rechtspflicht, auf eine ordnungsgemäße, das Gut vor Schaden bewahrende Verladung hinzuwirken, wenn er erkennt, dass das Gut nicht beförderungssicher verpackt ist, oder wenn die Gefahr eines Schadenseintritts nach den Umständen für ihn ohne weiteres ersichtlich ist, wovon hier nicht ausgegangen werden kann.

3.

Die Haftung der Drittwiderbeklagten ist nicht nach Art. 35 Abs.3 CISG ausgeschlossen. Die Voraussetzungen für den Haftungsausschluss hat die Drittwiderbeklagte als Verkäuferin dazulegen und zu beweisen, wenn sie sich auf diese Ausnahmenvorschrift beruft (Soergel, 13. Auflage, Art 35 CISG, Rz. 24). Die Drittwiderbeklagte hat dies nicht getan. Allein der pauschale Vortrag, es sei immer so verpackt worden, was der Kl. bekannt gewesen sei reicht nicht. Die Drittwiderbeklagte hätte die konkreten gleichermaßen verpackten und insoweit unbeanstandeten Lieferungen darlegen müssen, zumal sich aus den vorgelegten Unterlagen nicht ergibt, dass es sich bei den vorangegangenen Lieferungen um identisches Material gehandelt hat.

4.

Die Drittwiderbeklagte hat zwar nicht gem. Art. 39 I CISG innerhalb einer angemessenen Frist die Vertragswidrigkeit gegenüber der Kl. angezeigt und genau bezeichnet. Die Unterlassung der rechtzeitigen Rüge ist hier aber entschuldigt (Art. 44 CISG).

a)

Die Mängelanzeige muss einen Beanstandungswillen erkennen lassen und die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnen, um den Verkäufer über die vom Käufer geltend gemachte Vertragswidrigkeit ins Bild zu setzen (vgl. Münchener Kommentar/Gruber, BGB, 4. Aufl., Art. 39 CISG Rn. 7) Diese Voraussetzungen sind hier mit dem Telefonat vom 25.2.1999, in dem die Kl. lediglich neue Ware bestellt hat, nicht erfüllt, selbst wenn der Grund dafür mitgeteilt worden ist. Darin lag keine konkrete Mängelrüge, die Drittwiderbeklagte konnte diesen Anruf mit dem ihr lediglich der Schadensvorfall im Zusammenhang mit einer dadurch bedingten Neubestellung zur Kenntnis gebracht wurde, nicht als eine Mängelrüge verstehen.

Die Rüge mit Schreiben vom 8.5.1999 war nicht mehr rechtzeitig. Bei der Anwendung der Vorschrift des Art. 39 CISG ist zum einen dem Interesse des Verkäufers Rechnung zu tragen, nicht längere Zeit nach der Lieferung mit Mängelansprüchen überzogen zu werden, andererseits sollen berechnigte Ansprüche des Käufers nicht an übertriebenen Förmlichkeiten der Mängelrüge scheitern. Die Konkretisierung des unbestimmten Begriffs „angemessen“ hat diesen Interessen Rechnung zu tragen.

Der Unfall ereignete sich am 24.2.1999. Die Schadensmeldung an die Kl. (Spedition) erfolgte bereits am 26.2.1999. Die Beschädigung teilte die Widerklägerin der Drittwiderbeklagten am 25.2.1999 mit, als sie neue Marmorplatten bestellte, was jedoch, wie dargelegt, keine Mängelrüge darstellt. Eine Inanspruchnahme der Drittwiderbeklagten erfolgte erst am 8.5.1999 nachdem die Versicherung der Frachtführerin am 3.5.1999 die Haftung abgelehnt und der Widerklägerin das Gutachten G. übermittelt hatte (Bl. 180), also über 2 Monate später, was auch bei großzügiger Auslegung der Frist verspätet ist, insbesondere wenn am 25.2.1999 der Vertreter der Bekl., der Zeuge Moser, der vor Ort war (Bl. 656), hätte erkennen können, dass die Ware auf nicht ordnungsgemäßen Paletten geliefert worden ist.

b)

Das LG hat ohne Rechtsfehler eine Entschuldigung der Verletzung der Rügepflicht nach Art. 44 CISG bejaht.

Nach Art. 44 CISG kann der Käufer ungeachtet der Nichteinhaltung der Rügefrist Schadensersatz verlangen, wenn er eine vernünftige Entschuldigung dafür hat, dass er die erforderliche Anzeige eines Sach- oder Rechtsmangels unterlassen hat. Entschuldigt in diesem Sinne ist ein Verhalten des Käufers, das nach den Umständen des Einzelfalls billigerweise ein gewisses Verständnis und eine gewisse Nachsicht verdient. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Verstoß gegen die Rügepflicht - insbesondere auch im Hinblick auf persönliche Umstände des Käufers - im Ergebnis so leicht wiegt, dass er einem Käufer im redlichen Geschäftsverkehr üblicherweise nachgesehen wird und deshalb billigerweise nicht die schwerwiegende Folge eines vollständigen Gewährleistungsausschlusses rechtfertigt (Staudinger/Magnus, Art. 44 CISG Rdnr. 10). Dabei ist jedoch Zurückhaltung geboten; eine weite Auslegung des Art. 44 CISG verbietet sich schon im Hinblick auf seinen Charakter als Ausnahmenvorschrift (BGH Urt. V. 11.1.2006, VIII ZR 268/04, VersR 2006, 1554 ff).

Die Drittwiderbeklagte verkennt mit ihrer Berufungsbegründung, dass es für das Merkmal „vernünftige Entschuldigung“ nicht auf ein Verschulden im technischen Sinne ankommt. Im Rahmen dieser Vorschrift ist danach eine allgemeine Abwägung nach Billigkeitsgesichtspunkten vorzunehmen. In dieser Abwägung zu berücksichtigende Gesichtspunkte sind insbesondere der Schweregrad des Pflichtverstoßes, die Folgen eines kompletten Gewährleistungsausschlusses, die durch das Fehlen der Anzeige eingetretenen Nachteile für den Verkäufer sowie die Bemühungen des Käufers um ein Erreichen der Rügeanforderungen (Münchener Kommentar/ Gruber, 4. Auflage, Art. 44 CISG Rz. 5; Huber / Schwenger in Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum einheitlichen UN Kaufrecht - CISG- 4. Auflage, Art. 44 Rz. 4, 5).

Die Voraussetzungen dieser Ausnahmenvorschrift hat das LG zutreffend bejaht. Die Mitverursachung der Drittwiderbeklagten an der Entstehung des Schadens durch die mangelhafte Verpackung wurde erst durch das Gutachten des Sachverständigenbüro G. festgestellt. Dieses wurde der Bekl. erst mit Schreiben der Versicherung des Transportunternehmens vom 3.5.1999 übermittelt. Am 8.5.1999 hat die Bekl. unter Übersendung dieses Gutachtens Ansprüche gegenüber der Drittwiderbeklagten geltend gemacht und damit unverzüglich nachdem sie Kenntnis davon hatte der Drittwiderbeklagten den Verpackungsmangel angezeigt. Eine frühere Inanspruchnahme der Drittwiderbeklagten „ins Blaue hinein“ mit dem Risiko, einem Rechtsstreit ausgesetzt zu werden, war der Bekl. nicht zumutbar. Dass es bei dem Transport zu einer umfangreichen Beschädigung der von ihr versandten Ware gekommen war, war der Drittwiderklagten auf Grund der unverzüglich bei ihr erfolgten Bestellung von Ersatzmaterial im Februar 1999 bekannt, auch wenn sie dafür zu diesem Zeitpunkt noch nicht verantwortlich gemacht worden war. Durch die erst über zwei Monate später erfolgte Inanspruchnahme sind der Drittwiderbeklagten keine unzumutbaren Nachteile entstanden, denn der Schaden wurde unmittelbar nach dem Unfall ordnungsgemäß dokumentiert und begutachtet. Es entspricht damit der Billigkeit hier von einer hinreichenden Entschuldigung der verspäteten Inanspruchnahme auszugehen.

4.

Soweit die Berufung die vom LG festgestellte Schadenshöhe angreift, fehlt es schon an einer zureichenden Berufungsbegründung. Die Drittwiderklage setzt sich mit den Argumenten des Urteils, die keinen Rechtsfehler erkennen lassen und auf die Bezug genommen wird, überhaupt nicht auseinander.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht zuzulassen.

gez. Prof. Dr. Rixecker Dr. Knerr Hoffmann-Lindenbeck

Ausgefertigt:

(Neumüller)

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle