

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

ZPO § 364

Die Befugnis, die Besorgung von im Ausland zu erhebenden Beweisen den Parteien zu überlassen (§ 364 ZPO), steht nicht im freien Ermessen des Gerichts.

BGB §§ 640, 641, 646; HGB § 425

Der Vergütungsanspruch des Frachtführers wird mit der Vollendung des Werkes, d.h. mit vollständiger Ausführung der Beförderungsleistung, fällig (§§ 641, 646 BGB). Eine Abnahme im Sinne des § 640 BGB scheidet bei nichtkörperlichen Leistungen dieser Art aus.

Bietet der Frachtführer dem Empfänger die Übergabe des Gutes an, hat er seine Pflichten aus dem Beförderungsvertrag mit der Folge des Fälligwerdens seines Vergütungsanspruchs auch dann vollständig erfüllt, wenn es zur Übergabe des Gutes infolge Annahmeverweigerung des Empfängers nicht kommt.

ZPO § 282 (Beweislast); Warschauer Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (WA) Art. 19; HGB § 425

Zur Frage einer Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr zugunsten des Absenders von Luftfrachtgut bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, wenn der Luftfrachtführer die erst auf Abruf eines Dritten zu bewirkende Beförderung allein auf telefonische, nicht auf schriftliche oder fernschriftliche Weisung ausführt.

BGH, Urt. v. 27. Oktober 1988 - I ZR 156/86 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 156/86

URTEIL

Verkündet am:
27. Oktober 1988
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

R- -W- -Lufttransport GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Alfred E- -, H- -straße ●, F- -

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. - - und
- -

gegen

E. We- - GmbH & Co. Kommanditgesellschaft, vertreten
durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die
E. W- - GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Werner Schneider, Geschwister-S- - -Straße ■,
R- - ,

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. - -
und Dr. - - -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 1988 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Piper, Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky und Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. Juli 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 21. November 1983 mit der Versendung einer Partie Telefonklemmdosen im Rechnungswert von 370.000,-- DM an die Firma CTM N[REDACTED] Limited in I[REDACTED]-L[REDACTED]/N[REDACTED]. Es war vereinbart, daß die Klägerin die Beförderung erst dann ausführen sollte, wenn die Empfängerin (CTM) die Agentin der Klägerin in Lagos, die Firma A[REDACTED] Limited, dazu aufforderte und dieser mitteilte, daß die für den Import der Ware nach N[REDACTED] erforderlichen Genehmigungen vorlägen, und A[REDACTED] das Gut daraufhin bei der Klägerin abrief.

Ende Januar 1984 übergab die Klägerin, nachdem sie einen Luftfrachtbrief über die Strecke K[REDACTED]/L[REDACTED] ausgestellt hatte, die Sendung als Teil einer Sammelladung dem französischen Luftfrachtunternehmen UTA zur Beförderung nach Lagos, wo das Gut am 5. Februar 1984 eintraf, von der Empfängerin aber nicht abgenommen wurde. Die Klägerin hat behauptet, A[REDACTED] habe das Gut am 27. Januar 1984 fernmündlich bei ihr abgerufen, nachdem die Empfängerin das Vorliegen der Einfuhrvoraussetzungen A[REDACTED] mitgeteilt und die Ware angefordert hatte.

Für ihre Leistungen hat die Klägerin der Beklagten 6.323,20 DM in Rechnung gestellt und hat, da die Beklagte nicht gezahlt hat, Klage auf Zahlung des Rechnungsbetrages erhoben.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Widerklagend hat sie die kostenfreie Rückgabe des Gutes bei der Zweigstelle der Klägerin in Köln und die Feststellung begehrt, daß die Klägerin verpflichtet sei, allen Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden sei oder noch entstehen werde, daß die Klägerin die Sendung entgegen einem von ihr gestellten Herausgabeverlangen nicht schon am 5. September 1984 an sie zurückgegeben habe. Sie hat behauptet, die Klägerin habe das Gut abredewidrig zum Versand gebracht. Weder habe CTM A [REDACTED] mitgeteilt, daß die behördlichen Einfuhrgenehmigungen vorlägen, noch habe A [REDACTED] das Gut bei der Klägerin abgerufen. Das für den Import nach N [REDACTED] u.a. erforderliche Vorverzollungsverfahren, das sogenannte preclearing, sei nicht abgeschlossen gewesen. Die Empfängerin habe das Gut daher nicht übernehmen dürfen.

Das Landgericht hat die Klage und die Widerklage abgewiesen. Dagegen hat - im Umfang der jeweiligen Beschwer - die Beklagte Berufung und die Klägerin Anschlußberufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat der Berufung der Beklagten im wesentlichen stattgegeben, die Anschlußberufung der Klägerin hat es zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin, die ihr Zahlungsbegehren sowie den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Zahlungsklage

1. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil nicht ersichtlich sei, daß der Klägerin ein fälliger Vergütungsanspruch gegen die Beklagte zustehe. Zwar habe die Klägerin das Gut nach N[REDACTED] befördert. Jedoch sei es von der Empfängerin nicht übernommen worden, und es stehe nicht fest, daß es entsprechend den getroffenen Vereinbarungen habe versandt werden dürfen. Die Klägerin habe nicht bewiesen, daß die Empfängerin gegenüber A[REDACTED] und A[REDACTED] gegenüber der Klägerin das Gut abgerufen habe:

Indiziell ergebe sich das einmal daraus, daß die Sendung der Empfängerin bis heute nicht übergeben worden sei. Das lasse auf Ablieferungshindernisse schließen, was wiederum gegen einen Abruf seitens der Empfängerin spreche.

Darüber hinaus habe die Klägerin in einem Fernschreiben an die Beklagte vom 13. April 1984 selber ausgeführt, daß ihr Agent in L[REDACTED] (A[REDACTED]) die Sendung fälschlicherweise abgerufen habe. Das sei dahin zu verstehen, daß Anopit die Sendung irrtümlich angefordert habe, obwohl die Voraussetzungen dafür tatsächlich nicht vorgelegen hätten.

Hinzu komme, daß auch der vom Berufungsgericht als Zeuge vernommene Direktor der Firma CTM Schommers einen Abruf seiner Firma gegenüber A[REDACTED] in Abrede gestellt habe und daß auch der Mitarbeiter A[REDACTED] O[REDACTED], der nach der Behauptung der Klägerin das Frachtgut am 27. Januar 1984 fernmündlich bei ihr angefordert habe, in dessen vom Zeugen S[REDACTED] überreichter eidesstattlicher Erklärung aus

Nigeria vom 23. Januar 1986 bestätigt habe, daß ein Abruf seitens Anopit nicht erfolgt sei. Diese Erklärung Oyetunjis habe auch verwertet werden dürfen, da die Klägerin der Beweisanzordnung des Berufungsgerichts, gemäß § 364 ZPO eine den Gesetzen Nigerias entsprechende öffentliche Urkunde über eine von ihr zu betreibende Beweisaufnahme über die Vernehmung des Zeugen in Nigeria beizubringen, nicht nachgekommen sei.

Mit der Erklärung O[REDACTED] lasse sich allerdings nicht die Aussage des Mitarbeiters der Klägerin K[REDACTED] vereinbaren, der bekundet habe, daß O[REDACTED] in einem Telefongespräch mit ihm am 27. Januar 1984 das Gut angefordert habe. Die Aussage Kleins reiche aber für den Nachweis eines Abrufs nicht aus, weil telefonische Anrufe, zumal aus dem fernen Ausland, immer mit der Gefahr von Hörfehlern verbunden seien und neben Sprachschwierigkeiten auch technische Übermittlungsstörungen in Rechnung zu stellen seien.

Schließlich lasse sich entgegen dem Vorbringen der Klägerin auch aus dem Umstand, daß der französische Luftfrachtführer UTA den Transport ausgeführt habe, nicht mit der erforderlichen Sicherheit herleiten, daß die Importgenehmigungen vorgelegen und die Firmen CTM und Anopit die Sendung angefordert hätten. Wie der Zeuge F[REDACTED], Frachtverkehrsleiter der UTA in Fr[REDACTED], bekundet habe, habe zwar die UTA Beförderungen nach N[REDACTED] nur dann ausgeführt, wenn sie aufgrund von Mitteilungen ihrer Niederlassung in L[REDACTED] die Voraussetzungen für eine Vorverzollung des Gutes und damit die Voraussetzungen für eine Einfuhr nach N[REDACTED] für gegeben gehalten habe. Jedoch beruhten die Angaben des Zeugen

nur auf allgemeiner Erfahrung und nicht auf konkreter Kenntnis über die zum fraglichen Zeitpunkt übliche Abwicklung der Vorverzollung in L[REDACTED]. Insbesondere lasse sich der Aussage des Zeugen nicht entnehmen, daß die von der Niederlassung der UTA in Lagos angewandte Methode, sich das preclearing nachweisen zu lassen, zu einem zuverlässigen Nachweis insoweit geführt habe.

2. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht den Schluß, daß die Klägerin in der Frage des Abrufs des Gutes durch die Firmen CTM und A[REDACTED] beweisfällig geblieben sei. Zu Recht beanstandet die Revision diese Schlußfolgerung auf der Grundlage der bislang erhobenen Beweise in verschiedener Hinsicht als verfahrensfehlerhaft (§ 286 ZPO).

a) Durchgreifende Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts bestehen einmal insoweit, als es zu Lasten der Klägerin berücksichtigt hat, daß der Firma CTM das Gut bis heute nicht übergeben worden sei. Aus dieser Tatsache kann lediglich hergeleitet werden, daß Ablieferungshindernisse (irgendwelcher Art) bestehen, nicht aber, daß ein Abruf seitens der Firmen CTM und A[REDACTED] nicht erfolgt sei. Denkbar ist zwar, daß die Empfängerin das Gut nicht abgenommen hat, weil Importgenehmigungen nicht erteilt worden waren, und daß sie im Hinblick auf das Fehlen dieser Genehmigungen das Gut von Anopit auch nicht angefordert hatte und daß auch A[REDACTED] deshalb keinen Anlaß gehabt hatte, die Sendung bei der Klägerin abzurufen. Denkbar für die Nichtabnahme sind aber auch zahlreiche andere Gründe, die nicht ferner liegen als jener.

b) Des weiteren rechtfertigt auch das Fernschreiben der Klägerin vom 13. April 1984 nicht die vom Berufungsgericht daraus gezogenen Schlüsse. Bei Zugrundelegung des Fernschreibens steht fest, daß A. das Gut von der Klägerin angefordert hatte. Die Voraussetzungen für die Versendung waren damit aus der Sicht der Klägerin gegeben. Nach den mit der Beklagten getroffenen Vereinbarungen sollte die Beförderung ausgeführt werden, wenn Anopit - nach Abruf des Gutes durch die Empfängerin - dieses bei der Klägerin anforderte. Zwar hätte es die Klägerin zu vertreten, wenn Anopit, was streitig ist, Erfüllungsgehilfin (§ 278 BGB) der Klägerin bei der Abwicklung der dieser gegenüber der Beklagten obliegenden Vertragspflichten gewesen wäre und wenn A. ohne eine entsprechende Mitteilung der Empfängerin das Gut bei der Klägerin abgerufen hätte. Daß von einer solchen Fallgestaltung auszugehen ist, kann jedoch dem Fernschreiben nicht entnommen werden. Zwar heißt es darin, daß A. die Sendung fälschlicherweise abgerufen habe. Jedoch hat die Klägerin weiter erklärt, daß ihr unbekannt sei, ob dies auf einem Versehen A. oder einem solchen der Firma CTM beruhe. War letzteres der Fall, was nach dem Inhalt des Fernschreibens nicht ausgeschlossen werden kann, ist die Berechtigung der Klägerin zur Absendung des Gutes nicht in Zweifel zu ziehen. Daß sie oder A. verpflichtet war, die Richtigkeit einer Abruferklärung der Firma CTM zu überprüfen, kann der Vereinbarung der Parteien nicht entnommen werden, und Tatsachen dafür hat das Berufungsgericht auch nicht festgestellt.

c) Darüber hinaus beanstandet die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht die eidesstattliche Erklärung Oyetunjis vom 23. Januar 1986 (Anlage zum Protokoll vom

7.4.1986, GA I 228, 228 a) urkundenbeweislich verwertet hat, ohne dessen zeugenschaftliche Vernehmung zu beschließen. Die Klägerin hatte sich auf das Zeugnis Oyetunjis - und auf das des Zeugen A[REDACTED] in der Firma A[REDACTED] Limited - zum Beweise dafür berufen, daß die Firma CTM das Gut bei A[REDACTED] abgerufen und A[REDACTED] diesen Abruf fernmündlich am 27. Januar 1984 an die Klägerin weitergegeben habe. Ferner hat die Klägerin in das Wissen des Kaufmanns A[REDACTED] die Tatsache gestellt, daß die Auslieferung des Gutes an die Empfängerin allein daran gescheitert sei, daß sich diese trotz wiederholter Avisierung und Aufforderung seitens der Firma A[REDACTED] geweigert habe, das Gut zu verzollen (Schriftsatz vom 10.12.1985, S. 11-15 = GA I 140-149). Diesen Beweisanträgen hat das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft nicht genügt. Mit der auf § 364 ZPO gestützten Anordnung vom 3. Januar 1986 hat es zwar der Klägerin aufgegeben, eine den Gesetzen des Staates Nigeria entsprechende öffentliche Urkunde über eine von ihr zu betreibende Beweisaufnahme über die Vernehmung der Zeugen O[REDACTED] und A[REDACTED] beizubringen. Die Voraussetzungen für eine solche Anordnung waren jedoch vorliegend nicht gegeben. § 364 ZPO erlaubt es zwar dem Gericht, die Besorgung von Beweisen im Ausland den Parteien zu überlassen. Jedoch steht eine dahingehende Anordnung nicht in seinem freien Ermessen. Nach § 363 ZPO ist eine Beweisaufnahme im Ausland regelmäßig von Amts wegen zu veranlassen. Anordnungen nach § 364 ZPO kommen nur ausnahmsweise in Betracht, beispielsweise dann, wenn zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem ausländischen Staat, in dem die Beweisaufnahme stattfinden soll, keine diplomatischen Beziehungen bestehen oder die Behörden des ausländischen Staates untätig bleiben (vgl. BGH, Urt. v. 10.5.1984 - III ZR 29/83, NJW 1984, 2039 = WM 1984, 1408,

1409) oder wenn es aus sonstigen Gründen (vgl. Cohn, ZZP 80, 234) zweckmäßig erscheint, die Beweisaufnahme durch die Parteien selbst besorgen zu lassen (Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 364 Anm. I; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 364 A, A I; Zöllner/Geimer, ZPO, 15. Aufl., § 364 Rdnr. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 45. Aufl., § 364 Anm. 1; Thomas/Putzo, ZPO, 14. Aufl., Anm. zu § 364). § 36 ZRHO (Rechtshilfeordnung für Zivilsachen, abgedruckt bei Zöllner, aaO, unter V., Texte IZPR) bestimmt deshalb auch, daß im Hinblick auf die Schwierigkeiten, denen die Parteien bei einer von ihnen selbst betriebenen Beweis-erhebung im Ausland ausgesetzt sein können, ein solcher Weg nur dann gewählt werden solle, wenn aufgrund früherer Erfahrungen oder anderer Umstände damit gerechnet werden könne, daß die Beweisaufnahme auf Betreiben der Parteien auch stattfinden werde. Daß das Berufungsgericht die danach maßgebenden Voraussetzungen für eine Beweisanordnung nach § 364 ZPO vorliegend für gegeben halten durfte, ist nicht ersichtlich. Feststellungen dahin hat es nicht getroffen.

d) Ferner bestehen auch gegen die Würdigung der Aussage des Zeugen K [REDACTED] durchgreifende rechtliche Bedenken. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang darauf abgestellt, daß ein Telefongespräch, wie es der Zeuge K [REDACTED] nach seinen Bekundungen am 27. Januar 1984 mit O [REDACTED] geführt habe, stets mit der Gefahr eines Hörfehlers verbunden sei und daß auch Sprachschwierigkeiten und technische Übermittlungsstörungen berücksichtigt werden müßten.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind mit der Aussage des Zeugen K [REDACTED] nicht in Einklang zu bringen. Nach dessen Bekundungen konnte das Berufungsgericht die Gefahr

von Hörfehlern oder das Bestehen von Sprachschwierigkeiten oder technischen Übermittlungsstörungen vorliegend nicht in Betracht ziehen. Der Zeuge K [REDACTED] hat Verlauf und Inhalt des von der Klägerin behaupteten Telefongesprächs mit O [REDACTED] anhand seiner schriftlichen Aufzeichnungen im einzelnen geschildert. Er hat bekundet, daß er - ebenso wie bei anderen fernmündlichen Abrufen A [REDACTED] - die von O [REDACTED] durchgegebenen Daten (Nummer des Frachtbriefs, Zahl der Packstücke, Gewicht des Gutes usw.) seinerseits wiederholt und bestätigt habe und daß er deshalb Hör- oder Übertragungsfehler für ausgeschlossen halte. Aus welchen Gründen das Berufungsgericht gleichwohl bei Würdigung der Aussage des Zeugen K [REDACTED] auf die Gefahr von Hörfehlern und Verständigungsschwierigkeiten abgestellt hat, hat es nicht dargelegt. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, daß die Klägerin nach der Bekundung des Zeugen schon seit dem Tag der Auftragserteilung (21. November 1983) im Besitz des Gutes gewesen war, mit der Ausführung des Auftrags aber gewartet hatte, weil der dafür erforderliche Abruf durch Anopit noch nicht erfolgt war. Die Annahme, daß der Zeuge K [REDACTED] das Gut gleichwohl ohne Abruf und damit ohne den für die Auftragsausführung erforderlichen Anlaß zum Versand gebracht haben sollte, obwohl es bereits mehrere Monate entsprechend den getroffenen Vereinbarungen bei der Klägerin gelagert hatte, liegt fern.

e) Schließlich wird auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Aussage des Zeugen F [REDACTED] (Frachtverkehrsleiter der UTA in Fr [REDACTED]) über die Kontrollmaßnahmen der französischen Luftfrachtgesellschaft UTA bei Transporten nach N [REDACTED] keine hinreichend sicheren Rückschlüsse auf das

Vorliegen von Einfuhrgenehmigungen und damit auf die Erklärung von Abrufen seitens CTM und A[REDACTED] zulasse, von der von ihm dafür gegebenen Begründung nicht getragen. F[REDACTED] hat bekundet, daß die UTA bis 1985 nur vorverzolltes Gut nach Nigeria transportiert habe, d.h. nur eine solche Ware, die nach Ankunft sofort an den Empfänger habe ausgehändigt werden können. Den Nachweis darüber habe sie sich anhand der Nummern des jeweiligen Luftfrachtbriefs für jedes einzelne Gut durch ihre Niederlassung in N[REDACTED] verschafft, der gegenüber der Empfänger oder Empfangsspediteur das amtliche Vorverzollungsdokument habe vorlegen müssen. Sei das geschehen, habe die Niederlassung gegenüber dem UTA-Büro des jeweiligen Abgangsflughafens durch Telex die Freigabe des Gutes erklärt. So sei es auch hier mit Telex vom 31. Januar 1984, 17.32 Uhr, gehandhabt worden. Dieses weise aus, daß die hier in Rede stehende, von der UTA beförderte Ware vorverzollt gewesen sei.

Mit dieser Aussage verträgt sich nicht die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Angaben des Zeugen nur auf allgemeinen Erfahrungen beruhten und daß der Zeuge über keinerlei konkrete Kenntnis hinsichtlich der zum fraglichen Zeitpunkt üblichen Abwicklung der Vorverzollung in Lagos verfügt habe. Richtig ist zwar, daß der von der UTA ausgestellte Frachtbrief über die Beförderung des von der Klägerin aufgegebenen Sammelladungsgutes dieses nicht im einzelnen aufführt und daß das Protokoll über die Zeugenvernehmung nicht erkennen läßt, anhand welcher Unterlagen die Niederlassung der UTA in N[REDACTED] festgestellt hat, daß die ihr vorgelegten Vorverzollungsdokumente das mit dem vorbezeichneten Luftfrachtbrief beförderte Gut betreffen. Grundsätz-

liche Bedenken gegen die Verwertbarkeit der Bekundung des Zeugen, daß die Freigabeerklärung der Niederlassung der UTA in N [REDACTED] den Nachweis der Vorverzollung voraussetzt, konnte das Berufungsgericht daraus aber nicht ohne weiteres herleiten. Der Zeuge hat in einer Weise, die keinen Zweifel am Sinn seiner Bekundung zuläßt, zum Ausdruck gebracht, daß dieser Nachweis bei der Niederlassung in Nigeria geführt werde, und ohne die dafür erforderlichen Unterlagen hätte das vom Zeugen bekundete Kontrollverfahren keinen Sinn. Daß es gleichwohl ohne diese Unterlagen durchgeführt werde, kann nicht schon der Tatsache entnommen werden, daß die Aussage des Zeugen nicht alle Einzelheiten der Kontrollmaßnahmen der UTA in N [REDACTED] erkennen läßt. Daher hätte das Berufungsgericht, wenn es annehmen wollte, daß die Niederlassung der UTA entgegen den Zeugenbekundungen keine zuverlässigen Kontrollen durchführte und sachlich ungerechtfertigte Freigabeerklärungen übermittelte, dies mit den Parteien erörtern und der Klägerin Gelegenheit zu weiterem Beweisantritt insoweit geben müssen (§ 139 ZPO), wie die Revision zu Recht geltend gemacht hat.

3. Die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei nicht bewiesen, daß die Empfängerin gegenüber A [REDACTED] und diese gegenüber der Klägerin das Gut abgerufen habe, kann danach keinen Bestand haben. In der Revisionsinstanz ist daher davon auszugehen, daß die Bedingung erfüllt war, von deren Eintritt die Parteien die Ausführung des der Klägerin erteilten Auftrags abhängig gemacht hatten.

Der Erwägung des Berufungsgerichts, daß der Vergütungsanspruch der Klägerin mangels Beweisbarkeit des vereinbarten Abrufs nicht als fällig geworden angesehen werden könne, ist

damit die Grundlage entzogen. Wenn die Klägerin, wie in der Revisionsinstanz zugrundezulegen ist, nach den getroffenen Vereinbarungen die Versendung des Gutes veranlassen durfte, ist der ihr aus der Ausführung der Beförderung erwachsene Vergütungsanspruch auch fällig geworden. Dem steht nicht entgegen, daß die Empfängerin die Ware nicht abgenommen hat oder wegen Fehlens einfuhrrechtlicher Voraussetzungen nicht abnehmen durfte. Aufgabe der Klägerin war es, das Gut zu befördern und dem Empfänger zur Übernahme anzubieten. Das hat sie unstreitig getan. Auf die Übernahme selbst kommt es für die Fälligkeit vorliegend nicht an. Bei Verträgen, die wie hier auf den Transport von Gütern und damit auf Leistungen nichtkörperlicher Art gerichtet sind, tritt die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Frachtführers (Spediteur-Frachtführers) gemäß den §§ 641, 646 BGB mit der Vollendung des Werkes ein, d.h. mit vollständiger Ausführung der Beförderung. Eine Abnahme im Sinne des § 640 BGB scheidet in diesen Fällen aus (RGZ 110, 404, 408; BGB-RGRK/Glanzmann, 12. Aufl., § 646 Rdnr. 2; Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag, S. 66). Zwar gehört es zu den Verpflichtungen des Frachtführers, bei der Auslieferung des Gutes an den Empfänger mitzuwirken, so daß die Fälligkeit des Frachtanspruchs regelmäßig erst mit der Übergabe des Gutes eintritt (BGH, Urt. v. 22.10.1959 - II ZR 167/57, NJW 1960, 335, 336 = VersR 1960, 28, 29, in BGHZ 31, 88 insoweit nicht abgedruckt; Helm, Großkomm. HGB, 3. Aufl., § 425 Rdnr. 81 am Ende; Willenberg, Kraftverkehrsordnung, 3. Aufl., § 21 Rdnr. 3). Darauf kann jedoch dann nicht abgestellt werden, wenn der Empfänger - wie hier - auf das Angebot des Frachtführers zur Übernahme des Gutes nicht eingeht und damit die Annahme verweigert. In diesen Fällen hat der Frachtführer

seine Pflichten aus dem Beförderungsvertrag mit der Folge des Fälligwerdens seines Vergütungsanspruchs auch dann vollständig erfüllt, wenn es zur Übergabe des Gutes infolge Annahmeverweigerung des Empfängers nicht kommt.

II. Widerklage

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Herausgabeanspruch der Beklagten nach den Bestimmungen des Warschauer Abkommens zu beurteilen sei, nach dessen Art. 12 Abs. 1 Satz 1 der Absender unter bestimmten Voraussetzungen das Recht habe, den Luftfrachtführer anzuweisen, das Frachtgut zum Abgangsflughafen zurückzubringen und es ihm dort zurückzugeben. In diesem Ausgangspunkt ist das Urteil nicht zu beanstanden. Einer Klärung der streitigen Frage, ob die Parteien einen Frachtvertrag oder einen Speditionsvertrag geschlossen haben, bedarf es in diesem Zusammenhang nicht. Auch wenn letzteres angenommen wird, treffen die Klägerin die Rechte und Pflichten eines Luftfrachtführers und unterfallen die Rechtsbeziehungen der Parteien den Bestimmungen des Warschauer Abkommens jedenfalls deshalb, weil die Klägerin die Versendung des Gutes im Wege der Sammelladung bewirkt hat (§ 413 Abs. 2 HGB; BGHZ 96, 136, 139 - Mischpultverstärker, für den Fall der Fixkostenspedition). Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Warschauer Abkommens nach Art. 1 WA hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Die Revision erhebt insoweit auch keine Bedenken.

Soweit jedoch das Berufungsgericht den Herausgabeanspruch für gerechtfertigt erachtet hat, beanstandet die Revision das mit Erfolg. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 WA kann

der Absender die Zurückführung und Wiederaushändigung des Gutes nur unter der Bedingung verlangen, daß er alle frachtvertraglichen Verpflichtungen erfüllt, zu denen jedenfalls alle seine im Zeitpunkt der Anweisung fälligen Verpflichtungen zu zählen sind (s. auch Guldemann, Internationales Lufttransportrecht, Art. 12 WA Rdnr. 15; Schleicher/Reymann/Abraham, Das Recht der Luftfahrt, 3. Aufl., Art. 12 WA Anm. 9). Davon, daß diese Bedingung hier erfüllt sei, kann nicht ausgegangen werden. Dabei kann dahinstehen, ob der Klägerin die von ihr in diesem Zusammenhang geltend gemachten Ansprüche auf Lagergeld (§ 354 Abs. 1 HGB) zustehen und ob die Klägerin die Ausführung von Weisungen der Beklagten auch im Hinblick darauf verweigern durfte, daß diese jegliche Bezahlung von Rücktransportkosten abgelehnt hat. Nach den Ausführungen zu I. ist in der Revisionsinstanz davon auszugehen, daß der Klägerin jedenfalls ein fälliger Vergütungsanspruch für die Ausführung des Transports des Gutes nach Lagos im Zeitpunkt der ihr zuteil gewordenen Weisung der Beklagten zustand. Schon danach kann von einer Verpflichtung der Klägerin zur Zurückschaffung des Gutes und Herausgabe in Köln im jetzigen Verfahrensstadium nicht ausgegangen werden.

2. Kann ein Rückgabeanspruch der Beklagten demgemäß nicht in Betracht gezogen werden, kann auch der auf Art. 19 WA gestützte Feststellungsausspruch des Berufungsgerichts, der auf der Annahme beruht, daß die Klägerin zum Rücktransport und zur Herausgabe des Gutes an die Beklagte verpflichtet sei, keinen Bestand haben.

III. Danach war auf die Revision der Klägerin das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da sie sowohl im Hinblick auf den Zahlungsanspruch der Klägerin als auch im Hinblick auf die Widerklageansprüche der Beklagten weiterer Aufklärung im Tatsächlichen bedarf (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

1. Bei seiner erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht - sofern es darauf ankommen sollte - entgegen seiner bisherigen Beurteilung (UA S. 16) nicht davon ausgehen können, daß die Klägerin, soweit es um die Widerklageansprüche der Beklagten geht, die Beweislast für die Behauptung trägt, die Empfängerin habe das Gut bei A [REDACTED] abgerufen und Anopit habe diesen Abruf an die Klägerin weitergegeben. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, grundsätzlich trage zwar die Beklagte die Beweislast hinsichtlich der tatsächlichen Grundlagen der von ihr verfolgten Ansprüche. Vorliegend gelte das aber nicht. Ein Luftfrachtführer, der, wie hier die Klägerin, das Gut erst auf Abruf des Empfängers auf den Weg bringen dürfe, sei verpflichtet, eine zweifellos beweisbare Art des Abrufs zu wählen. Abgesehen von der Notwendigkeit, im Verhältnis der Vertragspartner zueinander eine beweiskräftige Dokumentation zu schaffen, sei dies erforderlich, um dem Auftraggeber und Absender für den Fall eines unberechtigten Abrufs des Empfängers diesem gegenüber ein zuverlässiges Beweismittel anhand zu geben.

Dieser Beurteilung des Berufungsgerichts kann nicht beigetreten werden. Im Rahmen der Beurteilung der Widerklageansprüche trägt, wovon im Ansatz zutreffend auch das Beru-

funksgericht ausgegangen ist, die Beklagte die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, auch soweit es vorliegend um die zwischen den Parteien streitige Frage des Abrufs geht. Für eine Beweislastumkehr insoweit ist kein Raum. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar anerkannt, daß eine schuldhaft (auch nur fahrlässig-schuldhaft) Beweisvereitelung durch die nicht beweispflichtige Partei zu Beweiserleichterungen bis hin zu einer Umkehr der Beweislast führen kann (vgl. z.B. BGHZ 6, 224, 226; 72, 132, 139). Eine Fallgestaltung, die eine solche Folge rechtfertigt, ist vorliegend aber nicht gegeben.

Dem Berufungsgericht kann zunächst nicht darin beigegeben werden, daß es Sache der Klägerin gewesen sei, im Hinblick auf etwaige Rechtsstreitigkeiten zwischen der Beklagten und deren Vertragspartnerin, der Firma CTM, Beweismittel zugunsten der Beklagten zu schaffen. Aber auch im Hinblick auf das Vertragsverhältnis der Parteien kann die Entgegennahme eines fernmündlichen Abrufs, wie er hier in Rede steht, nicht zu Beweiserleichterungen oder sogar zu einer Beweislastumkehr zugunsten der Beklagten führen. Eine schriftliche oder fernschriftliche Art des Abrufs zu wählen, hatte die Klägerin nicht in der Hand. Sie war Adressatin, nicht Absenderin der in Betracht zu ziehenden Abrufe und hätte einen fernmündlichen Abruf lediglich zurückweisen bzw. auf schriftlicher oder fernschriftlicher Übermittlung bestehen und Anopit als ihren Agenten in Lagos anweisen können, in gleicher Weise gegenüber der Empfängerin zu verfahren. Ein solches Vorgehen war ihr jedoch nach dem Vertrag nicht auferlegt. Auch der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gebot das nicht. Bei einem Bestehen auf schriftlichen

Erklärungen hätte die Klägerin mit Verzögerungen bei der Ausführung des ihr erteilten Auftrags und damit auch bei der Abwicklung des Geschäfts der Beklagten mit der Firma CTM rechnen müssen. Auch ein Scheitern dieses Geschäfts hätte sie für den Fall in Betracht ziehen müssen, daß ein schriftlicher Abruf sie nicht erreichte. Aus den Aussagen des Zeugen F. ergibt sich zwar, daß ein Fernschreibverkehr bestand. Wie der Zeuge Klein aber bekundet hat, war zur Zeit der hier zu beurteilenden Vorgänge der Telexverkehr zwischen Anopit und der Klägerin infolge eines Militärputsches derartig erschwert, daß Abrufe A. nur fernmündlich ausgesprochen wurden. Unter diesen Umständen war es sachgerecht, auch einen fernmündlichen Abruf entgegenzunehmen. Die Versendung des Gutes allein aufgrund eines schriftlichen Abrufs hatte sich die Beklagte nicht ausbedungen. Für die Klägerin war damit auch nicht klargestellt, daß sie für Schäden aus der Zurückweisung eines fernmündlichen Abrufs nicht zu haften brauchte. Daß im kaufmännischen Verkehr der Übermittlung fernmündlicher Erklärungen wie hier keine Bedeutung beigemessen werde und daß die Beklagte bei Vertragsabschluß allein mit der Erteilung und Annahme eines schriftlichen Abrufs hätte rechnen dürfen, ist nicht ersichtlich.

2. Ferner wird das Berufungsgericht bei der Beurteilung des Widerklage-Feststellungsantrags, sofern es darauf ankommen sollte, zu prüfen haben, ob die Beklagte an der Entstehung des von ihr behaupteten Schadens ein mitwirkendes Verschulden trifft (Art. 21 WA; § 254 BGB). Diese Frage ist bei der Entscheidung über eine Feststellungsklage mitzuentscheiden, wenn nach dem Parteivorbringen dazu Anlaß besteht (BGH, Urt. v. 25.11.1977 - I ZR 30/76, NJW 1978, 544). Die Beklag-

te hat behauptet, daß sie das Gut, nachdem es zur Übergabe an die CTM nicht gekommen sei, für 370.000,-- DM anderweit veräußert habe und einen Gewinn von 80.000,-- DM bis 90.000,-- DM hätte erzielen können, wenn die Sendung am 5. September 1984 wieder zu ihrer Verfügung gestanden hätte. Bei einem solchen Sachverhalt hätte es das eigene Interesse der Beklagten gebieten können, mit den Lager- und Rücktransportkosten, von deren Zahlung die Klägerin die Rückführung des Gutes abhängig gemacht hatte, zunächst in Vorlage zu treten und um die Berechtigung der dahingehenden Ansprüche der Klägerin später einen Rechtsstreit zu führen.

v. Gamm

Piper

Erdmann

Teplitzky

Scholz-Hoppe