

Der Unterfrachtführer als Schuldner und Gläubiger*

Professor Dr. Ingo Koller, Regensburg

A. Problem

Im Urteil vom 10. Oktober 2008 hat der BGH¹ die Ansicht vertreten, dass ein Empfänger den das Gut abliefernden HGB-Unterfrachtführer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen darf. Obiter wird ausgeführt, dass die Aktivlegitimation des Empfängers nicht davon abhängt, ob § 437 HGB einschlägig sein könne oder nicht. Davor hatte der BGH² bereits zur CMR und zum WA entschieden, dass der Unterfrachtführer unmittelbar dem Empfänger auf Schadensersatz hafte. Gestützt wird dies auf die Qualifikation des Unterfrachtvertrages als Vertrag zu Gunsten Dritter. Der Unterfrachtvertrag sei in gleicher Weise wie der Hauptfrachtvertrag strukturiert. Der Empfänger müsse nämlich gegenüber dem abliefernden Unterfrachtführer zumindest berechtigt sein, den Primäranspruch auf Ablieferung geltend zu machen und sich auf sein Weisungsrecht zu berufen. Denn andernfalls wäre Art. 13 I CMR bei Transportketten, die sich auf Unterfrachtverträge stützten, weitgehend ohne Bedeutung und die praktikable Abwicklung solcher Transporte ganz erheblich erschwert.³ Da das Sekundärrecht des Empfängers auf Schadensersatz das Primärrecht auf Ablieferung sanktioniere, müssten dem Empfänger gegen den Unterfrachtführer auch entsprechende Haftungsansprüche zustehen. Unklar ist, ob das für alle Unterfrachtführer in der Kette gelten soll. Der Ansatz beim Vertrag zu Gunsten Dritter zwingt an sich zur Bejahung der Frage. Im Anschluss an diese Entscheidungen wurde diskutiert, ob der Empfänger, der Ablieferung verlangt, sich gemäß § 421 II, III HGB dem tatsächlich abliefernden Unterfrachtführer oder allen Frachtführern gegenüber verpflichtet.⁴ Verbreitet wird die Ansicht vertreten, dass die Rechtsprechung des BGH,⁵ wonach ausschließlich der Hauptfrachtführer einen Anspruch auf Fracht etc. gegen den Empfänger erwerbe, nicht fortgeführt werden könne.⁶

B HGB-Frachtführer

I. Anspruch auf Ablieferung

1. Anspruch des Empfängers gegen den Hauptfrachtführer

Der Anspruch auf Ablieferung setzt nach Ansicht des BGH⁷ nicht voraus, dass die Ablieferung verlangt wird. Wenn der Empfänger das Gut lediglich entgegennimmt, ohne vorher die Ablieferung zu verlangen, erfolgt die Ablieferung nicht ohne Rechtsgrund, sondern in Erfüllung des Frachtvertrages (§ 362 BGB). Allerdings vertritt *Ramming*⁸ die Auffassung, in dem Moment, in dem das Gut an der Ablieferungsstelle ankomme, werde der gegen den Hauptfrachtführer gerichtete Anspruch auf Ablieferung quasi undurchsetzbar und der Empfänger sei gehalten, sich an den Unterfrachtführer zu wenden. Der Hauptfrachtführer verliere nämlich, sobald das Gut die Ablieferungsstelle erreicht habe, sein Weisungsrecht gegenüber dem Unterfrachtführer (§ 418 II HGB) und damit die Kontrolle über die Ablieferung des Gutes. *Ramming* übersieht dabei, dass sich das Weisungsrecht auf die Abände-

lung des Frachtvertrages bezieht. Unberührt bleibt deshalb auch an der Ablieferungsstelle der Anspruch des Hauptfrachtführers in seiner Rolle als Absender, vom Unterfrachtführer die Ablieferung an den im Unterfrachtvertrag benannten Empfänger zu verlangen und dies einzuklagen. Unberührt bleibt vor der Ablieferung gleichermaßen das Besitzmittlungsverhältnis (§ 868 BGB) zwischen dem Urabsender, dem Hauptfrachtführer und dem Unterfrachtführer. Der Hauptfrachtführer schuldet mithin an der Ablieferungsstelle uneingeschränkt die Ablieferung an den Empfänger. Daraus folgt, dass der Unterfrachtführer, falls man ihn mit dem BGH⁹ für passivlegitimiert erklärt, neben dem Hauptfrachtführer als Gesamtschuldner zur Ablieferung des Gutes verpflichtet ist (§ 431 BGB). Die These,¹⁰ dass der Anspruch gegen den Hauptfrachtführer erst geltend gemacht werden dürfe, wenn der Empfänger seinen Anspruch gegen den Unterfrachtführer aufgegeben habe, ist damit unvereinbar.

Freilich ist die Durchsetzung dieses Anspruchs durch den Empfänger mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Der Empfänger würde nämlich zwar ein Urteil gegen den Hauptfrachtführer erhalten, in dem dieser, gegebenenfalls Zug um Zug¹¹ gegen die Erfüllung seiner Forderungen aus dem Frachtvertrag, zur Ablieferung verpflichtet wird. Die Vollstreckung könnte aber nur nach Maßgabe der §§ 886, 887 ZPO erfolgen.

2. Anspruch des Empfängers gegen den Unterfrachtführer

Es liegt daher nahe, dem Empfänger auch einen Anspruch auf Ablieferung gegen den das Gut tatsächlich anliefernden Unterfrachtführer zu eröffnen.¹² Auf diese Weise könnte man den Unterfrachtführer als unmittelbaren Besitzer

* Referat, gehalten auf dem Symposium der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht in Leipzig am 5. November 2009 (vgl. TranspR 2009, 342)

1 BGH v. 30. 10. 2008, TranspR 2009, 130, 132.

2 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 426f.

3 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 427.

4 *Thume*, TranspR 2007, 428; Münchener Kommentar-*Jesser-Huß*, HGB, 2. Aufl., Art. 13 CMR Rn. 17; *Ramming*, NJW 2008, 291; *ders.* Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351; *Herber*, TranspR 2008, 239; *Koller*, TranspR 2009, 229; Münchener Kommentar-*Czerwenka*, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 14f, 42f.

5 BGH v. 20. 10. 2005, TranspR 2006, 29, 30.

6 *Thume*, TranspR 2007, 428; *Ramming*, Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351, 355.

7 BGH v. 11. 1. 2007, TranspR 2007, 311, 312.

8 *Ramming*, Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351, 354.

9 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 427.

10 *Ramming*, Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351, 354.

11 Der »Zug um Zug«-Vorbehalt in § 421 I 1 HGB hat eigenständige Bedeutung. § 421 II HGB eröffnet nämlich dem Frachtführer nur einen Anspruch im Rahmen des Frachtbriefs bzw. des Angemessenen. Der »Zug um Zug«-Vorbehalt kann dagegen geltend gemacht werden, soweit Forderungen aus dem Frachtvertrag noch nicht erfüllt sind, selbst wenn diese aus dem Frachtbrief nicht ersichtlich oder unangemessen, aber nicht sittenwidrig überhöht sind.

12 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 427; *Lommatzsch*, Straßenfrachtführer als Dritte, S. 264.

des Gutes zur Ablieferung zwingen. Der Wortlaut des § 421 I HGB ist insoweit indifferent.¹³

Die Bedeutung eines Anspruchs gegen den Unterfrachtführer auf Ablieferung wird wohl überschätzt.

In aller Regel wird der Unterfrachtführer einfach froh sein, das Gut abliefern zu können. Die Frage nach der Passivlegitimation wird deshalb nur dann zu beantworten sein, wenn sich ein Empfänger weigert, das Gut anzunehmen, weil von ihm Zug um Zug Leistungen erwartet werden, die er für nicht geschuldet hält. Sind diese Leistungen geschuldet, so kommt es zur Annahmeverweigerung im Sinn des § 419 Abs. 1 Satz 2 HGB.¹⁴ Die Annahmeverweigerung lässt den Ablieferungsanspruch des Empfängers gegen den Unterfrachtführer erlöschen,¹⁵ da in § 419 HGB bewusst¹⁶ eine Formulierung, wie sie Art. 15 Abs. 2 CMR kennt,¹⁷ nicht aufgenommen worden ist. Hat der Unterfrachtführer dagegen überhöhte Leistungen Zug um Zug geltend gemacht, so wird zwar im Rechtssinn die Annahme nicht verweigert. Der Ablieferungsanspruch gegen den Unterfrachtführer, wenn man ihn mit dem BGH¹⁸ grundsätzlich bejaht, besteht in diesem Fall fort. Bis zu einer Verurteilung des Unterfrachtführers hat dieser aber vielleicht das Gut schon an seinen Auftraggeber zurückgegeben. Ob hier eine einstweilige Verfügung rechtzeitig Abhilfe schaffen kann, wird oft zweifelhaft sein. Immer bleibt aber das Risiko bestehen, dass sich die vom Unterfrachtführer geforderte »Zug um Zug«-Leistung als nicht überhöht herausstellt und deshalb die Klage des Empfängers auf Ablieferung gänzlich abgewiesen wird.¹⁹ Gewicht²⁰ gewinnt mithin der Ablieferungsanspruch des Empfängers nur dort, wo dieser sich das Gut nicht mittels eines Deckungskaufs anderweit besorgen kann oder dort, wo der Empfänger die Transportgefahr trägt und der Wert des Gutes die Haftungshöchstsumme des § 431 HGB übersteigt. Möglicherweise spekuliert der Empfänger auch darauf, dass der Unterfrachtführer, der vertragswidrig nicht abliefern, qualifiziert schuldhaft handelt.

3. Erteilung von Weisungen durch den Empfänger

Komplikationen treten beim Recht des Empfängers auf, Weisungen zu erteilen, sobald das Gut die Ablieferungsstelle erreicht (§ 418 Abs. 2 Satz 2 HGB). Erteilt nämlich der Empfänger dem Unterfrachtführer eine Weisung, so berührt diese auf den ersten Blick nicht den Hauptfrachtvertrag. Ein Durchschlagen der Weisung des Empfängers an den Unterfrachtführer auf den Hauptfrachtvertrag könnte man damit begründen, dass der Empfänger dem Hauptfrachtführer ohnehin keine vom Unterfrachtvertrag abweichende Weisung erteilen kann, weil der Hauptfrachtführer im Verhältnis zum Unterfrachtführer mit der Ankunft des Gutes am Ablieferungsort sein Weisungsrecht verloren hat. Der Hauptfrachtführer könnte daher Weisungen des Empfängers, die von Verfügungen gegenüber dem Unterfrachtführer abweichen, ohne weiteres ablehnen, weil er sie nicht oder nur mit Nachteilen für seinen Betrieb erfüllen könnte. Es drängt sich auf, einen Schritt weiterzugehen und rechtsfortbildend zu postulieren, dass die Weisungen des Empfängers nur einheitlich gegenüber allen Frachtführern erteilt werden können.²¹

4. Annahmeverweigerung durch den Empfänger

Relativ unproblematisch ist die Rechtslage, wenn zwar der Urabsender mit dem Hauptfrachtführer eine Franko-Vereinbarung²² getroffen hat, nicht aber der Hauptfrachtführer mit dem Unterfrachtführer. In einem solchen Fall kann vom Standpunkt des BGH²³ aus der Unterfrachtführer, der unmit-

telbar in Anspruch genommen wird, die Ablieferung von der Bezahlung seiner offenen Frachtforderung abhängig machen. Will der Empfänger die Frachtforderung nicht bezahlen, so verliert er wegen Annahmeverweigerung seinen Ablieferungsanspruch gegen den Unterfrachtführer,²⁴ behält aber auf den ersten Blick seinen Ablieferungsanspruch gegen den Hauptfrachtführer. Der Unterfrachtführer müsste seinerseits seinen Auftraggeber um Weisungen ersuchen, die diesen in Konflikt mit seinen Verpflichtungen aus dem Hauptfrachtvertrag bringen. Denkbar wäre ferner, dass ein Empfänger ersichtlich ausschließlich vom Unterfrachtführer Ablieferung fordert.²⁵ Damit würde er zugleich eine vom Unterfrachtführer im Namen des Hauptfrachtführers angebotene Ablieferung ablehnen, so dass dieser beim Urabsender Weisungen einholen müsste. Es

13 Abweichend *Czerwenka* in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 15, die nicht berücksichtigt, dass der Empfänger hier nur vom Unterfrachtführer Ablieferung verlangt und damit gerade nicht auch vom Hauptfrachtführer. § 421 HGB hat seinem Wortlaut zufolge immer nur denjenigen Frachtführer (Singular) im Auge, von dem Ablieferung verlangt wird. Die von *Czerwenka* ins Spiel gebrachte Vertragsauslegung ist nichts anderes als Rechtsfortbildung, die in für Frachtverträge durchaus typischen Fällen von Unterfrachtverträgen das geschriebene dispositive Recht fortentwickelt. Die Befugnis hierzu bedarf eingehender Begründung.

14 Aus § 419 I 2 HGB ergibt sich nicht eindeutig, ob eine Annahmeverweigerung voraussetzt, dass das Gut vertragsgemäß angeboten wird. Es empfiehlt sich daher, eine Parallele zu § 294 BGB zu ziehen. Zur Frage, ob die Annahmeverweigerung gegenüber allen Frachtführern wirkt, siehe Text unten bei Fn. 22.

15 *Reuschle* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 9 betont die Verbindung zwischen Verfügungsrecht und Ablieferungsanspruch.

16 Begründung zum Regierungsentwurf des Transportrechtsreformgesetzes, BT-Drucks. 13/8445, S. 52. Dort wird zwar fälschlich unterstellt, dass Art. 15 II CMR ein Weisungsrecht des Empfängers regelt. Entscheidend ist jedoch, dass sich die Regierungsbegründung pauschal auf den Standpunkt stellt, der Empfänger müsse sich an der von ihm erklärten Annahmeverweigerung festhalten lassen.

17 Art. 15 II CMR ordnet an, dass der Empfänger, der die Annahme des Gutes verweigert, dessen Ablieferung noch so lange verlangen kann, als der Frachtführer keine dem widersprechende Weisungen des Absenders erhalten hat. Hierzu hat der BGH v. 15. 10. 1998 (TranspR 1999, 102, 104) ausgeführt, dass die Vorschrift zwar zum Verlust der Verfügungsmacht des Empfängers über die Ware, nicht jedoch zum Verlust der Aktivlegitimation hinsichtlich vertraglicher Ersatzansprüche wegen Beschädigung des Gutes führe. Mit Art. 15 CMR solle lediglich der weitere Verbleib des Gutes geklärt werden. Zu Unrecht scheint *Czerwenka* in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 18, unter Berufung auf das Urteil des BGH v. 15. 10. 1998 (a. a. O.) anzunehmen, dass trotz Annahmeverweigerung der Empfänger den Anspruch auf Ablieferung behalte, solange keine anderweitige Weisung des Absenders ergangen sei. Mit der Entscheidung, keine dem Art. 15 II CMR entsprechende Regel im HGB zu verankern, hat der Gesetzgeber vielmehr gezeigt, dass die Ablieferungsansprüche des Empfängers sofort mit dessen Annahmeverweigerung erlöschen sollen. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche. Natürlich entsteht wieder ein Ablieferungsanspruch des Empfängers, wenn das Gut im Einverständnis mit dem Absender an jenen abgeliefert werden soll.

18 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 427.

19 Siehe oben Text bei Fn. 14.

20 Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Empfänger nach Ablauf der Frist des § 424 HGB das Gut für verloren erklären darf.

21 Insoweit ist zu unterstellen, dass der Unterfrachtführer bevollmächtigt ist, Erklärungen, die an den Hauptfrachtführer gerichtet sind, entgegenzunehmen. Da es um Weisungen des Empfängers geht, bereitet § 418 IV HGB keine Schwierigkeiten.

22 Die Abrede führt dazu, dass der Frachtführer dem Empfänger gegenüber keine Forderungen geltend machen kann (*Oetker/Paschke*, HGB, § 421 Rn. 20; *Koller*, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., § 421 HGB Rn. 11 m. w. Nachw.).

23 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 426 f. zur CMR. Siehe ferner dazu unten Text bei Fn. 93.

24 Siehe Text oben bei Fn. 15.

25 Siehe dazu unten Text bei Fn. 102.

empfiehlt sich daher, die Annahmeverweigerung rechtsfortbildend davon abhängig zu machen, dass sie allen Frachtführern gegenüber geäußert wird.

5. Abbedingung der Aktivlegitimation des Empfängers

Insgesamt spricht mithin einiges dafür, den Unterfrachtvertrag hinsichtlich des Ablieferungsanspruchs nicht²⁶ als Vertrag zu Gunsten Dritter zu qualifizieren. Außerdem ist zu bedenken, dass der gegen den Unterfrachtführer gerichtete Ablieferungsanspruch des Empfängers dispositiver Natur ist und wohl auch durch AGB abbedungen werden kann.²⁷ Dazu muss sich der Hauptfrachtführer nicht im Unterfrachtvertrag als Empfänger einsetzen lassen.²⁸ Vielmehr genügt eine Abrede, die den Unterfrachtvertrag ähnlich einem schlichten Werkvertrag ausgestaltet und den Unterfrachtvertrag seiner gesetzestypischen Wirkung zu Gunsten Dritter beraubt. Der Empfänger befindet sich dann im Hinblick auf den Unterfrachtvertrag in einer Situation, die als Anweisung im weiteren Sinn bezeichnet wird.²⁹

6. Zwischenergebnis

Man kann mit dem vom BGH³⁰ befürworteten Ablieferungsanspruch gegen den Unterfrachtführer leben, zumal wenn man ihn auf den Unterfrachtführer begrenzt, der das Gut in seinem unmittelbaren Besitz hat, und rechtsfortbildend einige Modifikationen des Frachtvertragsrechts vornimmt.

II. Ablieferung gegen Erfüllung der Frachtforderung etc.

1. § 421 I 1 HGB

§ 421 Abs. 1 Satz 1 HGB statuiert eine »Zug um Zug«-Einrede (§ 421 Abs. 1 Satz 1 HGB).³¹ Vertritt man die Ansicht, dass der Empfänger sein Ablieferungsbegehren nur an den Hauptfrachtführer richten kann,³² können Zug um Zug nur Forderungen aus dem Hauptfrachtvertrag geltend gemacht werden. Seine »Zug um Zug«-Einrede muss der Unterfrachtführer in einem solchen Fall gegenüber dem Hauptfrachtführer erheben.³³ Plädiert man dagegen mit dem BGH³⁴ dafür, dass die Ablieferung vom Unterfrachtführer begehrt werden kann, so ist dessen Frachtvertrag maßgeblich. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 421 Abs. 1 Satz 1 HGB.

2. Forderungen der Vormänner (§ 442 HGB)

a) Streitstand

Eine gewisse Ausnahme gilt im Rahmen des § 442 HGB. Die Tragweite der Vorschrift ist unklar. In der Regierungsbegründung³⁵ zu § 442 HGB wird hervorgehoben, es sei unerheblich, in welchem Verhältnis die Frachtführer zueinander stehen. Es werde nämlich sowohl der Fall, dass mehrere Frachtführer die Beförderung tatsächlich ausführen, als auch der Fall erfasst, dass der Hauptfrachtführer in vollem Umfang Unterfrachtführer einsetze. Letzteres ist zumindest missverständlich; denn die Formulierung scheint Fälle einzuschließen, in denen ein Hauptfrachtführer für die gesamte Beförderungsstrecke einen Unterfrachtführer einschaltet. Wäre der Hauptfrachtführer vorhergehender und der Unterfrachtführer nachfolgender Frachtführer, so müsste der Unterfrachtführer, wenn von ihm Ablieferung verlangt wird, die Frachtforderung des Hauptfrachtführers neben seiner eigenen Forderung geltend machen.³⁶ Dies hätte die unsinnige Folge, dass der Empfänger mit Frachtforderungen konfrontiert wäre, die er-

heblich die vom Hauptfrachtführer geforderte Fracht übersteigen. Dieser Effekt vergrößert sich, wenn der Unterfrachtführer seinerseits einen weiteren Unterfrachtführer eingesetzt hat. Um dieses absurde Ergebnis zu vermeiden, sollte man sich an derjenigen Passage in den Ausführungen des historischen Gesetzgebers³⁷ orientieren, der zufolge sich § 442 HGB n.F. weitgehend an § 441 HGB a.F. anlehnt.

Zum § 441 HGB a.F. wurde lange Zeit betont, dass das Gut durch »die Hände mehrerer Spediteure oder Frachtführer gegangen sein« müsse.³⁸ Dabei wurde auch die Ansicht vertreten, dass der Vormann den Nachmann im eigenen Namen als Zwischen- oder als Unterfrachtführer bestellt haben könne.³⁹

26 So *Czerwenka* in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 15 (in der Regel nicht). Wenig hilfreich ist die Einschränkung, die *Paschke (Oetker)*, HGB, § 421 Rn. 8, 13) macht, wenn er fordert, dass der Vertrag mit dem Unterfrachtführer eine Ablieferung »an den Empfänger« einschließen müsse; denn jeder Frachtvertrag impliziert, dass das Gut an einen Empfänger abzuliefern ist (§ 407 I HGB). Möglicherweise geht das Anliegen von *Paschke* dahin, Ablieferungsansprüche von Empfängern gegen Unterfrachtführer zu verneinen, wenn diese Empfänger nicht mit dem im Hauptfrachtvertrag benannten Empfänger identisch sind. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass Unterfrachtverträge auch für die Beförderung über Teilstrecken geschlossen werden können.

27 § 449 HGB greift nicht ein, weil er nicht auf § 421 HGB Bezug nimmt. In Betracht kommt lediglich die allgemeine Klausel-Kontrolle gemäß § 307 BGB.

28 So aber wohl *Ramming*, Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351, 354.

29 Der Unterfrachtführer ist von seinem Auftraggeber angewiesen und damit ermächtigt, durch Ablieferung an den Empfänger zu erfüllen (§ 362 II BGB).

30 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 426f. zur CMR.

31 A.A. *Czerwenka* in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 2, 4, 7: Der Empfänger muss sich bereit erklären, die Ansprüche des Frachtführers zu erfüllen, um einen Ablieferungsanspruch zu erwerben. In § 421 I 1 HGB ist jedoch keineswegs davon die Rede, dass sich der Empfänger verpflichten muss, sondern ausschließlich davon, dass er etwas nicht uneingeschränkt verlangen darf. Mit anderen Worten statuiert § 421 I 1 HGB nur eine »Zug um Zug«-Einrede (ebenso *Reuschle* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 16). Der »Zug um Zug«-Vorbehalt setzt nicht voraus, dass der Frachtführer einen Anspruch gegen den Empfänger erworben hat; es genügt, wie § 334 BGB zeigt, ein Anspruch gegen den Absender. Den Urteilen des BGH v. 26. 11. 2005, TranspR 2006, 29, 30 und v. 11. 1. 2007, TranspR 2007, 311, 312 lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. – Das alles hat man auch zu § 435 HGB a.F. so gesehen und sollte durch das Transportrechtsreformgesetz nicht geändert werden. Vielmehr ist in der Regierungsbegründung (BT-Drucks. 13/8445, S. 55) ausdrücklich davon die Rede, dass § 421 I 1 HGB dem § 435 S. 1 HGB a.F. weitgehend nachgebildet ist. Allerdings wird dort ausgeführt, dass das Ablieferungsverlangen »mit der Erfüllung« der sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen verknüpft sei. Dies darf jedoch nicht dahin verstanden werden, dass die Ablieferung nur gefordert werden darf, wenn zugleich erfüllt wird; denn der Ablieferungsanspruch entsteht mit dem Zug um Zug-Vorbehalt auch dann, wenn die den Schuldbeitritt betreffende Regelung des § 421 II HGB abbedungen worden ist. Der Anspruch auf Ablieferung wird mithin nicht durch die Erfüllung der Forderungen aus dem Frachtvertrag bedingt, sondern ist wie ein Erfüllungsanspruch bei anderen Werkverträgen auch, Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung zu erfüllen. Hierdurch wird der Frachtführer ausreichend geschützt.

32 *Herber*, TranspR 2008, 239; Münchener Kommentar-*Czerwenka*, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 7.

33 §§ 273, 320, 334 BGB.

34 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 427.

35 Begründung zum Regierungsentwurf des Transportrechtsreformgesetzes, BT-Drucks. 13/8445, S. 81.

36 Beispiel: Fracht des Hauptfrachtführers beträgt 100, die des Unterfrachtführers 90; die Summe beläuft sich auf 190.

37 Begründung zum Regierungsentwurf des Transportrechtsreformgesetzes, BT-Drucks. 13/8445, S. 81.

38 *Staub*, HGB, 11. Aufl. 1921, § 441 Einleitung; *Gadow* in RGRKomm zum HGB, § 441 Einleitung jew. m. Nachw.

39 *Makower*, Handelsgesetzbuch, 13. Aufl. 1906, § 441 Anm. I a.

Kein Nachmann sei hingegen, wer mit dem Absender einen Frachtvertrag geschlossen habe. Außerdem müssten dem letzten Frachtführer die Forderungen der Vormänner aus dem Frachtbrief oder in sonstiger Weise bekannt geworden sein. Nach 1945 waren *Schlegelberger/Gesler*⁴⁰ der Auffassung, dass § 441 HGB a.F. einen einheitlichen Frachtvertrag für die Beförderung durch die beteiligten Frachtführer oder Spediteure voraussetze. *Helm*⁴¹ plädierte hingegen dafür, an den vom Absender in Gang gesetzten, in wirtschaftlich-technischer Hinsicht zusammengehörigen Beförderungsvorgang durch aufeinanderfolgende Frachtführer⁴² anzuknüpfen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang seine zutreffende Prämisse: Es sei zeitraubend und störend, wenn ein Glied der Beförderungskette die Weitergabe des Gutes von der vorherigen Bezahlung seiner Forderungen abhängig machen würde.⁴³ *Ramming*⁴⁴ schließlich scheint unter § 442 HGB n.F. alle in den Beförderungsvorgang eingebundenen Frachtführer und Spediteure als Glieder der Kette zu subsumieren, mögen sie das Gut auch nicht selbst in Händen gehalten oder gar transportiert haben. Dieser Ansatz hat, wie erwähnt, die missliche Konsequenz, dass die Summe der Forderungen, die der letzte Frachtführer beziehungsweise Spediteur geltend zu machen hat, leicht die für die Gesamtstrecke vereinbarte Fracht um ein Mehrfaches übersteigen kann;⁴⁵ sie ist deshalb auszuschneiden.

b) Ratio legis

§ 442 HGB, dessen praktische Bedeutung gering ist,⁴⁶ ist streng im Licht seiner ratio legis zu interpretieren. Es geht darum, dass der Frachtführer⁴⁷ unmittelbarer Besitzer des Gutes geworden ist (§ 854 BGB) und das Gut vertragsgemäß einem anderen Transportunternehmer zu übergeben hat. Dieser nimmt mithin im Vertrag zwischen dem Vormann und dessen Auftraggeber die Rolle des Empfängers⁴⁸ ein. Der Vormann, der mit der Übergabe an seinen Nachmann den Besitz verliert,⁴⁹ könnte mithin an sich gemäß § 421 I 1 HGB die Übergabe des Gutes davon abhängig machen, dass ihm Zug um Zug gegen Ablieferung die Fracht etc. gezahlt wird.⁵⁰ Ähnliches gilt gemäß § 456 HGB für den Spediteur.⁵¹ Um zu verhindern, dass der übernehmende Transportunternehmer diese Forderungen ausgleichen und damit finanzieren muss, und um andererseits auch zu verhindern, dass der Vormann als Gläubiger auf seine Sicherheiten⁵² vollkommen verzichten muss, ordnet § 442 HGB an, dass der »Zug um Zug«-Vorbehalt erst bei der Ablieferung an den endgültigen Empfänger wirksam wird und dass die Pfandrechte fortbestehen. Das hat zur Konsequenz, dass Nachmann nur jemand sein kann, der Adressat einer Aufforderung sein kann, Zug um Zug gegen Übernahme des Gutes zu zahlen.⁵³ Dies bedeutet gleichzeitig, dass an sich die Forderung, die später gegenüber dem Endempfänger⁵⁴ geltend gemacht werden soll, im Moment der Weitergabe des Gutes fällig gewesen sein muss.

c) Fallgruppen

Aus dieser ratio legis ergeben sich folgende Fallgruppen:

aa) Der Hauptfrachtführer setzt für die ganze Strecke einen Unterfrachtführer (1), dieser einen weiteren Unterfrachtführer (2) ein. Das Gut wird beim Auftraggeber des Hauptfrachtführers vom Unterfrachtführer (2) übernommen. Hier gilt, dass der Vormann das Gut »in Händen gehalten« haben muss. Dies kann man weder vom Hauptfrachtführer noch vom Unterfrachtführer (1) behaupten. Außerdem wären die Frachtforderungen des Hauptfrachtführers und des Unterfrachtführers (1) nicht in dem Moment fällig, in dem der

Unterfrachtführer (2) das Gut beim Auftraggeber des Hauptfrachtführers übernimmt. § 442 HGB greift somit nicht ein.

bb) Hatte der Hauptfrachtführer von A nach C zu befördern und hatte er für die Strecke A – B den Unterfrachtführer (1)⁵⁵ sowie für die Strecke von B – C den Unterfrachtführer (2) eingesetzt, so ist der Unterfrachtführer (2) nachfolgender und der Unterfrachtführer (1) vorhergehender Frachtführer; denn der Unterfrachtführer (2) war aus der Sicht des Unterfrachtführers (1) der Empfänger, dem er das Gut abzuliefern hatte. Der Unterfrachtführer (1) ist dagegen jedenfalls dann nicht Empfänger im Sinn des Hauptfrachtvertrages, wenn er das Gut beim Auftraggeber des Hauptfrachtführers übernommen hatte. Hatte der Hauptfrachtführer das Gut selbst übernommen und später an den Unterfrachtführer (1) weitergegeben, so ist der Hauptfrachtführer gleichfalls nicht vorhergehender Frachtführer, weil seine Frachtforderungen etc. nicht bei Übergabe des Gutes an den Unterfrachtführer (1) fällig geworden waren und deshalb nicht hätten Zug-um-Zug geltend gemacht werden können.

cc) Hatte der Hauptfrachtführer von A nach B zu befördern und sollte er nach Absprache mit seinem Auftraggeber für die Strecke B – C im eigenen Namen auf Rechnung seines Auftraggebers einen Zwischenfrachtführer einschalten,⁵⁶ so liefert der Hauptfrachtführer das Gut an den Zwischenfrachtführer als seinen Empfänger ab. In diesem Moment ist auch die Fracht des Hauptfrachtführers fällig. Damit ist der Hauptfrachtführer in dieser Fallkonstellation vorhergehender und der Zwischenfrachtführer nachfolgender Frachtführer.

dd) In der Situation, dass ein Urabsender für die Strecke A – B den Frachtführer (1), für die Strecke B – C den Frachtführer (2) und für die Strecke C – D den Frachtführer (3) verpflichtet, fungieren aus der Sicht der Frachtführer (1) und (2) jeweils die Frachtführer (2) und (3) als Empfänger. Außerdem sind die Forderungen der Frachtführer (1) und Frachtführer (2) bei Übergabe des Gutes fällig. Damit sind

40 *Schlegelberger/Gesler*, HGB, 5. Aufl., § 441 Rn. 2.

41 *Staub*, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 441 Rn. 1, 6.

42 Bzw. Spediteure (§ 442 III HGB).

43 Ebenso C. *Schmidt* in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 442 HGB Rn. 2.

44 *Ramming*, TranspR 2006, 235ff., bes. S. 237; *ders.*, Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351, 353; ebenso *Schaffert* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 425 Rn. 2 in Widerspruch zur in Rn. 1 dargestellten ratio legis.

45 Siehe Text oben bei Fn. 36.

46 Vgl. *Helm* in *Staub*, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 441 Rn. 2.

47 Bzw. der Spediteur (§ 442 III HGB).

48 Im Fall des § 442 III HGB hat der Spediteur das Gut an den von ihm zu beauftragenden Frachtführer zu übergeben.

49 Vgl. BGH v. 18. 4. 2002, TranspR 2002, 292, 294.

50 *Schaffert* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., § 442 Rn. 1. Ähnlich *Heymann/Schlüter*, HGB, 2. Aufl. § 442 Rn. 1.

51 Mit der Übergabe des Gutes an den von ihm beauftragten Frachtführer wird die Provisionsforderung des Spediteurs fällig. Er kann deshalb die Übergabe des Gutes an den Frachtführer von der Erfüllung seiner Ansprüche abhängig machen (§ 273 f. BGB).

52 Insbesondere in Form des Zurückbehaltungsrechtes.

53 So wohl auch C. *Schmidt* in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 442 HGB Rn. 4.

54 Dies kann auch ein vom Endempfänger beauftragter »Vollmachtsspediteur« sein (*Helm* in *Staub*, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 441 Rn. 7), während ein von einem Vormann eingeschalteter Empfangsspediteur, der das Gut noch an den Empfänger abzuliefern hat, Nachmann ist (*Helm* in *Staub*, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 441 Rn. 10).

55 Der Unterfrachtführer (1) ist zugleich Absender und Hauptfrachtführer im Verhältnis zum Unterfrachtführer (2).

56 Der Frachtführer wird bei diesem Geschäft als Spediteur tätig.

der Frachtführer (1) und der Frachtführer (2) vorhergehende Frachtführer und ist der Frachtführer (3) der letzte nachfolgende Frachtführer.⁵⁷ Entgegen der in der älteren Literatur zu § 441 HGB a.F. vertretenen Ansicht⁵⁸ schadet es nicht, dass der Urabsender die Transportaufträge erteilt hat. Wurden die Aufträge von einem Spediteur i.S.d. § 453 HGB vergeben, so ist § 442 III HGB heranzuziehen, sofern der Spediteur das Gut in seinen Händen gehalten hat.⁵⁹

ee) Immer ist notwendig, dass bei der Übernahme des Gutes durch den nachfolgenden Transportunternehmer eine der »Zug um Zug«-Einrede vergleichbare Situation existiert. Dies ist nur dann zu bejahen, falls gegenüber dem nachfolgenden Transportunternehmer die Forderungen bei Übergabe des Gutes beziffert werden. Es muss für den nachfolgenden Transportunternehmer möglich sein, die Übernahme des Gutes abzulehnen, wenn er mit erhöhten Pflichten, wie der Pflicht, Forderungen geltend zu machen, konfrontiert wird, mit denen er bei Abschluss seines Vertrages nicht rechnen musste.⁶⁰ Verfehlt⁶¹ wäre es, mit *Ramming*⁶² die Frage, inwieweit der Nachmann die Forderungen des Vormanns kannte oder kennen musste,⁶³ auf die Ebene des Verschuldens zu verschieben. Der Umstand, dass § 442 HGB nicht ausdrücklich das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis oder des Kennen-Müssens erwähnt, ist unerheblich. § 442 I HGB zufolge wird nämlich kein Erfolg, sondern eine bloße Tätigkeit, ein Sich-Bemühen geschuldet.⁶⁴ Es versteht sich von selbst, dass das Gesetz demjenigen, der ein Tätigwerden schuldet, keine Pflicht auferlegen will, die er nur mit unzumutbaren Anstrengungen erfüllen kann. Dazu würde die Pflicht zählen, eine Forderung geltend zu machen, die der Schuldner nicht kennt und die er auch nicht kennen muss. Es geht deshalb nicht an, den Schuldner erst auf der Ebene des Verschuldens zu entlasten (§ 280 I 2 BGB) und ihm damit den nur schwer zu führenden Beweis der unverschuldeten Unkenntnis aufzubürden.

3. Einwand gegen den Ablieferungsanspruch aus dem Pfandrecht

Bei der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang die Unterfrachtführer Pfandrechte erwerben, muss man zwischen zwei Fallgruppen unterscheiden.

a) Fall des § 442 HGB

Bei dieser Fallgruppe beauftragt ein Urabsender den Frachtführer (1) mit dem Transport von München nach Nürnberg, den Frachtführer (2) mit der Beförderung des Gutes bis Kassel und den Frachtführer (3) mit dem Transport bis Hamburg derart, dass der Frachtführer (1) das Gut an den Frachtführer (2), dieser an den Frachtführer (3) und der Frachtführer (3) das Gut an den Endempfänger abliefern. Jeder Frachtführer hat es somit im Rahmen seines Frachtvertrages mit einem anderen Empfänger zu tun. Bei derartigen aufeinanderfolgenden Frachtführern ordnet § 442 I 2 HGB zu deren Sicherheit den Fortbestand der Pfandrechte an. Dies ist nicht selbstverständlich; denn ohne diese Vorschrift würde das Pfandrecht drei Tage nach Ablieferung an den jeweiligen nachfolgenden Frachtführer untergehen; gegebenenfalls auch früher, wenn dieser seinerseits das Gut weitergegeben hat. Die Frachtführer behalten deshalb ihre Pfandrechte bis zur Ablieferung an den Endempfänger; unter Umständen drei Tage darüber hinaus (§ 441 III HGB). Anzumerken ist, dass die Summe der Frachtforderungen der Unterfrachtführer, die durch die Pfandrechte gedeckt werden, in etwa dem entspricht, was als Vergütung für die Gesamtstrecke zu veranschlagen ist.

b) Kette von Frachtführern; der letzte Unterfrachtführer befördert auf der Gesamtstrecke

Folgendes Beispiel dient als Ausgangspunkt: Der Urabsender A beauftragt den Hauptfrachtführer; die Fracht beträgt 100. Der Hauptfrachtführer beauftragt seinerseits den Unterfrachtführer (1) zum Preis von 90, der Unterfrachtführer (1)⁶⁵ den Unterfrachtführer (2) zum Preis von 85 und der Unterfrachtführer (2) den Unterfrachtführer (3). Dieser vereinbart eine Fracht in Höhe von 80 und befördert das Gut tatsächlich zum Empfänger. Ich unterstelle, dass der Empfänger nicht gemäß 421 II HGB haftet.⁶⁶

In einem solchen Fall werden die Ansprüche der Frachtführer gegen den jeweiligen Absender gesichert, also die Ansprüche in Höhe von 100, 90, 85, 80. Die Auftraggeber der Unterfrachtführer sind allerdings keine Eigentümer des Gutes. Es genügt indessen eine Ermächtigung zur Verpfändung durch den Eigentümer, die nach ganz herrschender Meinung⁶⁷ grundsätzlich schon dann als erteilt gilt, wenn der Eigentümer mit einer Beförderung seines Gutes rechnen musste und damit einverstanden war. Man wird angesichts der Üblichkeit von Unterfrachtverträgen nicht annehmen können, dass Eigentümer wegen der Gefahr, dass ihr Gut mit einem Pfandrecht eines Unterfrachtführers belastet wird, nur mit dem Transport durch einen Hauptfrachtführer einverstanden sind. Man müsste dann schon einen Schritt weiter gehen und die Gleichsetzung der Ermächtigung zur Pfandrechtsbestellung mit dem Einverständnis zum Transport in Frage stellen. Dies würde aber voraussetzen, dass die geschil- derten Pfandrechte den Eigentümer unzumutbar belasten.

Das Pfandrecht scheidet nicht am fehlenden Besitz der Frachtführer. Der letzte Frachtführer, in meinem Beispiel der Unterfrachtführer (3), der das Gut übernimmt, vermittelt⁶⁸ den Besitz seinem Auftraggeber, dem Unterfrachtführer (2), dieser dem Unterfrachtführer (1) und dieser dem Hauptfrachtführer. Für die Begründung des Pfandrechts genügt mittelbarer Besitz, wie sich auch aus § 441 II HGB ergibt. Der mittelbare Besitz des Unterfrachtführers (2), des Unterfrachtführers (1) und des Hauptfrachtführers gründen auf § 418 HGB. In ihrer Rolle als Absender können die Frachtführer die Weisung erteilen, das Gut zu ihnen zu transportieren und es an sie abzuliefern. Dass der Herausgabeanspruch der Auftraggeber gegenüber den Unterfrachtführern von einer derartigen Weisung abhängt, ist für die Begründung des Besitz-

57 Zutr. Helm in Staub, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 441 Rn. 5; C. Schmidt in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 442 HGB Rn. 3.

58 Makower, Handelsgesetzbuch, 13. Aufl. 1906, § 441 Anm. I a; weitere Nachw. bei Helm in Staub, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 441 Rn. 5.

59 So wohl auch Helm in Staub, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 441 Rn. 9.

60 A. A. Ramming, TranspR 2006, 235, 243.

61 Schaffert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 442 Rn. 4; C. Schmidt in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 442 HGB Rn. 4; Oetker/Paschke, HGB, § 442 Rn. 3.

62 Ramming, TranspR 2006, 235, 243.

63 § 280 I 2 BGB.

64 Ebenso Ramming, TranspR 2006, 235, 239.

65 Der Unterfrachtführer (1) ist zugleich Hauptfrachtführer im Verhältnis zum Unterfrachtführer (2).

66 Zu denken ist hier an den Fall, dass dem Empfänger das Gut ohne dessen besonderes Ablieferungsverlangen übergeben worden ist.

67 Koller, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., § 441 HGB Rn. 5 m. Nachw.; Schmidt in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 441 HGB Rn. 15.

68 BGHZ 32, 194, 204; Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 868 BGB Rn. 11.

mittlungsverhältnisses unerheblich. Die Pfandrechte der Unterfrachtführer (1) und (2) sowie des Hauptfrachtführers erlöschen auch nicht in dem Moment, in dem der Unterfrachtführer (3) beim Empfänger ankommt. Zwar erlöschen gemäß 418 II 1 HGB in diesem Augenblick die Verfügungsrechte der – im konkreten Fall aller – Absender. Die Pfandrechte bleiben jedoch gemäß § 441 III HGB grundsätzlich weitere drei Tage wirksam. Ergebnis dieser Überlegungen ist, dass das Gut in meinem Beispiel mit vier Pfandrechten belastet ist, die Forderungen in Höhe von 355 sichern, obwohl die Fracht des Hauptfrachtführers nur 100 beträgt.

Soll man deswegen den Unterfrachtführern den Erwerb von Pfandrechten mit der bereits angedeuteten Begründung versagen? Dies ist nicht unbedingt notwendig. Nimmt man an, dass alle Frachtführer ihre Pfandrechte geltend machen, so genießt das Recht des Unterfrachtführers (3) den Vorrang (§ 443 I HGB). Der Eigentümer kann dem Unterfrachtführer (3) 80 zahlen. Gemäß § 1225 BGB bzw. den §§ 1249, 268 III BGB erwirbt er damit dessen Forderung in Höhe von 80 gegen den Unterfrachtführer (2). Anschließend zahlt er an den Unterfrachtführer (2) fünf und bringt die auf ihn übergegangene Forderung in Höhe von 80 ins Spiel. In der Regel existiert hier zwar keine echte Aufrechnungssituation, doch greift hier § 1224 BGB ein. Der Eigentümer erwirbt auf diese Weise die Forderung des Unterfrachtführers (2) gegen den Unterfrachtführer (1). Der Eigentümer zahlt an ihn wiederum fünf und rechnet mit der auf ihn übergegangenen Forderung gegen den Unterfrachtführer (1) auf. Damit geht die Forderung des Unterfrachtführers (1) gegen den Hauptfrachtführer in Höhe von 90 auf den Eigentümer über. Nuncmehr kann der Eigentümer das Pfandrecht des Hauptfrachtführers aus dem Weg räumen, indem er 10 an ihn zahlt und die auf ihn übergegangene Forderung in Höhe von 90 aufrechnet. Es ist demnach keineswegs so, dass im Endergebnis das Gut für die Summe der Frachten aller Frachtführer haften würde. Freilich ist die Befriedigung der Pfandgläubiger juristisch und praktisch recht kompliziert. Falls der Endempfänger das Gut von den Pfandrechten entlasten will, muss er es gemäß den §§ 1249, 268 BGB ablösen. Die dabei vorzunehmenden Schritte decken sich weitestgehend mit der Befriedigung der Frachtführer durch den Eigentümer. Dieses Geflecht von Pfandrechten wird in der Praxis nur sehr selten die geschilderten Schwierigkeiten bereiten, weil die Frachtführer kaum jemals die 3-Tage-Frist des § 441 III HGB wahren werden. Die Rechtslage vereinfacht sich nochmals, wenn man die Frachtführer zu Gesamtgläubigern im Sinn des § 428 BGB erklärt.⁶⁹

III. Anspruch auf Schadensersatz

1. Vorbemerkung

Vorweg ist festzuhalten, dass der Entschädigungsanspruch weder an einen Ablieferungsanspruch noch an ein Ablieferungsverlangen gekoppelt ist.⁷⁰ Dies beweist eindeutig die Rechtslage bei Verlust des Gutes, bei dem der Ablieferungsanspruch untergegangen ist, bevor ihn der Empfänger erworben haben kann, und der Empfänger gleichwohl gemäß § 421 Abs. 1 S. 2 HGB ersatzberechtigt ist.

2. Ansprüche des Empfängers

a) § 437 HGB als *lex specialis*

Zweifellos darf der Empfänger im Rahmen des § 437 HGB gegen den Unterfrachtführer vorgehen. Voraussetzung

ist nach verbreiteter Meinung allerdings, dass der Unterfrachtführer zumindest faktisch als HGB-Frachtführer oder HGB-Spediteur tätig geworden ist.⁷¹ Der Unterfrachtführer, der den Schaden zu verantworten hat, haftet dann mangels besonderer Abreden mit dem Hauptfrachtführer nach Maßgabe des gesetzestypischen Hauptfrachtvertrages.

Wie bereits anderweit dargelegt,⁷² blockiert entgegen der Ansicht des BGH⁷³ § 437 HGB als *lex specialis* in seinem Anwendungsbereich weitergehende Ansprüche des Empfängers gegen den Unterfrachtführer. Hierfür spricht klar die Entstehungsgeschichte des § 437 HGB.⁷⁴

In dem vom BGH⁷⁵ entschiedenen Fall steht allerdings einem unmittelbaren Zugriff auf den Unterfrachtführer nichts im Wege; denn hier konnte § 437 HGB nicht herangezogen werden. Der Hauptfrachtvertrag war nämlich dem Recht Taiwans unterworfen und § 437 HGB greift nur bei einem HGB-Hauptfrachtvertrag⁷⁶ ein.⁷⁷ Ähnlich ist die Situation, wenn der Hauptfrachtführer einen Multimodalfrachtvertrag (zum Beispiel Schiff-Lkw) abgeschlossen hat, auf den das HGB anzuwenden ist. Verursacht ein Lkw-Frachtführer auf einer grenzüberschreitenden Teilstrecke einen Schaden, so haftet er seinem Auftraggeber auf der Grundlage der CMR. In gleicher Weise haftet der Multimodalfrachtführer als Hauptfrachtführer gemäß § 452a HGB. Der Empfänger kann ebenfalls den Multimodalfrachtführer gemäß § 452a HGB in Anspruch nehmen, nach wohl herrschender Meinung aber nicht den Lkw-Frachtführer gemäß § 437 HGB, weil die Vorschrift einen HGB-Frachtvertrag oder ein vergleichbares faktisches Verhältnis voraussetzt.⁷⁸ Dieser Lkw-Frachtführer kann jedoch vom Empfänger direkt wie jeder normale CMR-Unterfrachtführer auf Ersatz verklagt werden.⁷⁹

Hält man die Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Transportrechtsreformgesetzes nicht für zwingend, so sollte man darauf achten, dass keineswegs ein Gleichlauf von Ablieferungs- und Schadensersatzansprüchen geboten ist.⁸⁰ Wird in einer Kette von fünf Unterfrachtführern das Gut

69 Dazu Text unten bei Fn. 108. Zu beachten ist allerdings, dass im Rahmen des § 421 II, III HGB nicht alle Ansprüche geltend gemacht werden können, die das Pfandrecht sichert.

70 *Ramming*, Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351, 352. Siehe ferner Text oben bei Fn. 7.

71 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Schaffert*, HGB, 2. Aufl., § 437 HGB Rn. 6; *Koller*, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., § 437 HGB Rn. 12; *Thume*, VersR 2000, 1071, 1072; *Koller*, TranspR 2000, 355 ff.; a. A. Münchener Kommentar-*Herber*, HGB, 2. Aufl., § 437 HGB Rn. 10.

72 *Koller*, TranspR 2009, 229 ff.

73 BGH v. 30. 10. 2008, TranspR 2009, 130, 132.

74 A. A. *Ramming*, Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351, 353. Dagegen spricht, dass der vom BGH eingeschlagene Weg in dem Aufsatz *Koller*, VersR 1993, 920, entwickelt worden und ein hierauf aufbauender Gesetzesvorschlag in der Sachverständigenkommission zur Reform des Transportrechts vorgelegt worden ist. Dieser Vorschlag wurde jedoch nicht aufgenommen. Vielmehr meinte man, mit der Figur des ausführenden Frachtführers den vom BGH verneinten Direktanspruch gegen den Unterfrachtführer besser eröffnen zu können.

75 BGH v. 30. 10. 2008, TranspR 2009, 130.

76 Gemeint ist hier der Vertrag, den der Urabsender abgeschlossen hat.

77 BGH v. 30. 10. 2008, TranspR 2009, 130, 131; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Schaffert*, HGB, 2. Aufl., § 437 HGB Rn. 7; *Koller*, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., § 437 HGB Rn. 15.

78 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Schaffert*, HGB, 2. Aufl., § 437 HGB Rn. 6; *Koller*, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., § 437 HGB Rn. 12.

79 Siehe Text unten bei Fn. 113.

80 Siehe Text oben bei Fn. 70.

beim zweiten Unterfrachtführer beschädigt, so ist der letzte Unterfrachtführer zwar zur Ablieferung, nicht aber zum Schadensersatz verpflichtet. Hat der letzte Unterfrachtführer den Schaden verursacht, so droht eine Vervielfältigung der Aktivlegitimation.⁸¹ Wenn man § 437 HGB nicht als *lex specialis* ansieht, empfiehlt es sich daher, in Anlehnung an die CMR, Schadensersatzansprüche nur gegen denjenigen Unterfrachtführer zu eröffnen, in dessen unmittelbarer Obhut das Gut geschädigt worden ist.

b) Abdingbarkeit der Aktivlegitimation des Empfängers

Der Empfänger, der den Unterfrachtführer erfolgreich aus dem Unterfrachtvertrag auf Ersatz verklagen will, muss bedenken, dass § 421 Abs. 1 Satz 2 HGB teilweise abbedungen sein kann.⁸² In seinem Vertrauen, dass dies nicht geschehen ist, wird der Empfänger nicht geschützt. Durch den bloßen Abschluss eines Frachtvertrages wird nämlich nicht der Rechtsschein erzeugt, dass Absender und Frachtführer ihre Vertragsfreiheit nicht genutzt haben. § 421 HGB wird in § 449 HGB nicht erwähnt, so dass es an sich möglich ist, in Unterfrachtverträgen durch AGB die Aktivlegitimation auf den jeweiligen Absender zu beschränken.⁸³ Das dürfte auch nicht zwangsläufig im Sinn des § 307 BGB unangemessen sein.⁸⁴ Es ist somit nicht erforderlich, um § 421 HGB auszuhebeln, den Umweg zu gehen, im Unterfrachtvertrag zu vereinbaren, dass der Hauptfrachtführer als Absender zugleich der Empfänger sein soll.⁸⁵

c) Einwendungen des Unterfrachtführers

Ferner ist zu bedenken, dass der Empfänger Gefahr läuft, für ihn kaum antizipierbar mit Einwendungen konfrontiert zu werden, zum Beispiel mit der Zahlung des Unterfrachtführers an seinen Auftraggeber, mit einer Aufrechnung oder mit für ihn unbekanntem Abreden im Unterfrachtvertrag. Auch ein Mitverschulden des Auftraggebers des Unterfrachtführers muss sich der Empfänger voll entgegenhalten lassen.

d) Beweislast des Empfängers

Schließlich muss der Empfänger noch beweisen, dass der Schaden in der unmittelbaren Obhut des Unterfrachtführers entstanden ist. Der Unterfrachtführer muss deshalb wohl nicht allzu oft damit rechnen, vom Empfänger ohne Berufung auf § 437 HGB auf Schadensersatz verklagt zu werden.

3. Ansprüche des Absenders gegen den Unterfrachtführer

Der Auftraggeber ist Absender im Sinn des § 407 HGB.⁸⁶ Er kann vom Unterfrachtführer natürlich Ablieferung an den Empfänger, er kann von ihm auch Schadensersatz verlangen (§ 421 I 2 HS 2 HGB). Problematisch ist insoweit nur, ob er Geldleistung oder Freistellung fordern darf oder ob er sich mit einer Feststellungsklage begnügen muss. Ersteres gilt sicherlich dann, wenn der Auftraggeber selbst bereits Schadensersatz geleistet hat, weil er für das Fehlverhalten des Unterfrachtführers einzustehen hat. Man wird von dem Grundsatz ausgehen können, dass der Unterfrachtführer seinem Auftraggeber, wenn dieser noch nicht selbst den Schaden ersetzt hat, nur⁸⁷ auf Freistellung haftet und selbst dies dann nicht, wenn der Auftraggeber seine eigene Haftung bestreitet oder die Höhe der eigenen Haftung des Auftraggebers ungewiss ist. In den zuletzt genannten Fällen ist nach der Rechtsprechung eine Feststellungsklage am Platz.⁸⁸ Der Anspruch

auf Freistellung ist auch in der Frachtführerkette grundsätzlich abtretbar.⁸⁹ Unerheblich ist, ob die Höhe des Schadens feststeht. Der Anspruch auf Freistellung verwandelt sich nicht dadurch in einen Zahlungsanspruch, dass ein Unterfrachtführer als Regressschuldner den ihm seinerseits zustehenden Freistellungsanspruch in der Kette an einen Regressgläubiger abtritt, der seinerseits Frachtführer oder Spediteur ist. Der Freistellungsanspruch wird dagegen zum Zahlungsanspruch, sobald er an den Urabsender oder an den Empfänger des Hauptfrachtvertrages abgetreten wird.

Daran ändert auch nichts der § 437 HGB. Mit dieser Vorschrift lässt sich im übrigen nicht verhindern, dass der Empfänger in dem Regresskarussell einen höheren Ersatzanspruch durchsetzen wird als er aus § 437 HGB ableitbar gewesen wäre. Insoweit kann man dem BGH⁹⁰ voll zustimmen, wenn er annimmt, dass die Haftung gemäß § 437 HGB die Haftung aus dem Unterfrachtvertrag nicht erlöschen lässt. Das ist auch dann richtig, wenn man in Hinblick auf die Unterfrachtführer den Empfänger nicht neben dem jeweiligen Absender für aktivlegitimiert hält.

IV. Ansprüche des Unterfrachtführers auf Zahlung der Fracht etc.

1. Vorbemerkung

§ 421 Abs. 2, 3 HGB knüpft automatisch an das Ablieferungsverlangen des Empfängers einen Anspruch auf Zahlung der Fracht sowie des Standgeldes. Hierfür genügt nach Ansicht des BGH⁹¹ nicht die bloße Übernahme des dem Empfänger zur Ablieferung angebotenen Gutes. Vielmehr muss der Empfänger die Ablieferung fordern, bevor ihm die Übergabe des Gutes offeriert wurde, oder Ablieferung fordern, obwohl der Frachtführer Zahlung der Fracht etc. verlangt.

2. Grundsatz

Vom Ansatz des BGH⁹² her, der einen Ablieferungs-

81 Koller, TranspR 2009, 229, 230.

82 Fremuth in Fremuth/Thume, Kommentar zum Transportrecht, 2000, § 421 HGB Rn. 31.

83 Einer Analogie zu § 449 HGB steht das Analogieverbot bei Enumerationen entgegen.

84 Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es über viele Jahrzehnte der Rechtspraxis entsprach, nur dem Absender Schadensersatzansprüche gegen den Unterfrachtführer zu eröffnen und den Empfänger, der den Unterfrachtführer in Anspruch nehmen will, auf § 437 HGB zu verweisen.

85 So Rammung, Hamburger Zeitschrift für Schifffahrtsrecht 2009, 351, 354, der nicht beachtet, dass bei dieser Vertragsgestaltung der Unterfrachtführer ermächtigt werden kann, an den im Hauptfrachtvertrag genannten Empfänger abzuliefern. Dies führt zur Ablieferung, die der Hauptfrachtführer im Verhältnis zum Unterfrachtführer gegen sich gelten lassen muss (§ 362 II BGB; Koller, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., § 425 HGB Rn. 28).

86 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 426 f. zur CMR.

87 So wohl i. E. auch Neumann, TranspR 2002, 97 ff.; a. A. Rammung, TranspR 2000, 277, 293.

88 BGH v. 16. 11. 2006, TranspR 2007, 161, 162; OLG Hamburg v. 2. 10. 2008, TranspR 2009, 176, 178; OLG Frankfurt v. 11. 12. 2007, TranspR 2009, 83, 84.

89 OLG Hamburg v. 2. 10. 2008, TranspR 2009, 176, 178.

90 BGH v. 30. 10. 2008, TranspR 2009, 130, 132.

91 BGH v. 11. 1. 2007, TranspR 2007, 311, 312; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Reuschle, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 30; Münchener Kommentar-Czerwenka, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 4.

92 Der BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 426 f., scheint allerdings zur CMR die Auffassung zu vertreten, dass der Empfänger immer nur von demjenigen Frachtführer Ablieferung fordern darf, der an der Ablieferungsstelle erscheint.

anspruch zumindest gegen den Hauptfrachtführer und den letzten Unterfrachtführer eröffnet, steht die Frage im Mittelpunkt, von wem⁹³ der Empfänger, bei dem ein Unterfrachtführer mit dem Gut erscheint, die Ablieferung verlangt.⁹⁴ Diese Frage ist im gesetzlichen System nach den Regeln zu beantworten, die für die Auslegung von Erklärungen gelten. Die ganz herrschende Meinung qualifiziert nämlich das Verlangen auf Ablieferung zumindest als rechtsgeschäftsähnliche Erklärung,⁹⁵ die einen Schuldbeitritt⁹⁶ auslöst.

Der Empfänger kann demnach seinerseits bestimmen, an wen er sein Ablieferungsbegehren richtet. Er kann seinen Ablieferungswunsch nach Belieben konkretisieren und angesichts des drohenden Schuldbeitritts sein Ablieferungsbegehren strategisch ausrichten. Wenn der Empfänger sich nicht klar äußert, ist seine Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte vom Horizont des real abliefernden Frachtführers aus, der Erklärungen sowohl in eigener Person als auch als Vertreter des Hauptfrachtführers entgegennehmen kann, zu interpretieren (§ 157 BGB). Dabei hat man die in den Kreisen der Empfänger aufgrund der Rechtsprechung des BGH⁹⁷ gewachsene Erwartungshaltung zu berücksichtigen. Sie muss ein Frachtführer kennen. Danach war der Unterfrachtführer, der das Gut tatsächlich abgeliefert hat, typischerweise nur befugt, als Vertreter des Hauptfrachtführers aufzutreten. Der abliefernde Frachtführer muss außerdem im Zweifel nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sich der Empfänger nur einem Frachtführer und nicht mehreren Frachtführern gegenüber für deren jeweilige Forderung verpflichten will. Verfehlt ist es meines Erachtens, ohne weiteres anzunehmen, dass ein Empfänger, der Ablieferung verlangt, sich ausschließlich dem anliefernden Unterfrachtführer gegenüber verpflichten will.⁹⁸

Dies alles gilt auch dann, wenn der Empfänger, bei dem ein Frachtführer mit dem Gut erscheint, wie häufig nicht weiß, ob der Frachtführer Haupt- oder Unterfrachtführer ist, schon gar nicht, wie lang die Frachtführerkette ist. Ein Rechtsschein in irgendeine Richtung existiert nicht. Verfehlt wäre es, eine Analogie zu § 164 Abs. 2 BGB zu ziehen, weil hier kein Bedarf für eine Anfechtungssperre⁹⁹ besteht und im übrigen § 164 II BGB nur das anordnet, was sich aus den allgemeinen Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen ergibt.¹⁰⁰

a) Übergabe eines Frachtbriefs

Übergibt der Unterfrachtführer einen Frachtbrief, in dem er selbst als Frachtführer genannt wird, so wird der Empfänger im Zweifel von ihm Ablieferung fordern. Legt er einen Frachtbrief des Hauptfrachtführers vor, so richtet sich das Auslieferungsverlangen im Zweifel gegen diesen. Der Unterfrachtführer ist dann bevollmächtigt, dieses Auslieferungsbegehren entgegenzunehmen. Die Fracht kann an ihn als Vertreter des Hauptfrachtführers gezahlt werden. Jedenfalls sollte er analog § 442 Abs. 1 HGB zur Entgegennahme der Fracht ermächtigt sein.

b) Keine Übergabe eines Frachtbriefs

In der Regel werden aber keine Frachtbriefe ausgestellt, in denen die Höhe der Fracht vermerkt ist. In solchen Fällen greift § 421 Abs. 2 Satz 2 HGB ein. Wiederum ist zu fragen, von wem der Empfänger Auslieferung fordert. Es geht auch hier um die typischen Erwartungen eines Empfängers, die ein Unterfrachtführer¹⁰¹ redlicherweise in sein Kalkül einbeziehen muss. Diese Erwartungen werden durch die auf der

Grundlage der älteren Rechtsprechung gewachsenen Verkehrsauffassung bestimmt, der zufolge sich Empfänger im Zweifel dem Hauptfrachtführer gegenüber verpflichten. Dies entspricht auch wirtschaftlicher Vernunft. Hat nämlich der Empfänger zum Beispiel im Kaufvertrag vereinbart, dass er Transportkosten in bestimmter Höhe zu tragen hat, wird er erwarten, dass er an den Frachtführer nicht mehr als diesen Betrag bezahlen muss. Diese Erwartung wird am ehesten erfüllt, wenn er vom Hauptfrachtführer Auslieferung verlangt, weil der Verkäufer als Absender mit großer Wahrscheinlichkeit den Frachtvertrag im Einklang mit dem Kaufvertrag geschlossen haben wird. Er wird deshalb im Zweifel den Hauptfrachtführer zur Ablieferung auffordern wollen. Dafür genügt es, dass er vom Unterfrachtführer als Vertreter des Hauptfrachtführers die Ablieferung verlangt. Mit dieser Bedeutung des Auslieferungsverlangens wird der Unterfrachtführer hier und in sonstigen Zweifelsfällen rechnen müssen.¹⁰²

Besonders schlaue Empfänger, die unfrei gekauft haben, können sich aber ausrechnen, dass mit dem letzten Unterfrachtführer die niedrigste Fracht vereinbart worden ist und gezielt von ihm Ablieferung fordern. Will der Hauptfrachtführer sichergehen, dass die ihm geschuldete Fracht eingezogen wird, so muss er eine Frachtnachnahme vereinbaren.

c) Der Unterfrachtführer beziffert die Fracht etc.

Ferner ist der Fall zu bedenken, dass der letzte Unterfrachtführer, der nur die Höhe seiner eigenen Frachtforderung kennt, die Höhe der offenen Fracht zwar benennt, von ihr aber nicht die Auslieferung im Sinne eines Zug-um-Zug-Austausches abhängig macht. Wenn man mit dem BGH¹⁰³ es genügen lässt, dass der Frachtführer den Empfänger zur Geltendmachung des Ablieferungsanspruchs mit den im Gesetz vorgesehenen Folgen herausfordert, um einen Anspruch aus § 421 II HGB zu begründen, so wird es wohl nicht nötig sein, dass der Frachtführer den Empfänger auch darüber belehrt, wer die Forderung gegen ihn erwerben soll. Vielmehr sollte es

93 Czerwenka in Münchener Kommentar, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 15 scheint anzunehmen, dass der Empfänger, der vom Unterfrachtführer Ablieferung verlangt, automatisch Schuldner der Forderungen des Hauptfrachtführers wird. Dagegen Reuschle in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 16.

94 Abw. Lommatzsch, Straßenfrachtführer als Dritte, S. 261 f. (Pflicht des Empfängers, [nur] die Ansprüche des Hauptfrachtführers zu erfüllen).

95 Koller, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., § 421 HGB Rn. 23; Oetker/Paschke, HGB, § 421 Rn. 15; Czerwenka in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 4; Reuschle in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 30; vgl. auch Helm in Staub, Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 436 Rn. 9.

96 Unerheblich ist, dass der Schuldbeitritt als solcher gesetzlicher Natur ist. Entscheidend ist, dass er durch eine Erklärung des Empfängers ausgelöst wird und der Empfänger nach Maßgabe der §§ 104 ff. BGB gestützt werden sollte.

97 BGH v. 20. 10. 2005, TranspR 2006, 29, 30.

98 So aber wohl Thume, TranspR 2007, 428. Nur begrenzt hilfreich ist der Hinweis von Thume und Czerwenka (in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., § 421 HGB Rn. 41) auf den Gleichlauf von Schadensersatzanspruch und Frachtforderung, weil dieser Gleichlauf beim Verlust des Gutes keine Rolle spielt (Koller, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., § 432 HGB Rn. 10).

99 Palandt/Heinrichs, BGB, § 164 BGB Rn. 16.

100 Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 164 BGB Rn. 42.

101 Soweit der Unterfrachtführer als Vertreter des Empfängers auftritt, beachte § 166 BGB.

102 Möchte der Unterfrachtführer erreichen, dass von ihm persönlich Ablieferung verlangt wird, so muss er auf Klarstellung dringen.

103 BGH v. 11. 1. 2007, TranspR 2007, 311, 312.

ausreichen, dass der Empfänger erkennen kann, dass er noch Zahlung zu leisten hat und gleichwohl Ablieferung fordert. Bleibt für ihn unklar, wer Forderungsinhaber werden soll, so ist auch in dieser Fallgruppe wie allgemein¹⁰⁴ im Zweifel zu unterstellen, dass der Empfänger nur an den Hauptfrachtführer zahlen will. Er darf erwarten, dass der Unterfrachtführer einzugsberechtigt ist.¹⁰⁵ Das Auslieferungsverlangen richtet sich mithin auch bei Bezifferung der Fracht im Moment der Ablieferung im Zweifel gegen den Hauptfrachtführer, vertreten durch den letzten Unterfrachtführer.

d) Der Empfänger fordert von allen Frachtführern Ablieferung

Fordert der Empfänger erkennbar von allen Frachtführern Ablieferung und folgt man der BGH-Rechtsprechung,¹⁰⁶ wonach er dies tun kann, so wird es sehr kompliziert.

Zunächst ist der Fall zu betrachten, in dem der Hauptfrachtführer den Transport zur Fracht von 100, der Unterfrachtführer (1) zu 110 und der Unterfrachtführer (2) zu 90 verspricht. Dem Wortlaut des § 421 Abs. 2 HGB zufolge erwerben alle Frachtführer Ansprüche gegen den Empfänger entsprechend ihren jeweiligen vertraglichen Abreden. Wenn der Unterfrachtführer (2) tatsächlich abgeliefert, kann der Erwerber nicht einwenden, er habe von dem Hauptfrachtführer und dem Unterfrachtführer (1) nichts erhalten; denn die Frachtführer schuldeten gemäß § 431 BGB die Ablieferung als Gesamtschuldner.¹⁰⁷ Mit der Ablieferung durch den letzten Unterfrachtführer (2) gelten daher auch die Ablieferungspflichten der anderen Frachtführer als erfüllt (§ 422 BGB). Soweit sich alle Forderungen decken, d. h. in meinem Beispiel in Höhe des Betrages von 90, wäre es natürlich absurd, anzunehmen, dass der Empfänger mehrfach zahlen muss. Vielmehr muss eine einmalige Zahlung genügen. Man kann daher die Frachtführer als Gesamtgläubiger qualifizieren (§ 428 HGB).¹⁰⁸ Dies hat für die Frachtführer nicht nur Vorteile. Zahlt nämlich der Empfänger 90 an den Hauptfrachtführer, so wird er in dieser Höhe von seiner Verpflichtung gegenüber dem Hauptfrachtführer und allen Unterfrachtführern frei. Gleichzeitig erlöschen die Forderungen gegenüber allen Auftraggebern der Frachtführer und zwischen den Frachtführern entsteht eine Gemeinschaft. § 430 BGB, der im Zweifel für eine Beteiligung pro Kopf spricht, ist nicht anzuwenden. Vielmehr sollte man die Wertung des 441 III HGB fruchtbar machen und im Innenverhältnis dem Unterfrachtführer (2) einen Anspruch auf Auskehrung des Betrages gegen den Hauptfrachtführer zusprechen, weil er der letzte Frachtführer in der Kette ist. Dies bedeutet aber zugleich, dass der Unterfrachtführer (2) das Insolvenzrisiko des Hauptfrachtführers tragen muss, obwohl er sich den Unterfrachtführer (1) als Vertragspartner ausgesucht hat.

Zahlt der Empfänger an den Hauptfrachtführer 100, so werden ebenfalls alle Frachtführer in Höhe von 90 zu Gesamtgläubigern; der Hauptfrachtführer sowie der Unterfrachtführer (1) werden zusätzlich in Höhe von 10 zu Gesamtgläubigern. Demnach wird der Empfänger in Höhe von 100 von den Forderungen der Frachtführer frei und schuldet nur noch weitere 10 dem Unterfrachtführer (1).

Der Empfänger wird natürlich versuchen, vom Urabsender einen Ausgleich zu erhalten. Der Anspruch besteht jedenfalls, wenn im Kaufvertrag eine Frankolieferung vereinbart worden war. Der Urabsender hat dem Empfänger dann 110 zu erstatten. Dies wird den Urabsender veranlassen, seinerseits den Hauptfrachtführer in Höhe von 10 in Regress zu

nehmen, da dieser eine Transportleistung zum Preis von 100 versprochen hat. Die rechtliche Basis des Anspruchs ist ohne weiteres nur dann auszumachen, wenn man dem Hauptfrachtführer oder dessen Erfüllungsgehilfen ein Fehlverhalten vorwerfen kann, weil sie den Urabsender nicht vor höheren Forderungen bewahrt haben. Vielfach geht es aber nur darum, dass der Hauptfrachtführer das Leistungerschwerungsrisiko trägt. Insgesamt zeigt sich, dass eine Vervielfältigung der Ansprüche den Frachtführern nicht nur Vorteile bringt, sondern ihnen auch unerwartete Insolvenzrisiken, jedenfalls aber zusätzliche Rechtsunsicherheit beschert. Deshalb wird man kaum jemals unterstellen dürfen, dass ein Empfänger alle Frachtführer zur Ablieferung auffordert.

e) Der Empfänger verlangt vom letzten der aufeinanderfolgenden Frachtführer Ablieferung

Verlangt der Empfänger vom letzten der aufeinanderfolgenden Frachtführer im Sinn des § 442 HGB, der alle Teilfrachtbriefe vorlegt, die Ablieferung des Gutes, so scheint die Lösung einfach zu sein. Gemäß § 442 I 1 HGB hat der letzte aufeinanderfolgende Frachtführer die Forderungen der Vormänner geltend zu machen. Dem, so liegt es nahe, entspreche es, wenn sich der Empfänger allen Frachtführern gegenüber nach Maßgabe der Frachtbriefe verpflichtet. Mit dem Wortlaut des § 421 II 1 HGB lässt sich das freilich nicht vereinbaren; denn der Empfänger verlangt schon deshalb von den Vormännern keine Ablieferung, weil diese bereits durch Übergabe des Gutes an den Nachmann abgeliefert haben.

Einen Anspruch aller Frachtführer kann man deshalb nur begründen, wenn man eine Analogie zu § 421 II 1 HGB ziehen kann. Eine rechtsähnliche Situation setzt voraus, dass der letzte der aufeinanderfolgenden Frachtführer deutlich werden lässt, er mache die Forderungen aller aufeinanderfolgenden Frachtführer geltend und dass er diese Forderungen beziffert; denn für den Empfänger muss erkennbar werden, dass er sich einer Vielzahl von Frachtführern gegenüber verpflichtet. Geschieht dies nicht, sondern nimmt der letzte Frachtführer lediglich das Ablieferungsverlangen des Empfängers entgegen, so gelten im Verhältnis zum Empfänger die allgemeinen Regeln.¹⁰⁹

C. CMR

In Art. 13 CMR ist nur vom Frachtführer die Rede. Wer Frachtführer im Sinn der CMR ist, wird in Art. 1 CMR definiert. Dem Wortlaut des Art. 13 CMR zufolge können

104 Siehe oben Text bei Fn. 97.

105 Der letzte Unterfrachtführer hat diesen Betrag in der Kette der Unterfrachtführer an den Hauptfrachtführer herauszugeben. Dazu wird es allerdings kaum jemals kommen, da der letzte Unterfrachtführer gegenüber seinem Vormann aufrechnen wird.

106 Siehe oben Text bei Fn. 7ff.

107 Unerheblich ist, dass unterschiedliche Forderungen bestehen. Voraussetzung ist nur die Gleichartigkeit der Leistungen. Gegen eine gemeinschaftliche Forderung im Sinn des § 432 BGB spricht, dass eine Zahlung der Fracht etc. an alle, soweit sich die Forderungen der Höhe nach decken, unpraktikabel ist.

108 *Meier*, AcP 105 (2005), 858ff. plädiert allerdings dafür, auf die Figur der Gesamtgläubigerschaft zu verzichten. Im übrigen wird wegen des für die anderen Gläubiger entstehenden Insolvenzrisikos empfohlen, § 428 BGB nur zurückhaltend anzuwenden (*P. Bydlinski* in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., § 428 BGB Rn. 4; in der Tendenz auch BGH v. 20. 6. 1996, NJW 1996, 2859, 2860).

109 Siehe oben Text bei Fn. 93.

mithin auch Unterfrachtführer als Frachtführer im Sinn dieser Vorschrift qualifiziert werden.¹¹⁰ Dies hat der BGH¹¹¹ nunmehr ebenso gesehen.

An dieser Stelle sind meines Erachtens zwei Fragen zu klären.

1. Umkehrschluss aus den Art. 34ff. CMR

Ergibt ein Umkehrschluss aus den Art. 34ff. CMR, dass der Empfänger nur im Rahmen und nach Maßgabe dieser Vorschriften Unterfrachtführer in Anspruch nehmen kann? Dies mag den Verfassern der CMR so vorgeschwebt haben. Sie haben indessen, als sie die Ansprüche des Empfängers an den durchgehenden Frachtbrief banden, nicht bedacht, dass derartige Frachtbriefe nur selten den Transport begleiten.¹¹² Die Art. 34ff. CMR, die in Deutschland in der Praxis nahezu ohne Bedeutung sind, können deshalb die Tragweite des Art. 13 CMR nicht in einem Umkehrschluss einschränken.

2. Erst-recht-Schluss aus Art. 36 CMR und Haftung des Unterfrachtführers

Damit ist noch nicht die zweite Frage beantwortet, ob Art 36 CMR, wonach dem Empfänger der erste und der letzte Frachtführer sowie der Schädiger haften, analog herangezogen werden darf. Die Vorschrift sollte man in einem Erst-recht-Schluss fruchtbar machen. Wenn schon dort, wo ein vom Hauptfrachtführer ausgestellter durchgehender Frachtbrief übernommen wird und deshalb alle Frachtführer Vertragspartner des Urabsenders werden (Art. 34 Halbsatz 2 CMR), dem Empfänger ausschließlich der erste und der letzte Frachtführer sowie der Schädiger haften, so sollte dies erst recht gelten, wenn ein Unterfrachtführer nicht zur Vertragspartei des Hauptfrachtvertrages geworden ist, wenn also nicht jeder Unterfrachtführer entsprechend Art. 34 CMR für die Ausführung der gesamten Beförderung haftet. Für diesen Erst-recht-Schluss spricht auch die Entstehungsgeschichte der CMR, nämlich die vom BGH¹¹³ durchaus anerkannte Orientierung der CMR an der CIM a.F. als ihrem Vorbild.¹¹⁴ Gemäß Art. 43 § 3 CIM a.F. konnten Schadensersatzansprüche ausschließlich gegen die Bahn, die der Absender beauftragt hatte, gegen die Bahn, die das Gut abgeliefert hatte oder abliefern sollte, sowie die schädigende Bahn geltend gemacht werden. Art. 36 CMR betrifft zwar nur Ersatzansprüche. Ich sehe freilich keinen Grund, warum man diese Vorschrift nicht analog auf Ablieferungsansprüche anwenden sollte. Allerdings bedarf es einer Modifikation, da außerhalb des Art. 34 CMR der letzte Frachtführer nicht automatisch Gesamtschuldner ist, so dass er im Rahmen einer Analogie nur haftet, wenn er zugleich Schädiger ist.¹¹⁵ Man bewegt sich mit dieser Auslegung der CMR einerseits in Richtung auf die Rechtsprechung in Frankreich und Belgien,¹¹⁶ die das Erfordernis des durchgehenden Frachtbriefs nicht so streng handhaben will und schützt andererseits den Unterfrachtführer davor, nach Maßgabe des ihm unbekanntes Hauptfrachtvertrages haften zu müssen.

3. Anspruch auf Ablieferung

Für den Ablieferungsanspruch des Empfängers kommt es darauf an, von wem Ablieferung verlangt wird. Die Ablieferung befreit den ersten und den letzten Frachtführer von der Ablieferungspflicht und natürlich auch alle anderen zwischengeschalteten Frachtführer gegenüber ihren Auftragge-

bern. Besitzt der letzte Unterfrachtführer nur einen Frachtbrief, in dem er selbst als Frachtführer genannt ist, und wird er zur Ablieferung aufgefordert, so muss dieser Frachtbrief übergeben werden.

4. Anspruch auf Zahlung der Fracht etc.

Anders als § 421 HGB macht Art. 13 CMR nicht so große Schwierigkeiten, die Frachtsprüche zu begrenzen, da diese gemäß Art. 13 Abs. 2 Satz 1 CMR nur geltend gemacht werden können, soweit sie aus dem Frachtbrief hervorgehen. Legt der abliefernde Unterfrachtführer einen Frachtbrief vor, der den Hauptfrachtvertrag dokumentiert, so sind ohnehin gemäß Art. 34 CMR – von seltenen Ausnahmen abgesehen – alle Frachtführer Gesamtgläubiger geworden. Weist der abliefernde Unterfrachtführer dagegen einen Frachtbrief vor, in dem er selbst als Frachtführer genannt ist, so wird der Empfänger nur entsprechend diesem Frachtbrief verpflichtet. Unerheblich ist, ob der Empfänger wusste, dass es sich bei dem Dokument nicht um den auf den Hauptfrachtvertrag bezogenen Frachtbrief handelte. Aktivlegitimiert ist dann diejenige Person, die im Frachtbrief als Frachtführer ausgewiesen ist.

5. Zug-um-Zug-Einrede

Wurde kein Frachtbrief ausgestellt, so entsteht ausschließlich ein Zurückbehaltungsrecht. Insoweit ist anzunehmen, dass der Unterfrachtführer die eigene Frachtforderung ins Spiel bringen kann. Beruft er sich auf die Frachtforderung des Hauptfrachtführers, so ist er hinsichtlich dieser Fracht einzugsberechtigt. Dies setzt allerdings wie im Rahmen des HGB voraus, dass der Empfänger nicht von ihm, sondern vom Hauptfrachtführer Ablieferung verlangt. In der Praxis werden Unterfrachtführer allerdings nicht die Fracht des Hauptfrachtführers geltend machen können, da dieser sie ihnen nicht mitgeteilt haben wird. Wird dem Empfänger ausschließlich und ersichtlich die Fracht des Unterfrachtführers entgegengehalten, so wird der Empfänger diesen im Zweifel als den Adressaten seines Ablieferungsverlangens ansehen. Auch wenn der Empfänger in dieser Situation erkennbar den Hauptfrachtführer zur Ablieferung auffordert, kann sich der Unterfrachtführer weigern, das Gut abzuliefern. Es ist dann Sache des Hauptfrachtführers, den Unterfrachtführer zu bezahlen, um ihn zur Ablieferung zu bewegen. Dies kann unter Umständen dadurch erfolgen, dass der Hauptfrachtführer dem Unterfrachtführer mitteilt, dass zumindest eine Fracht in Höhe der vom Unterfrachtführer geforderten Fracht offen ist. Diese Fracht kann der Unterfrachtführer auf Rechnung des Hauptfrachtführers einziehen und gegen den Herausgabeanspruch des Hauptfrachtführers aufrechnen.

110 *Lommatzsch*, Straßenfrachtführer als Dritte (2007), S. 353f.

111 BGH v. 14. 6. 2007, TranspR 2007, 425, 427.

112 *Koller*, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransportrecht und Lagergeschäft, 6. Aufl., vor Art. 34 CMR Rn. 3.

113 BGH v. NJW 1974, 412.

114 Denkschrift zur CMR; Bundestagsdrucksache III/1144, S. 33.

115 Vgl. auch *Lommatzsch*, Straßenfrachtführer als Dritte (2007), S. 354ff., die sogar bei ergänzender Geltung deutschen Rechts die Regeln über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte heranziehen will.

116 Nachw. bei *Koller*, Transportrecht, 6. Aufl., Art. 34 CMR Rn. 3 Fn. 10.

D. Montrealer Übereinkommen

1. Geltungsbereich

Ist der das Gut abliefernde Luftfrachtführer »aufeinanderfolgender Luftfrachtführer«, so darf der Empfänger nur den letzten Luftfrachtführer und den Schädiger in Anspruch nehmen (Art. 36 Abs. 3 MÜ). Ansonsten gilt, dass jeder Luftfrachtführer Partei des Beförderungsvertrages ist (Art. 36 Abs. 1 MÜ).

2. Schadensersatzansprüche

Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, um die Luftfrachtführer in der Kette als »aufeinanderfolgende Luftfrachtführer« zu qualifizieren, so ist zu beachten, dass das MÜ ähnlich dem HGB die Figur des ausführenden Frachtführers kennt (Art. 39ff. MÜ). Man sollte daher bei Schadensersatzansprüchen nur den Hauptfrachtführer und den schädigenden ausführenden Luftfrachtführer für passivlegitimiert halten. Der BGH wird wohl eher eine Parallele zur CMR¹¹⁷ ziehen.

3. Zug-um-Zug-Einrede

Art. 13 MÜ gewährt dem Luftfrachtführer keinen Anspruch auf Zahlung der Fracht gegen den Empfänger, sondern nur eine Zug-um-Zug Einrede. Die Einrede muss, wenn man dem Empfänger erlaubt, vom letzten Luftfrachtführer Ablieferung zu verlangen, diesem zur Verfügung stehen.

E. Ergebnisse

1. Wenn man mit dem BGH einen Ablieferungsanspruch des Empfängers gegen den Unterfrachtführer bejaht, so wirken Weisungen des Empfängers an den Unterfrachtführer auch im Verhältnis zum (jeweiligen) Hauptfrachtführer. Dem Empfänger steht es frei, ob er vom Hauptfrachtführer oder von einem Unterfrachtführer Ablieferung verlangt. Das Ablieferungsverlangen gegenüber einem der Frachtführer löst keine Annahmeverweigerung gegenüber den anderen Frachtführern aus.

2. Den »Zug um Zug«-Vorbehalt des § 421 I 1 HGB kann grundsätzlich nur derjenige Frachtführer für seine Forderungen erheben, von dem der Empfänger Ablieferung verlangt. Eine Ausnahme gilt im Fall des § 442 HGB. Verlangt der Empfänger vom Hauptfrachtführer Ablieferung, so kann sich der Unterfrachtführer allerdings grundsätzlich weigern, abzuliefern, bevor er von seinem Auftraggeber Zahlung erhalten hat.

3. § 442 HGB greift nur hinsichtlich solcher Frachtführerketten ein, bei denen der jeweilige Nachmann des vorhergehenden Frachtführers einschließlich des letzten Frachtführers die Rolle eines Empfängers eingenommen hat und der Frachtführer unmittelbarer Besitzer des Gutes geworden ist.

4. Dort, wo § 442 HGB eine Sonderregelung trifft, gelten die allgemeinen Regeln des Entstehens von Frachtführerpfandrechten (§ 441 HGB). Bei einer Frachtführerkette, bei der der letzte Frachtführer das Gut übernimmt und die gesamte Strecke befördert, wird dieser zum unmittelbaren Besitzer, die vorgeschalteten Frachtführer zu mittelbaren Besitzern des Gutes. Jeder der Frachtführer erwirbt mithin ein Pfandrecht, dessen Rangfolge sich aus § 443 HGB ergibt. Der Eigentümer des Gutes kann gemäß § 1225 BGB auf das Pfand-

recht zahlen. Empfänger können das Pfandrecht gemäß § 1249 BGB ablösen. Sie erwerben damit die Frachtforderung gegen den Vormann in seiner Rolle als Absender, die das Pfandrecht sichert, und können damit in der Kette aufrechnen.

5. Derjenige Frachtführer, von dem der Empfänger Ablieferung verlangt, wird zum Gläubiger des Empfängers (§ 421 II; III HGB). Der Empfänger kann nur von einzelnen Frachtführern Ablieferung mit der Folge verlangen, dass gemäß § 421 II HGB nur der auf Ablieferung in Anspruch genommene Frachtführer aktivlegitimiert wird. Dies ist im Zweifel anzunehmen. Das Ablieferungsverlangen des Empfängers ist vom Horizont des Frachtführers aus zu interpretieren. Dieser hat sich mangels besonderer Anhaltspunkte auf die Erwartungen eines typischen Empfängers einzustellen, der sich in aller Regel, wie bis vor kurzem ganz herrschend angenommen, darauf verlässt, dass er nur vom Hauptfrachtführer, gegebenenfalls vertreten durch den Unterfrachtführer, Ablieferung fordern darf. Im Zweifel wird der Empfänger deshalb die Ablieferung vom Hauptfrachtführer verlangen. Wird ihm ein Frachtbrief vorgelegt, so fordert er Ablieferung von dem im Frachtbrief genannten Frachtführer. Es ist allerdings denkbar, dass der Empfänger von allen Frachtführern Ablieferung verlangt. Diese werden dadurch zu Gesamtgläubigern, soweit sich ihre Ansprüche decken.

6. Schadensersatzansprüche des Empfängers laufen nicht notwendig parallel zu den Ablieferungsansprüchen. Unterfrachtführer haften entgegen dem BGH dem Empfänger neben dem Hauptfrachtführer grundsätzlich nur im Rahmen des § 437 HGB. Wenn ausnahmsweise die Unterfrachtführer nicht zu ausführenden Frachtführern (§ 437 HGB) werden können, so haftet allerdings neben dem Hauptfrachtführer der Unterfrachtführer, der das Gut abgeliefert hat. Folgt man dem BGH, so sollte nur derjenige Unterfrachtführer vom Empfänger in Anspruch genommen werden dürfen, der den Schaden unmittelbar zu verantworten hat.

7. Im Bereich der CMR ist mit dem BGH ein Direktanspruch des Empfängers gegen den Unterfrachtführer zu bejahen. Allerdings sollten analog Art. 36 CMR nur solche Unterfrachtführer als passivlegitimiert behandelt werden, die den Schaden unmittelbar verursacht haben.

8. Der Unterfrachtführer erwirbt im Bereich der CMR einen Frachtanspruch gegen den Empfänger, wenn er dem Empfänger einen Frachtbrief vorlegt, der ihn als Frachtführer ausweist, und wenn der Empfänger die Übergabe des Frachtbriefs sowie die Ablieferung des Gutes fordert.

9. Mangels eines Frachtbriefs darf der Unterfrachtführer den Vorbehalt einer Zahlung seiner Fracht Zug um Zug gegen Ablieferung des Gutes nur geltend machen, wenn der Empfänger von ihm Ablieferung fordert. Verlangt der Empfänger vom Hauptfrachtführer Ablieferung, so kann der Unterfrachtführer diesen Vorbehalt jedoch nur in Richtung auf den Hauptfrachtführer erheben, so dass er sich ebenfalls weigern darf, das Gut ohne Bezahlung der Fracht etc. abzuliefern.

10. Die Rechtslage beim MÜ entspricht der Rechtslage bei der CMR mit dem Unterschied, dass es sich wie beim HGB empfiehlt, Schadensersatzansprüche gegen den Unterfrachtführer nur zu eröffnen, wenn die Art. 39ff. MÜ nicht eingreifen. Außerdem ist zu beachten, dass der Unterfrachtführer ein aufeinanderfolgender Luftfrachtführer im Sinn des Art. 36 MÜ sein kann.

117 Siehe oben Text bei Fn. 113.