

[21] Der Senat hat auch keine Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung. Der Gerichtshof hat die Gültigkeit – anders als die Generalanwältin – bejaht (a.a.O. Tz. 47). Für den von der Bkl. angenommenen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nichts Substantiiertes geltend gemacht.

[22] 4. Die Kostenentscheidung beruht für die erste Instanz auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, im Übrigen auf § 91 Abs. 1 ZPO.

## Multimodaltransport

### Schweizerisches Multimodal-Transportrecht; Hinterlegung bei Annahmeverweigerung

**1. Der Multimodalvertrag untersteht, sofern schweizerisches Recht anwendbar ist, den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts über den Frachtvertrag. Ein Netzwerksystem kommt nicht zur Anwendung.**

**2. Der Frachtführer, der die Waren nach einer Annahmeverweigerung durch den Empfänger nach Art. 444 OR aufbewahrt, ist aufgrund seiner Schadenminderungspflicht gehalten, alles in seiner Macht stehende zu unternehmen, um den Schaden gering zu halten. Dazu gehört, dass allfällige Schulden, die er gegenüber dem Empfänger hat, mit seiner Entschädigungsforderung aus Hinterlegungsvertrag aufzurechnen sind.**

[Leitsätze des Einsenders]

### Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 19. 02. 2009 – 4 A/218.2009

Der International Funds of C. erwarb im Rahmen eines Kauf- und Werkvertrages mit der libanesischen Gesellschaft D. eine Industrieanlage. Die Gesellschaft D. beauftragte daraufhin im Januar 1996 die A. AG in Lugano/Schweiz, auf Ihre Rechnung verschiedene Teile der erwähnten Anlage zu kaufen und diese in das »Warehouse for material and technical supply of the enterprise of the International Funds of C.«, welches sich in X. im Staat C. befindet, zu versenden.

A. AG beauftragte im Herbst 1997 B. AG mit dem Transport eines Teils der Ware, nachdem ein kleinerer Teil der Ware schon zuvor durch eine andere Unternehmung nach X. transportiert und dort in ein Lager der B. AG eingelagert worden war. Der Frachtvertrag mit B. AG sah einen Transport mit Schiff, Lastwagen und Eisenbahn vor, der zuletzt Russland und den Iran durchqueren sollte. Nach hier nicht weiter relevanten Verzögerungen gelangte die Ware im August 1998 nach X., wo sie im Lager der B. AG eingelagert wurde. Das besagte Lager befand sich auf dem Gelände des International Funds of C., welcher das Lager an B. AG vermietete.

Die Güter blieben in der Folge im Lager der B. AG eingelagert, bis diese im Frühjahr 2001 per Verfügung verpflichtet wurde, die Ware an den Empfänger auszuliefern. Am 31. Mai 2001 stellte B. AG der A. AG die Hinterlegungskosten für den Zeitraum vom 1. Juli 1997 bis zum 31. Mai 2001 in der Höhe von CHF 573'752.70 in Rechnung, wovon CHF 146'718.00 die Hinterlegung der Waren aus dem ersten und CHF 427'034.70 die Hinterlegung der Waren aus dem zweiten Transport betrafen. A. AG verweigerte die Bezahlung, wurde betrieben und erhob Rechtsvorschlag. B. AG machte daraufhin ihren Anspruch mitsamt aufgelaufenem Verzugszins klageweise geltend.

Das erstinstanzliche Gericht schützte die Klage im Umfang von CHF 156'022.68 und wies den darüber hinausgehenden Anspruch ab. Das Gericht hob hervor, dass die lange Dauer der Hinterlegung auf eine mangelnde Kooperation durch den Empfänger zurückzuführen war, dass nur der Vertrag betreffend den zweiten Teil der Ware, also der Transportvertrag mit B. AG, den Ersatz der Hinterlegungskosten vorsah und schliesslich, dass schweizerisches Recht auf den Vertrag anwendbar war.

Das Gericht kam deshalb in Anwendung von Art. 444 OR zum Schluss, dass A. AG die Hinterlegungskosten grundsätzlich tragen muss. Da A. AG die Höhe des in Rechnung gestellten Betrags (aus nicht näher beschriebenen Gründen) bestritt, wurde der massgebende Schaden aber auf lediglich CHF 390'056.00 festgesetzt. B. AG wurde zudem in Anwendung von Art. 44 OR ein Schadenersatz von lediglich 40% des Schadens zugesprochen, somit CHF 156'022.68, denn B. AG hatte nicht alles in ihrer Macht stehende getan, um den Schaden zu mindern. Konkret wurde B. AG vorgeworfen, die Möglichkeit der Schadensminderung nicht genutzt zu haben, die sich durch die Tatsache eröffnete, dass der International Funds of C. der Vermieter des von B. AG gemieteten Lagers war. Aufgrund dieser Konstellation hätte B. AG die Mietzinsforderung mit den aufgelaufenen Hinterlegungskosten, die nach Aussage des Gerichts ja durch die Annahmeverweigerung des International Funds of C. verursacht worden waren, aufrechnen können. Zudem hatte B. AG der A. AG zwischen Dezember 1998 und März 2000 keine einzige Rechnung gesendet, was der A. AG verunmöglicht hatte, sich über die sich abzeichnenden Kosten klar zu werden.

Das Appellationsgericht des Kantons Tessin wies die gegen das Urteil eingereichten Beschwerden ab. Es präziserte jedoch, dass der Transportvertrag der CMR untersteht, subsumierte sodann den hier interessierenden Sachverhalt unter die Art. 15 und 16 CMR und bestätigte den Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts, A. AG die Hinterlegungskosten aufzubürden. Der Vorwurf der Nichtaufrechnung der Hinterlegungskosten mit der Mietzinsforderung wurde aufrecht erhalten und die Reduktion des zugesprochenen Schadenersatzes um 60% bestätigt.

### Entscheidgründe:

#### CMR oder nationales Recht?

Da beide Parteien und somit auch jene, die die charakteristische Leistung erbrachte, ihren Sitz in der Schweiz haben, schloss die erste Instanz gemäss den Regeln des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) auf die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts.

Das Appellationsgericht war hingegen der Ansicht, der Fall sei anhand der CMR zu beurteilen. Nur wo die CMR keine Regelung bereithalte, sei nationales Recht anzuwenden. Nach deren Art. 1 Abs. 1 sei die CMR auf alle Verträge über die Beförderung von Gütern auf der Strasse mittels Fahrzeugen anwendbar, wenn der Ort der Übernahme des Gutes und der für die Ablieferung vorgesehene Ort in zwei verschiedenen Staaten liegen, von denen mindestens eine ein Vertragsstaat sei, dies unabhängig vom Domizil und der Staatsangehörigkeit der Parteien. Im konkreten Fall ist die Ware, welche mit verschiedenen Transportmitteln, das heisst Schiff, Lastwagen und Zug transportiert worden war, in verschiedenen europäischen Ländern, die alle Mitgliedsstaaten der CMR sind, beladen, und im Staat C., welcher ebenfalls Mitgliedsstaat der CMR ist, ausgeladen worden. Da die Ware zudem mit Fahrzeugen im Sinne von Art. 2 CMR transportiert worden sei, schloss das Appellationsgericht, dass alle Voraussetzungen für die Anwendung der CMR gegeben seien.

Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die Ausführungen des Appellationsgerichts insofern nicht zutreffend seien, als nicht zwischen dem in Art. 2 CMR vorgesehenen »Huckepacktransport«, bei dem das gesamte Fahrzeug verladen wird, und dem nicht unter Art. 2 CMR fallenden Multimodaltransport/kombinierten Transport unterschieden werde. Diese Frage sei jedoch ausschlaggebend für die Frage der Anwendbarkeit der CMR: Falls die Ware mittels Huckepacktransport transportiert worden sei, spreche nichts gegen die Anwendung der CMR. Falls jedoch ein Multimodaltransport vorliege, könne die CMR nicht zur Anwendung gelangen.

Das Bundesgericht wies sodann darauf hin, dass zur Zeit kein Staatsvertrag existiere, der Multimodalverträge erfasse, da insbesondere die UN Convention on International

Multimodal Transports of Goods vom 24. Mai 1980 noch nicht in Kraft getreten sei. Anwendbar sei deshalb bei Multimodaltransporten das IPRG und demzufolge in casu schweizerisches Recht, da beide Parteien ihren Sitz in der Schweiz haben und da die charakteristische Leistung (der Transport) effektiv von einer schweizerischen Gesellschaft erbracht wurde (Art. 116 und 117 IPRG).

Dem angefochtenen Urteil liess sich leider nicht entnehmen, ob im vorliegenden Fall ein Multimodaltransport oder ein Huckepacktransport vorlag. Diese Frage könne jedoch, so das Bundesgericht, unbeantwortet bleiben, denn im einen wie im anderen Fall sei schweizerisches Recht anwendbar. Denn der Streit betreffe nicht den eigentlichen Transport von Waren, sondern die Kosten der anschliessenden Aufbewahrung, die ohnehin nicht von der CMR erfasst werden. Nach Art. 15 Abs. 1 CMR hat der Frachtführer, falls nach der Ankunft der Ware am Bestimmungsort Ablieferungshindernisse auftreten, um Instruktionen zu ersuchen. Art. 16 Abs. 2 CMR gibt ihm darüber hinaus die Möglichkeit, die Ware unverzüglich auf Kosten des Berechtigten abzuladen. Dass die Ware am Bestimmungsort angekommen ist, war unbestritten geblieben. Die Weigerung des Empfängers, die Ware in Empfang zu nehmen, stelle ein Ablieferungshindernis im Sinne von Art. 15 Abs. 1 CMR dar. Die strittige Frage, ob der Frachtführer vor der Ausladung Instruktionen einholen muss, müsse nicht beantwortet werden, denn es sei erstellt, dass A. AG von B. AG in Bezug auf die Ablieferungshindernisse tatsächlich informiert worden war. Ausschlaggebend sei jedoch, dass Art. 16 Abs. 2 CMR den Frachtführer berechtige, die Ware auf Kosten des Berechtigten auszuladen, dass nach dem Auslad der Transport als beendet gelte und dass der Frachtführer oder in seiner Verantwortung [sic] ein Dritter die Aufbewahrung des Guts übernehme. Im vorliegenden Fall sei die Ware in das Lager von B. AG eingelagert worden.

Die CMR schreibe dem Frachtführer zwar vor, sich der Aufbewahrung der Güter anzunehmen, schweige sich aber über die Rechten und Pflichten, die aus diesem Hinterlegungsvertrag fliessen, aus. Diese werden somit durch das anwendbare nationale Recht geregelt, welches auf der Grundlage des IPR des angerufenen Gerichts zu bestimmen sei. Da im vorliegenden Fall beide Parteien ihren Sitz in der Schweiz haben und da die charakteristische Leistung (der Transport) von einer schweizerischen Gesellschaft erbracht wurde, habe das kantonale Gericht korrekterweise auf die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts geschlossen.

#### **Das Ausladerecht unter schweizerischem Recht**

Art. 444 OR sieht vor, dass der Frachtführer den Absender informieren und die Ware auf seine Kosten deponieren muss, wenn die Ware nicht angenommen wird.

Die Annahmeverweigerung durch den Empfänger wurde in casu bestritten. Das Appellationsgericht erachtete die Annahmeverweigerung jedoch als erwiesen und stützte sich auf die Tatsache, dass der Empfänger nach der Ankunft der Ware in X. in keiner Art und Weise über das Gut verfügte. A. AG habe dies gewusst, denn nach der Annahmeverweigerung durch den Empfänger sei B. AG erneut mit der Bitte um Instruktionen an A. AG gelangt und habe zugleich über die Kosten der Hinterlegung informiert. Die Annahmeverweigerung sei des Weiteren dadurch bestätigt worden, dass der International Funds of C. während der laufenden Hinterlegung eine Klage gegen A. AG anstregte, mit dem Ziel, eine Beschädigung der Ware festzustellen.

Argumente von A. AG, mit denen die erfolgte Annahme hätte untermauert werden sollen, wurden aus prozessualen Gründen nicht zugelassen.

#### **Die Entgeltlichkeit des Hinterlegungsvertrags**

Nachdem das Bundesgericht bereits festgestellt hatte, dass die Rechte und Pflichten der Parteien betreffend die Hinterlegung der Ware schweizerischem Recht unterliegen, untersuchte es in der Folge, ob B. AG für die Hinterlegung eine Entschädigung fordern könne. A. AG vertrat, dass die Parteien sich weder über die Entschädigung noch die Konditionen der Hinterlegung geeinigt hatten und B. AG zudem in krasser Weise ihre vertraglichen Pflichten verletzt habe, indem die Ware einem Dritten übereignet worden sei und insbesondere indem B. AG es versäumte, dem Empfänger, der zugleich Vermieter von B. AG ist, die gesamten Hinterlegungskosten in Rechnung zu stellen.

Das Bundesgericht wandte auf diese Frage Art. 472 Abs. 2 OR an, wonach der Hinterleger nur dann eine Vergütung fordern kann, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde oder nach den Umständen zu erwarten war. Im konkreten Fall seien gleich beide Voraussetzungen erfüllt. Nicht nur, weil die Hinterlegung im Rahmen eines Transportvertrags geschehen sei, und Art. 444 Abs. 1 OR vorsehe, dass der Frachtführer, wenn die Ware nicht angenommen werde, die Ware auf Kosten des Absenders aufbewahren müsse, sondern auch, weil die Parteien im Vertrag vereinbart haben, dass im Falle einer Zwischenlagerung (intermediate storage) in X. B. AG das Recht auf eine Entschädigung habe.

#### **Schadenminderungspflicht des Frachtführers/Herabsetzung wegen Selbstverschulden**

Das Bundesgericht bestätigte sodann die Entscheidung, B. AG lediglich 40% der vertraglichen Entschädigung zuzusprechen, denn B. AG habe es versäumt, die Kosten der Hinterlegung, die ja durch den Empfänger verursacht worden waren, mit der durch B. AG an den Empfänger (der ja gleichzeitig Vermieter des Lagers von B. war) bezahlten Miete für das Lager aufzurechnen.

Die aus dem Deliktsrecht stammende Regel des Art. 44 OR, wonach der Richter die Ersatzpflicht reduzieren oder gar gänzlich von ihr entbinden kann, wenn der Geschädigte zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat oder sonst wie die Stellung des Ersatzpflichtigen verschlechtert hat, sei auch auf die vertragliche Haftung anwendbar. Die Anwendung sei im Einzelfall dem Ermessen des Richters überlassen und das Bundesgericht übe bei der Überprüfung des letztinstanzlichen kantonalen richterlichen Ermessens Zurückhaltung aus.

#### **Anmerkungen**

Nachdem das Bundesgericht vor ca. 2 Jahren das letzte Mal Gelegenheit hatte, sich zu einer transportrechtlichen Problematik zu äussern<sup>1</sup> (damals wurde die berühmte »Gini/Durlemann-Praxis«<sup>2</sup> zumindest in CMR-Fällen für nicht anwendbar erklärt) hat es im vorliegenden Entscheid erneut eine grundlegende Frage entschieden, zu der der Autor dieses Beitrags schon in TranspR 2005, S. 421<sup>3</sup> Stellung bezogen hat.

<sup>1</sup> BGE 132 III 626.

<sup>2</sup> BGE 80 II 247.

<sup>3</sup> *Erbe/Schlienger*, Der Multimodalvertrag im schweizerischen Recht, TranspR 2005, S. 421.

### Multimodaltransporte unter schweizerischem Recht

Das Bundesgericht äussert sich im hier erläuterten Entscheid zum ersten Mal überhaupt zur Problematik der Multimodaltransporte und kommt richtigerweise zum Schluss, dass kein Staatsvertrag auf Multimodaltransporte anwendbar ist und dass diese – sofern die Regeln über das internationale Privatrecht zur Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts führen – den frachtvertraglichen Regeln des schweizerischen Obligationenrechts (Art. 440 – 456 OR) unterstehen.

Das schweizerische Recht kennt keine besonderen Regeln für Multimodaltransporte. Umstritten war bis anhin, ob daraus zu schliessen sei, dass Multimodalverträge dem Frachtvertragsrecht des OR unterstehen und somit ein Einheitssystem gelte<sup>4</sup> oder ob trotz grundsätzlicher Nichtanwendbarkeit der verschiedenen Staatsverträge die Regeln dieser Staatsverträge im Sinne eines Netzwerksystems dennoch zur Anwendung kommen können.<sup>5</sup> Das Bundesgericht hat nun zugunsten des Einheitssystems entschieden. Da die Schweiz anders als beispielsweise Deutschland oder Holland somit kein Netzwerksystem kennt, bleibt unter der Geltung des schweizerischen Rechts unerheblich, auf welcher Teilstrecke ein allfälliger Schaden sich ereignet hat. Ebenso erübrigen sich Diskussionen darüber, welche Transportabschnitte eine eigene Teilstrecke darstellen, denn alle Teilstrecken unterstehen dem gleichen Recht. Staatsvertragliche Haftungsbegrenzungen oder deren Durchbrechung werden in schweizerischen Prozessen über Multimodaltransporte ebenfalls kein Thema sein. Vielmehr gelten bezüglich Haftung des Frachtführers ausschliesslich die Regeln von Art. 447 und 448 OR. Nach diesen Bestimmungen hat der Frachtführer im Falle des Verlusts oder des Untergangs des Guts nur direkten Schaden und nur bis zur Höhe des vollen Werts des Guts zur vertraglichen Zeit der Ablieferung zu ersetzen (Art. 447 OR). Bei Beschädigung oder Verspätung bleibt die Haftungsobergrenze dieselbe, doch hat der Frachtführer hier auch für mittelbare Schäden einzustehen (Art. 448 OR).

### Was sind Multimodaltransporte?

So begrüssenswert diese Klarstellung im Grundsatz auch ist, bleiben doch gewisse Fragen offen.<sup>6</sup> Das Bundesgericht hat nun zwar den Grundsatz festgehalten, dass Multimodalverträge dem jeweils anwendbaren nationalen Recht unterstehen. Leider hat das Bundesgericht aber nicht definiert, was es überhaupt unter einem Multimodaltransport versteht. Wird auf die deutsche Regelung abgestellt, wonach Multimodalität dann gegeben ist, wenn bei Vorliegen eines einheitlichen Frachtvertrag die verschiedenen Teilstrecken – wären sie Gegenstand gesonderter Verträge geworden – verschiedenen Rechtsvorschriften unterliegen würden?<sup>7</sup> Soll beispielsweise die physische Verschiebung der Güter mit der Hafenanbahn im Rheinhafen in Basel eine eigenständige Teilstrecke darstellen, die einen ansonsten mit dem Binnenschiff durchgeführten Transport multimodal macht oder sollte dies eher als Umschlag betrachtet werden und dem anschliessenden CMNI-Transport zugeschlagen werden?<sup>8</sup> Soll die nun ins Leben gerufene Rechtsprechung beispielsweise auch gelten, wenn ein Transport ganz überwiegend mit einem Transportmittel durchgeführt wird und lediglich untergeordnete Vor- oder Nachläufe die »Multimodalität« begründen oder ab wann hat ein Vor- oder Nachlauf genügend Gewicht, um einen Transport im Sinne dieser neuen Rechtsprechung »multimodal« zu machen?<sup>9</sup> Macht jede auch noch so kurze Lkw-Anlieferung einer Wechselbrücke zu einem Eisenbahnterminal den

Eisenbahntransport zu einem Multimodaltransport? Wann hat eine Umschlagsphase wegen ihres besonderen Aufwands ausreichend Gewicht, um nicht mehr als Annex des Hauptlaufs zu gelten?<sup>10</sup> Hier hat das Bundesgericht es versäumt für ausreichend Klarstellung zu sorgen, was Anwälte in schweizerischen Prozessen je nach Interessenlage wohl weiterhin dazu verleiten wird, für die Anwendung des betreffenden Staatsvertrags oder aber für die Anwendbarkeit des schweizerischen Obligationenrechts zu plädieren.

### Hinterlegung unterliegt nationalem Recht/ keine separate Anknüpfung der Hinterlegung

Mangels ausreichender Sachverhaltsangaben konnte das Bundesgericht in casu nicht mit Sicherheit ausschliessen, dass der besagte Transport ein Huckepack-Transport nach Art. 2 CMR war, erachtete diese Frage aber ohnehin als nicht ausschlaggebend und liess sie demzufolge unbeantwortet. Denn wie das Bundesgericht zutreffend festhält, wäre die an eine Ausladung nach Art. 16 CMR folgende Einlagerung ohnehin nicht von der CMR erfasst.<sup>11</sup> Der besagte Einlagerungsvertrag unterstünde in jedem Fall dem nach den Regeln über das internationale Privatrecht zu bestimmenden nationalen Recht, somit im vorliegenden Fall dem schweizerischen Recht. Interessanterweise hat das Bundesgericht die kollisionsrechtliche Anknüpfung für den Frachtvertrag auch für den Hinterlegungsvertrag als relevant bezeichnet und hat somit Frachtvertrag und Hinterlegungsvertrag einem Einheitsstatut unterworfen. Eine gesonderte Anknüpfung des Hinterlegungsvertrags hätte nach der Regelanknüpfung von Art. 117 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 [IPRG] zur Anwendung des Rechts des Staates C. geführt, da sich dort die Niederlassung von B. AG befindet, welche die Ware aufbewahrte. Nach herrschender Lehre ist der Richter jedoch nicht gehalten, Verträge nach der in der Regelanknüpfung des Art. 117 Abs. 2 und 3 enthaltenen Vermutung anzuknüpfen, sondern darf nach seinem Ermessen davon abweichen, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen.<sup>12</sup> Hier ist das Bundesgericht offenbar von der Regelanknüpfung abgewichen, ohne dies aber explizit zu erwähnen.

4 So *Erbe/Schlienger*, a.a.O., passim.

5 So *Beiz* in: *Honsell* (Hrsg.), *Kurzkommentar OR*, Basel 2008, N 11 zu Art. 456 OR.

6 Nicht weiter thematisiert soll werden, dass das Bundesgericht den Vertrag anfänglich als Speditionsvertrag bezeichnet (»... di spedirle a ...« und nicht »... di eseguirle il trasporto a«) und danach jedoch ganz klar festhält, die Hauptpflicht unter dem Vertrag habe im Transport der Waren bestanden. Der Vertrag war somit trotz der missverständlichen Umschreibung ein Fracht- und nicht ein Speditionsvertrag.

7 § 452 HGB.

8 Vgl. zur Diskussion um die Mafi-Trailer-Rechtsprechung des BGH statt vieler *Herber*, *Münchener Kommentar zum HGB*, Transportrecht, 2. Auflage, N 25 ff. zu § 452 HGB und *Koller*, *Transportrecht*, 6. Auflage, München 2007, N 15 zu § 452 HGB.

9 Vgl. zu dieser Problematik *Erbe/Schlienger*, a.a.O., Fn. 9 und *Rabe*, Die Probleme bei einer multimodalen Beförderung unter Einschluss einer Seestrecke – Sind Lösungen in Sicht?, in: *TranspR* 2000, S. 190ff.

10 Vgl. hierzu *Koller*, a.a.O., N 15 zu § 452 HGB.

11 *Thume*, *Kommentar zur CMR*, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2007, N 19 zu Art. 16 CMR.

12 *Amstutz/Vogt/Wang*, *Internationales Privatrecht*, 2. Auflage, Basel 2007, N 14 zu Art. 117 IPRG; *Vischer*, *Das Internationale Vertragsrecht nach dem neuen schweizerischen IPR-Gesetz*, BJM 1989, S. 183ff., insbes. S. 202ff.

### Zweifelhafte Entscheidung zur Schadenminderungspflicht

In der speziellen Konstellation des vorliegenden Falles war der die Annahme verweigernde Empfänger der Ware zugleich der Vermieter des Lagers, in das der Frachtführer, der zugleich Mieter war, die Ware nach der Ausladung einlagerte. Durch seine Eigenschaft als Mieter des Empfängers entstanden beim Frachtführer laufend neue (Miet-)Schulden gegenüber dem Empfänger. Das Bundesgericht machte dem Frachtführer und Mieter nun einen Vorwurf daraus, dass er diese Schulden durch Bezahlung beglich anstatt diese gegen die Kosten der Hinterlegung aufzurechnen. Das Bundesgericht machte eine Inkassohilfe somit zu einer Obliegenheit des Frachtführers. Gerechtfertigt wurde dies mit dem Argument, der Empfänger habe ja die Ursache für die Hinterlegung gesetzt.

Dieser Entscheid ist weder in der Begründung noch im Ergebnis zutreffend. Im Ergebnis ist die Entscheidung falsch, weil lediglich die Verursachung der Kosten durch den Empfänger betont, zugleich aber ausgeblendet wird, dass eine Annahmeverweigerung durchaus begründet sein kann. Es kann aber unmöglich Sache des Frachtführers sein, einen Entscheid zu treffen, ob die Annahmeverweigerung zu Recht oder zu Unrecht erfolgt, denn dies beurteilt sich grundsätzlich nach dem zwischen Absender und Empfänger geschlossenen Vertrag (meist ein Kaufvertrag), den der Frachtführer in aller Regel nicht kennt. Durch die Obliegenheit, einen Entscheid über die Rechtmässigkeit der Annahmeverweigerung zu fällen, würde der Frachtführer in die Rolle eines Schiedsrichters gedrängt, die ihm nicht zusteht und auch nicht zustehen soll.

Auch in der Begründung ist die Entscheidung falsch: Die CMR regelt nur die Kosten für die Ausladung, nicht jedoch der anschliessenden Verwahrung. Für diese Frage ist das anwendbare nationale Recht massgebend.<sup>13</sup> Es soll deshalb aufgezeigt werden, dass die vom Bundesgericht gewählte Lösung im nationalen Recht keine Stütze findet:

Der einschlägige Art. 444 Abs. 1 OR hält diesbezüglich fest:

*»Wenn das Frachtgut nicht angenommen oder die Zahlung der auf demselben haftenden Forderungen nicht geleistet wird oder wenn der Empfänger nicht ermittelt werden kann, so hat der Frachtführer den Absender hiervon zu benachrichtigen und inzwischen das Frachtgut auf Gefahr und Kosten des Absenders aufzubewahren oder bei einem Dritten zu hinterlegen.«*

Die Kosten für die Aufbewahrung oder Hinterlegung werden somit ausdrücklich dem Absender zugewiesen. Der Frachtführer hat lediglich zu informieren und darf sodann ausladen. Weitergehende Obliegenheiten, insbesondere jene, die Stellung eines Inkassogehilfen einzunehmen, können dem Gesetz nicht entnommen werden und stehen auch quer in der Landschaft. Es kann nicht Sache des Frachtführers sein, im Falle einer Annahmeverweigerung zu entscheiden, wer denn wohl im Recht sein könnte und entsprechend dieser Einschätzung die Kosten der Hinterlegung entweder beim Absender oder aber beim Empfänger geltend zu machen. Durch diese Auslegung contra legem verkennt das Bundesgericht die Rolle eines Frachtführers.

Aus dogmatischer Sicht stellt sich des Weiteren die Frage, ob die Voraussetzungen einer Aufrechnung überhaupt vorliegen. Eine Aufrechnung setzt u.a. das Bestehen gegenseitiger Ansprüche voraus. Damit der Frachtführer seine Schuld aus Mietvertrag gegen die Hinterlegungskosten auf-

rechnen kann, müsste der Empfänger Schuldner der Hinterlegungskosten sein. Schuldner der Entschädigung aus Hinterlegungsvertrag ist nach klarer gesetzlicher Anweisung aber der Absender. Nur dieser ja auch einen Vertrag mit dem Frachtführer. Auch wenn, wie das Bundesgericht hervorstreicht, der Empfänger die Ursache für die Hinterlegung gesetzt hat, kann aus einem Vertrag zwischen einem Absender und einem Frachtführer keine Zahlungspflicht des Empfängers hergeleitet werden,<sup>14</sup> denn dies würde den Frachtvertrag zu einem echten Vertrag zu Lasten Dritter machen. Solche gibt es in unserer Rechtsordnung jedoch nicht.<sup>15</sup> Der Empfänger, der die Annahme verweigert, kann somit nicht Schuldner der besagten Kosten sein. Ist der Empfänger gegenüber dem Frachtführer aber nicht Schuldner, so kann es auch keine Aufrechnung geben. Erklärt der Frachtführer dennoch Aufrechnung, so setzt er sich dem Risiko einer Klage auf Leistung der Mietzinse aus.

Diese Folgerung bestätigt im Übrigen auch ein Blick auf die deutsche Regelung: Nach § 419 Abs. 4 HBG hat der Frachtführer Anspruch auf Ersatz der Hinterlegungskosten, es sei denn, das Ablieferungshindernis sei seiner Risikosphäre zuzuordnen, wovon hier keine Rede sein kann. Liegen wie im vorliegenden Fall keine Weisungen vor, so richtet sich der Kostenersatzanspruch dabei gegen den Absender.<sup>16</sup> Der Empfänger könnte nur in Anspruch genommen werden, wenn er die Weisungen erteilt hat, die die Kosten verursacht haben,<sup>17</sup> was hier ebenfalls nicht der Fall ist.

Ein Unterschied zwischen deutschem und schweizerischem Recht besteht zwar darin, dass der Frachtvertrag nach deutschem Verständnis ein Werkvertrag ist, während der Frachtvertrag nach schweizerischem Recht subsidiär den Bestimmungen über den Auftrag unterliegt.<sup>18</sup> Doch auch in diesem Unterschied liegt keine Begründung für den eigenartigen Entscheid des Bundesgerichts. Denn die für das Auftragsrecht typische Treuepflicht des Auftragnehmers ist nicht unbegrenzt. Treue im auftragsrechtlichen Sinne meint (nur), alles zu tun, was zur Erreichung des Auftragszweckes resp. der Hauptleistung erforderlich sein kann, und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte.<sup>19</sup> Die Treuepflicht fordert somit die Ausrichtung des Handelns des Beauftragten auf den nach dem Vertrauensprinzip zu berücksichtigenden Leistungszweck.<sup>20</sup> Ob eine Handlung oder Unterlassung aufgrund der Treuepflicht geboten ist, beurteilt sich somit immer an der Frage, ob ohne diese Handlung oder Unterlassung die Hauptleistung nicht richtig und sinnvoll erbracht werden könnte.<sup>21</sup> Die Treuepflicht soll bloss die reibungslose Abwicklung der vertraglichen Hauptleistung

13 Jesser-Huss, Münchner Kommentar zum HGB, Transportrecht, 2. Auflage, München 2009, N 14 zu Art. 16 CMR; Koller, a.a.O., N 6 zu Art. 16 CMR; Thume, a.a.O., N 25 zu Art. 16 CMR.

14 Koller, a.a.O., N 49 zu § 419 HGB.

15 Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008, N 3875.

16 Jesser-Huss, a.a.O., N 47 zu § 419 HGB.

17 Koller, a.a.O., N 49 zu § 419 HGB.

18 Art. 440 Abs. 2 OR.

19 BGE 115 II 64f.; Weber, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, N 8 zu Art. 398 OR; Fellmann, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, N 24 zu Art. 398 OR; Gautschi, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, N 5a zu Art. 398 OR; Gehrer/Giger, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 3 zu Art. 398 OR.

20 Fellmann, a.a.O., N 24 zu Art. 398 OR, mit weiteren Hinweisen.

21 Fellmann, a.a.O., N 26 zu Art. 398 OR.

sichern.<sup>22</sup> Aus diesen Zitaten wird klar, dass die Treuepflicht immer in einem Zusammenhang mit der Hauptleistung steht. Hauptleistung heisst bei einem Frachtvertrag jedoch die Verbringung der Ware von A nach B und die Ablieferung an den Empfänger. Die Eintreibung von Kosten der Hinterlegung steht ausserhalb des Leistungszwecks des Frachtvertrags und kann deshalb nicht als eine aus der Treuepflicht fliessende Obliegenheit des Frachtführers verstanden werden. Führt der Frachtführer den Transport wie vereinbart aus und verweigert der Empfänger die Annahme (ohne dass der Frachtführer dies zu verantworten hätte), so hat der Frachtführer bereits alles ihm obliegende unternommen. Mit der Einlagerung nach Art. 444 OR endet sodann der Frachtvertrag. Weitergehende Pflichten oder Obliegenheiten lassen sich dem schweizerischen Recht nicht entnehmen. Insbesondere lässt sich eine Pflicht, die Kosten nicht dem Absender, sondern dem Emp-

fänger in Rechnung zu stellen, nicht auf allgemeines Auftragsrecht abzustützen.

Zusammenfassend kann hierzu somit festgehalten werden, dass die Möglichkeit einer Aufrechnung schon mangels gegenseitiger Ansprüche ausscheidet, dass eine Überwälzung der Kosten auf den Empfänger der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Art. 444 OR widerspricht und dass eine Pflicht, die Kosten dem Empfänger zu belasten auch in der auftragsrechtlichen Treuepflicht keine Stütze findet.

Einsender: Stephan Erbe, Fromer Schultheiss & Staehelin, Basel/Schweiz

<sup>22</sup> *Fellmann*, a.a.O., N 28 zu Art. 398 OR.