

---

**Datum:** 27.11.2014  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 22. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-22 U 113/14  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2014:1127.I22U113.14.00

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22. Mai 2014 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Duisburg (Az.: 21 O 95/12) wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das am 22. Mai 2013 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Duisburg (Az.: 21 O 95/12) ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Gründe:**

**A.**

Die Klägerin nimmt die Beklagte als Auftragnehmerin aus einem Werkvertrag über den Ausbau des Binnentankmotorschiffs TMS „...“ auf Ersatz eines mangelbedingt entstandenen Gewinnentgangs in Höhe von 146.498 € in Anspruch. 1 2 3

Die Beklagte betreibt zusammen mit ihrer Tochtergesellschaft, der G. S. B.V., eine Schiffswerft in W. / Niederlanden. 4

Mit notariellem Vertrag vom 6. August 2010 verkaufte die Beklagte der Klägerin ein von ihr zuvor erbautes Neubaukasko zu einem Preis von 2.800.000 €. Am selben Tag schlossen die 5

Parteien einen weiteren Vertrag, mit dem sich die Beklagte gegen Zahlung von weiteren 1.575.000 € zum Ausbau des Kaskos zum fertigen Schiff in Form eines – so die Überschrift des Vertrages – „kanalgängigen Chemikaliertankers, Maße ca. 84,99 x 9,50 x 4,50 m, 1.800 m<sup>3</sup> / ca. 1.650 t, 5 Tanks mit Coating“ verpflichtete. In diesem Zusammenhang waren die Innenseiten des Ladungstanks mit einem Coating, einem Spezialanstrich, zu versehen der einerseits einen Rostschutz für den Stahl des Schiffes darstellen und andererseits dem Schutz der zu transportierenden Produkte vor Verschmutzung durch physikalische oder chemische Einflüsse dienen sollte. Der Ausbauvertrag enthält unter anderem folgende Regelungen:

### **„Artikel 10 Garantien**

6

Verkäufer gibt alle selbst erhaltenen Garantien unverzüglich an den Käufer durch. [...].

7

Für die durch den Verkäufer selbst verrichteten Arbeiten am Schiff gewährt der Verkäufer eine Garantie von 12 Monaten ab Infahrtsetzung des Schiffes. [...]

8

Im Garantiefall macht der Käufer von seinem Recht Gebrauch, seine Garantieforderung direkt an den jeweiligen Lieferanten zu stellen. Verkäufer wird ihn bei der Durchsetzung seiner Ansprüche in vollem Umfang unterstützen.

9

Käufer kann den Verkäufer nicht haftbar halten für Schäden aufgrund normalen Verschleiß, Folgeschäden und Ausfallzeiten. Solche Schäden sind vom Käufer selbst zu versichern, mit Ausschluss einer Regressforderung an den Verkäufer. [...]

10

### **Artikel 11 Streitigkeiten**

11

Im Falle von Streitigkeiten zwischen den Parteien mit Bezug auf diesen Vertrag sind die Parteien verpflichtet, zunächst eine freundschaftliche Lösung dieses Konfliktes anzustreben. Falls dies zu keiner Einigung führt, muss die Auseinandersetzung, wenn sie technischer Natur ist, dem Experten der Klassifikationsgesellschaft zur Entscheidung vorgelegt werden. Dessen Entscheidung ist dann von beiden Parteien als bindend zu akzeptieren.

12

### **Artikel 12 Rechtsgültigkeit**

13

Für diesen Vertrag gilt deutsches Recht. Als Gerichtsstand ist Duisburg, Deutschland vereinbart. [...]

14

Die Beklagte und ihre Tochtergesellschaft bauen jährlich etwa 10 Tankschiffe gleicher Bauart, zuletzt die TMS „...“. Die Ausbauverträge zwischen der Beklagten und der TMS „...“ GmbH & Co KG betreffend das TMS „...“ vom 12. März 2010, zwischen der Tochtergesellschaft der Beklagten und R. PA S. betreffend das Schiff „I.“ von Februar 2011, der Beklagten und der J. und H. B. GbR betreffend das Schiff „B.“ vom 12. Mai 2010, zwischen der die Beklagte vertretenden S. Schiffs-Neubau Generalvertretungsgesellschaft mbH und der R. GmbH & Co. KG TMS B. KG betreffend einen kanalgängigen Chemikaliertanker vom 24. Juli 2009 sowie zwischen der Beklagten und der F. GbR von Januar 2011 betreffend den Schubleichter „F.“ enthalten mit Ausnahme des dritten Absatzes des Artikels 10, der in diesen Verträgen jeweils nicht vorhanden ist, dieselben oben zitierten Regelungen sowie eine Vielzahl weiterer identischer Regelungen. Wegen der Einzelheiten wird auf diese Verträge verwiesen (Bl. 189 ff. d.A.).

15

Das TMS „L.“ weist nach dem Eichtschein vom 25. August 2010 eine Tragfähigkeit von 1.601,056 Tonnen auf. Am 1. Oktober 2010 wurde das Schiff von der Beklagten an die

16

Klägerin übergeben. Seitdem kam es vielfach in dem aus der Anlage K 19 ersichtlichen Umfang zum Transport der dort genannten Ladungen zum Einsatz.

Im Sommer 2011 stellte die Klägerin am Tankboden von Laderaum 4 Schäden fest, die die Firma G. T. F. GmbH & Co., KG, der beide Parteien den Streit verkündet haben (im Folgenden daher: Streitverkündete), im Auftrag der Klägerin beseitigte. Die Streitverkündete hatte bereits im Auftrag der Beklagten das ursprüngliche, erste Coating auf dem Schiffsinneren aufgebracht. Seit dem 1. Februar 2012 wird das Schiff von der Klägerin als Ausrüsterin betrieben. Seit dem 2. März 2012 ist sie Schiffseignerin im Sinne des BinSchG. 17

Anfang Juni 2012 wurde das Schiff in Rotterdam mit Biodiesel beladen, der nach Lingen transportiert werden sollte. Nach der Beladung, nämlich am 8. / 9. Juni 2012 (Freitag bzw. Samstag), wurden im Produkt und in den Laderäumen des Schiffes Rückstände des Coatings festgestellt. Das Schiff wurde deshalb am 13. Juni 2012 zum Löschen der Ladung in M. / NL einer Spezialfirma zum Reinigen vorgelegt. Wegen dieses Vorfalles reichte der verantwortliche Schiffsführer beim örtlich zuständigen Schifffahrtsgericht in Emden am 18. Juni 2012 einen Verklarungsantrag ein und benannte als Verfahrensbeteiligte zunächst die Transportbeteiligten, nämlich die Reederei J. GmbH und die Deutsche B. AG. Das Schifffahrtsgericht Emden (Az.: 5 C 358/12 BSchG) fasste am 18. Juni 2012 antragsgemäß einen Verklarungsbeschluss nach § 11 BinSchG zur Klärung der Frage, ob das TMS „L.“ beim Beladen mit Biodiesel einen Unfall erlitten hat, indem der geladene Biodiesel das Coating der Tankräume angegriffen und schwer beschädigt hat, weil er verunreinigt war, durch die Sachverständigen S. und St.. Neben weiteren Ergänzungsfragen sollte der Sachverständige St. dazu Stellung nehmen, ob das Coating zum Zeitpunkt des mutmaßlichen Unfalls sach- und fachgerecht aufgetragen gewesen sei. Am 21. Juni 2012 fand nach Reinigung der Laderäume des Schiffes ein erster Ortstermin mit dem Sachverständigen St. statt. Mit Schriftsatz der Klägerin vom 28. Juni 2012 wurde die hiesige Beklagte zur Beteiligten des Verklarungsverfahrens benannt. Mit Schriftsätzen vom 28. Juni, 2. Juli und 15. August 2012 trat die hiesige Beklagte dem Verklarungsverfahren entgegen und hielt dort Sachvortrag. In seinem schriftlichen Gutachten vom 30. Juni 2012 führte der Sachverständige St. u.a. aus, dass hinsichtlich der Verarbeitung des Coatings Mängel festgestellt worden seien und sich das Coating nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand befunden habe; der Zustand sei derart gravierend, dass eine Komplettanierung mit neuem Beschichtungsaufbau notwendig sei. Der Sachverständige S. führte in seinem Gutachten vom 2. Juli 2012 aus, dass weder das Produkt noch das vorhandene Wasser den Coatingschaden mit dessen Ablösung hätten verursachen können. In seinem Ergänzungsgutachten vom 12. Juli 2012 führte der Sachverständige St. weiter aus, unter Berücksichtigung des Gutachtens Schuster stellten sich die von ihm vorgefundenen Mängel als Applikationsfehler dar. 18

Am 29. Juni 2012 beauftragte die Klägerin bei der Beklagten die Reparatur des Schiffes. Auf dem Werftgelände der Beklagten entfernte die Streitverkündete das Coating im Schiffsinneren vollständig und brachte ein Neues auf. Seit dem 8. August 2012 setzte die Klägerin das Schiff wieder ein. Mit Rechnung vom 6. September 2012 forderte die Beklagte von der Klägerin die Zahlung von 197.510 € für das Aufbringen des Coatings. Darin enthalten ist ein Betrag von 3.060 € für das 34tägige Zurverfügungstellen des Liegeplatzes. Diese 197.510 € waren Gegenstand der Widerklage und der von der Klägerin zwischenzeitlich erhobenen negativen Feststellungsklage, die die Parteien nach Erhebung der Widerklage übereinstimmend für erledigt erklärt haben. 19

Die Klägerin hat auf Grundlage der im Verklarungsverfahren eingeholten Gutachten behauptet, dass nicht der in das Schiff geladene Biodiesel für die Ablösung des Coatings 20

verantwortlich gewesen sei, sondern dass das Coating im Rahmen der von der Beklagten durchgeführten Ausbaumaßnahmen im Jahr 2010 insgesamt grob mangelhaft und fehlerhaft auf die Oberfläche der Tankinnenseite der Laderäume aufgebracht worden sei. Bei den Regelungen in Art. 10 des Ausbavertrages handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Beklagte habe die dortigen Regelungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert. Die Regelungen in Art. 10 des Vertrages seien, so hat sie gemeint, vorliegend nicht einschlägig, da sie sich allein mit Garantien befassten, jedenfalls aber wirksam.

Die Klägerin verlangt mit ihrer am 24. September 2012 bei Gericht eingegangenen und am 1. November 2012 der Beklagten zugestellten Klage für die Zeit zwischen dem 13. Juni und dem 8. August 2012 den Ersatz entgangenen Gewinns bezogen auf einen Zeitraum von 55 Tagen. Zur Berechnung verweist sie auf die ehemals in § 32 BinSchG a.F. geregelten Sätze nach Lebenshaltungskosten, die ihrer Ansicht nach auch auf die vorliegende Fallkonstellation Anwendung finden. Ausgehend von einer Größe des TMS „L.“ von 1.650 t errechnet sie nach § 32 BinSchG a.F. einen täglichen Nutzungsausfall von 2.019,60 € bezogen auf das Jahr 1994. Diesen Betrag legt sie ihren weiteren Berechnungen zugrunde. Unter Berücksichtigung des jeweiligen Lebenshaltungskostenindexes – ausgehend von in Statistiken ausgewiesenen Werten aus dem Jahr 2008 – gelangt sie sodann zu einem Nutzungsausfall von 2.663,60 € pro Tag (2.019,60 € x 112,5 / 85,3). 21

Wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen (§ 540 ZPO). 22

Die Beklagte hat unter Berufung auf Art. 11 des Ausbavertrages die Einrede des Schiedsvertrages erhoben. Ferner hat sie unter Hinweis auf Art. 10 Abs. 3 des Vertrages die Einrede der Verjährung erhoben und die Ansicht vertreten, dort sei eine Abkürzung der Gewährleistungsfrist auf 12 Monate geregelt. Sie hat mit Nichtwissen bestritten, dass der im Jahr 2012 aufgefundene Zustand auf den Zustand zurückzuführen sei, in dem sie das Schiff im Jahr 2010 der Klägerin geliefert habe. Sie hat gemeint, der Ausbavertrag enthalte keine AGB. Selbst wenn AGB vorlägen, hielten die Klauseln einer Inhaltskontrolle stand. Sie hat behauptet, der Ausbavertrag sei individuell auf den Fall der TMS „L.“ zugeschnitten und sei im Einzelnen mit der Klägerin ausgehandelt worden. Eine Nutzungsausfallentschädigung scheide nicht nur aus, weil ein solcher Anspruch wirksam durch Art. 10 Abs. 4 des Ausbavertrages ausgeschlossen worden sei, sondern auch das erforderliche Verschulden fehle, da sie die Streitverkündete gemäß § 831 BGB sorgfältig ausgewählt habe. Die von der Klägerin herangezogene Kommentierung und Rechtsprechung zu Schiffsunfällen und den daraus folgenden Nutzungersatz sei nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Die Berechnungen der Klägerin seien im Übrigen der Höhe nach nicht nachvollziehbar. 23

Nach Anhörung des Sachverständigen St. hat das Landgericht mit Urteil vom 22. Mai 2014 der Klage vollumfänglich stattgegeben, die Widerklage abgewiesen und der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Verklarungsverfahrens vor dem Schifffahrtsgericht Emden auferlegt. Zur Begründung, auf die im Übrigen Bezug genommen wird, hat es unter anderem ausgeführt, die Klägerin habe gegen die Beklagte gemäß §§ 631, 280 BGB einen Anspruch auf Zahlung von Nutzungsausfall in der geltend gemachten Höhe, während die mit der Widerklage geltend gemachten Werklohnansprüche nicht bestünden. 24

Die Klage sei zulässig. Die Zuständigkeit des Landgerichts Duisburg ergebe sich aus der in Art. 11 des Ausbavertrages getroffenen Gerichtsstandvereinbarung. Der Zulässigkeit der Klage stünden nicht die weiteren Regelungen in Art. 11 des Ausbavertrages entgegen, weil die Parteien nicht über technische Fragen, die allein in die Zuständigkeit der 25

Klassifizierungsgesellschaft fielen, stritten. Unstreitig sei von deren Prüfungskompetenz die Art des Tankcoatings nicht umfasst. Zudem stritten die Parteien über Rechtsfragen, so dass die Voraussetzungen der Klausel nicht vorlägen. Die Klage sei begründet. Das von der Beklagten aufgebrauchte Coating sei bei Übergabe der TMS „L.“ mangelhaft gewesen. Es stehe nach der durchgeführten Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer fest, dass das von der Streitverkündeten als Subunternehmerin aufgebrauchte Coating bereits beim Ausbau des TMS nicht ordnungsgemäß aufgebracht worden sei. Der Sachverständige St. habe im Rahmen seiner schriftlichen Begutachtung wie auch im Rahmen seiner Anhörung überzeugend und nachvollziehbar ausgeführt, dass das aufgebrauchte Coating von Anfang an mangelhaft gewesen sei. Die tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen, die dieser in dem Verklarungsverfahren getroffen habe, seien im vorliegenden Rechtsstreit nach § 411a ZPO verwertbar. Die Durchführung des Verklarungsverfahrens sei zulässig gewesen. Auch die weiteren Voraussetzungen von § 411a ZPO hätten vorgelegen; das Sachverständigengutachten habe verwertet werden dürfen, weil das Gutachten aufgrund richterlicher Anordnung und unter ordnungsgemäßer Beteiligung der Beklagten eingeholt worden sei. Im Übrigen habe der Sachverständige im Rahmen seiner Anhörung, also in einem im vorliegenden Verfahren eingeholten Ergänzungsgutachten, seine Feststellungen nochmals begründet.

Gewährleistungsansprüche der Klägerin seien nicht nach Art. 10 des Ausbaurvertrages ausgeschlossen. Bei der Klausel handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die nach § 305c Abs. 2 BGB unwirksam sei. Art. 10 sei in weiteren Verträgen von der Beklagten identisch verwandt worden, so dass bereits die mehrfache Verwendung für das Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen spreche. Dass die Klausel hier individuell ausgehandelt worden sei, habe die Beklagte auch auf das substantiierte Bestreiten der Klägerin hin in keiner Weise nachvollziehbar vorgetragen. Der Inhalt der Klausel sei unklar. Die Auslegung der Klausel sei nicht eindeutig, weil nicht festgestellt werden könne, ob von der Klausel auch Beschaffenheitsvereinbarungen als Möglichkeit einer Garantiezusage beim Werkvertrag erfasst würden, so dass die Klausel auch für allgemeine Gewährleistungsrechte eingreife, oder ob davon nur reine Garantieverträge erfasst werden sollten. Aus der auf „Garantien“ bezogenen Klausel werde nicht deutlich, welche Art von Garantie, nämlich eine unselbständige Beschaffenheitsgarantie oder die Übernahme eines über den Werkvertrag hinausgehenden Erfolges, gemeint sei. Dies gehe zu Lasten der Verwenderin.

26

Da die Klägerin unstreitig Ausrüsterin des Schiffes im Sinne von § 1 BinSchG sei, stehe ihr der Anspruch auf Nutzungsausfall zu. Infolge der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Arbeiten sei das Schiff unstreitig im Zeitraum vom 13. Juni 2012 bis zum 8. August 2012 nicht einsetzbar gewesen. Die Klägerin könne den ihr entgangenen Schaden nach der abstrakten Berechnung zu den nach § 92 BinSchG erstellten Grundsätzen ersetzt verlangen. Die Höhe des Schadensersatzes richte sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB und damit nach § 252 BGB, der eine abstrakte Schadensberechnung zulasse. Die Höhe des Schadens sei nach den ehemals gesetzlich geltenden Sätzen des § 32 BinSchG a.F., nach Lebenshaltungskosten indiziert, der Schadensermittlung als Mindestschaden zugrunde zu legen. Dies führe hier zu einem Schaden von täglich 2.663,60 €, insgesamt für 55 Kalendertage zu einem solchen von 146.489 €.

27

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, soweit sie zur Zahlung verurteilt wurde. Ihre Widerklageforderung verfolgt sie nicht weiter. Sie macht geltend, die Klägerin habe neben den Ansprüchen auf Beseitigung der Mängel keinen Anspruch auf den klagegegenständlichen Nutzungsausfall. Soweit das Landgericht Art. 10 des Ausbaurvertrages als Allgemeine Geschäftsbedingung werte, weil sie, die Beklagte, nicht

28

nachvollziehbar vorgetragen habe, dass der Vertrag individuell ausgehandelt worden sei, seien diese Ausführungen im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast unzutreffend, da nicht sie, die Beklagte, darzulegen und zu beweisen habe, dass eine den Anwendungsbereich von §§ 305 ff. BGB ausschließende Individualvereinbarung vorliege, sondern die Klägerin habe darzulegen und zu beweisen gehabt, dass es sich bei den von zwei Handelsgesellschaften als Vollkaufleuten in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem notariellen Kaufvertrag abgeschlossenen Ausbauvertrag um AGB handele. Insoweit fehle es an substantiiertem Vorbringen. Die Klägerin habe ins Blaue hinein und ohne Beweisangebot behauptet, ihr – der Beklagten – Geschäftsführer habe den Ausbauvertrag entworfen und gleichlautende Texte für andere Schiffsbauverträge verwendet. Dieser Vortrag sei widersprüchlich, da die Klägerin noch in der Klageschrift dargelegt habe, dass die Parteien wesentliche Einzelheiten des Vertrages wie die Schiffsdaten und –maße, die Bausumme, die Anwendung deutschen Rechts und den Gerichtsstand „vereinbart“ hätten. Von einem Diktieren oder einem ungeprüften Übernehmen von Standardtexten sei daher bereits bei der Klägerin nicht die Rede. Auch der Text des Ausbauvertrages selbst spreche gegen das Vorliegen von AGB, da im Vertrag an mehreren Stellen Bezug genommen werde auf konkrete Daten und Fakten, die nur für die TMS „L.“ Geltung hätten entfalten können und auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt seien. Soweit die Klägerin andere Ausbauverträge vorgelegt habe, ergebe sich der fehlende Gleichlaut mit dem vorliegenden Vertrag bereits daraus, dass zum Teil andere Gesellschaften aufgetreten seien und die Texte in erheblicher Weise differierten. Es bestünden weder ein Anscheins- noch ein Vollbeweis für das Vorliegen von AGB. Daraus folge, dass die klagegegenständlichen Nutzungsausfallansprüche wegen der Regelung in Art. 10 a.E. des Ausbauvertrages nicht ersatzfähig seien. Selbst wenn man die Regelung der Kontrolle der §§ 305 ff BGB unterwerfe, sei die Klausel nicht unklar im Sinne von § 305c Abs. 2 BGB. Das Urteil lasse eine Auseinandersetzung mit der einschlägigen Passage in Art. 10 a.E. vermissen. Tatsächlich sei der vertragliche Haftungsausschluss betreffend Folgeschäden und Ausfallzeiten des Schiffes in Verbindung mit der Verpflichtung des Auftraggebers, diese Schäden eigenständig zu versichern, eine nicht nur klare, sondern einleuchtende und interessengerechte Aufteilung unterschiedlicher Haftungsrisiken, zumal, so die Behauptung der Beklagten, Versicherungen gegen Nutzungsausfall üblich seien und ein solcher zu kalkulierbaren Kosten abgedeckt werden könne. Hinzu komme, dass sie darauf vertraut habe, dass die Klägerin ihrer vertraglich zugesicherten Pflicht, sich gegen Vermögensschäden in Gestalt von Nutzungsausfallschäden zu versichern, nachkomme. Zur Vermeidung unnötiger Doppelversicherungskosten habe sie selbst sich nicht bei ihrer Betriebshaftpflichtversicherung in Bezug auf Nutzungsausfallschäden eingedeckt. Die Beklagte meint, die Klägerin habe insoweit auch ihre Schadensminderungspflichten verletzt.

Darüber hinaus komme die von der Vorinstanz vorgenommene abstrakte Berechnung des Nutzungsausfallschadens gemäß den zu § 92 BinSchG entwickelten Grundsätzen nicht in Betracht. Es hätten keine Anhaltspunkte für eine deliktische Haftung ihrerseits vorgelegen. Auch fehle es an dem nach § 92 BinSchG erforderlichen Zusammenstoß von Schiffen oder einer anderweitigen Havarie, so dass die hierzu entwickelte Judikatur nicht übertragbar sei. Zudem sei die von der Klägerin präsentierte Berechnung des Nutzungsausfalls, wie von ihr von Anfang an gerügt, zu keinem Zeitpunkt schlüssig oder nachvollziehbar gewesen. Keinen der in Ansatz gebrachten Rechnungsparameter – Tragfähigkeit, Tagessatz, Lebenshaltungskostenindex sowie Beginn, Ende und angebliche Dauer von 55 Tagen Nutzungsausfall – habe die Klägerin plausibel gemacht oder unter Beweis gestellt. Soweit die Klägerin in Aussicht gestellt habe, ihren Nutzungsverlust konkret zu beziffern, sei sie ihrer prozessualen Bringschuld nicht nachgekommen. Aus dem Kaufvertrag ergebe sich, dass die Tragfähigkeitsangabe von 1.650 t nicht zutreffe. Ausweislich der von der Klägerin vorgelegten

Rechnung von ihr, der Beklagten, habe sich das Schiff zudem lediglich 34 Tage am werftseitigen Liegeplatz befunden. Soweit die Klägerin ihre Darlegungen in zweiter Instanz substantiiere, sei sie damit präkludiert.

Die Beklagte beantragt, 30

das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 22. Mai 2014 (Az.: 21 O 95/12) im Kostenpunkt aufzuheben und im Übrigen dahingehend abzuändern, dass die Klage abgewiesen wird, 31

Die Klägerin beantragt, 32

die Berufung zurückzuweisen. 33

Sie meint, der Ausbauvertrag enthalte schon keine Bestimmung über Gewährleistung, weshalb es bei den gesetzlichen Regelungen bleibe, in deren Rahmen sie auch für Nutzungsausfall Schadensersatz verlangen könne. Mit Art. 10 Abs. 2 des Vertrages habe die Klägerin eine Haltbarkeitsgarantie übernommen, nicht aber die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche abbedungen. Art. 10 sei ausdrücklich mit „Garantien“ überschrieben. Damit sei unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden, dass in diesem Artikel nur Regelungen zu Garantien enthalten seien. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten seien in der Binnenschifffahrt weder loss-of-hire-Policen üblich, noch sei es üblich, dass sich der Käufer eines Schiffes für Nutzungsverlust wegen Mangelhaftigkeit zugunsten der Werft versichere. Überdies handele es sich bei Art. 10 um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Die Schiffswerft in G. werde nämlich – was unstreitig ist – von der Beklagten und ihrer Tochtergesellschaft, der G. S. B.V., betrieben. Die Beklagte sei – was ebenfalls unstreitig ist – zudem alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Streitverkündeten und werde selbst von der S. Schiffs-Neubaugeneralvertretungsgesellschaft mbH oder G. Gesellschaft für Schiffsmanagement mbH jeweils alleinvertretungsberechtigt vertreten. Bei Art. 10 „Garantien“ handele es sich um durch die Beklagte vorformulierte Klauseln, die diese in allen Ausbauverträgen gleichermaßen verwende. Dies folge aus den von ihr erstinstanzlich vorgelegten Verträgen. Darüber hinaus sei Art. 10 auch unwirksam. Es sei unklar, ob unter der Bezeichnung „Garantie“ eine Beschaffenheitsgarantie oder eine unselbständige Garantie zu verstehen sei, unklar sei auch, ob und welcher Art Garantien von Zulieferern bestünden. Erst recht sei die Klausel unklar, soweit die Beklagte sich im Prozess darauf berufe, dass mit dem Begriff der Garantie eigentlich Gewährleistungsrechte gemeint sein sollten. Dementsprechend könnten die Regelungen weder als vollständiger noch als teilweiser Gewährleistungsausschluss verstanden werden. Die Schätzung des Nutzungsausfalls durch das Landgericht sei nicht zu beanstanden. Eine solche Schätzung anhand der herangezogenen Parameter entspreche jahrzehntelanger Rechtsprechung auf Grundlage des ehemaligen § 32 BinSchG. Sie behauptet, das TMS „L.“, sei, wie auch vom Landgericht tatbestandlich festgestellt, 55 Tage ausgefallen, aus dem als Anlage BB6 vorgelegten Eichschein gehe hervor, dass die Tonnage 1.601,056 Tonnen betrage, gemessen am heutigen Verbraucherindex sei der Nutzungsausfall pro Tag sogar noch höher als mit der Klage geltend gemacht. Die Klageberechnung beruhe auf dem damaligen Verbraucherpreisindex, der bis Juli 2012 deutlich gestiegen sei. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf Bl. 595 d.A. verwiesen.

Wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen Bezug genommen. 35

Die Akte des Amtsgerichts Emden, 5 C 358/12 BSchG, ist beigezogen worden und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 36

<b>B.</b>	37
Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).	38
<b>I.</b>	39
Die Klage ist zulässig. Der Zuständigkeit der angerufenen staatlichen Gerichte steht insbesondere nicht Art. 11 Abs. 2 des Ausbauvertrages entgegen, wonach im Falle von Streitigkeiten und dem erfolglosen Versuch einer freundschaftlichen Lösung des Konfliktes die Streitigkeit dem Experten der Klassifikationsgesellschaft zur Entscheidung vorzulegen ist, wenn diese Streitigkeit „technischer“ Natur ist.	40
Allerdings ist schon im Ansatz unklar, was die Beklagte, die diese Klausel ausweislich der von der Klägerin vorgelegten weiteren Ausbauverträge mit anderen Kunden in den von ihr formulierten Verträgen regelmäßig verwendet, mit der Klausel überhaupt hat regeln wollen. In Betracht kommt insoweit zum einen, dass sie eine Schiedsvereinbarung im Sinne von §§ 1029 ff. ZPO hat treffen wollen, wonach ein Schiedsgericht einen Rechtsstreit an Stelle des staatlichen Gerichts zu entscheiden hat (vgl. <i>Geimer</i> , in: Zöller, ZPO; 30. Aufl. 2014, § 1029 Rn. 4). Hierfür könnte sprechen, dass dem Experten der Klassifikationsgesellschaft, so wörtlich, „die Auseinandersetzung <u>zur Entscheidung</u> “ [Hervorhebung durch den Senat] vorgelegt werden soll. Dagegen und für eine bloße Schiedsgutachtervereinbarung, bei der der Schiedsgutachter nur Tatumstände festzustellen und Tatfragen zu entscheiden hat, ohne dass er befugt ist, darüber zu befinden, welche Verpflichtungen sich daraus für die Parteien ergeben (vgl. <i>Geimer</i> , a.a.O., § 1029 Rn. 4), könnte andererseits sprechen, dass dem Experten nur Auseinandersetzungen „ <u>technischer</u> Natur“ [Hervorhebung durch den Senat] vorzulegen sind. Was wiederum konkret damit gemeint sein soll, ist ebenfalls unklar, weil sich Auseinandersetzungen regelmäßig nicht auf technische Fragen beschränken, sondern meist mit rechtlichen Fragen unmittelbar verknüpft sind. So lässt sich die rechtliche Frage des Vorliegens eines Mangels in der Regel nicht von der diesem Rechtsbegriff zugrundeliegenden „technischen“ Bewertung trennen. Anhaltspunkte, wie die Klausel sinnvollerweise auszulegen sein soll, hat die Beklagte nicht vorgebracht.	41
Wie die Klausel auszulegen ist und ob sie wegen Unklarheit ohnehin nach § 305c Abs. 2 BGB unwirksam ist, braucht indes an dieser Stelle – wie auch später – nicht entschieden zu werden. Selbst wenn in der Klausel eine Schiedsvereinbarung im Sinne von §§ 1029 ff. ZPO liegen sollte, steht dies der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen, weil die Beklagte ihre erstinstanzlich auf Art. 11 des Ausbauvertrages gestützte Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts im Berufungsverfahren nicht aufrechterhalten hat. Gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO ist eine Klage in einer Angelegenheit, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, nicht von Amts wegen, sondern nur dann als unzulässig abzuweisen, wenn dies vor Beginn der mündlichen Verhandlung gerügt wird. Es handelt sich damit um eine verzichtbare Rüge im Sinne von § 532 ZPO, die die Zulässigkeit der Klage betrifft. Solche Rügen sind, wenn sie vom Berufungsführer vorzubringen sind, innerhalb der Berufungsbegründungsfrist (§ 520 ZPO) zu erheben. Ansonsten sind sie nur zuzulassen, wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. Hier hat die Beklagte die Rüge innerhalb der Berufungsbegründung und auch danach nicht mehr erhoben.	42
<b>II.</b>	43
Die Klage ist begründet.	44

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Gewinns in Form von Nutzungsausfall jedenfalls in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe gemäß § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB. 45
- Ein solcher Anspruch ist weder nach gemäß Art. 10 Abs. 4 des Ausbauvertrages ausgeschlossen (dazu im Folgenden unter a)), noch gemäß Art. 10 Abs. 3 des Ausbauvertrages verjährt (dazu im Folgenden unter b)). Vielmehr sind die Voraussetzungen für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch dem Grunde und der Höhe nach gegeben (dazu im Folgenden unter c)). 46
- a) Die Haftung der Beklagten für Nutzungsausfall ist nicht nach Art. 10 Abs. 4 des Ausbauvertrages ausgeschlossen. Art. 10 Abs. 4 des Ausbauvertrages ist gemäß § 305c Abs. 2 BGB unwirksam. 47
- aa) Bei den Regelungen in Art. 10 Abs. 1, 2 und 4 des Ausbauvertrages handelt es sich entgegen der Annahme der Berufung um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, nämlich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die die Beklagte der Klägerin bei Abschluss des Vertrages gestellt hat. 48
- Das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss – worauf die Berufung insoweit noch zutreffend hinweist – grundsätzlich der Vertragspartner des Verwenders darlegen und beweisen, der sich im Individualprozess auf den Schutz der Regelungen der §§ 305 ff. BGB beruft (vgl. *BGH*, Urteil vom 14. Mai 1992, VII ZR 204/90, NJW 1992, 2160, 2162 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 305 Rn. 23; *Becker*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1. August 2013, § 305 Rn. 38, jeweils m.w.N.). In der Regel genügt die Verwendergegenseite jedoch der ihr obliegenden Beweislast durch Hinweis auf die äußere Form, denn ein gedrucktes oder sonst vervielfältigtes Klauselwerk ist seinem ersten Anschein nach Allgemeine Geschäftsbedingung. Dieser Anschein wird im Hinblick auf die gebotene klauselbezogene Betrachtungsweise nicht schon dadurch widerlegt, dass der Vertrag in Teilen individuelle Regelungen enthält (vgl. *BGH*, Urteil vom 27. November 2003, VII ZR 53/03, NJW 2004, 502, 503). Ist eine Klausel dreimal oder mehrfach verwendet worden, wird (widerleglich) vermutet, dass sie für eine Vielzahl von Verträgen formuliert wurde (vgl. *BGH*, Urteil vom 27. September 2001, VII ZR 388/00, NJW 2002, 138, 139). Macht der Verwender demgegenüber geltend, dass eine Klausel individuell ausgehandelt wurde, so trägt er die Darlegungs- und Beweislast (vgl. *BGH*, Urteil vom 3. April 1998, V ZR 6/97, NJW 1998, 2600 f.). An den Beweis des „Aushandelns“ sind hohe Anforderungen zu stellen (vgl. *Becker*, a.a.O., § 305 Rn. 40). 49
- Gemessen daran ist die Klägerin ihrer Darlegungs- und Beweislast durch Vorlage des streitgegenständlichen Ausbauvertrages und jedenfalls dreier weiterer Ausbauverträge der Beklagten mit Dritten – nämlich zwischen ihr und der TMS „W.“ GmbH & Co KG betreffend das TMS „W.“ vom 12. März 2010, zwischen ihr und der J. und H. B. GbR betreffend das Schiff „B.“ vom 12. Mai 2010 sowie zwischen ihr und der F. GbR von Januar 2011 betreffend den Schubleichter „F.“ – hinreichend nachgekommen. Alle diese vier Verträge enthalten mit Ausnahme des zweiten Absatzes des Artikels 10, der nur in dem streitgegenständlichen Vertrag enthalten ist, dieselben Regelungen in Artikel 10 sowie – mit Ausnahme der individuellen Schiffsdaten, Preise und Lieferdaten, die jeweils logischerweise im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand individuell bestimmt werden müssen – eine Vielzahl weiterer identischer Regelungen in den Artikeln 1, 3a bis 3d, 4 bis 9 sowie 11 bis 13. 50
- Daraus folgt der Anschein, dass die Beklagte die betreffenden Regelungen in der Absicht, diese für eine Vielzahl von Verträgen zu verwenden, vorformuliert hat. Dies wird durch 51

weitere, von der Rechtsprechung als maßgeblich angesehene Umstände (vgl. *BGH*, Urteil vom 14. Mai 1992, VII ZR 204/90, NJW 1992, 2160, 2162 ff.) bestätigt. Die Beklagte ist gewerblich tätige Inhaberin einer Werft, die als solche erfahrungsgemäß – etwa wie ein Bauträger – mit Formularverträgen arbeitet, wenn sie – wie hier die Beklagte – mindestens 10 Schiffe pro Jahr im Wert von mehreren Millionen Euro verkauft und ausbaut. Der Ausbaupvertrag enthält zudem für sich genommen zahlreiche formelhafte Klauseln, die auch nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten typischerweise in derartigen Schiffsausbaupverträgen enthalten sind. Das gilt insbesondere für die hier einschlägige Versicherungsklausel und die – hier allerdings unwirksame (dazu unter Ziffer b)) – Vereinbarung einer zwölfmonatigen Verjährungsfrist sowie die subsidiäre Haftung des Schiffsausbauers. Der Vertrag stellt auch an verschiedenen Stellen, in denen nur von „dem Käufer“ die Rede ist, obwohl es sich um eine Käuferin handelt, nicht auf die individuelle Vertragsgestaltung ab.

Aus all diesen Umständen geht auch ein weiterer Anschein dafür aus, dass der Vertrag von der Beklagten gestellt wurde. Typischerweise nimmt eine Werft auf die Gestaltung der mehrfach zu verwendenden Bedingungen Einfluss, sei es, dass sie sie selbst entwirft und diese auch gestellt hat, sei es, dass sie sie durch Dritte, z. B. ihren sogenannten Hausnotar, hat entwerfen lassen. Insoweit gilt bei einer vollkaufmännisch tätigen Werft, die jährlich zahlreiche Schiffe im Wert von mehreren Millionen Euro verkauft und ausbaut, nichts anderes als bei einem Bauträger, der vergleichbare Tätigkeiten in Bezug auf Häuser ausübt (vgl. zu Letzterem die von der Beklagten in Bezug genommene Entscheidung *BGH*, Urteil vom 14. Mai 1992, VII ZR 204/90, NJW 1992, 2160, 2162 ff.).

Diesen Anschein für das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die Beklagte nicht zu widerlegen vermocht. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, bleibt ihr Vortrag dazu, dass einzelne Klauseln individuell ausgehandelt worden seien, allgemein. Wann wer mit wem welche Klausel konkret ausgehandelt haben soll, wird nicht dargetan. Beweis wurde nicht angetreten. Angesichts der diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts sowohl in seinem Hinweisbeschluss vom 21. März 2013 als auch in seinem Urteil bedarf es insoweit seitens des Senats keines weiteren Hinweises gemäß § 139 ZPO. Dies gilt auch und insbesondere vor dem Hintergrund, dass die anwaltlich vertretene Beklagte mit der Berufung die insoweit einschlägige Rechtsprechung zitiert hat (vgl. *BGH*, Urteil vom 14. Mai 1992, VII ZR 204/90, NJW 1992, 2160, 2162 ff.), aus der sich die Grundsätze über die Beweislastverteilung, die Voraussetzungen für das Bestehen eines Anscheinsbeweises für das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie die Notwendigkeit, diesen Anschein im Falle seines Vorliegens durch den Klauselverwender zu widerlegen, ergeben. Diese Rechtsprechung wie auch die tatsächlichen Umstände, nämlich die nahezu wortgleichen Ausbaupverträge, die die Beklagte mit Dritten geschlossen hat, waren ihr ebenso wie die daraus zu ziehenden Konsequenzen für den eigenen Vortrag bekannt.

bb) Art. 10 Abs. 4 des Vertrages ist jedenfalls gemäß § 305c Abs. 2 BGB, der hier trotz § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB anwendbar ist (vgl. *Schmidt*, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, Stand 1. August 2014, § 305c Rn. 41), unwirksam, weil die Regelung – auch nach einer möglichen Auslegung – unklar bleibt, was nach der vorgenannten Vorschrift zu Lasten des Verwenders zu gehen hat.

Voraussetzung ist danach nicht nur, dass Streit über die Auslegung einer Klausel besteht, sondern dass auch nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar sind (vgl. *BGH*, Urteil vom 4. April 1990, VIII ZR 288/89, NJW 1990, 3016, 3017). Weist die

Klausel bei objektiver Auslegung einen einheitlichen Inhalt auf oder haben die Parteien sie übereinstimmend in einem bestimmten Sinn verstanden, ist für die Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB kein Raum (vgl. *Grüneberg*, a.a.O., § 305c Rn. 15 m.w.N.).

Bei Anwendung dieser Grundsätze bleiben hier nicht behebbare Zweifel, wie die Klausel in Art. 10 Abs. 4 des Ausbauvertrages zu verstehen ist und ob sie auf die vorliegenden Fallkonstellation Anwendung findet. 56

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (vgl. *BGH*, Urteil vom 3. Mai 2011, XI ZR 373/08, NJW-RR 2011, 1350, 1351; *Grüneberg*, a.a.O., § 305c Rn. 16). In Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Rechtsbegriffe sind in der Regel entsprechend ihrer juristischen Fachbedeutung zu verstehen, insbesondere, wenn sie erkennbar auf eine gesetzliche Regelung Bezug nehmen. Mithin ist, wenn die Klausel auf eine gesetzliche Regelung Bezug nimmt, auch für die Bestimmung des Klauselinhalts die allgemeine Gesetzesauslegung zugrunde zu legen (vgl. *BGH*, Urteil vom 19. März 2003, VIII ZR 135/02, BeckRS 2003, 04096; *Grüneberg*, a.a.O., § 305c Rn. 16). 57

Unter Berücksichtigung dieser Auslegungsgrundsätze bleibt offen, ob die Klausel auf den hier von der Klägerin auf Grundlage ihrer gesetzlichen Gewährleistungsrechte nach § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB geltend gemachten entgangenen Gewinn / Nutzungsausfall Anwendung findet und ob sie den Ersatz eines solchen ausschließen sollte. Richtig ist zwar an der Argumentation der Beklagten, dass diese nach dem isolierten Wortlaut der Klausel nicht für Schäden aufgrund von Ausfallzeiten haften soll. Allerdings verweist die Klägerin zu Recht darauf, dass die Regelung auch in ihrem Kontext zu sehen ist. Danach sind ausweislich der Überschrift in Artikel 10 nicht Umfang und Ausschluss von Gewährleistungsrechten, sondern „Garantien“ geregelt, wie sich auch zwanglos aus den übrigen Regelungen dieses Artikels ergibt. In jedem Absatz ist der Begriff der Garantie erwähnt. Eine Garantie ist jedoch nach deutschem Recht, das hier nach dem ausdrücklichen Willen der Verwenderin Anwendung finden sollte, ein anderes Recht als ein Gewährleistungsrecht. Während die Gewährleistungsrechte beim Vorliegen von Mängeln im Rahmen der jeweiligen Rechtsgebiete des besonderen Schuldrechts – hier bezogen auf das Werkvertragsrecht in den Vorschriften der §§ 633 ff. BGB – geregelt sind, findet der Begriff der Garantie insbesondere im Rahmen von § 443 BGB Erwähnung. Danach handelt es sich um ein dem Käufer von dem Verkäufer bzw. – in entsprechender Anwendung im Werkvertragsrecht – um ein dem Auftraggeber von dem Unternehmer eingeräumtes zusätzliches Recht neben der gesetzlichen Gewährleistung. Sie soll die gesetzliche Mängelhaftung verstärken und ergänzen (vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, a.a.O., § 443 Rn. 1 ff.). Da nach den oben ausgeführten Grundsätzen davon auszugehen ist, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete juristische Fachbegriffe so wie vom Gesetz vorgesehen zu verstehen sind, darf und muss zugrunde gelegt werden, dass dies hier auch seitens der Beklagten so beabsichtigt war. Insoweit kann sie sich als vollkaufmännisch geführtes Unternehmen, das derartige Vertragsbedingungen für Geschäfte im Millionenbereich stellt, nicht darauf berufen, weder ihr noch der Gegenseite – die die Regelung im Übrigen auch so nicht verstanden hat – sei als Rechtslaien der rechtliche Unterschied zwischen Gewährleistungsrechten einerseits und Garantien andererseits bekannt gewesen, sie, die Beklagte, habe diesen Begriff als Synonym für den Begriff der Gewährleistung verwenden wollen. Dafür bestehen auch deshalb keine belastbaren Anhaltspunkte innerhalb des Vertragswerks, weil der gesamte Art. 10 nicht auf eine einzige Norm des 58

Gewährleistungsrechts Bezug nimmt bzw. eine solche zitiert. Zudem können die dortigen Regelungen auch lediglich in Bezug auf Garantien durchaus Sinn machen. Wenn damit aber in Art. 10 seinem Wortlaut entsprechend Regelungen zu Garantien und nicht zur Gewährleistung haben getroffen werden sollen, liegt es nahe, dass dies auch in Art. 10 Abs. 4 – selbst wenn hier ausdrücklich keiner der beiden Begriffe erwähnt wird – hat geschehen sollen.

Wenn man daher nicht schon mit der Klägerin davon ausgehen möchte, dass in Art. 10 ausschließlich Regelungen zu Garantien enthalten sind, ist dies zumindest eine mögliche – im Ergebnis sogar näher liegende – Auslegung, als diejenige, die die Beklagte im Hinblick auf den bloßen Wortlaut von Art. 10 Abs. 4 vertritt. Insoweit bleiben zumindest nicht behebbare Zweifel, ob die Regelung im Sinne der Beklagten verstanden werden kann, was sodann zur Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB und der Unwirksamkeit von Art. 10 Abs. 4 des Ausbaurvertrages führt. 59

b) Der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz ist nicht verjährt. Die Parteien haben mit Art. 10 Abs. 2 Satz 1 des Ausbaurvertrages keine wirksame Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für gesetzliche Gewährleistungsansprüche vereinbart. Die Beklagte hat mit dieser Klausel der Klägerin „für die von ihr selbst verrichteten Arbeiten am Schiff eine Garantie von 12 Monaten“ gewährt. Dass damit kein zusätzliches Recht im Sinne einer Garantie für den Zeitraum von 12 Monaten hat gewährt, sondern stattdessen eine Abkürzung der gesetzlichen Gewährleistung, die nach § 634a Abs. 2 Nr. 1 BGB zwei Jahre beträgt, hat bewirkt werden sollen, ist weder dem Wortlaut noch dem systematischen Zusammenhang sowie dem Sinn und Zweck der Regelung zu entnehmen. Hätte die Beklagte derartiges regeln wollen, hätte sie sich entsprechend klar ausdrücken müssen. Mit Ausnahme der nunmehr gegebenen Interessenlage der Beklagten spricht nichts im Vertrag selbst dafür, dass derartiges gewollt und zum Ausdruck gekommen wäre. 60

Daher gilt für die hier geltend gemachten Schadensersatzansprüche die gesetzliche Verjährungsfrist von zwei Jahren (§ 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB), die nach § 634a Abs. 2 BGB mit der Abnahme der Sache zu laufen beginnt. Das Schiff wurde der Klägerin ausweislich des Übergabeprotokolls vom 1. Oktober 2010 am Tag der Abfassung des Protokolls übergeben. Vor Ablauf von zwei Jahren, am 24. September 2012, ist die Klage auf Schadensersatz beim Landgericht eingegangen. Die Klägerin hat den am 9. Oktober 2012 von ihr angeforderten Vorschuss für die Klage am 22. Oktober 2012 und damit „unverzüglich“ entrichtet. Da die Klage der Beklagten am 1. November 2012, mithin „demnächst“ im Sinne von § 167 ZPO, zugestellt worden ist, ist die Verjährung rechtzeitig gemäß § 204 Nr. 1 BGB i.V.m. § 167 ZPO gehemmt worden. 61

c) Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch ist dem Grunde und der Höhe nach gegeben. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch neben der Leistung gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB, der die Zahlung entgangenen Gewinns in Form von Nutzungsausfall für 55 Tage in der Zeit vom 9. Juni 2012 bis zum 4. August 2012 umfasst, in der geltend gemachten Höhe zu. 62

aa) Die von der Beklagten nach dem Ausbaurvertrag – bei dem es sich um einen neben dem Kaufvertrag über das Kasko bestehenden selbständigen Werkvertrag handelt – geschuldeten Leistungen waren mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB. 63

Dies folgt aus den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts, an die der Senat gemäß § 529 Abs. 1 ZPO gebunden ist, und die in der Berufung im Ergebnis unstrittig sind. Danach ist das Landgericht auf Grundlage der in dem Verklarungsverfahren vor dem Amtsgericht – 64

Schiffahrtsgericht – Emden eingeholten Sachverständigengutachten des Sachverständigen St. und sowie auf Grundlage der eigenen Anhörung dieses Sachverständigen zu dem nachvollziehbaren und zutreffenden Ergebnis gelangt, dass das von der Streitverkündeten im Auftrag der Beklagten im Jahr 2010 im Rahmen des Ausbaus des Kaskos aufgebrauchte Coating bereits bei Übergabe des Schiffes an die Klägerin im Oktober 2010 mangelhaft war, weil diverse Fehlstellen bestanden. Einige Bereiche waren überhaupt nicht beschichtet worden, in einigen Bereichen war die Oberfläche nicht sachgerecht vorbereitet worden, teilweise waren die Schichtdicken zu hoch. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die von der Berufung nicht angegriffenen Ausführungen des Landgerichts (Seite 10 unten bis Seite 13 Mitte des Urteils) Bezug genommen.

Soweit in diesem Zusammenhang die Auslegung von Art. 11 des Ausbavertrages als Schiedsgutachtervereinbarung eine Rolle hätte spielen können, steht dies der Annahme, dass die Leistungen der Beklagten mangelhaft waren, nicht entgegen. Denn die Beklagte hat die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts ausdrücklich nicht angegriffen, sondern als zutreffend gewertet. Dies ergibt sich aus Ziffer I der Berufungsbegründung. Darin ist ausgeführt, dass auch sie davon ausgehe, dass die Streitverkündete das Coating mangelhaft aufgebracht habe. Im Ergebnis ist damit die Mangelhaftigkeit der Leistungen der von ihr als Subunternehmerin eingesetzten Streitverkündeten und damit die Mangelhaftigkeit der von ihr selbst gegenüber der Klägerin erbrachten Werkleistungen unstreitig mit der Folge, dass es darauf, ob eine wirksame Schiedsgutachtervereinbarung vorlag und ob das Landgericht auf einem prozessual zulässigem Weg die Feststellungen zur Mangelhaftigkeit getroffen hat, nicht ankommt.

65

bb) Infolge dieser Schlechtleistung war die Klägerin gehindert, das gewerblich genutzte Schiff über einen Zeitraum von 55 Tagen einzusetzen mit der Folge, dass ihr in dieser Zeit ein entsprechender Gewinn entgangen ist, der ihr gemäß §§ 249, 252 BGB zu ersetzen ist. Diesen entgangenen Gewinn bemisst der Senat – wie im Ergebnis bereits das Landgericht – gemäß § 287 ZPO mit jedenfalls 146.498 €, nämlich mit 2.664,64 € pro Tag. Im Einzelnen gilt Folgendes:

66

(1) Die Dauer des Nutzungsausfalls ist mit 55 Tagen anzusetzen. Diesen Ausfall berechnet die Klägerin vom 13. Juni 2012 bis zum erneuten Einsatz des TMS nach der Reparatur durch die Beklagte am 8. August 2012. Dazwischen liegen 55 Tage, nämlich 18 Tage im Juni 2012 (13. Juni bis 30. Juni 2012), 31 Tage im Juli 2012 (1. Juli bis 31. Juli 2012) und jedenfalls 6 Tage im August 2012 (1. August bis einschließlich 6. August 2012). Unstreitig wurden nach der Beladung des Schiffes mit Biodiesel am 8./9. Juni 2012 mangelbedingt Coatingrückstände in dem Produkt festgestellt, was zu einer Unterbrechung der Fahrt und zu einer sofortigen Löschung und Reinigung des Schiffes ab dem 13. Juni 2012 durch eine Spezialfirma führte. Eine Nutzung war bis diesem Zeitpunkt nachvollziehbarer Weise aufgrund der fortbestehenden Mangelhaftigkeit des Coatings nicht möglich. Nach Einleitung und Durchführung des Verklarungsverfahrens vor dem zuständigen Schiffahrtsgericht in Emden ab dem 18. Juni 2012 war eine weitere Nutzung – aus Beweissicherungsgründen und wegen der fortbestehenden Mangelhaftigkeit, die eine Nutzung zur Vermeidung weiterer und gegebenenfalls höherer Schäden ausschloss – bis zum Abschluss der Reparatur weiter nicht möglich. Die Reparatur wurde am 29. Juni 2012 bei der Beklagten in Auftrag gegeben, das Schiff zu deren Werft in die Niederlanden überführt und dort die Reparatur dann bis zum 4. August 2012 vorgenommen. Nach Rückgabe des Schiffes an diesem Tag konnte es von der Klägerin ab dem 8. August 2012 wieder eingesetzt werden.

67

68

Diese Daten sind gemäß §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO zugrunde zu legen. Der gesamte diesbezügliche Sachverhalt war erstinstanzlich unstrittig. Mit der Klageerwiderung hat die Beklagte diesen im Übrigen auch bereits im Verklarungsverfahren unstrittigen Sachverhalt, der sich zudem jedenfalls hinsichtlich des Reparaturzeitraums auch aus der Rechnung der Beklagten ergibt, nicht bestritten. Darin ist lediglich die Rede davon, dass die Berechnungen der Klägerin nicht nachvollziehbar seien, was aber kein wirksames Bestreiten des konkret von der Klägerin vorgetragenen und teilweise durch Urkunden belegten Vorbringens beinhaltet. Entsprechend verhält es sich mit dem Vorbringen der Beklagten in den Schriftsätzen vom 11. März 2013 (Bl. 186 d.A.) und vom 6. Mai 2014 (Bl. 483 d.A.). Dementsprechend ist es gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO verspätet, wenn die Beklagte erstmals in der Berufung hervorhebt, für sie seien Beginn, Ende und angebliche Dauer des Nutzungsausfalls nicht nachvollziehbar. Zudem enthält auch dieses Vorbringen kein konkretes Bestreiten dahingehend, dass am 8./9. Juli 2012 erstmals die Coatingrückstände auftraten und die Ladung ab dem 13. Juni 2012 gelöscht sowie das Schiff gereinigt werden musste. Dass diese Rückstände vorhanden waren, war spätestens ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Verklarungsantrags am 18. Juni 2012 bekannt und – angesichts der nicht angegriffenen sachverständigen Feststellungen – auch unstrittig. Unstrittig ist auch die Dauer der Reparatur, weshalb sich in der Gesamtschau nicht erschließt, was die Beklagte nicht „nachvollziehen“ kann. Im Übrigen steht ein Großteil dieser Vorgänge nebst Datum aufgrund der Ausführungen des Landgerichts in seinem Urteil mit Tatbestandswirkung fest. In dem landgerichtlichen Tatbestand ist unter anderem Folgendes ausgeführt: „Am 8./9. Juni 2012 wurde TMS L. in B. [...] mit Biodiesel beladen. [...]. Das Schiff wurde zum Löschen der Ladung in M., NL einer Spezialfirma, der Firma A., zum Reinigen vorgelegt. Die Reinigung wurde am 13. Juni 2012 begonnen. [...] Die Parteien schlossen unter dem 29. Juni 2012 einen Werkvertrags, durch den sich die Beklagte zur Erneuerung des Coatings [...] verpflichtete. Die Streitverkündete führte diese Arbeiten bis zum 7. August 2012 aus. Das Schiff wird seit dem 8. August 2012 wieder eingesetzt.“ Der Tatbestand eines Urteils liefert indes Beweis für das mündliche Parteivorbringen. Dieser kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden, wofür hier keine Anhaltspunkte vorgetragen oder ersichtlich sind. Einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat die Beklagte nicht gestellt.

(2) Den Tagessatz für den Nutzungsausfall bemisst der Senat in Ausübung des ihm gemäß § 287 ZPO eingeräumten Ermessens mit 2.664,64 €. Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Es entspricht der Lebenserfahrung, dass dem Schiffseigner ein Schaden entsteht, wenn er sein Schiff zeitweilig nicht gewerblich nutzen kann (vgl. *Schiffahrtsobergericht Karlsruhe*, Urteil vom 3. Juli 2013, 22 U 1/13 BSchG, juris). Die Klägerin errechnet ihren Nutzungsausfall danach, welchen Ausfall der Eigner bei der Verhinderung der Nutzung seines Schiffes normalerweise erleidet. Dies ist nicht zu beanstanden. Weil sich der Schaden im Bereich der Binnenschifffahrt häufig nur schwer schätzen lässt, ist in der Rechtsprechung sowohl in Fällen von Schiffskollisionen als auch im Fall des rechtswidrigen Entzugs der Nutzungsmöglichkeit im Falle eines hoheitlich angeordneten Weiterfahrverbots eine vereinfachte Schadensschätzung durch Heranziehung der Liegegeldsätze nach § 32 BinSchG a.F. nach wie vor anerkannt (vgl. *BGH*, Urteil vom 16. Dezember 2008, VI ZR 48/08, NJW-RR 2009, 715 bis 718; *OLG Köln*, Urteil vom 22. Januar 2008, 3 U 77/06, BeckRS 2008, 09082; *Schiffahrtsobergericht Karlsruhe*, Urteil vom 3. Juli 2013, 22 U 1/13 BSchG, juris; *Jahnke*, in: *Burmann/Heß/Jahnke/Janker*, *Straßenverkehrsrecht*, 23. Aufl. 2014, § 249 Rnrrn. 448, 453, jeweils m.w.N.). Dies entsprach jahrzehntelangem Schifffahrtsbrauch (vgl. *OLG Köln*, Urteil vom 22. Januar 2008, 3 U 77/06, BeckRS 2008, 09082; *Schiffahrtsobergericht Karlsruhe*, Urteil vom 3. Juli 2013, 22 U 1/13 BSchG, juris). Ein Grund,

diese Schätzgrundlage allein für Fälle von Gewinnausfall aufgrund Schiffskollisionen, d.h. im deliktischen Bereich, anzuwenden, ist nicht gegeben. Dies hat bereits das Schifffahrtsobergericht Karlsruhe in der oben genannten Entscheidung deutlich gemacht und die dort aufgeführten Liegegeldsätze im Fall der Anordnung eines ungerechtfertigten Weiterfahrverbots angewandt. Nichts anderes kann im Fall des Gewinnentgangs aufgrund mangelhafter Leistungen im Rahmen eines werkvertraglichen Schadensersatzanspruchs gelten. Die Interessenlage ist in allen Fällen auf Seiten des Geschädigten die Gleiche. Für diesen und die Bemessung des entgangenen Gewinns spielt es keine Rolle, ob das Schiff aufgrund eines deliktischen Eingriffs, einer ungerechtfertigten hoheitlichen Stilllegungsmaßnahme oder einer vertraglichen Schlechtleistung nicht eingesetzt werden kann. Die Folgen sind für den Eigentümer dieselben, weshalb ein sachlicher Grund, von den über Jahrzehnte in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die Berechnung des entgangenen Gewinns nach § 32 BinSchG a.F. im Falle einer vertraglichen Schlechtleistung abzuweichen nicht ersichtlich ist und von der Berufung auch nicht im Ansatz aufgezeigt wird. Denn auch im Rahmen eines werkvertraglichen Schadensersatzanspruchs kommt dem Geschädigten bei der Ermittlung des Nutzungsausfalls in Form entgangenen Gewinns § 252 BGB zugute (vgl. *Kniffka*, in: *Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 6. Teil Rn. 154, 161). Danach gilt derjenige Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden durfte. Für die Schadensschätzung gilt zudem auch hier das Beweismaß des § 287 ZPO. Unter Berücksichtigung dieser Spielräume ist eine Orientierung an § 32 BinSchG a.F. unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Geldentwertung auch im Werkvertragsrecht geeignet, um eine angemessene Schätzung des Nutzungsausfalls eines Binnenschiffs zu begründen.

Nach § 32 BinSchG in der Fassung vom 27. April 1994 richtet sich das Liegegeld nach der Tragfähigkeit des Schiffes. Bei einem Tankschiff bis zu 1.500 Eichtonnen beträgt der Tagessatz 3.500 DM bzw. 1.789,52 €. Bei jeder weiteren angefangenen 500 Eichtonne erhöht sich das Liegegeld um täglich 450 DM bzw. 230,08 €. Diese Beträge ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz, so dass die Beklagte deren Richtigkeit nicht bestreiten kann. 71

Das TMS „L.“ weist nach dem noch von der Herstellerin, der Beklagten, eingeholten Eichschein vom 25. August 2010 (Bl. 611 d.A.) eine Tragfähigkeit von 1.601,056 Tonnen auf. Angesichts dieser nachgewiesenen Tragfähigkeit und der Zusicherung der Beklagten in § 8 des Kaufvertrages (Bl. 164 Rückseite d.A.), wonach die Ladefähigkeit 1.592,984 Tonnen betragen sollte, sowie den weiteren entsprechenden Angaben in dem Ausbauvertrag ist davon auszugehen, dass die Tragfähigkeit des Schiffes 1.500 Tonnen im Sinne von § 32 BinSchG übersteigt. Das erstmalige Bestreiten der Beklagten in der Berufung ist daher nicht nur nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO verspätet, sondern ist vor dem Hintergrund, dass die Beklagte die Herstellerin des Schiffes ist und selbst entsprechende Angaben gemacht hat, nicht ausreichend, diese Angaben in Frage zu stellen. Das Liegegeld für einen Kalendertag nach § 32 BinSchG a.F. beträgt damit 3.950 DM bzw. 2.019,60 € bezogen auf das Jahr 1994. Für die Berücksichtigung der Geldentwertung ist auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex des Statistischen Bundesamtes abzustellen, da ein Index, der die Preisentwicklung des Güterverkehrs mit Binnenschiffen wiedergibt, nicht geführt wird (vgl. *BGH*, Urteil vom 16. Dezember 2008, VI ZR 48/08, NJW-RR 2009, 715 bis 718; *OLG Köln*, Urteil vom 22. Januar 2008, 3 U 77/06, BeckRS 2008, 09082; *Schifffahrtsobergericht Karlsruhe*, Urteil vom 3. Juli 2013, 22 U 1/13 BSchG, juris). 72

Danach ergibt sich folgende Berechnung unter Zugrundelegung der allgemein einsehbaren Quelle des Statistischen Bundesamtes (<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/Verbraucherpreise>):

Verbraucherpreisindex April 1994: 78,9	74
Verbraucherpreisindex Juli 2012: 104,1	75
Nutzungsausfall gemäß § 32 BinSchG a.F. pro Kalendertag: 2.019,60 €	76
Indexiert (2.019,60 € : 78,9 x 104,1) = 2.664,64 €.	77
Der Klägerin steht demnach ein Gewinnausfall gemäß § 252 BGB jedenfalls in Höhe von 146.498 € zu.	78
cc) Eine Kürzung dieses Anspruchs gemäß § 254 Abs. 1 BGB unter dem von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung hervorgehobenen Gesichtspunkt, dass die Klägerin ihrer sich aus Artikel 10 Abs. 4 Satz 2 des Ausbaurvertrages ergebenden Versicherungspflicht gegen Nutzungsausfallschäden nicht nachgekommen sei, scheidet aus. Sofern man nicht ohnehin mit den obigen Ausführungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, von der Unwirksamkeit der gesamten Klausel einschließlich Artikel 10 Abs. 4 Satz 2 gemäß § 305c Abs. 1 BGB auszugehen hat, folgt jedenfalls aus der systematischen Stellung und dem Sinn und Zweck dieser Regelung, dass eine solche Versicherungspflicht nur im Zusammenhang mit den in Artikel 10 geregelten Garantiefällen bestand. Die Klägerin macht jedoch keine Ansprüche aus einer Garantie, sondern gesetzliche Gewährleistungsansprüche geltend.	79
2. Die Nebenforderungen folgen aus §§ 280, 286 BGB. Die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts hat die Beklagte mit der Berufung nicht angegriffen.	80
<b>III.</b>	81
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Ein Grund von der landgerichtlichen Kostenentscheidung im Hinblick auf die Kosten des Verklarungsverfahrens abzuweichen, besteht nicht und wird auch von keiner der Parteien geltend gemacht.	82
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	83
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts.	84
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 146.498 € festgesetzt.	85