
Datum: 20.08.1993
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 25. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 25 U 4/93
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1993:0820.25U4.93.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 90 O 265/91
Schlagworte: Schadensminderungspflicht Abwicklung Transportschaden Ersatzbeschaffung
Normen: § 249 BGB; § 252 BGB; § 254 BGB; § 447 BGB; § 413 HGB; § 3 PRODHFTG; § 1 KVO; § 29 KVO; § 34 KVO; § 35 KVO; § 3 GÜKG

Leitsätze:

1. Auch der Hersteller eines Markenartikels (hier: Videocassetten) muß die Möglichkeit der Verwertung seiner durch Dritteinwirkung geschädigten Ware durch Havarieverkauf ausschöpfen, wenn gewährleistet ist, daß er von den Käufern nicht regreßpflichtig gemacht werden kann. 2. Ersatz entgangenen Gewinns kann nicht im Wege abstrakter Schadensberechnung verlangt werden, wenn der Eintritt dieses Schadens durch Belieferung des Geschädigten mit Ersatzware vermieden werden konnte und das auch im Verhältnis zum Schädiger zumutbar war.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 13. November 1992 verkündete Urteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 90 O 265/91 - wird zurückgewiesen. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsrechtszuges zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung, die auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, öffentlichen Sparkasse oder Volksbank erbracht werden kann, abzuwenden, und zwar die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 11.000,-- DM und die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 87.000,-- DM, sofern nicht

Tatbestand

1

Die Klägerin ist der Transportversicherer der ... M-E GmbH (nachfolgend ... GmbH) in M., die Beklagte ist der Verkehrshaftpflichtversicherer der Spedition Me. Transporte GmbH (nachfolgend Me. GmbH) in W.. Die Parteien streiten über die Aktivlegitimation der Klägerin und die Schadenshöhe im Hinblick auf einen Transportschadensfall vom 30. April 1990.

2

Die ... GmbH hatte an die O.-W.E. (nachfolgend O...) in F. Videokassetten verkauft, und zwar 15.000 Stück E 195 ERM 4,25 DM und 53.000 Stück E 240 ERM 5,05 DM, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer. Die Vertragsparteien vereinbarten den Transport durch Lkw auf der Grundlage "cif Bockenheim".

3

Unter dem 24.04.1990 erteilte die ... GmbH der Spedition N. Districenters GmbH (nachfolgend N. GmbH) in Düsseldorf einen Speditionsauftrag, den diese an die Me. GmbH weiterreichte. Letztere übernahm am 27.04.1990 die Kassetten und führte den Transport am 30.04.1990 im Wege des Selbst- eintritts aus, wobei sie einen eigenen Lkw mit Anhänger einsetzte. Auf dem Schleppfahrzeug und dem Anhänger waren jeweils 34.000 Kassetten geladen. Während der Fahrt auf der Autobahn geriet der rechte hintere Reifen des Anhängers in Brand. Der Brand griff, bevor er von der Feuerwehr gelöscht werden konnte, ins Innere des Anhängers über. Während der Löscharbeiten wurde ein Teil der in dem Anhänger befindlichen Kassetten auf dem Randstreifen entladen. Die Ladung auf dem Schleppfahrzeug blieb insgesamt unversehrt und wurde an die O... ausgeliefert. Die Ware auf dem Anhänger wurde zur ... GmbH zurücktransportiert. Von den 34.000 Kassetten auf dem Anhänger wurden 300 Stück des Typs E 240 ERM durch den Brand unmittelbar geschädigt. Insoweit besteht unstreitig Totalschaden. Die Parteien streiten darüber, ob auch hinsichtlich der übrigen 33.700 Kassetten (15.000 Stück des Typs E 195 ERM und 18.700 Stück des Typs E 240 ERM) Totalschaden eingetreten ist - so die Klägerin -, oder ob diese Kassetten als Havariegut noch zu einem Preis von 2,55 DM pro Stück hätten verkauft werden können - so die Beklagte. Soweit die Klägerin Totalschaden behauptet, gilt folgendes: Die Kassetten wurden im Auftrag der Me. GmbH am 30.04.1990 noch an der Unfallstelle auf der Autobahn sowie ein zweites Mal am 03.05.1990 bei der ... GmbH durch das Havarie-Kommissariat v. A. in Augenschein genommen. Die Besichtigung nahm in beiden Fällen dessen Mitarbeiter, der Zeuge G. vor. Dieser erstellte im Namen des Havarie-Kommissariats v. A. am 22.06.1990 einen Havariebericht über das Schadensbild sowie die weitere Verwertbarkeit der Ware. Hiernach befanden sich die Videokassetten in Hüllen, die in Cellophan eingeschweißt waren. Die einzelnen Cellophanumschrumpfungen wiesen keine Beeinträchtigung auf. Das Havarie-Kommissariat v. A. schrieb die Kassetten zum Verkauf aus, wobei die Ausschreibung, wie nach vom Landgericht durchgeführter Beweisaufnahme unstreitig geworden ist, den Hinweis enthielt, daß die Ware aus einem Brandschaden stammt. Ferner wurde einem eventuellen Aufkäufer die Auflage erteilt, die Originalverpackung durch neutrales Verpackungsmaterial zu ersetzen und das Markenzeichen der ... GmbH auf den Kassetten selbst zu neutralisieren. Auf diese Ausschreibung hin erhielt das Havarie-Kommissariat v. A. ein Höchstgebot von 2,55 DM pro Kassette, das von der Firma R., einem auf den Handel mit Havariegut aller Art spezialisierten Unternehmen, abgegeben wurde. Zu einem Verkauf der Kassetten kam es nicht. Die ... GmbH teilte dem Havarie-Kommissariat v.A. mit Schreiben vom 15.05.1990 mit, daß sie die Ware nicht zum Verkauf freigebe. Am 30.05.1990 wurden die Kassetten, wie nach vom Landgericht durchgeführter

4

Beweisaufnahme ebenfalls unstreitig geworden ist, im Auftrag der ... GmbH vernichtet. Unter dem 19.09.1991 erstellte die Ingenieurgesellschaft Sachverständiger R GmbH (nachfolgend ISR) im Auftrag der Klägerin ein schriftliches Gutachten, das auf der Grundlage von Fotos, des Havarieberichtes des Havarie-Kommissariats v. A. sowie von Stellungnahmen der ... GmbH, der Klägerin und deren Prozeßbevollmächtigten gefertigt wurde. Hierin kommt der Gutachter P. zu der Einschätzung, auch die 33.700 nicht unmittelbar brandgeschädigten Kassetten seien als Totalschaden zu behandeln. Das Kassettengehäuse, insbesondere das Videoband selbst bestehe aus hauchdünnem thermoplastischen Material. Dieses Material werde zur Herstellung der Kassetten verwendet, weil es sich unter Wärmeeinwirkung formen und verarbeiten lasse. Dementsprechend bestehe bei Videokassetten immer die Gefahr, daß diese bei erneuter Erhitzung eine Deformierung erlitten. Die kritische Grenze liege entsprechend der von den Herstellern empfohlenen Temperaturobergrenze für den Betrieb und die Lagerung von Videokassetten bei 60 Grad Celsius. Aus den ihm vorliegenden Fotos und der Tatsache, daß 300 Kassetten durch unmittelbaren Kontakt mit dem Feuer und Hitzeeinwirkung zerstört worden seien, folgert der Gutachter P., daß im gesamten Innenraum des Anhängers Temperaturen von erheblich über 60 Grad Celsius entstanden seien, daß diese Hitze wegen der Wärmeisolierung des Fahrzeugs "gespeichert" worden sei, und daß infolgedessen der überwiegende Teil der Kassetten mit der Folge ihrer Unbrauchbarkeit beschädigt worden sei. Eine Überprüfung, ob und inwieweit einzelne Kassetten eventuell unbeeinträchtigt geblieben seien und damit schadensmindernd hätten verkauft werden können, sei derart arbeits- und kostenintensiv, daß dies der ... GmbH nicht zuzumuten gewesen sei.

Am 21.03.1991 regulierte die Klägerin den geltend gemachten Schaden gegenüber der ... GmbH. Im Gegenzug trat diese ihre Rechte aus dem Speditionsvertrag an die Klägerin ab. In einem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 25.04.1991 erklärte die Me. GmbH den Verzicht auf die Einrede der Verjährung bis zum 30.07.1991 und trat gleichzeitig ihre Rechte aus der KVO-Versicherung "an die Verfügungsberechtigte" ab. Die Beklagte erklärte gegenüber der Klägerin erstmals mit Schreiben vom 12.04.1991 den Verzicht auf die Einrede der Verjährung, und zwar bis zum 30.07.1991, sodann mit weiterem Schreiben vom 26.07.1991 bis zum 31.12.1991. Mit Fax vom 13.05.1992 trat die N. GmbH ihre gegenüber der Me. GmbH bestehenden Rechte aus dem Schadensfall an die Klägerin ab. 5

Der Aufforderung der Klägerin, den geltend gemachten Betrag bis spätestens zum 15.04.1991 an sie zu zahlen, kam die Beklagte nicht nach. 6

Die Klägerin hat am 23.12.1991 Klage eingereicht und am 31.12.1991 den Kostenvorschuß eingezahlt. Die Klage ist der Beklagten am 13.01.1992 zugestellt worden. 7

Die Klägerin hat zu ihrer Aktivlegitimation vortragen, der Rücktransport der beschädigten Ladung zur ... GmbH sei seinerzeit mit Einverständnis aller Beteiligten, insbesondere auch der N. GmbH erfolgt. Diesen Vortrag hat die Beklagte in der ersten Instanz nicht bestritten. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, auch bei den 33.700 nicht unmittelbar brandgeschädigten Kassetten sei Totalschaden eingetreten. Zur Begründung hat sie sich im wesentlichen die oben wiedergegebene Argumentation des Gutachters P. zueigen gemacht. Darüber hinaus hat sie unter Berufung auf eine entsprechende Stellungnahme der ... GmbH behauptet, eine nähere Kontrolle der Kassetten habe gezeigt, daß sich an den Verpackungsfolien Kondensationsniederschläge befunden hätten. Die Herkunft dieses Niederschlags habe sich zwar nicht genau klären lassen; es müsse aber davon ausgegangen werden, daß dieser Niederschlag, als Gas auf das Magnetband aufgedampft, die gesamte Lieferung unbrauchbar gemacht habe (Beweis: Sachverständigengutachten). Weiterhin sei es ihrer 8

Versicherungsnehmerin, der ... GmbH, nicht zumutbar gewesen, die Ware, wie von der Beklagten verlangt, zum Verkauf als Havariegut freizugeben und auf diese Weise auf den Markt gelangen zu lassen, weil etwaige Schäden, die durch die beschädigten Kassetten an den Abspielgeräten der Käufer hätten auftreten können (Beweis: Sachverständigengutachten) auf die ... GmbH zurückgefallen wären und deren Reputation als Markenhersteller geschadet hätten. Der von der Beklagten angenommene Verwertungserlös in Höhe von 2,55 DM/Kassette sei zudem nur unter Umgehung der Anforderungen eines redlichen Rechtsverkehrs zu erzielen gewesen: Entweder habe das Havarie-Kommissariat v. A. die potentiellen Aufkäufer nicht darüber informiert, daß die Gefahr einer Beschädigung der Tonköpfe bei den Endabnehmern bestanden habe, oder der seitens v. A. benannte Aufkäufer habe seinerseits darauf spekuliert, seine Kunden nicht entsprechend zu informieren. Zur sachlichen Rechtfertigung des von ihr geltend gemachten entgangenen Gewinns hat die Klägerin behauptet, die OWEC als Handelsgesellschaft habe die Kassetten zur Weiterveräußerung in ihrem Handelsbetrieb erworben und verkaufe Videokassetten üblicherweise mit einer Gewinnspanne von über 10 % weiter. Daran anknüpfend hat sie folgende Schadensberechnung aufgemacht: 15.000 Kassetten E 195 ERM 4,25 DM/Stück 63.750,-- DM 19.000 Kassetten E 20 ERM 5,05 DM/Stück 95.950,-- DM 159.700,-- DM zuzüglich 10 % entgangener Gewinn 15.970,-- DM Gesamtschaden 175.670,-- DM

- Die Klägerin hat beantragt, 9
- die Beklagte zu verurteilen, an sie 175.670,-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 15.04.1991 zu zahlen. 10
- Die Beklagte hat beantragt, 11
- die Klage abzuweisen. 12
- Sie hat die Ansicht vertreten, der Reifenbrand sei auf höhere Gewalt zurückzuführen, so daß jede Haftung gemäß § 34 Buchst. a KVO ausgeschlossen sei. Ferner hat sie im Rechtsstreit die Einrede der Verjährung unter Berufung auf deren materiellrechtliche Folgen erhoben. 13
- Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen G. und H.. 14
- Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 09.10.1992 - Blatt 55 bis 58 GA - verwiesen. 15
- Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im übrigen in Höhe eines Teilbetrages von 73.765,-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 15.04.1991 stattgegeben. Es hat der Klägerin im Hinblick auf die 300 unmittelbar brandgeschädigten Kassetten den Fikturwert - 1.515,-- DM - sowie im Hinblick auf die übrigen 33.700 Kassetten die Differenz zwischen dem Fikturwert und dem auf der Grundlage der Verkaufsausschreibung erzielbaren Erlös zugesprochen. Einen weitergehenden Anspruch hat es mit der Begründung verneint, die Klägerin habe den Nachweis eines Totalschadens im Hinblick auf die 33.700,-- DM nicht unmittelbar brandgeschädigten Kassetten nicht erbracht und eine Entschädigung der OWEC nicht dargelegt. 16
- Die Klägerin hat gegen dieses ihr am 04.01.1993 zugestellte Urteil, dessen weiterer Inhalt hiermit in Bezug genommen wird, mit einem am 01.02.1993 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und das Rechtsmittel mit einem am 30.03.1993 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet, nachdem die Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung zuvor bis zum 01.04.1993 verlängert worden war. 17

Die Klägerin wiederholt ihr erstinstanzliches Vorbringen, bestreitet aber nicht mehr, daß das Havarie-Kommissariat v. A. die potentiellen Aufkäufer über die Herkunft der Videokassetten aus einem Brand aufgeklärt habe. Sie vertritt jedoch weiterhin die Ansicht, daß ihrer Versicherungsnehmerin die Freigabe der Kassetten zum Verkauf als Havariegut nicht zuzumuten gewesen sei. Hierzu behauptet sie ergänzend, daß der Firmenschriftzug der ... GmbH auf den Gehäusen der Kunststoffkassetten selbst eingätzt und eine Entfernung desselben ohne Beschädigung nicht möglich sei (Beweis: Sachverständigengutachten). Durch ein bloßes Überkleben aber wäre die Herkunft der Kassetten nicht in der erforderlichen Weise unkenntlich gemacht worden. 18

Die Klägerin beantragt, 19

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte gemäß dem von ihr - der Klägerin - in der letzten mündlichen Verhandlung der ersten Instanz gestellten Antrag zu verurteilen. 20

Die Beklagte beantragt, 21

die Berufung zurückzuweisen. 22

Sie nimmt auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug, bestreitet nunmehr aber, daß der Rücktransport der beschädigten Ladung zur ... GmbH mit Einverständnis aller Beteiligten, insbesondere auch der N. GmbH erfolgt sei. 23

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst allen Anlagen ergänzend Bezug genommen. 24

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 25

Die zulässige, an sich statthafte sowie frist- und formgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 511, 511 a, 516, 518, 519 ZPO) hat in sachlicher Hinsicht keinen Erfolg. Die Klägerin kann von der Beklagten nur das verlangen, was das Landgericht ihr zuerkannt hat. 26

Keinen durchgreifenden Bedenken begegnet allerdings hinsichtlich des mit der Berufung weiterverfolgen Klagebegehrens entgegen der Auffassung der Beklagten die Aktivlegitimation der Klägerin: Gemäß § 29 KVO konnte die ... GmbH als Versicherungsnehmerin der Klägerin von der Me. GmbH als Versicherungsnehmerin der Beklagten dem Grunde nach Ersatz des Transportschadens verlangen. Anwendungsbereich der KVO ist gemäß § 1 Abs. 1 KVO der gewerbliche Güterverkehr i.S.d. § 3 GüKG, der - § 3 Abs. 1 GüKG - als erstes die Beförderung von Gütern für andere voraussetzt. Hier bestand ein Speditionsvertrag zwischen der Me. GmbH und der N. GmbH, wobei erstere die ihr obliegende Beförderung des Gutes im Wege des Selbsteintritts durchführte, womit sie die Rechte und Pflichten eines Frachtführers hatte; § 412 HGB. Damit liegt Beförderung von Gütern für andere vor, die mit einem Kraftfahrzeug im Fernverkehr erfolgte, womit auch die weiteren Anwendungsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 GüKG erfüllt sind. § 1 Abs. 5 KVO steht nicht entgegen, weil die Beförderung der Ware mit einem eigenen Lkw der Me. GmbH erfolgte und der Schaden während des Transports auf der Autobahn, also während der Beförderung des Gutes, eingetreten ist. Im weiteren setzt § 29 KVO voraus, daß der Schaden in der Zeit zwischen der Annahme des Gutes zur Beförderung und dessen Ablieferung durch ganzen oder teilweisen Verlust desselben oder durch dessen Beschädigung eingetreten ist. So liegt es hier, weil die Ladung während der Beförderung durch Brandeinwirkung auf dem Anhänger des Lastzuges beschädigt wurde. Verschulden 27

der Me. GmbH ist nicht vorausgesetzt. Haftungsausschluß gemäß § 34 Buchst. a KVO scheidet schon deshalb aus, weil nicht ersichtlich ist, daß der Reifenbrand durch höhere Gewalt ausgelöst wurde, worunter nach ganz herrschender, vom Senat geteilter Ansicht nur ein von außen kommendes Ereignis fällt, das unvor- hersehbar und auch bei Anwendung äußerster Sorg- falt nicht abwendbar gewesen sein muß (vgl. Kol- ler, Transportrecht, § 34 KVO Rz 3 ff, 6 ff m.N.). Spätestens nach der Ankunft der beschädigten Sendung bei der ... GmbH, die im Einvernehmen aller Beteiligten unter Einschluß der N. GmbH zur ... GmbH zurückgeschafft worden war, ist die ... GmbH mit Blick auf die Ansprüche aus § 29 KVO ersatzberechtigt geworden, weil darin jedenfalls eine nachträgliche Verfügung der N. GmbH gemäß § 27 Abs. 1 Buchst. d KVO zu erblicken ist, wo- durch die ... GmbH aktivlegitimiert wurde, falls sie nicht schon von Anfang an, was hier aber offenbleiben kann, ersatzberechtigt war. Das jet- zige, bloße Bestreiten des Einvernehmens aller Beteiligten im vorstehend dargelegten Sinne durch die Beklagte ist unerheblich, weil es ausreichen- der Substantiierung ermangelt, die unverzichtbar war, nachdem die Beklagte dies alles in der ersten Instanz mit keinem Wort in Abrede gestellt hatte. Die Anspruchsberechtigung der ... GmbH gegenüber der Me. GmbH scheitert auch nicht daran, daß Ersterer durch die teilweise Beschädigung des transportierten Gutes aller Voraussicht nach kein eigener Schaden entstanden sein dürfte: Konnte die ... GmbH vielmehr, wofür alles spricht, von der OWEC vermöge der Klausel "cif Bockenheim", die im Hinblick auf die Gefahrtragung eine mit § 447 BGB vergleichbare Regelung trifft, den vollen Kauf- preis fordern, ohne dieser Schadenersatz leisten zu müssen, liegt der typische Fall der Drittscha- densliquidation vor, was zur Folge hat, daß die ... GmbH berechtigt war, den bei der OWEC einge- tretenen Schaden gegenüber der Me. GmbH geltend zu machen. Ob es sich aber so verhält, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Im Falle ei- gener Schadenersatzverpflichtung ist die ... GmbH ebenso aktivlegitimiert wie im Falle ihrer Berech- tigung zur Liquidation des Drittschadens. Schließlich sind, wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, die Ansprüche der ... GmbH auf die Klägerin übergegangen und können nach Vereinigung mit den entsprechenden Deckungs- ansprüchen der Me. GmbH von der Klägerin unmit- telbar gegenüber der Beklagten geltend gemacht werden. Dies aber, wie schon eingangs der Entscheidungs- gründe gesagt, nur im vom Landgericht festge- stellten Teilumfang. Hierzu gilt im einzelnen fol- gendes:

Zunächst hat das Landgericht den Umfang des Er- satzanspruchs im Hinblick auf die 33.700 28 nicht un- mittelbar durch Feuer geschädigten Videokassetten zutreffend auf die Differenz zwischen dem Faktu- renwert und dem gemäß dem Bericht des Havarie-Kom- missariats v. A. bei einer Veräußerung als Hava- riegut erzielbaren Erlös beschränkt. Das Vorliegen eines weitergehenden Schadens im Sinne eines Totalschadens hat die Klägerin, wofür sie als Anspruchstellerin und Rechtsnachfolgerin der formell geschädigten ... GmbH die Darlegungs- und Beweislast trifft (vgl. Koller a.a.O., § 35 KVO Rz 9; § 37 KVO Rz 6), nicht nachgewiesen.

Soweit die Klägerin ihre Auffassung vom Vorliegen eines Totalschadens auf ihre Behauptung 29 stützt, der überwiegende Teil der 33.700 nicht unmittelbar durch Feuer geschädigten Kassetten sei infolge der durch den Reifenbrand ausgelösten Hitzeeinwirkung technisch unbrauchbar geworden und ein Heraus- sor- tieren der unbeschädigten Kassetten sei teurer als der hierdurch realisierbare Restwert gewesen, fehlt es teilweise bereits an substantiierter Darlegung und insgesamt an dem Nachweis einer tat- sächlich substantiellen Beschädigung dieser Kas- setten. Unbeachtlich ist zunächst der Vortrag der Kläge- rin, daß sich an den Verpackungsfolien Kondensa- tionsniederschlag befunden habe. War die Herkunft des Kondensates nach ihren eigenen Angaben nicht genau ermittelbar, fehlt es bereits an der Darle- gung des erforderlichen Kausalzusammenhanges zwi- schen dem Auftreten dieses Niederschlags und dem Reifenbrand. Der Nachweis einer tatsächlichen substantiellen

Beschädigung der Videokassetten ist auch nicht durch das von der Klägerin vorgelegte Gutachten der ISR geführt worden. Dieses Gutachten bestätigt zwar das Vorliegen einer hitzebedingten Substanzverletzung bei dem überwiegenden Teil der Kassetten. Doch hat bereits das Landgericht diesem Gutachten mit zutreffender Würdigung die erforderliche Überzeugungskraft abgesprochen. Diese wird zunächst dadurch eingeschränkt, daß der Gutachter P. eine Beschädigung der Kassetten nicht durch eigene Wahrnehmung positiv feststellen konnte, da ihm die Kassetten selbst nicht zur Prüfung vorgelegen hatten. Das Gutachten ist erst nach mehr als einem Jahr nach dem Schadensfall und nach der Vernichtung der Kassetten erstellt worden. Der Gutachter konnte deshalb nur Rückschlüsse aus den ihm von der Klägerin zur Verfügung gestellten Unterlagen (Fotos, Havariebericht des Havarie-Kommissariats v. A., Stellungnahmen der ... GmbH, der Klägerin selbst und ihrer Anwälte) ziehen. Dabei stützte er seine Einschätzung, daß der überwiegende Teil der Ladung beschädigt worden sei, im wesentlichen auf die nach den Fotos an dem Fahrzeug erkennbaren Brandschäden sowie auf die Tatsache, daß 300 Kassetten durch das Feuer unmittelbar zerstört worden sind. Hieraus folgerte er zunächst, daß im gesamten Innenraum die Temperaturen deutlich über 60 Grad Celsius entstanden seien, die dort wegen der Wärmeisolierung des Fahrzeugs "gespeichert" worden seien. Da aber tatsächlich bereits während der Löscharbeiten ein Teil der Kassetten entladen worden ist, wofür naturgemäß die Tür des Anhängers geöffnet werden mußte, blieben die Dauer und das Ausmaß der Hitzeeinwirkung weitgehend unklar. Damit ist bereits die Bewertungsgrundlage des Gutachtens in Zweifel zu ziehen. Zweifel bestehen weiter im Hinblick auf die logische Beweiskraft der in dem Gutachten gezogenen Schlußfolgerungen. Aus seiner nach dem Gesagten bereits für sich genommen zweifelhaften Einschätzung hinsichtlich der Wärmeentwicklung im Inneren des Anhängers sowie der Tatsache, daß Videokassetten durch Erwärmung deformiert werden können, zog der Gutachter P. den Schluß, daß der überwiegende Teil der Kassetten beschädigt worden sein müsse. Inwiefern sich hier aus der bloßen Möglichkeit einer Schädigung die Überzeugung vom Vorliegen einer Schädigung ableiten läßt, wird in dem Gutachten nicht näher dargelegt. Erhärtet werden die Bedenken gegen das Gutachten durch einen Vergleich mit den Aussagen des Zeugen G., des hier maßgeblichen Mitarbeiters des Havarie-Kommissariats v. A.. Dieser hat, als Zeuge vor dem Landgericht vernommen, bekundet, daß die einzelnen Cellophanumschrumpfungen der Kassetten keinerlei Beeinträchtigungen aufgewiesen hätten. Diese Aussage deckt sich in vollem Umfang mit seinen Ausführungen im schriftlichen Havariebericht vom 22.06.1990. Im Gegensatz zu dem Gutachten der ISR stützt sich die Aussage des Zeugen G. auf seine eigenen Wahrnehmungen. Der Zeuge hatte die unfallgeschädigte Sendung zudem ein erstes Mal bereits unmittelbar nach dem Eintritt des Schadens auf der Autobahn und ferner ein weiteres Mal 3 Tage später jeweils persönlich in Augenschein genommen. Als Havarie-Kommissar besaß er die erforderliche Sachkunde, um die Ware auf mögliche Schäden überprüfen zu können. Für die Glaubhaftigkeit seiner Aussage spricht, daß er diese auf der Grundlage der Ausschreibung gemacht hat, und daß er als Mitarbeiter des Havarie-Kommissariats v. A. ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran hatte, keine gebrauchsuntaugliche Ware zum Verkauf anzubieten. Für seine Glaubwürdigkeit spricht auch, daß er am Ausgang kein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Gegen die Überzeugungskraft des ISR-Gutachtens spricht in diesem Zusammenhang auch, daß sich der Gutachter P. mit den offensichtlichen Widersprüchen zwischen seinen Ausführungen und dem Befund des Havarie-Kommissariats v. A. in keiner Weise auseinandergesetzt hat, obwohl ihm dessen Havariebericht vom 22.06.1990 bei der Erstellung seines Gutachtens vorlag.

Das Landgericht hat es zu Recht abgelehnt, dem Antrag der Klägerin, ein Sachverständigengutachten zum Beweis eines Totalschadens an denjenigen Kassetten, die

nicht unmittelbar durch Feuereinwirkung geschädigt worden waren, einzuholen, nachzukommen. Hierzu hat es zutreffend ausgeführt, daß ein vom Gericht bestellter Sachverständiger sich nach Vernichtung der Kassetten ebenso wie der Privatgutachter P. nur auf die vorhandenen Stellungnahmen und Fotos stützen könnte. Ein derartiges Gutachten könnte zwar die Möglichkeit einer Beschädigung, nicht aber das tatsächliche Vorliegen einer technischen Beeinträchtigung der Kassetten und ihr Ausmaß beweisen, so daß ihm - insbesondere vor dem Hintergrund der Aussage des Zeugen G. - im Hinblick auf die Beweisfrage keine zureichende Beweiskraft zukäme.

Schließlich kann der Klägerin auch keine Erleichterung der Beweisanforderungen wegen des zwischenzeitlichen Untergangs der Kassetten gewährt werden. Die Kassetten sind im Auftrage der ... GmbH, die, wie dargelegt, ursprünglich aus § 29 KVO ersatzberechtigt war, und von der die Klägerin ihre Rechte ableitet, vernichtet worden. Wollte die ... GmbH oder die Klägerin als ihre Rechtsnachfolgerin einen höheren Schaden als die Differenz zwischen dem Fakturenwert und dem gemäß dem Bericht des Havarie-Kommissariats v. A. erzielbaren Veräußerungserlös geltend machen, so hätte die ... GmbH vor der Vernichtung ein Beweissicherungsverfahren durchführen müssen. Daß sie dies nicht getan hat, muß die Klägerin als ihre Rechtsnachfolgerin gegen sich gelten lassen. 31

Das Vorliegen eines Totalschadens läßt sich auch nicht unter dem Blickwinkel begründen, daß der ... GmbH eine Freigabe der Kassetten zum Verkauf als Havariegut nicht habe zugemutet werden können. Auch wenn sich nicht negativ ausschließen läßt, daß eine mehr oder weniger große Anzahl von Kassetten tatsächlich doch substantiell beschädigt war, und daß bei diesen Kassetten im Falle ihrer Benutzung bei dem potentiellen Endabnehmer die Gefahr einer Beschädigung seines Videorekorders bestanden hätte, wäre hieraus der Klägerin weder die ernstzunehmende Gefahr erwachsen, Produkthaftungsansprüchen etwa geschädigter Endabnehmer ausgesetzt zu werden, noch die einer Beschädigung ihrer Reputation als Markenherstellerin. 32

Die Gefahr einer Auslösung von Produkthaftungsansprüchen kann deshalb ausgeschlossen werden, weil etwaige Schäden an den Geräten eines Endabnehmers der Kassetten nach den Umständen des Falles nicht als ein der ... GmbH zuzurechnender Produktfehler anzusehen wären. Nach der nunmehrigen Legaldefinition des Produktfehlers in § 3 ProdHaftG, der im wesentlichen eine Festschreibung der vor dem Erlaß des ProdHaftG ergangenen Rechtsprechung darstellt und sich von den im Bereich der deliktsrechtlichen Produkthaftung weiterhin geltenden Anforderungen sachlich nicht unterscheidet, kommt es für das Vorliegen eines Produktfehlers auf die Sicherheit an, die "unter Berücksichtigung aller Umstände" des konkreten Falles "berechtigterweise erwartet werden kann". Einschränkungen in der Erwartungshaltung können sich dabei unter anderem aus der Natur der Sache sowie aus der Praxisgestaltung ergeben (vgl. zu alledem Palandt-Thomas, BGB, 52. Aufl., § 3 ProdHaftG Rz 1 ff; § 823 BGB Rz 205 ff). Im vorliegenden Fall ergeben sich besondere Umstände aus den Rahmenbedingungen, in denen sich ein etwaiger Erwerb einer solchen Kassette abgespielt hätte. Nach den durch das Havarie-Kommissariat v. A. festgelegten Bedingungen der Verkaufsausschreibung wäre der Aufkäufer verpflichtet gewesen, die Originalhüllen und die Originalverpackung der Kassetten zu vernichten und durch neutrales Verpackungsmaterial zu ersetzen und die Kassetten selbst zu neutralisieren, indem das Markenzeichen der ... GmbH unkenntlich gemacht wurde. Zudem stand zu erwarten, daß der Verkauf an die Endabnehmer nicht etwa über den Fachhandel, sondern über spezielle Sonderpostenunternehmen und vor allem nicht zu den für ... oder andere Markenkassetten üblichen Marktpreisen, sondern zu deutlich reduzierten Sonderpreisen erfolgen werde. Bei allen drei Punkten handelt es sich um Verkaufsumstände, die den Sicherheitsstandard, den 33

ein etwaiger Erwerber berechtigterweise erwarten kann, nachhaltig mitprägen. Derjenige, der eine Video- kassette unter diesen Umständen erwirbt, kann ver- nünftigerweise nicht erwarten, daß diese Kassette im Sicherheitsstandard einer Markenkassette ent- spricht, die er im Fachhandel zum markenüblichen Preis kauft. Wenn in einem solchen Fall tatsäch- lich das Abspielgerät des Erwerbers Schaden nehmen sollte, muß er sich an seinen Vertragspartner halten. Doch muß ihm klar sein, daß er für diesen Schaden nach den Umständen des Erwerbs keineswegs den Hersteller, dessen Markenzeichen auf der Kassette bewußt neutralisiert worden ist, wegen eines Produktfehlers verantwortlich machen kann. Dem stünde gegebenenfalls auch nicht die von der Klägerin behauptete Tatsache entgegen, daß das Markenzeichen der ... GmbH auf dem Kassettengehäu- se nach der technischen Beschaffenheit desselben nicht dauerhaft unkenntlich gemacht, sondern nur hätte überklebt werden können. Es läßt sich näm- lich im Gegensatz zur Ansicht der Klägerin sogar argumentieren, daß ein Erwerber, der einen zur Neutralisierung verwendeten Aufkleber entfernt und darunter das Markenzeichen der ... GmbH entdeckt, erst recht nicht darauf vertrauen darf, daß diese Kassette dem bei ... üblichen Sicherheitsstandard entspricht. Denn in einem solchen Fall muß es sich dem Erwerber als Hintergrund des Überklebens zur Überzeugung des Senats förmlich aufdrängen, daß mit einer solchen Kassette "irgend etwas nicht stimmen kann". Eine andere Betrachtungsweise ergibt sich schließlich auch nicht aus der theo- retischen Gefahr, daß ein etwaiger Aufkäufer sich möglicherweise nicht an die Bedingungen in der Ausschreibung gehalten hätte. Dafür, daß die Firma R., die das Höchstgebot abgegeben hatte, sich etwa nicht an die Verpflichtung zur Neutralisierung gehalten hätte, ist nichts dargelegt. Die Wahr- scheinlichkeit hierfür ist im übrigen schon des- halb als eher gering einzuschätzen, weil der Auf- käufer im eigenen Interesse hätte darauf bedacht sein müssen, bei seinen Endabnehmern keine fal- schen Erwartungen zu wecken. Schließlich wäre es, worauf auch der Zeuge G. in seiner Aussage vor dem Landgericht hingewiesen hat, möglich gewesen, der ... GmbH Gelegenheit zu geben, sich davon zu über- zeugen, daß die Kassetten unkenntlich gemacht wor- den sind, bevor sie in den Verkauf an Endabnehmer gingen. Mit im wesentlichen denselben Erwägungen kann auch ausgeschlossen werden, daß für die ... GmbH im Falle einer Freigabe der Kassetten zum Verkauf die ernstzunehmende Gefahr einer Schädigung ihrer Re- putation als Markenherstellerin bestand. Auch hier gilt - abgesehen von der ohnehin geringen Wahr- scheinlichkeit von Folgeschäden -, daß derjenige, der eine neutralisierte Kassette zum Billigpreis erwirbt und nach Entfernung des neutralisierenden Aufklebers feststellt, daß die scheinbar markenlo- se Kassette tatsächlich von ... stammt, von selbst auf den Gedanken kommen wird, daß die Firma ... dieser Kassette offensichtlich bewußt ihr "Güte- siegel" entzogen hat, eben weil sie aus irgendwel- chen Gründen nicht ihren Qualitätsanforderungen entspricht. Läßt sich nach alledem das Vorliegen eines Total- schadens im Hinblick auf die 33.700,-- DM nicht unmittelbar durch Feuereinwirkung geschädigten Kassetten unter keinem Gesichtspunkt begründen, ist dem Landgericht auch insoweit zuzustimmen, als es den gemäß § 35 Abs. 3 KVO zu ersetzenden Min- derwert mit der Differenz zwischen dem Fakturen- wert und dem laut Aussage des Havariekommissaritas v. A. bei einer Veräußerung als Havariegut erziel- baren Erlös gleichgesetzt hat. Daß die Ausschrei- bung durch das Havarie-Kommissariat v. A. mit dem daraufhin von der Firma R. abgegebenen Höchstge- bot etwa nicht den Anforderungen eines redlichen Rechtsverkehrs entspräche und deshalb unbeachtlich wäre, wie es die Klägerin andeutet, läßt sich nicht vertreten. Insbesondere von einer unzurei- chenden Aufklärung potentieller Aufkäufer kann keine Rede sein. Aufgrund des Hinweises, daß die Ware aus einem Brandschaden stammt, mußten alle Interessenten mit der Möglichkeit rechnen, daß ein mehr oder weniger großer Teil der Ware beeinträch- tigt sein konnte. Es entspricht dem Wesen des Han- dels mit Havariegütern, daß der gewerbliche Abkäu- fer beim Ankauf solcher Ware in aller Regel einen deutlich reduzierten Preis zahlt und dabei stets auch ein gewisses Risiko hinsichtlich der weiteren Verwertbarkeit eingeht. In

derartigen Fällen ob- liegt es der eigenen Kalkulation des Unternehmers, ob er glaubt, das Havariegut noch sinnvoll verwer- ten zu können oder nicht. Im Ergebnis zuzustimmen ist dem erstinstanzlichen Urteil auch darin, daß die Klägerin über den Ersatzwert für die Kassetten hinaus den Ersatz von entgangenem Gewinn, der bei der OWEC eingetreten sein soll, nicht verlangen kann. Dies läßt sich zwar nicht damit begründen, daß die Klägerin eine Entschädigung der OWEC nicht dargelegt habe. Insoweit ist der Klägerin darin beizupflichten, daß, wenn die OWEC tatsächlich einen ersatzfähigen Gewinnverlust erlitten hätte, im Außenverhältnis (zum Schädiger bzw. zum Versicherer) allein die ... GmbH auch zur Einziehung dieses Betrages befugt gewesen wäre, und daß die Verteilung etwa eingezogener Beträge im Innenverhältnis zwischen der ... GmbH als Verkäuferin und der OWEC als Käuferin zu erfolgen hätte (BGH VersR 1989, 1168). Indessen fehlt es bereits an dem Nachweis eines ersatzfähigen entgangenen Gewinns der OWEC. Soweit die Klägerin ihr Begehren darauf stützt, daß die OWEC als Handelsgesellschaft die Videokassetten zum Weiterverkauf in ihrem Handelsbetrieb erworben habe und diese üblicherweise mit einer Gewinnspan- ne von über 10 % verkaufe, bedient sie sich metho- disch der abstrakten Schadensberechnung im Sinne des § 252 Satz 2 BGB. Angesichts des Wortlauts des § 35 Abs. 1 KVO "nachzuweisenden entgangenen Gewinns" kann schon bezweifelt werden, ob hierfür im Rahmen dieser Vorschrift überhaupt Raum ist (verneinend Koller a.a.O., § 35 Rz 4). Das kann aber auf sich beruhen, weil für den Ersatz einer etwaigen Differenz zwischen dem Vertragspreis ei- nerseits und dem marktüblichen Verkaufspreis ande- rerseits ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung auf der Grundlage einer abstrak- ten Schadensberechnung jedenfalls im hier zu ent- scheidenden Fall unter gebotener Bedachtnahme auf seine geradezu atypischen Besonderheiten kein Raum ist. Hier ist vielmehr die Berücksichtigung einer fiktiven Ersatzbeschaffung zwingend geboten. Das ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus der Konstellation der an dem maßgeblichen Rechtsver- hältnis ursprünglich beteiligten Parteien. Während sich im Regelfall Käufer und Verkäufer als Prozeß- parteien mit unterschiedlichen Interessen gegen- sätzlich gegenüberstehen, geht es hier, wofür der Senat sich an dieser Stelle, wo es darauf ankommt, festlegt, um einen Fall der Drittschadensliquida- tion, in dem - vor der Legitimierung der jetzi- gen Prozeßparteien - der anspruchsberechtigte Ver- käufer (... GmbH) bei seinem Schuldner (Me. GmbH) das Interesse des Käufers (OWEC) als Drittin- teresse geltend machen konnte. Im Hinblick auf den Schadensersatzanspruch aus § 29 KVO standen folglich die ... GmbH als Verkäuferin und formell Anspruchsberechtigte einerseits und die OWEC als Käuferin und materiell Geschädigte andererseits nicht etwa in einem Interessengegensatz, sondern vielmehr in einer Interessengemeinschaft gegenüber der Me. GmbH als der Schuldnerin des Schadens- ersatzanspruchs. Vor diesem Hintergrund aber waren im Grundsatz auch beide aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB gegenüber der Me. GmbH zur Schadensmin- derung verpflichtet. Geht man davon aus, daß die ... GmbH von ihren Produktions- bzw. Lagerkapazi- täten her in der Lage gewesen wäre, die OWEC zu dem vereinbarten Vertragspreis mit Ersatzware zu beliefern, bevor bei dieser - abstrakt - ein Ge- winnausfall wegen entgangener Geschäfte eintreten konnte, so hätten beide im Zusammenwirken einen Gewinnausfall der OWEC ohne weiteres vermeiden können. Daß die ... GmbH - auf der Grundlage einer Nachbestellung - zur Ersatzbeschaffung in der Lage gewesen wäre, muß unterstellt werden. Gegenteili- ges wäre jedenfalls von der Klägerin konkret dar- zulegen gewesen (vgl. OLG Düsseldorf NJW RR-1988, 1384), was diese indessen nicht getan hat. Unab- hängig davon, wie die Frage nach der Berücksich- tigung eines fiktiven Deckungskaufs im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung generell zu be- antworten sein mag, erschiene es jedenfalls unter gebotener Bedachtnahme auf die vorstehend darge- legten besonderen Umstände des vorliegenden Falles als unbillig, der Klägerin unter Verzicht auf einen konkreten Nachweis unter Außerachtlassung der Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung den Ersatz entgangenen Gewinns bei der OWEC zuzusprechen. Nach alledem mußte der

Berufung der Klägerin sach- licher Erfolg versagt bleiben. Die zivilprozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO in Verbindung mit den §§ 232 Abs. 2, 239 BGB.

Der Gegenstandswert des Berufungsverfahrens und der Wert der Beschwer der Klägerin werden jeweils auf 101.905,-- DM festgesetzt.

34