
Datum: 16.04.2015
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 108/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2015:0416.3U108.14.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 83 O 83/13

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 21.05.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 83 O 83/13 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt. Die außergerichtlichen Kosten der Streithelferin trägt diese selbst

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Schadensersatz für den Verlust von Tonern während eines von der Beklagten durchgeführten Transports von E in Frankreich nach C am 27./28.02.2013 in Höhe von 28.039,- €.

1

2

3

4

Das Landgericht hat durch Urteil vom 21.05.2014 – 83 O 83/13 -, auf das wegen der Sachverhaltsdarstellung im Übrigen Bezug genommen wird, die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 28.039,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.03.2013 verurteilt und eine unbeschränkte Haftung der Beklagten für den Verlust der streitgegenständlichen Toner nach Art 17 I, Art 29 CMR bejaht. Zur Begründung wird ausgeführt, die Aktivlegitimation der Klägerin sei aufgrund konkludenter Abtretung der streitgegenständliche Ansprüche durch Übersendung der Schadensunterlagen an diese gegeben. Der Abschluss eines Beförderungsvertrags zwischen den Parteien, auf den die Vorschriften der CMR Anwendungen fänden, sei aufgrund der vorgelegten Unterlagen dargelegt und die geschuldete Beförderung ergebe sich aus den CMR-Frachtbriefen, wobei die Beklagte die Beauftragung zu fixen Kosten von 677,25 € nicht substantiiert bestritten habe. Aufgrund der Vorlage der unterzeichneten CMR-Frachtbriefe sei gem. Art 9 II CMR davon auszugehen, dass die übernommenen Frachtstücke nach Anzahl, Zeichen und Nummern mit den darin gemachten Angaben übereinstimmten, was durch die bloße Behauptung der Beklagten, der Fahrer habe die Verladung der Güter nicht überwachen bzw. kontrollieren können, nicht widerlegt sei. Soweit deswegen von einer vollständigen Übernahme der zu transportierenden Ware durch die Beklagte zum Transport auszugehen sei, könne der entstandene Schaden anhand der als Anlagen K 1 und K 4-6 vorgelegten Unterlagen eindeutig ermittelt werden. Hinsichtlich der Höhe ihrer Haftung könne sich die Beklagte aufgrund des ihr zurechenbaren leichtfertigen Verhaltens des Fahrers der Streithelferin i.S.d. Art 29 CMR weder auf ein unvermeidbares Ereignis i.S.d. Art 17 II CMR noch auf die Haftungshöchstgrenzen des Art 23 CMR berufen.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte sowie begründete Berufung der Beklagten. 5

Die Beklagte wendet ein, das Landgericht habe zu Unrecht die Aktivlegitimation der Klägerin bejaht. Für einen konkludenten rechtsgeschäftlichen Forderungsübergang fehle es an der Übersendung der Schadensunterlagen zum Zweck der Prozessführung. Ein rechtsgeschäftlicher Forderungsübergang durch Abtretung ergebe sich weder aus dem als Anlage 15 vorgelegten Schreiben, weil sie – die Beklagte - nicht in vertraglichen Beziehungen zur Fa. U GmbH O gestanden habe, noch aus dem als Anlage 14 vorgelegten Schreiben, weil deren Bezug zu dem in Rede stehenden Transport zweifelhaft sei. 6

Ebenso wenig lägen die Voraussetzungen für eine begrenzte Regelhaftung ihrerseits gem. Art. 17 I, 23 III CMR noch für eine summenmäßig unbeschränkte Haftung gem. Art 29 CMR i.V.m. § 435 HGB vor. 7

Bei der Annahme der vollzähligen Übernahme des Frachtguts durch sie bzw. die Streithelferin habe das Landgericht ihren erstinstanzlichen erheblichen Vortrag, der Fahrer habe die Verladung der Güter nicht überwachen bzw. kontrollieren können, weil er sich nicht in der Lagerhalle habe aufhalten dürfen, der für unzugänglich am Verladetor in Frankreich angedockte LKW binnen 15 Minuten in schneller Ladefolge beladen worden sei und ihm – wie in der Praxis üblich – die Vornahme eines Unbekannt-Vermerks verwehrt gewesen sei, zu Unrecht als fragwürdige Spekulation angesehen und ohne Beweisaufnahme ebenso übergangen, wie ihr Vorbringen, dass sie selbst als reiner sog. „Sofaspediteur“ aus einer Wahrnehmung keine Einzelheiten zu den Vorgängen bei Übernahme des Transportgutes zum Transport habe vortragen können. Damit habe das Landgericht gegen seine Hinweispflicht verstoßen und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. 8

Daraus, dass es während des Transports zu Manipulationen am LKW gekommen sei, folge nicht zwingend, dass ein Teil der Ladung gestohlen worden sei. Ein Teilverlust wäre erst bei 9

Führung des Vollbeweises durch die Klägerin anzunehmen, dass tatsächlich 66 Paletten Transportgut am Absendeort zur Verladung gekommen seien. Dieser aus der Quittung auf dem Frachtbrief folgende widerlegliche Beweis sei durch ihre Ausführungen zu den Umständen der Verladung und zur Nichtzulassung eines Unbekannt-Vermerks durchgreifend erschüttert worden. Dem Frachtbrief komme auch nicht die Beweiswirkung gem. Art 9 CMR zu, weil ihm die für einen formwirksamen Frachtbrief nach Art 4 ff CMR erforderlichen Eintragungen fehlten, nämlich Name und Anschriften der angeblichen Versicherungsnehmerin der Klägerin als Absender und die mit der Beförderung verbundenen Kosten (Fracht etc.). Es liege auch kein Fall einer wirksamen Stellvertretung vor. Das verwendete Frachtbriefformular sei kein regelrechter Frachtbrief über das Vertragsverhältnis zwischen der angeblichen Rechtsvorgängerin der Klägerin und ihr – der Beklagten - wegen des Fehlens von Name und Anschrift ihres Vertragspartners in Spalte 1, der nicht ausgewiesenen Fracht und ihrer fehlenden Unterschrift. Die Beklagte beruft sich weiterhin auf die Unabwendbarkeit.

10
Ferner habe das Landgericht verfahrensfehlerhaft unter Verstoß gegen seine Hinweispflicht ein vorsatzgleiches Verschulden angenommen. Sowohl sie als auch die Streithelferin hätten sich nur insoweit zum Tathergang einlassen können, wie der Sachverhalt ermittelbar gewesen sei; mit dem Vortrag der Umstände, die der Fahrer gewahr geworden sei, habe sie ihre Einlassungsobliegenheit erfüllt. Ebenfalls unter Verletzung seiner Hinweispflicht habe das Landgericht ihre fehlende Erklärung, warum der Fahrer der Streithelferin für die Strecke von E nach O2 von 350 km 7 Stunden und 25 Minuten benötigt habe, als Verstoß gegen ihre Einlassungsobliegenheit gewertet. Dies sei aber auch nicht nachvollziehbar, weil es laut Straßenkarte keine direkte Autobahnverbindung zwischen E und O2 gebe, die Strecke überwiegend über Landstraßen führe, ein LKW ab 7,5 t auf einer Landstraße maximal 80 km/h bzw. in Belgien nur 60 km/h bzw. auf Schnell-/Expresstraßen und Autobahnen max. 80 km/h – ähnlich in Frankreich - und bei Durchquerung von Orten sogar nur max. 50 km/h fahren dürfe. Selbst wenn ein LKW auf der genannten Strecke von 350 km mit einer Durchschnittsgeschwindigkeit von 80 km /h fahren würde – was unmöglich sei -, würde er dafür 4,5 Stunden benötigen. Die vom Landgericht berechneten 7 Stunden und 25 Minuten seien eine für diese Strecke übliche Fahrtzeit, so dass insoweit kein Klärungsbedarf bestanden habe. Die Annahme des Landgerichts, ein LKW hätte bei Abfahrt in E um 10.15 Uhr am späten Nachmittag in C sein und die Sendung bei zügiger Fahrweise noch am Tag der Übernahme ausliefern können, sei bei Berücksichtigung der vom Landgericht außer Betracht gelassenen Lenk- und Ruhezeiten unrealistisch. Aber auch wenn der LKW am Übernahmetag C innerhalb der Geschäftszeiten des Lagers erreicht hätte, wäre er gleichwohl nicht entladen worden, weil ihm gemäß Frachtbrief (Spalte 3 unter „delivery date“) als Ausiefertag der Folgetag vorgegeben worden sei und LKW, die sich außerhalb eines vorgegebenen Zeitfensters bewegten, i.d.R. bei großen Konsignationslagern nicht entladen würden, weil zu viele LKW ein Lager anfahren. Bei der Forderung nach Sicherheitsmaßnahmen gegen Ladungsdiebstahl sei verkannt worden, dass die Fa. Toshiba keine besonderen Schutzvorkehrungen von ihr – der Beklagten – bzw. der Streithelferin erwartet und durch konkludentes Handeln auch darauf verzichtet habe. Im Lichte der BGH-Rechtsprechung sei sie – die Beklagte - zur Ergreifung weitergehender Sicherheitsvorkehrungen aber auch nicht verpflichtet gewesen.

11
Ungeachtet dessen, dass das Landgericht eine Unterlassung von elementaren Schutzpflichten im Ergebnis nicht festgestellt habe, könne dem Fahrer der Streithelferin mangels ausreichender Anhaltspunkte das zum Wegfall der Haftungsbegrenzung zusätzlich erforderliche Bewusstsein, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, nicht unterstellt werden, nachdem dem Fahrer selbst ein Diebstahl nicht nachzuweisen gewesen

sei.

Schließlich sei dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen, auf welcher Gesetzesgrundlage die Schadenshöhe berechnet worden sei. 12

Die Streithelferin der Beklagten wendet ein, das Landgericht habe übersteigerte Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast der Beklagten zum Ablauf des Transports sowie zum Hergang des Diebstahls gestellt. Die Beklagte habe sowohl zum Ablauf des Transports, insbesondere zur Notwendigkeit des Stopps auf dem Parkplatz, als auch zu den örtlichen Gegebenheiten des Parkplatzes und damit hinreichend zu den getroffenen Sicherheitsvorkehrungen gegen den Zugriff unberechtigter Dritter vorgetragen. 13

Weitergehender Vortrag zum Transportverlauf sei nicht erforderlich gewesen, weil die Fahrt von E bis zur Autobahnrastanlage bei O2 mit 4,5 Stunden Fahrzeit nicht überdurchschnittlich lange gedauert habe. Ihr Fahrer sei – was der Klägerin bekannt sei – ausweislich des CMR-Frachtbriefs, Feld 21 in E erst gegen ca. 15.00 Uhr losgefahren. Aufgrund der Unrichtigkeit des Tatbestands in diesem Punkt liege ein Verstoß gegen die Geständnisfiktion des § 138 III ZPO vor. Die Angaben zur Abfahrtszeit des LKW in E hätten als unstreitig behandelt werden müssen, zumal sich das Bestreiten der Beklagten nur auf das im Frachtbrief aufgeführte Transportgut, also Art und Menge, bezogen habe, nicht aber auf die weiteren Angaben, wie Absender, Verladeort oder Ausstellungszeitpunkt. Die Notwendigkeit des Stopps des LKW an der Autobahnrastanlage habe die Beklagte hinreichend mit der erforderlichen Einhaltung der zulässigen Lenkzeiten erklärt. 14

Vortrag der Beklagten zu Art und Umfang der Sicherung des LKW gegen unbefugten Zugriff Dritter sei nicht erforderlich gewesen, weil der Versicherungsnehmerin der Klägerin dessen Beschaffenheit aufgrund der selbst vorgenommenen Beladung bekannt gewesen sei. 15

Es fehle auch an einer gewissen Wahrscheinlichkeit eines leichtfertigen Verhaltens der Beklagten/der Streithelferin. Die vom Landgericht angeführte überlange Fahrzeit entspreche nicht den Tatsachen. Bei dem ausgewählten Parkplatz handele es sich um eine belebte, hell ausgeleuchtete und teilweise videoüberwachte Autobahnrastanlage. 16

Das Landgericht habe außerdem verfahrensfehlerhaft die von der Beklagten angebotenen Beweise für die Notwendigkeit der Übernachtung des Fahrers auf dem Parkplatz zur Einhaltung der zulässigen Lenkzeiten nicht erhoben. 17

Entgegen der Annahme des Landgericht sei ihrem Fahrer kein vorsatzgleiches Verschulden anzulasten, weil der angefahrene taghell ausgeleuchtete Parkplatz auf einer zum Teil videoüberwachten Autobahnraststätte mit regem Verkehr auch bei Nacht gelegen sei und der Fahrer während der Pause den LKW nicht verlassen, sondern darin geschlafen habe. Da die Auftraggeberin der Beklagten die konkret mit dem Transport verbundenen Gefahren nicht aufgezeigt habe und der Beklagten der Wert sowie das besonders hohe Diebstahlrisiko nicht positiv bekannt gewesen sei, hätten weder die Beklagte noch sie – die Streithelferin – besondere Sicherheitsvorkehrungen treffen müssen. Aus der bloßen Bezeichnung der Waren als „Toner“ habe die Beklagte nicht auf eine damit möglicherweise erhöhte Diebstahls- und Schadensgefahr schließen müssen; es hätte sich auch um leere, erst zu befüllende Toner oder B- bzw. C-Ware handeln können. Daher habe sich die Notwendigkeit der Benutzung eines bewachten Parkplatzes nicht aufgedrängt. Die auf der klägerischen Liste genannten zwei bewachten Parkplätze seien für ihren Fahrer aufgrund der Lage abseits der Fahrstrecke nicht erreichbar gewesen. 18

Aus der tatsächlichen Fahrtzeit von nur 4,5 Stunden ergebe sich kein leichtfertiges Handeln i.S.d. Art 29 CMR, zumal die Versicherungsnehmerin der Klägerin den Frachtbrief erst um 14.49 Uhr, also 4,5 Stunden nach dem Beladevorgang ausgestellt und damit die Ursache für die Übernachtung ihres Fahrers auf einem Parkplatz gesetzt habe. Bei zeitnaher Ausstellung des Frachtbriefs nach Abschluss des Beladevorgangs hätte ihr Fahrer die notwendige Ruhepause überwiegend vor dem Sonnenuntergang durchführen und das Schadensrisiko erheblich minimieren können. Da ihr Fahrer bei Ankunft auf dem Parkplatz O2 um ca. 19.30 Uhr die zulässige tägliche Lenkzeit von 9 Stunden erreicht habe, sei die Pause zwingend notwendig gewesen, zumal er zugleich auch seine rechtlich zulässige Arbeitszeit erreicht habe, weil er als Angestellter eines in Polen ansässigen Transportunternehmens nach dem polnischen Arbeitsrecht einen Anspruch auf eine zusammenhängende Ruhepause von 11 Stunden habe.	
Aber auch ein unzureichender Vortrag der Beklagten im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast rechtfertigte nicht die Vermutung leichtfertigen Verhaltens, weil die Beklagte ihr – der Streithelferin – mit der Klageerwidernung den Streit verkündet habe und zudem ihren Fahrer als Zeugen benannt habe. Dieser hätte bei seiner Vernehmung weitere Einzelheiten zum Transportverlauf mitteilen können. Bei zeitnaher Zustellung der Streitverkündung an sie durch das LG hätte sie dem Verfahren in 1. Instanz beitreten und den Vortrag der Beklagten sinnvoll ergänzen können.	20
Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,	21
das Urteil des Landgerichts Köln vom 21.05.2014 - 83 O 83/12 aufzuheben und die Klage abzuweisen.	22
Die Klägerin beantragt,	23
die Berufung zurückzuweisen.	24
Sie ist der Berufung der Beklagten unter Verteidigung des angefochtenen Urteils und Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens entgegengetreten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungserwidernung vom 01.10.2014 (Bl. 279 ff. d.A.) und die Schriftsätze vom 03.11.2014 (Bl. 302 ff.) und vom 19.11.2014 (Bl. 313 ff. d.A.) verwiesen.	25
Wegen aller weiteren Einzelheiten im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	26
II.	27
Die zulässige Berufung ist unbegründet.	28
1.	29
Der Senat geht von der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit gemäß Art 31 Nr. 1 b) CMR aus, weil der vorgesehene Ablieferungsort „C“ in Deutschland, einem Vertragsstaat i.S. der Vorschrift, liegt und es um eine Streitigkeit aus einer Beförderung aufgrund gültigen CMR-Vertrags i.S.d. Art 1 CMR geht.	30
Die für die Anwendbarkeit des CMR erforderlichen Voraussetzungen nach Art 1 I CMR, der für jeden Vertrag über die entgeltliche Beförderung von Gütern auf der Straße mit Fahrzeugen gilt, wenn der Ort der Übernahme des Gutes und der für die Ablieferung vorgesehene Ort, wie sie im Vertrag angegeben sind, in zwei verschiedenen Staaten liegen,	31

wovon mindestens einer ein Vertragsstaat ist, sind erfüllt. Frachtverträge i.S.d. § 407 HGB fallen immer unter die CMR (Koller, TranspR, 8. Aufl. 2014, Art 1 CMR Rn. 2). Soweit als Vergütung ein bestimmter Betrag vereinbart ist, der Kosten für die Beförderung einschließt, hat gemäß § 459 HGB auch ein Spediteur hinsichtlich der Beförderung die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Der Abschluss eines Frachtvertrags zwischen der Beklagten und der U S.A. ergibt sich sowohl aus dem Vorbringen der Beklagten über ihre Beauftragung durch die U S.A. in E/Frankreich als auch aus ihrer Rechnung vom 13.03.2013 (Anl. K 2 Anlagenheft), worin sie der U S.A. für die Verbringung von 66 Paletten mit LM Tonern von E nach C pro Fracht und deren Beförderung 677,25 € in Rechnung gestellt hat. Im Hinblick darauf muss sich die Beklagte nach § 459 HGB wie ein Frachtführer behandeln lassen, was für die Anwendbarkeit des CMR genügt. Der Ort der Übergabe der Warengüter lag in Frankreich („E“); Ort der Ablieferung war C in Deutschland, also in zwei verschiedenen Staaten, wobei beide Staaten Vertragsstaaten des CMR sind (vgl. Koller a.a.O. Art 1 CMR Rn. 6 S. 946).

2. 32

Die Anwendbarkeit deutschen Rechts für die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin ergibt sich gemäß Art 3 I S. 2 2. Alt ROM I aufgrund konkludenter Rechtswahl der Parteien, nachdem das Landgericht durchgängig deutsches Recht zugrunde gelegt hat und die Parteien sich in der Berufung hinsichtlich der Frage der Aktivlegitimation der Klägerin auf die Vorschrift des § 86 I VVG berufen haben. Nach ständiger Rechtsprechung liegt in der ausschließlichen Berufung der Parteien auf deutsche Rechtsvorschriften eine stillschweigende Vereinbarung deutschen Rechts (BGH NJW 1999, 950; BGH NJW 2003, 3620; BGH NJW 2004, 2523; Palandt/Thorn, BGB 74. Aufl., (IPR) ROM I Art. 3 Rn. 8). 33

Die Anwendbarkeit deutschen Rechts für die Beurteilung der von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche wegen des Verlustes der zu befördernden Toner folgt mangels getroffener Rechtswahl aufgrund des in Deutschland gelegenen vereinbarten Ablieferungsorts „C“ aus Art 5 I S. 2 ROM I, soweit es darauf wegen des Vorrangs der Vorschriften des CMR noch ankommt. 34

3. 35

Das Landgericht hat der Klägerin zu Recht einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 28.039,- € nebst titulierter Zinsen aus abgetretenem Recht der U GmbH und der U S.A. gemäß Art 17 I, 29 CMR zuerkannt. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat zunächst vollumfänglich Bezug auf die im Wesentlichen zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. 36

a) Die Aktivlegitimation der Klägerin folgt aus den schriftlichen Abtretungsvereinbarungen mit der U GmbH vom 13.11.2013 (Anl. K 15 Anlagenheft) und der U S.A. vom 08.11.2013 (Anl. K 14 Anlagenheft). 37

Der Wirksamkeit dieser Abtretungen steht nicht entgegen, dass die U GmbH nicht Vertragspartnerin/Auftraggeberin der Beklagten gewesen ist. Absenderin der Waren und Auftraggeberin der Beklagten war die U S.A., die die zu transportierenden Toner an die U GmbH veräußert hat. Die Aktivlegitimation des Empfängers – hier der U GmbH – hängt nicht davon ab, dass dieser einen Ablieferungsanspruch erworben oder i.S.d. § 421 II HGB die Ablieferung „verlangt“ hat. Seine Aktivlegitimation entsteht – falls kein Ladeschein (§ 443 HGB) oder Sperrpapier (§ 418 IV HGB) ausgestellt worden ist – im Fall des Verlustes grundsätzlich sofort. Das gilt auch bei unstreitigen Teilverlusten, so dass der Anspruch auf Ersatz des Teilverlustes einer Sendung spätestens bei Ablieferung des Restes entsteht 38

(Koller, TransportR 8. Aufl. 2014, § 425 Rn. 54, BGH, Urt. v. 02.12.1982 VersR 1983, 339/340). Der Absender ist gem. § 421 I S. 2 2. HS. HGB auch nach Verlust seines Vergütungsrechts (§ 418 HGB) noch aktivlegitimiert. Die Doppellegitimation von Empfänger und Absender (§ 421 I S. 2 2. HS HGB) soll vermeiden, dass ein Ersatzanspruch deshalb verloren geht, weil die falsche Partei reklamiert oder klagt. Es sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Gut während des Transports dem Weisungsrecht des Absenders unterliegt (§ 418 I HGB). Daraus wird gefolgert, dass es dem Absender möglich sein müsse, neben dem Empfänger den Schadensersatzanspruch als Gütersurrogat geltend zu machen (Koller a.a.O. § 425 HGB Rn. 60). § 421 I S. 3 HGB eröffnet die Möglichkeit zur Drittschadensliquidation. Sie ist selbst dann eröffnet, wenn der materiell Geschädigte selbständig in der Lage ist, seinen Schaden zu liquidieren. Dies erlaubt den Gerichten, nicht der Frage nachgehen zu müssen, wer bei einem Güter- oder Verspätungsschaden der materiell Geschädigte ist. Der Absender kann den Schaden Dritter liquidieren, gleichgültig ob der Dritte sein Vertragspartner oder Endempfänger ist. Die Drittschadensliquidation ist auch dort eröffnet, wo der Absender, der dem (Unter-)Frachtführer eine fremde Sache in Obhut gegeben hat, mit dem materiell Geschädigten unmittelbar oder mittelbar vertraglich verbunden war und die Übertragung der Obhut auf den Schädiger dem Interesse des Geschädigten entsprach (Koller a.a.O. § 425 HGB Rn. 63 m.w.N.; BGH, Urt. v. 29.03.2001 TranspR 2011, 447/449). Der Empfänger kann seine Schadensberechnung auf den Schaden des Absenders (§ 421 I S. 3 HGB) sowie auf den Schaden stützen, den Personen erleiden, in deren Interesse der Absender tätig geworden ist. Zu ersetzen ist auch der Schaden der Abnehmer des Empfängers (z.B. Fall des § 447 BGB; Koller a.a.O. § 425 Rn. 63). Den Aktivlegitimierten trifft, wenn er den Ersatzanspruch nicht geltend machen will, nur die Pflicht, den Ersatzanspruch an den materiell Geschädigten abzutreten (Koller a.a.O. § 425 HGB Rn. 64). Danach konnte sowohl die U S.A. als Absenderin der Toner als auch die U GmbH als deren Empfängerin trotz fehlender vertraglicher Beziehungen zur Beklagten ihre Schadensersatzansprüche hinsichtlich der auf dem Transportweg verlustig gegangenen Toner auf die Klägerin übertragen.

Die Forderungsinhaberschaft der genannten Unternehmen im Zeitpunkt der Abtretungen ist auch nicht durch eine angeblich zeitlich frühere Schadensregulierung seitens der Klägerin und einen damit verbundenen Forderungsübergang gemäß § 86 I VVG entfallen. Die Klägerin hat nicht schlüssig dargetan, dass sie den streitgegenständlichen Schaden in Höhe von 28.039,- € reguliert hat. Ihrem pauschalen Vorbringen, die Auszahlung sei wie üblich über den vermittelnden Makler, die N GmbH, erfolgt, die ihr gegenüber eine korrespondierende Abrechnung mit monatlichen Borderos vorgenommen habe, ist nicht zu entnehmen, wann und an wen die Klägerin die Schadenssumme ausgezahlt haben will. In der E-Mail ihres Mitarbeiters Herrn C2 vom 04.09.2013 an die N GmbH (Anl. K 13 Anlagenheft) wurde nur mitgeteilt, dass der Schaden von der Klägerin gemäß beigefügtem Schreiben zur Auszahlung freigegeben werde. Damit sind Zahlungen der Klägerin aber nicht belegt. 39

Dahinstehen kann demnach aus Sicht des Senats, ob mit Übersendung der allfälligen Schadensunterlagen durch die Versicherungsnehmerin an ihren Makler und deren Weiterleitung durch diesen an die Klägerin die Schadensersatzansprüche konkludent an diese abgetreten worden sind. 40

b) Zu Recht hat das Landgericht eine unbeschränkte Haftung der Beklagten gemäß Art 17 I, Art 29 CMR bejaht. 41

aa) Auch der Senat geht davon aus, dass die Streithelferin als Subunternehmerin der Beklagten die streitgegenständlichen Toner vollständig und unversehrt gemäß Art 17 I CMR 42

übernommen hat. Dies folgt aus den Frachtbriefen (Anl. K 3 und K 4 Anlagenheft) und der davon gemäß Art 9 II CMR ausgehenden Beweiswirkung. Danach waren das Gut und seine Verpackung am 27.02.2013 bei Übergabe von der U S.A. an die Streithelferin in äußerlich gutem Zustand und die Anzahl der übergebenen Frachtstück (66 Paletten) sowie ihre Zeichen und Nummern stimmten mit den Angaben in den Frachtbriefen überein. Art 9 CMR erhebt den ordnungsgemäß unterzeichneten Frachtbrief (Art 4 ff CMR) unter den im Frachtbrief als Absender, Empfänger und Frachtführer ausgewiesenen Personen zur widerleglichen Beweisurkunde, die zur vollen Umkehrung der Beweislast führt (Koller a.a.O. Art 9 CMR Rn. 1 m.w.N.; BGH, Urt. v. 16.10.1986 VersR 1987, 304; BGH Urt. v. 08.06.1988 VersR 1988, 952). Wurde der Frachtbrief nicht ordnungsgemäß und wirksam unterzeichnet (Art 5 CMR), so greift die Vermutung des Art 9 CMR nicht ein (Koller a.a.O. Art 9 CMR Rn. 1). Die Einwendungen der Beklagten gegen die zum Teil unrichtigen Eintragungen im Frachtbrief stehen dem nicht entgegen.

Die unterschiedlichen Angaben zur Person des Absenders in Spalte 1 und 22 des Frachtbriefs haben auf die Beweiswirkung gemäß Art 9 II CMR keinen Einfluss, weil die U S.A. als Absenderin der Waren die Beklagte beauftragt und auch den Frachtbrief in Spalte 22 unterzeichnet hat, verbunden mit der zusätzlichen Aufbringung ihres Firmenstempels (Anlage K 4). Die differierenden Angaben zum Absender in Spalte 1 und 22 lassen die Beweiswirkung des Frachtbriefs nur insoweit entfallen, als es um die hier nicht in Frage stehende Aktiv- oder Passivlegitimation einer anderen als der im Frachtbrief genannten Person geht. Die gemäß Art 6 I b CMR geforderte Angabe von Name und Anschrift des Absenders ist für die Ermittlung der Identität und den Beweis der Aktiv- und Passivlegitimation des Absenders von Bedeutung (Art 9 I CMR; Koller a.a.O. Art 6 CMR Rn. 3; MK/Jesser-Huß, HGB Band 7 2. Aufl. 2009 Art 6 CMR Rn. 7). Es drohen gem. Art 9 I CMR Beweismachteile, wenn es um die Aktiv- oder Passivlegitimation eines anderen Absenders als der im Frachtbrief genannten Person geht (MK/Jesser-Huß, a.a.O. Art 6 CMR Rn. 7). Zu weit ginge es aber, wenn man die Vermutungswirkung des Art 9 CMR ganz entfallen ließe (Koller a.a.O. Art 6 CMR Rn. 6 m.w.N. in Fußnote 16).

43

Der von der Beklagten erstmals in der Berufungsbegründung erhobene Einwand der fehlenden Angaben zu den mit der Beförderung verbundenen Kosten, die nach der Rechnung der Beklagten die U S.A. zu tragen hatte (K 2 Anl-heft) und die nach Art 6 II b CMR im Frachtbrief einzutragen sind, lässt die Beweiswirkung des Frachtbriefs gemäß Art 9 II CMR ebenfalls nicht entfallen. Hat der Absender vertraglich gegenüber dem Empfänger die Transportkosten übernommen, muss er gegenüber dem Beförderer dafür sorgen, dass dieser den Empfänger nicht bei Ablieferung zur Zahlung dieser Kosten heranzieht. Dazu dient der Kostenvermerk gemäß Art 6 II b CMR. Er belegt, dass sich der Beförderer in Höhe der eingetragenen Summe nur an den Absender halten wird und auf eine Inanspruchnahme des Empfängers gemäß Art 13 II CMR verzichtet (MK/Jesser-Huß a.a.O. Art 6 CMR Rn. 32). Fehlt die Eintragung gemäß Art 6 II b CMR, hat der Empfänger nach Art 13 II CMR die gesamten gemäß Art 6 I i CMR vermerkten Kosten zu bezahlen, ungeachtet eines vertraglich begründete Rückgriffs gegen den Absender. Insofern kommt dieser Eintragung nach Art 6 II b CMR gegenüber dem Empfänger konstitutive Wirkung zu, während sie im Verhältnis zwischen Frachtführer und Absender – hier Beklagte und U S.A. – nur deklaratorische Wirkung hat (Koller a.a.O. Art 6 CMR Rn. 32; MK/Jesser-Huß a.a.O. Art 6 CMR Rn. 32).

44

Ohne Einfluss auf die Beweiswirkung gemäß Art 9 II CMR ist schließlich auch der erstmalige Hinweis der Beklagten in der Berufung auf das Fehlen ihrer eigenen Unterschrift auf dem Frachtbrief. Ausgehend davon, dass die vorhandene Unterschrift in Spalte 23 des Frachtbriefs von dem eingesetzten Fahrer stammt, der die Ware zum Transport

45

aufgenommen hat, ist mangels entgegenstehenden substantiierten Vortrags der Beklagten oder sonstiger Anhaltspunkte anzunehmen, dass dieser den Frachtbrief in Vertretung für die Streithelferin bzw. die Beklagte unterzeichnet hat und hierzu auch berechtigt war. Vertretung bei der Unterzeichnung des Frachtbriefs ist zulässig, d.h. jede Partei kann sich bei der Unterschrift vertreten lassen (Koller a.a.O. Art 5 CMR Rn.3; MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 5 CMR Rn. 7). Dass der vom Frachtführer eingesetzte Fahrer zur Unterzeichnung des Frachtbriefs in dessen Namen bevollmächtigt ist, entspricht der Üblichkeit (Koller a.a.O. Art 5 CMR Rn. 3 u. § 407 HGB Rn. 38).

Die Beklagte kann sich zur Entkräftung der Beweiskraft der Frachtbriefe nach Art 9 II CMR 46 auch nicht darauf berufen, der Fahrer der Streithelferin habe keine Möglichkeit zur Überprüfung der Toner bei ihrer Verladung in den LKW gehabt, weil der Fahrer weder während dessen noch danach bei der Unterzeichnung des Frachtbriefs deswegen Vorbehalte gemacht hat. Beim Fehlen begründeter Vorbehalte gilt nach h.M. die Vermutung des Art 9 II CMR auch hinsichtlich der Anzahl der übernommenen Frachtstücke, selbst wenn der Frachtführer nachweist, dass er aus objektiven Gründen weder die Anzahl noch Zeichen, Nummern, Verpackung und äußeren Zustand von Gut und Verpackung überprüfen konnte. Verhindern Umstände eine Überprüfung, muss dies in einem begründeten Vorbehalt festgehalten werden. Die Beweiskraft der in diesem Fall wider besseres Wissen erteilten Quittung - denn das ist der Frachtbrief hinsichtlich der Anzahl der Frachtstücke - folgt aus dem allgemeinen Schuldrecht und ist Konsequenz aus Art 8 II CMR, der formalisierte Vorbehalte vorschreibt. Dies kann auch nicht über § 242 BGB korrigiert werden, da das Einheitsrecht des Übereinkommens vorgeht (Koller a.a.O. Art 9 CMR Rn. 3; Thume/Teutsch a.a.O. Art 9 CMR Rn. 12; MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 9 CMR Rn. 9). Es ist unerheblich, ob der Frachtführer, der keine Vorbehalte macht oder sie nicht ausreichend begründet, die Frachtbriefangaben im Hinblick auf Zahl, Zeichen, Nummern, äußeren Zustand, Verpackung nachweislich nicht überprüfen konnte (Koller a.a.O. Art 9 CMR Rn. 3). Infolge dessen brauchte sich das Landgericht mit dem Vortrag der Beklagten zur angeblich nicht bestehenden Kontrollmöglichkeiten des Fahrers bei der Verladung der Ware in E nicht auseinanderzusetzen.

Eine andere rechtliche Bewertung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Anbringung eines 47 Vorbehalts bzw. sog. Unbekannt-Vermerks dem Fahrer angeblich unmöglich gewesen oder verwehrt worden sein soll. Das Landgericht hat den Vortrag der Beklagten zur Verwehrrung der Anbringung eines Vorbehalts zu Recht als Spekulation und damit unerheblich angesehen, so dass auch insoweit keine Gehörsverletzung vorliegt. Das Vorbringen der Beklagten „sie gehe davon aus, dem Fahrer sei die Anbringung eines sog. Unbekannt-Vermerks auf dem Frachtbrief verwehrt worden, weil Verlader wie U es nicht zuließen – wie ihrem Prozessbevollmächtigten aus anderen Fällen bekannt sei -, dass Fahrer nicht vorbehaltlos quittieren, und der Fahrer, der eine vorbehaltlose Quittung verweigere, weder die Frachtpapiere noch eine Freigabe für Transport erhalte“ (Bl. 81 d.A.) beinhaltet keine auf den konkreten Fall bezogene, sondern eine allgemeine Behauptung, wobei nicht ersichtlich ist, woher diese Erkenntnisse stammen.

Die Beklagte kann sich schließlich auch nicht damit entlasten, dass sie als sog. Sofa- 48 Spediteur Einzelheiten zu bestimmten Umständen nicht vortragen könne. Da der Fahrer für die von ihr beauftragte Streithelferin tätig war, hätte die Beklagte bei dieser Information über den Ablauf des Verladevorgangs einholen und nachfragen können, ob der Fahrer mangels Kontrollmöglichkeit einen Vorbehalt auf dem Frachtbrief machen wollte, man ihm dies aber verwehrt hat. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass bei Unmöglichkeit der Aufbringung eines Vorbehalts oder sog. Unbekannt-Vermerks auf dem Frachtbrief auch die

Unterschrift nicht möglich sein dürfte. An einer Unterschrift ins Blaue auf dem Frachtbrief, wie sie nach dem Vorbringen der Beklagten hier erfolgt sein muss, muss sich der Frachtführer aber festhalten lassen (vgl. Koller a.a.O. Art 9 CMR Fußnote 22).

Kommt demnach beiden Frachtbriefen die Beweiswirkung gemäß Art 9 II CMR zu, steht nachweislich, aber widerlegbar fest, dass die U.S.A. am 27.02.2013 66 Paletten in den LKW der Streithelferin zur Beförderung nach C verladen und damit der Beklagten übergeben hat. Art 9 II CMR ist auf Art 8 CMR bezogen. Hat der Frachtführer – wie hier – keine ordnungsgemäßen Vorbehalte (Art 8 II CMR) gemacht, entsteht im Rahmen der allgemeinen Überprüfungsobliegenheiten die widerlegliche Vermutung gem. Art 9 II CMR, dass der Frachtführer das Gut und seine Verpackung äußerlich unbeschädigt in der angegebenen Anzahl übernommen hatte (Koller a.a.O. Art 9 CMR Rn. 3). Die Beweisvermutung gilt zwar nur für die Anzahl der Frachtstücke, nicht für deren Inhalt und ihre Menge, soweit sie nicht in Stückzahlen ausgedrückt ist (MK/Jesse-Huß a.a.o. Art 9 CMR Rn. 10 und Art 8 CMR Rn. 26). Dass sich auf den im Frachtbrief angegebenen 66 verladenen Paletten die klägerseits angegebenen Toner befunden haben, hat die Beklagte in erster Instanz nicht substantiiert bestritten (vgl. Bl. 15/17 d.A.). Ebenso wenig hat die Beklagte mit ihrer Berufung die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil angegriffen, dass aufgrund der vollständigen Übernahme der 66 Paletten durch die Subunternehmerin der Beklagten anhand des Abschreibungsvermerks auf dem Frachtbrief Anl. K 4 im Zusammenhang mit den Anlagen K 1, K 5 und K 6 der entstandene Schaden eindeutig ermittelt werden könne. Auch aus Sicht des Senats hat die Klägerin den Nachweis, dass sich auf den 66 verladenen Paletten die behaupteten und im Verlauf der Beförderung zum Teil abhanden gekommenen Waren befunden haben, durch Vorlage der CMR-Frachtbriefen (Anl. K 3 u. K 4 Anlagenheft), der Rechnung (Anl. K 1 Anlagenheft), des Lieferscheins (Anl. K 5 Anlagenheft) und der Packliste (Anl. K 6 Anlagenheft) geführt. Anhand dieser Unterlagen lassen sich die im Lieferschein (Anl. K 5) aufgeführten, verschiedenen Tonerarten mit der Packliste abgleichen, worin sie den einzelnen Paletten zugeordnet worden sind. Daraus ergibt sich auch die Anzahl von 66 Paletten. Infolge dessen genügt das pauschale Bestreiten der Beklagten, dass sich die behaupteten Waren auf den verladenen 66 Paletten befunden haben, ohne die Erhebung substantiierter Einwendungen gegen den Inhalt der vorgelegten Unterlagen nicht. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH unterliegt die Würdigung der Umstände, die für Umfang und Wert einer verlorengegangenen Sendung sprechen, der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO. Der Tatrichter hat sich die Überzeugung von der Richtigkeit des behaupteten Umfangs der Sendung anhand der gesamten Umstände des Einzelfalles, insbesondere aufgrund von Lieferscheinen sowie damit korrespondierenden Rechnungen zu bilden. Dafür ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass sowohl Lieferscheine als auch korrespondierende Rechnungen zum Nachweis des Sendungsumfangs vorgelegt werden. Der Tatrichter kann sich die Überzeugung von der Richtigkeit des behaupteten Inhalts der Sendung auch dann bilden, wenn nur eines der beiden Dokumente vorgelegt wird und der beklagte Frachtführer dagegen keine substantiierten Einwände erhebt (BGH, Urt. v. 13.09.2012 – I ZR 14/11 – NJW-RR 2013, 813 ff. in juris Rn. 16 m.w.N.).

Soweit nachweislich von den am 27.02.2013 vollzählig von der Streithelferin übernommenen 66 Paletten mit den darauf befindlichen Tonern bei Ablieferung in C nur noch 52 Paletten abgegeben werden konnten, wie sich aus dem Vermerk auf dem Frachtbrief (Anl. K 4) ergibt, und auf der Beförderungsfahrt zwischen E bis C ein Diebstahl an dem LKW stattgefunden hat, ist davon auszugehen, dass der Verlust zwischen dem Zeitpunkt der Übernahme des Guts durch die Streithelferin und seiner Ablieferung und damit im Obhutsbereich der Beklagten bzw. ihrer Subunternehmerin eingetreten ist. In Verlust geraten i.S.d. Art 17 CMR ist das Gut, wenn es vom Frachtführer übernommen, aber nicht abgeliefert worden ist

(MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 17 CMR Rn. 8). Die Ursache der Nichtablieferung spielt keine Rolle (MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 17 CMR Rn. 9). Von Teilverlust ist die Rede, wenn der Beförderer die übernommenen Güter – wie hier – teilweise nicht abliefern, d.h. wenn die abgelieferten Güter nach Zahl oder Menge, Gewicht oder Volumen hinter dem zurückbleiben, was der Beförderer zum Transport übernommen hat (MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 17 CMR Rn. 10). Haftungsgrund ist nicht ein bestimmtes Verhalten des Frachtführers, sondern die Verknüpfung des Schadens mit dem Obhutszeitraum. Der Kläger muss darlegen und beweisen, dass das Gut in der Obhut des Frachtführers Schaden erlitten hat und dass dieser Schaden vor der Ablieferung eingetreten ist. Nicht zu beweisen ist die Kausalität von Handlungen des Frachtführers für den Schaden, ebenso wenig dessen Verschulden (MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 17 CMR Rn. 14).

Nicht zu beanstanden sind die nicht ergänzungsbedürftigen Ausführungen des Landgerichts, dass kein vermeidbarer Diebstahl i.S.d. Art 17 II CMR vorgelegen hat. Hierauf nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich Bezug. 51

Zu Recht hat das Landgericht auch eine unbeschränkte Haftung der Beklagten gemäß Art 29 CMR wegen eines vorsatzgleichen Verhaltens des von der Streithelferin eingesetzten Fahrers angenommen, weil die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast zum Ablauf des Transports sowie zum Hergang des Diebstahls nicht hinreichend nachgekommen sei und hierzu konkreter Vortrag fehlte. 52

Vollen Schadensersatz – über die Beschränkung des Art 23 CMR hinaus – schuldet der Frachtführer nur unter den Voraussetzungen des Art 29 CMR. Danach kann sich der Frachtführer nicht auf Haftungsbeschränkungen berufen, wenn er den Schaden vorsätzlich oder durch ein dem Vorsatz gleichstehendes Verschulden verursacht hat bzw. wenn seinen Bediensteten oder Verrichtungsgehilfen ein solches qualifiziertes Verschulden zur Last fällt (Art 29 II S. 1 CMR). Erforderlich ist entweder Vorsatz oder Leichtfertigkeit, zu der das Bewusstsein hinzukommen muss, dass ein Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten wird (BGH, Urt. v. 06.06.2007 – I ZR 121/04- TranspR 2007, 423 ff. in juris Rn. 15 m.w.N.). Leichtfertigkeit erfordert einen besonders schweren Pflichtenverstoß, bei dem sich der Frachtführer oder seine „Leute“ in krasser Weise über die Sicherheitsinteressen der Vertragspartner hinwegsetzen. Das subjektive Erfordernis des Bewusstseins von der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist eine sich dem Handelnden aus seinem leichtfertigen Verhalten aufdrängende Erkenntnis, es werde wahrscheinlich ein Schaden entstehen. Dabei reicht die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Leichtfertigkeit für sich allein nicht aus, um auf das Bewusstsein der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts schließen zu können. Eine solche Erkenntnis als innere Tatsache ist erst dann anzunehmen, wenn das leichtfertige Verhalten nach seinem Inhalt und nach den Umständen, unter denen es aufgetreten ist, diese Folgerung rechtfertigt (BGH, Urt. v. 06.06.2007 – I ZR 121/04 -, TranspR 2007, 423 ff. in juris Rn. 17). Grundsätzlich trägt der Geschädigte uneingeschränkt die Darlegungs- u. Beweislast für vorsätzliches bzw. vorsatzgleiches Fehlverhalten (Koller a.a.O. Art 29 CMR Rn 7). Ist der zum Schaden führende Geschehensablauf aber – wie hier - dem Einblick des Anspruchstellers entzogen, trifft den Frachtführer nach h.M. eine prozessuale Aufklärungspflicht, die sich nach der jeweiligen lex fori richtet (BGH TranspR 2003, 467/469; BGH TranspR 2004, 175/176; MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 29 CMR Rn. 41). Nach dem hier anwendbaren deutschen Prozessrecht muss der Frachtführer, soweit ihm dies möglich ist, substantiiert die Umstände darlegen, die nach seiner Kenntnis zum Schaden geführt haben. Vor allem muss er den Organisationsablauf in seinem Betrieb bzw. auch jenen seiner Subunternehmer offenlegen sowie unter Angabe von Namen und Anschrift der beteiligten Personen eingehend bzw. lückenlos unter Nennung von Zeit, Ort und Mitarbeitern 53

vortragen, welche Sicherungs- und Kontrollmaßnahmen er bzw. seine Hilfspersonen gegen Verlust und Beschädigung ergriffen haben. Kommt der Frachtführer dem nicht nach, spricht nach der Rechtsprechung eine widerlegliche Vermutung für sein qualifiziertes Verschulden, wenn er sich nicht ausreichend bemüht, Informationen, die seinen Gehilfen und Unterfrachtführern zur Verfügung standen, zeitnah zu besorgen und weiterzuleiten. Keine Darlegungspflicht besteht bezüglich der Umstände, die der Anspruchssteller selbst ermitteln kann, wie z.B. die besondere Diebstahlgefahr in einem bestimmten Gebiet, das Vorhandensein von bewachten Parkplätzen sowie die Möglichkeit des Frachtführers, sich darüber Kenntnis zu verschaffen (MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 29 CMR Rn. 41). Bei danach objektiv feststehendem qualifizierten Verschulden des Frachtführers kann das subjektive Tatbestandsmerkmal des Bewusstseins der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts als innere Tatsache im Allgemeinen aus dem äußeren Geschehensablauf erschlossen werden. Dies ist dann gerechtfertigt, wenn das leichtfertige Verhalten nach seinem Inhalt und nach den Umständen, unter denen es aufgetreten ist, diesen Schluss nahe legt. Vermutet wird außerdem ein adäquat kausaler Zusammenhang, und es ist Sache des Frachtführers den Gegenbeweis zu führen (MK/Jesse-Huß a.a.O. Art 29 CMR Rn. 42). Unzureichend ist die bloße, nicht näher konkretisierte Behauptung eines Diebstahls trotz sehr knapp beschriebener Sicherung (Koller a.a.O. § 435 Rn. 21 c S. 424; BGH Urt. v. 18.12.2008 TranspR 2009, 134/136; OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.06.2007 – 18 U 195/06 – in Juris Rn. 11).

Danach genügt die pauschale Behauptung der Beklagten, an der Heckklappe des LKW sei „manipuliert“ worden, nicht. Aufgrund fehlender Angaben der Beklagten sowohl zum Erscheinungsbild dieser „Manipulation“ als auch zu Art und Umfang der an dem LKW selbst vorgenommenen Sicherungen ist nicht feststellbar, ob die Streithelferin bzw. ihr Fahrer ausreichende Sicherheitsvorkehrungen getroffen haben. Der Einwand der Beklagten, ein Sicherheitsschloss hätte den Diebstahl nicht vermeiden können, weil die Täter die Plane des LKW hätten aufschneiden können, überzeugt nicht. Ein Sicherheitsschloss kann einen Diebstahl zumindest erschweren, weil die Täter dann gezwungen sind, die Plane aufzuschneiden und dies wiederum mit einem größeren Aufwand sowie Geräuschen verbunden gewesen wäre. Auf mangelnde Erkenntnisse zu den Sicherheitsmaßnahmen des Fahrers und dem Schadensbild am LKW kann sich die Beklagte zu ihrer Entlastung nicht berufen, weil sie hierüber Informationen bei der Streithelferin hätte einholen können und müssen.

54

Ferner fehlte erstinstanzlich jeglicher Vortrag der Beklagten zum Ablauf des Transports auf der Strecke von E/Frankreich bis C/Deutschland von knapp 500 km sowie zum Grund der langen Fahrzeit am 27.02.2013 von angeblich 10.00 Uhr bis zur Erreichung des Parkplatzes kurz vor O2 um 19.40 Uhr, obwohl die Klägerin hierzu vorgetragen hatte, dass die Transportstrecke in einer Fahrtzeit von 4 Stunden und 41 Minuten hätte bewältigt werden können und der Fahrer der Streitverkündeten die am 27.02.2013 um 10.00 Uhr in E aufgenommenen Güter am gleichen Tag unter Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Lenkzeiten leicht bei der Empfängerin hätte abliefern können, ohne dass eine Übernachtung auf ungesichertem Parkplatz nötig gewesen wäre (vgl. Bl. 49 d.A.). Diesem Vorbringen ist die Beklagte in 1. Instanz nicht substantiiert entgegen getreten. Sie hat sich auf die pauschale Angabe beschränkt, der Fahrer habe sich nach der Beladung des LKW auf direktem Weg von Frankreich nach Belgien begeben, habe den Parkplatz T ca. 12 km vor O2 gegen ca. 19.40 Uhr erreicht und der Stopp sei wegen Erreichung der zulässigen Lenkzeit erforderlich gewesen (Bl. 19 d.A.), ohne auf den nachfolgenden und unbestrittenen Vortrag der Klägerin über die in einem Tag unter Einhaltung der zulässigen Lenkzeit zu bewältigenden Strecke von knapp 500 km (Bl. 49 d.A.) einzugehen. Angesichts des Fehlens jeglichen Vortrags der Beklagten zu den getroffenen Sicherheitsvorkehrungen sowie zum Ablauf des Transports

55

einschließlich der langen Dauer bestand insoweit keine Hinweispflicht des Landgerichts. Infolge dessen ist die Beklagte mit ihrem neuen, klägerseits bestrittenen Vorbringen in der Berufungsbegründung zu den Gründen der langen Fahrtdauer gem. § 531 II Nr. 3 ZPO präkludiert.

Ebenfalls nicht mehr zu berücksichtigen ist gemäß § 531 II Nr. 3 ZPO das neue, zum einen im Widerspruch zum Beklagtenvortrag stehende und klägerseits auch bestrittene Vorbringen der Streithelferin, „ihr Fahrer habe am 27.02.2013 die Papiere erst mehrere Stunden nach der Verladung der Ware erhalten und habe deswegen erst mehrere Stunden nach der Verladung – nach den Angaben in den Frachtbriefen erst gegen 14.49 Uhr - in E losfahren können“, auch wenn der Streithelferin die Streitverkündungsschrift in erster Instanz erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vom 30.04.2014 (vgl. Bl. 119 d.A.) am 05.05.2014 (vgl. Bl. 137 d.A.) zugestellt worden ist. Auf Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die die Hauptpartei – hier die Beklagte – versäumt hat, können weder der unselbständige noch der streitgenössische Nebenintervenient zurückkommen; eingetretene Verspätungs- und Präklusionsvorschriften (z.B. §§ 529, 531 ZPO) muss er hinnehmen (Zöller/Vollkommer, ZPO 30. Aufl. 2014, § 67 Rn. 8). Diese Regelungen gelten gem. § 74 I ZPO auch für den Streitverkündeten (Zöller/Vollkommer a.a.O. § 74 Rn. 4).

Die zugunsten der Klägerin eingreifende Vermutungswirkung hinsichtlich eines qualifizierten Verschuldens der Beklagten in objektiver und subjektiver Hinsicht hat die Beklagte auch nicht widerlegen können. Welche Sicherheitsvorkehrungen der Transportunternehmer zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung, das ihm anvertraute Transportgut während der Beförderung vor Diebstahl oder Raub zu bewahren, ergreifen muss, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Es kommt entscheidend darauf an, ob die getroffenen Maßnahmen den für den durchzuführenden Transport erforderlichen Sorgfaltsanforderungen genügen. Je größer die mit der Güterbeförderung verbundenen Risiken sind, desto höhere Anforderungen sind an die zu treffenden Sicherheitsmaßnahmen zu stellen. Von erheblicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob das transportierte Gut leicht verwertbar und damit besonders diebstahlgefährdet ist, welchen Wert es hat, ob dem Frachtführer die besondere Gefahrenlage bekannt sein musste und welche konkreten Möglichkeiten einer gesicherten Fahrtunterbrechung es gab, um vorgeschriebene Ruhezeiten einzuhalten (BGH, Urt. v. 01.07.2010 – I ZR 176/08 – TranspR 2011, 78 ff. in juris Rn. 21; BGH, Urt v. 06.06.2007 – I ZR 121/04 - TranspR 2007, 423 in juris Rn. 19).

Entscheidend ist, dass die Beklagte nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin in erster Instanz (vgl. Bl. 48/49 d.A.) aus eigener Anschauung, diversen Parallelschäden in der Vergangenheit und den bei Vertragsanbahnung geführten Gesprächen positiv wusste, dass ihr nur leicht absetzbare und höchst diebstahlgefährdete hochwertige Toner sowie anderes Computerzubehör mit einem Wert regelmäßig in Höhe des Vielfachen der Regelhaftung gem. Art 23 CMR übergeben werden. Daneben hatte die Klägerin in erster Instanz ebenfalls unbestritten vorgetragen (Bl. 50 d.A.) und mit einem Internetausdruck belegt (Anl. K 17 Anl-heft), dass Belgien sog. hot spot für Sendungsdiebstähle sei, was der Beklagten und dem Fahrer bekannt gewesen sei bzw. hätte bekannt sein müssen, ohne dass die Beklagte dem im nachfolgenden Schriftsatz entgegen getreten ist. Der Einsatz eines Planenfahrzeugs ohne besondere Sicherheitsvorkehrungen für den Transport der Toner trotz dieser Kenntnisse der Beklagten stellt sich daher als leichtfertig dar. Aufgrund der vorhandenen Gefährdung der Waren wäre entweder der Einsatz eines sichereren Fahrzeugs bzw. zumindest eine Sicherung des eingesetzten Planenfahrzeugs durch ein Schloss oder der Einsatz von zwei Fahrern zur Vermeidung einer Übernachtung auf nicht überwachten Parkplätzen angezeigt gewesen, wobei es insoweit keiner ausdrücklichen Weisung von Seiten der Versenderin

bedurfte.

Die Beklagte hat auch nicht dargetan, dass das Abstellen des LKW auf dem unbewachten Parkplatz und die Übernachtung des Fahrers der Streithelferin dort am 27.02.2013 unvermeidbar waren. Soweit der Fahrer der Streithelferin nach dem Vorbringen der Beklagten direkt nach Beladung des LKW am Vormittag des 27.02.2013 losgefahren sein soll, hätte er auch unter Berücksichtigung der einzuhaltenden Lenkzeiten zumindest einen bewachten Parkplatz in Deutschland erreichen müssen bzw. die Anfahrt eines unbewachten Parkplatzes in Belgien vermeiden können, zumal eine Ablieferung der Toner erst für den 28.02.2013 vorgesehen war. Dies wird bestätigt durch das Vorbringen der Streithelferin, dass ihr Fahrer unter Berücksichtigung der Zeitangaben nach einem Routenplaner die Fahrtstrecke von E bis zum Zielort C selbst bei Einhaltung der Lenk- und Ruhezeiten am 27.02.2013 bei Übernahme der Waren gegen 10.15 Uhr und sofortiger Abfahrt den Transport in einem Tag ohne Übernachtung in Belgien hätte durchführen können und zu einer Übernachtung auf einem unbewachten Parkplatz in Belgien nicht gezwungen gewesen wäre. Soweit die Streithelferin abweichend davon erstmals in der Berufung und klägerseits bestritten behauptet hat, ihr Fahrer habe jedoch tatsächlich die Fahrt erst um 14.49 Uhr angetreten, ist sie damit gemäß § 531 II Nr. 3 ZPO präkludiert. Im Übrigen könnte die späte Abfahrt die Beklagte aber selbst bei Berücksichtigung dieses Vorbringens der Streitverkündeten nicht entlasten, weil daraus nicht ersichtlich ist, worauf diese angebliche späte Abfahrt zurückzuführen ist. Selbst wenn die Aushändigung der Papiere erst später erfolgt sein sollte, hätte der Fahrer der Streithelferin sich um die zeitnahe Aushändigung der Papiere kümmern müssen, um die Fahrt nach C noch am gleichen Tag durchführen zu können und eine Übernachtung auf einem unbewachten Parkplatz zu vermeiden.

59

Nach der Rechtsprechung ist im Fall der Kenntnis des Frachtführers von der Werthaltigkeit der übergebenen Waren ein qualifiziertes Verschulden anzunehmen, wenn der Fahrer – wie hier - eine vermeidbare Übernachtung durchführt, diese auf einem unbewachten Parkplatz erfolgt, zur Vermeidung bzw. zumindest zur Erschwerung von Diebstählen an dem LKW keine Sicherungsmaßnahmen, nicht einmal die Anbringung eines Schlosses an dem eingesetzten Planenfahrzeug, vorgenommen werden und bei Einsatz eines Planen-LKW's vom Frachtführer auch kein zweiter Fahrer eingesetzt wird, um aufgrund der erforderlichen Einhaltung der Ruhe- und Lenkzeiten auf diese Weise eine Übernachtung auf unbewachten Parkplätzen zu vermeiden. Dass der LKW auf einer beleuchteten Tankraststätte abgestellt worden ist und der Fahrer im Führerhaus übernachtet hat, kann die Beklagte nicht entlasten, wie der Diebstahl zeigt, zumal weder vorgetragen noch ersichtlich ist, dass der Fahrer nachts seinen Schlaf zur Durchführung von Kontrollen rund um den LKW unterbrochen hat. Die im Bereich der Tanksäulen befindliche Videoüberwachung konnte dem auf dem Parkplatz abgestellten LKW keinen hinreichenden Schutz bieten, ebenso wenig die dort aufgestellten Flutlichtmasten. Aus den genannten Umständen ergibt sich auch auf der subjektiven Seite das Bewusstsein der Beklagten von der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts.

60

Aufgrund ihrer unbeschränkten Haftung gemäß Art 29 CMR hat die Beklagte ihrer Vertragspartnerin zum Ausgleich des Verlusts der entwendeten Toner gemäß §§ 249 ff. BGB die Kosten für deren Wiederbeschaffung, die sich aus der vorgelegten Auflistung (Anlage K 8) ergeben, zu ersetzen. Nach der Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte sowie der h.M. in der Literatur bestimmt sich der Umfang des zu ersetzenden Schadens im Fall des Art 29 CMR nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht (BGH, Urt. v. 03.03.2005 – I ZR 134/02 – TranspR 2005, 253 f. in juris Rn.10; BGH, Urt. v. 15.10.1998 – I ZR 111/96 – TranspR 1999, 102/105 in juris Rn. 38). Kommt – wie hier – deutsches Recht zur Anwendung, sind in erster Linie die frachtrechtlichen Regelungen in § 429 II und III HGB

61

einschlägig. Soweit diese aber – wie hier – aufgrund vorliegenden qualifizierten Verschuldens gemäß § 435 HGB nicht anwendbar sind, beurteilt sich der Umfang der Haftung des Rechtsführers nach den allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen (BGH, Urt. v. 03.05.2005 – I ZE 134/02 – TranspR 2005, 253 f. in juris Rn. 10). Im Falle des Verlustes einer Sache sind grundsätzlich die Kosten der Wiederbeschaffung einer gleichartigen oder wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzsache, d.h. der sog. Wiederbeschaffungsaufwand zu ersetzen (Palandt/Grüneberg, BGB 73. Aufl. 2014, § 249 Rn. 15). Dieser richtet sich nach den Kosten der Wiederbeschaffung einer gleichwertigen Sache. Bei neuwertigen Sachen ist dies der Neupreis (Palandt/Grüneberg a.a.O. § 249 Rn. 16, BGH NJW 1984, 2282; BGH NJW 1992 302).

Die Klägerin verlangt mit dem geltend gemachten Betrag von 28.039,- € den Preis, den sie für die in der Auflistung Anlage K 8 aufgeführten abhanden gekommenen Toner im Falle der erneuten Anschaffung hätte bezahlen müssen. Die Preise für die einzelnen Toner ergeben sich aus der als Anlage K 1 (Anlagenheft) vorgelegten Rechnung. Der Wiederbeschaffungsaufwand von 28.039,- € setzt sich aus folgenden Einzelpositionen (vgl. Anl. K 11) zusammen:

6AJ00000025	196 Stück Verlust x 15,31 €	3.000,76 €	63
6AJ00000075	392 Stück Verlust x 22,55 €	8.839,60 €	64
6AJ00000046	166 Stück Verlust x 36,22 €	6.012,52 €	65
6AJ00000047	196 Stück Verlust x 19,41 €	3.804,36 €	66
6AJ00000023	196 Stück Verlust x 7,21 €	1.413,16 €	67
6AJ00000064	196 Stück Verlust x 25,35 €	4.968,60 €	68

Der Senat geht davon aus, dass es sich bei dem in der vorgelegten Rechnung der U Corporation (Anlage K 1) für die Toner berechneten Preis von 28.039,- €, den die U GmbH an diese für den Erwerb der gestohlenen Waren zu zahlen hatte, um den zu erstattenden Wiederbeschaffungswert für gleichwertige Toner handelt. Soweit die Beklagte die Schadenshöhe und den Warenwert pauschal bestreitet (Bl. 24 d.A.), ohne sich konkret mit den Beträgen in der vorgelegten Rechnung (Anlage K 1) auseinanderzusetzen und ohne substantiiert zu bestreiten, dass es sich dabei um die Wiederbeschaffungskosten handelt, ist dies unsubstantiiert und unerheblich. Die Beklagte behauptet insbesondere nicht, dass die Klägerin die entwendeten Toner anderweitig kostengünstiger hätte erwerben können

Die Kostenscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 I ZPO. 70

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 71

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. 72

Streitwert für das Berufungsverfahren: 28.039,- € 73

