

Straße

Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 17 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 Satz 2, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 und 2 CMR; §§ 387, 389, 428 BGB

1. Das (Mit-) Verschulden eines Gesamtläubigers, der nicht Erfüllungsgehilfe des anderen Gesamtläubigers ist, hat gem. §§ 429 Abs. 3, 425 Abs. 2 BGB Einzelwirkung.

2. Eine Zurechnungsnorm (wie beim Frachtführer § 428 HGB) existiert für das Verhältnis zwischen Absender und Empfänger nicht.

3. Menge und Qualität der zum Transport gegebenen Ware hat der Anspruchsteller voll gem. § 286 ZPO zu beweisen. Erst im Hinblick auf die Ermittlung der Schadenhöhe von konkret nach ihren wertbildenden Faktoren ermittelter Ware greifen die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO ein, so dass insoweit eine Schätzung erfolgen könnte.

4. Zu den Anforderungen an die Beweisführung bzgl. Menge und Qualität der zum Transport gegebenen Ware.

5. Im Anwendungsbereich der CMR besteht, soweit nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 CMR für die in Art. 17 CMR bestimmten Ansprüche wegen Verlust, Beschädigung und Überschreitung der Lieferfrist neben dem Absender auch der Empfänger anspruchsberechtigt ist, in deren Verhältnis zum Frachtführer eine Gesamtläubigerschaft, wobei der Absender dabei Leistung wahlweise an sich selbst oder an den Empfänger verlangen kann. Der Schuldner einer Forderung, hinsichtlich der Gesamtläubigerschaft gem. § 428 BGB besteht, kann grundsätzlich auch mit einer Gegenforderung aufrechnen, die ihm nur gegenüber einem oder einzelnen der Gesamtläubiger zusteht. An der dabei erforderlichen Gleichartigkeit der Forderung der Gesamtläubiger und der ihr gegenüberstehenden Forderung des Schuldners gegen einen der Gesamtläubiger fehlt es allerdings, wenn der Gläubiger, gegen den sich die Gegenforderung des Schuldners richtet, Leistung entweder an sich selbst oder an einen Dritten verlangen kann und er das ihm insoweit zustehende Wahlrecht gem. § 263 Abs. 1 BGB noch nicht ausgeübt hat.

6. Besteht bei einer Forderung Gesamtläubigerschaft nach § 428 BGB, so kann der Schuldner mit einer Forderung aufrechnen, die ihm nur gegen einen der Gesamtläubiger zusteht.

[Leitsätze der Redaktion]

OLG Düsseldorf Urt. v. 30.03.2022 – I-18 U 139/16

(Vorinstanzen: BGH, Urt. v. 19.09.2019 – I ZR 64/18; OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.04.2018 – I-18 U 139/16; LG Düsseldorf, Urt. v. 03.11.2016 – 40 O 42/13)

A.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen der Beschädigung von Transportgut und wegen Mehrkosten für ersatzweise beschaffte Ware. Der Senat hat dazu in seinem Urteil vom 04.04.2018 unter I. die folgenden, weiterhin gültigen Feststellungen zum Sachverhalt getroffen:

»Die Klägerin kaufte im Januar des Jahres 2012 bei der Firma MSP 24.000 kg Mehl, die zusammen mit einer Partie Olivenöl und Oregano von der Beklagten per Lkw-Transport von Italien zur Geschäftsanschrift der Klägerin in Sankt Augustin transportiert werden sollten. Auf dem Frachtbrief ist als Frachtgut 24.000 kg ‚Farina‘ angegeben. Auftragsgeber der Beklagten ist der unter der Bezeichnung Handelsagentur P handelnde T. W. gewesen, gegen den die Klägerin in dem aus dem vorliegenden Rechtsstreit abgetrennten Verfahren vor dem LG Oldenburg – 16 O 1155/13 – vorgeht. Die Beklagte übernahm zwei 20 Fuß Container mit der Bezeichnung BU 109 und BU 129, von denen der letztgenannte in Italien beim Ladevorgang auf einen Waggon umstürzte. Die Ladung dieses Containers wurde vernichtet. Der andere Container wurde nach Deutschland zum Lager der Beklagten in Köln transportiert, der Klägerin jedoch nicht ausgeliefert, weil sich die Beklagte auf ein Pfandrecht wegen offenkundiger Forderungen gegenüber ihrem Vertragspartner, dem unter der Bezeichnung Handelsagentur P handelnden Herrn W., berief. Die Klägerin verlangt Schadensersatz für den Verlust des Transportgutes in Höhe von 11.196,- € für das Mehl, 6.352,50 € für das Olivenöl und 26.250,- € für das Oregano. Darüber hinaus verlangt sie die für eine Ersatzbeschaffung entstandenen weiteren Kosten von 1.080,- €.

Die Klägerin hat behauptet, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Olivenöl um solches von höchster Qualität, welches unverzüglich, unmittelbar vor Ort kaltgepresst und lang haltbar gewesen sei und bei dem streitgegenständlichen Oregano um handgepflücktes Wildoregano vom Fuße des Ätna gehandelt habe.

Zwischen den Parteien ist weiter streitig, ob die für die Beklagte tätige Unterfrachtführerin bei Übernahme der beiden Container Kenntnis davon hatte, dass sich darin außer Mehl auch noch Olivenöl und Oregano befanden.

Die Beklagte hat hilfsweise die Aufrechnung mit 4 Gegenforderungen von 9.394,50 €, 3.131,50 €, 703,80 € und 1.288,90 €, insgesamt 14.518,70 € zuzüglich Zinsen von 3.904,67 € und Tageszinsen von 2,60 € erklärt, die ihr gegenüber ihrem Auftraggeber, Herrn W., zuständen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass der der Klägerin grundsätzlich nach Art. 13 CMR i.V.m. § 421 Abs. 1 S. 2 HGB zustehende Anspruch auf Schadensersatz von 18.344,- € durch die von der Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung erloschen sei. Die Klägerin

sei Empfängerin des Frachtguts nach Art. 13 CMR, was sich hinsichtlich des streitgegenständlichen Mehls aus dem Frachtbrief und bezüglich des nicht in dem abgestürzten Container befindlichen weitertransportierten Oreganos und Olivenöls aus der unstrittigen Vereinbarung des Weitertransports ergebe. Hinsichtlich des im abgestürzten Container befindlichen Olivenöls sei die Klägerin als Empfängerin im Sinne von Art. 13 CMR anzusehen, weil die Beklagte ihr Vorbringen, ihr sei die Ware untergeschoben worden, in keiner Weise konkretisiert habe. Die Beklagte könne sich nicht auf Haftungsbegrenzungen berufen, da sie zu den Umständen des Absturzes nichts vorgetragen habe. Sie hafte auch für die mittlerweile verdorbene Ware. Ob ihr insoweit ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe, könne dahinstehen, weil sich dieses nur auf konnexe Forderungen erstreckt hätte und auch der Höhe nach nicht dazu berechtigt hätte, die gesamte Restladung zurückzubehalten. Darüber hinaus wäre die Beklagte zur Verwertung der verderblichen Ware am Markt verpflichtet gewesen. Als Ersatzanspruch in Bezug auf das Mehl sei der Rechnungspreis i.H.v. 11.196,- € anzusetzen. Da die Beklagte für das zerstörte Mehl in Höhe der Hälfte dieses Betrages Ersatzleistungen von der Versicherung erhalten habe, könne sie die in der Handelsrechnung aufgeführten Preise nicht bestreiten. Die Beweisaufnahme habe in Bezug auf das Olivenöl einen Wert von 2.376,- € und für das Oregano einen Wert von 1.692,- € ergeben. Darüber hinaus habe die Klägerin Anspruch auf Ersatz des Deckungskaufes i.H.v. 1.080,- €, so dass sich ein Gesamtanspruch der Klägerin i.H.v. 18.344,- € ergebe (rechnerisch richtig wohl: 16.344,- €). Hiergegen könne die Beklagte mit Gegenansprüchen gegen den Auftraggeber W/IP i.H.v. 18.423,37 € – was sie hilfsweise erklärt habe – aufrechnen. Die Klägerin sei den im einzelnen belegten Ansprüchen nicht hinreichend entgegengetreten. Die Klägerin und W/IP seien als Gesamtgläubiger als Auftraggeber des Transports anzusehen.

Hiergegen richtet sich die Berufung beider Parteien, die eine Verurteilung nach den erstinstanzlich gestellten Anträgen anstreben, wobei die Beklagte eine Klageabweisung, ohne dass es auf die von ihr hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen ankäme, erreichen will.

Die Klägerin macht sich die ihr günstigen Feststellungen des Landgerichts zu einem Ersatzanspruch i.H.v. 11.196,- € wegen des nicht abgelieferten Mehls zu eigen, rügt jedoch, dass das Landgericht wegen des nicht abgelieferten Olivenöls und Oreganos nur von einem Wert von 2.376,- € und 1.692,- € ausgegangen ist. Insoweit streite für die Klägerin die gesetzliche Vermutung des § 429 Abs. 3 HGB, was das Landgericht auch bezüglich der als Anl. K1 überreichten Handelsrechnung angenommen habe und zu Unrecht für die als Anl. K2 überreichte Handelsrechnung nicht habe gelten lassen. Die Ermittlungen des Sachverständigen Dr. B. seien nicht nachvollziehbar. Der Sachverständige habe bereits im Vorwort des Gutachtens darauf hingewiesen, dass sich die Ermittlungen schwierig bis teilweise unmöglich gestalteten. Angesichts der erheblichen Qualitäts- und Preisunterschiede hätte ohne Feststellungen zur Gütequalität und Herkunft der streitgegenständlichen Güter kein Durchschnittswert gebildet werden dürfen. Da die Beklagte die Ware vernichtet und damit die Beweismittel vorsätzlich zerstört habe, hätte sie einen geringeren Wert der streitgegenständlichen Güter beweisen müssen. Zudem hätte das Landgericht nicht die von der Klägerin angetretenen Beweise zur Güte und Preisklasse des zu transportierenden Olivenöls und Oregano übergeben dürfen und den Sachverständigen ergänzend befragen müssen. Schließ-

lich habe das Landgericht – völlig überraschend und gegen § 139 ZPO verstößend – die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung für begründet erachtet. Von den Gegenforderungen der Beklagten hätte angesichts der Versicherungsleistung in Höhe der Hälfte des Rechnungspreises ein Betrag von 5.598,- € in Abzug gebracht werden müssen. Das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Beklagte nur mit konnexen Forderungen aufrechnen könne. Eine Aufrechnungslage ergebe sich auch nicht daraus, dass die Klägerin und Herr W. Gesamtgläubiger nach Art. 13 CMR gewesen seien. Empfängerin der Ware sei vielmehr allein sie – die Klägerin – gewesen. Im Übrigen habe sie in 1. Instanz umfassend vorgetragen und Beweis angetreten, dass etwaige Gegenansprüche der Beklagten auf max. 1800 € beschränkt gewesen seien und sich die darüber hinausgehende Forderung der Beklagten von 13.000 € über gänzlich andere Beförderungen anderer Versender verhalten würde.

[...]

Die Beklagte vertritt weiterhin die Auffassung, dass der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus mehreren Gründen nicht bestehe, weshalb die Klage abzuweisen gewesen wäre, ohne dass es auf die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung angekommen wäre. Die Klägerin könne sich, da zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits kein Frachtvertrag geschlossen worden sei, weder auf originäre CMR-Schadenersatzansprüche noch auf solche aus einem zwischen der Beklagten und ihrem Auftraggeber W. abgeleiteten Frachtvertrag berufen. Dazu hätte die Klägerin Sendungsempfängerin sein müssen, was sie ausweislich der Anl. K1-4 nicht gewesen sei. Außerdem sei zwischen dem Auftraggeber W. und ihr – der Beklagten – lediglich ein Frachtvertrag über die Beförderung von 2 Partien Mehl geschlossen worden. Das Olivenöl und das Oregano seien ohne vertragliche Vereinbarung schlicht zum Transport untergeschoben worden. Der Auftraggeber W. habe der Beklagten aus mehreren Transporten die Bezahlung von Frachtforderungen geschuldet, weshalb der Beklagten ein inkonnexes Pfandrecht an der Ware, das auch gegenüber einem Sendungsempfänger gewirkt habe, zugestanden habe. Sie habe die Ware aber auch unter dem Gesichtspunkt des konnexen Pfandrechts festhalten dürfen. Der ein Pfandrecht an verderblichen frachtgutausübende Frachtführer sei weder verpflichtet, dem Verderb des Gutes entgegenzuwirken noch das Gut einer Verwertung zuzuführen. Der Auftraggeber W. oder die Klägerin hätten das Pfandgut auswechseln und selbst einer Verwertung zuführen können. Daran hätten sie jedoch kein Interesse gehabt. Die vom Landgericht zur Höhe des Schadens getroffenen Feststellungen seien fehlerhaft. Mangels Substantiierung, in welcher Menge und Qualität und mit welcher Spezifikation das Olivenöl und Oregano verladen worden seien, hätte die Klage ohne Beweisaufnahme zur Höhe abgewiesen werden müssen.

Die Klägerin [...] hält das Rechtsmittel der Beklagten bereits mangels Beschwer für unzulässig.

Wenn nach dem Vortrag der Beklagten jedenfalls hinsichtlich des Olivenöls und des Oregano kein Frachtvertrag mit dem unter der Bezeichnung Handelsagentur P handelnden Herrn W. zustande gekommen sein sollte, bestehe ihm gegenüber auch keine Aufrechnungslage. Vielmehr sei dann konkludent ein Frachtvertrag über die Beförderung des Olivenöls und des Oreganos durch die von der Beklagten übernommene Weiterbeförderung nach Deutschland zustande gekommen. Der Beklagten seien die vorgenannten Güter auch nicht untergeschoben worden. Tät-

sächlich habe der übernehmende Fahrer Kenntnis davon gehabt, welche Güter ihm zur Beförderung übergeben worden seien. Der Vortrag der Beklagten sei insoweit auch unschlüssig, als sie selbst davon ausgehe, dass über das Olivenöl/Oregano kein wirksamer Beförderungsvertrag zu Stande gekommen sei, was zur Folge habe, dass sie – die Beklagte kein Pfandrecht an den streitgegenständlichen Gütern gehabt habe und im Übrigen nach §§ 823, 826 BGB für den Schaden einzustehen habe. Insofern sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, die in ihrem Gewahrsam befindlichen verderblichen Lebensmittel ‚vergammeln‘ zu lassen.»

Der Senat hat mit Urteil vom 04.04.2018 die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klageabweisung unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels bestätigt. Die Klageforderung sei zwar i.H.v. 13.163,- € begründet, dieser Anspruch aber durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit Gegenforderungen erloschen. Die Klägerin könne von der Beklagten Schadensersatz aus Art. 13, 17, 23, 25 CMR beanspruchen. Der Unterfrachtführerin der Beklagten seien im Januar 2012 zwei Container mit den Bezeichnungen BU 109 und BU 129 übergeben worden, die sie nicht bei der Klägerin als Empfängerin des Gutes abgeliefert habe. Die Nichtablieferung beider Container beruhe ausschließlich auf Umständen aus dem Risikobereich der Beklagten. Die für eine Übernahme des Gutes in bestimmter Menge und Qualität beweispflichtige Klägerin habe jedoch nur einen Wert in Höhe von insgesamt 13.163,- € beweisen können. Neben der Übergabe von Mehl im Wert von 11.196,- € seien für Olivenöl und Oregano nur die vom Sachverständigen ermittelten Mindestwerte anzusetzen, die sich auf 1,94 € pro Liter bzw. 3,- € pro Kilogramm belaufen. Eine bessere Qualität für die 550 l Olivenöl und 300 kg Oregano sei nicht festzustellen, nicht einmal von einer durchschnittlichen Qualität der Waren könne ausgegangen werden. Soweit die Klägerin den Zeugen G. C. benannt habe, seien ihrem Vorbringen keine belastbaren Tatsachen zu entnehmen, die den von ihr jeweils angesetzten Wert ergeben könnten. Da sie es unterlassen habe, von der jahrelang in Köln eingelagerten Ware Proben zu nehmen, könne sie sich auch nicht auf eine Beweisvereitelung mit der Folge einer Umkehr der Beweislast berufen. Schadensersatz für einen Deckungskauf sei der Klägerin nicht zuzusprechen, da die Ersatzpflicht nach Art. 25, 23 CMR auf die Wertminderung beschränkt sei. Der somit lediglich i.H.v. 13.163,- € bestehende Schadenersatzanspruch der Klägerin sei erloschen, da diesem Forderungen der Beklagten gegen den Absender T. W. von 18.423,37 € gegenüberstehen, mit denen die Beklagte nach den Grundsätzen der Gesamtgläubigerschaft wirksam aufgerechnet habe. Da diese Gegenforderungen rechtskräftig titulierte seien, könnten gegen sie materielle Einwendungen nicht mehr erhoben werden.

Auf die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hat der Bundesgerichtshof die Revision zugelassen, mit Urteil vom 19.09.2019 (I ZR 64/18 [= TranspR 2019, 502]) das Urteil des Senats aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, die Revision habe Erfolg, weil die Klägerin hinreichend substantiiert zu den wertbildenden Faktoren von Olivenöl und Oregano vorgetragen habe und daher nicht von der Einvernahme des Zeugen C. zum Wert dieser Güter hätte abgesehen

werden dürfen. Des Weiteren könne die Klägerin die Kosten des Deckungskaufs für das Mehl ersetzt verlangen. Zudem wende sich die Revision zu Recht gegen die Annahme, die Beklagte habe gegenüber der Klägerin wirksam mit Forderungen aufgerechnet, die ihr gegen T. W. aus anderen Transportaufträgen zugestanden hätten. Es sei nicht davon auszugehen, dass die Forderungen gleichartig seien und sich damit aufrechenbar gegenüberstehen, da nicht festgestellt sei, dass T. W. sein Wahlrecht gem. § 263 Abs. 1 BGB, ob er Leistung an sich selbst oder an die Klägerin verlange, ausgeübt habe.

Nach der Zurückverweisung an den Senat halten beide Parteien ihre Berufungsanträge unverändert aufrecht. Die Beklagte trägt zur Ausübung des Wahlrechts ergänzend vor, der Absender T. W. habe mit den Schadenrechnungen vom 03. und 16.02.2012 an sie, in denen – unstrittig – auch sein Konto als Empfängerkonto angegeben sei, und mit der Geltendmachung dieser angeblichen Forderung ihr gegenüber durch seine Rechtsanwälte mit Schreiben vom 02.04.2012 sein Wahlrecht gem. § 263 Abs. 1 BGB ausgeübt. Sie habe deshalb gegenüber der Klägerin aufrechnen dürfen. Die Schuld für den Untergang der Ware trage T. W., weil er sich nicht an die zuvor getroffene Vereinbarung gehalten habe, wonach die offenen Frachten auf das Fremdgeldkonto seines Rechtsanwalts zu treuen Händen überwiesen werden und das Gut anschließend herausgegeben werde. Dieses Verschulden müsse sich die Klägerin anspruchsmindernd oder anspruchsausschließend zurechnen lassen.

Die Klägerin rügt Verspätung und führt an, der Absender T. W. habe sein Wahlrecht nicht – wie es erforderlich sei – unmissverständlich und eindeutig ausgeübt. Vielmehr habe dieser ausweislich der vorprozessualen Korrespondenz noch nicht einmal mit Schreiben vom 16./30.05.2012 verbindlich und endgültig eine Schadenersatzforderung erhoben, sondern es habe zunächst eine Auslieferung der Güter erfolgen sollen mit der Möglichkeit ggf. später Schadenersatzansprüche zu beziffern. Da in der Folgezeit der Kontakt zu T. W. abgebrochen sei, habe dieser somit zu keinem Zeitpunkt eine Entscheidung über sein Wahlrecht getroffen. Ein etwaiges Verschulden des Absenders sei ihr nicht zurechenbar, weil sie die Beklagte – wie bereits erstinstanzlich vorgetragen – mehrfach vergeblich unter Hinweis auf die Verderblichkeit zur Herausgabe der Waren aufgefordert habe.

Der Senat hat Beweis erhoben über Herkunft und Qualität des Olivenöls und Oregano durch Vernehmung der Zeugen R. und G. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 16.02.2022 verwiesen. Auf die weiteren von ihr hierzu benannten Zeugen einschließlich den Zeugen G. C. hat die Klägerin »für diese Instanz« verzichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet, weil das Landgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, dass die Klageforderung durch die hilfsweise Aufrechnung der Beklagten mit Gegenforderungen erloschen ist (III.). Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere ist sie trotz der Klageabweisung durch das angefochtene Urteil

beschwert, weil ihre Gegenforderungen im Umfang von 18.344,- €, in dem die Klageforderung vom Landgericht für begründet gehalten worden ist, verbraucht und erloschen wären, § 322 Abs. 2 ZPO (vgl. *Zöller/Hefßler*, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl., Vor § 511 Rn. 26 a). In der Sache hat ihre Berufung jedoch nur insoweit in geringem Umfang Erfolg, als sich die Schadenersatzansprüche der Klägerin insgesamt lediglich auf 14.243,- € belaufen (I. und II.).

I.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Beschädigung des Transportguts i.H.v. 13.163,- € aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 17 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 Satz 2, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 und 2 CMR.

1.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urt. v. 19.09.2019 – I ZR 64/18 –, *TranspR* 2019, 502 (nachfolgend BGH, a.a.O.) die Annahme des Senats im Urteil vom 04.04.2018 bestätigt, dass der Klägerin gegen die Beklagte dem Grunde nach aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 17 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 Satz 2 CMR ein Anspruch auf Schadenersatz wegen der Entwertung des Transportgutes zusteht (Rn. 12). Auf die Ausführungen in beiden Urteilen wird daher zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

a)

Zusammenfassend haftet die Beklagte als Frachtführerin ihrem Auftraggeber T. W. gem. Art. 17 Abs. 1 CMR für die Beschädigung der Güter Mehl, Olivenöl und Oregano und ist deshalb nach Art. 25 Abs. 1 CMR zum Ausgleich der Wertminderung verpflichtet; von ihrer Haftung ist sie nicht gem. Art. 17 Abs. 2, 3 oder 4 CMR befreit (BGH, a.a.O., Rn. 14–17). Die Klägerin ist nach den vom Bundesgerichtshof nicht beanstandeten Feststellungen des Senats im Urteil vom 04.04.2018 ferner Empfängerin des Gutes und kann daher nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 CMR die Rechte des Auftraggebers aus dem Beförderungsvertrag wegen der Beschädigung des Transportgutes gegen die Beklagte im eigenen Namen geltend machen (BGH, a.a.O., Rn. 18–19).

b)

Die Nichtablieferung des Transportgutes beruht aus den Gründen des Senatsurteils vom 04.04.2018, deren Richtigkeit der Bundesgerichtshof ebenfalls nicht beanstandet hat und auf die deshalb zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, auf Umständen, die allein im Risikobereich der Beklagten gelegen haben. Danach hat sie es zu vertreten, dass der Container BU 109 bei der Verladung umgestürzt ist und dadurch das Transportgut entwertet wurde. Die unterbliebene Auslieferung des weiteren Containers BU 129 ist ferner nicht durch ein von der Beklagten ausgeübtes Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht gerechtfertigt gewesen und hat deshalb in ihr zurechenbarer Weise zum Verderb des Transportgutes geführt.

Soweit die Beklagte nunmehr geltend macht, T. W. trage die Schuld am Untergang der Ware und die Klägerin müsse sich dies anspruchsmindernd oder anspruchsausschließend zurechnen lassen, verfängt dies nicht. Der Absender ist als solches nicht Erfüllungsgehilfe des Empfängers i.S.v. § 278 BGB. Das (Mit-) Verschulden eines Gesamtgläubigers, der nicht Erfül-

lungsgehilfe des anderen Gesamtgläubigers ist, hat ferner gem. §§ 429 Abs. 3, 425 Abs. 2 BGB Einzelwirkung. Eine besondere Zurechnungsnorm wie beim Frachtführer § 428 HGB existiert für das Verhältnis zwischen Absender und Empfänger ebenfalls nicht. Sonstige Umstände, die im Streitfall eine Zurechnung begründen könnten, liegen nicht vor.

Ungeachtet dessen kann die Beklagte mit Einwendungen zum Haftungsgrund und zur Höhe einschließlich einer anspruchsmindernden Verursachung nicht mehr gehört werden, soweit es die Klageforderung bis zu einem Betrag von 13.163,- € betrifft. Denn insoweit ist die Entscheidung im Senatsurteil vom 04.04.2018 über die Klage gem. § 322 Abs. 1 ZPO, die von der Beklagten nicht angegriffen worden ist, in Rechtskraft erwachsen. Die Bindungswirkung besteht trotz der Aufhebung des gesamten Urteils, weil die Klägerin nicht schlechter gestellt werden darf (vgl. *Zöller/Hefßler*, a.a.O., § 557 Rn. 1 und für das Berufungsverfahren § 538 Rn. 61).

2.

Der Klägerin steht auch nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme wegen der Beschädigung des Transportgutes lediglich Schadenersatz i.H.v. 13.163,- € zu. Einen höheren Schaden hat sie nicht bewiesen.

a)

Die Entschädigung wird gem. Art. 23 Abs. 1 CMR nach dem Wert des Gutes am Ort und zur Zeit der Übernahme zur Beförderung berechnet. Dieser Versandwert bestimmt sich gem. Art. 23 Abs. 2 CMR nach dem Börsenpreis, mangels eines solchen nach dem Marktpreis oder mangels beider nach dem gemeinen Wert von Gütern gleicher Art und Beschaffenheit. Bei einer Beschädigung des Gutes gelten diese Grundsätze für die Berechnung der Höhe des zu leistenden Schadenersatzes nach Art. 25 Abs. 1 CMR entsprechend. Dabei trägt die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe des Versandwertes. Wie der Bundesgerichtshof in Bezug auf die Ausführungen des Senats im Urteil vom 04.04.2018 bestätigt hat, stellt die Vernichtung der Ware im Container BU 129 auch keine Beweisvereitelung durch die Beklagte dar, weil die Klägerin während der jahrelangen Lagerung der Lebensmittel keinen Versuch unternommen hat, mittels Probenentnahmen Feststellungen zu Qualität und Wert der Ware zu treffen (BGH, a.a.O., Rn. 25–28). Menge und Qualität hat die Klägerin voll gem. § 286 ZPO zu beweisen (vgl. BGH, Urt. v. 13.09.2012 – I ZR 14/11, *juris*). Erst im Hinblick auf die Ermittlung der Schadenhöhe von konkret nach ihren wertbildenden Faktoren ermittelter Ware greifen die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO ein, so dass insoweit eine Schätzung erfolgen könnte.

b)

Davon ausgehend hat die Beklagte der Klägerin wegen der Entwertung des Mehls Schadenersatz i.H.v. 11.196,- € zu leisten (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 23).

c)

Für das Olivenöl beträgt der Schadenersatz 1.067,- € und für das Oregano 900,- €. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sind Qualität und Wert dieser mitbeförderten Güter

nicht feststellbar. Weder hat die Klägerin nachgewiesen, dass es sich um vor Ort kaltgepresstes Olivenöl höchster Qualität sowie handgepflückten Oregano vom Fuß des Ätna mit einem Wiederverkaufspreis von 150,- € bis 200,- € je Kilo gehandelt habe, noch kann auch nur von einer zumindest durchschnittlichen Qualität ausgegangen werden. Daher können für Olivenöl und Oregano im Wege der Schätzung eines Mindestschadens gem. § 287 ZPO lediglich die jeweils niedrigsten Marktpreise zugrunde gelegt werden, die der erstinstanzliche Sachverständige Dr. B. in seinem Gutachten vom 04.03.2016 mit 1,94 € je Liter für das Olivenöl und 3,- € je Kilo für den Oregano ermittelt hat, was für 550 l Olivenöl zu einem Betrag von 1.067,- € und für 300 kg Oregano zu einem Betrag von 900,- € führt.

aa)

Im Hinblick auf das Olivenöl ist auch nach Durchführung der Beweisaufnahme lediglich bekannt, dass es aus (Süd-) Italien stammte, in durchsichtigen Plastikkanistern abgefüllt war und eine grünliche Farbe hatte. Aus diesen Angaben, die sich bereits aus dem Ort der Versendung und den zur Akte gereichten Lichtbildern ergaben, lassen sich keine Rückschlüsse auf die Qualität und damit auch nicht auf Marktpreis oder Wert des Olivenöls ziehen. Wertbildende Eigenschaften wie Geruch, Geschmack, Alter, Haltbarkeit, Olivensorte, Reifegrad, Art und Dauer der Lagerung oder Filterung des Olivenöls (vgl. S. 6 f. Sachverständigengutachten) konnten nicht einmal ansatz- oder teilweise ermittelt werden. Infolgedessen kann auch nicht angenommen werden, dass es in die Güteklasse »natives Olivenöl extra« oder in eine andere Güteklasse einzuordnen ist. Da keinerlei Unterlagen zu Preisen, Vermarktung oder wertbestimmenden Eigenschaften des beförderten Olivenöls existieren und eine Vergleichbarkeit mit anderen Olivenölen, zu denen die Klägerin Belege eingereicht hat, nicht festzustellen ist, lässt sich auch auf diesem Wege kein höherer Wert als der vom Sachverständigen angegebene niedrigste Marktpreis ermitteln.

(1)

Die Zeugen G. und C. R. – auf den Zeugen C. hat die Klägerin ebenso wie auf sämtliche weitere Zeugen zur behaupteten Herkunft und Qualität der Güter verzichtet – haben zum Olivenöl über dasjenige hinaus, was bereits auf den Lichtbildern der Anlage B 10 erkennbar gewesen ist, aus eigener Wahrnehmung keine konkreten Angaben machen können.

Der Zeuge G. war an Herstellung oder (Ver-) Kauf des Olivenöls nicht beteiligt, sondern ist Mitinhaber der Mühle G., war der Produzent des gelieferten Mehls und wurde lediglich gebeten, das Olivenöl und Oregano mit dem Mehl im Container zu verpacken. Er hat bekundet, das Olivenöl sei in Kanistern abgefüllt gewesen, er könne sich nicht daran erinnern, ob es acht oder zehn Kanister gewesen seien. Er wisse nicht, woher das Olivenöl gekommen und wo es hergestellt worden sei. Es habe die typische grünliche Farbe gehabt und man habe gesehen, dass es »unser« typisches Olivenöl gewesen sei. Der Zeuge C. R. hat ausgesagt, er habe Herrn Pa. begleitet, als dieser Olivenöl und Oregano zur Mühle gebracht habe. Der Transporter sei voll damit gewesen. Er glaube, es habe sich um hochwertiges, »extra natives« Olivenöl gehandelt. Dies schließe er daraus, dass es andernfalls nicht über eine so weite Strecke befördert worden wäre. Überprüft habe

er die Produkte nicht und er wisse auch nicht, wo Herr Pa. das Olivenöl bezogen habe. Er habe ihm bloß Gesellschaft geleistet, weil er diesem aus dem Dorf kenne.

Beiden Zeugenaussagen lassen sich keine konkreten Informationen über wertbildende Eigenschaften, die Qualität oder den Preis des Olivenöls entnehmen. Insbesondere wussten die Zeugen nichts über Herkunft und Herstellung des Olivenöls. Soweit der Zeuge C. R. die Qualität als »extra nativ« und »sehr hoch« bezeichnet hat, handelte es sich nach seinen eigenen Angaben um eine bloße Mutmaßung, die sich allein auf den weiten Beförderungsweg stützte. Sie ist zudem in der Sache nicht einleuchtend, weil auch billiges Olivenöl aus Südeuropa importiert wird. Abgesehen davon ist seine Aussage nicht glaubhaft, da er als persönlicher Bekannter des Geschäftsführers im Lager der Klägerin steht und dies durch die geäußerte, nicht auf konkrete Tatsachen gestützte Vermutung betreffend die Güteklasse des Olivenöls auch deutlich zum Ausdruck gekommen ist, indem sie erkennbar darauf abzielte, der Klägerin zu helfen.

(2)

Die Angaben des Geschäftsführer der Klägerin V. Pa. bei seiner persönlichen Anhörung im Termin vom 16.02.2022 sind ebenfalls nicht geeignet, den Senat von einer bestimmten Qualität des Olivenöls, die einen höheren als auf einen Mindestwert gestützten Schaden begründet, zu überzeugen.

Er hat zwar geschildert, der Preis von 11,55 € pro Liter Olivenöl sei dadurch zustande gekommen, dass er die Qualität des Olivenöls aus seiner Heimat Italien kenne und der Preis für dieses Olivenöl in Apulien gemacht werde, wo ein Großteil des Olivenöls hergestellt werde. Konkrete Angaben zu wertbildenden Faktoren, zur Qualität und/oder zum Preis dieses Olivenöls hat er jedoch auf Nachfrage nicht machen können. Vielmehr hat er lediglich erklärt, das Olivenöl in einem Dorf namens Maniace gekauft zu haben. Von wem und zu welchem Einkaufspreis er das Olivenöl erworben habe, wisse er nach zehn Jahren nicht mehr; Belege darüber seien ebenfalls nicht mehr vorhanden. Diese gravierenden Erinnerungslücken mögen zwar angesichts des erheblichen Zeitablaufs grundsätzlich verständlich sein. Allerdings war der Schadenfall bereits im Februar 2012 bekannt, weshalb nicht nachvollziehbar ist, warum die Klägerin nicht damals Dokumente wie etwa Einkaufsbelege etc. sicherte. Jedenfalls gehen daraus resultierende Unklarheiten zu ihren Lasten und anhand der vagen Informationen des Geschäftsführers der Klägerin lassen sich keine Feststellungen zum Marktpreis oder Wert des Olivenöls treffen.

Hinzu kommt, dass die Angaben des Geschäftsführers zur Herkunft des Olivenöls dem schriftsätzlichen Vorbringen der Klägerin widersprechen und dies insgesamt erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Angaben auf Klägerseite weckt. So hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 19.05.2016 zunächst vorgetragen, sie habe die streitgegenständlichen Güter »seit Jahr und Tag in gleicher Qualität, vom gleichen Ort und mit gleichen Eigenschaften von denselben Herstellern« bezogen. Diesen Sachvortrag hat sie sodann mit Schriftsatz vom 25.05.2016 dergestalt korrigiert, dass Herr V. Pa. Eigentümer der Ländereien sei, von denen die streitgegenständlichen Waren stammten. Beides steht im offenen Widerspruch zu dessen Darstellung im Termin, er habe das Olivenöl in einem Nachbardorf gekauft.

(3)

Unterlagen zum Olivenöl, aus denen Schlussfolgerungen auf dessen Marktpreis oder Wert gezogen werden könnten, sind ebenfalls nicht vorhanden.

Im Frachtbrief ist das Olivenöl nicht aufgeführt; auch sonst existieren keinerlei Dokumente zum Transport oder zum beabsichtigten Verkauf des Olivenöls von der Klägerin an Abnehmer. Die Klägerin hat zudem weder Einkaufsbelege noch Prüfberichte über das Olivenöl oder andere Unterlagen vorgelegt, die Aufschluss über dessen Qualität oder wertbestimmende Eigenschaften geben könnten; die Klägerin behauptet nicht einmal, das Olivenöl – über eine Sicht- und Geruchsprüfung hinaus – auf seine Qualität hin untersucht zu haben.

Die als Anlage K 2 überreichte Rechnung ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht geeignet, einen Marktpreis oder Wert des Olivenöls zu beweisen. Es handelt sich dabei um eine vom Geschäftsführer persönlich gegenüber der Klägerin erstellte Rechnung, die als »Insichgeschäft« per se nur eine sehr geringe Aussagekraft besitzt, zumal sie keinerlei Angaben zur Qualität und Güte des Olivenöls enthält. Insbesondere aber konnte der Geschäftsführer der Klägerin bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat das Zustandekommen des dort aufgeführten Preises von 11,55 € nicht plausibel erläutern (siehe oben). Die von der Klägerin als Anlage K 4 vorgelegte »Bestätigung« ist ein in italienischer Sprache unter dem Briefkopf der »MSP« verfasstes, nicht unterzeichnetes Schreiben, dem jedenfalls keine Qualitätsmerkmale und Preise zu entnehmen sind und das daher als Beleg ebenfalls ungeeignet ist.

(4)

Da Herkunft und wertbestimmende Eigenschaften des Olivenöls demnach unklar sind und die Beweisaufnahme ebenfalls keine Aufklärung brachte, kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, das streitgegenständliche Olivenöl sei nach Herkunft, Qualität und Güte mit dem Olivenöl gem. Handelsrechnungen der O. F. C. di G. C. aus den Jahren 2013 und 2015, die einen Literpreis von 7,- bzw. 9,20 € ausweisen, identisch oder vergleichbar. Aus diesen Handelsrechnungen können somit keine Rückschlüsse auf den Wert des streitgegenständlichen Olivenöls gezogen werden. Dasselbe gilt für die als Anlagen K 23–25 zur Akte gereichten Rechnungen, weil die zugrunde liegende schriftsätzliche Behauptung der Klägerin, da Herr V. Pa. als Veräußerer des Olivenöls nicht über eine eigene Mühle verfüge, werde sein Olivenöl gemeinsam mit dem Hersteller des Olivenöls gem. Anlagen K 21–26 gepresst, mit der Einlassung ihres Geschäftsführers im Termin vor dem Senat, er habe das Olivenöl in einem Nachbardorf gekauft, unvereinbar ist.

Hinzu kommt, dass das Lichtbild gem. Anlage K 26 Olivenöl in einer Halbliterflasche mit Etikett zeigt, während das streitgegenständliche Olivenöl in durchsichtigen Plastikkanistern befördert wurde. Dies spricht nicht nur gegen eine Vergleichbarkeit der beiden Olivenöle, sondern eine Beförderung in derartigen Behältnissen weckt auch Zweifel an einer hohen Qualität des beförderten Gutes, zumal Olivenöl nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. B. stets dunkel gelagert werden sollte, damit es nicht oxidiert und ranzig im Geschmack wird.

Des Weiteren vermögen die vorgelegten Prüfberichte und chemische Analysen des Labors Dr. S. entgegen der Darstellung der Klägerin nicht anhand »vergleichbarer« Waren die Qualität von Olivenöl und Oregano belegen. Die Prüfberichte betreffen unstreitig nicht die beförderten Güter und an einer Vergleichbarkeit fehlt es im Hinblick auf das Olivenöl bereits deswegen, weil Herkunft und wertbestimmende Eigenschaften des beförderten Guts nicht bekannt sind. Insbesondere kann wegen der widersprüchlichen Angaben auf Klägerseite nicht zugrunde gelegt werden, dass die geprüften Waren die gleiche Qualität und die gleichen Eigenschaften haben und vom gleichen Ort, nämlich den eigenen Ländereien des Geschäftsführers der Klägerin, stammen wie die streitgegenständlichen Waren. Im Übrigen fehlen auch in Bezug auf die Vergleichsprodukte konkrete Beschaffenheitsangaben und hinreichender Sachvortrag, der die Feststellung erlaubte, dass das untersuchte Olivenöl mit dem auf dem Transport Anfang 2012 entwerteten Gut identisch oder zumindest vergleichbar gewesen ist.

(5)

Nach alledem sind die Informationen, die nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zugrunde gelegt werden können, mangels aussagekräftiger Dokumente zu diesem oder einem feststellbar vergleichbaren Olivenöl, wegen der überwiegend unergiebigem und im Übrigen nicht glaubhaften Zeugenaussagen sowie der widersprüchlichen Angaben auf Klägerseite so spärlich, dass über einen Mindestpreis hinaus keine zuverlässigen Feststellungen zum Marktpreis oder Wert des Olivenöls getroffen werden können. Demzufolge fehlen nicht nur jedwede Anhaltspunkte dafür, dass das Vorbringen der Klägerin zutrifft, es handle sich um unverzüglich unmittelbar vor Ort kalt gepresstes Olivenöl höchster Qualität. Vielmehr kann mangels Kenntnis von Herkunft, Herstellung oder sonstiger wertbildender Faktoren auch keine durchschnittliche Qualität des Olivenöls festgestellt werden.

bb)

Zum Oregano steht auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme lediglich die Herkunft aus Sizilien fest. Hingegen hat die Klägerin nicht bewiesen, dass es sich um handgepflückten Wildoregano vom Fuß des Ätna handelte. Qualität und wertbestimmende Eigenschaften des beförderten Oregano, insbesondere dessen Ölgehalt, auf den es dem Sachverständigen Dr. B. zufolge maßgeblich ankommt, lassen sich erst recht nicht feststellen. Da keinerlei Unterlagen zu Preisen, Vermarktung oder wertbestimmenden Eigenschaften des beförderten Oregano existieren, kann kein höherer Wert als der vom Sachverständigen angegebene niedrigste Marktpreis zugrunde gelegt werden.

(1)

Die einzigen verbliebenen Zeugen G. und C. R. haben zum Oregano aus eigener Wahrnehmung letztlich keine konkreten Angaben machen können.

Der Zeuge G. hat lediglich bekundet, die Kartons haben nach Oregano gerochen. Oregano wachse an Felsen und Steinen. Mehr konnte er zur Qualität nicht sagen.

Allein anhand einer allgemeinen subjektiven Einschätzung zum Geruch lassen sich Qualität, Marktpreis oder Wert des Oregano indes nicht ansatzweise bestimmen.

Der Zeuge C. R. hat ausgesagt, der Oregano stamme aus ihrem Dorf in Maletto, wachse am Fuße des Berges und habe einen besonderen Duft. Dass in den Kisten Oregano gewesen sei, habe er von Herrn Pa. erfahren und durch Löcher in den Bananenkisten auch sehen können. An die Herkunft des Oregano könne er sich nicht erinnern, die Ware komme aber sicherlich von vulkanischem Gelände aus der Umgebung. Ob Herr Pa. den Oregano gekauft oder ob dieser von einem Grundstück von ihm gestammt habe, wisse er nicht mehr. Die Angaben zur Herkunft des Oregano »vom Fuße des Berges« in Maletto ist nicht glaubhaft, weil der Zeuge diese im weiteren Verlauf seiner Vernehmung relativiert hat und deutlich geworden ist, dass es sich bloß um eine Vermutung handelte, er tatsächlich aber keine Kenntnis darüber hat, woher der Oregano stammte. Gegen die Richtigkeit seiner Angaben spricht ferner, dass er nicht einmal mehr wusste, ob der Geschäftsführer der Klägerin, den er nach eigenen Angaben aus dem Dorf persönlich kannte, über Grundbesitz in Maletto verfügte oder nicht. Auch in Bezug auf den Oregano ist damit wiederum deutlich geworden, dass seine Angaben von dem Bestreben geprägt waren, der Klägerin zu helfen, wobei er diese auf konkrete Nachfrage nicht bestätigen konnte.

(2)

Die Angaben des Geschäftsführer der Klägerin V. Pa. bei seiner persönlichen Anhörung sind ebenso wenig geeignet, den Senat von einer bestimmten Qualität und Güte des Oregano, die einen höheren als auf einen bloßen Mindestwert gestützten Schaden begründet, zu überzeugen.

Dieser hat zwar erklärt, der Oregano stamme von einer Gegend unter dem Ätna namens Fontana Murata. Er sei von seinem Vater gepflückt und gebündelt worden, bevor er – der Geschäftsführer der Klägerin – sie in Kartons verpackt und zur Mühle gebracht habe. Zum Preis des Oregano hat er angegeben, je mehr Ölgehalt der Oregano habe, desto mehr dufte er und desto höher sei der Preis. Dieser könne je nach Qualität zwischen 1,- € und 700,- € liegen. Aus dieser Schilderung ergibt sich indes noch nicht einmal konkret, welche Qualität der beförderte Oregano gehabt haben und dass dessen Wert insbesondere höher als 3,- € pro Kilo gewesen sein soll. Wie der von ihm angesetzte Preis von 87,50 € zustande gekommen sein soll, hat er nicht einmal ansatzweise plausibel erläutert. Zudem haben die Zeugen seine Darstellung nicht bestätigt, sondern hatten keine nähere Kenntnis von Herkunft und Qualität des Oregano. Es handelt sich damit letztlich um bloßen Parteivortrag der Klägerin, dessen Richtigkeit sie nicht hat beweisen können.

(3)

Hinzu kommt, dass jedwede Unterlagen, aus denen Schlussfolgerungen auf Marktpreis und/oder Wert des Oregano gezogen werden könnten, fehlen.

Im Frachtbrief ist er nicht aufgeführt; auch sonst existieren keinerlei Dokumente zum Transport oder zum beabsichtigten Verkauf des Oregano von der Klägerin an Abnehmer. Die Klägerin hat zudem weder Einkaufsbelege noch Prüfberichte über das Oregano oder andere Unterlagen vorgelegt, die Aufschluss über dessen Qualität oder Eigenschaften geben; die Klägerin behauptet nicht einmal, den Oregano – über eine Sicht- und Geruchsprüfung hinaus – auf seine Qualität

hin untersucht zu haben. Insbesondere ist sein für die Qualität maßgeblicher Ölgehalt völlig unbekannt. Die als Anlage K 2 überreichte Rechnung ist aus den bereits angeführten Gründen nicht aussagekräftig; dies gilt uneingeschränkt auch für den Oregano. Der hohe Preis von 87,50 € pro Kilo ist zudem nicht nachvollziehbar (siehe oben). Die Beförderung in Bananenkisten und Kartons, wie sie auf den Lichtbildern der Anlage B 10 zu sehen sind, spricht im Übrigen zumindest nicht für eine gehobene Qualität des Oregano.

Die Prüfberichte und chemische Analysen des Labors Dr. S. sind erneut ohne Bedeutung, weil sie unstrittig nicht die streitgegenständlichen Waren betreffen und mangels Kenntnis von konkreter Herkunft und wertbestimmenden Eigenschaften sowohl des beförderten als auch des untersuchten Oregano eine Vergleichbarkeit nicht festgestellt werden kann. Insbesondere kann anhand der vagen, durch die Beweisaufnahme nicht bestätigten Angaben der Klägerin gerade nicht zugrunde gelegt werden, dass die geprüften Waren die gleiche Qualität und die gleichen Eigenschaften haben und vom gleichen Ort stammen wie die streitgegenständlichen Waren.

(4)

Demzufolge sind auch hier die Informationen, die nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zugrunde gelegt werden können, mangels Unterlagen zu diesem oder einem feststellbar vergleichbaren Oregano, wegen der überwiegend unergiebigem und im Übrigen nicht glaubhaften Zeugenaussagen sowie der vagen Angaben auf Klägerseite so spärlich, dass über einen Mindestpreis hinaus keine zuverlässigen Feststellungen zu Marktpreis oder Wert des Oregano getroffen werden können. Demzufolge ist nicht bewiesen, dass es sich um handgepflückten Wildoregano gehobener Güte und Herkunft (vom Fuß des Ätna) handelte. Darüber hinaus kann mangels Kenntnis von Herkunft und wertbestimmender Eigenschaften nicht einmal eine durchschnittliche Qualität des Oregano angenommen werden.

(5)

Ungeachtet dessen hat die Klägerin auch eine beförderte Menge Oregano von 300 kg nicht bewiesen, welche die Beklagte gem. dem Protokoll vom 07.03.2018 nur unter dem Gesichtspunkt, dass lediglich ein Mindestwert angesetzt wird, unstrittig gestellt und damit gem. § 138 Abs. 3 ZPO zugestanden hat, nicht aber bei Feststellung eines höheren Marktpreises oder Werts.

Der Zeuge G. konnte zur Anzahl der Kartons mit Oregano keine Angaben machen. Der Zeuge C. R. hat zwar bekundet, der Transporter sei voll gewesen. Abgesehen davon, dass seine Aussage nicht überzeugend ist (siehe oben), war er aber erklärtermaßen auch nicht in der Lage, konkrete Mengen zu nennen. Der Transporter kann daher auch weit überwiegend mit Kanistern Olivenöl gefüllt gewesen sein.

Für die Menge an Oregano können daher nur die auf den Lichtbildern gem. Anlage B 10 sichtbaren Kisten und Kartons zugrunde gelegt werden, die sich auf etwa ein Dutzend summieren. Selbst wenn man davon ausgeht, dass sie vollständig mit Oregano gefüllt waren, wird dadurch aber lediglich ein Bruchteil des in der Rechnung gem. Anlage K 2 aufgeführten Gewichts von 300 kg erreicht, zumal Oregano

im Verhältnis zu seinem Volumen sehr leicht ist. Der Senat schätzt, dass das Nettogewicht an Oregano in diesen Kartons und Kisten nicht mehr als 100 kg beträgt. Selbst wenn man für den Oregano den vom Sachverständigen Dr. B. ermittelten durchschnittlichen Einkaufspreis von 5,64 € zugrunde legt und zudem annimmt, der Marktpreis betrage 9,- € pro Kilo, beliefe sich der Schaden damit gleichwohl auf nicht mehr als die rechtskräftig bereits festgestellten 900,- €.

II.

Die Klägerin hat aus den Gründen des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 19.09.2019 – I ZR 64/18, Rn. 35 ff., auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, gegen die Beklagte ferner einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der Kosten des Deckungskaufs für das Mehl aus Art. 17 Abs. 1 Art. 13 Abs. 1 Satz 2, Art. 23 Abs. 5 CMR i.H.v. 1.080,- €.

Ergänzenden Sachvortrag, der zu einer anderen Beurteilung führen könnte, haben die Parteien nicht gehalten.

III.

Die sich somit auf einen Betrag von 14.243,- € summierenden Schadenersatzansprüche der Klägerin sind wegen der Hilfsaufrechnung der Beklagten mit eigenen Forderungen gegenüber T. W. aus anderen Transportaufträgen, die sich auf insgesamt 18.423,37 € summieren, gem. §§ 387, 389 BGB i.V.m. § 428 BGB erloschen.

1.

Im Anwendungsbereich der CMR besteht, soweit nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 CMR für die in Art. 17 CMR bestimmten Ansprüche wegen Verlust, Beschädigung und Überschreitung der Lieferfrist neben dem Absender auch der Empfänger anspruchsberechtigt ist, in deren Verhältnis zum Frachtführer eine Gesamtgläubigerschaft, wobei der Absender dabei Leistung wahlweise an sich selbst oder an den Empfänger verlangen kann (BGH, a.a.O., Rn. 50 m.w.N.). Der Schuldner einer Forderung, hinsichtlich deren Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB besteht, kann grundsätzlich auch mit einer Gegenforderung aufrechnen, die ihm nur gegenüber einem oder einzelnen der Gesamtgläubiger zusteht.

An der dabei erforderlichen Gleichartigkeit der Forderung der Gesamtgläubiger und der ihr gegenüberstehenden Forderung des Schuldners gegen einen der Gesamtgläubiger fehlt es allerdings, wenn der Gläubiger, gegen den sich die Gegenforderung des Schuldners richtet, Leistung entweder an sich selbst oder an einen Dritten verlangen kann und er das ihm insoweit zustehende Wahlrecht gem. § 263 Abs. 1 BGB noch nicht ausgeübt hat (BGH, a.a.O., Rn. 49 m.w.N.).

2.

Im vorliegenden Fall kann somit der Beklagten als Frachtführerin, die sowohl der Klägerin als der Empfängerin als auch T. W. als dem Absender gegenüber für Schäden wegen Beschädigung und verspäteter Ablieferung des Transportgutes haftete, das Recht zur Aufrechnung mit Gegenforderungen gegenüber dem Absender erst zustehen, nachdem dieser sein Wahlrecht in der Weise ausgeübt hat, dass er Leistung an sich verlangt, weil die sich gegenüberstehenden Ansprüche nur in diesem Fall gleichartig sind.

a)

Da der Senat zur Ausübung des Wahlrechts durch T. W. keine Feststellungen getroffen hatte, hat der Bundesgerichtshof die Annahme im Urteil vom 04.04.2018 beanstandet, dass die Schadenersatzansprüche durch die Aufrechnung der Beklagten mit höheren eigenen Ansprüchen gegen T. W. erloschen seien.

b)

Die nunmehr nachgeholten Feststellungen ergeben indes, dass der Absender T. W. tatsächlich sein Wahlrecht ausgeübt hat, indem er Zahlung von Schadensersatz an sich verlangt hat.

aa)

Die Ausübung des Wahlrechts nach § 263 Abs. 1 BGB ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann. Für den Berechtigten muss dann allerdings die mögliche Deutung seines Verhaltens als Wahlerklärung erkennbar gewesen sein (*Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 81. Aufl., § 263 Rn. 1). Beispiele für eine konkludente Wahlerklärung des Gläubigers sind die vorbehaltlose Annahme einer Leistung, die Klageerhebung auf eine bestimmte Leistung und die Einleitung der Zwangsvollstreckung (*Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 263 Rn. 3).

bb)

Davon ausgehend hat der Absender T. W. hier sein Wahlrecht ausgeübt, indem er zum einen die Schadenrechnungen vom 03. und 16.02.2012 an die Beklagte übersandte und in diesen Schreiben sein eigenes Konto als Empfängerkonto angegeben und zum anderen anwaltlich vertreten mit Schreiben vom 02.04.2012 erneut Ausgleich der Forderung an sich verlangt hat.

Das entsprechende neue Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz ist zu berücksichtigen, weil es einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt betrifft, der bislang übersehen worden ist, § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Es ist ferner nicht verspätet i.S.v. §§ 530, 291 Abs. 1 ZPO, da es die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, dass sie hierzu nicht bereits im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof vorgetragen hat. Die Revisionsinstanz ist keine Tatsacheninstanz (vgl. nur § 559 ZPO), so dass Sachvortrag – von wenigen Ausnahmen abgesehen – unbeachtlich ist. Zudem wird nach der Zurückverweisung an das Berufungsgericht das Berufungsverfahren wieder eröffnet und ist daher die Berücksichtigung neuen Vorbringens an den §§ 530, 531 ZPO zu messen.

In der Sache hat der Absender hier mit Übersendung der Schadenrechnungen an die Beklagte und der anschließenden Forderung nach einem fristgemäßen Ausgleich der Forderung eindeutig und endgültig Leistung an sich – und nicht etwa an die Klägerin – verlangt. Dies wird dadurch untermauert, dass er sein eigenes Konto als Empfängerkonto angegeben und im anwaltlichen Schreiben vom 02.04.2012 ausdrücklich von einer Forderung »unserer Mandantin«, mithin des unter »Handelsagentur P« handelnden T. W. die Rede ist. Jedenfalls dem Rechtsanwalt, dessen Kenntnis und Kennen-

müssen sich der Absender gem. § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muss, ist auch bewusst gewesen, dass T. W. alternativ Zahlung an die Klägerin als Empfängerin der Sendung hätte fordern können, weshalb für den Rechtsanwalt auch erkennbar gewesen ist, dass das Schreiben als Wahlerklärung verstanden werden kann.

Aus den anwaltlichen Schreiben der Beklagten vom 16. und 30.05.2017 folgt keine andere Beurteilung. Unmittelbar können sie sich schon deshalb nicht über das Wahlrecht aus § 263 Abs. 1 BGB verhalten, weil sie Erklärungen der Beklagten und nicht des allein ausübungsberechtigten Absenders T. W. enthalten. Abgesehen davon hatte dieser sein Wahlrecht vorher, und zwar spätestens mit Schreiben vom 02.04.2012, bereits ausgeübt und ist diese Willenserklärung mit Zugang dieses Schreibens wirksam geworden. Ungeachtet dessen lässt sich den Schreiben vom 16. und 30.05.2012 nicht einmal mittelbar entnehmen, dass T. W. von seiner Forderung gegenüber der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz an sich abgerückt wäre. Im Gegenteil ergibt sich aus ihnen, dass im Verhältnis zwischen T. W. und der Beklagten wechselseitig Fracht- und Schadenersatzforderungen streitig waren. Soweit dort von einer Zahlung auf ein Kanzeileanderkonto die Rede ist, betrifft dies die Fracht und lässt daher nicht den Schluss zu, T. W. mache nicht mehr Zahlung von Schadensersatz an sich geltend. Vielmehr war jene Zahlung Bestandteil einer angestrebten einvernehmlichen Lösung zwischen dem Absender und der Beklagten. Dies wird zusätzlich dadurch bestätigt, dass die Beklagte mit Schreiben vom 18.06.2012 erklärt hat, eine Abwicklung des Vorganges solle mit T. W. als Auftraggeber und nicht im Verhältnis zur Klägerin erfolgen; dem hat T. W. nicht widersprochen.

3.

Die Beklagte hat auch in zulässiger Weise gegenüber der Klägerin die Aufrechnung erklärt. Besteht bei einer Forderung Gesamtgläubigerschaft (§ 428), so kann der Schuldner ohne weiteres mit einer Forderung aufrechnen, die ihm nur gegen einen der Gesamtgläubiger zusteht (*Staudinger/Gursky* (2016) BGB § 387, Rn. 28 m.w.N.; *Schlüter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 387 Rn. 14).

Soweit vertreten wird, dass die anderen Schuldner oder Gläubiger mit der Forderung eines Gesamtschuldners oder Gesamtgläubigers nicht aufrechnen können (vgl. *Schlüter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., § 387 Rn. 7), betrifft dies eine andere Konstellation als im vorliegenden Fall. Die Beklagte ist (alleinige) Inhaberin der aufgerechneten Frachtforderungen, sie hat nicht i.S.v. §§ 429 Abs. 3, 422 Abs. 2 BGB mit der Forderung »eines anderen Gesamtgläubigers« aufgerechnet, sondern mit einer ihr selbst zustehenden Forderung.

4.

Die Gegenforderungen der Beklagten gegen T. W. aus dem Versäumnisurteil vom 03.04.2013 und aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss summieren sich auf 14.518,70 € nebst Zinsen seit 2012/13 und übersteigen damit die berechtigte Klageforderung.

Wie der Senat bereits im Urteil vom 04.04.2018 festgestellt hat und vom Bundesgerichtshof nicht beanstandet worden ist, kann die Klägerin eine betragsmäßige Beschränkung der

rechtskräftig titulierten Ansprüche nicht mit Erfolg geltend machen. Einwendungen i.S.d. § 767 ZPO hat die Klägerin nicht erhoben.

[...]

Einsender: RA Frank Geissler, Hamburg

Art. 17, 25 Abs. 1, 29 CMR, § 435 HGB

1. Bei der Beförderung von Tiefkühlware begründet (allein) der Verstoß gegen die Bestimmungen der TLMV und/oder der Richtlinie 89/108/EWG einen Substanzschaden i.S.d. Art. 17 Abs. 1 CMR

2. Der Absender von Tiefkühlgut ist nicht verpflichtet, vor/bei Beladung des Lkw die Funktion des Kühlaggregats zu überprüfen; eine unterlassene Überprüfung begründet mithin keine Mitverschulden des Absenders i.S.d. Art. 17 V CMR.

3. Dem Frachtführer ist ein qualifiziertes Verschulden i.S.d. Art. 29 CMR vorzuwerfen, wenn er vor Beginn und während der Beförderung die ordnungsgemäße Funktion der Kühleinrichtungen nicht überprüft.

[Leitsätze des Einsenders]

OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 11.02.2022 – 13 U 358/19

(vorgehend: LG Darmstadt, Urt. v. 24.09.2019 – 12 O 15/18).

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Ersatz eines Güterschadens aus einem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag über die Beförderung von Tiefkühlware in Anspruch.

Im Dezember 2016 verkaufte die 29 Paletten tiefgekühlter Burgerfleisch-Patties an die (nachfolgend »Käuferin«). Die Klägerin wurde von der Käuferin mit dem Transport der Ware von Heppenheim nach La Creche, Frankreich, beauftragt.

Die Klägerin beauftragte ihrerseits die Beklagte am 08.12.2016 mit dem Transport der Burgerfleisch-Patties von Heppenheim nach La Creche. Der Transportauftrag sah eine Transporttemperatur von -25°C vor. Die Beklagte beauftragte sodann die in Bulgarien ansässige Firma L Ltd. mit der Durchführung des Transports.

Die Burgerfleisch-Patties wurden am 29.11. und 01.12.2016 von der Hinsichtlich des Zustands der Ware wird auf die Prüfprotokolle und das Temperaturprotokoll Bezug genommen. Am 29.11., 30.11. sowie 01.12.2016 wurden die Burgerfleisch-Patties von Großostheim nach Heppenheim verbracht, insofern wird auf die Lagerbestandsliste in Heppenheim, die Containerlieferscheine und die Temperaturprotokolle Bezug genommen. Anschließend wurden die Burgerfleisch-Patties bis zum 14.12.2016 in Heppenheim bei Temperaturen unter -21° C gelagert.

Die Firma ... übernahm die Sendung am 14.12.2016 gegen 11 Uhr im Lager in Heppenheim. Aufgrund eines defekten