

market liberalisation. Sometimes the latter tend to spread apart the former and alter their application; policy considerations are disguised as the results of interpretive analyses. Policy considerations in favour of the victims of rail accidents seem to prevail, otherwise railway market liberalisation could cause social tensions, since the victims would be exposed to increased litigation risks and costs. Those particular solutions seem to be more balanced, which managed to harmonize the characteristic features of their strict liability applicable to railways with the policy considerations in favour of the victims of rail accidents.

From this point of view, the prevailing approach in *Germany* and *Austria* seems to be the most appropriate (if the origins and causes of the accident cannot be unambiguously allocated, either, solely to the sphere of operational risks of the RTC or the RIC or it was the interaction of the operational risks of both that led to the accident, the two are jointly and severally liable. To put it into the context of this analysis, the grey zone activates joint and several liability – provided that the preconditions of strict liability are met and no defence can successfully be referred to). The approach to operational risks is broad and generous; it includes abstract dangers and risks, covers railway activities and facilities beyond those in a technical sense, as well as the functional, administrative, etc. aspects. If the grey zone is broad (as it is); joint and several liability is expected to become the rule and not the exception. The attribution of occurrences to the sphere of one or the other can however be supported by other secondary distinctive criteria, such as the distribution of duties and competences between the RTCs and RICs by administrative law, with special regard to those laws that touch upon the safety and security of the railway. This is confirmed by the fact that these administrative provisions and internal guidelines are considered to be so-called protective laws (*Schutzgesetz*), which means that their infringement is considered to be wrongful (tortious) in the light of private law and triggers,

therefore, liability for the losses caused by them (both in German and in Austrian law). Here we face another intersection, that of administrative and private law.

There are also other suggested solutions to be evaluated. The one on *Betriebseinheit* (operating unit or uniform operation, according to which transport services and infrastructure are inseparable; moreover, tightly interconnected and interdependent despite their organisational separation, and, therefore, the RTC and the RIC form one single operational unit and they are always the joint or co-operators of the same establishment and always bear, therefore, joint and several liability) faces feasibility problems in situations wherein the origin of the accident was only and exclusively infrastructure-related without the intervention of any transport-related risk, because in this case it is hardly proper to consider the RIC and the RTCs (by the way: which RTCs? all those that have ever used the tracks of the RIC or only those that did so when the accident occurred? etc.) as a uniform establishment. (However, if several RTCs use the same infrastructure and the injuries can be traced back rather to a defect or malfunction of the infrastructure, but still joint and several liability applies due to the involvement of any RTC(s), a similar question arises also within the frame of the German-Austrian model: which RTCs are liable. According to the case law that one(s), in interest of which the infrastructure operated when the damaging act or omission was committed. However the practice faces difficulties if the time of the accident is uncertain.) The *Swiss model* (only the RTC involved is directly liable towards the injured party unless it cannot be found out which particular RTC was involved in the accident) exposes the victims of railway accidents to significant litigation risks and costs in pushing them first to try to find out which RTC was in fact involved, and in forcing them to cross-border litigation if the respective RTC is a foreign entity. The *indemnification model* seems to be a feasible and justifiable alternative to the prevailing view.

ENTSCHEIDUNGEN

Straße

Art. 17, 29 CMR

1. Mit Übersendung der Schadensunterlagen an den Transportversicherer erklärt der Versicherungsnehmer gleichzeitig konkludent die Abtretung seiner frachtvertraglichen Regressansprüche an den Transportversicherer.
2. Mit Übersendung der Schadensunterlagen an den Versicherer erklärt der Versicherungsnehmer gleichzei-

tig konkludent die Abtretung seiner Ansprüche aus dem Frachtvertrag an den Versicherer. Güter, welche nicht in absehbarer Zeit, bspw. wegen einer Annahmeverweigerung des Empfängers, nicht abgeliefert werden können, gelten als verlustig nach Art 17 Abs. 1 CMR.

3. Das Stehenlassen einer Sendung in einem Umschlaglager begründet regelmäßig den Vorwurf eines qualifizierten Verschuldens nach Art. 29 CMR, da nur durch unzureichende Ein-/Ausgangskontrollen erklärlich, da dies nur durch unzureichende Ein-/Ausgangskontrollen erklärbar ist.

4. Wenn das Gut für den Absender bei wirtschaftlicher Betrachtung aufgrund der vom Empfänger abgelehnten Warenannahme überhaupt keinen objektiven Wert mehr hat, kann der Absender die Rücknahme bzw. weitere Verwertung des Gutes ablehnen. Ihn trifft kein Verstoß gegen seine Schadensminderungspflicht.

[Leitsätze des Einsenders]

OLG Stuttgart, Urt. v. 27.11.2019 – 3 U 239/18

(Vorinstanz: LG Ellwangen, Urt. v. 05.10.2018 – 10 O 26/18)

A.

Die Firma verkaufte an die Firma im Wert von 5.029,36 € frische Teigwaren mit dem Mindesthaltbarkeitsdatum 09.12.2017 und 10.12.2017 sowie der kundenspezifischen Verpackungsdeklaration. Mit dem Transport von Crailsheim über Maria Lanzendorf (Österreich) in das ... lager in Ricany (Tschechien) beauftragte die Versicherungsnehmerin die Beklagte zu festen Kosten mit einem Liefertermin im ... lager am 15.11.2017. Die Beklagte beauftragte als Unterfrachtführer die S für den Transport von Crailsheim nach Maria Lanzendorf und die ... von Maria Lanzendorf in das ... lager Auf die Ankündigung der Beklagten vom 16.11.2017, erst am 17.11.2017 (Feiertag in Tschechien) an die Empfängerin ausliefern zu können, änderte die Versicherungsnehmerin die Dokumente auf den 17.11.2017. Die Anlieferung in Tschechien erfolgte nach dem Vortrag der Beklagten am Montag, den 20.11.2017, oder laut der Klägerin am 22.11.2017. Die Empfängerin verweigerte die Annahme der Sendung aufgrund des verkürzten Mindesthaltbarkeitsdatums und wegen des Leistungsdatums 17.11.2017, worüber die Beklagte die Versicherungsnehmerin am 22.11.2017 informierte. Am 23.11.2017 teilte die Versicherungsnehmerin der Beklagten mit, sie dürfe die Ware zu karitativen Zwecken weitergeben.

Das Landgericht gab der auf Zahlung von 5.029,36 € gerichteten Klage nach Art. 17 Abs. 1, 23 Abs. 1 CMR, § 86 VVG, § 398 BGB, hilfsweise nach österreichischem Recht gem. Art. 17 Abs. 1, 23 Abs. 1 CMR, § 1392 ABGB, § 67 VersVG statt. Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Ellwangen sei nach Art. 31 Abs. 1 CMR, § 30 ZPO gegeben. Durch die Überlassung der Schadensunterlagen habe die Versicherungsnehmerin die Ansprüche zumindest konkludent an die Klägerin abgetreten. Zudem sei durch das Schreiben der Klägerin vom 05.03.2018 nachgewiesen, dass die Klägerin an ihre Versicherungsnehmerin 5.029,36 € gezahlt habe. Die Ware sei i.S.v. Art. 17 Abs. 1 CMR gänzlich in Verlust geraten. Dass zwischen der Beklagten und der Versicherungsnehmerin wegen des Feiertages und des nachfolgenden Wochenendes konkludent eine Anlieferung bei der Empfängerin am 20.11.2017 vereinbart worden sei, sei nicht ersichtlich. Da das Mindesthaltbarkeitsdatum am 10.12.2017 abgelaufen sei und die Ware unstrittig für einen Weiterverkauf oder eine andere schadensmindernde Verwertung ungeeignet gewesen sei, weil sie für ... und in tschechischer Sprache etikettiert gewesen sei, sei das Gut für die Firma B. mit Ablauf des 17.11.2017, spätestens aber mit Ablauf des 18.11.2017 (Samstag), an dem die Anlieferung auch hätte erfolgen können, völlig wertlos geworden. Die Empfängerin sei im Ver-

hältnis zur Versicherungsnehmerin am 20.11.2017 nicht mehr verpflichtet gewesen, die Ware entgegen zu nehmen. Bei einem Mindesthaltbarkeitsdatum von nur noch 3 Wochen sei eine kurzzeitige Verzögerung relevant, vor allem wenn die Ware auch noch an unterschiedliche Filialen verteilt werden müsse. Die Voraussetzungen der Art. 17 Abs. 2, Art. 18 Abs. 1 CMR seien nicht gegeben. Ware mit kurzer Mindesthaltbarkeitsdauer könne bei gleichem Preis weniger gut abgesetzt werden, so dass die Weisung der Versicherungsnehmerin gem. Art. 15 Abs. 1 CMR für die Entstehung des Schadens nicht kausal gewesen sei, sondern in Verlust geratene wertlose Ware betroffen habe. Zudem würde ein Haftungsausschluss wegen der Nichterfüllung der sekundären Darlegungslast und einer gewissen Wahrscheinlichkeit für ein qualifiziertes leichtfertiges Verhalten nach Art. 29 Abs. 1, 2 CMR nicht greifen.

[...]

Die Berufung meint, dass mit ihrem Angebot der Gerichtsstand, die ergänzende Anwendung von österreichischem Recht, sowie die Geltung von § 41 AÖSp bestimmt worden sei. Das Landgericht habe fehlerhaft eine Bezahlung an die Versicherungsnehmerin angenommen. Die Kartons mit den Teigwaren seien versehentlich im Kühlhaus in Maria Lanzendorf stehen geblieben. Bei Feiertagen sei es üblich, dass Waren, bei denen eine Schädigung nicht zu befürchten sei, am nächsten Werktag geliefert würden, weshalb die Versicherungsnehmerin der Lieferung am 20.11.2017 konkludent zugestimmt habe. Es habe nur ein Ablieferungshindernis nach Art. 15 CMR vorgelegen. Es liege kein Schaden durch einen Verlust nach Art. 17 CMR vor, weil sie, die Beklagte, auf eine Weisung nach Art. 17 Abs. 2 CMR gehandelt habe. Auch bei einer Ablieferung am 17.11.2017 wären die Nudeln frühestens am 20.11.2017 in den Verkauf gekommen, so dass keine erhebliche Verkürzung der Vermarktungsdauer und qualitative Wertminderung vorgelegen habe. Die Ware hätte verbilligt auf dem tschechischen Markt zum Verkauf angeboten werden können.

[...]

Die Klägerin [...] meint unter anderem, sowohl mit der Empfängerin als auch mit der Beklagten sei der 15.11.2017 ursprünglich als Fixgeschäft vereinbart worden. Insbesondere weil die Beklagte aufgrund ihres Verschuldens den 17.11.2017 einseitig avisiert habe, sei eine konkludent vereinbarte weitere Nachlieferfrist bis zum 20.11.2017 nicht nachvollziehbar. Eine anderweitige Vermarktung der als Eigenmarke der Firma B verpackten Teigwaren sei marken- und lebensmittelrechtlich nicht möglich gewesen, so dass bereits durch die berechtigte Annahmeverweigerung der Empfängerin ein Verlust der Fracht eingetreten sei. Die Beklagte habe auch nicht dargelegt und nachgewiesen, dass sie die Ware durchgängig unter + 7°C nach § 2 der Lebensmittelhygiene-Verordnung (LMHV) und VO (EG) Nr. 852/2004 gekühlt habe, so dass das Gut nicht mehr verkehrsfähig gewesen sei. Im Übrigen würde auch bei einem Verspätungsschaden keine Haftungsbeschränkung gelten, da die Beklagte die Verspätung qualifiziert verschuldet habe.

[...]

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten bleibt in der Sache ohne Erfolg.

I.

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, die auch in der Rechtsmittelinstanz trotz § 513 Abs. 2 ZPO von Amts wegen zu prüfen ist (BGH, Urt. v. 16.12.2003, XI ZR 474/02; *Heßler*, in: *Zöller*, 33. Aufl. 2020, § 513 ZPO Rn. 8), ergibt sich aus Art. 31 Abs. 1 Buchst. b) CMR, denn unstrittig ist das Übereinkommen nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 CMR auf den Transportvertrag vom 09.11.2017 mit der Fixkostenvergütung anwendbar. Das von der Beklagten vorgelegte Angebot vom 29.06.2017 ist nicht unterzeichnet und betrifft nur den Transport von Crailsheim nach Maria Lanzendorf. Aber selbst wenn nach Ziffer 9 des Angebots der Beklagten vom 29.06.2017 als ausschließlicher Gerichtsstand Salzburg geregelt worden wäre, wäre diese Vereinbarung nach Art. 41 Abs. 1 CMR unwirksam, denn eine Parteivereinbarung darf nur weitere internationale Gerichtsstände neben den Zuständigkeiten aus Art. 31 CMR bereitstellen, aber keine dort genannten Zuständigkeiten derogieren (OLG Köln, Urt. v. 25.02.2014 – 3 U 161/13 [= *TranspR* 2015, 115], juris Rn. 16; OLG Oldenburg, Urt. v. 05.01.2000 – 4 U 34/99 [= *TranspR* 2000, 128], juris Rn. 12; *Koller*, in: *Transportrecht*, 9. Aufl. 2016, Art. 31 CMR Rn. 2, 5, 6).

II.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht nach Art. 17 Abs. 1 CMR, Art. 23 Abs. 1 CMR i.V.m. § 398 BGB bzw. §§ 1392 ff. ABGB ein Anspruch i.H.v. 5.029,36 € zu, so dass es offen bleiben kann, ob der hilfsweise geltend gemachte Regressanspruch nach § 86 VVG oder § 67 VersVG besteht.

1. Es kann auch dahinstehen, ob die Versicherungsnehmerin und die Beklagte entsprechend der Regelung in Ziffer 9 des von der Beklagten vorgetragenen Angebots vom 25.11.2016 für den streitgegenständlichen Transportauftrag eine Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (im Folgenden: Rom I-VO) getroffen haben, so dass ergänzend zu den Regelungen des Übereinkommens österreichisches Recht anzuwenden wäre. Das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Beförderers ist ohne Rechtswahl nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO nur dann anwendbar, wenn in demselben Staat ebenfalls der Übernahme- oder Ablieferungsort der Güter, oder der gewöhnliche Aufenthaltsort des Absenders liegt. Dabei bestimmt sich der Übernahme- und Ablieferungsort nach dem Vertrag insgesamt und nicht wie bei § 452a HGB nach einer Teilstrecke (*Staudinger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 5 VO [EG] 593/2008 Rn. 75). Wenn keine Rechtswahl erfolgte, ist aber trotz fehlender Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO vorliegend nicht das Recht des Staates des vereinbarten Ablieferungsorts (Tschechien) nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO anwendbar, sondern wegen der offensichtlich engeren Verbindung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO deutsches oder österreichisches Recht (vgl. *Martiny*, in: *Münchener Kommentar*, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rom I-VO Rn. 38 *Thron*, in: *Palandt*, 78. Aufl. 2019, Art. 5 Rom I-VO Rn. 7). Für die Frage der Abtretung gilt Art. 14 Abs. 1 und 2 Rom I-VO.

2. Die Versicherungsnehmerin hat durch die Übersendung der Schadensunterlagen an die Klägerin am 29.01.2018 eine

konkludente Abtretung ihres Anspruchs gegen die Beklagte i.H.v. 5.029,36 € vorgenommen, die von der Klägerin angenommen wurde (BGH, Urt. v. 20.09.2007 – I ZR 43/05 [= *TranspR* 2008, 113], juris 12, 17; BGH, Urt. v. 01.12.2005 – I ZR 85/04 [= *TranspR* 2006, 166], juris Rn. 19; OLG Köln, Urt. v. 25.08.2016 – I-3 U 28/16 [= *TranspR* 2017, 62], juris Rn. 4). Insoweit kommt es nicht darauf an, ob entsprechend der Erklärung gegenüber der Versicherungsnehmerin vom 05.03.2018 an diese die Entschädigung i.H.v. 5.029,36 € gezahlt wurde.

3. Ein Verlust i.S.v. Art. 17 Abs. 1, 1. Alt. i.V.m. Art. 23 Abs. 1 CMR liegt vor.

a. Nach Art. 17 Abs. 1 CMR haftet der Frachtführer für gänzlichen oder teilweisen Verlust und Beschädigung des Gutes, sofern der Verlust oder die Beschädigung zwischen dem Zeitpunkt der Übernahme des Gutes und dem der Ablieferung eintritt, sowie für die Überschreitung der Lieferfrist.

b. Der Verlust nach Art. 17 Abs. 1, 1. Alt. CMR besteht, wenn der Frachtführer auf nicht absehbare Zeit außer Stande ist, das Gut weisungsgemäß an den berechtigten Empfänger nach Art. 1 CMR auszuliefern (BGH, Urt. v. 10.07.1997, I ZR 75/95 [= *TranspR* 1998, 106], juris Rn. 21 *Koller*, a.a.O., Art. 17 CMR Rn. 1; § 425 HGB Rn. 4, 9a; *Jesser-Huß*, in: *Münchener Kommentar*, 4. Aufl. 2020, Art. 17 CMR Rn. 8, 9, 93), oder wenn ein Fall des Art. 20 Abs. 1 CMR gegeben ist. Eine Ablieferung i.S.v. Art. 1 CMR setzt voraus, dass der Empfänger nach der Ankunft des Gutes den Willen zur Gewahrsamsbegründung hat (BGH, Urteil vom 02.04.2009 – I ZR 16/07 [= *TranspR* 2009, 410], Rn. 14; *Jesser-Huß*, in: *Münchener Kommentar*, a.a.O., Art. 17 CMR Rn. 21). Die Ursache der Nichtablieferung spielt keine Rolle und es ist auch nicht erforderlich, dass das Gut vernichtet wurde oder sein Verbleib unbekannt ist (BGH, Urt. v. 27.10.1978 – I ZR 30/77, juris Rn. 14; BGH, Urt. v. 18.05.1995 – I ZR 151/93, juris Rn. 19 *Jesser-Huß*, in: *Münchener Kommentar*, a.a.O., Art. 17 CMR Rn. 9 m.w.N.), sondern der Verlust kann auch auf sonstiger tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit der Auslieferung an den Berechtigten beruhen (*Boesche*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, 3. Aufl. 2015, Art. 17 CMR Rn. 3 m.w.N.).

c. Die Versicherungsnehmerin hatte mit der Empfängerin für die frischen Teigwaren nicht nur das Mindesthaltbarkeitsdatum 09./10.12.2017, sondern auch eine zwingend einzuhaltende Restlaufzeit von 21 Tagen vereinbart, weshalb nach dem Kaufvertrag und Transportvertrag das Gut fix bis zum 15.11.2017 angeliefert werden musste. Dass die Beklagte ihre mit der Versicherungsnehmerin vereinbarte Frist zur Ablieferung des Transportgutes am 15.11.2017 als Fixtermin erkannte, ergibt sich auch daraus, dass dies so im Bordero bezeichnet war. Die Behauptung der Beklagten, dass die Versicherungsnehmerin entsprechend des Handelsbrauchs konkludent der Ablieferung am 20.11.2017 als dem nächsten Werktag nach dem Feiertag am 17.11.2017 zustimmt habe, ist rechtsfehlerhaft, da die neue Leistungszeit ausdrücklich auf Wunsch der Beklagten vom 16.11.2017 auf den 17.11.2017 bestimmt wurde. Auch § 193 BGB bzw. § 903 Satz 3 ABGB finden keine Anwendung, wenn die Frist konkret auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag festgelegt wurde (BGH, Versäumnisurt. v. 10.05.2001 –

XII ZR 60/99, juris Rn. 23; *Maier-Reimer*, in: *Erman*, 15. Aufl. 2017, § 193 BGB Rn. 8). Aufgrund der Aussage des Zeugen steht zudem fest, dass die Versicherungsnehmerin die von der Beklagten am 16.11.2017 mitgeteilte verspätete Ablieferung in Tschechien am 17.11.2017 mit der zuständigen Mitarbeiterin der Empfängerin absprach, weil die Empfängerin nach der Bestellnummer den fix vereinbarten Liefertag der Ware bucht und die Ware im nach dem vertraglich bestimmten Tag nicht mehr abgeliefert werden kann, wenn nicht die Empfängerin bezüglich der Nachlieferungsfrist die Buchungsnummer ändert. Der Zeuge konnte deshalb erst nach der Abstimmung mit der Empfängerin der Beklagten die abgeänderten Dokumente am 16.11.2017 zusenden. Für den Senat bestehen daher auch unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen wonach das Lager oft auch an Feiertagen geöffnet sei, und der Angabe des Zeugen, dass die Gesamtplanlieferzeit im Rahmenvertrag mit zwar Werktagen beinhalte, aber bei entsprechender Disposition auch an einem Feiertag, der auf einen Werktag falle, eine Anlieferung möglich sei, keinerlei Zweifel, dass die Subunternehmerin der Beklagten trotz des Feiertages die Frischware zwingend am 17.11.2017 abliefern musste. Die Aussagen der Zeugen sind nachvollziehbar und glaubhaft. Es entstand zu keinem Zeitpunkt der Vernehmung der Eindruck, dass die Mitarbeiter der Versicherungsnehmerin lediglich zu Gunsten der Klägerin aussagen wollten. Vielmehr gaben die Zeugen während ihrer Zeugenvernehmung jeweils zu erkennen, soweit sie keine konkreten Kenntnisse von den Vorgängen hatten, weil es zum Beispiel nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fiel. Die Zeugen machten auf den Senat einen besonnenen und ehrlichen Eindruck; sie sind uneingeschränkt glaubwürdig. Selbst wenn der Beklagten das Buchungssystem bei der Empfängerin nicht bekannt gewesen sein sollte, obwohl bereits zuvor eine Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten mit der Versicherungsnehmerin bestand, welche sich auch aus den Aussagen der Zeugen ergibt, war für sie und ihre Subunternehmerin jedenfalls erkennbar, dass aufgrund der bereits verlängerten Frist eine nicht mehr verlängerbare fixe Transport- bzw. Lieferfrist für die frischen Teigwaren besteht.

d. Da aber von der Subunternehmerin der Beklagten nach dem Vortrag der Beklagten erst am 20.11.2017 die Ablieferung versucht wurde, ohne dass dies mit der Versicherungsnehmerin und der Empfängerin abgesprochen war, durfte die Empfängerin die Annahme der Ware nach Art. 1, 45 Abs. 1 Buchst. a), 33 Buchst. a), 49 Abs. 1 Buchst. a), 25 CISG wegen der verkürzten Restlaufzeit (19 bzw. 20 Tage) bis zum Mindesthaltbarkeitsdatum verweigern. Zudem war es der Empfängerin wegen der bereits geschlossenen Buchungsnummer auch nicht mehr möglich, die Ware anzunehmen, und schließlich benachrichtigte die Beklagte die Versicherungsnehmerin erst am 22.11.2017 über die Ablehnung der Annahme durch die Empfängerin, so dass seit dem ursprünglichen Liefertermin vom 15.11.2017 bereits 7 Kalendertrage vergangen waren und für die Versicherungsnehmerin keine Möglichkeit bestand, auf die Annahme der verspäteten Lieferung hinzuwirken.

e. Vor der Weisung der Versicherungsnehmerin vom 23.11.2017 war nicht nur eine Verspätung (vgl. *Koller*, a.a.O., Art. 17 CMR Rn. 56, § 425 HGB Rn. 7, 91, 91a;

Jesser-Huß, in: Münchener Kommentar, a.a.O., Art. 17 CMR Rn. 93), sondern bereits ein Verlust eingetreten. Der Verlust ist nicht durch ein Verschulden der Versicherungsnehmerin nach Art. 17 Abs. 2 CMR erfolgt. Ein Verschulden der Verfügungsberechtigten setzt zwar nur voraus, dass sie schuldhaft eine Obliegenheit zur Schadensverhinderung verletzt (*Jesser-Huß*, in: Münchener Kommentar, a.a.O., Art. 17 CMR Rn. 30), aber die Versicherungsnehmerin musste nicht die Rücklieferung des Guts an sich veranlassen (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.01.1992, [= TranspR 1993, 17]; *Boesche*, in: *Ebenroth/Boujongl/Joost/Strohn*, a.a.O., CMR Art. 17 Rn. 3). Der Verlust ist auch nicht nach Art. 17 Abs. 2 CMR durch eine vom Frachtführer bzw. dessen Erfüllungsgehilfen nach Art. 3 CMR nicht verschuldete Weisung der Verfügungsberechtigten Absenderin geschehen, so dass eine Haftungsbefreiung gem. Art. 15 Abs. 1, 17 Abs. 2 CMR nicht vorliegt.

aa. Zwar steht nicht positiv fest, dass im Zeitpunkt der versuchten Ablieferung bei der Empfängerin eine Beschädigung nach Art. 17 Abs. 1, 2. Alt. CMR durch eine äußere oder innere Substanzverletzung (vgl. BGH, Urt. v. 10.02.1983 – I ZR 114/81 = TranspR 1983, S. 67, 68 – röstfrischer Kaffee; AG Düsseldorf, Urt. v. 12.09.1995 – 47 C 412/83 = VersR 1986, S. 500 – Reife von Obst; *Scaviol/Wallau*, TransportR 2014, S. 89, 94) der frischen Teigwaren vorlag, zumal das Mindesthaltbarkeitsdatum nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. r) VO (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV) nicht mit dem Verbrauchsdatum gleichzusetzen ist.

bb. Wenn aber das Gut auch für den Absender bei wirtschaftlicher Betrachtung (BGH, Urt. v. 10.07.1997 – I ZR 75/95, [= TranspR 1998, 106] juris Rn. 21) nach der vereinbarten Lieferzeit, aufgrund der vom Empfänger abgelehnten Warenannahme überhaupt keinen objektiven Wert mehr hat, kann auch der Absender die Rücknahme bzw. weitere Verwertung des Gutes ablehnen (*Kirchhof*, in: Beck-Online-Kommentar, Stand 15.10.2019, § 423 HGB Rn. 7 und § 424 HGB Rn. 3; *Koller*, a.a.O., § 425 HGB Rdnr. 9a).

cc. Die frischen Teigwaren (Eierspätzle und Schupfnudeln) waren für die Beklagte erkennbar nach kundenspezifischen Merkmalen in einer Folie mit der Bezeichnung der Eigenmarke der Firma B und in tschechischer Sprache verpackt. Eine Veräußerung der unter der Eigenmarke geführten Teigwaren an Dritte war der Versicherungsnehmerin ausweislich der glaubhaften Aussage des Zeugen auch der vertraglichen Weisung der Empfängerin im Kaufvertrag rechtlich nicht möglich. Auch der Zeuge wies darauf hin, dass die Ware nach dem Kaufvertrag mit der Empfängerin nicht an Dritte veräußert werden durfte. Diese Aussagen sind insbesondere aus marken- und wettbewerbsrechtlichen wettbewerbsrechtlichen Gründen glaubhaft. Ein Abverkauf war mangels Möglichkeit der Umverpackung der pasteurisierten Frischware in eine andere Folie in Tschechien nicht möglich. Ein Überkleben der jeweiligen Aufdrucke war für den Verkauf am vorgesehenen Ort der Ablieferung ebenso nicht realisierbar und ohne Zustimmung der Empfängerin auch nicht zulässig.

dd. Zur anderweitigen Vermarktung wäre vielmehr durch die Versicherungsnehmerin eine vollständige Umverpackung der Teigwaren an ihrem Firmensitz erforderlich gewesen.

Nach der Benachrichtigung der Versicherungsnehmerin über die Ablehnung der Empfängerin am 22.11.2017 und ab der Entscheidung am 23.11.2017 wären dann aber weitere 5 Tage für den Rücktransport und nach der Schätzung des Senats zusätzlich mindestens 3 Tage für die notwendige Lebensmittelüberprüfung, Umverpackung und Verbringung in den Warenverkehr benötigt worden, so dass für die neue Käuferin bestenfalls noch 9 bzw. 10 Tage bis zum Endverkauf vor Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums verblieben wären. Diese kurze Zeit hätte nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht ausgereicht, um 3,146 t frische Teigwaren zu veräußern. Der Käuferin, die das Lebensmittel mit einem abgelaufenen Mindesthaltbarkeitsdatum weiterhin in Verkehr bringt, obliegt aber eine eigene erhöhte Verantwortung hinsichtlich der Beschaffenheit des Lebensmittels und sie muss eine ausreichende Kenntlichmachung für den Endkäufer vornehmen (*Rathke*, in: *Zipfel/Rathke*, 173. Erg.Lfg. März 2019, Art. 24 LMIV Rn. 6; *Grube*, in: *Voit/Grube*, Lebensmittelinformationsverordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 24 LMIV Rn. 52, 53, 55). Hinzu kommt, dass die Versicherungsnehmerin eine etwaige neue Käuferin über die zuvor erfolgten Transportwege, die fehlende Information zur durchgängigen Kühlung von + 7 °C, und die Umverpackung hätte aufklären müssen.

ee. In der Gesamtschau war daher zur Überzeugung des Senats aufgrund der vorliegend besonderen Umstände und der kurzen Vermarktungsmöglichkeit bis zum Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums unter Berücksichtigung der weiteren Transport-, Lebensmittelprüfungs-, Verpackungs- und Vermarktungskosten aus der maßgeblichen ex ante Sicht objektiv keine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit zur Veräußerung der frischen Teigwaren mehr vorhanden, so dass die Versicherungsnehmerin nicht die Rücksendung der Ware zur Vorbereitung einer anderweitigen Veräußerung veranlassen musste, sondern der Verlust war bereits vor ihrer Weisung durch die endgültige Ablehnung der Warenannahme seitens der Empfängerin am 22.11.2017 eingetreten. Zudem ist ein kausales Verschulden des Frachtführers auch dort anzunehmen, wo schuldhaftes Verhalten des Frachtführers Weisungen notwendig gemacht hat (*Koller*, a.a.O., Art. 17 CMR Rn. 32; *Jesser-Huß*, in: Münchener Kommentar, a.a.O., Art. 17 CMR Rn. 35). Da die Beklagte insbesondere erst am 22.11.2017 die nochmalige Lieferverzögerung der Versicherungsnehmerin mitteilte, obwohl nach ihrem eigenen Vortrag die Subunternehmerin bereits am 20.11.2017 einen Anlieferungsversuch unternommen hatte, lag ein solches Verschulden vor.

4. Es kann daher im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob sich die Beklagte insbesondere wegen ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 06.09.2019 bereits nach Art. 29 Abs. 1, 2 Satz 1 CMR nicht auf die Geltung von Art. 17 Abs. 2 CMR berufen kann.

a. Nach Art. 29 Abs. 1, 2 Satz 1 CMR kann sich der Frachtführer nicht auf den Haftungsausschluss des Art. 17 Abs. 2 CMR (*Jesser-Huß*, in: Münchener Kommentar, a.a.O., Art. 29 CMR Rn. 38) berufen, wenn er oder sein Bediensteter den Schaden vorsätzlich oder durch ein dem Vorsatz nach dem Recht des angerufenen Gerichts gleichstehendes Verschulden verursacht hat. Dies erfordert einen besonders schweren Pflichtenverstoß, bei dem sich der

Frachtführer in krasser Weise über die Sicherheitsinteressen des Vertragspartners hinwegsetzte und sich dem Handelnden aus seinem leichtfertigen Verhalten die Erkenntnis aufdrängte, ein Schaden werde (wahrscheinlich) eintreten (BGH, Urt. v. 21.03.2007, [= TranspR 2007, 361], juris Rn. 16 *Koller*, a.a.O., Art. 29 CMR, Rdnr 3 a, 3b *Babnsen*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a.a.O., Art. 29 CMR Rn. 15). Leichtfertig handelt, wer elementare, auf der Hand liegende Sorgfaltspflichten verletzt, naheliegende Überlegungen nicht anstellt, sich über Bedenken in Anbetracht von Gefahren hinwegsetzt, die sich jedem aufdrängen müssen (BGH, Urt. v. 11.11.2004 – I ZR 120/02, [= TranspR 2006, 161] juris Rn. 30, 32), wobei eine kausale Beziehung zwischen dem qualifiziert schuldhaften Verhalten und dem Schaden erforderlich ist (*Koller*, a.a.O., § 439 HGB Rn. 30).

b. Die Beklagte ließ in der mündlichen Verhandlung vom 06.09.2019 vortragen, dass die Ware versehentlich im Kühlhaus in Maria Lanzendorf stehengeblieben und deshalb nicht am 15.11.2017 nach Tschechien verbracht worden sei. Bei einer Betriebsorganisation, die Ein- und Ausgangskontrollen beim Umschlag von Transportgütern nicht durchgängig vorsieht, ist im Regelfall der Vorwurf eines leichtfertigen Verhaltens gerechtfertigt, weil es sich bei diesen Maßnahmen um elementare Vorkehrungen gegen den Verlust von Ware handelt (BGH, Urt. v. 11.11.2004 – I ZR 120/02, [= TranspR 2006, 161] juris Rn. 23, 24; BGH, Urt. v. 04.02.2016 – I ZR 216/14, [= TranspR 2016, 404] juris Rn. 25). Die Beklagte erhielt bzw. forderte wohl auch am Freitag, den 17.11.2017, von der Subunternehmerin keine Rückmeldung ein, obwohl ihr bewusst war, dass bereits der erste fix bestimmte Termin zum 15.11.2017 nicht eingehalten werden konnte (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 28.05.2008 – 3 U 10/08 [= TranspR 2008, 259], juris Rn. 5, 8, 9). Zudem informierte sie am 20.11.2017 nicht die Versicherungsnehmerin über die abgelehnte Annahme der Ware durch die Empfängerin, entweder weil sie von der Subunternehmerin nicht darüber benachrichtigt wurde, was sie aber hätte gewährleisten müssen, oder weil sie deren Mitteilung nicht weitergab. Allerdings ist nicht bekannt, ob und inwieweit die Beklagte Kenntnis von dem Inhalt des Kaufvertrages hatte, wobei ihr aufgrund der frischen Teigwaren mit Mindesthaltbarkeitsdatum bis zum 09./10.12.2017 jedenfalls bewusst sein musste, dass die Nachfrist einzuhalten ist und wahrscheinlich jedenfalls ein Verspätungsschaden eintreten wird.

5. Durch den Verlust kommt es auf Art. 30 Abs. 3 CMR und Art. 23 Abs. 5 CMR nicht an (vgl. *Koller*, a.a.O., Art. 23 CMR Rn. 17) und der Wert des Gutes zum Zeitpunkt der Übernahme der Beförderung nach Art. 23 Abs. 1 CMR entsprach unstreitig dem Kaufpreis. Zudem übersteigt der Schaden nicht die Entschädigung nach Art. 23 Abs. 3 CMR (vgl. BGH, Urt. v. 30.09.2010, [= TranspR 2010, 437] juris Rn. 22).

6. Ein Haftungsausschluss der Beklagten nach § 41 Buchst. a) AÖSp wegen Vorliegens einer Speditionsversicherung der Beklagten besteht nicht. Die Klägerin bestreitet, dass die Bedingungen in den streitgegenständlichen Frachtvertrag einbezogen wurden, was die Beklagte nicht nachgewiesen hat. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Haftungsausschluss

gem. § 41 Buchst. a) AÖSp nach Art. 41 Abs. 1 CMR nichtig ist (vgl. *Bahnsen*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a.a.O., Art. 41 CMR Rn. 11 m.w.N.).

[...]

Einsender: RA MMag. Dr. Lukas-Florian Gilhofer, Salzburg

Anmerkung

1. Zusammenfassung

In der Entscheidung zu GZ 3U 239/18 hatte das OLG Stuttgart einen Fall im Spannungsverhältnis zwischen Verlust und Lieferfristüberschreitung zu entscheiden. Der Entscheidung lag ein grenzüberschreitender Transport von Teigwaren zugrunde. Die Lieferfrist wurde um wenige Tage überschritten. Die Empfängerin verweigerte die Warenannahme, weil das MHD der Teigwaren aufgrund der Lieferfristüberschreitung um wenige Tage verkürzt war. Die Teigwaren waren zum Zeitpunkt der beabsichtigten Ablieferung vollständig und unversehrt. Die Klägerin machte dennoch einen Verlust der Waren nach Art. 17 Abs. 1, 1. Fall CMR geltend. Die Beklagte wendet dagegen ua. ein, dass es sich lediglich um eine Lieferfristüberschreitung handelte und Ersatz nur für Vermögensschäden beschränkt mit dem Frachttgelt gem. Art. 23 Abs. 5 CMR zustünde. Das OLG Stuttgart begründete seine Entscheidung damit, dass ein Verlust dann vorliege, wenn der Frachtführer auf nicht absehbare Zeit außer Stande sei, das Gut an den Empfänger auszuliefern. Die Ursache der Nichtablieferung spiele keine Rolle. Im Ergebnis liegt nach Ansicht des OLG Stuttgart trotz Vollständigkeit und Unversehrtheit der Waren im Ablieferungszeitpunkt ein Verlust vor.

2. Anmerkung

Die Entscheidung ist zu kritisieren. Das OLG Stuttgart subsumiert den Sachverhalt unrichtig unter den Tatbestand Verlust gem. Art. 17 Abs. 1, 1. Fall CMR. Die CMR zählt in den Art. 17 bis 29 die Haftungstatbestände des Frachtführers einzeln auf. Gem. Art. 17 CMR haftet der Frachtführer für Verlust und Beschädigung der Waren sowie für Lieferfristüberschreitung. Die Haftungstatbestände der CMR sind nicht analogiefähig.¹ Das heißt, dass die Regelungen zum Verlust dann anzuwenden sind, wenn die Waren verlustig oder totalbeschädigt sind und die Regelungen zur Lieferfristüberschreitung dann, wenn die Lieferfrist überschritten wurde. Damit konform sind für den OGH durch die Verspätung verursachte Substanzschäden nach Maßgabe des Art. 23 Abs. 1 bis 4 CMR zu ersetzen und nicht nach Abs. 5.² Die Waren sind in diesem Fall zum Zeitpunkt der Ablieferung nicht mehr unversehrt. Im gegenständlichen Fall stand aber fest, dass die Waren zum Zeitpunkt des Ablieferungsversuchs vollständig und unversehrt waren. Es lag auch kein Fall der inneren Substanzschädigung³ vor. Stattdessen lag eine schlichte Lieferfristüberschreitung vor.⁴ Dennoch wendete das OLG Stuttgart nicht die Regelungen zur Lieferfristüberschreitung an, sondern jene des Verlusts. Die Rechtsansicht des OLG Stuttgart widerspricht dem System der CMR, dem es durch die Aufzählung einzelner Haftungstatbestände und diesen zugeordneten Haftungsbegrenzungsnormen in erster Linie um Rechtssicherheit geht.⁵ Die Rechtssicherheit scheint daher mit der gegenständlichen

Entscheidung des OLG Stuttgart in Gefahr. Das OLG Stuttgart hätte im gegenständlichen Fall auch bei Anwendung der Regelungen zur Lieferfristüberschreitung sohin bei systemkonsequenter Anwendung der CMR zu demselben Ergebnis kommen können. Denn sobald die Empfängerin die Waren annahmeverweigert, entsteht für den Absender regelmäßig ein Vermögensschaden, den er – sofern er dem Frachtführer grobes Verschulden nachweist – auf Basis der Regelungen zur Lieferfristüberschreitung vom Frachtführer fordern kann. Der Absender erhält dann auch den Warenwert ersetzt. Im Ergebnis ist die Entscheidung des OLG Stuttgart aus obigen Gründen abzulehnen und bleibt zu hoffen, dass diese rasch in einem ähnlich gelagerten Fall von einem Höchstgericht »korrigiert« wird.

RA MMag. Dr. Lukas-Florian Gilhofer Salzburg

- 1 Koller, in: *Transportrecht Kommentar*, 8. Aufl., Vorbemerkung vor Art. 17 CMR, Rn. 1.
- 2 Österr. OGH v. 31.03.1982, *TranspR* 1983, 196.
- 3 AG Düsseldorf, *Urt. v. 12.09.1985*, *VersR* 1986, 500.
- 4 Selbst wenn man der Meinung sein sollte, dass eine Lieferfristüberschreitung zwingend eine Ablieferung voraussetzt und mangels Ablieferung im gegenständlichen Fall folglich keine Lieferfristüberschreitung vorliegen könne, so ist dem entgegenzuhalten, dass auch der Verlust totalbeschädigte oder verlustig gewordene Waren voraussetzt und auch diese Voraussetzung nicht gegeben war im gegenständlichen Fall.
- 5 Koller, in: *Transportrecht Kommentar*, 8. Aufl., Vorbemerkung vor Art. 17 CMR, Rn. 1.

Art. 9, 17 Abs. 2 CMR; § 7 Abs. 1 Abs. 6 AMWHV

1. Der Geschädigte hat zu beweisen, dass die Anspruchsvoraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 CMR vorliegen, also der Frachtführer das Gut in einer bestimmten Qualität und vollständig übernommen hat; das schließt eine ausreichende Vorkühlung mit ein.
2. Art. 17 Abs. 2 CMR ist nicht anwendbar, wenn bereits beschädigtes Gut dem Frachtführer übergeben wurde. Eine bereits eingetretene Beschädigung stellt keinen besonderen Mangel i.S.d. Art. 17 Abs. 2 CMR dar, der vom Frachtführer zur Begründung seines Haftungsausschlusses zu beweisen wäre.
3. Eine Beschädigung des Transportguts liegt vor, wenn dessen Qualität während des Transports gemindert wird, wovon bei einem Transport von Arzneimitteln nach § 7 Abs. 1 Abs. 6 AMWHV auszugehen ist, wenn von den Vorgaben des Herstellers abgewichen wird.
4. Die Bestätigung der Übernahmetemperatur im Frachtbrief bezieht sich nur auf den Übernahmezeitpunkt. Sie begründet nicht den vom Frachtführer zu widerlegenden Nachweis, dass die Ware auch von der Herstellung bis zur Übernahme ordnungsgemäß gekühlt wurde.

[Leitsätze der Redaktion]

OLG Brandenburg, *Urt. v. 15.01.2020 – 7 U 119/18*

(Vorinstanz: LG Frankfurt (Oder), *Urt. v. 28.06.2018 – 31 O 58/17*)