

# Schadensverhütung und Quersubventionen bei der CMR aus deutscher Sicht\*

## Überlegungen aus Anlaß des 50 jährigen Bestehens der CMR

Professor Dr. Ingo Koller, Regensburg

### I. Einleitung

Im Jahre 2006 erinnerte eine Reihe von Veranstaltungen an den 50. Geburtstag der CMR. Nicht überall herrschte ungetrübte Freude. So erklärte *Haak*<sup>1</sup> in Amsterdam auf einem Symposium zum 50. Geburtstag der CMR diese für dringend revisionsbedürftig. Nach seiner Ansicht bedarf es unter anderem einer Revision, um in der CMR eine Antwort auf die Ausbreitung des multimodalen Transportes<sup>2</sup> zu geben und die Kaufkraft der Haftungshöchstsumme den Werten der heute transportierten Güter und der Inflationsentwicklung anzupassen. In vielen Punkten, in denen *Haak* eine Überarbeitung der CMR fordert, geht es darum, daß die CMR in den Vertragsstaaten unterschiedlich ausgelegt wird, so z. B. hinsichtlich des Art. 23 IV CMR zu den Begriffen »Frachten, Zölle und sonstige aus Anlaß der Beförderung des Gutes entstandene Kosten« oder zum Begriff des Klägers in Art. 3 CMR. Mittelbar geht es um das Problem der Quersubventionen, wenn *Haak* den Frachtbriefformalismus der Art. 24, 26 CMR beklagt. Soweit *Haak* die Rechtseinheit durch ein Auseinanderdriften der Auslegung in den Vertragsstaaten bedroht sieht und die Rechtseinheit durch eine Revision wiederherstellen will, mag man sich fragen, ob man bei einer Revision der CMR, die nicht alle Vertragsstaaten ratifizieren, vom Regen in die Traufe gerät. Es ist eher die Frage zu stellen, wieviel Rechtseinheit man überhaupt erwarten kann, wenn ein Gesetz in nahezu 50 Staaten Europas, Teilen Asiens und Afrikas gilt. Schon die Sprachhürde, aber auch die Veröffentlichungspraxis in den Vertragsstaaten verhindern es, dem Ideal der Rechtseinheit näher zu kommen, das gebietet,<sup>3</sup> den Stand der Rechtsprechung und der Wissenschaft in allen Vertragsstaaten im Auge zu behalten.<sup>4</sup> Von zentraler Bedeutung ist dagegen unabhängig von der gelebten Rechtseinheit die Erosion der Haftungshöchstsumme, die dadurch verursachte Minderung der Haftungsfunktion des Art. 17 CMR sowie die Flucht in den Art. 29 CMR. Da gemäß Art. 29 CMR in unbegrenzter Höhe haftet wird, entsteht das Problem, daß die Absender wenig gefährdeter Güter die Absender besonders schadens-

geneigter Güter subventionieren, wenn der Frachtführer das Schadenspotential der ihm übergebenen Sendungen nicht zu beurteilen vermag und deshalb einen Einheitspreis fordert.<sup>5</sup>

### II. Die Haftungsfunktion der CMR

#### 1. Die Funktion der Haftung

Art. 17 I CMR spricht von »haftet« (»shall be liable«; »est responsable«) und schränkt diese Haftung in Art. 17 II CMR mit der Formel von der Unvermeidbarkeit und Unabwendbarkeit (»could not avoid and the consequences of which he was unable to prevent«; »ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier«) wieder ein. Art. 17 CMR schwächt damit die Kausalhaftung in Form der Receptumhaftung ab, die man im römischen Recht<sup>6</sup> den Transportunternehmen auferlegt hatte, weil die Absender den Verdacht hegen durften, daß die Schiffer und Fuhrunternehmer mit Räubern und Dieben gemeinsame Sache machen. Die uneingeschränkte Kausalhaftung wurde später enger gefaßt. Man eröffnete den Transportunternehmen den Einwand, daß der Schaden infolge höherer Gewalt entstanden ist. Herrschend wird der Begriff der höheren Gewalt objektiv ver-

\* Diese Überlegungen wurden anläßlich des Symposiums der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht über »Aktuelle Fragen des Transportrechts« am 9./10. 11. 2006 vorgetragen.

1 *Haak*, *TranspR* 2006, 325 ff.

2 Vgl. hierzu einerseits Urteil des Court of Appeal vom 27. 3. 2002, [2002]2 *Lloyd's Law Report* S. 25 = *ETR* 2004, 335; andererseits *Koller*, *TranspR* 2003, 45.

3 *Koller*, *Transportrecht, Kommentar zu Spedition und Gütertransport*, 5. Aufl., vor Art. 1 CMR Rz. 4. Das heißt nicht, daß die Präjudizien bindend wären. Vgl. *Canaris*, *JZ* 1987, 543 ff.

4 Zu erwähnen wären in diesem Zusammenhang auch die Schwierigkeiten, die Urteile in anderen Vertragsstaaten aus ihrem Kontext heraus zu verstehen. Vgl. *Koller*, *TranspR* 2003, 45, 49.

5 Siehe dazu unten Text bei Fn. 7.

6 D. 4,9,3,1. Vgl. *Basedow*, *Der Transportvertrag* 1987, 392.

standen. Entlastend wirkt danach nur ein äußeres, betriebsfremdes, aller Vorsicht nicht vorhersehbares und abwendbares Ereignis.<sup>7</sup> Diese Interpretation des Begriffs höhere Gewalt wird damit legitimiert, daß die Anreize für den Schädiger und seine Gehilfen sehr groß seien, ausschließlich die sie entlastenden Umstände vorzutragen und die sie belastenden Umstände unter der Decke zu halten oder zu verniedlichen.<sup>8</sup> Es sollen deshalb nur betriebsfremde und damit auch von Außenstehenden ohne weiteres beobachtbare Umstände von der Haftung befreien. Diesen Entlastungsgrund findet man heute im Vertragsrecht noch in § 701 BGB, im übrigen verbreitet im Recht der Gefährdungshaftung (z. B. im StVG n. F., HaftpflichtG). Er galt ursprünglich auch im Internationalen Eisenbahnrecht.<sup>9</sup> Unter dem Einfluß französischer Rechtsvorstellungen erlaubte dann aber die CIM und im Gefolge auch die CMR die Berufung auf unvermeidbare und unabwendbare betriebsinterne Umstände. Der deutschen Delegation, die die CMR verhandelt hatte, war dies freilich nicht ganz klar geworden; denn in der Denkschrift zum Ratifikationsgesetz der CMR von 1961 wird Art. 17 II letzte Alt. CMR im Sinn höherer Gewalt interpretiert.<sup>10</sup>

Die Tragweite der Formel von der Unvermeidbarkeit und Unabwendbarkeit war von Anfang an umstritten. Dies war angesichts der Schwammigkeit der Formulierung auch gar nicht anders zu erwarten. In Deutschland lag es nahe, die Formel mit dem dominierenden Zurechnungsgrund des Verschuldens in Verbindung zu bringen, mithin die Formel von diesem Punkt aus zu deuten. Man plädierte daher, die Formel von der Unvermeidbarkeit und Unabwendbarkeit im Sinn der »äußersten«<sup>11</sup>, »größten« oder »verschärften«<sup>12</sup> Sorgfalt zu verstehen.

Aus dem Katalog der menschlichen Irrationalismen kennt man das »anchoring«,<sup>13</sup> also die verbreitete Tendenz, sich übermäßig auf eine von mehreren Informationen zu verlassen. Wenn der Begriff »Sorgfalt« ins Spiel gebracht wird, so hat dies zur Konsequenz, daß er, weil er wohlvertraut ist, übermäßige Bedeutung erlangt. Unwillkürlich wird an das Verhalten eines ordentlichen Frachtführers<sup>14</sup> gedacht, der sorgsam mit den ihm übergebenen Gütern umgeht. Diese Vorstellung liegt auf der Ebene der primären Leistungspflichten, das heißt auf der Ebene der Obhutspflichten<sup>15</sup> und gerade nicht auf der Ebene der Pflicht zum Ausgleich von Schäden<sup>16</sup>. Die Vorstellung vom Tun und Unterlassen eines fürsorglichen Frachtführers erfährt durch die Formeln von der »äußersten«, »größten« oder »verschärften« Sorgfalt eine Verschiebung. Es drängt sich auf, den ordentlichen Frachtführer zu einem besonders ängstlichen und zugleich besonders fürsorglichen Frachtführer mutieren zu lassen. Wohlgemerkt: Dies findet auf der Ebene der primären Leistungspflichten statt.<sup>17</sup> Auf dieser Ebene geht es darum, wie der Frachtführer seine Transport- und Obhutleistung zu erbringen hat.

Die Vorstellung von einem besonders fürsorglichen und ängstlichen Idealfrachtführer, die die deutsche Rechtspraxis prägt, vermengt indessen mit fatalen Konsequenzen zwei Ebenen: nämlich einerseits die Erfüllung des Vertrages und andererseits das Entstehen – Müssen für Risiken; mit anderen Worten: die Ebenen der Primärleistung und der Sekundärleistung.<sup>18</sup> Einklagbar kann man von dem Frachtführer verlangen, daß er mit angemessener Sorgfalt das Gut in seine Obhut nimmt. Warum sollte er aber darauf verklagt werden können, daß er mehr als das Angemessene tut, daß er überängstlich agiert, daß er bis an die Grenze des Absurden vorsichtig ist. Daraus folgt natürlich nicht, daß der Frachtführer

von der Haftung frei wird, wenn er trotz angemessener Vorsichtsmaßnahmen den Schaden nicht verhüten konnte. Denn es gilt: Die Sekundärleistungspflicht, das heißt die Ersatzpflicht, geht über die Obhutspflicht hinaus. Der Frachtführer schuldet demnach auch dann Schadensersatz, wenn er sich pflichtgemäß wie ein ordentlicher Frachtführer verhalten hat. Dieses Auseinanderfallen von Verhaltenspflichten und Schadensersatzpflichten findet sich auch in anderen Fällen einer verschuldensunabhängigen Haftung. So hat sich ein Autofahrer nach den Regeln der StVO und der allgemeinen deliktischen Verkehrspflichten zu verhalten, nicht aber wie ein Idealfahrer<sup>19</sup> und schon gar nicht wie ein Fahrzeughalter vorsichtig zu sein, der bis zur Grenze der höheren Gewalt haftet.<sup>20</sup> Zu letzterem ist er auch gar nicht in der Lage, wenn der Schaden infolge eines Versagens seines Fahrzeugs entstanden ist; denn bei betriebsinternen Umständen kann sich ein Halter niemals auf höhere Gewalt berufen, mag er auch noch so vorsichtig gewesen sein. Genauso ist die Rechtslage beim Gastwirt. Für einen Brand hat dieser gemäß § 701 BGB einzustehen, selbst wenn er übervorsichtig in absurd kurzen Abständen die Elektroinstallation hat überprüfen lassen und dabei ein Produktfehler eines Schalters nicht aufgefallen ist.

Dort, wo der Frachtführer für Schäden einzutreten hat, obwohl er pflichtgemäß gehandelt hat, ist er wirtschaftlich betrachtet Versicherer des Geschädigten. Diese Versicherungsfunktion ist allen Varianten der Kausalhaftung immanent. Die Kausalhaftung hat darüber hinaus gerade auch im Frachtrecht präventive Funktionen; denn die Absender müssen sich mangels eigener Kontrollmöglichkeiten mehr oder minder dem guten Willen der Frachtführer ausliefern. Da diese, wie schon *Exner*<sup>21</sup> festgestellt hat, ihre Darstellung der Schadensursache manipulieren können, hat man sich nicht damit begnügt, eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast zu statuieren. Man ist vielmehr einen Schritt weiter gegangen und hat die Haftung in einen Bereich hinein ausgedehnt, in dem der Schaden möglicherweise, aber nicht sicher durch ein schuldhaftes Fehlverhalten verursacht worden ist. Der Frachtführer wird gezwungen, die Rolle eines Versicherers für diejenigen Schäden zu übernehmen, die zwar mit verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht vermeidbar waren, bei denen aber eine Vermeidbarkeit auch nicht mit voller Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

Erkennt man an, daß der CMR-Frachtführer nicht nur haften kann, wenn er sich fehlerhaft verhalten hat, sondern auch dann, wenn er wirtschaftlich gesehen Versicherer des

7 *Palandt/Sprau*, BGB, 65. Aufl., § 701 Rz. 11.

8 *Exner*, *GrünhZ* 10, 535 ff.; vgl. auch *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, S. 121.

9 Art. 27 § 2 des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 23. 10. 1924. Vgl. *Loening*, Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr (1927), S. 624 ff.

10 BT-Drucks. III/1144 S. 40.

11 Vgl. BGH, *TranspR* 1999, 59, 61.

12 Vgl. *Staub/Helm*, HGB, 4. Aufl., Anh. VI § 452, Art. 17 CMR Rz. 25 ff., öster. OGH, *TranspR* 1996, 422, 423.

13 *Wikipedia*, Stichwort »anchoring«.

14 § 347 BGB.

15 Das ist die Ebene der Primärleistungspflichten.

16 Das ist die Ebene der Sekundärleistungspflichten.

17 Vgl. BGH *TranspR* 2006, 169, 171; kritisch *Koller*, *TranspR* 2006, 265 ff.

18 Eingehend *Koller* *TranspR* 2006, 265 ff.

19 Vgl. § 7 II StVG a.F.

20 So gemäß der Neufassung des StVG.

21 Siehe oben Fn. 7.

Geschädigten ist, so stellt sich in besonderer Weise die Frage nach der Kalkulierbarkeit der Haftung, also die Frage nach der Haftungshöchstsumme.

## 2. Die Funktion der Haftungshöchstsumme

Für uns deutsche Juristen ist es weitgehend selbstverständlich, daß dort, wo ohne Rücksicht auf einen Sorgfaltsverstoß gehaftet wird, nur bis zu einer bestimmten Höchstsumme Schadensersatz zu leisten ist. Andererseits gilt der Grundsatz, daß der Schädiger, der seine Pflichten schuldhaft verletzt, für die vorhersehbaren, typischen Schäden in voller Höhe einzustehen hat.<sup>22</sup>

Vor diesem Hintergrund fällt die CMR ebenso wie das übrige Transportrecht (mit Ausnahme des Lagerrechts) aus dem Rahmen. Es existiert eine Haftungshöchstsumme, die sowohl bei wesentlichen Pflichtverletzungen zum Tragen kommt als auch dort, wo dem Frachtführer kein echter Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden kann, dieser also ähnlich einem Versicherer haftet.

Faßt man den Bereich ins Auge, in dem der Frachtführer wie ein Versicherer nicht für Unrecht, sondern für Unglück haftet, so leuchtet es ohne weiteres ein, daß die Haftungshöchstsumme relativ niedrig ist. Dort ist dem Absender ohne weiteres anzunehmen, daß er selbst weitergehend für den Fall eines Unglücks vorsorgt. Dazu ist der Absender bzw. Empfänger auch in besonderem Maße in der Lage; denn der Absender bzw. Empfänger kann das Schadensrisiko der Höhe nach am besten überblicken und sich auch versichern.

Anders ist die Situation jedoch in dem Bereich, in dem der Frachtführer seinem Vertragspartner Unrecht zugefügt hat, weil er die Sendung nicht mit der verkehrserforderlichen Sorgfalt vor Schäden geschützt hat. Auch hier läßt sich ein Interesse des Frachtführers, sein Haftungsrisiko zu kalkulieren, nicht verkennen. Diesem Interesse würde man jedoch nach der AGB-Rechtsprechung schon dadurch genügen, daß man ihn vor atypischen, nicht erkennbaren Risiken schützt.

Die Haftungshöchstsumme der CMR hat ursprünglich dieses Postulat nicht gänzlich vernachlässigt. Dies hat *Herber*<sup>23</sup> ausführlich begründet. Bei der Ausarbeitung der CMR hatte man hart um die Haftungshöchstsumme gerungen. Deutschland war an einer möglichst hohen Summe interessiert, die der bei der Bahn üblichen Haftungshöchstsumme entsprechen sollte. Im internationalen Eisenbahnverkehr betrug damals die Haftungshöchstsumme 100 Franc Germinal pro Kg. Dieser Betrag lag bei mehr als 100,- DM. Um die Kaufkraft dieses Betrags einschätzen zu können, setze ich den Betrag von 100,- DM (oder 50,- €) in Relation zu dem Durchschnittseinkommen aus unselbständiger Arbeit. Nach einer 1962/63 gezogenen Stichprobe des Statistischen Bundesamtes lag das Durchschnittseinkommen bei weniger als 500,- Mark im Monat.<sup>24</sup> Die Haftungshöchstsumme von 100,- DM pro Kilogramm deckte demnach im wesentlichen den Wert aller beförderten Güter, von Kostbarkeiten und dergleichen abgesehen.

Die Verhandlungen zur CMR zeigten, daß man den Straßenfrachtführern nicht in gleicher Weise die Haftung für das von ihnen übernommene Gut auferlegen wollte. In der Denkschrift zum CMR-Ratifikationsgesetz aus dem Jahr 1961 wird dies eindringlich beschrieben. Zum Teil wollte man die Haftungshöchstsumme auf 5 Francs Germinal beschränken. Die deutsche Delegation konnte sich mit ihrer Forderung nach einer Haftungshöchstsumme von 100 Francs Germinal

nicht durchsetzen. Der Kompromiß lautete: 18 Francs Germinal, also 18 Prozent der Haftungshöchstsumme im internationalen Eisenbahnverkehr. Immerhin entsprach 1961 dieser Betrag der Summe von 34,- DM. Auf der Basis des Verbraucherpreisindex hätte die Haftungshöchstsumme heute die Kaufkraft von ca. 60,- €. Andere Zahlen, die in der Diskussion um den Kaufkraftverlust der Haftungshöchstsumme genannt werden, lauten ca. 40,- € für das Jahr 1997 oder von 1956 bis heute ca. 63,- €.<sup>25</sup>

Wäre die Haftungshöchstsumme inflationsbereinigt fortgeschrieben worden und unterstellt man, daß sie bei 60,- € läge, so wären die Fälle, in denen die Schäden die Haftungshöchstsumme überschreiten, wesentlich seltener. Allerdings würde auch diese Summe nicht ausreichen, um die Werte aller typischerweise transportierten Güter abzudecken. Handys etwa wären danach bei unterstellten 200 g pro Verkaufspackung nur mit 12,- € entschädigungsfähig, immerhin mehr als derzeit die 2,- € pro Verkaufspackung.

## 3. Der Verlust der Haftungsfunktion des Art. 17 CMR

Wie ausgeführt, deckt Art. 17 CMR sowohl den Bereich des der verkehrserforderlichen Sorgfalt zuwiderlaufenden Verhaltens als auch den Bereich der verschuldensunabhängigen Zurechnung ab, in dem es möglicherweise, aber nicht nachweisbar zu einem Fehlverhalten gekommen ist. In diesem zweiten Bereich wirkt Art. 17 CMR wie eine Versicherung. Ursprünglich, als die Haftungshöchstsumme noch einen sechsmal höheren Wert als heute besaß, war der Haftungshöchstsumme im Grenzbereich zum fahrlässigen Verhalten auch eine gewisse Präventionswirkung nicht abzuspüren. Jedenfalls in dem sehr viel größeren Bereich, in dem Schäden infolge eines Verstoßes gegen die verkehrserforderliche Sorgfalt<sup>26</sup> verursacht werden, zeitigte Art. 17 CMR hinsichtlich der Güter, die 1961 einen Wert von bis zu von 34,- DM pro Kilogramm besaßen, volle Präventionswirkungen.<sup>27</sup> Auch damals galt: Wenn es für den Frachtführer billiger ist, Schäden zu verhüten, statt sie auszugleichen, so investiert er in Schadensverhütung. Frachtführer, die anders verfahren, müssen nämlich Gewinneinbußen und unter Umständen auch Wettbewerbsnachteile hinnehmen. Jede Haftungshöchstsumme hat allerdings zur Konsequenz, daß sie dem durch die Haftung ausgelösten Anreiz zur Schadensverhütung Grenzen setzt; denn in das Kalkül des potentiellen Schädigers geht nicht der volle Schaden ein, sondern neben drohenden Imageeinbußen nur seine persönliche Schadensersatzverpflichtung. Im Zweifel wird daher die Haftungshöchstsumme darüber entscheiden, inwieweit Investitionen in die Schadensverhütung rentabel sind und getätigt werden. Die Konsequenz ist, daß der Wertverlust der Haftungshöchstsumme nicht nur die Erwartung der Absender, entschädigt zu werden, beeinträchtigt. Vielmehr müssen sie auch damit rechnen, daß entsprechend dem Wertverlust der Haftungshöchstsumme die

22 Diese Regel spielt im Rahmen der AGB-Kontrolle eine große Rolle: Vgl. BGH, TranspR 2006, 38, 41; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht 10. Aufl., § 307 Rz. 301 f. m. Nachw.

23 *Herber*, TranspR 2004, 93 ff.

24 Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1962/63, Forschungsdatenzentrum der Statistischen Ämter des Bundes und der Länder.

25 Vgl. *Haak*, TranspR 2006, 325, 330 m. Nachw.

26 Vgl. Erläuterungen zu § 276 BGB.

27 Zur Präventionswirkung der Haftung s. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., S. 129 ff.

Aufwendungen für die Sicherheit des Transports sinken und die Schadenswahrscheinlichkeit steigt.<sup>28</sup>

Man wende an dieser Stelle nicht ein, daß der Wettbewerb die Frachtführer zwingt, einen dem Wert der Güter angemessenen Schutz zu organisieren. Beim Wettbewerb mit der Qualität der Transportleistung ist ein gewisses Marktversagen nicht zu verkennen. Absender orientieren sich nun einmal meist ausschließlich am Preis der Transportleistung. Dies ist darauf zurückzuführen, daß sie die Qualität der Schutzvorkehrungen nur schwer einschätzen können.<sup>29</sup> Sofern sie keine Großkunden sind, können sie nicht beurteilen, ob die Schäden, die sie erlitten haben, häufiger, seltener oder nur sehr selten auftreten. Hinzu kommt natürlich das durch die Transportversicherungen induzierte Desinteresse an der Schadensvermeidung.<sup>30</sup>

#### 4. Das Ausweichen auf Art. 29 CMR

Der BGH hat sich mit Kraft gegen eine Erosion der Verantwortung für wertvollere Güter, gegen das Entstehen von Bermuda-Dreiecken und krimineller Milieus gewandt.<sup>31</sup> Er schuf, wie sich im Laufe der Zeit herausstellte, ungeachtet aller Gegenvorstellungen eine CMR, die sich an den tradierten deutschen Vorstellungen über Haftung orientiert.

Den Hebel für die Realisierung dieses Konzepts lieferte die Lückenhaftigkeit der CMR, im besonderen des Art. 29 CMR, der nicht nur den Grad des qualifizierten Verschuldens, sondern auch die Frage der Kausalität, des Schadens<sup>32</sup> und, wie der BGH neuerdings annimmt, auch des Mitverschuldens<sup>33</sup> dem ergänzenden Landesrecht überantwortet hat. Die Väter der CMR haben ferner keine Anstrengungen unternommen, das Prozeßrecht zu vereinheitlichen. Deshalb ist etwa die Frage, welcher Grad an Gewißheit erforderlich ist, um eine Behauptung als bewiesen anzusehen, anhand der *lex fori* zu beantworten.<sup>34</sup> In die Kategorie der landesrechtlichen Besonderheiten des Prozeßrechts fällt auch die sogenannte sekundäre Darlegungslast.<sup>35</sup>

Man meinte, der älteren Rechtsprechung des BGH zu Art. 29 CMR dadurch einen Riegel verschieben zu können, daß man neue Hürden schuf, nämlich die Hürde der Leichtfertigkeit und die Hürde des Bewußtseins der Wahrscheinlichkeit, daß ein Schaden eintreten werde.<sup>36</sup> Der BGH hat sich vordergründig diesen Bestrebungen angeschlossen, indem er § 435 HGB zum Maßstab des qualifizierten Verschuldens erhob und den Begriff der Leichtfertigkeit im Sinn krasser Sorgfaltsverstöße interpretierte.<sup>37</sup> Weder in der Begrifflichkeit, noch im Ergebnis kann ich allerdings einen Unterschied zwischen der älteren Rechtsprechung zur groben Fahrlässigkeit und der neueren Rechtsprechung zur Leichtfertigkeit entdecken, weil jede Mißachtung elementarer Sorgfaltspflicht »leichtfertig« ist.<sup>38</sup> Auch die Hürde des Bewußtseins, daß der Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, nahm der BGH elegant. Dabei kam ihm zu Hilfe, daß der Begriff Wahrscheinlichkeit in der Umgangssprache und in der Wissenschaftssprache unterschiedliche Bedeutungen besitzt.<sup>39</sup> Der BGH<sup>40</sup> entschied sich für die Wissenschaftssprache und verzichtete auf eine Festlegung, welcher Grad an Wahrscheinlichkeit maßgeblich sei. Daß das Bewußtsein des Schadenseintritts durch Indizien erschlossen werden kann,<sup>41</sup> lag für jeden, der sich mit der Interpretation des § 826 BGB durch die Rechtsprechung befaßt hatte,<sup>42</sup> auf der Hand.<sup>43</sup> Insgesamt hat der BGH und haben die Instanzgerichte die Haftungsfunktion der CMR trotz des Verfalls der Haftungshöchstsumme stabilisiert.

#### 5. Der Einstieg in eine Proportionalhaftung

Der BGH hat erkannt, daß Art. 29 CMR dann, wenn man den Bereich qualifizierten Verschuldens im Interesse einer wirksamen Schadensverhütung ausdehnt, die Versender wertvollen, besonders gefährdeten Gutes stark begünstigt. Um diese Konsequenz zurückzudrängen, hat er Art. 29 CMR in Hinblick auf die Mitverursachung des Schadens durch den Absender für lückenhaft erklärt und sich damit das Tor zum nationalen Recht, nämlich zu § 254 BGB, eröffnet.<sup>44</sup>

Der Mitverschuldenseinwand im Sinn des § 254 BGB kommt danach unter anderem zum Tragen, wenn der Absender den Wert des Gutes nicht angegeben hatte, obwohl er damit rechnen konnte, daß das Gut bei einer Wertangabe sicherer befördert wird. Der Absender muß sich außerdem entgegenhalten lassen, daß er über einen außergewöhnlich hohen Wert des Gutes nicht aufgeklärt hat, selbst wenn er bei einer Wertangabe nicht mit intensivierten Schutzmaßnahmen rechnen mußte, sofern nur der Frachtführer bei einer Wertangabe besondere Schutzmaßnahmen getroffen hätte.

28 Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., S. 212 f.

29 Vgl. BGH, TranspR 2004, 177, 178.

30 Der BGH (TranspR 2004, 177, 178 f.) scheint allerdings ein eigenes Mitverschulden eines Transportversicherers für möglich zu halten, das daraus resultiert, daß der Transportversicherer dem Absender nicht geraten hatte, die Geschäftsbeziehungen zu einem Frachtführer abzubrechen. Von der Zurechnung eines derartigen Mitverschuldens könnten sicherlich positive Anreize auf die Qualität der Frachtführer ausgehen. Die vom BGH verfolgte Linie ist jedoch de lege lata kaum haltbar; denn der Schaden ist entstanden, bevor der Transportversicherer gemäß § 67 VVG oder durch Abtretung des Ersatzanspruches in die Position des Absenders eintritt. Es kann also nicht um ein eigenes Mitverschulden des Transportversicherers gehen, sondern nur darum, ob sich der Transportversicherer gemäß § 404 BGB das Verhalten des Absenders und dieser wiederum das Verhalten seines Transportversicherers vor Schadenseintritt zurechnen lassen muß. Dies ist zu verneinen, da sich der Absender in keiner Weise des Transportversicherers zur Minderung des Schadensrisikos, sondern ausschließlich zur Minderung der Schadensbelastung bedient. Eine Zurechnung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn eine Pflicht des Absenders konstruiert werden würde, sich mittels Dritter über die Qualität des Transportunternehmers zu informieren.

31 Bei der Novellierung der CIM im Jahr 1999 meinte man allerdings, die Kaufkraftverluste zwischen 1980 und 1999 von 50 % ignorieren zu dürfen. Man argumentierte u. a. damit, daß eine Erhöhung der Haftungshöchstsumme nicht erforderlich sei, weil die Absender in der Regel ihr Gut gegen Transportschäden versicherten und eine Erhöhung des Haftungshöchstbetrages wegen der Doppelversicherungen nur zu einer Anhebung der Versicherungsprämie führten. Der Markt honoriere eine Erhöhung der Haftung nicht (Regierungsentwurf des Ratifikationsgesetzes zur CIM 1999, BR-Drucks. 929/01 S. 205).

32 BGH, VersR 1985, 1060; *Koller*, VersR 1994, 384, 388.

33 BGH, TranspR 2006, 121, 122; 2006, 116, 117.

34 *Koller*, Transportrecht, Kommentar zu Spedition und Gütertransport, 5. Aufl., Art. 18 CMR Rz. 2.

35 BGH, VersR 2001, 526, 530.

36 Regierungsentwurf zum Transportrechtsreformgesetz, BT-Drucks. 13/8445 S. 72; *Thume*, TranspR 2002, 1, 6 f.

37 BGH, VersR 2004, 1335, 1336; TranspR 2006, 161, 164.

38 BGH, TranspR 2006, 161, 164; VersR 2004, 1335, 1337.

39 *Koller*, Transportrecht, Kommentar zu Spedition und Gütertransport, 5. Aufl., § 435 HGB Rz. 16.

40 BGH, VersR 2004, 1335, 1338; TranspR 2004, 399, 401; 2004, 460, 462; 2006, 161, 164; NJW-RR 2004, 175, 177.

41 BGH, TranspR 2006, 161, 164; 2004, 399, 401; VersR 2004, 1335, 1338.

42 Vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 65. Aufl., § 826 Rz. 9 m. Nachw.

43 BGH, TranspR 2006, 161, 164; 2004, 399, 401; VersR 2004, 1335, 1338.

44 Allerdings sagt der BGH nicht, wie er zu § 254 BGB kommt; ob dies die *lex fori* gebietet oder ob das Vertragsstatut für die Beurteilung des Mitverschuldens maßgeblich ist.

An diesem Punkt stellen sich zwei Fragen: Wie zuverlässig muß eine Wertangabe den Schaden verhindern haben? Wer hat dies nachzuweisen?

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß bei qualifiziertem Verschulden die Kausalität des Fehlverhaltens des Frachtführers vermutet wird. Erforderlich sei nur, daß das Organisationsverschulden des Frachtführers ernsthaft als Schadensursache in Betracht komme.<sup>45</sup> Diese Vermutung wird relativiert, wenn auch der Geschädigte sozialadäquat gehandelt hatte. So heißt es im Urteil des BGH vom 8. 5. 2003:<sup>46</sup> »Das auf der Vermutung beruhende Haftungsrisiko wird aber eingeschränkt, wenn die Ware in ihrem Wert deklariert worden wäre ... Hat der Versender den Wert angegeben, erhöhen sich die Möglichkeiten des Frachtführers, die Vermutung, daß grob fahrlässiges Verhalten für den Eintritt des Schadens ursächlich gewesen ist, durch den Nachweis zu widerlegen, daß die Ware in dem gesicherten Bereich verloren gegangen ist.« Der BGH hat hieraus freilich nicht den Schluß gezogen, daß bei fehlenden Wertangaben der Geschädigte die Kausalität des leichtfertigen Verhaltens des Frachtführers zu beweisen hat, wie dies den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung entspricht. Vielmehr sucht er, der »Alles – oder Nichts« – Lösung zu entkommen. Er schwächt lediglich die Wirkungen der Kausalitätsvermutung zugunsten des Geschädigten ab, indem er »eine Art Vermutung« der Mitverschuldung des Schadens durch den Absender begründet, der den Wert des Gutes nicht aufgedeckt hatte.

Nun müßte man bei einer echten Vermutung der Kausalität fehlender Wertangaben für den Schadenseintritt unterstellen, daß das Gut nicht verlorengegangen wäre, wenn eine Wertangabe erfolgt wäre. Der BGH erfindet jedoch eine neue Kategorie der Vermutung. Im Urteil vom 1. 12. 2005<sup>47</sup> heißt es: »Der Einwand des Mitverschuldens scheidet auch dann nicht an der fehlenden Kausalität, wenn bei wertdeklarierten Sendungen ein Verlust nicht ausgeschlossen werden kann.« Ferner heißt es: »Ein bei Entstehung des Schadens mitwirkendes Verschulden kommt vielmehr auch in Betracht, wenn bei wertdeklarierten Sendungen Lücken in den Schnittstellenkontrollen verbleiben und nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Sendung gerade in diesem Bereich verloren gegangen ist und die Angabe des Wertes der Ware daher deren Verlust nicht verhindert hätte.« Es wird mithin nicht die Kausalität des Mitverschuldens vermutet, sondern schlechthin der Mitverschuldenseinwand. Bei der Bemessung der Schadensquoten spielt nämlich die Vermutung der Kausalität des Mitverschuldens, das heißt die Unterstellung, der Schaden wäre ohne das Mitverschulden ausgeblieben, keine Rolle mehr. Vielmehr soll dann gelten: »Je größer der gesicherte Bereich, desto größer ist auch der Anteil des Mitverschuldens des Versenders, der durch das Unterlassen der Wertangabe den Transport der Ware außerhalb des gesicherten Bereichs veranlaßt.«<sup>48</sup>

In der Sache hat der BGH einer sogenannten Proportionalhaftung Raum gegeben.<sup>49</sup> Im allgemeinen gilt die Regel, daß Schadensersatz nur zu zahlen ist, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Schädiger den Schaden verursacht hat.<sup>50</sup> Beträgt die Wahrscheinlichkeit der Schädigung nur 70 %, so erhält der Geschädigte nach herkömmlicher Ansicht gar nichts. Denkbar ist aber auch eine Regel, der zufolge der Geschädigte 70 % seines Schadens ersetzt erhält, wenn er nachgewiesenermaßen zumindest mit 70 prozentiger Wahrscheinlichkeit geschädigt worden ist.<sup>51</sup> In Deutschland hat allerdings jüngst die Vizepräsidentin des BGH, Müller, der Proportionalhaftung eine Absage erteilt.

Dies wird damit begründet, daß eine Proportionalhaftung jedenfalls für die Arzthaftung nicht praktikabel sei; denn medizinische Sachverständige ließen sich nur höchst selten auf bestimmte Prozentsätze festlegen, wenn es um die Bestimmung von Ursachenanteilen geht.<sup>52</sup> Der I. Senat des BGH hat diese Bedenken nicht, wenn er den Instanzgerichten aufgibt, das Verhältnis der gesicherten zu den ungesicherten Bereichen zu bestimmen. Dieses Verhältnis gibt einen groben Anhaltspunkt für die Wahrscheinlichkeit, daß der Schaden vom Frachtführer leichtfertig verursacht worden ist, und entspricht damit der Grundidee der Proportionalhaftung. Ganz hält der BGH<sup>53</sup> diesen der Idee einer Proportionalhaftung verwandten Ansatz jedoch nicht durch. In die Bemessung der Schadensquoten soll nämlich auch der Grad des Mitverschuldens eingehen. Je höher der Wert des Gutes gewesen sei, um so gewichtiger sei der Schadensbeitrag des Absenders. Für die Instanzgerichte wird die Aufgabe der Rechtsfindung hierdurch nicht leichter, die Rechtssicherheit eher geringer.

## 6. Das Problem der Quersubventionierung und des Mitverschuldenseinwandes

Es hat den Anschein, als ob die neuere Rechtsprechung des BGH zum Mitverschulden im Rahmen des Art. 29 CMR vor allem der Dämpfung der Quersubventionen dient, die mittelbar die Absender weniger wertvoller Güter finanzieren, wenn sie das Gut zu denselben Frachtsätzen befördern lassen wie die Absender wertvolleren Gutes, die auf eine Wertdeklaration verzichten.<sup>54</sup> Folgendes Beispiel macht stark vereinfacht<sup>55</sup> deutlich, wie die Absender wertvolleren Gutes profitieren können. Man nehme an, daß von einer Million Sendungen 100.000 Sendungen überdurchschnittlich gefährdet sind. 2 % dieser besonders gefährdeten Sendungen gehen verloren, wobei pro Sendung ein Schaden von 1000,- € entsteht. Der Erwartungswert<sup>56</sup> der Schäden beträgt demnach insgesamt 2,- Millionen €. <sup>57</sup> Diese Schäden könnten, so wird hier unterstellt, mit einem Aufwand von 1,5 Millionen € verhindert werden. Dies wäre durchaus rentabel; denn die Schadensverhütung ist in diesem Beispiel billiger als die Hinnahme sowie der Ersatz der ohne Sicherungsmaßnahmen entstehenden Schäden. Kann der Frachtführer nicht erkennen, wel-

45 BGH, TranspR 2002, 452, 458; Parallele zur Arzthaftung.

46 TranspR 2003, 317, 318.

47 TranspR 2006, 116, 118.

48 TranspR 2006, 116, 118 f.

49 Diese Proportionalhaftung findet sich in den Rechtsordnungen anderer Staaten (*Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., S. 273).

50 Ich beziffere diese Wahrscheinlichkeit der Einfachheit halber mit 100 %.

51 Diese Proportionalhaftung wird von der Ökonomischen Analyse des Rechts als durchaus effizient qualifiziert (*Schäfer/Ott*, a. a. O. Seite 273).

52 Müller, Versicherungsrecht 2006, 1289, 1296.

53 TranspR 2006, 116, 119.

54 Vgl. hierzu auch *Temme*, Sonderbeilage TranspR 2004, S. XXXVII ff.

55 An dieser Stelle ist das Fehlen einer vertieften Zusammenarbeit zwischen Juristen und Wirtschaftswissenschaftler zu beklagen, in der die Zusammenhänge zwischen mehr oder minder weitgehender Haftung, Transportversicherung und Preisgestaltung untersucht werden.

56 Der Erwartungswert eines Schadens ergibt sich aus dem Schadensumfang, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Demnach ist der Erwartungswert eines Schadens um so größer, je wahrscheinlicher der Schadenseintritt oder je höher der zu erwartende Schaden ist.

57 100.000 Sendungen × 1000 Wert × 2 % Schadensfälle = 2.000.000,- €.

che der Sendungen besonders gefährdet sind, so wird er die Kosten der intensivierten Schadensverhütung auf alle Absender überwälzen und auf eine Preisdifferenzierung nach dem für die sichere Beförderung notwendigen Aufwand verzichten. 900.000 Absender weniger gefährdeter Sendungen tragen demnach zur Deckung der Kosten von qualifizierten Vorsorgemaßnahmen bei, die ihnen nicht zugute kommen. Dieser Effekt tritt stärker dann auf, wenn der Frachtführer das wertvollere Gut nicht besonders geschützt und die zu ersetzenden Schäden in Höhe von 2,- Millionen € in die für alle Absender einheitlich geltenden Preise einkalkuliert hat. Eine derartige Quersubvention bliebe aus, wenn der Frachtführer die besondere Schutzbedürftigkeit des Gutes erkennen und die Fracht darauf abstimmen könnte.

**a) Anreiz zur Wertdeklaration im Licht des § 254 BGB**

Der BGH<sup>58</sup> legt den Absendern ein Mitverschulden zur Last, wenn sie die besondere Gefährdung ihres Gutes, die sich z. B. aus dessen außergewöhnlichem Wert ergibt, nicht offen legen und das Gut deshalb nicht in einer besonders sicheren Weise befördert wird. Ein Mitverschulden soll sie auch treffen, wenn sie annehmen müssen, daß der Spediteur die Sendung bei richtiger Wertangabe mit größerer Sorgfalt behandelt, und gleichwohl von einer Wertdeklaration absehen.<sup>59</sup> Es liegt auf der Hand, daß die Absender diesen besonders sicheren Transport normalerweise nur unter Hinnahme von erheblichen Frachtzuschlägen in Auftrag geben können. Der Mitverschuldenseinwand entfaltet mithin auf den ersten Blick einen Anreiz zur Offenlegung der besonderen Gefährdung des Gutes und die Möglichkeit zu einer gerechteren Preispolitik seitens der Frachtführer. Bei näherem Zusehen stellen sich allerdings Zweifel ein, ob sich die Absender durch diese Mitverschuldensregel motivieren lassen, die überdurchschnittliche Gefährdung ihres Gutes zu deklarieren, wenn ihnen dafür höhere Frachten in Rechnung gestellt werden. Dies zeigt sich, wenn man einige Szenarien mustert.

*aa) Absender wissen, welcher Grad an Sicherheit existiert*

Zunächst seien die Fälle ins Auge gefaßt, in denen die Absender wissen, welchen Grad an Sicherheit der Frachtführer ihnen bietet. Wissen die Absender, daß die vom Frachtführer getroffenen Schutzvorkehrungen ihrem Gut voll Rechnung tragen, daß also z. B. umfassende Schnittstellenkontrollen existieren, so werden sie keinen Anlaß zu Wertdeklarationen sehen; denn sie können einen Schaden und damit auch eine Minderung ihres Ersatzanspruches ausschließen.

Wissen die Absender dagegen, daß erhöht gefährdetes Gut auch bei einer Wertdeklaration nicht besonders geschützt wird und halten sie die Schutzmaßnahmen für ausreichend, so brauchen sie ebenfalls nicht mit einer Minderung ihres Ersatzanspruches zu rechnen.<sup>60</sup> Der Mitverschuldenseinwand setzt nämlich voraus, daß das Gut bei einer Wertdeklaration sicherer befördert worden wäre. Auch hier unterbleibt eine Wertdeklaration. Die erhöhten Schadenskosten werden auf alle Absender verteilt.

*bb) Absender können doch Wertdeklaration erhöhte Sicherheit »kaufen«*

Es ist ferner vorstellbar, daß die Absender darum wissen, daß im Fall der Wertdeklaration erhöhte Schutzmaßnahmen getroffen und sie kostengerecht mit einem Anteil von

15,- € pro Sendung an dem Schadensverhütungsaufwand beteiligt werden. Das Kalkül dieser Anbieter wird dahin gehen, daß sie ohne Wertdeklarationen zwar nur 50 % des Schadens ersetzt erhalten, aber 15,- € Zuschlag pro Sendung einsparen. Dies scheint ein schlechtes Geschäft zu sein. Der Erwartungswert des um den Mitverschuldenseinwand von 50 % geminderten Schadensersatzanspruches beträgt jedoch die Hälfte des Erwartungswertes des Schadens. Liegt die Schadenswahrscheinlichkeit, wie in meinem Beispiel, bei 2 % und der volle Schaden bei 1.000,- € pro Sendung, so beträgt der Erwartungswert des vollen Schadensersatzanspruches 20,- €. Da der Absender damit rechnen muß, daß er mangels Wertdeklaration die Hälfte des Schadens selbst tragen muß, muß er somit mit einem Erwartungswert des Schadens von 10,- € kalkulieren. Der kostengerechte Frachtzuschlag für die erhöhte Sicherheit von 15,- € übersteigt diesen Betrag erheblich. Ein Absender, der in größerem Umfang Güter versendet, hat deshalb einen großen Anreiz, auf die Wertdeklaration zu verzichten und sich mit geminderten Schadensersatzleistungen zufrieden zu geben. Die Konsequenz ist auch hier, daß die in ihrem Umfang geminderten Schadensersatzleistungen auf alle Absender überwälzt werden; die Quersubventionen fallen geringer aus.

*cc) Absender wissen nicht, welchen Grad an Sicherheit der Frachtführer bietet*

Wiederum anders ist die Situation, wenn die Absender nicht exakt wissen, welchen Grad an Sicherheit der Frachtführer bietet. Sie müssen jedenfalls bei außergewöhnlich hohen Schäden den Vorwurf des Mitverschuldens in Kauf nehmen, falls der Frachtführer das Gut bei einer Wertangabe sicherer befördert hätte. Nimmt man an, daß die Mitverschuldensquote 50 % beträgt, so können die Absender davon ausgehen, daß sie die Hälfte des Schadens ersetzt erhalten. Der Erwartungswert ihres Schadensersatzanspruches beträgt dann nur 10,- €,<sup>61</sup> während ein kostendeckender Frachtzuschlag sich auf 15,- € belaufen würde. Daher ist der Anreiz zur Wertdeklaration gering, wenn ein solcher kostendeckender Frachtzuschlag gefordert wird. Der Anreiz zur Wertdeklaration wächst in dem Maße, in dem der Frachtführer darauf verzichtet, kostendeckende Frachtzuschläge zu fordern und die nicht durch Frachtzuschläge gedeckten Schadensverhütungskosten auf alle Absender umlegt. Betragen die Frachtzuschläge bei einer Wertdeklaration z. B. nur 5,- €, so werden die Absender angesichts eines drohenden Mitverschuldenseinwandes eine Wertdeklaration für sinnvoll halten; denn der Mitverschuldenseinwand belastet sie mit dem höheren Erwartungswert eines Schadens von 10,- €. Das gilt freilich nur, wenn die Transportversicherung die Wertdeklaration in ihren Prämien ausreichend berücksichtigt.

*dd) Gewichtung des Mitverschuldens*

Die Quersubvention kann dadurch stärker eingedämmt werden, daß das Mitverschulden eines Absenders, der auf eine

58 BGH, TranspR 2006, 116, 119; 2006, 208, 209; 2006, 210, 211.

59 BGH, TranspR 2006, 116, 118.

60 Es wird hier unterstellt, daß die Absender das Fehlen der Schutzmaßnahmen nicht als Organisationsmangel einordnen müssen. Andernfalls wäre ihnen ein Mitverschulden anzulasten. Es läge dann dieselbe Situation wie bei fehlenden Wertdeklarationen vor, wenn die Absender wußten, daß bei Wertangaben das Gut sicherer befördert worden wäre.

61  $1.000 \times 2\% \times 50\% = 10$ .

Wertdeklaration verzichtet hat, mehr Gewicht erlangt. Wenn nämlich der Absender z. B. damit rechnen muß, daß er 75 % des Schadens nicht ersetzt erhält, so steigt der Erwartungswert des von ihm zu tragenden Schadens auf 15,- €. Dies entspricht einem kostendeckenden Frachtzuschlag von 15,-€. Sofern die Transportversicherungen mitspielen, entfaltet der Mitverschuldenseinwand demnach einen starken Anreiz zur Wertdeklaration.

Allerdings wird der auf mangelnde Wertangaben gestützte Mitverschuldenseinwand in der Rechtsprechung bislang eher zurückhaltend eingesetzt. Das OLG Düsseldorf<sup>63</sup> hat eine komplizierte Berechnung der Mitverschuldensquote entwickelt. Dabei vertritt es die Ansicht, daß die mangelnde Aufklärung über den ungewöhnlich hohen Wert des Gutes weniger ins Gewicht falle als der Vorwurf, nicht die sicherste Transportvariante gewählt zu haben. Außerdem berücksichtigt es das Urteil des BGH vom 11. 11. 2004,<sup>64</sup> in dem dieser das maximale Mitverschulden auf 50 % begrenzt habe. Schließlich sei dem Wert des Gutes Rechnung zu tragen. Insgesamt kommt das OLG Düsseldorf zu dem Ergebnis, daß für die ersten 5.000,- € der Sendung keine Ersatzminderung zu erfolgen habe, für den Betrag zwischen 5.000,01 € und 10.000,- € eine Quote von 20 Prozent abzuziehen sei und darüber hinaus in Schritten von je 5.000,- € eine Erhöhung der Mitverschuldensquote von 1 % zu erfolgen habe.

Härter trifft der Mitverschuldenseinwand diejenigen Absender, die das Gut in Kenntnis eines groben Organisationsmangels beim Frachtführer zum Transport gegeben haben. Bei ihnen wird der erste Schaden<sup>65</sup> von 5.000,- € um 50 % gekürzt. Darüber hinausgehende Beträge werden zusätzlich in Schritten von je 5.000,- € um jeweils zusätzlich 2 % gemindert.<sup>66</sup> Der Absender wird, wenn er nicht nur wissentlich sein Gut einem grob unzulänglich organisierten Frachtführer übergeben, sondern ihn auch nicht über den Wert des Gutes aufgeklärt hat, durch eine zusätzliche Mitverschuldensquote von 5 % auf jeder Abzugstufe bestraft. Bei einem Schaden von 100.000,- € beträgt danach die durchschnittliche Abzugsquote ca. 75 %. Zu beachten ist hierbei jedoch, daß diese Quote von 75 % zum weitaus größten Teil dem Vorwurf zuzuschreiben ist, bewußt einen unzulänglich organisierten Frachtführer beauftragt zu haben. Nur zum geringeren Anteil ist die Quote auf die mangelnde Aufklärung über die wegen seines Wertes erhöhte Gefährdung des Gutes zurückzuführen. Im Licht des Urteils des OLG Düsseldorf<sup>67</sup> werden die Absender daher Anlaß haben, bei höheren Werten den Einsatz von Frachtführern zu meiden, deren Sicherheitsstandards ohne weiteres erkennbar unzulänglich sind, wenn das Risiko einer Anspruchskürzung nicht von einer Transportversicherung übernommen wird.

#### *ee) Zwischenergebnis*

Insgesamt läßt sich festhalten, daß diese Rechtsprechung dem Problem der Quersubventionierung nicht völlig Herr wird. Für eine wirksamere Eindämmung der Quersubventionierung sind die Mitverschuldensquoten zu niedrig und die hiervon ausgehenden Anreize zu schwach.

#### **b) Eindämmung der Quersubventionen durch situationsgerechte Differenzierung des Leichtfertigkeitsmaßstabs**

Die Gefahr einer Quersubventionierung ließe sich besser zurückdrängen, wenn zum Beispiel fehlende Wertangaben zur Folge hätten, daß überhaupt kein Ersatzanspruch aus

Art. 29 CMR entsteht. Dazu braucht man nicht auf § 254 BGB zurückgreifen. Man muß nur die elementaren Pflichten des Frachtführers nach der für diesen ohne weiteres erkennbaren Gefährdung des Gutes abstufen.<sup>68</sup> So bedarf es beim Transport von genormten Schrauben keiner kostspieligen Investitionen in Schnittstellenkontrollen. Diese sind hingegen beim Transport von Computern äußerst ratsam. Wenn keine Wertangaben erfolgen und der Frachtführer auch sonst bei Vertragsschluß nicht ohne weiteres die Gefährdung des Gutes erkennen kann, so darf er es wie ungefährdetes Gut mit einem Schutzstandard befördern, der wenig gefährdetem Gut gerecht wird. Es darf ihm deshalb nicht das Fehlen von lückenlosen Schnittstellenkontrollen als leichtfertig vorgeworfen werden.

Allerdings motiviert diese Sanktion zu Lasten der Absender nur dann zu Wertangaben und dergleichen, wenn die Absender nicht wissen, welche Schutzmaßnahmen existieren und wenn sie deshalb vom »worst case«, das heißt davon ausgehen, daß erhöhte Sicherungsvorkehrungen fehlen. Dann haben die Absender einen Anreiz, die besondere Gefährdung ihrer Sendung offenzulegen und sind bereit, risikogerechte Zuschläge zu zahlen. Ich unterstelle hierbei, daß sich diese Zuschläge und damit die Senkung des Schadensrisikos bzw. die Erhöhung der Schadensersatzleistungen auf ihre an die Transportversicherung gezahlten Prämien auswirken. Wenn die Absender jedoch wissen, daß das Sicherheitsniveau des Frachtführers unter keinen Umständen den Vorwurf der Leichtfertigkeit verdient, so haben sie freilich keinerlei Anreiz, die erhöhte Gefährdung ihres Gutes aufzudecken. Vielmehr werden sie Wertangaben sowie auf sonstige für die Risikobewertung wichtige Informationen unterlassen. Die Quersubvention durch alle Absender ist dann unausweichlich.

Eine Abstufung des Leichtfertigkeitvorwurfs anhand der für den Frachtführer ohne weiteres erkennbaren Gefährdung des Gutes würde zweifellos das Problem der Quersubventionen besser entschärfen als der Einwand des Mitverschuldens. Es ist jedoch zu bedenken, daß eine fallorientierte Ausdifferenzierung des Leichtfertigkeitvorwurfes, eine Ausdifferenzierung der elementaren Sorgfaltspflichten im Licht der für den Frachtführer ohne weiteres erkennbaren Gefahrenlage zu einer verwirrenden Kasuistik führen kann. Dies könnte die Rechtssicherheit beeinträchtigen und würde die Effizienz der von Schadensersatzpflichten ausgehenden Präventionswirkung stark schwächen. Wenn nämlich die Kosten der Ermittlung der Rechtslage und der Rechtsdurchsetzung stark ansteigen, kann es effizienter sein, statt auf eine schadensersatzrechtliche auf eine Versicherungslösung des Schadensproblems zu setzen. Dies geschieht in denjenigen Vertragsstaaten der CMR, in denen die Erosion der Haftungshöchstsumme hingenommen wird und der Schutz der Absen-

62  $1.000 \times 2\% \times 75\% = 15$ .

63 TranspR 2006, 349, 350 ff.

64 TranspR 2006, 161.

65 Das OLG Düsseldorf (TranspR 2006, 349, 352) läßt die ersten 510,- € ungekürzt, weil insoweit der Frachtführer das volle Risiko übernommen habe.

66 Das bedeutet, daß bei einem Schaden von 100.000,- € der Schaden bis zu 5000 € um 50 %, der Schaden von 5000,01 € bis 10.000,- € um 52 %, der Schaden von 10.000,01 € bis 15.000,- € um 54 % usw. gemindert wird.

67 OLG Düsseldorf, TranspR 2006, 349.

68 Koller, VersR 2004, 1346 ff.

der höherwertigen Gutes über Transportversicherungen organisiert wird. Ob der Mitverschuldenseinwand eher mit dem Gebot von Rechtssicherheit in Einklang zu bringen ist, erscheint indessen als zweifelhaft. Auch im Rahmen des Mitverschuldenseinwandes sind komplizierte Erwägungen anzustellen, wenn man nicht, wie im Urteil des OLG Düsseldorf vom 31. 5. 2006,<sup>69</sup> dem Schematismus viel Raum geben will.

### c) Weniger Quersubvention durch Produktdifferenzierung

#### aa) Allgemeines

Dem Ziel, Quersubventionen in rechtssicherer Weise einzudämmen, ohne das Ziel einer wirksamen Schadensverhütung aufzugeben, kommt man näher, wenn man den Frachtführern mit wenig Verwaltungsaufwand eine Ausdifferenzierung ihrer Transportangebote erlaubt. Dies kann in der Weise geschehen, daß ein Frachtführer nur Güter relativ homogener Gefährdung befördert und alle anderen Güter, insbesondere die Güter einer höheren Gefährdungsklasse von der Beförderung ausschließt. Denkbar ist auch, daß der Frachtführer verschiedene Transportqualitäten anbietet und der Absender dann eine bestimmte Transportqualität auswählt, so wie Käufer zwischen weniger sicheren Kleinwagen und besonders sicheren Pkw der Oberklasse wählen können. Die Rechtsprechung legt dem freilich noch Steine in den Weg.

#### bb) Verbotsgüter

In der Fallgruppe, in denen die Homogenität des Transportangebots mittels Ausschlußklauseln gesichert werden soll, mag dies auf die nicht ganz glücklichen Formulierungen in den von den Frachtführern verwandten AGB zurückzuführen sein.<sup>70</sup> Werden transparente AGB verwandt, in denen bestimmte Güter von der Beförderung ausgeschlossen werden, so sollten diese die Möglichkeit eröffnen, Schadensersatzleistungen für ausgeschlossene Güter gänzlich zu verweigern.<sup>71</sup>

#### cc) Vereinbarungen zur Transportqualität

Ein weiterer Weg, Quersubventionen einen Riegel vorzuschieben, besteht in der Vereinbarung einer bestimmten niedrigen Transportqualität, die einer erhöhten Gefährdung bestimmter Güter keine Rechnung trägt. Der BGH<sup>72</sup> hält solche Vereinbarungen, wenn sie nicht im einzelnen ausgehandelt worden sind, nicht für mit § 449 HGB vereinbar. Dabei erkennt er, daß § 449 HGB nur die Sekundärleistungspflichten betrifft und Abreden über alle Primärleistungspflichten unberührt läßt.<sup>73</sup> Ebenso wenig hindert Art. 41 CMR Vereinbarungen über Schutzmaßnahmen, die auf der Ebene der Obhuts- und Beförderungspflichten liegen.<sup>74</sup>

Als Hindernis für solche Vereinbarungen könnte sich allenfalls die AGB-Kontrolle erweisen.<sup>75</sup> Hier gilt es, die AGB-Kontrolle nicht allzu sehr auszuweiten. Es wäre widersprüchlich, wenn man einerseits mit scharfen Worten eine Vereinbarung, in der der Absender über das Fehlen von Schnittstellenkontrollen informiert wird, zum Anlaß nimmt, um dem Absender ein gravierendes Mitverschulden von mindestens 50 % vorzuwerfen,<sup>76</sup> andererseits zum Schutz des Absenders aber Vereinbarungen über einen niedrigen Sicherheitsstandard in AGB die Anerkennung versagt. Zwar setzt der Mitverschuldenseinwand voraus, daß der Absender um die spezifische Transportqualität und ihre Mängel Bescheid

wußte oder diese jedenfalls erkennen konnte.<sup>77</sup> Demgegenüber genügt es für die Einbeziehung von AGB im Verhältnis unter Unternehmern, daß diese mit den AGB rechnen mußten, auch wenn sie diese nicht im Detail zur Kenntnis genommen haben. Für AGB ist es sogar typisch, daß die Klauseln erst im Streitfall im einzelnen gelesen werden. Es besteht daher die Gefahr, daß Kaufleute vorschnell AGB hinnehmen, in denen eine im Licht der gesetzestypischen Obhutspflichten wesentlich geringere Transportqualität verankert ist. Selbst wenn die Absender erkennen sollten, daß Frachtführer bestimmte Schutzmaßnahmen nicht treffen, so können sie vielfach die Auswirkungen dieser Mängel nur schwer einschätzen. Wenn ein Transport mit offenen Fahrzeugen oder eine Lagerung des Gutes im Freien vereinbart wird, so wird ein Durchschnittsabsender ohne weiteres die vom Regen ausgehende Gefahr beurteilen können. Ob er dazu auch dann in der Lage ist, wenn die AGB einen Verzicht auf Schnittstellenkontrollen enthalten, erscheint jedoch als eher fraglich. Daraus folgt indessen nicht, daß die Vereinbarung einer niedrigen Transportqualität in AGB unangemessen sein muß. Es muß nur gewährleistet sein, daß die Absender hinreichend deutlich<sup>78</sup> auf die Gefahren hingewiesen werden, die sie bei einem Verzicht auf die gesetzestypischen Obhutspflichten laufen. Werden sie ausreichend informiert, so mögen risikofreudige Absender die erhöhte Gefahr eines Transportschadens geringer bewerten als etwaige Preisvorteile oder es vorziehen, sich mittels einer Transportversicherung zu schützen. Es kann nicht Aufgabe des Rechts sein, den Absendern praktisch diese Wahlmöglichkeit zu nehmen, weil angesichts der Weite des AGB-Begriffs Individualvereinbarungen allenfalls dort denkbar sind, wo Rahmenverträge<sup>79</sup> geschlossen werden. Absender, die sich sehenden Auges auf Transportmodalitäten mit erheblichem Schadenspotential einlassen, handeln auf eigenes Risiko. Diesem Handel auf eigene Gefahr wird vielfach im Rahmen des § 254 BGB Rechnung getragen.<sup>80</sup> Ein Rückgriff auf § 254 BGB ist jedoch unter Vertragspartner nicht angebracht, wenn eine Auslegung der Vereinbarung die Bereitschaft eines der Vertragsparteien ergibt, bestimmte Risiken in Kauf zu nehmen.<sup>81</sup> Es ist in erster Linie Sache der Vertrags-

69 TranspR 2006, 349.

70 BGH, TranspR 2006, 345, 347; 2006, 254, 255 f.

71 Vgl. Koller, VersR 2004, 269 ff.

72 BGH, TranspR 2006, 169; 2006, 171.

73 Koller, TranspR 2006, 265 ff.

74 Koller, Transportrecht, Kommentar zu Spedition und Gütertransport, 5. Aufl., Art. 17 CMR Rz. 23.

75 Vgl. OLG Bamberg, TranspR 2005, 358, 361; OLG Düsseldorf, TranspR 2005, 216, 219; 2006, 349, 350; OLG Nürnberg, NJW-RR 2005, 183, 184; OLG München, TranspR 2005, 26.

76 OLG Düsseldorf, TranspR 2006, 349, 351.

77 BGH, TranspR 2004, 402.

78 Zu denken ist an eine drucktechnische Hervorhebung wie in § 449 II S. 2 Nr. 1 HGB.

79 So im Fall des OLG Düsseldorf, TranspR 2006, 353, 354, das einerseits den Verzicht auf Schnittstellenkontrollen für wirksam erklärt, andererseits das Ausbleiben von Schnittstellenkontrollen (obwohl nicht geschuldet) für leichtfertig hält und dem Verzichtenden nicht wegen seines Verzichts, sondern wegen der hieraus abgeleiteten Kenntnis des Fehlens von Schnittstellenkontrollen ein 100%iges Mitverschulden vorhält. Die Entscheidung zeigt, wie weit das Denken in Kategorien der Haftung dazu führt, daß die Prämissen der Haftung, nämlich die Verletzung vertraglicher Pflichten, aus dem Auge verloren werden.

80 Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 254 Rz. 32 mit Nachw.

81 Die Figur des Handelns auf eigene Gefahr soll fiktive (konkludente) Einwilligungserklärungen ersetzen, nicht jedoch vertragliche Abreden blockieren.

partners, darüber zu entscheiden, wieviel an Risiken sie hinzunehmen bereit sind und welche Vorteile sie sich davon versprechen.<sup>82</sup>

### III. Ergebnisse

1. Die deutsche Rechtsprechung interpretiert die CMR im Einklang mit deutschen Vorstellungen über eine angemessene Haftung.
2. Die Erosion der Haftungshöchstsumme und damit der Normalhaftung hat die deutsche Rechtsprechung mit einer Ausweitung der Haftung für qualifiziertes Verschulden beantwortet. Es wurde dadurch ein wirksamer Druck in Richtung auf eine Erhöhung der Sicherheitsstandards ausgeübt.
3. Es wurde erkannt, daß eine unbeschränkte Haftung zu Quersubventionen führt, die die Absender höherwertigen Gutes begünstigen.
4. Ob der Mitverschuldenseinwand geeignet ist, die Notwendigkeit zu Quersubventionen auf breiter Ebene zurückzudrängen, erscheint als zweifelhaft.
5. Denkbar wäre eine Bekämpfung des Zwanges zu Quersubventionen mittels einer stärkeren Ausdifferenzierung des Leichtfertigkeitmaßstabs.
6. Ein Königsweg, der einerseits ein Wuchern der Quersubventionen unterbindet und andererseits für einen an den Gefährdungsgrad des Gutes ausgerichteten Sicherheitsstandard sorgt, läge in der großzügigeren Respektierung von Ausschlussklauseln.
7. Es sollte den Frachtführern großzügiger erlaubt sein, auf der Basis von AGB Transportangebote minderer Qualität zu machen, wenn auf die geringeren Sicherheitsstandards ausreichend deutlich hingewiesen wird.

82 Kaum haltbar ist die Aussage des OLG Düsseldorf, TranspR 2006, 349, 351: »Ein Transportunternehmen, das nach seiner Betriebsorganisation außerstande ist, während des Transports insbesondere an den erfahrungsgemäß besonders schadensträchtigen Umschlagstellen den für die fachgerechte Ausführung der Beförderung absolut notwendigen Schutz des Transportguts vor Verlust zu gewährleisten, ist für jeden Versender erkennbar für den Transport der werthaltigen Güter, insbesondere für die Beförderung von Gütern im kaufmännischen Handelsverkehr, objektiv ungeeignet.« Die Tauglichkeit einer Dienstleistung ist nämlich primär im Licht der vertraglichen Abreden und nur, wenn diese keinen Aufschluß geben, objektiv zu bestimmen. Daß im übrigen Transporte ohne Schnittstellenkontrollen auch ohne besondere Abreden durchaus angemessen sein können, zeigt die Beförderung von Briefen (BGH, TranspR 2006, 348).