



Peter Huber und Ivo Bach

Die Schadensmitverursachung im CISG – alles nichts oder?!

In: Mankowski/Wurmnest (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, Sellier 2014, S. 217-230

I. Das Problem

Oftmals ist der Schuldner nicht allein dafür verantwortlich, dass dem Gläubiger ein Schaden entsteht. Trifft den Gläubiger ein Mitverschulden, so ist dies bei seinem Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner (negativ) zu berücksichtigen. Allerdings ist Mitverschulden nicht gleich Mitverschulden. Vielmehr lassen sich verschiedene Kategorien des Mitverschuldens unterscheiden: Eine erste Kategorie bilden Fallgestaltungen, in denen der Gläubiger für die Pflichtverletzung des Schuldners mitverantwortlich gemacht werden kann (Beispiel: Der Käufer einer nach seinen Bedürfnissen gefertigten Maschine weist den Verkäufer im Laufe des Produktionsprozesses nicht auf potentielle Konstruktionsfehler hin). Zweitens kann sich das Mitverschulden auf die Schadensentstehung beziehen: Der Gläubiger erkennt den Mangel, reagiert aber nicht adäquat. Dabei kann die inadäquate Reaktion entweder in einem – schadensverursachenden – Handeln liegen (Beispiel: Der Käufer erkennt den Konstruktionsfehler der Maschine (erst) nach ihrer Lieferung, nimmt sie aber dennoch in Betrieb, woraufhin die Maschine explodiert und die Werkshallen des Käufers abbrennen) oder aber im Unterlassen einer schadensverhindernden oder – mindernden Handlung (Beispiel: Der Käufer versäumt es, sich zeitnah um eine Ersatzmaschine zu kümmern, mit der er seine Produktion hätte fortsetzen können). Gewissermaßen zwischen diesen beiden Kategorien lässt sich eine dritte ansiedeln: Fallgestaltungen, in denen der Gläubiger den Mangel nicht erkennt, obwohl er ihn hätte erkennen können (Beispiel: Der Konstruktionsfehler ist offensichtlich; der Käufer erkennt ihn indes fahrlässig nicht und nimmt die Maschine in Betrieb – mit den genannten Folgen). Hier bezieht sich der Vorwurf an den Gläubiger nicht – wie in Kategorie 2 – auf dessen Handeln (Inbetriebnahme der Maschine), sondern setzt eine Stufe früher an (fahrlässiges Unterlassen der Kontrolle der Maschine auf Fehler).

Mit jener dritten Kategorie hatte es kürzlich der BGH in dem so genannten Kartoffelseparierungsfall¹ zu tun, der nach dem UN-Kaufrecht (CISG) zu entscheiden war. Grob gesagt ging es um folgenden Sachverhalt: Der Kläger hatte beim Beklagten Kartoffelseparierungs- ton gekauft. Dabei handelt es sich (wohl²) um mehr oder weniger gewöhnlichen (Kaolinit-) Ton, der einem Wasserbad zugesetzt wird, um stärkereiche und stärkearme Kartoffeln voneinander zu trennen: Die stärkereichen Kartoffeln sind spezifisch schwerer als das Ton-Wasser-Bad und sinken folglich zu Boden; die stärkearmen Kartoffeln sind leichter und steigen auf – die guten ins Töpfchen, die schlechten ins Kröpfchen. Der vom Beklagten gelieferte Ton war

[↑ Sellier 2014, 217 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 218 ↓](#)

indes mangelhaft – und zwar deshalb, weil er so stark dioxinbelastet war, dass er nicht „bei der Herstellung von Futtermitteln als Zusatzstoff verwendet werden durfte“. Dies war für den kartoffelseparierenden Kläger insofern von Belang als er sowohl die stärkearmen Kartoffeln als auch die Schalen der stärkereichen Kartoffeln³ an Futtermittelhersteller weiterveräußerte. An beiden haftete infolge des Separierungsbadens der Ton des Beklagten – und so gelangte das darin enthaltene Dioxin ins Tierfutter und letztlich in die Milch der mit diesem Futter versorgten Kühe. Wie das Dioxin die Vertragskette hinabgewandert war, wanderten nun Schadensersatzansprüche hinauf. Am Ende der Kette hatte der BGH es mit den Ansprüchen des Klägers gegen den Beklagten zu tun. Die besondere Problematik des Falles resultierte nun daraus, dass der BGH aufgrund der Faktenlage davon ausging, dass der Käufer die Dioxinbelastung des Tons hätte erkennen können und müssen. Beiden Parteien war also in gewisser Weise ein Vorwurf zu machen: dem Verkäufer, weil er dioxinbelasteten Ton geliefert hatte⁴, und dem Käufer, weil er die damit kontaminierten Kartoffeln weiterveräußert hatte, obwohl er die Belastung hätte erkennen können: Die mögliche Dioxinbelastung von in Deutschland gefördertem Kaolinit-Ton (welcher hier verwendet worden war) sei mehr oder weniger allgemein bekannt gewesen und habe sogar Niederschlag in einschlägigen EU-Verordnungen gefunden.⁵ Dem Kläger habe es daher obliegen, sich vor einem Weiterverkauf der Reste über die „futtermittelrechtliche Unbedenklichkeit des [...] Tons in einer Weise zu vergewissern, die durch die im Lebens- und Futtermittelrecht bestehenden Sorgfaltsanforderungen geboten war“. Das hatte er nicht getan. Vielmehr hatte er die Reste ohne Prüfung weiterverkauft und so die Dioxinbelastung des Tierfutters und die gegen ihn gerichteten Schadensersatzansprüche hervorgerufen, wegen derer er nun Schadensersatz vom Beklagten verlangte. Der Fall war also ein Musterbeispiel für die dritte der oben beschriebenen Kategorien.

Der BGH entschied – auf den ersten Blick zumindest⁶ – salomonisch: Beide Parteien treffe im konkreten Fall eine hälftige Mitverantwortung an den Schäden, so dass der Kläger für die Hälfte der auf ihn eingestürzten Schadensersatzansprüche beim Beklagten Regress nehmen dürfe. Man kann für dieses Ergebnis Sympathie haben und es deshalb erreichen wollen. Eine andere Frage ist es, ob man dafür einen dogmatisch gangbaren Weg findet. Dies hängt – wie immer – davon ab, welche Regelungen das jeweils anwendbare Recht für die Lösung derartiger Konstellationen bereithält. Manche Regelwerke hätten damit keine Probleme, andere schon. Zu letzteren gehört das CISG, wie der folgende Problemaufriss zeigt.

[↑ Sellier 2014, 218 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 219 ↓](#)

II. Die Lösungsmöglichkeiten

Die Frage, wie man die Fälle der dritten Kategorie löst, hängt logischerweise auch damit zusammen, wie man an die beiden anderen Fallgruppen herangeht. Letztlich muss der jeweilige Gesetzgeber hier zwei große Fragen beantworten:

Erstens: Will man alle drei Fallgruppen gleich behandeln oder nicht. Dies ist eine eher technische Frage, die aber erhebliche Unannehmlichkeiten mit sich bringen kann, wenn man sich für die Differenzierung entscheidet und die Abgrenzung nicht klar ausgestaltet.

Zweitens: Will man (für den Fall, dass man sich für die Differenzierung entschieden hat: jeweils) dem Alles-oder-Nichts-Prinzip folgen oder nach den jeweiligen Verantwortungsanteilen von Gläubiger und Schuldner quotieren. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip hat grundsätzlich eine gewisse logische Stringenz für sich: Hätte etwa der Käufer (Gläubiger) im BGH-Fall die Sache nicht weiterverkauft, wären die dioxinverursachten Folgeschäden bei den Abnehmern des Käufers überhaupt nicht eingetreten, ergo: Reduzierung seines Schadensersatzanspruchs auf Null (in Bezug auf die Folgeschäden – etwas anderes gilt für die aus dem Minderwert der mangelhaften Sache resultierenden Vermögenseinbußen des Käufers, um die es jedoch in diesem Beitrag nicht gehen soll). Die Quotelungslösung hingegen entspricht dem Gerechtigkeitsempfinden besser: Beide Parteien haben zur Entstehung der Schäden (schuldhaft) beigetragen, deshalb sollen beide mit den Kosten belastet werden.

Das BGB hat sich im praktischen Ergebnis für die Gleichbehandlung aller drei Fälle im Sinne einer Quotelung entschieden, mithin für die einfach zu handhabende (wer nicht unterscheidet, braucht nicht abzugrenzen) und „gerechte“ Lösung. Zwar unterscheidet auch § 254 BGB zwischen verschiedenen Mitverschuldensarten – allerdings nicht zwischen den oben genannten, sondern zwischen einer aktiven Mitverursachung (Abs. 1) und einer unterlassenen Schadensverhinderung bzw. -minderung (Abs. 2). Vor allem aber ist die Unterscheidung des § 254 BGB praktisch ohne Bedeutung: Beide Fallgruppen führen zu der gleichen Rechtsfolge, nämlich zur Quotierung: Abs. 2 verweist insoweit auf Abs. 1.⁷ Einer Mindermeinung in der Literatur, die fordert, Schäden, die der Gläubiger durch Schadensminderungsmaßnahmen hätte vermeiden können, entgegen dem Wortlaut des § 254 stets für nicht ersatzfähig zu halten, erteilt der BGH eine Absage: Diese Rechtsfolge stelle „einen teilweisen Rückfall in das durch § 254 BGB überwundene Alles-oder-nichts-Prinzip dar“.⁸ Für den Kartoffelseparierunstonfall hätte das bedeutet: Eine Quotelung nach Verursachungsanteilen hätte sich zwanglos aus § 254 BGB ergeben. Einer genauen Abgrenzung der einzelnen Kategorien voneinander hätte es nicht bedurft.⁹

Die Ausgangssituation im CISG ist eine andere: Denn für die Fälle der Schadensminderung (zweite Kategorie) sieht Art. 77 S. 2 CISG ausdrücklich das – vom BGH für das deutsche Recht abgelehnte – Alles-oder-nichts-Prinzip vor: Kommt der Gläubiger seiner Schadensminderungspflicht bzw. -obliegenheit nicht nach, so kann der Schuldner „Herabsetzung des

[↑ Sellier 2014, 219 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 220 ↓](#)

Schadensersatzes in Höhe des Betrags verlangen, um den der Verlust hätte verringert werden können“.¹⁰ Demgegenüber sieht Art. 80 für Fälle der ersten Kategorie (Mitverantwortung hinsichtlich der Vertragsverletzung) nach ganz h.M. eine Schadensquotelung vor.¹¹ Für Fälle der dritten Kategorie enthält das CISG keine ausdrückliche Regelung. Es fragt sich daher, ob sie dem Alles-oder-nichts-Regime des

Art. 77 anheimfallen (was im Kartoffelseparierungstonfall dazu geführt hätte, dass der Käufer keinen Schadensersatz bekommen hätte, weil der ihm entstandene Regressschaden komplett vermieden worden wäre, wenn er die Kartoffeln seiner – angenommenen – Schadensminderungspflicht entsprechend nicht weiterverkauft hätte), oder einer Quotelungs-Lösung à la Art. 80 zugeführt werden können (wie sie der BGH im Ergebnis favorisiert). Diese Frage ist, wie die Erörterung der Entscheidungs begründung des BGH zeigen wird, schwierig zu beantworten.

Einfacher hingegen wäre die Lösung nach den kaufrechtlichen Regelwerken des Europäischen Privatrechts, konkret nach den Regelungen im Draft Common Frame of Reference (D-CFR, dort Art. III.-3:704 und 705) sowie – darauf aufbauend – im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (D-CESL, dort Art. 162 und 163). Diese Regelwerke unterscheiden – insofern im Ansatz vergleichbar mit dem CISG – zwischen der Mitverantwortung (Art. 162 D-CESL) und den Fällen der Schadensminderung (Art. 163 D-CESL). Anders als das CISG ordnen sie jedoch die Fälle der dritten Kategorie, also der Mitverursachung des Schadens ausdrücklich ein, und zwar als Fall der Mitverantwortung, und unterwerfen sie der Quotelungslösung. Die deutsche Version der Mitverantwortungsvorschrift des Art. 162 D-CESL lautet: „Der Schuldner haftet nicht für den vom Gläubiger erlittenen Verlust, soweit der Gläubiger zu der Nichterfüllung *oder deren Folgen* beigetragen hat.“¹² Als Beispiel führt der Official Comment zum D-CFR den Fall an, dass der Verkäufer dem Käufer ein Gerät schuldet, dass sich an eine Spannung von 240 V anschließen lässt, aber eins liefert, dass nur unter 110 V läuft. Dies ist jedoch in dicken Lettern und mit den einschlägigen Warnsymbolen auf dem Gerät vermerkt. Schließt der Käufer das Gerät nun an eine 240-V-Stromquelle an und explodiert das Gerät deswegen, ist sein Schaden bei Annahme eines Mitverschuldensanteils von 1/2 um 50% zu kürzen.¹³ Der Fall ist mit dem vom BGH entschiedenen Kartoffelseparierungstonfall weitgehend deckungsgleich: Der Käufer hätte den Mangel erkennen und dementsprechend jeden weitergehenden Schaden vermeiden können. Das bedeutet also: Der BGH-Fall hätte sich nach D-CFR oder D-CESL problemlos über die (von der Funktion, aber eben nicht der konkreten Ausgestaltung her dem Art. 80 CISG entsprechende) Vorschrift über die Mitverursachung der Vertragsverletzung lösen lassen, und zwar im Sinne der vom BGH favorisierten Quotelung.

Noch klarer ist die Lage in den Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC). Auch sie enthalten sowohl eine Regelung zur Schadensminderung (Alles-oder-Nichts-Prinzip, Art. 7.4.8 PICC¹⁴) als auch eine Regelung zur Mitverantwortung (Quotelung, Art. 7.4.7 PICC). Letztere ist jedoch nicht auf eine Mitverantwortung zum Mangel

[↑ Sellier 2014, 220 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 221 ↓](#)

beschränkt, sondern bezieht sich auf jede Mitverantwortung zum Schaden („Where the *harm* is due in part to an act or omission of the aggrieved party...“¹⁵). Im Ergebnis ähnelt die PICC-Regelung also derjenigen des BGB: Schadensverursachung hier, unterlassene Schadensminderung dort. Zwar erscheint nicht ganz klar, wo die Grenze zwischen einer Schadensverursachung durch Unterlassen (Art. 7.4.7 PICC) und einer unterlassenen Schadensminderung verläuft. Die Einordnung des

Kartoffelseparierungstonfalls – bzw. abstrakt: der Kategorie-3-Fälle – erscheint aber eindeutig: Er ist als Schadensmitverursachung nach Art. 7.4.7. PICC einzustufen. Auch unter Geltung der PICC hätte der BGH also das von ihm offensichtlich gewünschte Ergebnis, nämlich die Schadensquotelung, also auf relativ einfachem Weg erreichen können.

Weil der Kaufvertrag im konkreten Fall aber dem CISG unterlag, musste der BGH sich mit der denkbar schwierigsten Ausgangslage abfinden: einer Regelung, die zwischen Mitverantwortung und Schadensminderung unterscheidet, jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen vorsieht und die Einordnung der dritten Fallkategorie nicht selbst trifft. Dies merkt man der Urteilsbegründung an.

III. Der Kartoffelseparierungstonfall des BGH

1. Die Entscheidung

Der BGH entschied im konkreten Fall, dass beide Parteien den Schaden anteilig zu tragen hätten. Um dieses Ergebnis erzielen zu können, musste er sich von der Einschätzung der Vorinstanz (OLG Koblenz) lösen, die den Sachverhalt zwanglos unter Art. 77 CISG subsumiert hatte – mit der Folge, dass der Kläger im konkreten Fall die geltend gemachten Folgeschäden nicht ersetzt verlangen konnte, weil sie vermieden worden wären, wenn er den Ton selbst auf seine Dioxinbelastung hin untersucht (und dann folgerichtig nicht weiterverkauft) hätte.¹⁶

Der BGH begründete seine abweichende Entscheidung mit dem Argument, Gegenstand von Art. 77 CISG sei einzig und allein die Verletzung der Schadensminderungspflicht *nach Kenntnis* von der Vertragsverletzung – also ein „Mitverschulden“ der 2. Kategorie nach der eingangs vorgeschlagenen Einteilung: „Allerdings erfasst die Vorschrift nur diejenigen Fälle, in denen die ersatzberechtigte Partei es nach Kenntniserlangung von den Umständen des (drohenden) Schadenseintritts unter Verstoß gegen eine dann einsetzende Obliegenheit unterlassen hat, den durch eine Vertragsverletzung der anderen Partei verursachten Schaden durch Vornahme angemessener Maßnahmen zu mindern oder den durch eine Vertragsverletzung der anderen Partei drohenden Schaden zu vermeiden.“¹⁷ Da der Kläger keine positive Kenntnis von der Dioxinbelastung des Tons gehabt habe, könne sich der Beklagte nicht auf Art. 77 CISG stützen. Die Vorschrift des Art. 80 CISG wiederum hielt der BGH für nicht (unmittelbar) einschlägig, weil der Kläger nicht die Vertragswidrigkeit selbst (d.h. die Dioxinbelastung des Separierungstons) mitverursacht habe.

Um den Fall aufzulösen, griff das Gericht nun auf die Regelung des Art. 7 Abs. 2 CISG zurück und wendete einen dem CISG zugrunde liegenden allgemeinen Grundsatz an, der

[↑ Sellier 2014, 221 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 222 ↓](#)

sowohl in Art. 77 als auch in Art. 80 zum Ausdruck komme: Art. 77 gehe „auf den verallgemeinerungsfähigen Grundgedanken zurück, dass ein in zumutbarer Weise vermeidbarer Schaden nicht entschädigungswürdig ist“. Art. 80 sei Ausdruck des

Verbots treuwidrigen Verhaltens und formuliere den allgemeinen Gedanken, „dass ein Gläubiger aus seinem schadensbegründenden Verhalten keinen Vorteil ziehen darf“. So weit, so gut. Aber was bedeutet der zum allgemeinen Grundsatz erhobene Mix aus Art. 77 und 80 konkret: Schadensquotelung oder Alles-oder-nichts-Lösung? Die Antwort des BGH lautet wie gesagt: Schadensquotelung. Die Begründung fällt ebenso knapp wie apodiktisch aus – auch sie zieht der BGH aus dem Destillat von Art. 77 und 80 CISG: „Zugleich lassen beide Vorschriften (Art. 77 CISG: ‚...Herabsetzung des Schadens in Höhe des Betrags..., um den der Verlust hätte verringert werden sollen‘; Art. 80 CISG: ‚... soweit diese Nichterfüllung durch ihre Handlung oder Unterlassung verursacht wurde‘) erkennen, dass die Rechtsfolge einer Schadensmitverursachung durch den Gläubiger nicht dessen Anspruchsverlust sein soll, sondern dass im Falle beiderseitiger Schadensverursachung jedenfalls bei teilbaren Rechtsbehelfen wie dem Schadensersatz die jeweiligen Beiträge bei der Schadensverteilung durch Bewertung, Gewichtung und Abwägung zu berücksichtigen sind.“

2. Die Kritik

Diese Begründung ist nicht überzeugend. Was der BGH nämlich als Quintessenz beider Vorschriften zu erkennen glaubt – die Quotelung –, lässt sich in Wahrheit nur aus einer von beiden ziehen – nämlich aus Art. 80 CISG. Für Art. 77 CISG gilt das glatte Gegenteil: Hätte der Gläubiger den Schaden vollständig mindern können und hat er dies versäumt, führt dies zu einem vollständigen Anspruchsverlust.¹⁸ Dabei ist es gleichgültig, wie der Beitrag des Gläubigers im Verhältnis zu dem des Schuldners zu bewerten und gewichten ist. Eine Abwägung findet nicht statt. Vielmehr hat Art. 77 die Abwägung bereits zu Lasten des Gläubigers getroffen: Vermindert er den Schaden nicht, *verdrängt* das darin liegende Mitverschulden den Beitrag des Schuldners. Anders formuliert: Art. 77 CISG folgt dem Alles-oder-Nichts-Prinzip. Nach Art. 77 CISG wäre dem Gläubiger es in dem entschiedenen Fall also vollständig verwehrt gewesen, für die gegen ihn gerichteten Schadensersatzansprüche seines Abnehmers beim Beklagten Regress zu nehmen. Genau so hatte das OLG Koblenz denn auch konsequenterweise entschieden.¹⁹

Es ist also festzuhalten, dass sich aus Art. 77 und 80 jedenfalls in Bezug auf die konkrete Rechtsfolge kein einheitlicher Grundsatz bzw. Grundgedanke ableiten lässt. Ein gemeinsamer Nenner existiert nicht: Hier (bei Art. 77 CISG) wird subtrahiert, dort (bei Art. 80 CISG) dividiert. Dies muss jeden Versuch scheitern lassen, die konkrete Rechtsfolge einer Schadensmitverursachung aus dem Zusammenspiel der (Rechtsgedanken der) beiden Vorschriften zu stützen.

Wie immer, wenn die Beteiligten sich einem Kompromiss verweigern, ist eine Entscheidung für den einen und gegen den anderen unausweichlich. Selbst Salomo hat im Fall der beiden Frauen, die um ein Kind stritten, schlussendlich zugunsten einer der beiden ent-

[↑ Sellier 2014, 222 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 223 ↓](#)

schieden.²⁰ Sein erstes Urteil „Nehmt ein Schwert und teilt das Kind“ war nur eine Finte, um herauszufinden, welche der Frauen die wahre Mutter war. Es stand Aussage

gegen Aussage. Auch im hiesigen Kontext fällt die Entscheidung nicht leicht, das Kind „Schadensmitverursachung“ einer der beiden potentiellen Mütter zuzuschlagen. Gehört es zur Familie der Schadensminderungen oder zur Familie der Mangelmitverursachung? Die für eine „Verwandtschaftsanalyse“ wesentlichen Umstände liegen offen zu Tage. Notwendig ist lediglich eine sorgfältige Bewertung, Gewichtung und Abwägung dieser Umstände. Weil folglich eine Finte entbehrlich ist, kann der BGH nicht für sich in Anspruch nehmen, salomonisch vorgegangen zu sein. Im Gegenteil: Er hat sich unter dem Deckmantel der Kompromissfindung klar für Art. 80 und damit gegen Art. 77 CISG entschieden.

Diese Entscheidung war ersichtlich von dem Wunsch beseelt, den als unbillig erkannten vollständigen Ausschluss des Schadensersatzanspruchs (der sich aus einer Anwendung des Art. 77 CISG ergeben hätte) zu umgehen. Beide Parteien hatten ihren Anteil an dem Desaster; beide sollten daher die Konsequenzen tragen müssen. Mehr noch: Der Vorwurf an den Käufer (Mangel nicht entdeckt) stellt gewissermaßen ein wesensgleiches Minus zum Vorwurf an den Verkäufer (mangelhaft geliefert) dar; den Käufer den entstandenen Schaden komplett allein tragen zu lassen, erscheint hier unbillig. Die Schadensquotelung mag also rechtspolitisch durchaus erstrebenswert sein. Eine tragfähige dogmatische Begründung macht diese rechtspolitische Überzeugung jedoch nicht entbehrlich.

Da hilft auch der Versuch nicht, das eigene Rechtsempfinden als einen „dem CISG zugrundeliegenden Grundsatz“ zu bezeichnen und damit über Art. 7 Abs. 2 CISG hoffähig zu machen – jedenfalls dann nicht, wenn er im Grunde gar nicht begründet wird, wie hier. Denn über eine bloße Behauptung des Grundsatzes geht der BGH nicht hinaus; mehr als den oben zitierten Satz führt der BGH nicht zur Begründung an.

Auch aus methodischer Sicht ist die vom BGH eingeschlagene Lösung nicht unbedenklich. Denn Art. 7 Abs. 2 CISG steht nur als ultima ratio bereit – gewissermaßen als Notfallmethode für den Fall, dass die üblichen Methoden (Auslegung, Analogiebildung) nicht zum Ziel führen.²¹ Mit den üblichen Instrumenten der Methodenlehre befasst sich die Entscheidung jedoch nicht. Dabei würde eine Analogie zu Art. 80 CISG ohne Weiteres zu dem gewünschten Ziel einer Quotelung führen.²² Auch im internationalen Einheitsrecht bedarf es hierfür jedoch der bekannten Voraussetzungen, nämlich einer „planwidrige Regelungslücke“ und einer „vergleichbare Interessenlage“.²³ Das bedeutet, dass eine Analogie zu (der Schadensquotelung des) Art. 80 CISG mangels Regelungslücke dann ausscheidet, wenn die hier vorliegende Fallgestaltung unter Art. 77 CISG zu subsumieren ist. In diesem Fall scheidet dann freilich auch (bzw.: erst recht) ein Rückgriff auf Art. 7 Abs. 2 CISG aus. Der Schlüssel zur Lösung des Problems liegt also bei Art. 77 CISG.

[↑ Sellier 2014, 223 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 224 ↓](#)

III. Art. 77 CISG oder Art. 80 CISG (analog)?

1. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit bleibt festzuhalten, dass die Kategorie-3-Fälle nur auf einem Weg dem rechtspolitisch gewünschten Ergebnis einer Schadensquotelung zugeführt

werden können, nämlich auf dem der Analogie zu Art. 80 CISG. Ob dieser Weg begangen werden darf oder nicht, hängt entscheidend davon ab, ob Art. 77 CISG ihn sperrt. Hat der BGH also Recht, wenn er behauptet, Art. 77 CISG greife erst ab Kenntnis der Vertragswidrigkeit?

2. Der Wortlaut von Art. 77 CISG

Dem Wortlaut des Art. 77 CISG lässt sich eine derartige Begrenzung auf Maßnahmen nach Kenntnis vom Mangel nicht entnehmen. Im Gegenteil: Fallgestaltungen wie diejenige der Kartoffelseparierungsentscheidung lassen sich ohne Weiteres darunter subsumieren. Dort heißt es: „Die Partei, die sich auf die Vertragsverletzung beruft, hat alle den Umständen nach angemessenen Maßnahmen zur Verringerung des aus der Vertragsverletzung folgenden Verlusts, einschließlich des entgangenen Gewinns, zu treffen.“ Wenn man mit dem BGH annimmt, dass der Käufer die Kartoffelreste auf Dioxin hin hätte untersuchen müssen, dann liegt in dieser Untersuchung ohne Weiteres eine Maßnahme, die den Schaden des Klägers verringert hätte – nämlich um den im betreffenden Fall geltend gemachten Drittschaden (und auf den reinen entgangenen Gewinn).²⁴

Selbst der an sich für Vieles offene Begriff der „Angemessenheit“ einer Maßnahme bietet keine Handhabe. Zwar ließe sich argumentieren, dass den Käufer grundsätzlich keine (jedenfalls keine über Art. 38 CISG hinausgehende) Pflicht zur Untersuchung der Ware zu treffe,²⁵ woraus man folgern könnte, dass die Untersuchung keine angemessene Maßnahme darstelle. Mit dieser Argumentation drehte man sich jedoch im Kreis: Es geht ja gerade um die Frage, wie diejenigen Fälle einzuordnen sind, in denen – wie nach Ansicht des Gerichts im vorliegenden – eine solche Untersuchungspflicht ausnahmsweise eben doch einmal besteht.²⁶

[↑ Sellier 2014, 224 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 225 ↓](#)

Allerdings dürfte der Wortlaut einer entsprechenden Begrenzung auf den Zeitraum nach Kenntnis des Käufers vom Mangel auch nicht zwingend entgegenstehen. Die Wortlautgrenze würde dadurch nicht überschritten. Es bleibt also zumindest möglich, das Ziel auf anderem Wege, sprich: durch andere Auslegungsmethoden zu erreichen.

2. Die Systematik des CISG

Die systematische Einordnung der relevanten Vorschriften spricht allerdings eher gegen als für eine Begrenzung des Art. 77 CISG auf die Fälle nach Kenntniserlangung. Art. 77 CISG findet sich im Abschnitt „Schadensersatz“, bezieht sich also einzig und allein auf diesen Rechtsbehelf. Demgegenüber steht Art. 80 CISG im Abschnitt „Befreiungen“, der für alle Rechtsbehelfe gleichermaßen gilt.

Der Vorwurf, der dem Käufer in den Kategorie-3-Fällen gemacht wird, liegt wie gesagt darin, dass er den Mangel der Kaufsache (fahrlässig) nicht erkennt und deswegen keine geeigneten Maßnahmen ergreifen kann, um einen aus diesem Mangel resultierenden Schaden zu verhindern. Dieser Vorwurf hat also – ebenso wie Art. 77 CISG – nur den Rechtsbehelf des Schadensersatzes im Blick.²⁷

3. Die Genesis von Art. 77 und 80 CISG

Der *drafting history* des CISG lassen sich kaum taugliche Hinweise darauf entnehmen, ob Fälle der fahrlässigen Unkenntnis von einem Mangel der Regelung des Art. 77 CISG unterworfen sein sollen oder ob sie der Regelung des Art. 80 unterworfen werden können. Allenfalls ein vorsichtiger Fingerzeig in Richtung Art. 77 CISG scheint sich ableiten zu lassen. Die Vorschrift des heutigen Art. 80 CISG wurde nämlich erst in einem späten Stadium der Vorarbeiten eingefügt. Ursprünglich war eine entsprechende Regelung hingegen nicht vorgesehen gewesen.²⁸ Auch im Vorgängerübereinkommen, dem ULIS, findet sich keine entsprechende Vorschrift.²⁹ Dies spricht – zumindest tendenziell – für ein weites Verständnis der zunächst ausschließlich vorgesehenen Vorschrift zur Schadensminderung – also des heutigen Art. 77 CISG.

Dass ursprünglich nur eine Schadensminderungspflicht, nicht aber eine Mangelmitverursachungsregel vorgesehen waren, dürfte vor allem am Einfluss des anglo-amerikanischen

[↑ Sellier 2014, 225 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 226 ↓](#)

Rechts gelegen haben. So ist auch dem englischen Vertragsrecht nur das Institut der „mitigation“ bekannt. Danach obliegt es dem Gläubiger, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um einen drohenden Schaden so gering wie möglich zu halten. Nur der in diesem Sinne „unvermeidbare“ Schaden ist dann ersatzfähig. Das englische Rechtsinstitut der mitigation führt also – wie Art. 77 CISG – zu einer Alles-oder-nichts-Lösung. Das weitergehende Institut der contributory negligence, das auf die Mitverursachung der Pflichtverletzung des Schuldners abstellt (wie heute Art. 80 CISG) findet hingegen grundsätzlich nur im Deliktsrecht Anwendung. Zum Vertragsrecht – so die Argumentation – passe das Institut des *Mitverschuldens* schon deshalb nicht, weil der Schuldner selbst verschuldensunabhängig hafte.³⁰ Diese Argumentation ist zweifellos angreifbar: Wenn dem Schuldner im Einzelfall tatsächlich kein Vorwurf gemacht werden kann, lässt sich dem durchaus bei der Gewichtung des Gläubiger(-mit-)verschuldens bzw. der Gläubigermitverantwortung Rechnung tragen.³¹ Dennoch darf die englische Sicht bei der Interpretation des CISG nicht unberücksichtigt bleiben: Es war möglicherweise das Ziel der Verfasser, genau jene englische Sichtweise umzusetzen.³² Für sie spricht nämlich jedenfalls eines: ein Plus an Rechtsklarheit – strikte Haftung, strikte Enthaltung. Für den internationalen Handel ist dieser Aspekt nicht zu unterschätzen. Auch dies spricht eher für eine weite Auslegung des Art. 77 CISG als für eine Einschränkung seines Wortlauts auf Basis einer historischen Auslegung.

Bezeichnend für das enge Verständnis von Art. 80 CISG ist auch der Umstand, dass im Rahmen der Vorarbeiten diskutiert wurde, ob die Vorschrift nicht besser im Abschnitt über die Vertragsmäßigkeit der Ware (hinter den heutigen Art. 35 ff.) aufgehoben wäre.³³ Letztlich wurde die Entscheidung dem Drafting Committee überlassen und doch anders getroffen;³⁴ der Vorgang zeigt jedoch wiederum, dass der heutige Art. 80 CISG ausschließlich auf die Mitverantwortung für die Vertragsverletzung (also auf Fälle der Kategorie 1) zugeschnitten war und bestätigt das oben gefundene Ergebnis der

systematischen Analyse der CISG-Regelungen. Wiederum gilt, dass eine entsprechend enge Auslegung von Art. 80 CISG tendenziell für eine entsprechend weite Auslegung von Art. 77 CISG spricht.

4. Das Telos von Art. 77 CISG

Es fragt sich, ob Sinn und Zweck von Art. 77 CISG eine Beschränkung auf solche Fallgestaltungen gebieten, in denen der Gläubiger den Mangel bereits *erkannt* hat. Für eine derart enge

[↑ Sellier 2014, 226 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 227 ↓](#)

Auslegung spricht die rigide Rechtsfolge: Vermeidbare Schäden sind nicht ersatzfähig. Diese harte Rechtsfolge erscheint dann ungerechtfertigt, wenn dem Gläubiger im Hinblick auf die Tatsache, dass er den Schaden nicht verhindert hat, nur ein Fahrlässigkeitsvorwurf in Bezug auf die Mangelerkennung trifft.

Ganz so klar, wie es scheint, ist die Vorwurfslage jedoch nicht. Denn auch derjenige Gläubiger, der einen Mangel positiv erkannt hat, handelt nicht notwendigerweise vorsätzlich, wenn er einen drohenden Schaden nicht verhindert. Es ist durchaus vorstellbar, dass ein Gläubiger zwar den Mangel erkennt, nicht aber die Möglichkeit, den drohenden Schaden zu minimieren. In solch einem Fall greift Art. 77 CISG nach der Formel des BGH ohne Weiteres.

Eine interessante Debatte wird diesbezüglich in England geführt. Dort gilt im Vertragsrecht – wie gesagt – grundsätzlich nur eine Schadensminderungspflicht (bzw. genauer: -obliegenheit). Insofern ist es von entscheidender Bedeutung, ob diese Pflicht erst ab Kenntnis des Mangels oder bereits vorher einsetzt. In der Literatur wird überwiegend gefordert, eine Pflicht bereits dann einsetzen zu lassen, wenn der Gläubiger den Mangel hätte erkennen können bzw. müssen.³⁵ Argumentiert wird dabei mit der Entscheidung des House of Lords in Sachen *Lambert v. Lewis*. Dort hatte der Käufer eines Fahrzeugs mit Anhänger erkannt, dass an der Anhängerkupplung ein Sicherheitsmechanismus fehlte. Dennoch hatte er das Fahrzeug samt Anhänger benutzt. Der Anhänger hatte sich in voller Fahrt gelöst und einen Dritten geschädigt. Auch in diesem Fall ging es also letztlich um die Frage, ob der Käufer für den gegen ihn geltend gemachten Schadensersatzanspruch (eines Dritten) beim Verkäufer Regress nehmen konnte. Das House of Lords verweigerte ihm den Regress, weil er seine Schadensminderungspflicht verletzt habe. Dieser Fall spricht nach Stimmen in der englischen Literatur dafür, dass die Schadensminderungspflicht bereits vor positiver Kenntnis des Mangels einsetzt. Gewusst habe der Käufer nämlich nur, dass ein Sicherheitsmechanismus fehlte, nicht aber, dass dies die sichere Nutzbarkeit des Anhängers ausschließe. Dies hätte ihm allerdings, so das House of Lords, Anlass geben müssen, zu überprüfen, ob der Anhänger noch sicher nutzbar war. Es ging als gewissermaßen um eine Kombination aus Kenntnis (eines Problems) und fahrlässiger Unkenntnis (von dessen konkreten Folgen). Dann – so die Stimmen in der englischen Literatur – spreche aber nichts dagegen, auch in Fällen, in denen der Gläubiger auf andere Weise von einem Mangel hätte Kenntnis erlangen müssen, eine Schadensminderungspflicht anzunehmen. Überträgt man diese Argumentation auf die

Auslegung des Art. 77 CISG, führt dies dazu, dass die These des BGH, diese Vorschrift greife erst ab Kenntnis des Käufers vom Mangel, nicht haltbar ist. Dann aber würde Art. 77 CISG den Kartoffelseparierungstonfall erfassen, so dass für eine Quotelung analog Art. 80 CISG kein Raum wäre.

Und noch ein weiterer Vergleich spricht dagegen, ein positives Kenntniskriterium in Art. 77 CISG hineinzulesen: Auch unterlassene Vorsorgemaßnahmen können nämlich unter Art. 77 CISG relevant werden.³⁶ Als Beispiel sei der eingangs gebildete Fall der defekten Maschine wie folgt abgewandelt: Der Käufer erkennt den Mangel der gelieferten Maschine nicht, ohne

[↑ Sellier 2014, 227 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 228 ↓](#)

dass ihm diesbezüglich ein (Fahrlässigkeits-) Vorwurf zu machen ist. Er nimmt die Maschine in Betrieb, und es kommt zur Explosion. Der Brand kann sich ungehindert ausbreiten, weil der Käufer es versäumt hatte, eine Sprinkleranlage in seinen Werkshallen zu installieren, obwohl er hierzu feuerpolizeilich verpflichtet gewesen wäre. In diesem Fall kann der Käufer denjenigen Schaden, den eine Sprinkleranlage verhindert hätte, nicht ersetzt verlangen. Art. 77 CISG greift – und das, obwohl der Vorwurf unterlassener Vorsorge zwingend an einen Zeitpunkt anknüpft, zu dem der Käufer den Mangel noch nicht kannte. Letztlich ging es auch im Kartoffelseparierungstonfall um eine Vorsorgemaßnahme, die der Käufer nach Ansicht des BGH hätte ergreifen müssen: Er hätte die Kartoffeln vorsorglich auf eine Dioxinbelastung untersuchen müssen, um drohende (Dritt-)Schäden aus einer potentiellen Vertragsverletzung des Schuldners zu verhindern.

5. Rechtsvergleichende Auslegung

Da Wortlaut, Systematik, Genesis und Telos der CISG-Vorschriften eher gegen als für ein Kenntniskriterium (und damit eher für als gegen eine Subsumtion der Kategorie-3-Fälle unter Art. 77 CISG) sprechen, bleibt für die Quotelung analog Art. 80 CISG als letzter Strohalm nur noch die rechtsvergleichende Auslegung. Wie oben dargelegt wurde die Vorschrift zur Mangel(-mit-)Verursachung in modernen Regelwerken wie den PICC, dem D-CFR und – darauf aufbauend – dem D-CESL jeweils um einen Zusatz erweitert: Umfasst ist neben dem Beitrag des Käufers zur Nichterfüllung auch sein Beitrag zu den *Folgen* der Nichterfüllung. Der im Official Comment zum D-CFR angeführte (und oben bereits zitierte) Beispielsfall legt nahe, dass damit gerade unser Kategorie-3-Fall gemeint ist: Der Mangel (das gelieferte Gerät lässt sich nur an eine Spannung von 110 V, nicht aber an eine von 220 V anschließen) ist durch Hinweisaufkleber auf dem Gerät kenntlich gemacht. Dennoch schließt der Käufer das Gerät an eine 220-V-Stromquelle an, woraufhin es explodiert.³⁷ Wenn man davon ausgeht, dass sich den modernen Regelwerken die Zuordnung der Schadensmitverursachung infolge fahrlässiger Unkenntnis des Mangels (Kategorie 3) zu den Regelungen über die Mitverantwortung (im CISG wäre dies der gewünschte Art. 80) entnehmen lässt, stellt sich die Frage, ob dies im Wege einer rechtsvergleichenden Auslegung auf das CISG übertragen werden kann. Gewisse Zweifel scheinen angebracht.

Zunächst einmal lässt sich bereits ganz grundsätzlich daran zweifeln, ob eine rechtsvergleichende Interpretation des CISG überhaupt zulässig ist.³⁸ Immerhin handelt es sich bei dem CISG um ein eigenständiges Regelwerk. Es ist nicht „demokratisch“ in dem Sinne entstanden, dass das, was in den meisten Vertragsstaaten gilt, auch im CISG gelten soll. Erst recht bildet das CISG nicht das „durchschnittliche“ nationale Recht ab. Hinzu kommen ganz handfest pragmatische Einwände: Das CISG soll Rechtssicherheit und Rechtsklarheit fördern – die Parteien sollen nicht mit dem unbekanntem Recht der anderen Seite konfrontiert sein; den Gerichten soll die mühsame Suche nach den fremden Regelungen erspart bleiben.

[↑ Sellier 2014, 228 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 229 ↓](#)

Beides wäre in gewisser Weise konterkariert, wenn die nationalen Rechtsordnungen (oder eben auch andere internationale Regelwerke, welche per se gerade nicht anwendbar sind) mit Hilfe des trojanischen Pferds der rechtsvergleichenden Auslegung doch wieder Eingang ins CISG fänden.

Selbst wenn man eine rechtsvergleichende Auslegung generell für zulässig hält, so wird man daran zweifeln müssen, ob gerade die Regelungen von PICC, D-CFR und D-CESL als Vorbilder taugen. Auch sie bilden nämlich nicht die Mehrheitsverhältnisse der nationalen Rechtsordnungen ab, sondern stellen eigene als besonders modern oder gerecht empfundene Regeln auf. Hinzu kommt, dass alle drei bedeutend jünger sind als das CISG selbst. Die betreffenden Regelungen zur Auslegung heranzuziehen ist daher nur unter der Maßgabe möglich, dass Staatsverträge wie das CISG überhaupt einer dynamischen Weiterentwicklung zugänglich sind.³⁹

Im Grunde ähnelt die Frage nach der Zulässigkeit der rechtsvergleichenden Auslegung derjenigen über die Zulässigkeit des Rückgriffs auf Regelwerke wie die PICC im Rahmen der Suche nach allgemeinen Grundsätzen des CISG bei Art. 7 Abs. 2 CISG.⁴⁰ Hält man den Rückgriff dort für zulässig, wird man ihn auch hier befürworten können – und umgekehrt.

Insgesamt betrachtet gilt sich also in Bezug auf die rechtsvergleichende Auslegung: Sie ist vertretbar, aber letztlich nicht vollständig überzeugend. Kategorie-3-Fälle unter Hinweis auf deren Verortung in anderen modernen Regelwerken aus dem Anwendungsbereich des Art. 77 CISG herauszunehmen und so die im Ergebnis gewünschte Analogie zu Art. 80 CISG zu ermöglichen, erfordert zumindest viel guten Willen.

V. Zusammenfassung

Die Fälle, in denen der Gläubiger (Käufer) den Mangel fahrlässig nicht erkennt und deshalb bestimmte Schadensposten verursacht, werden von einigen modernen Regelwerken, wie etwa den PICC oder dem D-CESL, den jeweiligen Regelungen über die Mitverantwortung bezüglich der Vertragsverletzung unterstellt und so im Ergebnis einer Quotelung nach Mitverursachungsanteilen unterworfen. Das CISG hingegen enthält keine präzise Regelung der Frage, ob diese Fälle dem Alles-oder-Nichts-Prinzip des Art. 77 oder der Quotelung des Art. 80 unterworfen werden sollen. Ein allgemeiner

Grundsatz i.S.d. Art. 7 Abs. 2 CISG lässt sich den beiden Vorschriften – jedenfalls im Hinblick auf die Rechtsfolge (Alles-oder-Nichts vs. Quotelung) – nicht entnehmen; auch methodisch wäre der vorschnelle Rückgriff auf Art. 7

[↑ Sellier 2014, 229 ↑](#)

[↓ Sellier 2014, 230 ↓](#)

Abs. 2 CISG verfehlt, wenn die klassischen Methoden zu einem Ergebnis führen. In Betracht käme eine Analogie zu Art. 80 CISG. Diese ist nur möglich, wenn eine Regelungslücke besteht. Dies hängt davon ab, ob die betreffenden Fälle letztlich von Art. 77 Abs. 2 CISG erfasst werden können oder nicht. Der BGH hat dies – wenn auch in anderer dogmatischer Einbettung – letztlich verneint: Art. 77 CISG erfasse nur den Zeitraum nach positiver Kenntnis des Mangels. Diese Einschätzung ist jedoch zweifelhaft. Wortlaut, Systematik, Genesis und Teleologie lassen nicht auf eine solche Begrenzung des Art. 77 CISG schließen. Allenfalls eine rechtsvergleichende Auslegung unter Rückgriff auf die entsprechenden Zuordnungsentscheidungen in PICC, D-CFR und D-CESL vermag ein Argument für die Ansicht des BGH zu liefern. Dessen Tragfähigkeit ist allerdings zweifelhaft. Wenn man es nicht für tragfähig hält, wird man wohl zu akzeptieren haben, dass das CISG die Kategorie-3-Fälle der Regelung des Art. 77 unterwirft. *De lege lata* gilt dann: Alles oder nichts.

¹ BGH, 26.9.2012 – VIII ZR 100/11, BGHZ 194, 370 = IHR 2012, 231 = CISG-online Nr. 2348 m. Anm. Koch (IHR 2013, 13); Schroeter (EWiR 2013, 47) und von Bodungen, (BB 2013, 340).

² Eine Suche bei Google ergibt 5 Treffer – alle beziehen sich auf das BGH-Urteil. Dasselbe gilt für die niederländische Bezeichnung „*Aardappelbescheidingsklei*“. Alle Informationen beruhen daher auf den Tatbestandsausführungen des BGH und der Vorinstanz (OLG Koblenz).

³ Aus den geschälten Kartoffeln stellte der Kläger Tiefkühlkartoffelprodukte her.

⁴ Den Verantwortungsanteil des beklagten Verkäufers begründete der BGH damit, dass dioxinhaltiger Ton als vertragswidrig i.S.d. Art. 35 Abs. 2 lit. a) CISG einzustufen sei: Die gewöhnliche Verwendung eines Kartoffelseparatorstons führe nun einmal dazu, dass die Kartoffeln mit dem Ton in Berührung kommen. Dies wiederum dürfe nicht zur Folge haben, dass die ausgeschiedenen Kartoffeln und die Reste der guten Kartoffeln nicht mehr – wie gewöhnlich – als Futtermittel Verwendung finden können.

⁵ Z.B. in Erwägungsgrund 1 der EU-Verordnung 2439/1999 über die Bedingungen für die Zulassung von Zusatzstoffen [...] in der Tiernahrung (ABl. EG 1999 L 397/8): „Es wurde festgestellt, daß Kaolinit-Tone aus bestimmten Gruben in der Bundesrepublik Deutschland einen sehr hohen Dioxingehalt aufweisen. Nach den vorliegenden Informationen könnte es sich um eine Kontamination geologischen Ursprungs handeln.“

⁶ Siehe aber unten III. 2.

⁷ Vgl. hierzu BGH, 24.7.2001 - XI ZR 164/00, NJW 2001, 3257, 3258; BGH, 3.7.2008 - I ZR 183/06, NJW-RR 2009, 46, 48 Rn. 24.

⁸ BGH, 24.7.2001 - XI ZR 164/00, NJW 2001, 3257, 3258; vgl. ferner BGH, 3.7.2008 - I ZR 183/06, NJW-RR 2009, 46, 48 Rn. 24. Im römischen und auch noch im gemeinen Recht hatte das Alles-oder-nichts-Prinzip gegolten (vgl. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, S. 1010 ff. und 1047 ff.; Looschelders, *Die Mitverantwortlichkeit des geschädigten im Privatrecht*, S. 6 ff).

⁹ Vgl. zum deutschen Recht jüngst BGH, 20.2.2013, VIII ZR 339/11, NJW 2013, 2018.

¹⁰ Vgl. *Mankowski*, in: Münchener Kommentar HGB, Art. 77 CISG Rn. 15; *U. Huber*, *RebelsZ* 43 (1979), 413, 471; kritisch gegenüber dieser Regelung *Kozioł*, *ZEuP* 1998, 593, 594: „Weg zurück in archaische Zustände“.

¹¹ *Magnus*, in: Staudinger, Art. 80 CISG, Rn. 14 f. m.w.N.

¹² Hervorhebung hinzugefügt. In der englischen Version heißt es: „... to the extent that the creditor caused the non-performance or its effects“.

¹³ Official Comment, Art. III.-3:704 DCFR, Illustration 2.

¹⁴ Vgl. dazu *McKendrick* in: Vogenauer/Kleinheisterkamp, Art. 7.4.8, Rn. 6.

¹⁵ Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁶ OLG Koblenz, 24.2.2011 – 6 U 555/07, IHR 2012, 148, 157 = CISG-online Nr. 2301.

¹⁷ Rn. 31 der Entscheidung; zustimmend *Koch*, IHR 2013, 13, 14; *Schroeter*, *EWiR* 2013, 47, 48, von *Bodungen*, BB 2013, 340.

¹⁸ *Magnus*, in: Staudinger, Art. 77 Rn. 19 a.E.; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar HGB, Art. 77 CISG Rn. 15; *P. Huber*, in: Münchener Kommentar BGB, Art. 77 CISG, Rn. 13; BGH NJW 1990, 2440, 2441 = CISG-online Nr. 396 (Rebwachs).

¹⁹ OLG Koblenz, 24.2.2011 – 6 U 555/07, IHR 2012, 148, 157 = CISG-online Nr. 2301.

²⁰ 1 Kön 3,16-28.

²¹ *Gruber*, *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, S. 288; *Bonell*, in: Bianca/Bonell, Art. 7 Anm. 2.3.2.1.; *Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 7 Rn. 53 m.w.N.

²² Eine unmittelbare Subsumtion unter die Vorschrift scheitert – insoweit ist dem BGH fraglos zuzustimmen – an ihrer Wortlautgrenze: Erfasst werden ausdrücklich nur solche Fälle, in denen der Gläubiger die *Nichterfüllung* des Schuldners (mit-)verursacht hat. Für die Dioxinbelastung des Tons selbst konnte die Klägerin beim besten Willen nichts.

²³ Vgl. *Gruber*, *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, S. 292

²⁴ Einzig der Begriff der Verringerung vermag gewisse etymologische Zweifel hervorzurufen. Verringern kann man eigentlich nur, was bereits existiert. Was noch nicht existiert, vermeidet man. Derartige Wortlautdeutungen erscheinen allerdings sehr kleinlich. Sie lassen sich zudem nicht in allen offiziellen Sprachversionen des CISG nachweisen. Zwar gilt für den englischen Begriff „mitigate“ und den spanischen begriff „reducir“ ähnliches wie für das deutsche „verringern“. Demgegenüber verwendet die französische Version jedoch den weitaus offeneren Begriff „limiter“. Vor allem aber spricht die Rechtssetzungsgeschichte gegen eine zu enge Auslegung der Verringerung. Während die Vorgängernorm in Art. 88 ULIS noch von der Verringerung eines „entstandenen Schadens“ sprach, wurde für das CISG die Formulierung „des aus der Vertragsverletzung folgenden Verlusts“ gewählt – und zwar mit dem Ziel, klarzustellen, dass auch einem bloß drohenden Schaden entgegengewirkt werden muss; *Stoll*, in von Caemmerer/Schlechtriem, 1. Aufl. 1990, Art. 77 Rn. 1; *Magnus*, in: Staudinger, Art. 77 CISG Rn. 8 m.w.N.

²⁵ Dies ist im Grundsatz sicher richtig; vgl. *Magnus*, in: Staudinger, Art. 77 CISG Rn. 14: der Käufer dürfe grundsätzlich auf ordnungsgemäße Lieferung vertrauen; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar HGB, Art. 77 Rn. 12.

²⁶ Üblicherweise scheiden Rechtsbehelfe des Käufers in derartigen Fällen von vornherein aus, weil er seiner Untersuchungs- und Rügepflicht aus Art. 38, 39 CISG nicht genügt. Im Kartoffelseparierungsfall griff jedoch zugunsten des Käufers die Ausnahmeregel des Art. 40 CISG: Der Verkäufer wusste um die Dioxinbelastung seines Tons und konnte sich daher nicht auf die Verletzung der Rügepflicht durch den Käufer berufen.

²⁷ Zwar spielen die Konsequenzen eines Mangels auch für die Rechtsbehelfe des Rücktritts und der Ersatzlieferung eine gewisse Rolle, nämlich insofern als beide Rechtsbehelfe eine *wesentliche* Vertragsverletzung voraussetzen. Dies erfordert es jedoch nicht, die Kategorie-3-Fälle dem Art. 80 CISG zuzuschlagen.

²⁸ Im 1978er Draft, der Gegenstand des Secretariat Commentary ist, fehlte sie beispielsweise noch; vgl. zur Rechtssetzungsgeschichte ausführlich *Stoll*, in von Caemmerer/Schlechtriem, 1. Aufl. 1990, Art. 80 Rn. 1.

²⁹ Vgl. *Magnus*, in: Staudinger, Art. 80 CISG, Rn. 4.

³⁰ *Forsikringsaktieselskabet Vesta v. Butcher* [1989] A.C. 852, 860 ff.; auf vertragliche Ansprüche ist das Institut der contributory negligence ausnahmsweise dann anwendbar, wenn sie neben deliktische treten. Dann, so die Begründung, sei nicht einzusehen, warum der Schädiger, der nach Deliktsrecht nur anteilig haftet, nach Vertragsrecht voll haften soll; vgl. zum Ganzen *Benjamin's Sale of Goods*, Rn. 16-051; *Treitel*, *The Law of Contract*, Rn. 20-107 ff.

³¹ So mit Recht *Koziol*, ZEuP 1998, 593, 596.

³² So formuliert etwa *Honnold*, der Vorsitzende der U.S.-Delegation: „Under the Convention, a party is responsible for non-performance of the contract without regard to fault ...; consequently, it is not surprising that the Convention states, with some emphasis, that the other party 'must take' measures to mitigate the loss ... resulting from the breach“ (*Honnold/Flechtner*, *Uniform Sales Law*, Rn 417).

³³ *Vindig Kruse*, O.R. S. 387 Nr. 58 und S. 393 Nr. 4; *Maskow*, O.R. S. 387 Nr. 62.

³⁴ O.R. S. 393 Nr. 9 f.

³⁵ *Benjamin's Sale of Goods*, Rn 17-060; *Treitel*, *The Law of Contract*, Rn. 20-098; – a.A. aber wohl *Youell v Bland Welch & Co Ltd (No.2)*, [1990] 2 Lloyd's Rep 431, 461 (aber: Remoteness of Damages und daher ebenfalls im Ergebnis kein Schadensersatzanspruch des Geschädigten).

³⁶ Freilich nur, sofern sie *angemessen* sind. Das wird in der Literatur beispielsweise für eine Betriebsausfallversicherung nur im Ausnahmefall bejaht, vgl. *U. Huber*, *RabelsZ* 43 (1979), 413, 471; *Magnus*, in: Staudinger, Art. 77 CISG, Rn. 14 m.w.N.

³⁷ Ganz sicher ist der Rückschluss aus diesem Beispielsfall indes nicht, weil nicht klar wird, ob die Ignoranz des Käufers gegenüber dem Warnhinweis in einem Nichtlesen (dann fahrlässige Unkenntnis vom Mangel, also Kategorie 3) oder einem Nichtbefolgen (dann Kenntnis vom Mangel, also Kategorie 2) besteht. Bei lebensnaher Betrachtung dürfte aber wohl von ersterem auszugehen sein.

³⁸ Grundsätzlich bejahend *Magnus*, in Staudinger, Art. 7 CISG Rn. 37 („wünschenswert, [...], aber praktisch schwer zu verwirklichen“); – krit. *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer, Art. 7 Rn. 40.

³⁹ Bejahend *Magnus*, *Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations*, in: Janssen/Meyer, *CISG Methodolgy*, S. 33, 46.; *Pirales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 7 Rn. 17; – verneinend *Westermann*, in: Münchener Kommentar BGB, Art. 7 CISG Rn. 10.

⁴⁰ Für einen Rückgriff auf die PICC im Rahmen der Lückenfüllung nach Art. 7(2) CISG: *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 492 f.; *Magnus*, *Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations*, in: Janssen/Meyer, *CISG Methodolgy*, S. 33, 45 f.; *Perales Viscasillas*, *The role of the UNIDROIT Principles and the PECL in interpreting and gap-filling of the CISG*, in: Janssen/Meyer, *CISG Methodolgy*, S. 287, 301; *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161, 162; *Basedow*, in: *FS Drobnig*, S. 19, 23 f.– dagegen *Gruber*, *Methoden des Einheitsrechts*, S. 304; *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer Art. 7 Rn. 62; *P. Huber*, *IHR* 2006, 228, 235; *Herber*, *IHR* 2003, 1, 9; *Schmid*, *Das Zusammenspiel von einheitlichem UN-Kaufrecht und nationalem Recht: Lückenfüllung und Normenkonkurrenz*, S. 71.