

Historisch-kritischer
Kommentar zum BGB

Band III

§§ 433–853



Historisch-kritischer
Kommentar zum BGB

herausgegeben von
Mathias Schmoeckel
Joachim Rückert
Reinhard Zimmermann

Band III
Schuldrecht: Besonderer Teil
§§ 433–853

Redaktion

Joachim Rückert und Frank L. Schäfer

bearbeitet von

Christiane Birr · Andrea Czelk · Andreas Deutsch · Franz Dorn
Arne Dirk Duncker · Wolfgang Ernst · Wolfgang Forster ·
Ralf Frassek · Hans-Peter Haferkamp · Hans-Georg Hermann
Sibylle Hofer · Nils Jansen · Bernd Kannowski · Thorsten Keiser
Jens Kleinschmidt · Siegbert Lammel · Susanne Lepsius
Stephan Meder · Rudolf Meyer-Pritzl · Peter Oestmann
Guido Pfeifer · Michaela Reinkenhof · Joachim Rückert
Frank L. Schäfer · Gottfried Schiemann · Steffen Schlinker
Mathias Schmoeckel · Thomas Simon · Frank Theisen
Andreas Thier · Jan Thiessen · Reinhard Zimmermann

1. Teilband: vor § 433–§ 656

2. Teilband: §§ 657–853

Mohr Siebeck 2013

Autoren

PD Dr. *Christiane Birr*, Frankfurt a.M.
Dr. *Andrea Czelk*, Hagen
Dr. *Andreas Deutsch*, Heidelberg
Prof. Dr. *Franz Dorn*, Trier
Dr. *Arne Dirk Duncker*, Meine
Prof. Dr. *Wolfgang Ernst* LL.M., Zürich
Prof. Dr. *Wolfgang Forster*, Tübingen
PD Dr. *Ralf Frassek*, Frankfurt a.M.
Prof. Dr. *Hans-Peter Haferkamp*, Köln
Prof. Dr. *Hans-Georg Hermann*,
München
Prof. Dr. *Sibylle Hofer*, Bern
Prof. Dr. *Nils Jansen*, Münster
Prof. Dr. *Bernd Kannowski*, Bayreuth
PD Dr. *Thorsten Keiser*, Frankfurt a.M.
PD Dr. *Jens Kleinschmidt* LL.M.,
Hamburg
Prof. Dr. *Siegbert Lammel*, Frankfurt
a.M.
Prof. Dr. *Susanne Lepsius* M.A.,
München

Prof. Dr. *Stephan Meder*, Hannover
Prof. Dr. *Rudolf Meyer-Pritzl*, Kiel
Prof. Dr. *Peter Oestmann*, Münster
Prof. Dr. *Guido Pfeifer*, Frankfurt a.M.
Dr. *Michaela Reinkenhof*, Leipzig
Prof. Dr. *Joachim Rückert*, Frankfurt
a.M.
Prof. Dr. *Frank L. Schäfer* LL.M., Kiel
Prof. Dr. *Gottfried Schiemann*,
Tübingen
PD Dr. *Steffen Schlinker*, Würzburg
Prof. Dr. *Mathias Schmoeckel*, Bonn
Prof. Dr. *Thomas Simon*, Wien
Dr. Dr. *Frank Theisen*, Wiesbaden
Prof. Dr. *Andreas Thier*, Zürich
Prof. Dr. *Jan Thiessen*, Tübingen
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Reinhard
Zimmermann*, Hamburg

Zitiervorschlag

HKK/*Ernst*, § 433, Rn. 30 ff.

ISBN 978-3-16-150528-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Rotation gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden. Den Umschlag entwarf Uli Gleis in Tübingen.

Ermöglicht mit Fördermitteln der



Alfried Krupp
von Bohlen
und Halbach-
Stiftung

§§ 446, 447. Gefahrtragung

	Rn.
I. Regelungsproblem und Lösungswege	1
II. Lösungen vor dem BGB	2
III. Die Lösung des BGB	5
IV. Probleme und Entwicklungen seit 1900	8
1. Gefahrübergang kraft Übergabe	9
2. Gefahrübergang beim Versandungskauf (§ 447)	10
V. Bewertung und Ausblick	13

Wichtige Literatur

Wolfgang Ernst, *Periculum est emptoris*, ZRG (RA) 91 (1982) 216–248; Martin Bauer, *Periculum emptoris*: Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf, 1998; Martin Pennitz, *Das periculum rei venditae*. Ein Beitrag zum »aktionenrechtlichen Denken« im Römischen Privatrecht, 2000; Harald Siems, *Zur Diskussion des Grundsatzes periculum est emptoris in der frühen Neuzeit*, in: *Grundlagen des Rechts – FS für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, 2000, 715–738; Florian Faust, *Gefahrübergang*, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. I, 2009, 645–648 (rechtsvergleichend, Einheitsrechtsprojekte); Eva Jakob, *Risikomanagement beim Wein-kauf: Periculum und Praxis im Imperium Romanum*, 2009.

I. Regelungsproblem und Lösungswege

Irgendwann wird bei der Abwicklung des Kaufvertrages der Moment erreicht, in welchem das Kaufgeschäft als abgeschlossener Tatbestand der Vergangenheit angehört. Dann kann der Käufer, wenn der erworbenen Sache etwas zustößt, nicht mehr auf das Kaufgeschäft zurückkommen. Das ungünstige Sachschicksal führt dann nicht dazu, daß der Verkäufer den Kaufpreis wieder herausgeben müßte oder, wenn die Kaufpreisschuld noch nicht gezahlt ist, auf diesen verzichten müßte. Irgendwann im Vollzug des Kaufvertrags hat der Käufer die Sache zu der seinen gemacht und deswegen muß er auch den an der Sache eingetretenen Verlust tragen¹. In dieser Situation sagen wir: **Der Käufer trägt die Gefahr**. Gefahrtragung des Käufers bedeutet demnach Abstraktion der Kaufpreisschuld vom Sachschicksal: Nach dem Übergang

¹ Daß sachbezogene Schadensereignisse, die sich als Zufall darstellen, grundsätzlich vom Eigentümer zu tragen sind, wird mit der Parömie *casum sentit dominus* (oder *res perit domino*) zum Ausdruck gebracht: »The general principle of our law is that losses from accident must lie where they fall«, *Oliver Wendell Holmes, Jr., The Common Law*, 1881, 31.

der Gefahr haben Zufallsereignisse, die die Sache betreffen, keine Auswirkungen mehr auf die Pflicht zur Kaufpreiszahlung. Man spricht deswegen auch von der »Preisgefahr«²; gegenständlicher Ort des Risikos ist aber die Kaufsache, um deren Schicksal es geht. Demgegenüber bedeutet Gefahrtragung des Verkäufers, daß dessen Berechtigung aus dem Kaufvertrag noch vom Sachschicksal abhängig ist. Diese Abhängigkeit kann sich sehr unterschiedlich darstellen, je nachdem, ob es sich um einen Spezies- oder Gattungskauf handelt und je nachdem, was der Kaufsache zustoßt: Der Verkäufer kann, wenn die verkaufte Sache durch Zufall untergeht, seinen Anspruch auf den Kaufpreis verlieren³; er hat, wenn sich die Sache verschlechtert, für die Leistung im vertragsgemäßen Zustand zu sorgen⁴; er muß sich – auch soweit eine solche Verpflichtung nicht besteht – einen Rücktritt vom Kaufvertrag⁵ oder eine Minderung des Kaufpreises⁶ gefallen lassen; er hat, wenn die zur Erfüllung eines Gattungskaufs vorgesehene Ware untergeht oder so beschädigt wird, daß sie nicht mehr erfüllungstauglich ist, neue Ware zu beschaffen. Sofern der Verkäufer bei Eintritt eines sachbezogenen Schadensereignisses gleichwohl verpflichtet bleibt, seine Leistungspflicht zu erfüllen, sagt man auch, ihn treffe noch die »Leistungsgefahr«; die Leistungsgefahr impliziert, daß der Verkäufer sich den Kaufpreis unverändert nur dadurch effektiv »verdient«, daß er die geschuldete Sachleistung erbringt.

Daß in der Abwicklung des Kaufvertrages die Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer übergeht, entspricht dem Austausch, wie er durch den Kauf vereinbart wird: Da der Zuordnungswechsel das »Programm« des Kaufvertrages ausmacht, der Käufer also im Vollzug des Austausches die Sache erhält, muß er auch deren Gefahren übernehmen. Wie der Übergang der Sachgefahr im Ablauf des Austauschs begründet ist, so ist er auch allen Rechtsordnungen gemeinsam: Sie unterscheiden sich nur in dem für den Gefahrübergang **maßgeblichen Zeitpunkt**, darin also, an welches Moment im Vollzug des Kaufvertrages sie den Gefahrübergang (Übergang der Preisgefahr) anknüpfen. Hier gehen die Lösungen in der Rechtsgeschichte⁷, aber auch noch in den Rechtsordnungen der Gegenwart⁸ weit auseinander. Ein Vergleich der verschiedenen Gefahrtragungsregeln muß die ebenfalls variierenden Perfektionsvoraussetzungen einbeziehen: Da Gefahrtragung des Käufers bedeutet, daß dessen Kaufpreisschuld vom Sachschicksal losgelöst ist, trägt er die Gefahr nur, wenn sowohl der Kauf perfekt abgeschlossen war (weil eine Kaufpreisschuld sonst gar nicht

² Der Begriff wird für andere gegenseitige Verträge dann zur »Gegenleistungsgefahr« verallgemeinert; s. *Joachim Rückert*, Vom casus zur Unmöglichkeit und von der Sphäre zum Synallagma. Weichenstellungen bei der Risikoverteilung im gegenseitigen Vertrag, entwickelt am Beispiel des Dienstvertrages, ZNR 6 (1984) 40–73.

³ § 326 BGB.

⁴ § 439 BGB.

⁵ §§ 323, 440 BGB.

⁶ § 441 BGB.

⁷ *Martin Bauer*, Periculum emptoris: Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf, 1998.

⁸ *Florian Faust*, Gefahrübergang, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, 2009, 645–648.

entsteht) als auch ein etwaiger, spezifischer Tatbestand des Gefahrübergangs verwirklicht worden ist.

Der Übergang der Preisgefahr muß bei jedem Kaufvertrag stattfinden, gleichgültig, um welche **Art von Kaufgegenstand** es sich handelt. Die Bestimmung des hierfür sachgerechten Moments, wie er durch Gesetzesrecht oder Parteivereinbarung erfolgt, wird aber stark von der Art des Kaufgegenstandes mitbestimmt. Es gibt keine überzeitliche Regel, die ein für allemal die **Arten der Risiken** definieren würde, die Gegenstand der Gefahrzuweisung sind; es besteht vielmehr eine Wechselwirkung mit den Störungen, für die der Verkäufer verantwortlich ist: Je stärker die Verkäuferverantwortung einer Garantiehaftung angenähert ist, wie etwa in den angloamerikanischen Rechten, desto weniger Fälle bleiben als »Zufall«, dessen Folgen entweder dem Käufer oder dem Verkäufer zugewiesen werden müssen. Besonders kritisch sollte die Frage angesehen werden, ob die allgemeine Gefahrtragungsregel auch für diejenigen Verluste der Kaufsache »paßt«, die durch hoheitlichen Eingriff herbeigeführt werden (sog. »juristischer casus«)⁹.

II. Lösungen vor dem BGB

Das klassische **römische Recht** ließ die Gefahr unmittelbar mit dem Vertragsschluß auf den Käufer übergehen: *perfecta emptioe periculum est emptoris*. Man spricht vom Konsens- oder **Vertragsprinzip**. Dies beruhte auf dem Charakter der römischen *emptio venditio* als einem objektbezogenen Zuordnungsakt¹⁰: Nach der Vorstellung der Römer hat der Austausch, demzufolge sich der Käufer die Gefahren der Sache zurechnen lassen muß, bereits damit stattgefunden, daß der Käufer sich im Vertrag mit dem Verkäufer entschieden hat, die Sache haben zu wollen: Im Verhältnis der Kaufparteien ist es aufgrund dieser rechtsverbindlichen Entscheidung bereits der Käufer, den die Sachzufälle betreffen müssen. Dagegen hatte der dingliche Vollzug, der Erwerb des Eigentums, Bedeutung nur gegenüber Dritten. Die neuere Forschung verortet die römische Regel auch in der Struktur des römischen Zivilprozesses¹¹: Da die Klagen des Käufers und des Verkäufers miteinander nicht koordiniert waren, führte der Zufallsuntergang der Kaufsache dazu, daß mit der Käuferklage nicht mehr durchzudringen war; die Klage des Verkäufers auf den Kaufpreis war hiervon nicht berührt.

Im klassischen römischen Recht erfaßte die Regel des **periculum emptoris** freilich **nur** solche Zufälle, die als **höhere Gewalt** galten (*vis maior*). Darunter sind Ereignisse zu verstehen, die die Sache unabwendbar erfassen, in denen sich gleichsam das

⁹ *Gustav Hartmann*, Juristischer Casus und seine Præstatiõn bei Obligationen auf Sachleistung insbesondere beim Kauf, 1884.

¹⁰ Siehe *HKK/Ernst*, vor § 433 Rn. 3.

¹¹ *Wolfgang Ernst*, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages: zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß, 2000, 51–62, insbes. 58f.; *Martin Pennitz*, Das periculum rei venditae: Ein Beitrag zum »aktionenrechtlichen Denken« im Römischen Privatrecht, 2000.

Sachschicksal verwirklicht, unabhängig davon, in wessen Obhut die Sache sich befindet. Für Ereignisse »niederer Zufalls« – Diebstahl und Sachbeschädigung – verblieb nach klassischem römischem Recht das (Zufalls-)Risiko bis zur Übergabe beim Verkäufer: Der Verkäufer hatte die Sache bis zur Übergabe in seiner Obhut zu bewahren (**custodia**); für einen Sachverlust mußte er unbedingt (garantiemäßig) einstehen: Er haftete, ohne daß ihm eine Unsorgfältigkeit nachgewiesen werden mußte¹². Die so ausbalancierte Teilung des Zufallsrisikos ist schon als eine ideale Lösung bezeichnet worden¹³.

Im römischen Recht begegnen uns gewisse Fälle, in denen der Käufer die Gefahr nicht sofort mit der vertraglichen Einigung übernimmt. Einen dieser **Fälle aufgeschobenen Gefahrübergangs** bildet der aufschiebend bedingte Kauf. In der Geschichte der romanistischen Forschung ist viel über diese Fälle und ihr Verhältnis zur Regel des *periculum emptoris* diskutiert worden; es handelt sich aber einfach darum, daß der Kaufvertrag entweder noch nicht perfekt ist – so nach römischer Vorstellung im Fall des bedingten Kaufs¹⁴ – oder die Parteien eine für ihre Zwecke passendere Gefahrtragung vereinbart haben¹⁵. Nimmt man die Behandlung besonderer Vertragsklauseln hinzu, so bieten die überlieferten Texte des römischen Rechts eine breite und – auf erste Sicht – verwirrende Vielfalt von Entscheidungen.

Im **justinianischen Recht** wurde die unbedingte Haftung des Verkäufers für die Risiken niederen Zufalls zu einer Verschuldenshaftung für ordnungsgemäße Bewachung abgeschwächt¹⁶. Nun kam auch der Fall, daß die noch nicht übergebene Sache dem Verkäufer gestohlen oder bei diesem beschädigt wurde, ohne daß den Verkäufer der Vorwurf einer mangelnden Bewachung traf, unter die damit erweiterte Regel des *periculum emptoris*.

- 3 In dieser Ausweitung auch auf die obhutsabhängigen Risiken wurde das *periculum emptoris* des römischen Rechts zur Grundlage der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtsentwicklung des **ius commune**¹⁷. Vom kanonischen Recht kommen

¹² Max Kaser, Römisches Privatrecht, Bd I, 2. Aufl. 1971, 552 mit 507 und dortigen Nachweisen; Einzelheiten umstr.

¹³ Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1951, 533.

¹⁴ Die römischen Juristen wiesen beim bedingten Kauf die Gefahr der Sachverschlechterung dem Käufer, die des Sachuntergangs dem Verkäufer zu; der Grund lag darin, daß die Perfektionsvoraussetzungen für den Kaufvertrag (*emptio perfecta*), zu denen die Existenz der Sache gehört, noch beim Eintritt der Bedingung vorliegen mußten; s. Wolfgang Ernst, Periculum est emptoris, ZRG (RA) 91 (1982) 216–248. Diese Differenzierung zwischen Sachverschlechterung und -untergang hat sich mit einem gewandelten Verständnis der Bedingung (Werner Flume, Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker, ZRG [RA] 92 [1975] 69–129) überholt, ist aber bis zum Inkrafttreten des BGB beachtet worden.

¹⁵ Etwa beim Weinkauf wegen der besonderen Gefährdungen, denen frischer Wein ausgesetzt ist: Eva Jakob, Risikomanagement beim Weinkauf: Periculum und Praxis im Imperium Romanum, 2009; dazu s. Wolfgang Ernst, Rez. zu Jakob, Risikomanagement, 2009, ZRG (RA) 128 (2011) 605–620.

¹⁶ Inst. 3,23,3.

¹⁷ Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 453; Bauer, Periculum emptoris (Fn. 7) 93–112; Harald Siems, Zur Diskussion des Grundsatzes periculum est emptoris in der frühen Neuzeit, in: Grundlagen des Rechts – FS für Peter Landau zum 65. Geburtstag, 2000, 715–738.

in dieser Frage offenbar keine besonderen Impulse¹⁸. Als wahrer »Meilenstein in der Geschichte des Gefahrtragungsrechts« (*M. Bauer*) erwies sich 1574 ein großangelegter Angriff *Cuiaz'* auf die römische Regel¹⁹. Die Schrift ist ein Musterbeispiel der **humanistischen Jurisprudenz**. Sie greift kritisch auf die römischen Quellen zurück und sucht zum antiken römischen Recht vorzudringen; die Regel vom *periculum emptoris* erscheint ungerecht und daher bestreitet *Cuiaz* die Klassizität dieser Regel (übrigens zu Unrecht). Wenngleich die Schrift zunächst ohne durchgreifenden Einfluß auf die Rechtsanschauungen blieb²⁰, beginnt mit ihr die Infragestellung der römischrechtlichen Regel; diese wird »dogmatisch« erklärungsbedürftig. Hierzu dürfte auch beigetragen haben, daß stärker der Zweckzusammenhang von Leistung und Gegenleistung herausgestellt wird, wie es namentlich durch *Connanus* (1508–1581) mit dessen Konzept des **Synallagma** geschehen war²¹. Dies bedeutet indes nicht, daß die Regel vom *periculum emptoris* von der Rechtspraxis preisgegeben wurde.

Die rationalistische **Naturrechtslehre** hat das mit dem Vertragsschluß begründete *periculum emptoris* erneut in Zweifel gezogen; vor allem der Satz **res perit domino** verlange, daß der Käufer die Gefahr erst mit seinem Eigentumserwerb übernehme²². Da in der Naturrechtslehre zugleich die Ansicht vordrang, der obligatorische Vertrag übertrage bereits das Eigentum auf den Käufer, ergibt sich jedoch keine durchschlagende Abweichung vom *ius commune*²³. Dies gilt auch für die Regelungen im **französischen Code civil**²⁴: Hier überträgt der bloße Kaufvertrag, wenn er über eine bestimmte Sache abgeschlossen ist, das Eigentum²⁵ und mit diesem die Sachgefahr. Der sofortige Eigentumsübergang bringt den sofortigen Gefahrübergang und den Satz *res perit domino* in Einklang. Weil Dritten gegenüber der Eigentumserwerb erst aufgrund des hinzutretenden Besitzerwerbs wirkt, hat der Eigentumserwerb, wie er zwischen den Parteien sogleich aufgrund des Vertragsschlusses eintritt, eigentlich nur den Übergang von Nutzen und Gefahr im Verhältnis der Vertragsparteien zur Folge. Damit führt auch der französische Code civil im wesentlichen Ergebnis wieder die Lösung des justinianischen Rechts fort.

¹⁸ *Siems*, Diskussion (Fn. 17) 729–737.

¹⁹ *Iacobus Cuiacius*, *Ad Africanum Tractatus VIII* – auch in allen späteren Gesamtausgaben, z. B. *Op. Omnia* – Bd. I, Paris 1658. Das Werk heißt so, weil die Erörterung von D. 19,2,33 – einem African-Text – ihren Ausgang nimmt.

²⁰ *Siems*, Diskussion (Fn. 17) 724 f.

²¹ Siehe *Christoph Bergfeld*, *Franciscus Connanus: (1508–1551), ein Systematiker des römischen Rechts* (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, 22), 1986; *Mathias Schmoekel*, *Francois Conan (1508–1551), das Synallagma und die Föderaltheologie*, in: B. d'Alteroche u. a. (Hg.), *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris 2009, 963–989.

²² *Samuel v. Pufendorf*, *De iure naturae et gentium* (1672), ND Frankfurt/Leipzig 1759, V 5,5.

²³ *Siems*, Diskussion (Fn. 17), dort aber auch 720 f. zur eigenständigen Lehre Pufendorfs.

²⁴ Art. 1138, 1583 CC; ebenso der ital. Codice civile. Zur Einordnung dieser Regelungen in die Dogmengeschichte s. *Eugen Bucher*, *Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das »Woher« und »Wohin« dieses Modells des Code civil*, ZEuP (1998) 615–699. Das Schweizer Recht fordert für den Eigentumserwerb die Tradition (Art. 717 I ZGB), läßt aber die Gefahr mit dem Vertragsschluß übergehen; Art. 185 OR.

²⁵ Siehe HKK/*Ernst*, § 433 Rn. 9.

Soweit man im jüngeren **Usus modernus** dabei bleibt, daß erst die **traditio** zum Eigentumserwerb des Käufers führte, versuchte man durch die Fiktion, der Käufer sei durch den ihm zustehenden Anspruch auf die Sache wie ein Eigentümer zu behandeln, das *periculum emptoris* mit dem Satz *casum sentit dominus* in Einklang zu bringen; auch den Umstand, daß dem Käufer ab dem Vertragsschluß die Nutzungen der Kaufsache gebühren, hat man zur Legitimation unter Hinweis auf den **Gleichlauf von commoda und incommoda (periculum)** angeführt²⁶.

Einen vom römischen Recht grundsätzlich abweichenden Ausgangspunkt nimmt das **ältere deutsche Recht** ein²⁷. Es knüpft für bewegliche Sachen an die **Gewere** an, also daran, ob der Käufer die tatsächliche Sachherrschaft über die Kaufsache begründet hat. Später wird man vom **Traditionsprinzip** sprechen. Auf das Traditionsprinzip lief auch das mittelalterliche kanonische Recht hinaus, indem es die Übergabe zu den Perfektionsvoraussetzungen des Kaufvertrages rechnet, so daß der Kauf nur als vollzogener Kauf bindend ist; dies schließt einen Gefahrübergang auf den Käufer vor Übergabe ebenfalls aus²⁸. Indem für Grundstücke die Investitur den Gefahrübergang bestimmt, kommt ein (dem römischen Recht unbekannter) Unterschied zwischen Fahrnis und Immobilien in die Gefahrtragungsfrage hinein, der sich insofern bis heute erhalten hat, als die Gefahrtragung beim Grundstückskauf fast ausnahmslos notarvertraglich bestimmt wird.

Auf der Linie des älteren deutschen Rechts bewegen sich das **Preußische Allgemeine Landrecht**²⁹ und das **österreichische ABGB**³⁰ (nachdem das österreichische Recht zuvor die römische Regel rezipiert, aber durch Ausnahmen stark abgeschwächt hatte). Sie knüpfen den Gefahrübergang an die Übergabe. Dabei war im preußischen Recht die Übergabe auch zur Eigentumsverschaffung erforderlich; Eigentum und Gefahr gingen also gleichzeitig über.

- 4 Eine gegenüber diesen Entwicklungen **eigenständige Dogmengeschichte** hat die Gefahrtragung beim **Gattungskauf**³¹. Solange nicht bestimmte Ware der Gattungsschuld des Verkäufers zugeordnet ist, ist die Anwendung der für den Spezieskauf geltenden Regel unmöglich, sei diese nun die römische des *periculum emptoris* oder die der französischen Kodifikation. Insofern gehört auch die Lehre von der **Konkretisierung der Gattungsschuld** zum Komplex der Gefahrtragung beim Kauf³². Für

²⁶ Einzelheiten bei *Siems*, Diskussion (Fn. 17) 726 f.

²⁷ *Wilfried Bungenstock*, Gefahrtragung, HRG, Bd. I, 1971, Sp. 1430 f.; ebenso 2. Aufl., Bd. I, 2008, Sp. 1985 f.

²⁸ *Wilhelm Endemann*, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts, Bd. II, 1883, 89.

²⁹ ALR I 11 § 95.

³⁰ §§ 1068, 1049 ABGB; zur Entstehung s. *Christian Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf (Schriftenreihe des Österreichischen Notariats, 21), Wien 2002, 43 ff.; *ders.*, Die Gefahrtragung im ABGB. Kern eines reformbedürftigen Leistungsstörungsrechts, in: C. Fischer-Czermak u. a. (Hg.), FS 200 Jahre ABGB, Wien 2011, 1319–1343.

³¹ Siehe *Wolfgang Ernst*, Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf, in: W. Schön (Hg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, 49–110.; *Bauer*, Periculum emptoris (Fn. 7) 98–107; *Siems*, Diskussion (Fn. 17) 731 f. (zu De Molina).

³² Siehe *HKK/Dorn*, § 243 Rn. 1 ff.

diejenigen Rechte, die den Traditionsgrundsatz verwirklichen, wurde zudem der Gefahrübergang beim **Versendungskauf** zu einem besonderen Problem; dazu unten Rn. 10.

III. Die Lösung des BGB

In der **Gesetzgebung** erfolgte die Beratung aufgrund einer eigenständigen Vorlage *von Kübels*³³. Dieser plädierte mit ausführlicher Begründung für den Wechsel vom römischrechtlichen *periculum emptoris* zur Anknüpfung an die Übergabe. Damit waren die Weichen gestellt: Die erste Kommission folgte *v. Kübel* (die Abstimmung ging 7 zu 4 aus) und an dieser Entscheidung hielt man durch das ganze weitere Gesetzgebungsverfahren hindurch fest³⁴. Kopfzerbrechen bereitete der Gefahrübergang beim Grundstückskauf, weil nicht recht klar war, ob der zentrale Erfüllungsakt seitens des Verkäufers, der beim Mobiliarkauf in der Übergabe liegt, beim Verkauf eines Grundstücks eher in der Übergabe oder in der Herbeiführung des Grundbucheintrags, also des Eigentumswechsels zu sehen sei. Man entschied, daß sowohl das eine wie das andere zum Gefahrübergang genügen sollte, obschon man sah, daß damit die theoretische Möglichkeit eröffnet werden würde, den **Gefahrübergang** zugleich **gegenüber zwei verschiedenen Käufern** herbeizuführen. Auch diese Entscheidung ging so in das Gesetz über; s. § 446 II BGB¹⁹⁰⁰ und dazu unten Rn. 9. Wie man das Problem lösen sollte, daß beim Doppelverkauf³⁵ die Gefahr nicht gleichzeitig auf beide Käufer übergeht, war schon unter der Geltung des gemeinen Rechts diskutiert worden³⁶ und diese Diskussion sollte sich zu § 446 II BGB¹⁹⁰⁰ unter der Geltung des BGB fortsetzen³⁷, bis die Bestimmung durch die Schuldrechtsreform aufgehoben wurde. 5

³³ *Franz Philipp Friedrich v. Kübel*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1882, in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II 3: Recht der Schuldverhältnisse. Besonderer Teil, 1980, 1037ff.

³⁴ Siehe *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse II, §§ 433–651, 1985, 77ff.

³⁵ Zum Doppelverkauf s. schon oben *HKK/Ernst*, vor § 433 Rn. 8 m. w. N.

³⁶ Berühmt sind zwei aufeinanderfolgende Stellungnahmen Rudolf von Jherings, der zunächst meinte, man könne nicht anders, als dem Verkäufer beide Kaufpreise zuzubilligen (*ders.*, Abhandlungen aus dem römischen Recht, Bd. I, 1844, 59ff., 71), später aber in Anbetracht eines praktischen Falles diese Doppelberechtigung bestritt; Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, *JhJb* 3 (1859) 449–488, 453; dazu *Ulrich Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, 1989, 52ff.; *Horst Heinrich Jakobs*, *Lucrum ex negotiatione*. Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, 61, 69ff.; *Wolfgang Ernst*, Der zweifache Verkauf derselben Sache – Betrachtungen zu einem Rechtsproblem in seiner europäischen Überlieferung, in: E. Jakab/W. Ernst (Hg.), *Kaufen nach römischem Recht*, 2008, 83, 100f.

³⁷ *Wolfgang Ernst*, *Rechtsmängelhaftung*, 1995, 226ff. m. w. N.

- 6 Was den Gefahrübergang kraft vertragsmäßigen Vollzugs betrifft, so ist die Regelung des BGB am **Grundsatz des Synallagma** orientiert: Der Vertrag bleibt grundsätzlich bis zu seiner beidseitigen Erfüllung mit dem Risiko wechselseitiger Auflösung belastet (§§ 275, 326 I [zunächst § 323 I BGB¹⁹⁰⁰]). Bei reiner Durchführung des synallagmatischen Gedankens müßte der Verkäufer freilich die Gefahr so lange tragen, bis er seine Leistungspflicht vollständig – durch Verschaffung der vertragsgemäßen Sache zu Besitz und Eigentum – erfüllt hat. Im Hinblick darauf, daß beim Kauf beweglicher Sachen deren Übergabe als die zentrale Erfüllungshandlung erscheint, läßt das Gesetz die Übergabe zur Herbeiführung des Gefahrübergangs genügen (§ 446 S. 1)³⁸. Dies gilt auch dann, wenn der Verkäufer einvernehmlich das Eigentum zurückbehalten hat, wenn also unter Eigentumsvorbehalt übergeben wurde. Die Übergabe ist nach dem Gesetz gleichermaßen für den Gefahrübergang beim Grundstückskauf maßgeblich, obschon die Vertragsparteien hier regelmäßig andere Regelungen treffen. Weiterhin aber darf es dem Verkäufer auch nicht schaden, wenn er das seinerseits zur Erfüllung Erforderliche getan hat und die Erfüllung, welche ihn von der Sachgefahr entlastet, im Interesse des Käufers hinausgeschoben wird. Deswegen geht die Gefahr auch über, wenn der Käufer, anstatt den Verkäufer von der abholbereiten Sache zu entlasten, sich diese zusenden läßt (§ 447; die Regelung gilt seit 2002 nicht beim Verbrauchsgüterkauf; § 474 II); dazu unten Rn. 10.
- 7 Von diesen Fällen des vertragsgemäßen Gefahrübergangs zu unterscheiden ist die Gefahrentlastung des Verkäufers **bei vertragswidriger Vollzugshinderung** durch den Käufer: Die Sachgefahr geht auf den Käufer auch über, wenn dieser in Annahmeverzug gerät (§ 326 II 1, 2. Alt.). Der Gefahrübergang wegen einer Vollzugshinderung, die der Käufer zu vertreten hat, steht mit dem vertragsgemäßen Gefahrübergang nicht in jeder Hinsicht auf einer Ebene. Doch fügt sich der Tatbestand des Gefahrübergangs, der durch eine Vollzugshinderung in Form des Annahmeverzugs begründet wird, ebenso in die am Prinzip des Synallagma orientierte Gesamtregelung ein wie der Tatbestand der Vollzugsverzögerung aufgrund einer Versendungsabrede (§ 447)³⁹.

IV. Probleme und Entwicklungen seit 1900

- 8 Grundsätzliche Entwicklungen, die den Kern der Regelung betreffen würden, sind nicht zu verzeichnen. Die verschiedenen Tatbestände haben jedoch Anlaß zu einigen, durchweg untergeordneten Auslegungsproblemen gegeben, von denen im Folgenden eine Auswahl erläutert wird.

³⁸ Verzug mit der Eigentumsverschaffung führt zur Wiederbelastung des Verkäufers mit der Sachgefahr, § 287 S. 2 BGB. Kann der Verkäufer Eigentum nicht verschaffen, so bleibt die Sachgefahr bei ihm.

³⁹ Zutr. *Philipp Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, 259f.; *Ernst v. Caemmerer*, Das Problem des Drittschadenersatzes, ZHR 127 (1965) 241, 262 N. 44a = in: H. G. Leser (Hg.), *Ernst v. Caemmerer – Gesammelte Schriften*, Bd. I: Rechtsvergleichung und Schuldrecht, 1. Aufl. 1968, 597, 617; *Günter Hager*, Die Gefahrtragung beim Kauf, 1982, 68f.

1. Gefahrübergang kraft Übergabe

Die Bestimmung des Tatbestandes, durch dessen Herbeiführung der Verkäufer die Gefahr auf den Käufer überwälzen kann, steht freier Bestimmung durch die Parteien offen: Bei den §§ 446 f. handelt es sich um dispositives Gesetzesrecht; lediglich von der Ausnahmebestimmung, daß beim Verbrauchsgüterkauf die Versandgefahr beim Verkäufer liegen muß, kann seit 2002 nicht mehr durch Vertrag abgewichen werden; §§ 474 II, 475 I 1.

Der gesetzliche Grundtatbestand des Gefahrübergangs – gleichermaßen für Mobiliarkauf wie Grundstückskauf – ist die **Übergabe**, d. h. die **Verschaffung unmittelbaren Besitzes**; § 446 S. 1. Kraft Übergabe geht die Gefahr auch über, wenn der Käufer dabei noch kein Eigentum erwirbt, insbes. wenn die Übereignung aufschiebend bedingt vorgenommen worden ist, wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt⁴⁰. So hat man schon unter den Partikularrechten, die das Traditionsprinzip verwirklicht hatten, die Übergabe unter Vorbehalt des Eigentums genügen lassen⁴¹. Ebenso lassen auch die ausländischen Rechte, die den Gefahrübergang an den Eigentumsübergang knüpfen, fast durchweg die Vornahme einer bedingten Übereignung für den Gefahrübergang genügen⁴². Die Übergabe der Kaufsache, an welcher sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat, bildet geradezu den maßgeblichen Fall des § 446 S. 1, da nach vollendetem Eigentums- und Besitzübergang der Käufer schon wegen eingetretener Erfüllung gefahrbelastet ist.

Wiederholt wurde die Frage behandelt, ob und unter welchen Voraussetzungen die isolierte **Übereignung ohne Verschaffung unmittelbaren Besitzes** einen Übergang der Gefahr bewirkt. Die ursprüngliche Fassung der Vorschrift sah in § 446 II BGB¹⁹⁰⁰ für den Grundstückskauf vor, daß die Eintragung des Käufers im Grundbuch als solche den Gefahrübergang bewirkt. Dahinter stand die Überlegung, es sei im Sinne der Beteiligten, im Fall einer der Eintragung verabredungsgemäß vorangehenden Besitzübergabe die Wirkung des Gefahrübergangs auf diesen Zeitpunkt zurückzubeziehen⁴³. Die Vorschrift wurde als **systemwidrig** angesehen⁴⁴; sie ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 beseitigt worden. Eine vertragliche Regelung dieses Inhalts bleibt möglich. Beim **Grundstückskauf** pflegt der Gefahrübergang durchweg vertraglich geregelt zu werden; in der Regel dergestalt, daß der Gefahrübergang mit dem Übergang von Nutzen und Lasten verbunden und dieser wiederum vom Eingang der Kaufpreiszahlung abhängig gemacht sind; auch eine Bestimmung des Gefahrübergangs durch einen festen Kalendertermin kommt vor.

Für den **Mobiliarkauf** ist es eine rechtspraktisch nicht sehr erhebliche Streitfrage, ob man durch eine Übereignung unter Gebrauch von Übergabesurrogaten (§§ 930 f.)

⁴⁰ Unbestr. seit RGZ (v. 13. 10. 1914 – II 253/14) 85, 320.

⁴¹ Siehe *Franz Förster/Max Ernst Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. II, 5. Aufl. 1887, 70.

⁴² Siehe die Nachweise bei *Arwed Blomeyer*, Studien zur Bedingungslehre, 1939, 230 Rn. 3.

⁴³ *Karl Jakubetzky*, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1892, 114.

⁴⁴ Siehe schon die Kritik bei *Heck*, Schuldrecht (Fn. 39) 260.

den Gefahrübergang bewirken kann. Dies wird seit langem von der h.M.⁴⁵ bejaht, wenn die Parteien vertraglich einer derartigen Verschaffung mittelbaren Besitzes die Wirkung des Gefahrübergangs beigelegt haben, also schon die primäre Verkäuferverpflichtung zur Besitzverschaffung entsprechend modifiziert haben. Nur eine Mindermeinung nahm an, der abgeschlossene Eigentumserwerb reiche für sich genommen ebenfalls aus, um den Käufer mit der Sachgefahr zu belasten⁴⁶. Wenn man sich der Ansicht anschließt, die bei der Schuldrechtsmodernisierung für die Streichung des § 446 II BGB¹⁹⁰⁰ den Ausschlag gegeben hat, daß nämlich eine Anknüpfung an den isolierten Eigentumserwerb systemwidrig sei, spricht dies für die h.M., wonach es den Parteien freisteht, etwas anderes zu vereinbaren.

2. Gefahrübergang beim Versendungskauf (§ 447)

- 10 Hat der Verkäufer die Kaufsache an seinem Wohn- bzw. Geschäftssitz zu leisten, so ist die von hier abgehende Beförderung ein Geschäft des Käufers. Der Verkäufer, der es unternimmt, diesen Transport in die Wege zu leiten, besorgt ein Geschäft des Käufers. Die Übernahme der Geschäftsbesorgung für einen anderen führt nicht dazu, daß der Geschäftsführer dem Auftraggeber die Zufallsrisiken seines Geschäfts abnimmt: Dadurch, daß der Verkäufer in der Art eines Geschäftsführers für den Käufer den Versand bewerkstelligt, beteiligt er sich nicht am Transportrisiko. Den Käufer dagegen würde auch im Fall der Selbstabholung am Erfüllungsort ganz selbstverständlich das Risiko des Abtransports treffen. Da es auf eine Teilhabe des Verkäufers an diesem Risiko hinauslief, wenn er seinen Kaufpreisanspruch durch irgendwelche Geschehnisse während des Transports nach §§ 275, 326 verlöre, muß der Kaufpreisanspruch von Schadensereignissen, die die Sache auf dem Transport erfassen, unberührt bleiben: So bestimmt es § 447 I.

Der Grundsatz, daß der **Käufer die Transportgefahr** trägt, wenn er, anstatt die Sache sich abzuholen, diese vom Verkäufer auf einen Transport geben läßt, hat sich, aus dem **Handelsbrauch** kommend, im positiven Recht und in der Rechtslehre **universell durchgesetzt**. Solange das römische *periculum emptoris* die Frage beherrschte, war diese Lösung an sich keiner besonderen Erwähnung wert. Lediglich beim Gattungskauf trat eine Schwierigkeit auf, weil beim Versendungskauf gattungsmäßig bestimmter Ware wegen der mangelnden Beteiligung des Käufers an der Individualisierung ein Kauf vor dem Empfang der Ware noch gar nicht perfekt geworden zu sein erschien. Dies hätte an sich die Konsequenz gehabt, daß die Gefahr bis zur

⁴⁵ Heck, Schuldrecht (Fn. 39) 261; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II 1, 13. Aufl. 1986, 97 f.; Paul Christos Filios, Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Sinallagmas, 1964, 66 ff.

⁴⁶ Erich Brodmann, Das Kaufgeschäft, in: Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Bd. IV 2, 1918, 222 Rn. 10; Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 1, 1906, 249; Heinrich Siber, Schuldrecht, 1931, 226.

Ankunft der Ware beim Verkäufer blieb⁴⁷. Nur soweit man für die Gefahrtragung das **Traditionsprinzip** befolgte, wurde die Belastung des Käufers mit der Transportgefahr erklärungsbedürftig, da dieser erst bei der Warenankunft Besitz begründen kann. Um zu verhindern, daß der Verkäufer die Gefahr bis zur Ankunft der Ware trägt, mit welcher sich die Übergabe ja erst vollendet, sah deshalb das preußische Recht die **Aushändigung der Ware an den Frachtführer als Übergabe unter Abwesenden** an⁴⁸.

Es ist besonders eindrucksvoll, daß sich die Belastung des Käufers mit der Transportgefahr ungeachtet des Ausgangspunkts – *periculum emptoris* oder Traditionsprinzip – überall restlos durchgesetzt hat. Die Sachgründe für die **Belastung des Käufers mit den Risiken des Transports**, der von ihm veranlaßt wird, erschienen als so durchschlagend, daß zunächst kraft Handelsbrauchs⁴⁹, sodann aber auch im *ius commune* und schließlich in den Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts⁵⁰, vor allem auch zum Handelsrecht⁵¹, der Satz anerkannt wurde: Der Käufer trägt die Transportgefahr⁵². Mit Recht hat man geradezu von einem »Siegeszug« gesprochen, den die Regel von der Gefahrtragung des Käufers beim Versandungskauf angetreten hat⁵³. Besonders eindrucksvoll ist dabei, daß sich die Zuweisung der Transportgefahr an den Käufer ganz ungeachtet der im Rechtsvergleich sehr unterschiedlichen Grundregeln der Gefahrtragung⁵⁴ international durchgesetzt hat⁵⁵. Auch das UN-Kaufrecht weist die Transportgefahr dem Käufer zu⁵⁶.

In der Auslegung des § 447 sind verhältnismäßig viele, zumeist aber untergeordnete Einzelfragen entstanden⁵⁷. Diese **Streitfragen** und ein grundlegender Zweifel daran, ob die Vorschrift nicht vielleicht im Widerspruch zur Lehre vom Synallagma stehe, haben zu einer breit vertretenen Kritik an § 447 geführt. Diese steht in einem merkwürdigen Gegensatz zu der Selbstverständlichkeit, mit der entsprechend einer internationalen *communis opinio* das Transportrisiko beim Versandungskauf dem Käufer zugewiesen wird. Viele halten entweder die Regelung des § 447 für verfehlt oder doch für eine Anomalie, die es einzuschränken gelte. So wurde gegen § 447

11

⁴⁷ Siehe *Ernst*, Konkretisierung (Fn. 31) 65; zum röm.-holl. Recht (aus südafrikanischer Perspektive) s. auch *Bauer*, *Periculum emptoris*, (Fn. 7) 236 f.

⁴⁸ ALR 1794 I 11 §§ 128 ff.

⁴⁹ Zu den historischen Anfängen des sog. Lieferungskaufs auf Seegefahr s. *Levin Goldschmidt*, *Handbuch des Handelsrechts*, Bd. A (Universalgeschichte d. Handelsrechts, 3. Aufl. 1891), 348 f. m. w. N.

⁵⁰ Zusammengestellt bei *v. Kübel*, Entwurf (Fn. 33) 21 ff.

⁵¹ Art. 345 I ADHGB.

⁵² Siehe *Bauer*, *Periculum emptoris*, (Fn. 7) 236 ff.

⁵³ *Hager*, *Gefahrtragung* (Fn. 39) 104.

⁵⁴ Oben Rn. 1 a.E.

⁵⁵ Siehe *Hager*, *Gefahrtragung* (Fn. 39) 79, zu Frankreich, Österreich, Schweiz; *Tore Almén*, *Das skandinavische Kaufrecht: Ein Kommentar zu den skandinavischen Kaufgesetzen unter eingehender Berücksichtigung ausländischen Rechts*, Bd. I, 1922, 124, s. auch 116.

⁵⁶ Art. 67 CISG.

⁵⁷ Aktueller Überblick bei *Johannes Wertenbruch*, *Gefahrtragung beim Versandungskauf nach neuem Schuldrecht*, JuS 2003, 625–633.

vorgebracht, die Belastung des Käufers mit der Transportgefahr stehe im Widerspruch zur Lehre vom Synallagma⁵⁸. Ganz schematisch meint man, der Verkäufer müßte mit der Transportgefahr belastet sein, weil er seine Übergabepflicht erst bei Ankunft der Ware erfüllt habe. Demgegenüber steht die Ansicht, da die entgeltete Verkäuferleistung am Erfüllungsort ende, sei die Weitersendung an den Bestimmungsort eine unselbständige Geschäftsbesorgung für den Käufer, der die dabei entstehenden Verluste zu tragen habe⁵⁹. Daher sei § 447 keine erklärungsbedürftige »Sondernorm«, sondern die konsequente Verwirklichung der am Synallagma orientierten Gefahrtragungsregelung des Gesetzes.

- 12 Im Zuge der Erwägungen zur **Schuldrechtsreform** war der Vorschlag aufgekommen, die Vorschrift ganz zu streichen⁶⁰. Der Vorschlag hat sich nicht durchgesetzt. Stattdessen hat der Gesetzgeber 2002 die Vorschrift des § 447 für den **Verbrauchsgüterkauf** als **unanwendbar** erklärt; § 474 II⁶¹. Bei einem Verbrauchsgüterkauf, der Versendungskauf ist, geht die Gefahr daher in dem Zeitpunkt über, in dem die Transportperson die Sache dem Käufer übergibt, § 446⁶².

V. Bewertung und Ausblick

- 13 Bei den gesetzlichen Bestimmungen zum Gefahrübergang handelt es sich seit jeher um **dispositives Gesetzesrecht**, um bloße »default rules«. Die Frage gehört zu den Ordnungsproblemen, die von jeher durch die Vertragsparteien selbst geregelt werden können und sollten. Im internationalen Warenhandel haben sich standardisierte Vertragsklauseln (**International Commercial Terms**) herausgebildet, die neben vielen anderen Fragen vor allem auch die Gefahrtragung minutiös regeln. Beispiele sind FOB und CIF. Seit 1936 wird eine international einheitliche Auslegung derartiger Klauseln angestrebt, indem die International Chamber of Commerce (ICC) die sog. **INCOTERMS** herausgibt⁶³. Wenn die Parteien in ihrem Vertrag auf dieses Klauselwerk Bezug nehmen, bestimmt sich die genaue Rechtsbedeutung z. B. von »FOB« nach den INCOTERMS, ansonsten wird das Verständnis auf der Grundlage des für den Vertrag geltenden Rechts ermittelt. Für den internationalen Warenhandel sind diese Vertragsklauseln **die modernen sedes materiae für das Gefahrtragungspro-**

⁵⁸ Paul Krückmann, Gewährschaft, Gefahrtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, 1936, 62 ff.; Hager, Gefahrtragung (Fn. 39) 105 ff.; ähnl. Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, § 447 Rn. 4, 13a, s. dort auch Rn. 87, Rn. 89 zu § 433 BGB; zuletzt umf. Damian Schmidt, Teilung der Preisgefahr beim Versendungskauf, 2011.

⁵⁹ Heck, Schuldrecht (Fn. 39) 260; ebenso zuvor bereits Kohler, Bürgerliches Recht (Fn. 46) 249.

⁶⁰ Bundesminister der Justiz (Hg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, 235 u. dazu Wolfgang Ernst, Zur Regelung des Versendungskaufs im Entwurf der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, ZIP 1993, 481–490.

⁶¹ So halten es auch das norwegische und das holländische Kaufrecht: § 7 IV norweg. Kaufgesetz 1988; Art. 11, 13 Buch 7 niederl. NWB.

⁶² Bamberger/Roth/Faust, 2. Aufl. 2008, § 474 Rn. 18 ff.; s. auch Wertenbruch, (Fn. 57) 632 f.

⁶³ 6. Revision 2010; s. den Überblick bei Ulrich Magnus, Incoterms, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, 2009, 844–848.

blem. Derartige Vertragsklauseln verknüpfen die Gefahrtragungsregelung noch stimmig mit der **Versicherung** der Kaufsache oder der Transportrisiken, wie heute überhaupt die Frage der Gefahrtragung immer im Zusammenhang mit der Frage der Versicherbarkeit gesehen wird. Schließlich mag noch beachtet werden, daß sich der moderne Warenkauf weithin als **Dokumentengeschäft** darstellt. Es tritt daher die zusätzliche Frage auf, wer die Gefahr der Dokumente trägt; außerdem bietet sich die Dokumentenübergabe als möglicher weiterer Anknüpfungspunkt für den Gefahrübergang an.

Was den **Grundstückskauf** betrifft, so ist dieser auf eine gesetzliche Regelung ebenfalls kaum angewiesen, weil die Frage im notariellen Kaufvertrag selten unregelt bleibt (Rn. 9).

Für das Gesetzesrecht bleibt die Festlegung einer Regel, die die Gefahr bei fehlender vertraglicher Regelung einer der Parteien zuweist; hier geht es eigentlich nur um **Kleingeschäfte**, für die jede besondere Vertragsgestaltung unterblieben ist. In dem jahrhundertelangen Ringen um das *periculum emptoris* hat man immer wieder versucht, die **apriorische Richtigkeit** der einen oder anderen Lösung nachzuweisen. Die historisch anzutreffenden Lösungen sind jedoch allesamt von bestimmten Vorverständnissen hinsichtlich der Grundstruktur des Vertragstyps Kauf beeinflusst, die ihrerseits kontingent erscheinen (s. HKK/*Ernst*, vor § 433 Rn. 2 ff.). Für eine gehobene juristische Betrachtung ist das Ideal eines Gleichlaufs von sachenrechtlicher Zuordnung und Gefahrzuweisung, das in der Geschichte eine große Rolle gespielt hat, *keine* wesentliche Zielvorgabe, weil die sachenrechtliche Zuordnung das Verhältnis zu Dritten betrifft, die Frage des Sachrisikos dagegen nur die Vertragsparteien; es geht also um unterschiedliche Regelungsprobleme. Eine Verquickung mit der Frage des Eigentumserwerbs ist auch insofern mißlich, als dieser oft nicht im selben Maße der Parteidisposition offensteht, wie es für die Gefahrtragungsfrage möglich und wünschenswert ist. Für einen Gesetzgeber, der das Sachproblem isoliert von dem Grundverständnis des Kaufvertrags entscheiden wollte, ist **die eine Lösung so gut wie die andere**, jedenfalls soweit es um höhere Gewalt geht. Der Aufschub des Gefahrübergangs bis zum Erfüllungszeitpunkt erscheint insofern nicht apriorisch »besser« als die Regel vom sofortigen Übergang der Sachgefahr auf den Käufer. Die noch in vielen Ländern geltende Regel vom sofortigen Gefahrübergang führt dort ja auch keineswegs zu wirklich drückenden Anwendungsproblemen oder Fehlsteuerungen sozio-ökonomischer Art. Bei Risiken, die vom jeweiligen Besitzer kontrolliert werden können, spricht ersichtlich mehr für die Anknüpfung an die Übergabe. Scheut man sich davor, den Bereich der Zufallsereignisse kategorial zu zerlegen (»niederer«/»höherer« Zufall), neigt sich die Waage daher doch eher zur Anknüpfung an den Besitzübergang.

Der derzeitige »mainstream« bildet sich im **DCFR** ab⁶⁴: Der Gefahrübergang knüpft sich dispositiv an die Übergabe (»*taking of the goods*«); Art. IV.A-5:102

⁶⁴ *Christian v. Bar/Eric Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, 2009, Art. IV.A-5:102 ff. Motive und rechtsvergleichende Materialien dazu s. *Christian v. Bar/Eric Clive* (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of Eu-

Abs. 1. Beim Gattungskauf bedarf es einer Konkretisierung; Art. IV.A-5:102 Abs. 2. Beim Versendungskauf geht die Gefahr mit Übergabe an die (erste) Transportperson über; Art. IV.A-5:202. Für den Verbraucherkauf gilt eine Ausnahme; Art. IV.A-5:103.

Die **Richtlinie über Rechte der Verbraucher** (sog. »horizontales Instrument«)⁶⁵ regelt neu für den Verbrauchsgüterkauf auch den Gefahrübergang, der grundsätzlich an den Besitzerwerb des kaufenden Verbrauchers geknüpft wird; Art. 23 Abs. 1. Dies schließt den Fall des Versendungskaufs ein, bei dem also die Leistungspflicht des Verkäufers hinsichtlich der Gefahrtragung wie eine Bringschuld behandelt wird. Wenn jedoch ein Beförderer vom Käufer beauftragt worden ist, soll die Gefahr mit der Abholung der Sache durch diesen Beförderer übergehen; es handelt sich um eine Holschuld, bei welcher der Käufer die Annahme der Ware durch einen Beförderer bewerkstelligt. Art. 23 Abs. 2 enthält eine Regelung, die sinngemäß den Gefahrübergang bei offenkundigem Annahmeverzug des Käufers anordnet.

Der Vorschlag für ein **Gemeinsames Europäisches Kaufrecht**⁶⁶ enthält wie der DCFR eine gespaltene Regelung für einerseits Verbrauchsgüterkäufe (Art. 142) und andererseits für Kaufverträge unter Händlern (Art. 143–146). Die Regelungen für den Verbrauchsgüterkauf entsprechen im Grundsatz denjenigen in der Richtlinie über Rechte der Verbraucher, während die Regelung für den Handelskauf am UN-Kaufrecht orientiert ist.

ropean Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Bd. II, 2009, 1367–1389; dazu *Faust*, Gefahrübergang (Fn. 8) 647 f.

⁶⁵ S. HKK/*Ernst*, vor § 433 Rn. 15 bei Fn. 124.

⁶⁶ S. HKK/*Ernst*, vor § 433 Rn. 15 bei Fn. 122.