

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 205**

# **Die Gefahrtragung beim Kauf**

**unter besonderer Berücksichtigung der  
Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs**

**Von**

**Wilhelm Reinhardt**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**WILHELM REINHARDT**

**Die Gefahrtragung beim Kauf**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 205**

# **Die Gefahrtragung beim Kauf**

**unter besonderer Berücksichtigung der  
Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs**

**Von**

**Wilhelm Reinhardt**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Reinhardt, Wilhelm:**

Die Gefahrtragung beim Kauf : unter besonderer Berücksichtigung  
der Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs / von  
Wilhelm Reinhardt. – Berlin : Duncker und Humblot, 1998

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 205)

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 1996/97

ISBN 3-428-09170-1

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-09170-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706

*Meinen Eltern  
und meiner Frau*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1996/97 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Sommer 1996 berücksichtigt.

Danken möchte ich an dieser Stelle meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ehmann, der mich jederzeit wohlwollend gefördert und unterstützt hat.

Weiterhin habe ich meinem Bruder Ewald für seine tatkräftige Hilfe bei der drucktechnischen Ausgestaltung der Arbeit zu danken.

Hagen, im Frühjahr 1997

*Wilhelm Reinhardt*





## Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einleitung</b> .....	17
<b>§ 2 Die verschiedenen Grundprinzipien und Vorschriften zur Gefahrtragung beim Kauf</b> .....	20
I. Das Prinzip <i>periculum est emptoris</i> .....	20
II. Das Prinzip <i>casum sentit dominus</i> .....	23
III. Das <i>Traditionsprinzip</i> .....	24
IV. Die Gefahrtragung beim Kauf im BGB .....	26
V. Die Gesetzeslage bei Abschaffung des § 447 BGB .....	29
VI. Rechtsvergleichender Überblick .....	31
1. Die Gefahrtragung im UN-Kaufrecht .....	31
a) Die Gefahrtragung beim Platzkauf .....	33
b) Die Gefahrtragung beim Fernkauf .....	33
c) Die Gefahrtragung beim Versendungskauf .....	34
d) Gefahrübergang bei schwimmender oder rollender Ware .....	37
2. Die Bedeutung der Gefahrtragungsregeln im UN-Kaufrecht .....	38
3. Der Versendungskauf in anderen Rechtsordnungen .....	40
4. Die Problematik der Divergenz zu anderen Rechtsordnungen .....	41
<b>§ 3 Ratio legis des § 446 I BGB</b> .....	44
I. Das Beherrschbarkeitsprinzip .....	44
1. Die allgemeine Gültigkeit des Beherrschbarkeitsgedankens .....	46
a) Der Beherrschbarkeitsgedanke beim aufschiebend bedingten Kauf ..	46
b) Der Beherrschbarkeitsgedanke bei den Übergabesurrogaten .....	47
c) § 350 BGB .....	47
d) Die Vorschrift des § 818 III BGB .....	48
e) Das Beherrschbarkeitsprinzip im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ...	48
f) Miete und Pacht .....	49
g) Würdigung .....	49
2. Die nicht durch das Beherrschbarkeitsprinzip erklärbaren Fälle und der Systemwiderspruch im Gefüge des Schuldrechts .....	50
a) Der Widerspruch zu § 324 I BGB .....	50
b) Die Beherrschbarkeit der von § 446 BGB erfaßten Gefahren .....	56

3. Der "wahre Kern" des Beherrschbarkeitsprinzipes.....	61
4. Zusammenfassung.....	63
II. Die Berechtigung der Vorschrift aufgrund des Gedankens der Erfüllung ...	64
III. Das Korrelat Nutzungen - Gefahr: <i>Cuius periculum eius et commudum</i> .....	65
IV. Das Prinzip <i>casum sentit dominus</i> .....	66
1. Das Verständnis von <i>casum sentit dominus</i> .....	67
2. Die Verwirklichung des Satzes <i>casum sentit dominus</i> im BGB .....	68
a) Die Unfallhaftung des redlichen Eigenbesitzers im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.....	68
b) Die Unfallhaftung des redlichen Prozeßbesitzers im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.....	68
c) Die Unfallhaftung des bösgläubigen Eigenbesitzers im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis .....	69
d) Die Gefahrtragung in Miete und Pacht.....	70
e) Zusammenfassung.....	70
3. Der Inhalt des Satzes <i>casum sentit dominus</i> .....	70
a) Die Trennbarkeit von rechtlicher und wirtschaftlicher Zuordnung ...	74
b) Die maßgebliche Zuordnung bei der Gefahrtragung innerhalb von Schuldverhältnissen.....	76
4. Die Berechtigung des Prinzips <i>casum sentit dominus</i> in den dargestellten Verhältnissen .....	82
5. Bestätigung der Regel <i>casum sentit dominus</i> durch § 582 a BGB .....	85
6. § 446 BGB als Ausprägung des Prinzips <i>casum sentit dominus</i> .....	87
7. Die Vorschrift des § 446 II BGB.....	94
a) Die Begründung der Gesetzesverfasser zu § 446 II BGB.....	95
b) Die Begründung der Schuldrechtskommission zur Streichung des § 446 II BGB.....	95
c) Die Berechtigung von § 446 II BGB.....	96
8. Die Übereinstimmung des Prinzips <i>casum sentit dominus</i> mit den Rückabwicklungsvorschriften des Rücktritts- und Bereicherungsrechts	99
a) Die Regelung des § 350 .....	99
b) Die Gefahrtragung bei der Rückabwicklung von Verträgen im Falle der Nichtigkeit des Vertrages (§ 818 III BGB) .....	103
9. Die Lösung besonders gelagerter Fälle bei § 446 BGB anhand von <i>casum sentit dominus</i> .....	112
a) Die Gefahrtragungsproblematik bei den Übergabesurrogaten .....	112
aa) Mit Übertragung des mittelbaren Besitzes gemäß § 930 BGB wird zugleich der Eigentumsübergang bewirkt.....	112

bb) Das Schuldverhältnis ist noch nicht gemäß § 362 BGB erloschen .....	114
cc) Mit Abtretung des Herausgabeanspruches wird gleichzeitig Eigentum verschafft .....	117
dd) Mit Abtretung ist noch keine Erfüllung gemäß § 362 BGB eingetreten .....	118
b) Die Gefahrtragung beim bedingten Kauf .....	118
aa) Die Gefahrtragung beim aufschiebend bedingten Kaufvertrag ...	119
bb) Der Sonderfall des Kaufs auf Probe .....	122
cc) Der auflösend bedingte Kauf .....	123
V. Ausnahmen vom Prinzip <i>casum sentit dominus</i> .....	129
1. § 324 II BGB .....	129
2. § 287 S. 2 BGB .....	131
3. § 848 BGB .....	133
<b>§ 4 Gefahrtragung beim Versendungskauf .....</b>	<b>135</b>
I. Ausnahme von § 446 BGB .....	135
II. Ratio legis des § 447 BGB .....	136
1. Das Verlassen der Ware aus dem Herrschaftsbereich des Verkäufers ...	136
2. Die Beurteilung des Transportrisikos nach dem Recht der Geschäftsbesorgung .....	137
3. Die Rechtfertigung der Vorschrift aufgrund der Billigkeit .....	139
4. Die Risikoverteilung des § 447 BGB ergibt sich aus dem Wesen des Versendungskaufes .....	141
III. Die Gründe der Kommission für die Streichung des § 447 BGB .....	147
1. Der Gesichtspunkt der besseren Versicherungsmöglichkeiten .....	148
2. Die Vereinfachung des Schuldrechts .....	153
a) Das Problem der Anwendbarkeit des § 447 BGB bei einer Versendung durch den Verkäufer selbst oder durch eigene Leute des Verkäufers .....	155
b) Die Haftung des Verkäufers bei Verschulden der Transportperson ..	157
aa) Die Zurechnung des Verschuldens einer selbständigen Transportperson über § 278 BGB .....	157
bb) Die Haftung des Verkäufers gemäß § 278 BGB beim Selbsttransport .....	159
cc) Die Haftung des Verkäufers aus positiver Forderungsverletzung .....	161
c) Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 447 BGB bei Bewirken der Versendung von einem dritten Ort .....	167

d) Der sogenannte Platzkauf.....	169
e) Zur Transportgefahr im Sinne des § 447 BGB.....	171
3. Der Widerspruch des § 447 BGB zur Verkehrsauffassung .....	173
4. Die Problematik des Auseinanderfallens von Kosten und Gefahr.....	178
<b>§ 5 Schlußbemerkung.....</b>	<b>181</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>187</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>199</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band, Seite)
ADB	Allgemeine Deutsche Binnen-Transportversicherungs-Bedingungen, 1963
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
ADS	Allgemeine Deutsche Seeversicherungsbedingungen, 1919
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 9. 12. 1976
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Band, Seite)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band, Seite)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
Diss.	Dissertation
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts Recht
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen v. 17. 7. 1973
ff.	folgende
Fs.	Festschrift

HGB	Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897
h.M.	herrschende Meinung
INCOTERMS	International Commercial Terms
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr, Seite)
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JurBl	Juristische Blätter (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KE	Kommissionsentwurf
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Jahr, Seite)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen (Band, Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Band, Seite)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Band, Seite)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Rn.	Randnummer
S.	Satz oder Seite
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
Sp.	Spalte
USA	Uniform Sales Act
VersR	Versicherungsrecht (Jahr, Seite)
vgl.	vergleiche
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 1908

WarnR	Warneyer, Die Rechtsprechung des RG (Jahr und Nummer der Entscheidung)
WM	Wertpapiermitteilungen (Jahr, Seite)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Band, Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Jahr, Seite)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
ZSST	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Band, Seite)





## § 1 Einleitung

Unter Gefahrübergang versteht man den Zeitpunkt in der Vertragsabwicklung, von dem ab der Käufer das Risiko trägt, den vereinbarten Kaufpreis zahlen zu müssen, obwohl er die Ware nicht oder jedenfalls nicht unbeschädigt erhält.

Im gegenseitigen Schuldverhältnis trifft die Gefahr zunächst den Schuldner. Ist Unmöglichkeit eingetreten, so wird er zwar nach § 275 BGB von seiner Leistungspflicht befreit, verliert aber gemäß § 323 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung. Erst wenn Erfüllung eingetreten ist, ist die Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger übergegangen. Der Gläubiger ist zur Gegenleistung verpflichtet, auch wenn an der geleisteten Sache hinterher noch Schäden eintreten.<sup>1</sup> Nach einzelnen gesetzlichen Bestimmungen geht nun schon vor der Erfüllung die Gefahr auf den Gläubiger über. Diese Regeln geben Antwort auf die Frage, welche Partei den Verlust zu tragen hat, wenn im Rahmen eines Schuldverhältnisses zwischen Vertragsschluß und voller Vertragserfüllung die Ware durch Zufall untergeht oder beschädigt wird.

Beim Kauf ist maßgeblich, welche Form des Güterumsatzes die Parteien gewählt haben. So können die Parteien vereinbaren, daß der Käufer die Ware abzuholen hat oder, daß der Verkäufer die Ware dem Käufer zuzusenden hat. Von der Ausgestaltung des Vertrages hängt es ab, zu welchem Zeitpunkt es zum Gefahrübergang kommt. Im Falle der Holschuld geht gemäß § 446 I BGB die Gefahr mit der Übergabe der Kaufsache auf den Käufer über. Bei einer Schickschuld genügt gemäß § 447 BGB die Übergabe an eine Transportperson, während bei einer Bringschuld die Gefahr erst übergeht, wenn die Ware dem Käufer an dessen Wohnsitz übergeben worden ist.

Was rechtfertigt aber überhaupt eine neuerliche so ausführliche Untersuchung über die Gefahrtragung? Denn über die Gefahrtragung ist bereits eine so stattliche Zahl von Aufsätzen, Monographien und Dissertationen publiziert worden, daß man eigentlich davon ausgehen müßte, daß dieses Thema bereits

---

<sup>1</sup> Vgl. Kreß, Allgemeines Schuldrecht, S. 411.

erschöpfend dargestellt wurde. Zum einen ist dies die beabsichtigte Abschaffung des § 447 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform. Diese Vorschrift ist weitgehend unbestritten und findet sich auch in dieser Form in nahezu allen anderen Rechtsordnungen wieder. Durch den Wegfall dieser Bestimmung will die Schuldrechtskommission erreichen, daß sich auch beim Versendungskauf die Gefahrtragung nach der Regel des § 446 I BGB richtet, wonach erst mit Übergabe der Sache an den Käufer die Gefahr übergeht. Die Kosten der Versendung sollen hingegen, wie es auch im geltenden Recht der Fall ist, weiterhin dem Käufer zur Last fallen. Ziel dieser Untersuchung ist es festzustellen, ob eine Abschaffung des § 447 BGB sinnvoll ist. Dafür ist es erforderlich auf den § 446 I BGB einzugehen, denn einzelne Gründe, die die Schuldrechtskommission für die Streichung des § 447 BGB angibt, werden gerade als Grund für die Regelung des § 446 I BGB genannt. Daher wird zunächst untersucht, ob diese Gründe stichhaltig sind und somit die Existenz des § 446 I BGB rechtfertigen können. Trotz der bereits zahlreich erschienenen Abhandlungen zeigt sich, daß die bisherigen Erklärungsversuche zu § 446 I BGB letztlich nicht zu überzeugen vermögen. Vielmehr werden aufgrund der Deutung des § 446 BGB vielerlei Widersprüche innerhalb der Gefahrtragungsproblematik des BGB erzeugt. Dies gilt vor allen Dingen dann, wenn die Rechtslage noch verwickelter wird, wenn nämlich der Käufer den Rücktritt erklärt oder der Vertrag nichtig ist. Ziel dieser Untersuchung ist es damit auch, eine im Einklang mit den übrigen Gefahrtragungsregeln stehende Begründung dafür zu finden, nach welchen Kriterien sich die Gefahrtragung beim Kauf richten soll. Denn nur eine Lösung, die Wertungswidersprüche zu anderen Gefahrtragungsvorschriften vermeidet, ist brauchbar.

Der hier vertretene Erklärungsversuch wird anhand der Regel *casum sentit dominus* entwickelt. Bei der Untersuchung dieser Regel zeigt sich, daß bei richtigem Verständnis dieses Satzes nicht immer der Eigentümer die Gefahr zu tragen hat. Vielmehr kann von einer "natürlichen" Gefahrtragung nach diesem Satz nur gesprochen werden, wenn auch eine andere Person als der Eigentümer die zunächst betroffene Partei hinsichtlich eines Schadens sein kann. Letztlich ergibt sich, daß § 446 I BGB seine Berechtigung in der Regel *casum sentit dominus* findet und sich anhand dieses Satzes die Gefahrtragungsproblematik innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs widerspruchsfrei lösen läßt.

Bei der Behandlung des § 447 BGB zeigt sich, daß diese Vorschrift keine Ausprägung des Prinzips *casum sentit dominus* darstellt. Aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses (Versendungskauf) ergibt sich aber, daß der Gläubiger die

Transportgefahr zu tragen hat. Es handelt sich also um eine vertragliche Risiko-  
verteilung. § 447 BGB stellt demnach eine berechtigte Ausnahme vom Prinzip  
*casum sentit dominus* dar, so daß sich eine Abschaffung des § 447 BGB nicht  
empfiehlt.