

SEBASTIAN ROSENTRITT

Die Gefahrtragung
im europäischen und
internationalen Kaufrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

409

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

409

Herausgegeben von
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:
Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Sebastian Rosentritt

Die Gefahrtragung im europäischen und internationalen Kaufrecht

CISG, INCO-Terms, Vorschlag für ein
Gemeinsames Europäisches Kaufrecht,
Verbraucherrechterichtlinie und deutsches Recht
in vergleichender Perspektive

Mohr Siebeck

Sebastian Rosentritt, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften in Würzburg; Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung der Universität Würzburg; Referendariat am OLG Bamberg und in München; seit 2016 Rechtsanwalt.

Zugl.: Würzburg, Julius-Maximilians-Universität, Diss., 2017.

ISBN 978-3-16-155802-3 / eISBN 978-3-16-155803-0

DOI 10.1628/978-3-16-155803-0

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Januar 2017 beendet und vor Drucklegung noch geringfügig geändert. Änderungen der gesetzlichen Vorschriften wurden bis April 2018 berücksichtigt.

Die Arbeit entstand im Wesentlichen während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung der Universität Würzburg. Dem Lehrstuhlinhaber, meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Oliver Remien, danke ich für die inspirierende und wohlwollende Begleitung dieser Arbeit. Er hat mir stets die wissenschaftliche Freiheit gewährt und mich mit wertvollen Anmerkungen und Hinweisen unterstützt. Ich bin ihm für die Betreuung der Arbeit und die schöne und lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl sehr verbunden. Frau Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt meinen lieben Eltern, denen ich diese Arbeit widme. Sie haben mich stets ermutigt und auf großartige Weise unterstützt. Die Anfertigung dieser Arbeit haben sie erst ermöglicht.

München, im Juni 2018

Sebastian Rosentritt

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| | |
| Erster Teil: Einführung und Grundlagen | 1 |
| § 1 Einführung | 1 |
| § 2 Wettbewerb der Rechtsordnungen und dispositives Recht | 5 |
| § 3 Grundlagen der Gefahrtragung | 12 |
| | |
| Zweiter Teil: Leistungsgefahr und Preisgefahr | 22 |
| § 4 Bedeutung von Leistungsgefahr und Preisgefahr | 22 |
| § 5 Die Regelung der Leistungsgefahr in den Regelwerken | 28 |
| | |
| Dritter Teil: Übergang der Preisgefahr bei verschiedenen Abwicklungsformen des Kaufs | 55 |
| § 6 Typenbildung und Abgrenzung von verschiedenen Abwicklungsformen des Kaufs | 55 |
| § 7 Platzkauf | 68 |
| § 8 Fernkauf | 96 |
| § 9 Versendungskauf | 127 |
| § 10 Verkauf reisender Ware | 187 |
| § 11 Kauf von an drittem Ort eingelagerter Ware oder herzustellender Ware | 211 |
| § 12 Zusammenfassung dritter Teil | 217 |

| | |
|--|-----|
| Vierter Teil: Gefahrtragung bei vertragswidrigem Verhalten der Parteien | 220 |
| § 13 Die Säumnis des Käufers bei der Abnahme | 220 |
| § 14 Vertragswidriges Verhalten des Verkäufers | 256 |
| | |
| Fünfter Teil: Besondere Einzelfragen | 289 |
| § 15 Gefahrtragung bei digitalen Inhalten | 289 |
| § 16 Gefahrtragung und Widerrufsrechte | 307 |
| | |
| Sechster Teil: Schlussbetrachtung und Thesen | 315 |
| § 17 Schlussbetrachtung | 315 |
| § 18 Thesen | 318 |
| | |
| Entscheidungsverzeichnis | 321 |
| Materialienverzeichnis | 323 |
| Literaturverzeichnis | 325 |
| Sachverzeichnis | 341 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| | |
| Erster Teil: Einführung und Grundlagen | 1 |
| § 1 <i>Einführung</i> | 1 |
| I. Europäische Entwicklungen | 1 |
| II. Problemstellung | 2 |
| § 2 <i>Wettbewerb der Rechtsordnungen und dispositives Recht</i> | 5 |
| I. Einfluss der Verbraucherrechte-RL auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten | 6 |
| II. Das „Opt-out-Modell“ des UN-Kaufrechts | 7 |
| III. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht als „Opt-in-Modell“ | 8 |
| IV. Dispositives Recht und Incoterms | 9 |
| 1. Dispositiver Charakter der einzelnen Gefahrtragungsregeln | 9 |
| a) Grundsatz | 9 |
| b) Ausnahmen aufgrund des Verbraucherschutzes | 9 |
| 2. Verwendung von Handelsklauseln | 10 |
| § 3 <i>Grundlagen der Gefahrtragung</i> | 12 |
| I. Rechtsgeschichtlicher Überblick | 13 |
| II. Rechtsvergleichender Überblick über den Niederschlag verschiedener Prinzipien in neuzeitlichen Kodifikationen | 17 |
| 1. Periculum est emptoris | 17 |
| 2. Res perit domino | 18 |
| 3. Traditionsprinzip | 18 |
| III. Anforderungen an moderne Gefahrtragungsregeln | 19 |
| | |
| Zweiter Teil: Leistungsgefahr und Preisgefahr | 22 |
| § 4 <i>Bedeutung von Leistungsgefahr und Preisgefahr</i> | 22 |
| I. Leistungs-/Sachgefahr | 22 |
| II. Gegenleistungs-/Preisgefahr | 24 |
| 1. Begriff der Preisgefahr | 24 |

| | |
|---|--------|
| 2. Umfang der vom Begriff der Preisgefahr erfassten Risiken | 24 |
| a) Meinungsstand zum Umfang der von der Preisgefahr erfassten Risiken in den Regelwerken | 24 |
| b) Bewertung | 26 |
| III. Verhältnis von Preisgefahr und Leistungsgefahr | 27 |
| § 5 <i>Die Regelung der Leistungsgefahr in den Regelwerken</i> | 28 |
| I. Ausdrückliche Regelung der Leistungsgefahr im BGB | 29 |
| 1. Die Leistungsgefahr folgt der Preisgefahr | 30 |
| 2. Autonome Auslegung des § 243 II BGB | 30 |
| 3. Bewertung | 31 |
| 4. Kein Übergang der Leistungsgefahr bei mangelhafter Gattungsware? | 32 |
| II. Regelwerke ohne ausdrückliche Regelung der Leistungsgefahr | 33 |
| 1. Diskussion zur Leistungsgefahr im UN-Kaufrecht | 35 |
| a) Koppelung der Leistungsgefahr an die Preisgefahr | 35 |
| b) Lieferpflichten des Verkäufers als Regelung der Leistungsgefahr | 36 |
| c) Tragweite der Diskussion | 36 |
| d) Bewertung der Diskussion | 38 |
| 2. Lösung bekannter Probleme im GEK-Vorschlag | 40 |
| a) Die Bedeutung des Art. 98 GEK-Vorschlag | 42 |
| b) Auseinanderfallen des Zeitpunkts der Lieferung und des Übergangs der Kaufpreisgefahr | 43 |
| aa) Probleme bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Art. 93 I lit. (a), 94 I lit. (a) GEK-Vorschlag bei Verträgen mit Verbraucherbeteiligung | 43 |
| bb) Nichtübernahme durch den Verbraucher in den Fällen der Art. 93 I lit. (a), 94 I lit. (a) GEK-Vorschlag | 47 |
| cc) Platzkauf gem. Art. 93 I lit. (b) ii), 94 I lit. (c) GEK-Vorschlag mittels die Ware vertretender Dokumente | 48 |
| dd) Leistungsgefahr bei Lieferung an einem anderen Ort als dem Sitz des Verkäufers | 49 |
| c) Stellungnahme | 51 |
| d) Tragung der Leistungsgefahr durch den Käufer in anderen Fällen | 53 |
| III. Zusammenfassung | 53 |
| Dritter Teil: Übergang der Preisgefahr bei verschiedenen Abwicklungsformen des Kaufs | 55 |
| § 6 <i>Typenbildung und Abgrenzung von verschiedenen Abwicklungsformen des Kaufs</i> | 55 |
| I. Tatsächliches | 55 |
| II. Typenbildung | 56 |

| | |
|---|----|
| 1. Platzkauf | 58 |
| 2. Fernkauf | 60 |
| 3. Versendungskauf | 62 |
| a) Wer organisiert den Transport? | 64 |
| b) Selbstständiger Beförderer oder auch Eigentransport? | 64 |
| c) Übergabe an Beförderer oder Käufer? | 65 |
| 4. Verkauf reisender Ware | 66 |
| 5. Kauf eingelagerter oder herzustellender Ware | 67 |
| III. Nutzen der Typenbildung für Untersuchung der Preisgefahr | 67 |
| § 7 Platzkauf | 68 |
| I. UN-Kaufrecht | 68 |
| 1. Vorliegen eines Platzkaufs im UN-Kaufrecht | 68 |
| 2. Systematische Stellung des Gefahrübergangs beim Platzkauf | 70 |
| 3. Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 70 |
| II. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 72 |
| 1. Bereitstellung der Ware am Geschäftssitz des Verkäufers | 73 |
| 2. Regelungssystematik | 74 |
| 3. Gefahrübergang beim Unternehmerkaufvertrag durch Annahme der Ware | 75 |
| 4. Platzkauf beim Verbrauchervertrag | 78 |
| a) Vorliegen eines Platzkaufs beim Verbrauchervertrag | 78 |
| b) Gefahrübergang beim Verbrauchervertrag | 79 |
| c) Wird durch den Änderungsvorschlag des ELI eine Verbesserung erreicht? | 80 |
| III. Deutsches Recht | 82 |
| 1. Holschuld des Käufers | 82 |
| 2. Regelungssystematik | 84 |
| 3. Übergabe der Kaufsache | 84 |
| a) Abdingbarkeit der Regelung | 84 |
| aa) Individualvereinbarung | 84 |
| bb) Abbedingung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 85 |
| b) Anforderungen an die Übergabe i. S. d. § 446 S. 1 BGB | 86 |
| IV. Handelsklauseln | 88 |
| 1. EXW – ab Werk | 88 |
| a) Auslegungsschwierigkeiten bei der Art der Lieferung | 88 |
| b) Gefahrübergang mit Bewirkung der Lieferung | 89 |
| 2. FCA – frei Frachtführer | 90 |
| V. Wertende Zusammenfassung | 91 |
| 1. Systematik der Gefahrtragungsnormen | 91 |
| 2. Verhältnis des Platzkaufs zu anderen Abwicklungsformen | 92 |
| 3. (Ent)Kopplung von Lieferung und Gefahrtragung | 93 |
| 4. Über- bzw. Annahme | 94 |
| 5. Das Risiko des Verladevorgangs | 94 |

| | |
|---|-----|
| 6. B2C-Verträge | 95 |
| 7. Abdingbarkeit | 95 |
| § 8 <i>Fernkauf</i> | 96 |
| I. UN-Kaufrecht | 96 |
| 1. Zeitpunkt der Fälligkeit | 97 |
| a) Erfüllbarkeit bei fehlender Vereinbarung | 98 |
| b) Nichteinhaltung der Lieferzeit | 99 |
| 2. Zur Verfügung stellen | 100 |
| 3. Kenntnis des Käufers | 100 |
| 4. Konkretisierung der Ware | 101 |
| 5. Zusammenfassung | 105 |
| II. Deutsches Recht | 105 |
| 1. Vorliegen eines Fernkaufs und Gefahrübergang beim Fernkauf | 105 |
| 2. Umsetzungsbedarf durch die Verbraucherrechte-RL? | 106 |
| III. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 108 |
| 1. Verbraucherkaufvertrag und Gefahrübergang gem. Art. 142 I GEK-Vorschlag | 110 |
| 2. Unternehmerkaufvertrag und Gefahrübergang | 110 |
| a) Gefahrübergang beim Fernkauf auch nach Art. 143 I GEK-Vorschlag? | 110 |
| b) Art. 144 II GEK-Vorschlag als Regelung des Annahmeverzugs? | 112 |
| c) Fälligkeit der Sachleistung im GEK-Vorschlag | 114 |
| d) Bereitstellung zur Verfügung des Käufers | 116 |
| e) Kenntnis des Käufers | 117 |
| f) Zuordnung der Ware zum Vertrag, Art. 141 GEK-Vorschlag | 118 |
| g) Änderungsvorschläge von <i>Lehne/Berlinguer</i> und des ELI | 119 |
| IV. Handelsklauseln | 119 |
| 1. Incoterms | 119 |
| a) D-Klauseln | 119 |
| b) Klauseln anderer Gruppen bei entsprechender Ausgestaltung | 122 |
| 2. Die Klausel „frei Haus“ | 122 |
| V. Wertende Zusammenfassung | 123 |
| 1. Systematik und Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 123 |
| 2. Anordnung der Abwicklung als Fernkauf bei B2C-Verträgen und die Möglichkeit abweichender Vereinbarungen | 124 |
| 3. Früherer Gefahrübergang im deutschen Recht beim B2B-Geschäft | 125 |
| 4. Verbesserungen im GEK-Vorschlag im Vergleich zum CISG | 125 |
| 5. Vorteile der deutschen Regelung | 126 |
| § 9 <i>Versendungskauf</i> | 127 |
| I. Vorliegen eines Versendungskaufs | 128 |
| 1. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 128 |
| a) Wann kommt es zum Versendungskauf? | 128 |

| | |
|--|-----|
| aa) Verpflichtung zur Beförderung als Regelung des Versendungskaufs? | 129 |
| bb) Anwendbarkeit des Art. 93 I lit. (b) i) GEK-Vorschlag und Einschluss der Beförderung auch bei B2C-Verträgen | 130 |
| cc) Zwischenergebnis | 132 |
| b) Person des Beförderers | 132 |
| 2. UN-Kaufrecht | 133 |
| a) Erfordernis der Beförderung | 133 |
| b) Person des Beförderers | 134 |
| c) Abschluss des Beförderungsvertrags | 136 |
| 3. Deutsches Recht | 137 |
| a) Versendungsverlangen des Käufers | 137 |
| b) Transportperson | 138 |
| 4. Versendungskauf nach der Verbraucherrechte-RL | 140 |
| II. Gefahrübergang bei Verbraucherkauferträgen | 141 |
| 1. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 141 |
| a) Grundsatzregelung des Art. 142 I GEK-Vorschlag | 141 |
| b) Ausnahmeregelung des Art. 142 IV GEK-Vorschlag und Korrektur aus Wertungsgesichtspunkten | 141 |
| aa) Abstellen auf die Übergabe an den Beförderer | 141 |
| bb) Überprüfung der Wertung des Art. 142 IV GEK-Vorschlag .. | 143 |
| cc) Lösung des angeblichen Wertungswiderspruchs durch Auslegung | 145 |
| c) Relevanz des Konkretisierungserfordernisses beim Versendungskauf mit einem Verbraucher | 146 |
| 2. Risikoübergang nach der Verbraucherrechte-RL | 147 |
| a) Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 147 |
| aa) Grundsatz und Ausnahme | 147 |
| bb) Terminologie | 147 |
| b) Folgen des fehlenden Konkretisierungserfordernisses | 149 |
| 3. Deutsches Recht | 151 |
| a) Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 151 |
| b) Die Umsetzung des Art. 20 Verbraucherrechte-RL in § 474 IV BGB a. F. (§ 475 II BGB n. F.) | 151 |
| c) Abdingbarkeit der Regelungen | 153 |
| aa) Rechtslage vor der Umsetzung der Verbraucherrechte-RL .. | 153 |
| bb) Eigene Stellungnahme zum Charakter des § 474 II 2 BGB a. F. (§ 475 III 2 BGB n. F.) | 154 |
| cc) Rechtslage nach Umsetzung der Verbraucherrechte-RL | 155 |
| 4. Der Kauf im Versandhandel | 156 |
| a) Problemstellung im deutschen Recht | 156 |
| aa) Frage der Leistungsgefahr bei Verbrauchsgüterkäufen | 157 |
| bb) Relevanz hinsichtlich des Preisgefahrübergangs | 157 |
| b) Vergleichbare Problematik in den anderen Regelwerken | 160 |

| | |
|---|-----|
| III. Gefahrübergang bei Unternehmerkaufverträgen | 161 |
| 1. UN-Kaufrecht | 161 |
| a) Versendungskauf ohne bestimmten Übergabeort gem. Art. 67 I 1 CISG | 161 |
| b) Bestimmter Übergabeort | 163 |
| c) Konkretisierungserfordernis | 163 |
| 2. Versendungskauf zwischen Unternehmern nach dem GEK-Vorschlag | 165 |
| a) Unterscheidung nach dem Ort der Übergabe | 165 |
| b) Konkretisierungserfordernis | 166 |
| c) Vertragsgemäße Übergabe | 166 |
| 3. Deutsches Recht | 168 |
| a) Gefahrübergang | 168 |
| b) Absenden vom Erfüllungsort | 169 |
| c) Konkretisierungserfordernis | 170 |
| 4. Parteivereinbarungen und Handelsklauseln | 171 |
| a) Unterscheidung der Klauselgruppen | 172 |
| b) Die Regelungen zum Gefahrübergang | 174 |
| aa) Modernisierungen zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 174 |
| bb) Unterschiedliche Zeitpunkte des Gefahrübergangs | 175 |
| IV. Zusammenfassung und Bewertung | 177 |
| 1. Vorliegen eines Versendungskaufs | 177 |
| a) Person des Beförderers | 177 |
| b) Begriff des Versendungskaufs | 177 |
| 2. Gefahrübergang bei Verbraucherkaufverträgen | 178 |
| a) Übergabe und Besitzerlangung | 178 |
| b) Grundregel: Transportgefahr trägt der Unternehmer | 180 |
| c) Tragung der Transportgefahr durch den Verbraucher | 180 |
| d) Konkretisierungserfordernis | 180 |
| 3. Gefahrübergang bei Unternehmerkaufverträgen | 181 |
| a) Tragung der Transportgefahr durch den Käufer | 181 |
| b) Bestimmung des Absendeortes | 182 |
| c) Die den Gefahrübergang bewirkende Handlung | 182 |
| d) Detaillierte Regelungen in den F- und C-Klauseln der Incoterms | 183 |
| e) Konkretisierungserfordernis | 183 |
| 4. Überzeugende Regelungen aus Wertungsgesichtspunkten? | 184 |
| § 10 Verkauf reisender Ware | 187 |
| I. UN-Kaufrecht | 188 |
| 1. Regelungsgegenstand und Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 188 |
| a) Anwendungsbereich | 188 |
| b) Gefahrübergang mit Vertragsschluss | 188 |
| c) Rückwirkender Gefahrübergang „falls die Umstände diesen Schluß nahelegen“ | 188 |

| | |
|--|-----|
| aa) Entstehungsgeschichte | 189 |
| bb) Zum rückwirkenden Gefahrübergang führende Umstände | 190 |
| d) Der die Dokumente über den Beförderungsvertrag ausstellende Beförderer | 191 |
| 2. Die Ausnahmenvorschrift des Art. 68 S. 3 CISG | 192 |
| a) Wirksamkeit eines Vertrags bei anfänglicher Unmöglichkeit | 193 |
| b) Offenbarungspflicht des Verkäufers | 193 |
| aa) Kenntnis und fahrlässige Unkenntnis | 193 |
| bb) Geltungsbereich des Art. 68 S. 3 CISG | 194 |
| cc) Reichweite der Belastung des Verkäufers gem. Art. 68 S. 3 CISG | 195 |
| 3. Konkretisierungserfordernis | 196 |
| 4. Zwischenergebnis | 196 |
| II. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 197 |
| 1. Anwendungsbereich | 197 |
| 2. Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 198 |
| a) Grundregel des Art. 146 II 1 GEK-Vorschlag | 198 |
| b) Ausnahme des Art. 146 II 2 GEK-Vorschlag und Regel-Ausnahme-Verhältnis | 199 |
| 3. Die Ausnahmenvorschrift des Art. 146 III GEK-Vorschlag | 201 |
| a) Anforderungen an die Bösgläubigkeit | 201 |
| b) Anwendungsbereich der Bösgläubigkeitsvorschrift | 201 |
| c) Umfang der Belastung des Verkäufers bei teilweiser Bösgläubigkeit | 202 |
| 4. Konkretisierung | 203 |
| III. Deutsches Recht | 204 |
| 1. Keine direkte Anwendung des § 447 BGB | 204 |
| 2. Abstellen auf eine Versandverfügung? | 204 |
| 3. Anwendung des § 446 BGB? | 205 |
| 4. Rückwirkender Gefahrübergang durch Vertragsauslegung | 205 |
| IV. Handelsklauseln | 206 |
| 1. Rückwirkender Gefahrübergang vor den Incoterms 2010? | 206 |
| 2. Regelung des Verkaufs schwimmender Ware in den Incoterms 2010 | 207 |
| a) Gesonderte Regelung in den Liefervorschriften | 207 |
| b) Gefahrübergang mit Verschaffung der auf dem Schiff befindlichen Ware oder rückwirkend mit Übergabe an den Beförderer? | 208 |
| aa) Gefahrübergang erst mit Verschaffung der Ware? | 208 |
| bb) Auslegung ergibt rückwirkenden Gefahrübergang | 208 |
| V. Zusammenfassung und Bewertung | 209 |

| | |
|---|-----|
| § 11 Kauf von an drittem Ort eingelagerter Ware oder herzustellender Ware | 211 |
| I. Kauf von an drittem Ort eingelagerter Ware | 211 |
| 1. Die Besonderheiten bei der Anwendung der | |
| Gefahrtragungsnormen | 211 |
| a) UN-Kaufrecht | 211 |
| aa) Vom Lagerhalter ausgestellte Papiere | 212 |
| bb) Vom Verkäufer ausgestellte Papiere oder papierlose | |
| Abwicklung | 213 |
| b) GEK-Vorschlag | 213 |
| c) Deutsches Recht | 214 |
| 2. Bewertung der Lösungen | 215 |
| II. Kauf von an drittem Ort herzustellender Ware | 215 |
| III. Zusammenfassung | 216 |
| § 12 Zusammenfassung dritter Teil | 217 |

| | |
|--|-----|
| Vierter Teil: Gefahrtragung bei vertragswidrigem Verhalten der Parteien | 220 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| § 13 Die Säumnis des Käufers bei der Abnahme | 220 |
| I. Die Säumnis des Verbrauchers | 221 |
| 1. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 221 |
| a) Nichterfüllung der Verpflichtung zur Übernahme | 222 |
| aa) Unterlassen von Mitwirkungspflichten | 222 |
| bb) Nichtzahlung des Kaufpreises | 224 |
| cc) Keine Säumnis des Verbrauchers bei Ablehnung | |
| vertragswidriger Ware | 224 |
| b) Entschuldigung gem. Art. 88 GEK-Vorschlag | 225 |
| aa) Hindernis außerhalb des Einflussbereichs der Partei | 225 |
| bb) Hindernis war nicht in Betracht zu ziehen | 226 |
| cc) Überwindung des Hindernisses oder der Folgen konnte | |
| nicht erwartet werden | 226 |
| dd) Folgen für den Gefahrübergang | 227 |
| c) Hypothetische Inbesitznahme | 227 |
| aa) Fehlende Bestimmung des Lieferzeitpunktes | 228 |
| bb) Hypothetische Inbesitznahme bei Wegfall eines | |
| vorübergehenden Hindernisses | 228 |
| cc) Bestimmung der hypothetischen Inbesitznahme bei | |
| unterlassenen Mitwirkungspflichten kaum möglich | 229 |
| dd) Folgen für den Verkäufer | 229 |
| 2. Verbraucherrechte-RL | 229 |
| a) Entwicklung und Entwurfsfassung | 229 |
| b) Keine Gefahrübergang bei Annahmeverzug in der | |
| verabschiedeten Fassung | 231 |

| | |
|--|-----|
| II. Gefahrübergang durch Annahmeverzug bei Verbraucher- und Unternehmerverträgen im deutschen Recht | 231 |
| 1. Voraussetzungen des Annahmeverzugs | 232 |
| 2. Rechtsfolgen im Hinblick auf die Gefahrtragung | 234 |
| III. Die Säumnis des unternehmerischen Käufers in GEK-Vorschlag, CISG und Handelsklauseln | 235 |
| 1. UN-Kaufrecht | 235 |
| a) Systematische Stellung des Art. 69 I Alt. 2 CISG | 235 |
| b) Voraussetzungen des Gefahrübergangs | 236 |
| aa) Zurverfügungstellung der Ware | 236 |
| bb) Vertragsverletzung durch Nichtabnahme | 236 |
| (1) Verletzung von Mitwirkungspflichten | 237 |
| (2) Fehlende Akkreditivstellung | 238 |
| (3) Anwendung des Art. 69 I Alt. 2 CISG beim Versandungskauf | 239 |
| c) Zeitpunkt des Gefahrübergangs | 239 |
| d) Erhaltungsmaßnahmen des Verkäufers | 240 |
| 2. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 241 |
| a) Bereitstellung der Ware | 241 |
| b) Kenntnis des Käufers | 242 |
| c) Hypothetischer Übernahmezeitpunkt | 243 |
| aa) Gefahrübergang bei unterlassenen Mitwirkungshandlungen .. | 243 |
| bb) Unwägbarkeiten bei der Bestimmung des Zeitpunkts | 245 |
| d) Zurückbehaltungsrecht des Käufers | 246 |
| 3. Handelsklauseln | 247 |
| a) Säumnis durch Unterlassen im Fall von Mitwirkungspflichten .. | 248 |
| b) Erweiterung des Risikos für den Käufer | 248 |
| IV. Besonderheit beim Konkretisierungserfordernis | 250 |
| V. Wertende Zusammenfassung | 251 |
| 1. Systematik | 251 |
| 2. Verbraucherrecht | 252 |
| a) Keine Vorgaben aus der Verbraucherrechte-RL | 252 |
| b) Entlastungsmöglichkeit und verschuldensunabhängige Haftung .. | 252 |
| c) Unterlassene Mitwirkungshandlungen | 253 |
| d) Lieferung vertragswidriger Ware | 253 |
| 3. Unternehmerrecht | 254 |
| a) Regelungssystematik | 254 |
| b) Ausschlussgründe des Gefahrübergangs in Unternehmerverträgen | 254 |
| c) Unterlassene Mitwirkungshandlungen | 254 |
| 4. Erhaltungspflicht des die Sachherrschaft weiterhin ausübenden Verkäufers | 255 |

| | |
|---|-----|
| § 14 <i>Vertragswidriges Verhalten des Verkäufers</i> | 256 |
| I. Verhältnis von Haftung und Gefahrtragung | 256 |
| 1. Das Verhältnis von Haftung und Gefahrtragung in CISG und GEK-Vorschlag | 256 |
| a) Reichweite des Art. 66 CISG a. E. | 257 |
| b) Anwendung des Art. 140 GEK-Vorschlag | 258 |
| aa) Die Reichweite des Art. 140 Hs. 2 GEK-Vorschlag | 258 |
| bb) Wirkung des Art. 140 GEK-Vorschlag | 259 |
| 2. Deutsches Recht | 261 |
| II. Zufälliger Untergang der Ware bei Vertragsverletzungen des Verkäufers | 261 |
| 1. UN-Kaufrecht | 262 |
| a) Gefahrtragung bei Ausübung der Rechtsbehelfe | 262 |
| b) Einschränkungen der Rechtsbehelfe | 264 |
| c) Gefahrtragung vor Ablauf einer Nachfrist | 266 |
| d) Vertragsaufhebung aufgrund einer Nichtlieferung | 268 |
| e) Gefahrtragung im Falle der Nachbesserung beim Verkäufer | 269 |
| 2. Deutsches Recht | 270 |
| a) Gefahrübergang auf den Käufer auch bei mangelhafter Ware ... | 270 |
| b) Gefahr des zufälligen Untergangs trägt der Verkäufer | 271 |
| c) Erweiterte Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Verkäufer | 271 |
| d) Gefahrntlastung des Verkäufers bei Untergang nach Kenntnis des Käufers vom Rücktrittsgrund? | 273 |
| 3. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 274 |
| a) Systematik und Gefahrverteilung | 274 |
| b) Unterscheidung zwischen Untergang und Beschädigung bei der Gefahrverteilung? | 275 |
| c) Höhe des Wertersatzes und die Ausnahme aus Billigkeitsgründen | 276 |
| aa) Wertersatz gem. Art. 173 I, II GEK-Vorschlag | 276 |
| bb) Ausschluss der Wertersatzpflicht gem. Art. 176 GEK-Vorschlag | 277 |
| cc) Bewertung der Vorschriften zur Gefahrverteilung | 279 |
| d) Gefahrtragung bei Untergang infolge der Vertragswidrigkeit ... | 280 |
| e) Wertungswiderspruch im Falle der Ersatzlieferung | 281 |
| f) Lösung der im UN-Kaufrecht problematischen Konstellationen . | 282 |
| aa) Lieferung vertragswidriger Ware | 282 |
| bb) Gefahrtragung bei verspäteter Lieferung | 283 |
| g) Vorschläge zur Änderung des Rückabwicklungsregimes in der Diskussion | 284 |
| 4. Wertende Zusammenfassung | 285 |
| a) Verschiedene Systeme der Gefahrverteilung | 285 |
| b) Kriterien für die sachgerechte Gefahrverteilung | 285 |

| | |
|--|---------|
| c) Unterschiede in der Gefahrverteilung | 287 |
| d) Schwächen der Regelung des GEK-Vorschlags | 287 |
| e) Lösungsvorschlag | 287 |
| Fünfter Teil: Besondere Einzelfragen | 289 |
| § 15 <i>Gefahrtragung bei digitalen Inhalten</i> | 289 |
| I. Techniken des Zugriffs auf digitale Inhalte | 289 |
| II. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht | 290 |
| 1. Sonderregelung bei Verbraucherverträgen für digitale Inhalte ohne materiellen Datenträger in Art. 142 II GEK-Vorschlag | 290 |
| a) Gefahrübergang durch Kontrollerlangung | 290 |
| aa) Allgemein | 290 |
| bb) Unterscheidung zwischen Speicherung und bloßem Zugriff | 291 |
| cc) Kontrollerlangung in Downloadfällen | 293 |
| b) Die Anwendung des Art. 142 III GEK-Vorschlags in Fällen der Nichtübernahme durch den Verbraucher | 294 |
| aa) Nichtübernahme bei digitalen Inhalten | 294 |
| bb) Fiktiver Zeitpunkt der Kontrollerlangung | 296 |
| cc) Konkretisierungserfordernis bei digitalen Inhalten | 296 |
| c) Keine Sondervorschrift in den Regelungen zum Gefahrübergang nach dem Änderungsvorschlag des ELI | 296 |
| 2. Keine Sondervorschriften im unternehmerischen Verkehr | 297 |
| a) Download | 298 |
| b) E-Mail-Versand | 299 |
| 3. Lieferung vertragswidriger digitaler Inhalte | 300 |
| III. Verbraucherrechte-RL | 301 |
| IV. UN-Kaufrecht | 301 |
| 1. Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts | 301 |
| 2. Gefahrübergang und digitale Inhalte | 302 |
| V. Deutsches Recht | 304 |
| VI. Wertende Zusammenfassung | 305 |
| § 16 <i>Gefahrtragung und Widerrufsrechte</i> | 307 |
| I. Unabhängigkeit von Widerrufsfrist und Gefahrübergang | 308 |
| II. Fehlende Regelung in der Verbraucherrechte-RL | 308 |
| III. Schutz des Widerrufsrechts? | 310 |
| 1. Vorüberlegungen | 310 |
| 2. Schutz im Fall der Säumnis bei der Annahme | 311 |
| 3. Umfang der Haftung des Verbrauchers gem. Art. 45 III GEK-Vorschlag | 312 |
| 4. Bewertung und Änderungsvorschläge | 313 |

| | |
|--|-----|
| Sechster Teil: Schlussbetrachtung und Thesen | 315 |
| § 17 <i>Schlussbetrachtung</i> | 315 |
| § 18 <i>Thesen</i> | 318 |
| | |
| Entscheidungsverzeichnis | 321 |
| Entscheidungen deutscher Gerichte | 321 |
| Entscheidungen schweizerischer Gerichte | 322 |
| Entscheidungen österreichischer Gerichte | 322 |
| Entscheidungen italienischer Gerichte | 322 |
| Entscheidungen niederländischer Gerichte | 322 |
| Entscheidungen belgischer Gerichte | 322 |
| Entscheidungen ungarischer Gerichte | 322 |
| Entscheidungen des EuGH | 322 |
| | |
| Materialienverzeichnis | 323 |
| Literaturverzeichnis | 325 |
| Sachverzeichnis | 341 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------------|--|
| a. E. | am Ende |
| a. F. | alte Fassung |
| ABGB | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch |
| AcP | Archiv für civilistische Praxis |
| AG | Amtsgericht |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| Am.J. Comp.L. | American Journal of Comparative Law |
| AT | Allgemeiner Teil |
| AW-Prax | Zeitschrift für Außenwirtschaft in Recht und Praxis |
| B2B | Business to Business |
| B2C | Business to Consumer |
| BB | Betriebs-Berater |
| BeckOK BGB | Beck'scher Online Kommentar BGB |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen |
| BRAK | Bundesrechtsanwaltskammer |
| BT | Besonderer Teil |
| BT-Drucks. | Deutscher Bundestag, Drucksache |
| bzw. | beziehungsweise |
| CESL | Common European Sales Law |
| CFR | Cost and Freight |
| CIF | Cost Insurance Freight |
| CIP | Carriage Insurance Paid |
| CISG | United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods |
| Columb.J. Transnat.L. | Columbia Journal of Transnational Law |
| CPT | Carriage Paid To |
| DAF | Delivered At Frontier |
| DB | Der Betrieb |
| DCFR | Draft Common Frame of Reference |
| DDP | Delivered Duty Paid |
| DDU | Delivered Duty Unpaid |
| DEQ | Delivered Ex Quay |
| DES | Delivered Ex Ship |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung |
| ECRL | Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäfts- |

| | |
|-------------------------------------|--|
| | verkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) |
| EKG | Haager Einheitliche Kaufgesetze |
| ELI | European Law Institute |
| endg. | endgültig |
| ERPL | Europäische Zeitschrift für Privatrecht |
| EU | Europäische Union |
| euvr | Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EXW | Ex Works |
| FAS | Free Alongside Ship |
| FCA | Free Carrier |
| Fn. | Fußnote |
| FOB | Free On Board |
| FS | Festschrift |
| GEK-Vorschlag | Anhang I: Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig |
| GPR | Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GS | Gedächtnisschrift |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i. d. R. | in der Regel |
| i. S. d. | im Sinne des |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| ICC | International Chamber of Commerce |
| IHR | Internationales Handelsrecht |
| Incoterms | International Commercial Terms |
| IPR | Internationales Privatrecht |
| JBl | Juristische Blätter |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| LG | Landgericht |
| LMK | Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring |
| Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev. | Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review |
| m. E. | meines Erachtens |
| MDR | Monatszeitschrift für Deutsches Recht |
| mglw. | möglicherweise |
| MünchKomm | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| MünchKommHGB | Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch |
| MünchKommInsO | Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung |
| n. F. | neue Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| OLG | Oberlandesgericht |

| | |
|------------------|--|
| OLGE | Rechtsprechung der Oberlandesgerichte |
| OR | schweizerisches Obligationsrecht |
| PECL | Principles of European Contract Law |
| PEL-S | Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Sales |
| PICC | Principles for international commercial contracts |
| PWW | Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Sammlung der Entscheidungen des RG in Zivilsachen |
| RIW | Recht der internationalen Wirtschaft |
| Rn. | Randnummer |
| SGA | Sales of Goods Act |
| u. a. | unter anderem |
| UCC | Uniform Commercial Code |
| UNCITRAL | United Nations Commission on International Trade Law |
| UNIDROIT | Institut international pour l'unification du droit privé |
| VO-GEK-Vorschlag | Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endgültig |
| WiRechtBl | Wirtschaftsrechtliche Blätter |
| WM | Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschaft- und Bankrecht |
| ZGS | Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht, Zeitschrift für das Schweizerische Recht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZJS | Zeitschrift für das Juristische Studium |
| ZRG | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |

Erster Teil

Einführung und Grundlagen

§ 1 Einführung

I. Europäische Entwicklungen

Am 23. Juni 2011 stimmte das Europäische Parlament der mit dem Ministerrat erzielten Einigung über die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher zu, am 25. Oktober 2011 wurde das institutionelle Verfahren beendet und die Richtlinie 2011/83/EU¹ erlassen. Mit dieser Richtlinie wurden die bestehenden Richtlinien 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz und 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen zu einer einzigen Richtlinie zusammengefasst. Die Richtlinien 93/13/EG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter bleiben entgegen den ursprünglichen Absichten der EU-Kommission bestehen.² Allerdings sieht die Verbraucherrechte-RL in ihren Art. 17 ff. auch Vorschriften insbesondere für Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern vor, so auch mit Art. 20 eine Vorschrift zum Risikoubergang. Auf dem Gebiet des Europäischen Privatrechts ist damit ein neuer und bedeutender Rechtsakt hinzugekommen – und eben auch eine Regelung des „Risikoubergangs“.

Doch auf dem Gebiet des Vertragsrechts blieb die Verbraucherrechte-RL nicht die einzige Aktivität im europäischen Kontext und weitere Rechtssetzungsbemühungen folgten.

Am 11. Oktober 2011 hatte die Kommission einen Vorschlag für ein fakultatives Gemeinsames Europäisches Kaufrecht³ vorgelegt und damit eine neue Stufe in der Entwicklung des Europäischen Privatrechts erklommen. Zum Ziel dieses Vorschlags wurde erklärt, er solle einerseits den Binnenmarkt weiter fördern, vor allem auch den Verbrauchern und kleineren und mittleren Unternehmen den Marktzugang erleichtern, sowie andererseits für Verbraucher ein hohes

¹ Im Folgenden als Verbraucherrechterichtlinie bezeichnet, abgekürzt Verbraucherrechte-RL.

² Philipp, EuZW 2011, 534.

³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, COM (2011) 635.

Schutzniveau garantieren. Gemäß Art. 4 VO-GEK-Vorschlag sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht jedoch nur für grenzüberschreitende Kaufverträge gewählt werden können. Nachdem der Vorschlag einige Zeit umfangreich diskutiert worden war, hat das Europäische Parlament den Vorschlag nach erster Lesung mit Änderungsvorschlägen weitergeleitet.⁴ Nach einigem Widerstand durch Unternehmer- und Verbraucherverbände zog die Europäische Kommission den Vorschlag im Dezember 2014 zurück und kündigte einen Alternativvorschlag an.⁵ Am 09. Dezember 2015 veröffentlichte die Europäische Kommission dann zwei Richtlinienvorschläge, den Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte⁶ sowie den Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und andere Formen des Fernabsatzes von Waren⁷. Diese sind nun weit weniger umfangreich und umfassen materiebezogen nicht mehr das gesamte schuldrechtliche Spektrum des Kaufrechts. Insbesondere für die Frage nach der Gefahrtragung im Verlauf der Abwicklung eines Kaufvertrags halten die Richtlinienvorschläge keine Regelungen vor.

Die Gesetzgebungsaktivitäten auf europäischer Ebene geben Anlass, sich mit den Inhalten kaufrechtlicher Regelungen eingehender auseinanderzusetzen, weil die Parteien eines Kaufvertrags im Bereich des Kaufrechts mit mehreren Kodifikationen in Berührung kommen können. Da sind für grenzüberschreitende Kaufverträge die Vorschriften des UN-Kaufrechts⁸, welches von einer Mehrzahl der EU-Staaten ratifiziert wurde. Neben internationales Einheitsrecht treten selbstverständlich die nationalen Rechtsordnungen, im Bereich des Kaufrechts im deutschen Recht die Vorschriften des BGB, welche durch das am 13. Juni 2014 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-RL an die Vorgaben der Richtlinie angepasst wurden.

II. Problemstellung

Als Gefahrtragung bezeichnet man ganz allgemein die Frage nach dem wirtschaftlichen Risiko der zufälligen Beschädigung oder des zufälligen Unter-

⁴ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments v. 26.2.2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht KOM(2011) 0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD) (P7_TA-PROV(2014)0159).

⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen KOM(2014) 910 final, Annex 2, Nr. 60.

⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, COM (2015) 634.

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, COM (2015) 635.

⁸ Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980.

gangs des Vertragsgegenstands zwischen Vertragsabschluss und Erfüllung des Vertrages.⁹

Der Gefahrübergang als solcher stellt eine Veränderung im Kaufrechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer dar, die sich – früher oder später – in der Abwicklung eines jeden Kaufvertrages vollzieht.¹⁰ Der Gefahrübergang findet zwar im Vollzug eines jeden Kaufvertrags irgendwann statt, der Kern der Frage wird aber rechtlich nur relevant, wenn die Ware von einem Zufallsereignis erfasst wird.¹¹ Es stellt gerade in der Praxis des grenzüberschreitenden Warenverkehrs indes eine alltägliche Problematik dar, dass Ware nach Abschluss des Kaufvertrags verloren geht oder sonst abhandenkommt, beschädigt oder zerstört wird.¹²

Auf dem Gebiet der Gefahrtragung wird man sodann jedoch mit zwei Begriffen konfrontiert, die sich sachlich unterscheiden: Sachgefahr und Preisgefahr. In rechtsvergleichendem Kontext spielt jedoch die Preisgefahr eine ungleich größere Rolle, vielfach bestehen ausdrückliche Vorschriften ausschließlich zur Preisgefahr. In dieser Arbeit werden die unterschiedliche Bedeutung von Sach- und Preisgefahr sowie die Regelung der Sachgefahr umfassend im zweiten Teil behandelt. Im Folgenden wird dann auf verschiedene Probleme der Preisgefahr eingegangen.

Für die Parteien eines Kaufvertrags ist die verbindliche Klärung des Komplexes Gefahrtragung in mehrfacher Hinsicht im Rahmen eines Vertragsschlusses von Bedeutung. Im Zeitraum der Vertragsanbahnung sind für die Parteien unter anderem die Höhe des Kaufpreises und der Durchführungskosten entscheidende Fragen. Eine tragfähige Kalkulation ist aber nur möglich, wenn feststeht, wer die Kosten für die zufällige Beschädigung ab und bis zu welchem Zeitpunkt zu tragen hat. Auch können weitere Kosten entstehen, da der Abschluss einer Transportversicherung zu erwägen ist, um ein übernommenes Risiko abzusichern.¹³ Bei der Durchführung des Vertrags kommt es dann zur ursprünglichen Bedeutung der Gefahrtragungsregeln, wenn die Ware zwischen Vertragsschluss und Erfüllung untergeht oder beschädigt wird, ohne dass eine der Parteien hierfür verantwortlich ist. Es ist nun zu entscheiden, ob der vereinbarte Kaufpreis zu zahlen ist oder der Verkäufer keinen Kaufpreis erhält. Auch wenn der Verlust durch eine Versicherung gedeckt ist, verlieren die Gefahrtragungsregeln nicht ihre Bedeutung. Sie dienen jetzt der Entscheidung der Frage, wer die Last trägt, die Durchsetzung einer Forderung gegen den Versicherer

⁹ Staudinger/*Magnus*, Vorbem. zu Art. 66 ff. CISG, Rn. 1; *Lindacher*, in: Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 165; *Imberg*, Die Verteilung der Beweislast beim Gefahrübergang nach UN-Kaufrecht, S. 43; *Soergel/Huber*, Vor § 446, Rn. 2.

¹⁰ *Ernst*, FS Huber, S. 213.

¹¹ *Ernst*, FS Huber, S. 213.

¹² *Graf von Bernstorff*, RIW 2012, 657.

¹³ Vgl. *Al-Deb'i*, Überseekauf und Abladegeschäft, S. 74.

zu besorgen, auf die finanzielle Befriedigung durch den Versicherer warten zu müssen und die beschädigten Güter zu entsorgen.¹⁴

Auch im Rahmen der Haftung des Verkäufers für Vertragswidrigkeiten ist die genaue Festlegung des Zeitpunkts des Gefahrübergangs entscheidend. Der Verkäufer haftet in der Regel nur für Vertragswidrigkeiten, welche schon bei Gefahrübergang vorliegen, vgl. Art. 36 I CISG, § 434 BGB, Art. 105 I GEK-Vorschlag. Bestehen Zweifel, ob ein Mangel bei Gefahrübergang vorliegt, hilft möglicherweise eine gesetzliche Beweislastumkehr weiter, welche das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang vermutet. Eine solche ist in § 477 BGB, der Art. 5 III Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹⁵ umsetzt, angeordnet und in Art. 105 II GEK-Vorschlag vorgesehen. Auch für die genaue Bestimmung dieser Frist ist aber der Zeitpunkt des Gefahrübergangs als Fristbeginn maßgebend.

Alle angesprochenen Regelwerke¹⁶, also die Verbraucherrechte-RL, der GEK-Vorschlag, das CISG und als nationale Rechtsordnung das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und auch die für den internationalen Handelsverkehr bedeutsamen Incoterms, halten zumindest für die Frage nach der Bestimmung des Zeitpunkts des Gefahrübergangs Normen bereit.

Diese Regelungen zur Thematik der Gefahrtragung sollen analysiert und verglichen werden, um hierdurch festzustellen, inwiefern sie in der Lage oder geeignet sind, bestimmte Problemstellungen in Zusammenhang mit der Gefahrtragung zu lösen.

Die detaillierte Betrachtung des Untersuchungsgegenstands wird zunächst in eine überblicksartige Darstellung der Grundlagen der Gefahrtragung eingebettet. Hierbei wird eine rechtsgeschichtliche und eine weitschweifendere rechtsvergleichende Betrachtung der Gefahrtragung vorgenommen. Dies dient einem ersten Einblick in verschiedene Prinzipien der Gefahrtragung und zeigt mögliche Anknüpfungspunkte für den Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr auf.

Im dritten Teil der Arbeit sollen die Regelungen zur Preisgefahr anhand der Methode der Mikrovergleiche bei verschiedenen Abwicklungsformen des Kaufs untersucht werden. Kaufverträge können auf unterschiedliche Weise abgewickelt werden. So kann der Käufer die Ware beim Verkäufer abholen oder dieser kann sie dem Käufer an einen bestimmten Ort liefern. Es kann hierzu auch ein Beförderer eingeschaltet werden oder gar sich auf dem Weg befindli-

¹⁴ Bericht des Generalsekretärs Yearbook III (1972), S. 32, in: Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*.

¹⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

¹⁶ Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsaktqualität, die den Untersuchungsgegenständen dieser Arbeit (Bürgerliches Gesetzbuch, UN-Kaufrecht, Verbraucherrechte-RL, GEK-Vorschlag und Incoterms) zukommt, wird im Folgenden der Begriff „Regelwerke“ als Oberbegriff herangezogen.

che Ware veräußert werden. Durch die Untersuchung der Regelungen bezogen auf eine bestimmte Abwicklungsform wird eine problembezogene Darstellung gewährleistet.

Anschließend soll die Problematik des Gefahrübergangs bei vertragswidrigem Verhalten der Parteien behandelt werden. Die Untersuchung schließt mit einer Betrachtung zweier Einzelproblematiken. Dort soll die Geeignetheit herkömmlicher und moderner Gefahrtragungsregeln für die virtuelle Welt beleuchtet werden. Außerdem wird auf das Verhältnis von Widerrufsrechten eines Verbrauchers und den Regelungen zum Gefahrübergang eingegangen.

Teilweise ist bei den Untersuchungen auch auf Vorgängerregelungen oder Entwürfe Bezug zu nehmen, soweit sich aus der Entstehungsgeschichte sachdienliche Hinweise ergeben. Es kann ein Gewinn an Erkenntnis daraus folgen, dass bereits existierende Regelungen zum Teil identisch übernommen, zum Teil aber wieder abgeändert wurden.

§ 2 Wettbewerb der Rechtsordnungen und dispositives Recht

Die verglichenen Regelwerke stehen in einem ganz unterschiedlichen Verhältnis zueinander. Daher ist zunächst zu klären, inwieweit sie in einem Wettbewerb stehen oder sich gegenseitig beeinflussen.

Natürlich gibt es Verträge, die klar dem Gesetzesrecht einer Rechtsordnung, möglicherweise dem deutschen Recht, unterstehen, weil es von vornherein an Berührungspunkten zu anderen Rechtsordnungen fehlt. Da aber viele Vorschriften dispositives Recht darstellen, können die Parteien die gesetzlichen Vorschriften abbedingen und durch eigene Vereinbarungen ersetzen. Die Parteien werden sich überlegen, ob die gesetzlichen Vorschriften den Besonderheiten ihrer konkreten Situation gerecht werden.

Bei internationalen Verträgen entscheidet grundsätzlich das Kollisionsrecht darüber, welchem Recht der Vertrag unterliegt. Das im Bereich des Schuldvertragsrechts vereinheitlichte europäische Kollisionsrecht lässt es den Vertragsparteien gem. Art. 3 I Rom I-VO aber unbenommen, das auf ihren Vertrag anwendbare Recht zu wählen. Wird eine solche Rechtswahl nicht getroffen, findet auf einen Kaufvertrag – vorbehaltlich des Eingreifens spezieller Normen – das Recht des Staates Anwendung, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dem hiernach anzuwendenden Recht sind auch die Gefahrtragungsregeln zu entnehmen, vgl. Art. 12 I lit. c) Rom I-VO.

Dem Kollisionsrecht vorrangig ist möglicherweise anwendbares internationales Einheitsrecht zu berücksichtigen, im Bereich des Kaufrechts in erster Linie das UN-Kaufrecht.

Diskussionsstoff bietet die Frage, inwiefern sich das Gemeinsame Europäische Kaufrecht in das System des Internationalen Privatrechts einfügen und

unter welchen Voraussetzungen es zur Anwendung kommen würde, was hier nur kurz dargestellt wird.

Die unterschiedlichen Rechtsquellen und ihr Verhältnis zueinander sollen systematisch dargestellt werden, um zu zeigen, wie die hier untersuchten Regelwerke konkurrieren, auch wenn es darum geht, geeignete Gefahrtragungsregeln bereitzustellen.

I. Einfluss der Verbraucherrechte-RL auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Was die Verbraucherrechte-RL angeht, so tritt diese nicht in Konkurrenz zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, löste aber möglicherweise einen Umsetzungsbedarf in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aus, Art. 288 III AEUV. Sie sorgte jedenfalls dafür, dass der deutsche Gesetzgeber Vorschriften des BGB ändern und richtlinienkonform ausgestalten musste.

Hierbei ist zu beachten, dass nun gem. Art. 4 Verbraucherrechte-RL der Ansatz der Vollharmonisierung gewählt wurde. Dies erfolgt in Abkehr zu vielen anderen Richtlinien auf dem Gebiet des Privatrechts.¹⁷ Gerade auf dem Gebiet des Kaufrechts wurde in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bislang im Wege der Mindestharmonisierung versucht, die Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten anzugleichen. Dadurch blieb es den Mitgliedstaaten unbenommen, auch strengere Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers zu erlassen, als dies in der Richtlinie vorgesehen war, Art. 8 II Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Die Richtlinie schrieb lediglich ein Mindestmaß an Verbraucherschutz vor. Durch das Prinzip der Vollharmonisierung in der neuen Verbraucherrechte-RL wird nun den Mitgliedstaaten untersagt, in den geregelten Bereichen von den Bestimmungen der Richtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechtzuerhalten oder solche zu erlassen, Art. 4 Verbraucherrechte-RL. Daher müssen die Mitgliedstaaten in den von der Richtlinie geregelten Gegenständen der Gefahrtragung ihre innerstaatlichen Vorschriften derart gestalten, dass sie für den Verbraucher weder ungünstiger noch günstiger sind. Die Mitgliedstaaten sind nicht zur Schaffung eines höheren Verbraucherschutzniveaus als in der Richtlinie vorgegeben befugt.¹⁸ Die in der Richtlinie enthaltene Regel ist somit nicht nur das Minimum, sondern gleichzeitig auch das Maximum dessen, was der Verbraucher hier erwarten darf.¹⁹

Auch wenn man sich entgegen dem ursprünglichen Vorschlag zur Verbraucherrechte-RL nicht dazu durchringen konnte, die Verbrauchsgüterkaufrichtli-

¹⁷ Ganz neu ist dieses Prinzip freilich nicht, bislang folgten v. a. die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG und die Timesharingrichtlinie 2008/122/EG diesem Ansatz.

¹⁸ Schwab, EuZW 2009, 873; Tacou, ZRP 2009, 141.

¹⁹ Micklitz/Reich, EuZW 2009, 280.

nie vollständig in der neuen Horizontalrichtlinie aufgehen zu lassen, und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie damit grundsätzlich erhalten bleibt,²⁰ so wurde im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs gerade für den Gefahrübergang eine Vorschrift erlassen, vgl. Art. 20 Verbraucherrechte-RL.

Der veränderte rechtspolitische Ansatz der Vollharmonisierung führte also gerade im Bereich der Gefahrtragung beim Kaufvertrag mit Beteiligung eines Verbrauchers zu Anpassungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.²¹ Dies ist auch im Hinblick darauf interessant, dass die EU beinahe zeitgleich den Vorschlag für eine Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht veröffentlicht hat. Dieses würde mit seinem „Opt-in-Ansatz“²² in besonderem Maße in Konkurrenz zu den mitgliedstaatlichen Vorschriften treten – eben diesen Rechtsordnungen, in welchen durch die Verbraucherrechte-RL nun auch im Bereich der Gefahrtragung Normen vollharmonisiert sind.

II. Das „Opt-out-Modell“ des UN-Kaufrechts

Bei internationalen Verträgen, die Berührungspunkte zu mehr als einer Rechtsordnung aufweisen, kann das UN-Kaufrecht anwendbar sein. Ist der Anwendungsbereich eröffnet, ist dem UN-Kaufrecht als vereinheitlichtem Sachrecht Vorrang vor dem Kollisionsrecht und einer hierdurch zur Anwendung berufenen Rechtsordnung zu gewähren.

Das UN-Kaufrecht wird nach Art. 1 CISG auf Kaufverträge angewendet, wenn die Vertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben und diese Staaten entweder Vertragsstaaten sind oder die Regeln des IPR zu dem Recht eines Vertragsstaates führen. Das CISG gilt immerhin in 89 Vertragsstaaten.²³ Von den EU-Mitgliedstaaten sind lediglich Großbritannien, Portugal, Irland, Malta und Zypern dem Übereinkommen nicht beigetreten.

Liegen die Voraussetzungen des Art. 1 CISG nicht vor, gilt für den Vertrag durch Kollisionsrecht zur Anwendung berufenes autonomes nationales Recht.

Selbst wenn aber die Voraussetzungen für die Anwendung des UN-Kaufrechts grundsätzlich vorliegen, können die Parteien dies ablehnen und ein anderes Recht wählen, Art. 6 CISG. Ebenfalls könnten die Parteien nach Art. 6 CISG grundsätzlich das UN-Kaufrecht als auf ihren Kaufvertrag anwendbares Recht akzeptieren, aber einzelne Regelungen ausschließen.

Das UN-Kaufrecht verfolgt damit einen „Opt-out-Ansatz“. Die Regelungen des Übereinkommens kommen grundsätzlich zur Anwendung, es sei denn

²⁰ Zu den geringfügigen Änderungen siehe Art. 33 Verbraucherrechte-RL.

²¹ Die Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten geht bis zum 13. Dezember 2013, Art. 28 I Verbraucherrechte-RL.

²² Siehe dazu näher § 2 III.

²³ <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>; am 29.3.2018.

die Vertragsparteien schließen die Anwendung ausdrücklich aus.²⁴ Der Gefahrübergang wird im CISG in den Art. 66 ff. geregelt.

III. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht als „Opt-in-Modell“

Ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht würde nun ein weiteres Regelwerk auf europäischer Ebene anbieten. Es sieht vor, nur auf grenzüberschreitende Verträge Anwendung zu finden, Art. 4 I VO-GEK-Vorschlag. Eine Entscheidung, die nicht unkritisch gesehen wird.²⁵ Allerdings ist noch zu beachten, dass es sich gem. Art. 4 II, III VO-GEK-Vorschlag bei grenzüberschreitenden Verträgen nicht um solche handeln muss, die ausschließlich Berührungspunkte mit EU-Staaten aufweisen. Es ist schon ausreichend, wenn ein Unternehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat hat oder sich die Anschrift des Verbrauchers, Liefer- oder Rechnungsanschrift in einem EU-Mitgliedstaat befindet.

Damit käme für grenzüberschreitende Verträge ein neues Vertragsrecht hinzu. Im Gegensatz zum UN-Kaufrecht sollte dies aber nur auf ausdrücklichen Wunsch der Parteien Anwendung finden. Es handelt sich also um ein „Opt-in-Modell“, Art. 3 VO-GEK-Vorschlag. Die Vertragsparteien könnten sich mit Abschluss des Vertrags entscheiden, dass auf ihren Vertrag die Regelungen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts Anwendung finden. Die kollisionsrechtliche Einordnung der Wahl des GEK wäre kompliziert und es gibt diesbezüglich viel Streit.²⁶ Da sich das UN-Kaufrecht und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht in ihren Anwendungsbereichen überschneiden würden, bestünde für grenzüberschreitende Kaufverträge mit europäischer Beteiligung oftmals eine echte Konkurrenz zwischen den beiden Regelwerken. Der Gefahrübergang wird im GEK-Vorschlag in den Art. 140 ff. geregelt. Ob alleine die Vorschriften zur Gefahrtragung Anlass zu einer Entscheidung für oder gegen eines der Regelwerke bieten, müssen die Parteien entscheiden.

²⁴ Zu den genauen Anforderungen an die „Ausdrücklichkeit“ vgl. mit weiteren Nachweisen *Ferrari*, in: Schlechtriem/Schwenzer, Art. 6, Rn. 18 ff.; so soll bspw. die bloße Wahl deutschen Rechts nicht zum Ausschluss des Übereinkommens führen, da dieses letztlich Teil der deutschen Rechtsordnung ist, OLG Dresden 27.12.1999, CISG-online 511; anders jedoch, wenn das nicht vereinheitlichte Recht eines Vertragsstaates gewählt wird, vgl. OLG Linz 23.01.2006, CISG-online 1377; Tribunale di Padova 11.01.2005, CISG-online 967; OLG Rostock 10.10.2001, CISG-online 671; OLG Frankfurt a. M. 30.08.2000, CISG-online 594.

²⁵ *Busch*, EuZW 2011, 657; *Herresthal*, EuZW 2011, 10; *Basedow*, ZEuP 2004, 3; *Heiss/Downes*, ERPL 2005, 702; *Grundmann*, FS Jayme, S. 1273; *Leible*, BB 2008, 1473; *Leible*, in: Remien/Herrler/Limmer, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 33; *Ackermann*, in: Remien/Herrler/Limmer, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, S. 55.

²⁶ Zu Streitfragen und verschiedenen vertretenen Lösungsansätzen vgl. nur *Lehmann*, in: Gebauer, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung, S. 67 ff.; *Wojcik*, in: Gebauer, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung, S. 51 ff.

IV. Dispositives Recht und Incoterms

1. Dispositiver Charakter der einzelnen Gefahrtragungsregeln

a) Grundsatz

Gleichgültig, ob die Vertragsparteien ihren Vertrag durch eine Rechtswahl dem (harmonisierten) deutschen Recht, dem UN-Kaufrecht oder dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht unterstellen, bleibt es ihnen unbenommen, einzelne Vorschriften auszuschließen oder abzuändern. Für das deutsche Recht ergibt sich das aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und dem Wesen gerade des Schuldrechts, das bis auf wenige zwingende Vorschriften grundsätzlich dispositive Vorschriften enthält.²⁷ Das UN-Kaufrecht lässt abweichende Vereinbarungen gem. Art. 6 CISG zu, auch der Verordnungsvorschlag lässt, soweit in den jeweiligen Bestimmungen nichts anderes bestimmt ist, den Ausschluss der Anwendung von einzelnen Bestimmungen zu, Art. 1 II GEK-Vorschlag. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs kann von den Parteien daher grundsätzlich völlig gegensätzlich zu den gesetzlichen Regelungen bestimmt werden. Etwas anderes gilt nur für Gefahrtragungsregeln zwingenden Charakters, wie bei der Verbraucherrechte-RL und dem GEK-Vorschlag hinsichtlich Verbrauchern.

b) Ausnahmen aufgrund des Verbraucherschutzes

Ein zwingender Charakter ist vor allem im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs denkbar und bedarf jeweils genauerer Überprüfung.

Im UN-Kaufrecht gibt es keine Ausnahmen vom Grundsatz der Abdingbarkeit der Vorschriften. Das liegt am persönlichen Anwendungsbereich, wonach das CISG für Unternehmensgeschäfte konzipiert ist. Art. 2 lit. a) CISG schließt den Kauf von Ware, die für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in Familie und Haushalt gekauft ist, vom Übereinkommen aus. Es besteht daher ein geringeres Bedürfnis, eine Vertragspartei zu Lasten der Privatautonomie zu schützen.

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht schreibt sich die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus auf die Fahnen, vgl. Art. 1 III VO-GEK-Vorschlag. In Art. 142 GEK-Vorschlag wird der Übergang der Preisgefahr beim Verbraucherkaufvertrag geregelt. Ob der GEK-Vorschlag bei den Gefahrtragungsvorschriften tatsächlich ein vergleichsweise hohes Verbraucherschutzniveau bietet, bleibt noch zu untersuchen. Jedenfalls dürfen die Parteien beim Verbraucherkaufvertrag die vorgeschriebenen Gefahrtragungsregeln nicht zum Nachteil des Verbrauchers ausschließen, von ihnen abweichen oder ihre Wir-

²⁷ Zur Abdingbarkeit des § 446 BGB BGH 29.01.1982, NJW 1982, 1278; Palandt/*Weidenkaff*, § 446, Rn. 3; *Graf von Bernstorff*, RIW 2010, 673; *Graf von Bernstorff*, RIW 2012, 661.

kung ändern, Art. 142 V GEK-Vorschlag. Die Gefahrtragsregeln beim Verbraucherverkaufvertrag haben somit halbzwingenden Charakter. Der Verbraucher wird als potentiell schwächere Vertragspartei damit vor Vereinbarungen geschützt, nach denen er die Preisgefahr bereits wesentlich früher tragen müsste.

Im deutschen Recht geht die Gefahr beim Versendungskauf gem. § 447 BGB grundsätzlich mit der Übergabe an die Transportperson über. Vor Umsetzung der Verbraucherrechte-RL galt diese Vorschrift gem. § 474 II 2 BGB a. F. beim Verbrauchsgüterkauf nicht, so dass nach der Grundregel des § 446 BGB die Gefahr auch beim Versendungskauf erst nach dem Transport mit Übergabe oder Annahmeverzug auf den Verbraucher überging. Der deutsche Gesetzgeber führte § 474 II BGB a. F. im Zuge der Schuldrechtsreform 2002 ein. Der Verbraucher sollte so vor einer frühen Gefahrtragung geschützt werden. Im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechte-RL wurde § 474 BGB neu gefasst und gem. § 474 IV BGB sollte § 447 BGB beim Verbrauchsgüterkauf nur dann Anwendung finden, wenn der Käufer den Beförderer beauftragt hat und der Unternehmer die Person des Beförderers dem Käufer nicht zuvor benannt hat. Inzwischen enthält § 475 II BGB n. F. diese Regelung. Zu klären bleibt, inwiefern den Regelungen abschließender Charakter beizumessen war und ist.²⁸

2. Verwendung von Handelsklauseln

Offenbar besteht im Bereich der Gefahrtragung ein besonderes Bedürfnis nach einem individuellen Zuschnitt der Regelungen oder der Abkehr von gegebenen gesetzlichen Bestimmungen. Von der Abdingbarkeit der gesetzlichen Vorschriften wird mit langer Tradition gerade im internationalen Handel vielfach Gebrauch gemacht.²⁹ Die Parteien können die Bedingungen für die Abwicklung ihres Geschäfts frei vereinbaren. Häufig greifen die Parteien aber auf spezielle standardisierte Handelsklauseln zurück.³⁰ Durch das Bedürfnis gerade des internationalen Handelsverkehrs nach Schnelligkeit und Rechtssicherheit entstanden kurze Formulierungen und Abkürzungen, die einem Codewort vergleichbar das Pflichtenprogramm der Vertragsparteien bestimmten.³¹ Auch die Vereinbarung solcher Klauseln ist formlos möglich.³²

Bei solchen Handelsklauseln ist zu unterscheiden zwischen unvereinheitlichten internationalen Klauseln und aus entwickelten Klauselwerken stammenden, vereinheitlichten Klauseln. Bei den üblichen Handelsklauseln ist zwischen Zahlungsklauseln, Befreiungsklauseln und Lieferklauseln zu unterschei-

²⁸ Siehe hierzu eingehend beim Versendungskauf, § 9 II.3. c).

²⁹ Vgl. *Krickmann*, Gewährschaft, Gefahrtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, S. 51.

³⁰ *Choi*, Rechtsvergleichende Untersuchung der Gefahrtragsregeln im anglo-amerikanischen und im UN-Kaufrecht, S. 13.

³¹ *Lögering*, CISG und int. Handelsklauseln, S. 31.

³² BGH 07.11.2012, BB 2013, 271.

den.³³ Mit Blick auf die Gefahrtragung sind die im Klauselwerk Incoterms³⁴ standardisierten Lieferbedingungen interessant. Lieferbedingungen haben u. a. die Bestimmung des Lieferortes, die Festlegung des Lieferzeitpunkts und die Verteilung bestimmter Kosten zum Gegenstand. „Der wohl wichtigste Regelungsinhalt von Lieferbedingungen dürfte allerdings der Komplex der Gefahrtragung sein“.³⁵

Die Incoterms sind eine Publikation der Internationalen Handelskammer mit Sitz in Paris. Es handelt sich um eine Zusammenfassung der im internationalen Handel am häufigsten verwendeten Lieferklauseln, die vor dem Hintergrund der verschiedenen Rechtsordnungen in der Welt zum Zwecke der Normierung internationaler Handelsbräuche und zur Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung herausgegeben wurde.³⁶ Die erstmalige Veröffentlichung der Incoterms fand bereits 1936 statt.³⁷ Um der sich ständig verändernden Handelspraxis Rechnung zu tragen, wurden die Incoterms 1952, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 und schließlich 2010 fortentwickelt.³⁸ Für die vereinheitlichten Klauseln soll auch eine einheitliche Auslegung der Begrifflichkeiten erzielt werden, indem die Bedeutung der Klauseln anhand der Anwendungshinweise der Internationalen Handelskammer zu ermitteln ist.³⁹ Die einheitliche Auslegung bietet den Vorteil, die durch unterschiedliche Handelsgewohnheiten und Unkenntnis rechtlicher Bestimmungen anderer Staaten entstehenden Missverständnisse zu vermeiden, wodurch Zeit und Kosten gespart werden können.⁴⁰

Die Incoterms 2010 betreffen ausdrücklich nicht den ganzen Kaufvertrag und ersetzen diesen nicht, sondern regeln nur bestimmte Punkte.⁴¹ Andere wichtige Aspekte des Kaufvertrags bestimmen sich nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht.⁴² Mit Blick auf den Gefahrübergang ist hier zu beachten, dass die Parteien im Falle der Vereinbarung einer Klausel zwar den Zeitpunkt des Gefahrübergangs festlegen, die Wirkung des Gefahrübergangs sich aber aus dem anwendbaren Recht ergibt.⁴³

³³ Renck, Der Einfluß der Incoterms 1990 auf das UN-Kaufrecht, S. 5; Lögering, CISG und int. Handelsklauseln, S. 31 ff.

³⁴ Dieser Arbeit liegen die Incoterms® 2010 der International Chamber of Commerce (ICC) zugrunde.

³⁵ Graf von Bernstorff, Incoterms 2010, S. V.

³⁶ Renck, Der Einfluß der Incoterms 1990 auf das UN-Kaufrecht, S. 5; Lögering, CISG und int. Handelsklauseln, S. 31.

³⁷ Graf von Bernstorff, Incoterms 2010, S. VII.

³⁸ Lögering, CISG und int. Handelsklauseln, S. 71.

³⁹ BGH 07.11.2012, BB 2013, 271, 273, m. w. N. auch zur ausländischen Rechtsprechung.

⁴⁰ Graf von Bernstorff, Incoterms 2010, S. V.

⁴¹ Vgl. zum Zusammenspiel mit dem UN-Kaufrecht Coetzee, Journal of Law and Commerce 32 (2013), S. 6 ff.

⁴² Graf von Bernstorff, Incoterms 2010, Rn. 42.

⁴³ Lögering, CISG und int. Handelsklauseln, S. 162.

Die Incoterms 2010 setzen sich aus 11 Einzelklauseln zusammen, die systematisch in vier Gruppen (E-, F-, C-, D-Klauseln) untergliedert sind. Die Klauseln einer Gruppe beginnen immer mit demselben Buchstaben. Der Reihenfolge der Gruppen nach nehmen die Pflichten des Verkäufers zu und die des Käufers ab,⁴⁴ so dass E-Klauseln eher als verkäuferfreundlich und D-Klauseln als tendenziell käuferfreundlich einzustufen sind.

Die Einzelklauseln der Incoterms 2010 sollen in dieser Arbeit im Zusammenhang mit der jeweils zugrunde liegenden Abwicklungsform des Kaufs dargestellt werden. So kann aufgezeigt werden, inwiefern gesetzliche Regelung und Incoterms einander entsprechen, voneinander abweichen oder sich gar beeinflussen haben.

§ 3 Grundlagen der Gefahrtragung

Für die Bestimmung des Zeitpunktes des Übergangs der Gefahr sollte zunächst einmal die Interessenlage der Parteien ein wesentlicher Faktor sein. Schließlich sind die Gefahrtragungsregeln letztlich Teil des Schuldrechts. Dieses ist ganz entscheidend vom Grundsatz der Privatautonomie geprägt und dient dem gerechten Ausgleich der Parteiinteressen. Haben die Parteien den Eindruck, dass die gesetzlichen Regelungen ihren Interessen nicht entsprechen, so werden sie möglicherweise auf Individualvereinbarungen zurückgreifen oder vorformulierte Klauseln wie die Incoterms für die Abwicklung ihres Geschäfts wählen.

Ein Ausgleich der Interessen ist wichtig und schwierig, weil die Parteien gegenläufige Interessen haben. Denn grundsätzlich wird der Verkäufer Interesse daran haben, das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Beschädigung möglichst frühzeitig auf den Käufer übergehen zu lassen, während der Käufer die Gefahr gerne möglichst lange beim Verkäufer belassen würde.

Wie zwischen diesen Positionen ein Ausgleich erzielt wird, soll zunächst in einer rechtsgeschichtlichen Analyse dargestellt werden. Auch lohnt ein kurzer Blick auf Rechtsordnungen, die nicht zum engeren Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit zählen. Ziel ist eine Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten bzw. Anknüpfungspunkte für Gefahrtragungsregeln. Anschließend soll beurteilt werden, welchen Kriterien Gefahrtragungsregeln genügen sollen, um den jeweiligen Interessen gerecht zu werden.

⁴⁴ *Al-Deb'i*, Überseekauf und Abladegeschäft, S. 28.