

Historisch-kritischer  
**Kommentar**  
zum BGB

Herausgegeben von  
Mathias Schmoeckel  
Joachim Rückert  
Reinhard Zimmermann

**Band III**  
**Schuldrecht:**  
**Besonderer Teil**



MOHR SIEBECK

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

Mohr Siebeck 2013

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

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](http://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

## Vorwort

Am Ende eines solchen Unternehmens mit seinen beiden umfangreichen Bänden, das sich als noch viel umfassender erwies, als es denkbar schien, stehen zuerst sehr viel Dank und sehr große Erleichterung. Das Besondere Schuldrecht hat es weit mehr in sich, als wir Herausgeber und die Autoren aus aktueller Sicht und selbst durchaus informierter historischer Sicht angenommen haben. Das Phänomen ist nicht zufällig auch für die Lehrbücher und Kommentare zu diesem Bereich nicht unbekannt.

»Auch Bücher haben ihre Schicksale« – so begann *Reinhard Zimmermann* das Vorwort zu Bd. 2 vom Februar 2007, der Ende November 2007 erschienen ist. Von diesem dritten Band gilt der Satz erst recht und das ist in einer Hinsicht sehr bedauerlich. Das meint zunächst die große Zeitspanne von rund sechs Jahren seit dem Erscheinen von Band 2, die doch nötig wurde. Die Planungen begannen Ende 2003, die konkreten Arbeiten 2005. Ein sehr großer Dank geht daher an alle Mitautoren und Mitarbeiter, die mit außerordentlicher Geduld, Toleranz und Rücksichtnahme diese Zeit mit ausgestanden haben. Ich nenne mit ganz besonderer Freude und Anerkennung *Frank L. Schäfer* in Kiel. Er hat die gesamte Redaktionsarbeit bis hinein in die Register insbesondere nach meiner Pensionierung mit größter Verlässlichkeit und Präzision durchgeführt, obwohl das natürlich weder seinen noch meinen Lebensplanungen entsprach. Ohne ihn hätte der Band so nicht erscheinen können. Für diese großartige Solidarität danke ich ihm ganz besonders. Sein Name erscheint daher mit auf dem Titelblatt ebenfalls unter Redaktion.

So betrüblich die Verspätung ist, so erfreulich sind mir am Ende die erreichte Leistung und die Bewährung des Konzepts. Denn diese Seite der Sache bleibt und ist unwiderruflich. Und der Aspekt der schnellen Überholung durch die Entwicklung des geltenden Rechts gilt für einen solchen Kommentar nicht oder jedenfalls nicht entscheidend. So danke ich allen Autoren, daß sie diese Aufgabe ebenfalls besonders ernst genommen haben. Es ist dem Werk gewiß zugute gekommen. Bekanntlich fiel eine solche konzentrierte Arbeit neben allem anderen noch nie leicht und die neuen Herausforderungen an den Hochschulen haben die Forschungsstimmung zwar selektiv gefördert, im ganzen aber eher getrübt.

Der lange Abstand zeigt, daß die ursprüngliche Planung vom Jahre 2003 nicht nur für Bd. 2, sondern erst recht für Bd. 3, sehr optimistisch war. Dieser Optimismus war allerdings auch nötig. Obwohl dieser dritte Band bereits Ende 2005 voll in Angriff genommen war und manche Manuskripte erfreulich bald abgeschlossen waren, mußten eine Reihe von mehr als gewöhnlichen sachlichen und persönlichen Schwierigkeiten gelöst werden. Relativ spät erklärten sich noch einige weitere Autoren bereit, Zusätzliches auf sich zu nehmen. Dafür spreche ich an dieser Stelle einen sehr

herzlichen Dank für diese gewaltige Leistung in relativ kurzer Zeit aus. Im Ganzen haben der anfängliche Optimismus und die Freude über die eingehenden Manuskripte immer wieder weitergeholfen.

Auch für die von Anfang bis Ende treuen Autoren haben sich manche persönliche und sachliche Schwierigkeiten aufgetan. Denn ein Vorhaben dieser zeitlichen und sachlichen Tiefe stellte ganz besondere Anforderungen. Von Punkt zu Punkt wurde klar: Es gab kein Vorbild, keine Vorlage und kaum Vorarbeit für unsere Absicht, im Ausgang von den Regelungsproblemen und Lösungen wenigstens seit Rom eine Geschichte der wesentlichen Rechtsinstitute des Vertrags- und Ausgleichsrechts vorzulegen. Erstmals ist man in der Lage, relativ schnell und komprimiert die Forschungsleistungen zweier Generationen der Privatrechtsgeschichte nachzuschlagen. Und Privatrechtsgeschichte wird hier weit verstanden, da die ökonomischen, sozialen, rechtlichen und kulturellen Kontexte nach Kräften einbezogen wurden. Die Geschichte des Privatrechts kommt im allgemeineren Bewußtsein bisweilen nicht mehr vor. Es ist mehr als notwendig, die aktuelle und historische Wahrnehmungssperre sichtbar zu machen und aufzulösen, die vor allem von der berechtigten Hochschätzung unseres heutigen Verfassungsrechts ausgeht, die Würdigung der Vergangenheit aber oft trübt. Es ist keine erfundene, sondern schmerzlich-wahre Anekdote, daß ein sehr bedeutender Historiker erklärte, einen Juristen wie Eugen Ehrlich, den bedeutenden Zivilrechtler, Rechtssoziologen und -theoretiker, kenne er nicht; dieser könne auch nicht wichtig sein, er habe in der Geschichte des öffentlichen Rechts nachgeschlagen und ihn dort nicht gefunden.

Das Konzept dieses Historisch-kritischen Kommentars wurde in Bd. 1 und Bd. 2 jeweils im Vorwort kurz erläutert. Ausgangspunkt sind die realen Regelungsprobleme, von ihnen aus werden die Lösungen mit ihren Kontexten seit Rom verfolgt.

Daß das Werk nun so ins wissenschaftliche und praktische Leben treten kann, verdanken Herausgeber und Autoren vor allem auch der besonders qualitätsbewußten, verständnis- und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Verlag. Dafür sei dem Verlag und insbesondere Herrn Dr. Franz-Peter Gillig von Herzen und mit aufrichtiger Freude gedankt.

Friedrichsdorf bei Frankfurt am Main,  
im März und Juli 2013

Joachim Rückert

### **Bearbeitungsstand der einzelnen Kommentierungen**

Die 48 Kommentarabschnitte befinden sich im Bearbeitungsstand der folgenden Jahre:

2006: Teilzeit-Wohnrechterträge (*Reinken*), Schenkung (*Pfeifer*), Dienstvertrag: Besondere Pflichten des Dienstberechtigten (*Deutsch*), Reisevertrag (*Simon*), Verwahrung (*Frassek*), Einbringung von Sachen bei Gastwirten (*Zimmermann*), Gesellschaft (*Lepsius*), Sondertatbestände im Deliktsrecht (*Kannowski*).

2007: Die Systematik des Besonderen Schuldrechts (*Hofer*), Auslobung (*Kleinschmidt*), Geschäftsführung ohne Auftrag (*Jansen*), Ungerechtfertigte Bereicherung (*Schäfer*).

2008: Besondere Arten des Kaufs, Viehkauf, Tausch (jeweils *Thiessen*), Mietvertrag (*Oestmann*), Leihe (*Schlinker*), Pachtvertrag (*Theisen*), Gewinnhaftung bei Geschäftsanmaßung (*Jansen*), Bürgschaft (*Haferkamp*).

2009: Verbrauchsgüterkauf (*Schmoeckel*), Mäklervertrag, Ehemakler (jeweils *Reinkenhof*), Unvollkommene Verbindlichkeiten (*Dorn*), Vorlegung von Sachen (*Birr*).

2010: Auftrag und Geschäftsbesorgung (*Lammel*).

2011: Dienstvertrag: Beendigung des Dienstverhältnisses (*Deutsch/Keiser*), Werkvertrag (*Forster/Birr*), Zahlungsdienste (*Meder/Czelk*, Überarbeitung der ursprünglichen Fassung von 2005 wegen der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie), Vergleich (*Hermann*), Anweisung (*Meder/Czelk*, wiederum Überarbeitung), Schuldverschreibungen auf den Inhaber (*Duncker*).

2012: Kauf: Der Kauf als Vertragstyp, Das Verhältnis von Kauf und Übereignung, Sach- und Rechtsmängelhaftung, Gefahrtragung, Eigentumsvorbehalt (jeweils *Ernst*), Gelddarlehen, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsvertrag (*Lammel/Schäfer*), Sachdarlehensvertrag (*Meyer-Pritzl*), Dienstvertrag: Vorbemerkung. Die Regelungsprobleme und Lösungen im Überblick seit Rom (*Rückert*), Gemeinschaft (*Meyer-Pritzl*), Leibrente (*Hermann*), Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis (*Thier*), Allgemeine Tatbestände im Deliktsrecht (*Schiemann*).

2013: Dienstvertrag §§ 611–616 (*Rückert*).

# Inhaltsverzeichnis

## 1. Teilband

Vorwort des Bandherausgebers . . . . .	V
Abkürzungsverzeichnis. . . . .	XII
Verzeichnis wichtiger Literatur. . . . .	XXV
Die Entstehung des BGB im Überblick mit Nachweis der Quellentexte ( <i>Joachim Rückert/Stefan Stolte</i> ). . . . .	XXXIV
vor § 433. Die Systematik des Besonderen Schuldrechts ( <i>Sibylle Hofer</i> )	1
Der Kauf als Vertragstyp ( <i>Wolfgang Ernst</i> ). . . . .	36
§ 433. Das Verhältnis von Kauf und Übereignung ( <i>Wolfgang Ernst</i> )	59
§§ 434–445. Sach- und Rechtsmängelhaftung ( <i>Wolfgang Ernst</i> ). . . . .	75
§§ 446, 447. Gefahrtragung ( <i>Wolfgang Ernst</i> ) . . . . .	129
§ 449. Eigentumsvorbehalt ( <i>Wolfgang Ernst</i> ) . . . . .	143
Anhang zu §§ 433–453. Viehkauf ( <i>Jan Thiessen</i> ). . . . .	163
§§ 454–473. Besondere Arten des Kaufs ( <i>Jan Thiessen</i> ) . . . . .	182
§§ 474–479. Verbrauchsgüterkauf ( <i>Mathias Schmoeckel</i> ) . . . . .	265
§ 480. Tausch ( <i>Jan Thiessen</i> ) . . . . .	288
§§ 481–487. Teilzeit-Wohnrechteverträge ( <i>Michaela Reinkenhof</i> ) . . . . .	307
§§ 488–512. Gelddarlehen, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungs- vertrag ( <i>Siegbert Lammel / Frank L. Schäfer</i> ) . . . . .	327
§§ 516–534. Schenkung ( <i>Guido Pfeifer</i> ) . . . . .	439
§§ 535–580a. Mietvertrag ( <i>Peter Oestmann</i> ) . . . . .	464
§§ 581–597. Pacht und Landpacht ( <i>Frank Theisen</i> ) . . . . .	595
§§ 598–606. Leihe ( <i>Steffen Schlinker</i> ) . . . . .	634
§§ 607–609. Sachdarlehensvertrag ( <i>Rudolf Meyer-Pritzl</i> ) . . . . .	672
vor § 611. Die Regelungsprobleme und Lösungen seit Rom im Überblick ( <i>Joachim Rückert</i> ) . . . . .	700
§ 611. Dienstvertrag mit Arbeitsvertrag ( <i>Joachim Rückert</i> ) . . . . .	823



## Inhaltsverzeichnis

§§ 612–614.	Abschluß und Vergütung, Leistung in Person, Übertragbarkeit, Fälligkeit ( <i>Joachim Rückert</i> ) . . . . .	1035
§ 615.	Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko ( <i>Joachim Rückert</i> ) . . . . .	1061
§ 616.	Vorübergehende Verhinderung des Diensteschuldners ( <i>Joachim Rückert</i> ) . . . . .	1196
§§ 617–619.	Besondere Pflichten des Dienstberechtigten ( <i>Andreas Deutsch</i> ) . . . . .	1232
§§ 620–630.	Beendigung des Dienstverhältnisses ( <i>Andreas Deutsch / Thorsten Keiser</i> ) . . . . .	1271
§§ 631–651.	Werkvertrag ( <i>Wolfgang Forster / Christiane Birr</i> ) . . . . .	1352
§§ 651a–651m.	Reisevertrag ( <i>Thomas Simon</i> ) . . . . .	1441
§§ 652–655e.	Mäklervertrag ( <i>Michaela Reinkenhof</i> ) . . . . .	1475
§ 656.	Ehemakler ( <i>Michaela Reinkenhof</i> ) . . . . .	1506

## 2. Teilband

§§ 657–661a.	Auslobung ( <i>Jens Kleinschmidt</i> ) . . . . .	1523
§§ 662–675b.	Auftrag und Geschäftsbesorgung ( <i>Siegbert Lammell</i> ) . . . . .	1572
§§ 675c–676c.	Zahlungsdienste ( <i>Stephan Meder / Andrea Czelk</i> ) . . . . .	1614
§§ 677–687 I.	Geschäftsführung ohne Auftrag ( <i>Nils Jansen</i> ) . . . . .	1667
§ 687 II.	Gewinnhaftung bei Geschäftsanmaßung ( <i>Nils Jansen</i> ) . . . . .	1792
§§ 688–700.	Verwahrung ( <i>Ralf Frassek</i> ) . . . . .	1845
§§ 701–704.	Einbringung von Sachen bei Gastwirten ( <i>Reinhard Zimmermann</i> ) . . . . .	1868
§§ 705–740.	Gesellschaft ( <i>Susanne Lepsius</i> ) . . . . .	1924
§§ 741–758.	Gemeinschaft ( <i>Rudolf Meyer-Pritzl</i> ) . . . . .	2079
§§ 759–761.	Leibrente ( <i>Hans-Georg Hermann</i> ) . . . . .	2111
§§ 762–764, 656, 814, 2. Fall.	Unvollkommene Verbindlichkeiten ( <i>Franz Dorn</i> ) . . . . .	2133
§§ 765–778.	Bürgschaft ( <i>Hans-Peter Haferkamp</i> ) . . . . .	2244
§ 779.	Vergleich ( <i>Hans-Georg Hermann</i> ) . . . . .	2356
§§ 780–782.	Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis ( <i>Andreas Thier</i> ) . . . . .	2409
§§ 783–792.	Anweisung ( <i>Stephan Meder / Andrea Czelk</i> ) . . . . .	2459
§§ 793–808.	Schuldverschreibung auf den Inhaber ( <i>Arne Dirk Duncker</i> ) . . . . .	2492

## Inhaltsverzeichnis

§§ 809–811.	Vorlegung von Sachen ( <i>Christiane Birr</i> ) . . . . .	2558
§§ 812–822.	Ungerechtfertigte Bereicherung ( <i>Frank L. Schäfer</i> ) . . . . .	2578
§§ 823–830, 840, 842–853.	Unerlaubte Handlungen (Deliktsrecht) ( <i>Gottfried Schiemann</i> ) . . . . .	2711
§§ 831–839a, 841.	Unerlaubte Handlungen: Sondertatbestände ( <i>Bernd Kannowski</i> ) . . . . .	2830
Rechtsquellenverzeichnis . . . . .		2913
Personenverzeichnis . . . . .		2965
Stichwortverzeichnis . . . . .		2977

## §§ 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 Versendungskauf (§ 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 tragen<sup>1</sup>. In dieser Situation sagen wir: **Der Käufer trägt die Gefahr**. Gefahrtragung des Käufers bedeutet demnach Abstraktion der Kaufpreisschuld vom Sachschicksal: Nach dem Übergang

<sup>1</sup> 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«<sup>2</sup>; 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 verlieren<sup>3</sup>; er hat, wenn sich die Sache verschlechtert, für die Leistung im vertragsgemäßen Zustand zu sorgen<sup>4</sup>; er muß sich – auch soweit eine solche Verpflichtung nicht besteht – einen Rücktritt vom Kaufvertrag<sup>5</sup> oder eine Minderung des Kaufpreises<sup>6</sup> 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 Rechtsgeschichte<sup>7</sup>, aber auch noch in den Rechtsordnungen der Gegenwart<sup>8</sup> 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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> § 326 BGB.

<sup>4</sup> § 439 BGB.

<sup>5</sup> §§ 323, 440 BGB.

<sup>6</sup> § 441 BGB.

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

<sup>8</sup> *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«)<sup>9</sup>.

## 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 Zuordnungsakt<sup>10</sup>: 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 Zivilprozesses<sup>11</sup>: 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.

2

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

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

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

<sup>11</sup> *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 mußte<sup>12</sup>. Die so ausbalancierte Teilung des Zufallsrisikos ist schon als eine ideale Lösung bezeichnet worden<sup>13</sup>.

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 Kaufs<sup>14</sup> – oder die Parteien eine für ihre Zwecke passendere Gefahrtragung vereinbart haben<sup>15</sup>. 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 abgeschwächt<sup>16</sup>. 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**<sup>17</sup>. Vom kanonischen Recht kommen

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

<sup>13</sup> Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1951, 533.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Inst. 3,23,3.

<sup>17</sup> 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 Impulse<sup>18</sup>. Als wahrer »Meilenstein in der Geschichte des Gefahrtragungsrechts« (*M. Bauer*) erwies sich 1574 ein großangelegter Angriff *Cuiaz'* auf die römische Regel<sup>19</sup>. 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 blieb<sup>20</sup>, 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 war<sup>21</sup>. 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 übernehme<sup>22</sup>. 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*<sup>23</sup>. Dies gilt auch für die Regelungen im **französischen Code civil**<sup>24</sup>: Hier überträgt der bloße Kaufvertrag, wenn er über eine bestimmte Sache abgeschlossen ist, das Eigentum<sup>25</sup> 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.

<sup>18</sup> *Siems*, Diskussion (Fn. 17) 729–737.

<sup>19</sup> *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.

<sup>20</sup> *Siems*, Diskussion (Fn. 17) 724 f.

<sup>21</sup> 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.

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

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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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)** angeführt<sup>26</sup>.

Einen vom römischen Recht grundsätzlich abweichenden Ausgangspunkt nimmt das **ältere deutsche Recht** ein<sup>27</sup>. 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 aus<sup>28</sup>. 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**<sup>29</sup> und das **österreichische ABGB**<sup>30</sup> (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**<sup>31</sup>. 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 Kauf<sup>32</sup>. Für

<sup>26</sup> Einzelheiten bei *Siems*, Diskussion (Fn. 17) 726 f.

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

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

<sup>29</sup> ALR I 11 § 95.

<sup>30</sup> §§ 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 Leistungsstörungenrechts, in: C. Fischer-Czermak u. a. (Hg.), FS 200 Jahre ABGB, Wien 2011, 1319–1343.

<sup>31</sup> 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).

<sup>32</sup> 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*<sup>33</sup>. 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 fest<sup>34</sup>. 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 BGB<sup>1900</sup> und dazu unten Rn. 9. Wie man das Problem lösen sollte, daß beim Doppelverkauf<sup>35</sup> die Gefahr nicht gleichzeitig auf beide Käufer übergeht, war schon unter der Geltung des gemeinen Rechts diskutiert worden<sup>36</sup> und diese Diskussion sollte sich zu § 446 II BGB<sup>1900</sup> unter der Geltung des BGB fortsetzen<sup>37</sup>, bis die Bestimmung durch die Schuldrechtsreform aufgehoben wurde. 5

<sup>33</sup> *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.

<sup>34</sup> 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.

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

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> *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 BGB<sup>1900</sup>]). 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)<sup>38</sup>. 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)<sup>39</sup>.

#### 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.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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 §§ 446f. 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 Eigentumsvorbehalt<sup>40</sup>. So hat man schon unter den Partikularrechten, die das Traditionsprinzip verwirklicht hatten, die Übergabe unter Vorbehalt des Eigentums genügen lassen<sup>41</sup>. Ebenso lassen auch die ausländischen Rechte, die den Gefahrübergang an den Eigentumsübergang knüpfen, fast durchweg die Vornahme einer bedingten Übereignung für den Gefahrübergang genügen<sup>42</sup>. 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 BGB<sup>1900</sup> 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 zurückzubeziehen<sup>43</sup>. Die Vorschrift wurde als **systemwidrig** angesehen<sup>44</sup>; 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 (§§ 930f.)

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

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

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

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

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

den Gefahrübergang bewirken kann. Dies wird seit langem von der h.M.<sup>45</sup> 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 belasten<sup>46</sup>. Wenn man sich der Ansicht anschließt, die bei der Schuldrechtsmodernisierung für die Streichung des § 446 II BGB<sup>1900</sup> 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

<sup>45</sup> 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 Sinalagmas, 1964, 66 ff.

<sup>46</sup> 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 blieb<sup>47</sup>. 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** an<sup>48</sup>.

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 Handelsbrauchs<sup>49</sup>, sodann aber auch im *ius commune* und schließlich in den Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts<sup>50</sup>, vor allem auch zum Handelsrecht<sup>51</sup>, der Satz anerkannt wurde: Der Käufer trägt die Transportgefahr<sup>52</sup>. Mit Recht hat man geradezu von einem »Siegeszug« gesprochen, den die Regel von der Gefahrtragung des Käufers beim Versandungskauf angetreten hat<sup>53</sup>. Besonders eindrucksvoll ist dabei, daß sich die Zuweisung der Transportgefahr an den Käufer ganz ungeachtet der im Rechtsvergleich sehr unterschiedlichen Grundregeln der Gefahrtragung<sup>54</sup> international durchgesetzt hat<sup>55</sup>. Auch das UN-Kaufrecht weist die Transportgefahr dem Käufer zu<sup>56</sup>.

In der Auslegung des § 447 sind verhältnismäßig viele, zumeist aber untergeordnete Einzelfragen entstanden<sup>57</sup>. 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

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

<sup>48</sup> ALR 1794 I 11 §§ 128 ff.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Zusammengestellt bei *v. Kübel*, Entwurf (Fn. 33) 21 ff.

<sup>51</sup> Art. 345 I ADHGB.

<sup>52</sup> Siehe *Bauer*, *Periculum emptoris*, (Fn. 7) 236 ff.

<sup>53</sup> *Hager*, *Gefahrtragung* (Fn. 39) 104.

<sup>54</sup> Oben Rn. 1 a.E.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> Art. 67 CISG.

<sup>57</sup> 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 Synallagma<sup>58</sup>. 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 habe<sup>59</sup>. 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 streichen<sup>60</sup>. Der Vorschlag hat sich nicht durchgesetzt. Stattdessen hat der Gesetzgeber 2002 die Vorschrift des § 447 für den **Verbrauchsgüterkauf** als **unanwendbar** erklärt; § 474 II<sup>61</sup>. Bei einem Verbrauchsgüterkauf, der Versendungskauf ist, geht die Gefahr daher in dem Zeitpunkt über, in dem die Transportperson die Sache dem Käufer übergibt, § 446<sup>62</sup>.

## 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** herausgibt<sup>63</sup>. 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-**

<sup>58</sup> *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.

<sup>59</sup> *Heck*, Schuldrecht (Fn. 39) 260; ebenso zuvor bereits *Kohler*, Bürgerliches Recht (Fn. 46) 249.

<sup>60</sup> *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.

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

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

<sup>63</sup> 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** ab<sup>64</sup>: Der Gefahrübergang knüpft sich dispositiv an die Übergabe (»*taking of the goods*«); Art. IV.A-5:102

<sup>64</sup> *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«)<sup>65</sup> 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**<sup>66</sup> 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) 647f.

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

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



## § 449. Eigentumsvorbehalt

	Rn.
I. Regelungsproblem . . . . .	1
II. Lösungen vor dem BGB . . . . .	2
III. Die Lösung des BGB . . . . .	9
IV. Entwicklungen und Probleme seit 1900 . . . . .	10
1. Die rechtstatsächliche Erfolgsgeschichte des Eigentumsvorbehalts im 20. Jahrhundert . . . . .	10
2. Fragen rund um die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts . . . . .	11
3. Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers . . . . .	12
4. Verlängerungen und Erweiterungen des Eigentumsvorbehalts . . . . .	13
5. Der Eigentumsvorbehalt in der Schuldrechtsreform . . . . .	17
V. Bewertung und Ausblick . . . . .	18

### Wichtige Literatur

*Wolfgang Hromadka*, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert, 1971; *Egbert Sandmann*, Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland. Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte moderner Warenkreditsicherungsmittel, Diss. iur. Marburg 1972; *Gottfried Schiemann*, Über die Funktion des pactum reservati dominii während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa, ZRG (RA) 93 (1976) 161–207; *Klaus Luig*, Übergabe und Über-eignung der verkauften Sache nach Römischem und gemeinem Rechte, in: Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata, Freiburg/Ue. 1985, 445–461; *Anton Meinhart*, Dogmengeschichtliches und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt, ZRG (RA) 105 (1988) 729–736; *Klaus Luig*, Das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigen-tumsübergang nach deutschem Recht, in: L. Vacca (Hg.), Atti del Congresso Internazionale »Vendita e Trasferimento della Proprieta«, 17.–21. April 1990, 1991, 225–258; *Karlheinz Misera*, Der Eigentumsvorbehalt im klassischen römischen Recht, in: FS für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, 1992, 275–283; *Martin Jürgen Maaß*, Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert, 2000; *Pascal Pichonnaz*, La condition résolutoire avec effet réel: Quelques réflexions historico-comparatives, in: Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna, Neapel 2007, 4259–4280; *Thomas Rüfner*, Traditio und Kaufpreiszahlung in Ius Commune und Common Law, in: E. Jakab/W. Ernst (Hg.), Kaufen nach Römischen Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, 2008, 233–252; *Willem J. Zwolve/Boudewijn Sirks*, Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht, 2012, 452 ff., 457 f. (franz. Recht), 514 ff. (engl. Recht).

## I. Regelungsproblem

- 1 Es ist die Frage, ob der Erwerb des Eigentums an der Kaufsache davon abhängen soll, daß der Käufer den Kaufpreis bezahlt. Immer dann, wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer überläßt, bevor der Kaufpreis (voll) gezahlt ist, und der Verkäufer später die offene Kaufpreisforderung gegen den Käufer verfolgen muß, ist er ein (ungesicherter) Gläubiger wie andere auch; er trägt insofern auch das Risiko, in einem Käuferkonkurs auf seine Forderung nur eine Quote zu erhalten. Die **Vorausleistung der Kaufsache durch den unbezahlten Verkäufer (Kreditkauf)** ist von Alters her eine verbreitete Erscheinung gewesen (nicht selten muß der Käufer den Kaufpreis erst durch Einsatz der Kaufsache verdienen), und so hat sich das entsprechende Sicherungsinteresse des Verkäufers auch von jeher im Kaufrecht abgebildet, allerdings in **stark wechselnden Erscheinungsformen**.

Von vornherein ist ein **Nebeneinander verschiedener Regelungstechniken** zu verzeichnen, die sich in **zwei Gruppen** unterteilen lassen: Entweder kann der Verkäufer Vorsorge treffen, um sich im Fall der Nichtzahlung auf möglichst sichere Weise wieder in den Besitz der Sache zu bringen (der Eigentumserwerb des Käufers wird *bedingt*); oder es dient die Kaufsache dem Verkäufer nur noch als Pfandobjekt, das notfalls zur Befriedigung der ausstehenden Kaufpreisforderung verwertet wird (der Eigentumserwerb des Käufers wird *beschränkt*). Diese beiden grundverschiedenen Regelungstechniken sind in der Geschichte in verwirrender Weise leider unterschiedslos als »Eigentumsvorbehalt« (*pactum reservatio domini*) angesprochen worden; besser würde man allgemein von **Sicherungsvorhalten zugunsten des Verkäufers** sprechen. In der geschichtlichen Entwicklung mußte es hinsichtlich dieser Sicherungsvorhalte auch schon deshalb zu Veränderungen kommen, weil das Verständnis des Vorgangs, durch den der Käufer Eigentum erwirbt, Wandlungen unterworfen gewesen ist<sup>1</sup>.

Die Modifikationen (seien es Bedingungen oder Beschränkungen) des käuferseitigen Eigentumserwerbs zur Sicherstellung des Kaufpreisanspruchs haben dabei immer wieder Anlaß zu außerordentlich intensiven Diskussionen gegeben, und zwar aus den folgenden Gründen: Es handelt sich dabei gleichsam um »Sachenrecht im Kaufrecht«. **Interessen Außenstehender**, namentlich der Gläubiger des Käufers und dessen Rechtsnachfolger, sind betroffen, und so werden Grundfragen der Vermögens- und Haftungsordnung berührt. Sofern ein Eigentumsvorbehalt formlos zugelassen wird, steht er als **besitzloses Sicherungsmittel** in einem **Spannungsverhältnis zum Publizitätserfordernis**, wie es sich von jeher vor allem im Faustpfandprinzip ausdrückt. Eines der Rechtsinstrumente, mit denen die Verbindung von Eigentumserwerb und Kaufpreiszahlung erfolgt, ist die Bedingung; insoweit verquickt sich die Thematik mit der allgemeinen **Lehre von der Bedingung** und ihren Problemen, namentlich mit der **Frage der Rückwirkung**<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Oben HKK/*Ernst*, § 433 Rn. 1ff.

<sup>2</sup> Dazu HKK/*Finkenauer*, §§ 158–163 Rn. 1ff., insbes. 20ff.

Sofern der Sicherungsvorbehalt auf eine Rücknahme der Kaufsache abzielt, eröffnet sich die Möglichkeit, daß sich der Verkäufer an dem gescheiterten Austausch auf Kosten des kapitalschwachen Kreditkäufers bereichert. Dieses Problem, das den Eigentumsvorbehalt von Anfang an begleitet hat, kann geradezu **sozialpolitische Dimensionen** annehmen.

## II. Lösungen vor dem BGB

Schon im römischen Recht begegnet uns ein Nebeneinander verschiedener Rechtsfiguren. Nach **justinianischem Recht** hing der Eigentumserwerb des Käufers davon ab, daß dieser dem Verkäufer den Kaufpreis gezahlt oder diesen etwa durch Stellung eines Bürgen oder eines Pfandes sichergestellt hatte<sup>3</sup>. Das justinianische Preiszahlungserfordernis für den Eigentumserwerb könnte man als »**gesetzlichen Eigentumsvorbehalt**« bezeichnen. Ob diese Regel – sie wird in den justinianischen Institutionen auf die XII-Tafeln zurückbezogen, aber zugleich durch das *ius gentium* legitimiert – wirklich das klassische römische Recht widerspiegelt, ist nicht vollständig gesichert und auch immer wieder bezweifelt worden. Die moderne Forschung neigt wohl zur Bejahung dieser Frage<sup>4</sup>, die aber doch wohl noch *sub iudice* ist. Jedenfalls nach justinianischem Recht – und also auch für die Rechtsgeschichte seit dem Mittelalter – bewirkte die *emptio venditio* den Eigentumserwerb des Käufers erst in Verbindung mit der erfolgten Kaufpreiszahlung oder -sicherstellung.

2

Eine andere Verbindung von käuferseitigem Eigentumserwerb und Kaufpreiszahlung wurde durch eine römische Vertragsklausel bewirkt, die man als **lex commissoria** bezeichnet<sup>5</sup>. Es handelte sich um eine **Nebenabrede zum Kauf**, die dem Verkäufer für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises bis zu einem bestimmten Termin den **Rücktritt vorbehielt**. In der romanistischen Forschung ist umstritten, welche Rechts-

<sup>3</sup> Inst. 2,1,41 u. dazu *Tony Honoré*, Sale and the Transfer of Ownership: the Compilers' Point of View, in: Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas, London 1983, 56–72.

<sup>4</sup> *Robert Feenstra*, Reclame en revindicatie, Haarlem 1949, 11 ff.; *Reinhard Zimmermann*, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, 272 ff.; außerdem die Beiträge von *Giovanni Pugliese*, Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano, *Pablo Fuentesca*, Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana, und *Alberto Burdese*, Editto publiciano e funzioni della compravendita romana, alle in: L. Vacca (Hg.), Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Bd. I, 1991, 25 ff., bzw. 73 ff., bzw. 119 ff.; *David Johnston*, Sale and transfer of title in Roman and Scots law, in: A. D. E. Lewis/D. J. Ibbetson (Hg.), The Roman Law Tradition, 1994, 182 ff.; *Filippo Gallo*, Indagine comparatistica e ricerca storica, Index (Quaderni camerti di studi romanistici) 24 (1996) 93–105; s. auch *Alfons Bürge*, Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht, ZRG (RA) 99 (1982) 151.

<sup>5</sup> Dazu *Werner Flume*, Rechtsakt und Rechtsverhältnis – Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken, 1990, 154–160; *Franz Wieacker*, Lex Commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht, 1932; *Eva Jakab*, Risikomanagement beim Weinkauf: Periculum und Praxis im Imperium Romanum, 2009, 112 ff.

wirkung(en) die *lex commissoria* hatte<sup>6</sup>; die Quellenlage ist nicht eindeutig. Die *lex commissoria* ist vor dem Hintergrund dessen zu sehen, daß der römische Kauf einen Rücktritt nicht kannte. Als Nebenabrede zum Kauf zielt die *lex commissoria* daher in erster Linie darauf ab, den Kauf als schuldrechtliches Verhältnis zu beseitigen: Die Kaufsache wurde zur *res inempta*. Umstritten ist, wie sich die Aufhebung des Kaufvertrags auf die Eigentumslage auswirkte. Manche nehmen an, es sei ein »dinglicher Rückfall« erfolgt, es sei also – modern gesprochen – der Eigentumserwerb des Käufers auflösend (resolutiv) bedingt gewesen<sup>7</sup>; man spricht insofern von einem automatischen (dinglichen) Rückfall des Eigentums an den Verkäufer. Hierbei ist schon zweifelhaft, ob das römische Recht auflösende Bedingungen in diesem Sinne überhaupt gekannt hat. Es spricht viel dafür, daß man bei Kaufverträgen mit *lex commissoria* von vornherein einen Eigentumserwerb des Käufers vermieden hat, indem eine Manzipation<sup>8</sup> unterblieb bzw. (bei *res nec mancipi*) nur eine *traditio precario* erfolgte, die nicht zum Erwerb des Eigentums ausreichte. Man kann sich letzteres so vorstellen, als wäre die Sache dem Käufer nur als »Besitzdiener« des Verkäufers mit der Maßgabe jederzeitiger Rückforderbarkeit überlassen worden; dadurch wurde eine Verwirklichung des Erwerbstatbestands der *traditio ex iusta causa*<sup>9</sup> vermieden. Es hätte sich dann so verhalten, daß sich der Eigentumserwerb des Käufers erst mit der Kaufpreiszahlung vollzog und daß im Fall der Nichtzahlung der Verkäufer das ihm verbliebene Eigentum geltend machen konnte; für den Käufer endete nur eine eingeschränkt geschützte Besitzposition. Insofern hätte ein »Rückfall« des Eigentums an den Verkäufer gar nicht stattgefunden. Auch ist zu bezweifeln, ob die Römer die *lex commissoria* überhaupt der Lehre von der Bedingung zugeordnet haben. Die dingliche Rückforderung der Kaufsache wurde jedenfalls auf dem Weg einer Beseitigung des »Kausalgeschäfts« eröffnet. Abgesehen davon, daß demgegenüber beim heutigen Eigentumsvorbehalt eine (aufschiebende) Bedingung unmittelbar auf das dingliche Geschäft bezogen ist, zeigt die so verstandene *lex commissoria* bereits eine erhebliche Ähnlichkeit mit dem modernen Eigentumsvorbehalt. Insbesondere bedurfte es einer entsprechenden, zum gewöhnlichen Vertragsinhalt hinzutretenden Abrede.

Schon für die *lex commissoria* ist das Sachproblem hervorgetreten, daß die Vertragsauflösung durch eine nur teilweise Kaufpreiszahlung nicht verhindert wird und daß der schneidigen Rückforderungsbefugnis des Verkäufers eine zweifelhafte **Berechtigung des Käufers** gegenübersteht, **den gezahlten Kaufpreisanteil zurückzufordern**; teilweise (von Neraz) wurde dieser offenbar damit abgefunden, daß er ja auch die Nutzung der Kaufsache gehabt habe<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Pascal Pichonnaz, La condition résolutoire avec effet réel: Quelques réflexions historico-comparatives, in: Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna, Neapel 2007, 4259–4280, hier 4264–4272.

<sup>7</sup> Uwe Wesel, Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, ZRG (RA) 85 (1968) 94–172.

<sup>8</sup> Siehe HKK/Ernst, § 433 Rn. 7.

<sup>9</sup> Siehe HKK/Ernst, § 433 Rn. 7.

<sup>10</sup> Berichtet von Ulp. D. 18,3,4,1.

Nicht restlos geklärt erscheint das Zusammenspiel von *lex commissoria* und dem an Kaufpreiszahlung gebundenen Eigentumserwerb (oben Rn. 2 a. A.). Man kann sich das Nebeneinander beider Instrumente vielleicht so erklären, daß ein Verkäufer, der die Kaufsache gestützt auf das ihm – mangels Kaufpreiszahlung – verbliebene Eigentum zurückfordert, durch die Berufung auf die *lex commissoria* eine etwaige *exceptio rei venditae et traditae* auf einfache Weise zurückschlagen konnte<sup>11</sup>.

Schließlich finden wir im römischen Recht noch die Vertragsgestaltung, daß der Käufer die Kaufsache vor erfolgter Kaufpreiszahlung pachtete<sup>12</sup>. Vergleichbare Gestaltungen begegnen übrigens auch in anderen Rechtskreisen, so in England als *hire-purchase-agreements*.

Die vorstehend geschilderten Rechtsfiguren konnten grundsätzlich unterschiedslos beim Verkauf beweglicher wie unbeweglicher Sachen Anwendung finden; die zuletzt genannte Verbindung von Kauf und Pacht ist indes wohl nur bei Grundstücksverkäufen vorgekommen.

Für die **Jurisprudenz des Mittelalters** war durch das justinianische Recht das Erfordernis von Zahlung oder Sicherstellung des Kaufpreises vorgegeben. Die Kernfrage ging entsprechend dem Institutionentext stets dahin, wann bei Sachübergabe durch den unbezahlten Verkäufer ein **fidem sequi** vorlag, bei welchem das Eigentum trotz Ausstehens des Kaufpreises auf den Käufer überging. Bei Vereinbarung eines Zahlungstermins wurde die Kreditierung (*fidem sequi*) vermutet, so daß hier die Sachübergabe den Eigentumserwerb trotz ausstehender Kaufpreiszahlung bewirkte<sup>13</sup>. Die Gewährung einer kurzen Zahlungsfrist hingegen galt nicht als *fidem sequi*. Diese Wirkung des Zahlungstermins konnte der Verkäufer indes durch einen Vorbehalt des Eigentums verhindern. Die Einräumung eines Zahlungstermins änderte also die »default rule«, indem die Fixierung eines Zahlungstermins den Legal-eigentumsvorbehalt ausschaltete, ein vertraglicher Vorbehalt des Eigentums aber möglich blieb. Es gilt als Verdienst des *Baldus*, die Frage von der konkursrechtlichen Seite aufgegriffen zu haben<sup>14</sup>; seiner Ansicht zufolge hat beim Handelskauf der unbezahlte Verkäufer ein Aussonderungsrecht; dies sogar ohne ausdrücklichen Vorbehalt; gegenüber dem betrügerischen Käufer, der kauft und weiß, daß er nicht zahlen wird oder will, sei der Verkäufer ohnehin nicht auf die gewährte Treue verpflichtet und könne daher die unbezahlte Sache noch als seine vindizieren.

3

<sup>11</sup> So *Fritz Sturm*, Lassen sich C. 4,54,3 und C. 4,54,4 ohne Eingriffe in die Textsubstanz versöhnen?, in: *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems, Studies in Honour of Wieslaw Litewski*, Bd. II, Krakau 2003, 151–160.

<sup>12</sup> *Javolen D. 19,2,21* u. dazu *Karlheinz Misera*, Der Eigentumsvorbehalt im klassischen römischen Recht, in: *FS für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, 1992, 275–283, hier 277 ff.; *HKK/Finkenauer*, §§ 158–163 Rn. 9 f.

<sup>13</sup> Siehe etwa *Azo*, *Summa Institutionum*, No. 55 ad I. 2,1 = (Ausg. Basel 1572) 1043 f., u. dazu *Thomas Rüfner*, *Traditio und Kaufpreiszahlung in Ius Commune und Common Law*, in: *E. Jakob/W. Ernst* (Hg.), *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, 2008, 233–252, hier 249 f.

<sup>14</sup> Ausf. *Gottfried Schiemann*, Über die Funktion des *pactum reservati dominii* während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa, *ZRG (RA)* 93 (1976) 161, 195 ff.

**Mittelalterliche Statuten** etwa in Pisa und Genua sprachen dem unbezahlten Verkäufer im Konkurs des Käufers ein Rückforderungsrecht zu; dieses Rückforderungsrecht wurde von der Rechtswissenschaft mit der Preiszahlungsregel verbunden<sup>15</sup>.

- 4 Die **lex commissoria** hat eine **eigenständige Entwicklung** genommen<sup>16</sup>. Man sah die Rechtsfolge der *lex commissoria* in einer Auflösung des Kaufvertrags, wohl entsprechend einer auflösenden Bedingung, also derart, daß während der Schwebezeit der Käufer Eigentümer gewesen war. Für die Glossatoren und auch für die späteren Autoren ergab sich so als dogmatisches Hauptproblem der *lex commissoria* ein **Konflikt mit dem Traditionsprinzip**: Wenn man zwischenzeitlich den Käufer als Eigentümer ansah, schien die Eigentümerstellung des Verkäufers ohne (*re*)*traditio* erworben zu sein. Man beeilte sich, dies als eine Ausnahmeregelung (*ius singulare*) einzuordnen<sup>17</sup>. *Bartolus* beschränkte den traditionslosen Rückfall des Eigentums auf den Fall, daß die *lex commissoria* ausdrücklich, durch *verba directa*, bestimmt war, wogegen deren – wie wir sagen würden – bloß konkludente Vereinbarung einen Akt der Rückübertragung des Eigentums nötig mache. Diese Meinung fand weithin Anklang.

Von der Wirkung eines dinglichen Rückfalls des Eigentums rückt man im juristischen **Humanismus** noch weiter ab: Nach *Donellus* begründete die *lex commissoria* (nur) einen Anspruch des Verkäufers auf Rückübertragung des Eigentums<sup>18</sup>. Von sich aus kam dem Verkäufer also eine dingliche Rechtsposition nicht zu. Insgesamt hat das gelehrte Recht die Stellung des Verkäufers in unserer Frage wohl stark geschwächt.

- 5 In der **deutschrechtlichen Tradition** entwickelte sich eine im Grundsätzlichen abweichende Sicherungstechnik. Beim Grundstücksverkauf kam es oft vor, daß die Kaufpreiszahlung in Form einer Rente erfolgte und daß der Verkäufer zur Sicherung seines Rentenanspruchs eine dingliche Sicherung am verkauften Grundstück zurückbehielt<sup>19</sup>. Diese Technik ließ sich auch dann benutzen, wenn die Kaufpreisschuld nicht den Inhalt einer Rentenverpflichtung hatte, sondern lediglich später fällig werden sollte. Hier wurde die Kaufsache gleichsam als Pfand für die Kaufpreis(rest)forderung genutzt. Mit dem Vordringen von Grundbüchern ergab sich für diese Sicherungstechnik ein **Eintragungszwang**. Von der *lex commissoria* unterschied sich diese Vertragsgestaltung ganz entscheidend, indem die Kaufsache zur **Befriedigung der Kaufpreisforderung** verwertet wird, während die *lex commissoria* die Nichtzahlung zum Auslöser einer Vertragsauflösung machte, so daß an sich auch die Kauf-

<sup>15</sup> Siehe *Robert Feenstra*, *Reclame en Revindicatie*, Haarlem 1949; *ders.*, Eigentumsübergang bij koop en terugvorderingsrecht van de onbetaalde verkoper: Romeins recht en Middleeuws handelsrecht, THRHR 50 (1987) 127–138; *Klaus Luig*, Das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang nach deutschem Recht, in: L. Vacca (Hg.), *Atti del Congresso Internazionale »Vendita e Trasferimento della Proprieta«*, 17.–21. April 1990, 1991, 225–258.

<sup>16</sup> Zum Folgenden s. *Pichonnaz*, *La condition résolutoire* (Fn. 6) 4272–4277.

<sup>17</sup> *Accursius*, *Gl. Ordinaria* (hier benutzte Ausgabe Lyon 1627), gl. *uti* ad D. 6,1,41.

<sup>18</sup> *Opera Omnia*, Bd. VIII, Lucca 1763, Sp. 1150ff. Rn. 10.

<sup>19</sup> *Martin Jürgen Maaß*, *Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts*, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert, 2000, 178–196.

preisforderung dahinfiel. In der weiteren Geschichte hat man zwischen diesen beiden Konzepten geschwankt: **Rückforderung der Kaufsache** aufgrund Beendigung der Vertragsbeziehung oder **Verwertung der Kaufsache** mit dem Ziel des Erhalts des (Rest-)Kaufpreises.

Für die Zeit ab dem 16. Jahrhundert wird als Mittel der Verknüpfung von Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung das **pactum reservati dominii** genannt<sup>20</sup>. Man darf sich dies nicht derart vorstellen, als sei zu dieser Zeit objektivrechtlich eine neue Rechtsfigur verfügbar geworden. Vielmehr geht es um eine hauptsächlich in der Praxis des Grundstücksverkaufs immer beliebtere **Vertragsklausel**. Es wurde zur Aufgabe von Rechtsprechung und Lehre, die genaue Rechtsbedeutung dieser Vertragsklausel überhaupt erst zu bestimmen. Das **pactum reservati dominii** war insofern kein eigenständiges, etwa durch gesetzliche Regelung vorgegebenes Sicherungsmittel, sondern ein Vertragsbestandteil, von dem eine konkrete Auslegung erst ergeben mußte, um welche der – an sich bekannten – Sicherungstechniken es sich eigentlich handelte<sup>21</sup>. Wie gezeigt, waren schon die Wirkungen des gesetzlichen Eigentumsvorbehalts und der *lex commissoria* für sich genommen nicht unumstritten. Es nimmt daher nicht wunder, daß die Auslegungen der Vertragserklärungen, wonach sich der Verkäufer das Eigentum vorbehält, **uneinheitlich** ausgefallen sind. Eine Kakophonie der Meinungen war die Folge. Dies konnte kaum anders sein, da die Verwendung einer derartigen Klausel eben nicht einfach im ›Abruf‹ eines objektivrechtlich präformierten Rechtsinstituts bestand.

Als **denkbare Rechtsfolgen** des *pactum reservati dominii* kamen zunächst wahlweise in Betracht: Die Aufrechterhaltung des gesetzlichen Eigentumsvorbehalts nach Inst. 2,1,41 trotz der Vereinbarung eines festen Zahlungstermins (was etwa einer Suspensivbedingung für den Eigentumserwerb entspricht), die Vereinbarung einer Resolutivbedingung für den Fall der Nichtzahlung bis zu einem festgelegten Termin oder die Vereinbarung einer Suspensivbedingung. Insofern ergab sich eine Komplikation durch die merkwürdige Behandlung der Gefahrtragung beim bedingten Kauf, wie man sie bei den römischen Juristen vorfand<sup>22</sup>. Dies war offenbar sachwidrig, weil der Verkäufer, der sich durch Suspensivbedingung für den Fall der Nichtzahlung besonders absichern, also seine Rechtsposition verbessern wollte, im Gegenzug die Untergangsgefahr übernehmen mußte, die ansonsten mit dem Vertragsschluß auf den Käufer übergegangen wäre. Die **Spannung zwischen dem pactum reservati dominii**, wenn man darin eine Suspensivbedingung sah, **und der Gefahrtragungsregel für den bedingten Kauf** hat die Juristen stark beschäftigt<sup>23</sup>. Sa-

<sup>20</sup> Schiemann, ZRG (RA) 93 (1976) 161–207; Anton Meinhart, Dogmengeschichtliches und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt, ZRG (RA) 105 (1988) 729–736.

<sup>21</sup> Maaß, Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts (Fn. 19) 102–152.

<sup>22</sup> Siehe HKK/Ernst, §§ 446, 447 Fn. 14.

<sup>23</sup> Siehe z. B. Benedikt Carpzow, Responsa juris electoralia, Leipzig 1642, lib. I, tit. X, resp. 108, notae 15f.; dazu Maaß, Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts (Fn. 19) 179f.; ungenau 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, hier 718 u. passim, der

*muel Stryk* empfahl dem Verkäufer, er möge *se reservare dominium sed sine periculo*<sup>24</sup>.

Als weiterer denkbarer Inhalt des *pactum reservati dominii* wurde im Anschluß an die deutschrechtliche Tradition für den Grundstückskauf erwogen, daß der Verkäufer sich für die Kaufpreiszahlung durch **Eintrag einer Hypothek für die Kaufpreisforderung** sichern lassen wollte. Wenn man hier den Verkäufer weiterhin als Eigentümer bezeichnete (er behielt sich ja nach dem Wortlaut der Klausel das Eigentum vor), so war doch die zurückbehaltene Rechtsposition zweckgebunden und nur noch geeignet, durch Zwangsverwertung des Grundstücks für den Verkäufer die ihm zustehende Geldzahlung aufzubringen. Anschaulich hat *Maaß* insoweit von einem Eigentum gesprochen, »das sich [erg.: nur noch] auf Befriedigung der Kaufpreisforderung richtet«<sup>25</sup>. Die Bezeichnung als »vorbehaltenes Eigentum« ist geeignet, den wirklichen Charakter dieses Sicherungsmittels zu verschleiern; tatsächlich handelte es sich um den **Vorbehalt einer pfandrechtsartigen Sicherheit**.

Die Beliebtheit des *pactum reservati dominii* wird wohl zu Recht damit in Verbindung gebracht, daß im gelehrten Recht die »dingliche Wirkung« der *lex commissoria* unterminiert worden war. Dem stand das Bemühen gegenüber, durch ein *pactum reservati dominii* eine dingliche und auch konkursfeste Position des Verkäufers zu begründen.

In der Folgezeit nahmen sich die Gesetzgeber dieser Vertragsklausel an und versuchten, wenigstens im Sinne einer Vermutungsregel dem *pactum reservati dominii* eine feste Rechtsbedeutung beizulegen, die dann von den Parteien wegbedungen oder modifiziert werden konnte<sup>26</sup>. Dabei kamen auch Mischformen vor, die ein Befriedigungsrecht und ein Rücknahmerecht in einer Stufenfolge miteinander verbanden. (Noch § 449 I ist eine Vorschrift in dieser Gesetzgebungstradition, die darauf abzielt, dem Gebrauch der Worte »Eigentum vorbehalten« im Sinne einer Vermutungsregel irgendeine genaue rechtliche Bedeutung beizulegen.) Das **preußische ALR** von 1794 beispielsweise erfaßte den Eigentumsvorbehalt als auflösend bedingten Kaufvertrag, wobei aber zur Bekräftigung des Faustpfandprinzips dem Verkäufer nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe eingeräumt wurde<sup>27</sup>.

7 Im **19. Jahrhundert** kam es in mehreren Schritten zu einer Klärung der zuvor doch ziemlich unübersichtlich gewordenen Rechtslage. **Savignys Lehre vom dinglichen Vertrag**<sup>28</sup> ermöglichte einen neuen Zugang zum Problem: Nicht der Kaufvertrag werde durch den Eigentumsvorbehalt (als dessen Nebenabrede) bedingt; vielmehr werde **(nur) der dingliche Vertrag unter eine Bedingung gestellt**<sup>29</sup>. Damit wurde

---

nicht beachtet, daß nur das Totaluntergangsrisiko (*damnum [...] ruina rei totalis*) beim Verkäufer bleibt.

<sup>24</sup> *Samuel Stryk*, De cautelis contractuum, Berlin 1753, sect. II, cap. VIII (§ 25).

<sup>25</sup> *Maaß*, Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts (Fn. 19) 176.

<sup>26</sup> *Maaß*, Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts (Fn. 19) 203–283.

<sup>27</sup> ALR I 11 §§ 262, 266.

<sup>28</sup> HKK/*Ernst*, § 433 Rn. 8.

<sup>29</sup> Diese Ansicht, in Savignys gedruckten Werken wohl nicht ausgesprochen, ergab sich indes zwanglos für diejenigen, die seiner Lehre vom dinglichen Vertrag folgten, z. B. *Karl Adolph von*



unmittelbar die Eigentumlage an die Zahlung/Nichtzahlung des Kaufpreises angeknüpft. Weil es um die Bedingung nur des Übereignungsgeschäfts ging, konnte man annehmen, daß es sich um eine **aufschiebende Bedingung** handelt. Mit dem Bezug auf das dingliche Rechtsgeschäft löste sich auch das Problem, daß bei einem suspensiv bedingten Kaufvertrag die Untergangsfahr beim Verkäufer hätte bleiben müssen<sup>30</sup>; jetzt konnte man den Kaufvertrag als unbedingt ansehen, die Gefahrtragung wurde also gar nicht mehr berührt. Daneben erhielt auch der Rücktrittsvorbehalt eine klare Funktion; es bedurfte seiner, um vom schuldrechtlichen Kaufvertrag abgehen zu können; als solcher blieb die *lex commissoria* im Gebrauch.

Die Erfassung des Eigentumsvorbehalts als aufschiebende Bedingung des dinglichen Vertrags setzte sich weithin, aber nicht vollständig durch; weiterhin wurde die **Gegenauffassung** vertreten, es handele sich um eine **auflösende Bedingung**<sup>31</sup>.

Diese Konstruktion zeitigte aber zugleich ein weiteres Problem: Wenn sich die Bedingung auf das dingliche Geschäft bezog, dann konnte sie das Eigentum des Käufers ausschalten, ohne daß der Kaufvertrag aufgehoben wurde, so daß dem Käufer keine Möglichkeit offenzustehen schien, gezahlte Kaufpreistraten zurückzuerhalten.

Das **Reichsgericht** klärte den Eigentumsvorbehalt im Jahr 1882 wie folgt<sup>32</sup>: der Verkäufer habe einen Anspruch auf Herausgabe der Sache selbst; es handele sich um eine Bedingung des dinglichen Vertrags. Ausdrücklich verwarf das Reichsgericht die abweichende Lehre, das Vorbehaltseigentum sei nur noch ein auf Befriedigung beschränktes Eigentum. Da der Eigentumsvorbehalt den Kaufvertrag unberührt lasse, müsse der Verkäufer an sich auch bereits gezahlte Raten nicht zurückerstatten. Zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse gewährte das Gericht dem Käufer einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung.

Der deutsche Gesetzgeber versuchte, 1894 mit dem **Abzahlungsgesetz (AbzG)**<sup>33</sup> akute Mißstände zu bekämpfen und wirtschaftlich schwache Käufer vor Gefahren des Abzahlungskaufes zu schützen<sup>34</sup>. Die bis dahin im Rechtsverkehr (insbes. im Möbelabsatz) offenbar vorherrschenden Vertragsmuster sahen Verwirkungsklauseln vor, wonach der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers die Sache zurücknehmen konnte, ohne die bereits gezahlten Raten erstatten zu müssen<sup>35</sup>. Das Gesetz

8

*Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1865, § 311 Anm. 2 = S. 568 ff.: Suspensivbedingung, wonach »der Tradent sein Eigenthumsrecht noch nicht von sich lassen wolle, bis ihm der Kaufschilling bezahlt worden sei« (S. 569), dort auch weitere Nachw.

<sup>30</sup> Oben Rn. 3.

<sup>31</sup> *Marion Rinke*, Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt, Baden-Baden 1998, 156 m. w. N.

<sup>32</sup> RGZ (v. 11. 7. 1882 – III 254/82) 7, 147 ff.

<sup>33</sup> RGBl. I, S. 450; dazu *Werner Schubert*, Das Abzahlungsgesetz von 1894 als Beispiel für das Verhältnis von Sozialpolitik und Privatrecht in der Regierungszeit des Reichskanzlers von Caprivi, ZRG (GA) 102 (1985) 131–167; *Hans Schulte-Nölke*, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1995, 55–57; s. auch *Hans-Peter Benöhr*, Konsumentenschutz vor 80 Jahren, ZHR 138 (1974) 492–503; *HKK/Lammel*, §§ 488–512 Rn. 38 ff.

<sup>34</sup> *Soergel/Hönn*, 12. Aufl 1995, Einl. AbzG Rn. 1 f.

<sup>35</sup> *Maaß*, Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts (Fn. 19) 304; *Egbert Sandmann*, Zur Ge-

schrieb im Falle der Ausübung eines vereinbarten Rücktrittsrechts oder eines gesetzlichen Vertragsauflösungsrechtes vor, daß zwingend eine Rückabwicklung der empfangenen Leistungen stattzufinden hatte; entgegenstehende Vereinbarungen waren nichtig<sup>36</sup>. Nahm der Verkäufer die verkaufte Sache aufgrund eines ihm vorbehaltenen Eigentums wieder an sich, so galt dies nach § 5 AbzG als Ausübung des Rücktrittsrechts<sup>37</sup>. Soweit der Eigentumsvorbehalt als bedingte Übereignung vereinbart worden war, fingierte § 5 AbzG zugleich die Rücktrittserklärung und beseitigte somit das Problem »Rücknahme der Sache ohne Rücktritt«<sup>38</sup>. Die Regelung des § 5 AbzG ist 1990 in das (durch die Verbraucherkreditrichtlinie veranlaßte) **Verbraucherkreditgesetz**<sup>39</sup> übergegangen (§§ 12, 13 I VerbrKrG) und 2002 mit gewissen Modifikationen **in das BGB integriert** worden (§§ 501 i. V.m. 503 II, 498).

### III. Die Lösung des BGB

- 9 In der **Beratung des BGB** ist um die Regelung des Eigentumsvorbehalts **heftig gerungen** worden<sup>40</sup>. Im Ergebnis finden sich wesentlich verschiedene Regelungstechniken für den Grundstückskauf und für den Kauf beweglicher Sachen. Bewußt hat man darauf verzichtet, zwischen dem Übergang des Eigentums und dem Umstand der erfolgten Kaufpreiszahlung einen *gesetzlichen* Zusammenhang (nach Art von Inst. 2,1,41) herzustellen<sup>41</sup>. Ein Vorstoß, man möge den Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Sinne des preußischen Rechts regeln<sup>42</sup>, blieb erfolglos. Für Grundstücke setzte sich – ebenfalls nicht ohne starke Auseinandersetzung – die Ansicht durch, die Auflassung solle bedingungsfeindlich sein (§ 925 S. 2); dadurch war insoweit eine durch Kaufpreiszahlung bedingte Übereignung ausgeschlossen.

Im übrigen fand man zu einer **Linie gesetzgeberischer Zurückhaltung**. Das Ergebnis war eine Regelung rudimentärer Natur: § 455 BGB<sup>1900</sup>, die Vorgängernorm zu § 449, enthielt lediglich zwei Auslegungsregeln<sup>43</sup>, nämlich zum einen die Vermutung, daß wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug gerät, der Verkäufer unabhängig von den Voraussetzungen des § 326 BGB<sup>1900</sup> (= § 323) vom Vertrag solle zurücktreten können, zum anderen die Vermutung, daß die Übereignung durch vollständige Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingt sein solle (und

---

schichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland. Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte moderner Warenkreditsicherungsmittel, Diss. iur. Marburg 1972, 97.

<sup>36</sup> § 1 AbzG.

<sup>37</sup> *August Bohn*, Die Sicherung von Forderungen durch Bürgschaft, Verpfändung, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, 1932, 176 ff.

<sup>38</sup> Zur weiteren Anwendungsentwicklung des § 5 AbzG s. *Soergel/Hönn*, 12. Aufl. 1995, § 5 AbzG Rn. 1 ff., 17 ff.

<sup>39</sup> BGBl. I S. 2840.

<sup>40</sup> Zum Folgenden s. *HKK/Finkenauer*, §§ 158–163 Rn. 16 ff.

<sup>41</sup> Siehe TE-SachR, 892 f.

<sup>42</sup> Oben Rn. 6.

<sup>43</sup> Anstatt vieler: *Staudinger/Honsell*, 13. Bearb. 1995, § 455 a. F., Rn. 8.

nicht durch das Ausbleiben des Kaufpreises auflösend bedingt)<sup>44</sup>. Im Rahmen der gesetzlichen Ordnung beruht der Eigentumsvorbehalt damit auf der Möglichkeit, die Übereignung beweglicher Sachen unter die aufschiebende Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises zu stellen, § 158. Dies wiederum war möglich, weil die Übereignung als selbständiges Rechtsgeschäft (dinglicher Vertrag) ausgestaltet ist<sup>45</sup>: Daher kann für sie als eigene Nebenbestimmung eine Bedingung – grundsätzlich beliebigen Inhalts – vereinbart werden. Aus der abstrakten Gestaltung der Übereignung ergibt sich, daß sich eine solche Bedingung lediglich auf die dingliche Zuordnung der Kaufsache bezieht, nicht jedoch auf den Kaufvertrag.

Die Möglichkeit der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts besteht nur beim Kauf beweglicher Sachen. Beim **Grundstückskauf** steht die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 II) einer entsprechenden Gestaltung entgegen; man hat die Bedingungsfeindlichkeit geradezu statuiert, um einen Eigentumsvorbehalt beim Grundstückskauf zu verunmöglichen. Strebt der Grundstücksverkäufer eine dem Eigentumsvorbehalt vergleichbare Sicherung an, kann er sich den Rückübereignungsanspruch, der sich aus einem eventuellen Rücktritt vom Kaufvertrag ergibt (§ 346 I) durch eine Vormerkung sichern; diese ist auch für einen Anspruch möglich, dessen Entstehung ungewiß ist; § 883 I 2.

Eine andere Sicherung erhält der Grundstücksverkäufer durch die Bestellung einer **Kaufpreishypothek**. Dabei wird das Kaufgrundstück dem Käufer übereignet; zugleich aber wird dem Verkäufer am Grundstück eine Hypothek zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung bestellt. Gewisse ausländische Rechte geben dem Grundstücksverkäufer einen gesetzlichen Anspruch auf Einräumung einer derartigen Hypothek<sup>46</sup>.

Das BGB hat einen der *lex commissoria* entsprechenden **Rücktrittsvorbehalt** im Rahmen des durch Vertrag begründeten Rücktrittsrecht geregelt; § 360 BGB<sup>1900</sup>, seit 2002: § 354. Diese Vorschrift gilt für den Grundstückskauf und den Kauf beweglicher Sachen gleichermaßen.

## IV. Entwicklungen und Probleme seit 1900

### 1. Die rechtstatsächliche Erfolgsgeschichte des Eigentumsvorbehalts im 20. Jahrhundert

Der Eigentumsvorbehalt erfreut sich in Deutschland seit Beginn des 20. Jahrhunderts einer ungebrochenen, außerordentlichen Beliebtheit. Er fand und findet dort Anwendung, wo Güter an kapitalknappe Käufer abgesetzt werden sollen; indem die Ware selbst zur Kreditgrundlage gemacht wird, erfolgt eine Kreditausweitung (sog. **Warenkredit**). In der Zwischenkriegszeit und, vielleicht mehr noch, nach dem Zwei-

10

<sup>44</sup> Staudinger/Honsell, 13. Bearb. 1995, § 455 a.F., Rn. 8.

<sup>45</sup> Oben HKK/Ernst, § 433 Rn. 13.

<sup>46</sup> Z.B. ZGB Art. 837 I, Ziff. 1. Der Legalanspruch des Verkäufers ist hier sogar unabdingbar.

ten Weltkrieg bestand ein erheblicher **Mangel an Eigenkapital**; die Verbreitung von Kreditkäufen – gerade auch zwischen Unternehmen – erklärt die überaus weite Verbreitung des Eigentumsvorbehalts. Dabei sind aber zugleich die Schattenseiten dieser Rechtsfigur, insbesondere deren mangelnde Publizität – die aber gerade eine Mitursache ihrer Beliebtheit ist –, deutlich zutage getreten. Insoweit verhält es sich **ähnlich wie bei der Sicherungsübereignung** beweglicher Sachen<sup>47</sup>, und daher wurden und werden der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung (durch Besitzkonstitut) häufig als vergleichbare Problemkomplexe zusammen behandelt. Allerdings ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß der Vorbehaltseigentümer eine stärkere Stellung einnimmt als der Sicherungseigentümer, weil der Vorbehaltverkäufer durch den Eigentumsvorbehalt nur den synallagmatischen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung, wie er dem gesetzlichen Vertragstyp Kauf entspricht (§§ 320 ff.)<sup>48</sup>, bestätigt.

Der Bedeutung und Brisanz dieser besitzlosen Mobiliarsicherheiten, **Geschöpfen der Kautelarjurisprudenz**, stand und steht eine bemerkenswerte **Abstinenz des Gesetzgebers** gegenüber. Dabei konnte man schon lange beobachten, daß im Ausland besitzlose Mobiliarsicherheiten durchweg nur mit einem Registersystem zugelassen wurden; die gewachsene Rechtslage in Deutschland war insofern als exzentrisch erkennbar.

In der Zeit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft hat man eine umfassende Reform vorbereitet<sup>49</sup>; Grundlage und Bezugspunkt der Diskussion war eine **Denkschrift von Heinrich Lehmann**<sup>50</sup>. Die Gestaltungen, die der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung in der Anfangsgeschichte der Bundesrepublik gefunden haben, wurden im sechsbändigen Werk **Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung** (1963–1986) von **Rolf Serick** zusammengefaßt, einem regelrechten *book of authority*, das über das Fehlen einer ausgefeilten gesetzlichen Regelung hinweghelfen mochte<sup>51</sup>. Auch in der Geschichte der Bundesrepublik gab der Eigentumsvorbehalt – typischerweise zusammen mit der Sicherungsübereignung – immer wieder Anlaß zu Reformüberlegungen, zum Beispiel auf dem **Deutschen Juristentag 1955**<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Ihre Entwicklung ist bei §§ 929, 930 darzustellen.

<sup>48</sup> *Ulrich Huber*, Der Eigentumsvorbehalt im Synallagma, ZIP 1987, 750–759.

<sup>49</sup> Siehe ausführlich *Werner Schubert*, Die Arbeitsgebiete des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht 1934–1936, in: *ders.* (Hg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III 3, 1990, 31–54.

<sup>50</sup> *Heinrich Lehmann*, Reform der Kreditsicherheiten an Fahrnis und Forderungen, Denkschrift (nebst Gesetzesvorschlag) auf Grund der Beratungen des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht, 1937; auch in dem in Fn. 49 zitierten Band, 647–734.

<sup>51</sup> Siehe außerdem, gleichsam als *summa*, *Rolf Serick*, Deutsche Mobiliarsicherheiten. Aufriß und Grundgedanken, Vorlesungen und Vorträge an japanischen Universitäten sowie für Praktiker in Tokio, 1988; sowie *ders.*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Neue Rechtsentwicklungen, 2. Aufl. 1993.

<sup>52</sup> Verhandlungen des 41. DJT 1955, Sitzungsbericht F (»Gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts?«), 3 ff.; vgl. auch schon *Bernd Thiemann*, Die Entwick-

Das **ZGB der DDR**<sup>53</sup> ist auf das System des gesetzmäßigen, hier sogar unabdingbaren Eigentumsvorbehalts zurückgefallen<sup>54</sup>.

## 2. Fragen rund um die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts

Kleine Fragen rankten sich um die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts. Sie hat, als Nebenabrede zur Übereignung, **Vertragscharakter**. Der Abschlußmechanismus wird dadurch bestimmt, daß die aufschiebende Bedingung der dinglichen Einigung beigegeben wird. Nun ist jeder Verkäufer rechtlich in der Lage, die Übereignung nur unter der Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung anzubieten; geht der Käufer darauf ein, ist der Eigentumsvorbehalt zustande gekommen; ist der Käufer nicht einverstanden, kann er von einer Annahme der bedingten Übereignungs-offerte absehen oder das Eigentum unter Inkaufnahme der Bedingung erwerben. Der Verkäufer hat insofern die Möglichkeit, auch einen im Kaufvertrag nicht vorgesehenen Eigentumsvorbehalt durchzusetzen, womit er sich freilich Gegenrechten des Käufers aussetzt (**vertragswidriger Eigentumsvorbehalt**). Für den Verkäufer kommt es darauf an, daß der Wille, die Übereignung zu bedingen, dem Käufer erklärt wird, bevor sich der Tatbestand der Übereignung vollendet hat. Typische Probleme betreffen die erstmalige Erklärung des Eigentumsvorbehalts in Lieferpapieren oder durch Beilage in der Warensendung. Insofern der Eigentumsvorbehalt **typischerweise mittels Allgemeinen Geschäftsbedingungen** gestellt wurde und wird, werden AGB-rechtliche Fragen in die Diskussion einbezogen. Die höchstrichterliche Behandlung von Einzelfragen des Eigentumsvorbehalts ist daher in der Hauptsache Rechtsprechung zur Zulässigkeit bestimmter vorformulierter Klauseln. 11

## 3. Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers

Schon früh wurde erkannt, daß der vertragstreue Käufer nicht mehr gehindert werden kann, seinen Eigentumserwerb herbeizuführen. Dies beruht zentral auf § 161. Ihm kommt insofern offenbar schon eine besondere Rechtsstellung mit Beziehung auf die Kaufsache zu, indem er durch vollständige Kaufpreiszahlung den eigenen Eigentumserwerb herbeiführen kann. Vielfältige Untersuchungen haben sich der Frage gewidmet, wie diese Rechtsstellung zu erfassen und wie sie vor allem mit dem in der Schwebezeit noch fortbestehenden Eigentum des Verkäufers zu koordinieren ist. Durchgesetzt hat sich die schon in den dreißiger Jahren intensiv benutzte, aber schon im 19. Jahrhundert aufgekommene Bezeichnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers als **Anwartschaft oder Anwartschaftsrecht**<sup>55</sup>. Dabei wurde eine ab- 12

lung der Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Diss. iur. Münster 1974, 132 ff.

<sup>53</sup> Oben HKK/Ernst, vor § 433 Rn. 11.

<sup>54</sup> § 139 III ZGB DDR.

<sup>55</sup> Siehe Thiemann, Die Entwicklung der Eigentumsanwartschaft (Fn. 52).

strakte Definition entwickelt, die nun – neben der Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers – auch weitere Rechtspositionen als sogenannte Anwartschaftsrechte erfaßte: Ein Anwartschaftsrecht sei gegeben, wenn von einem mehraktigen Entstehungsstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß der Veräußerer die Rechtsposition des Erwerbers nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann<sup>56</sup>. Unter diese Definition fällt vor allem die Rechtsstellung des Gläubigers eines vormerkungsgesicherten Anspruchs auf Einräumung/Übertragung eines Rechts am Grundstück, doch wurden auch die Stellung des Nacherben nach dem Tod des Erblassers und andere Rechtssituationen als Anwartschaftsrecht angesprochen. Die Annahme, die Zivilrechtsdogmatik habe nun einen gleichsam zwischen dem obligatorischen Forderungsrecht und dem Eigentum stehenden weiteren Typ von Berechtigung entdeckt, ein »wesensgleiches Minus zum Eigentum« (*Ludwig Raiser*), hat zum Ausbau einer regelrechten Dogmatik des Anwartschaftsrechts angespornt. Als Beispiel sei die 1961 erschienene Schrift von **Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften**, genannt<sup>57</sup>. Das Anwartschaftsrecht wurde zum »Faszinosum« (*Wolfgang Krüger*)<sup>58</sup>. Untersucht wurden die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts, die Möglichkeit seines gutgläubigen Erwerbs, seine Eignung als Pfandobjekt, sein Schutz nach Delikts-, Bereicherungs- und Sachenrecht sowie seine Bedeutung als Objekt für die Einzelvollstreckung oder die Insolvenz. Dabei mußte freilich wieder zwischen den verschiedenen, in der Privatrechtsordnung aufgespürten Anwartschaftsrechten unterschieden werden. Es hat auch nicht an Stimmen gefehlt, die gefragt haben, ob nicht die Rechtsstellung des Empfängers einer bedingten Verfügung erfaßt und beschrieben werden kann, ohne sich einer zusätzlichen Rechtsfigur wie der des Anwartschaftsrechts zu bedienen; der Rechtsstellung des Käufers sei durch die §§ 161, 936 III, 986 II gesetzlich bestimmt, die Umsetzung in einen **gesetzesfremden Begriff** könne dem nichts hinzufügen<sup>59</sup>.

Die ganz überwiegende Meinung und auch die Rechtsprechung haben trotz dieser Kritik an der **Figur des Anwartschaftsrechts festgehalten**. Gleichgültig, wie man sich zu dem Begriff des Anwartschaftsrechts stellt – ob man darin eine »Entdeckung« mit juristischem Potenzial oder eine überflüssige Hypostasierung sieht –, handelt es sich jedenfalls um eines der großen Themen des deutschen zivilrechtlichen Diskurses in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Einzelheiten zur rechtlichen Behandlung des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers sind in diesem Werk durch *Thomas Finkenauer* ausführlich dargestellt worden<sup>60</sup>; darauf wird verwiesen.

<sup>56</sup> BGH (v. 5. 1. 1955 – IV 154/54) NJW 1955, 544.

<sup>57</sup> Siehe auch *Apostolos Georgiades*, Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, Zur Theorie der dinglichen Anwartschaften, 1963.

<sup>58</sup> *Wolfgang Krüger*, Das Anwartschaftsrecht, ein Faszinosum, JuS 1994, 905–909.

<sup>59</sup> *Werner Flume*, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161 (1962) 385–408; *Wolfgang Marotzke*, Das Anwartschaftsrecht, ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung? Zugleich ein Beitrag zum Recht der Verfügungen, 1977; *Gerhard Walter*, Kaufrecht, Tübingen 1987, 469f.

<sup>60</sup> *HKK/Finkenauer*, §§ 158–163 Rn. 20ff.

#### 4. Verlängerungen und Erweiterungen des Eigentumsvorbehalts

Der Eigentumsvorbehalt ist in verschiedene Richtungen verfeinert worden. Zu unterscheiden sind einerseits Gestaltungen, die bei der Bedingung ansetzen, deren Eintritt erst den Eigentumserwerb des Käufers auslöst (man spricht vom **erweiterten Eigentumsvorbehalt**), andererseits Gestaltungen, bei denen versucht wird, anstelle der Kaufsache andere Sicherungsobjekte heranzuziehen, um die Kaufpreisforderung zu sichern; hierzu besteht Anlaß, wenn die Kaufsache durch Verarbeitung oder Weiterveräußerung als taugliches Sicherungsmittel entschwindet; man spricht vom **verlängerten Eigentumsvorbehalt**. Zur Abgrenzung nennt man nun den »klassischen« Eigentumsvorbehalt den **einfachen Eigentumsvorbehalt**. 13

Bei der Verlängerung des Eigentumsvorbehalts geht es darum, bei Verarbeitung oder Absatz der Kaufsache, die den einfachen Eigentumsvorbehalt gegenstandslos machen<sup>61</sup>, dem Verkäufer ein anderes Sicherungsobjekt zu verschaffen, und zwar möglichst derart, daß dessen Erwerb schon im voraus so vereinbart ist, so daß er nicht mehr vom Käufer, mit dessen Solvenzschwäche ja immer gerechnet wird, vereitelt werden kann. Für den Fall der **Weiterverarbeitung** bietet sich eine **antizipierte Übereignung des Verarbeitungsprodukts** an, die nach §§ 929, 930 vorgenommen wird. Einzelheiten gehören ins Sachenrecht. 14

Die Verlängerung des Eigentumsvorbehalts durch **Vorausabtretung der Forderung aus dem Weiterverkauf** ist die Ursache eines der ganz **großen Wirtschaftsrechtskonflikte** in der frühen Geschichte der Bundesrepublik geworden. Es ging (und geht) um das **Zusammentreffen des verlängerten Eigentumsvorbehalts mit der globalen Vorausabtretung**<sup>62</sup>. Institutionell standen sich Waren- und Geldkreditgeber (Banken) gegenüber, die sich von demselben Schuldner jeweils die Forderungen aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware hatten abtreten lassen. Wendete man auf das Verhältnis zeitversetzter Vorausabtretungen das **Prioritätsprinzip** an, kamen regelmäßig die Globalzessionen zugunsten der Banken zum Zuge, die ein für allemal abgeschlossen wurden, während Lieferantenwechsel und dergleichen dafür sorgten, daß die Vorausabtretung zugunsten der Warenkreditgeber zeitlich meist kürzer zurücklagen. Diese Lösung, bei der die Geldkreditgeber die Warenkreditgeber vollständig von einem Zugriff auf die Weiterverkaufsforderung verdrängten, schien kaum ausgewogen, so daß etwa – gesetzlich nicht zu begründende – Teilungslösungen vorgeschlagen wurden. Es entbrannte eine heftige literarische Debatte, an der sich neben vielen weiteren Autoren die Crème der seinerzeitigen Zivilrechtswissenschaft betei- 15

<sup>61</sup> Bei der Weiterveräußerung ist an sich denkbar, daß der Eigentumsvorbehalt weitergegeben wird, so daß der Abnehmer des Käufers erst Eigentümer wird, wenn der Erstverkäufer befriedigt wird; die Gestaltung ist nicht sehr praktisch.

<sup>62</sup> Siehe bereits HKK/*Hattenhauer*, §§ 398–413 Rn. 49–51 mit zahlreichen Nachweisen.

ligte, nämlich *Harry Westermann*<sup>63</sup>, *Ernst von Caemmerer*<sup>64</sup> und *Werner Flume*<sup>65</sup>. *Flumes* Analyse der Problematik gab die Lösung vor, die dann durch die **höchstrichterliche Rechtsprechung**<sup>66</sup> zum »law of the land« wurde: Die Vereinbarung des verlängerten Eigentumsvorbehalts bringe die Verpflichtung des Käufers mit sich, die Ware nur derart weiterzuverkaufen, daß durch Wirksamwerden der Vorausabtretung die Forderung aus dem Weiterverkauf dem Lieferanten zukomme. Ein Weiterverkauf, bei dem dies nicht gewährleistet sei, stelle sich gegenüber dem Lieferanten als **Vertragsbruch** dar. Die (globale) Erstzession (zugunsten der Bank) könne sich nicht auf Forderungen beziehen, die nur durch Vertragsbruch und unerlaubte Handlung zur Entstehung kommen könnten: »Die Vorausabtretung künftiger Forderungen bricht sich also am verlängerten Eigentumsvorbehalt«. *Flume* habe damit, so hat man später gesagt, eine Argumentation entwickelt, der »durch staatliches Gesetz nichts vorgegeben war, in der man gleichwohl das politische Element oder das Vorverständnis vergebens suchen wird, die also in der Befolgung der rein juristischen Methode das Ergebnis nicht durch irgendwie konsensfähige Dezision herbeiführt, sondern als rechtliche Erkenntnis findet«<sup>67</sup>.

Die Sachfrage wurde (und wird) weiter diskutiert; zahlreiche Einzelheiten sind im unablässigen Hin und Her zwischen dem Erfindungsreichtum der Kautelarjurisprudenz und der Inhaltskontrolle durch die Gerichte geklärt worden. Obschon auch immer wieder andere Theorieansätze ins Spiel gebracht worden sind<sup>68</sup>, ist doch die sog. »**Vertragsbruchstheorie**« die maßgebliche Grundlage für die Lösung des Konflikts geblieben. Inzwischen erscheint, etwa auch durch sog. **dingliche Teilverzichts- oder Nachrangklauseln**<sup>69</sup>, eine ausgeglichene Beteiligung von Geld- und Warenkreditgebern an dem Sicherungsgut »Weiterverkaufsforderung« erreicht, die von den seinerzeit *praeter legem* vorgeschlagenen Teilungslösungen gar nicht so weit entfernt ist.

<sup>63</sup> Interessenskollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen – Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 23. April 1954 (= Schriftenreihe: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 11), 1954.

<sup>64</sup> *Ernst von Caemmerer*, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 8 (1953) 97–100 = in: H. G. Leser (Hg.), *Ernst von Caemmerer*, Gesammelte Schriften, Bd. II: Gesellschaftsrecht, Währung und Kredit, 1968, 377–402.

<sup>65</sup> *Werner Flume*, Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1959, 841–850 = in: H. H. Jakobs u. a. (Hg.), *Werner Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. I, 1988, 343–367; *ders.*, Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts, NJW 1959, 913–922 = in: H. H. Jakobs u. a. (Hg.), *Werner Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. I, 1988, 368–390.

<sup>66</sup> BGHZ (v. 30. 4. 1959 – VII 19/58) 30, 149, 152 f.

<sup>67</sup> *Horst Heinrich Jakobs/Brigitte Knobbe-Keuk*, Zum Geleit, in: H. H. Jakobs u. a. (Hg.), *Werner Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. I, 1988, VIII; in diesem Sinne auch *Horst Heinrich Jakobs*, Schlusswort: *Werner Flume* und das BGB, AcP 209 (2009) 205–211, hier 208 f.

<sup>68</sup> Siehe zuletzt *Horst Eidenmüller*, Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung, AcP 204 (2004) 457, 481.

<sup>69</sup> Siehe dazu etwa *Wolfgang Ernst*, Zur Präzisierung der sogenannten Nachrangklausel, in: FS für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, 1992, 87–104.



Gehen wir zu der **Erweiterung des Eigentumsvorbehalts** über, dazu also, daß der Eigentumserwerb durch den Käufer von einer erweiterten Bedingung abhängig gemacht wird. An sich steht es den Vertragsparteien frei, die Bedingung, durch welche der Eigentumserwerb des Käufers hinausgeschoben ist, nach ihren Bedürfnissen zu formulieren. So ist man dazu gekommen, daß der Eigentumserwerb an der Kaufsache nicht nur von der Zahlung des gerade für diese geschuldeten Kaufpreises abhängig gemacht wurde, sondern etwa noch von der Befriedigung aller dem Verkäufer gegen den Käufer zustehenden Forderungen (sog. **Kontokorrentvorbehalt**). Das Reichsgericht erkannte die Zulässigkeit des Kontokorrentkredits an<sup>70</sup>, und dem ist der Bundesgerichtshof – mit Einschränkungen – gefolgt<sup>71</sup>.

Noch massiver war die Erweiterung, der zufolge der Eigentumserwerb von der Befriedigung aller Forderungen abhängig gemacht wurde, die den mit dem Verkäufer konzernverbundenen Unternehmen zustehen (sog. **Konzernvorbehalt**). Es konnte nicht unbemerkt bleiben, daß derartige Erweiterungen nicht mehr an der Legitimation des Eigentumsvorbehalts teilhaben, den synallagmatischen Zusammenhang von Verkäufer- und Käuferleistung sicherzustellen. Vielmehr wurde hier die Kaufsache wie bei einer Sicherungsübereignung als Sicherungsgut für kaufvertragsfremde Forderungen eingesetzt. Bei der Ersetzung der Konkursordnung durch die **Insolvenzordnung 1994** hat man durch Einfügung eines Abs. 2 in § 455 BGB<sup>1900</sup> die **Vereinbarung eines Konzernvorbehalts** für **nichtig** erklärt; diese Verbotsnorm besteht (jetzt als § 449 III) auch nach der Schuldrechtsreform. Die Insolvenzordnung enthält übrigens in § 107 InsO hinsichtlich des Wahlrechts des Insolvenzverwalters eine den Eigentumsvorbehalt betreffende Sondervorschrift.

## 5. Der Eigentumsvorbehalt in der Schuldrechtsreform

Die Vorschrift über den Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB<sup>1900</sup>) ist in der Schuldrechtsreform 2002 maßvoll<sup>72</sup> überarbeitet worden; das Ergebnis ist § 449<sup>73</sup>. Auch die neue Bestimmung ist weit davon entfernt, Lösungen für die ganze Breite von Fragen anzubieten, die sich im Zusammenhang mit der Begründung des Eigentumsvorbehalts und mit der Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers ergeben. Die Regelung im Gesetz ist also unverändert **fragmentarisch**. Abs. 1 führt die Auslegungsregel fort, daß ein Vorbehalt des Eigentums im Zweifel als **Vereinbarung einer suspensiven Bedingung der Eigentumsübertragung** gewollt ist.

<sup>70</sup> RGZ (v. 15. 3. 1935 – II 283/34) 147, 321, 325 f.

<sup>71</sup> BGH (v. 23. 11. 1977 – VIII 7/76) NJW 1978, 632.

<sup>72</sup> Viel weiter gehende Reformvorschläge hatte *Ulrich Huber* unterbreitet, der wieder den Eigentumsvorbehalt zum gesetzlichen Regelfall machen wollen; Kaufvertrag, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, 911–949, hier 921 ff.

<sup>73</sup> *Mathias Habersack/Jan Schürnbrand*, Der Eigentumsvorbehalt nach der Schuldrechtsreform, JuS 2002, 833–839.

Das **Verbot des Konzernvorbehalts** ist beibehalten (nun Abs. 3 statt Abs. 2). Gestrichen wurde die in § 455 I BGB<sup>1900</sup> ausgesprochene weitere Auslegungsregel, wonach die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts die weitere Vereinbarung beinhaltet, daß der Verkäufer bei bloßem Zahlungsverzug (also ohne Setzung einer Nachfrist mit Ablehnungsandrohung) zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt sei. In das Gesetz aufgenommen ist nun jedoch noch eine Regelung, die ein **Herausgabeverlangen** der Kaufsache **vom Rücktritt vom Kaufvertrag abhängig** macht; § 449 II. Damit wurde die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>74</sup> in das Gesetz übernommen; dessen **Leitentscheidung** aus dem Jahre 1970 hatte seinerzeit für Aufsehen gesorgt. Der Bundesgerichtshof hatte argumentiert, daß der bloße Ausfall der Suspensivbedingung den Kaufvertrag und damit auch das käuferseitige Recht zum Besitz der Kaufsache unberührt lasse; die seinerzeitige Rechtsüberzeugung war demgegenüber überwiegend dahin gegangen, daß ein vertragsbrüchiger Käufer nach Ausfall der Suspensivbedingung zum nicht berechtigten Besitzer geworden sei.

Der Eigentumsvorbehalt wirkt heute im wesentlichen als bloße »**Verdinglichung**« **des rücktrittsrechtlichen Rückgewähranspruchs** aus § 346, dem damit – alleine durch eine entsprechende Einigung zwischen Verkäufer und Käufer – Insolvenzfestigkeit verschafft wird; außerdem kann der Vorbehaltsverkäufer aufgrund des Eigentumsvorbehalts mittels der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) den Zugriff von Gläubigern des Käufers auf die Kaufsache abwehren. Der Vorbehalt des Eigentums gibt dem Verkäufer aber **kein zusätzliches Druckmittel**, um den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises anzuhalten: Im Fall der Nichtzahlung droht dem Käufer ohnehin – immer nur aufgrund eines Rücktritts des Verkäufers – der Verlust der Kaufsache; daß dieser Verlust durch Geltendmachung der Vindikation (§ 985) anstelle der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs aus Rücktritt (§ 346) erfolgen kann, macht für den Käufer keinen Unterschied. Erheblich ist dieser Unterschied nur im Verhältnis zu den Gläubigern des Käufers, indem die Kaufsache kraft des vorbehaltenen Eigentums nicht zum Haftungsvermögen des Käufers rechnet. Auch die Rückgewähr von Kaufpreistraten und die Nutzungsherausgabe folgen, ohne daß der Eigentumsvorbehalt hierauf Einfluß hätte, den Regeln über Rückgewähransprüche (§§ 346 ff.)<sup>75</sup>. Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts bewirkt also eine »Verdinglichung« des an sich rücktrittsrechtlichen Rückgewähranspruchs.

Die Schuldrechtsreform entschied noch die zuvor umstrittene Einzelfrage, ob der Verkäufer die Sache gestützt auf sein Eigentum noch herausverlangen könne, wenn die **Kaufpreisforderung verjährt** ist und insofern eine reguläre Herbeiführung der Rücktrittsberechtigung daher nicht mehr möglich zu sein scheint: § 216 II 2 läßt dies im Einklang mit der früher herrschenden Ansicht<sup>76</sup> jetzt ausdrücklich zu. Ein gewisses Spannungsverhältnis zum Grundsatz »Keine Sachrückforderung ohne Rück-

<sup>74</sup> BGHZ (v. 1. 7. 1970 – VIII 24/69) 54, 214.

<sup>75</sup> *Diana Marquardt*, Rechtswirkungen des einfachen Eigentumsvorbehalts vor und nach der Schuldrechtsreform, im europäischen Recht und in Projekten der Rechtsvereinheitlichung, 2011, 85 ff., 104 ff.

<sup>76</sup> Es wurde § 223 I BGB<sup>1900</sup> analog auf den Eigentumsvorbehalt angewendet; s. BGHZ (v. 24. 1. 1961 – VIII 98/59) 34, 191 (hier hatte sich der Verkäufer ein Rücknahmerecht für eine ganze Band-

tritt« bleibt hier trotz der klarstellenden Bestimmung durch den Reformgesetzgeber bestehen<sup>77</sup>.

## V. Bewertung und Ausblick

Der Eigentumsvorbehalt ist hinsichtlich beweglicher Sachen vom Gesetzgeber erkennbar anerkannt; im Regelfall soll er als aufschiebende Bedingung des Eigentumsübergangs begriffen werden. Die ausgesprochen fragmentarische Regelung im Gesetz hat indes die Ausgestaltung und Verfeinerung dieser Rechtsfigur ganz der Rechtsprechung und der Kautelarjurisprudenz überlassen. Auf dieser Grundlage ist ein **hochdifferenzierter Rechtskomplex** entstanden. Im deutschen Recht dürften die Probleme des Eigentumsvorbehalts, so wie sie sich aufgrund seines Gebrauchs im Rechtsverkehr ergeben haben, weitgehend als geklärt gelten. Über den Umstand, daß diese Verkäufersicherung besitzlos und insofern ohne Publizität erfolgt, hat man ohne grundlegenden Eingriff des Gesetzgebers natürlich nicht hinauskommen können.

18

Der Eigentumsvorbehalt wird schon seit einiger Zeit von den Bestrebungen um eine **Rechtsvereinheitlichung der Mobiliarsicherheiten** miterfaßt<sup>78</sup>. Dazu besteht Anlaß, weil das Recht des Eigentumsvorbehalts in den verschiedenen Staaten sehr unterschiedlich ausgestaltet ist und eine Verbringung der Kaufsache in das Gebiet eines anderen Staates wegen des für das Sachenrecht einschlägigen *lex rei sitae*-Prinzips den Bestand des Eigentumsvorbehalts **kollisionsrechtlich gefährdet**. Transpositionen wären grundsätzlich denkbar, brechen sich aber regelmäßig an der Registerpflichtigkeit des Eigentumsvorbehalts im Ausland.

Die **Zahlungsverzugsrichtlinie**<sup>79</sup> hat 2000 die gegenseitige Anerkennung von Eigentumsvorbehalten gebracht (Art. 4); die Vorschrift hat indes aufgrund ihrer wenig bestimmten Formulierung eine nennenswerte Rechtsangleichung im Umsetzungswege nicht ausgelöst. Auch von der **2. Zahlungsverzugsrichtlinie**<sup>80</sup> aus dem Jahr 2011 (Art. 9) ist kein weitergehender Impuls zu erwarten.

Regelungen über den Eigentumsvorbehalt finden sich auch in der **EG-Verordnung über das Insolvenzverfahren (EuInsVO)** aus dem Jahre 2000<sup>81</sup>. Deren Art. 7 zielt

---

breite von Fällen vorbehalten); verallgemeinert: BGHZ (v. 7.12. 1977 – VIII 168/76) 70, 96; v. Staudinger/*Honsell*, 13. Bearb. 1995, § 455 Rn. 21 m. w. N.

<sup>77</sup> Kritisch *Andreas Wacke*, Kritik an der Unverjährbarkeit dinglich gesicherter Ansprüche, in: Von der Sache zum Recht. FS für Volker Beuthien zum 75. Geburtstag, 2009, 75–96.

<sup>78</sup> *Ulrich Drobniig*, Mobiliarsicherheiten, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, 2009, 1083–1086 (rechtsvergleichend, Einheitsrechtsprojekte); *Eva-Maria Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, zum Einfluß der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten, 1996.

<sup>79</sup> RL 2000/35.

<sup>80</sup> RL 2011/7/EU, ABl. EU L 48/1.

<sup>81</sup> ABl. EG L 160, 1.

auf eine Insolvenzfestigkeit des Eigentumsvorbehalts auch in einem anderen Mitgliedsstaat als demjenigen, in dem der Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde.

Umfassendere Reformvorhaben gehen schon in die sechziger Jahre zurück. *Helmut Coing* propagierte 1967 ein EWG-weites Netz nationaler Register<sup>82</sup>. Aufgrund der Rechtslagen in den Mitgliedsstaaten dürfte auch heute allein eine Registerlösung konsensfähig sein<sup>83</sup>. Der internationale Meinungsstand spiegelt sich auch in den **UNIDROIT »Convention on International Interests in Mobile Equipment«** (»**CI-IME**«) (Kapstadt 2001), den **»Legislative Guide on Secured Transactions«** der **UNCITRAL** aus dem Jahre 2007 und dem **Model Law on Secured Transactions (MLST)** der **European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)**; diese Regelwerke zeigen, mit welchem Nachdruck um eine Vereinheitlichung im Bereich der Mobiliarsicherheiten gerungen wird.

Im **DCFR** ist die Regelung nicht ganz durchsichtig: Art. VIII.-2:203 erlaubt es, die Eigentumsübertragung aufschiebend und auflösend zu bedingen<sup>84</sup>; die auflösende Bedingung soll nur *ex nunc* wirken. Das Buch IX enthält daneben vorrangige Sonderregelungen für die zu Sicherungszwecken erfolgende Übertragung oder den Vorbehalt des Eigentums<sup>85</sup>. Hier sticht die Registerpflichtigkeit hervor. Sie gilt auch für den Eigentumsvorbehalt, soll dieser Wirkung gegenüber Dritten haben. Den Verfassern schwebt ein zentrales Europäisches Register vor, für dessen Organisation und Verfahren der DCFR bereits ausführliche Regelungen bereit hält.

---

<sup>82</sup> Probleme der Anerkennung besitzloser Mobiliarpfandrechte im Raum der EWG, ZfRV 1967, 65–82.

<sup>83</sup> Siehe statt aller *Eva-Maria Kieninger*, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008) 182–226.

<sup>84</sup> Material und Motive dazu bei *Christian v. Bar/Eric Clive* (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Bd. V, 2009, 4700–4732.

<sup>85</sup> Material und Motive dazu bei *v. Bar/Clive* (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules (Fn. 84) Bd. VI, 2009, 5389–5668; dazu *Anna Veneziano*, Mobiliarsicherungsrecht im zukünftigen akademischen gemeinsamen Referenzrahmen, in: M. Schmidt-Kessel (Hg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009, 125–137; *Marquardt*, Rechtswirkungen des einfachen Eigentumsvorbehalts (Fn. 75) 109ff.