

Professor Dr. Christoph Graf von Bernstorff, Rechtsanwalt, Bremen

Der Gefahrübergang im Auslandsgeschäft

In der Praxis des grenzüberschreitenden Warenverkehrs ist es eine alltägliche Problematik, dass eine Warensendung nach Abschluss eines Kaufvertrages, während des Transports oder aber nach Empfang beim ausländischen Käufer verloren geht bzw. sonstige abhandenkommt, beschädigt oder zerstört wird. Es stellt sich dann die Frage, in wessen Risikosphäre dies geschieht: Hat der Verkäufer noch die Verantwortung für das beschädigte oder abhandengekommene Gut, muss er also eventuell nochmals liefern, oder hat der Käufer bereits alle Verantwortung auf seiner Seite und muss daher den Kaufpreis zahlen? Die Thematik der „Gefahrtragung“ und des „Gefahrübergangs“ ist für Vertragsparteien im Außenhandel möglicherweise schwer zu überschauen; so ist der Gefahrübergang häufig in nationalen Gesetzen kodifiziert wie auch in internationalen Regelwerken enthalten. Daneben bietet sich die Vertragsgestaltung, z. B. mit der Absprache von Lieferbedingungen, als interessenwahrende Alternative an. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick für die deutsche Außenhandelspraxis.

I. Ausgangslage

In der Abwicklung von Kaufverträgen¹ spielt die Frage der Gefahrtragung eine Rolle, wenn die Kaufsache nicht ordnungsgemäß geliefert werden kann, weil sie sich nach Vertragsabschluss verschlechtert hat oder verloren gegangen ist. Im Kaufrecht ist die Regelung des Gefahrübergangs ein zentrales Thema. So ist es von größtem Interesse herauszufinden, welche der Vertragsparteien nach Abschluss eines Vertrages das Risiko des Untergangs, des Verlusts und der Verschlechterung einer Kaufsache trägt und wann das Risiko vom Verkäufer zum Käufer wechselt.

Zur Verunsicherung der Praxis trägt bei, dass es unterschiedliche Ansatzpunkte zur Betrachtung der „Gefahrtragung“ gibt, die auch zu abweichenden Ergebnissen führen können. So haben die Rechtsordnungen der Welt verschiedene Ansätze, wovon sie den Gefahrübergang zwischen den Vertragsparteien abhängig machen². Das internationale (UN-) Kaufrecht (CISG) enthält ebenso Normen zur Gefahrtragung wie freiwillig einsetzbare Regelwerke, die beim Vertragsschluss zum Einsatz gelangen können (beispielsweise Incoterms 2010), und es gibt die Möglichkeit, die (dispositiven) Normen zum Gefahrübergang (z. B. §§ 446 und 447 BGB) durch übereinstimmende Parteivereinbarung (z. B. durch eindeutige Lieferbedingungen) zu ersetzen.

Im deutschen Recht wird zwischen Leistungs- und Gegenleistungsgefahr unterschieden (dazu unten), während das in-

ternationale Kaufrecht (CISG) diese Unterscheidung nicht trifft: Hier steht der Begriff „Gefahr“ nur für das Risiko, dass der Kaufpreis nicht gezahlt wird, da nach dem Verständnis des internationalen Kaufrechts die Leistungsgefahr der Preisgefahr folgt³.

Gegenstand der vorliegenden Abhandlung ist allein die Preisgefahr. Dazu wird kurz die deutsche Rechtslage dargestellt, gefolgt von einem Blick auf die historische Entwicklung der „Preisgefahr“. Darauf baut die Erörterung der Preisgefahr nach den Prinzipien der wichtigsten internationalen Regelungen (Art. 66 und 67 CISG) auf, die Frage des anwendbaren Rechts im internationalen Warenkauf (*lex rei sitae*) sowie schließlich die Darstellung, wie mit einer vertraglichen Regelung der Preisgefahr den Interessen der Vertragsparteien Genüge getan werden kann.

II. Das deutsche Recht

Im deutschen Kaufrecht wird von der Grundregel ausgegangen, dass der Eigentümer einer Kaufsache die Gefahr des zufälligen Untergangs, Verlusts und der Verschlechterung trägt⁴. Dies ist eine logische Folgerung daraus, dass es immer das Problem eines Eigentümers ist, was mit seinem Eigentum geschieht und ob es Schaden nimmt oder abhandenkommt⁵. Der Eigentümer trägt die Sachgefahr, also die Risiken, die von einem Dritten oder aus einer objektiven Sachlage heraus (z. B. Unfall, Naturereignis) zufällig auftreten können. Es ist sein Problem, wenn sich sein Gut zufällig verschlechtert oder sich die Qualität mindert, was auf zufällige

1 Die Problematik des Gefahrübergangs setzt grundsätzlich einen wirksamen Kaufvertrag zwischen den Vertragsparteien voraus (BGH, NJW 1998, 2360 m. w. N.); es spielt dabei keine Rolle, ob ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, und es wird auch nicht unterschieden, ob es um einen Stück- oder Gattungskauf, eine Sach- oder Rechtsgesamtheit usw. geht (BGH, NJW 1998, 2360).

2 Grundlegende Abhandlungen zur Gefahrtragung im internationalen Kaufvertrag finden sich bei Choi, Rechtsvergleichende Untersuchung der Gefahrtragungsregeln im anglo-amerikanischen Recht und im UN-Kaufrecht, Diss. Marburg 1991; Ewert, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, 2007; Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf – eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1982.

3 Vgl. Art 36 CISG: „Der Verkäufer haftet ... für eine Vertragswidrigkeit, die im Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr auf den Käufer besteht ...“.

4 Also ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit i. S. d. § 276 BGB oder Eintreten müssen für einen Dritten/Erfüllungsgehilfen i. S. d. § 278 BGB.

5 *Casum sentit dominus* – das allgemeine Risiko des Verlusts oder der Beschädigung einer Sache trägt der Eigentümer = Sachgefahr. Dieser Begriff der Sachgefahr stammt allerdings nicht aus dem Leistungsstörungenrecht, welches meist direkt mit dem Thema „Gefahrübergang“ verbunden wird: Der Gefahrübergang im Leistungsstörungenrecht versteht sich als Gefahr des Eintritts von Umständen, die eine Leistung erschweren oder unmöglich machen und differenziert dort nach Leistungs- und Gegenleistungs-(oder Preis-)gefahr. Sachgefahr (= Risiko des Eigentümers) und Leistungs-/Preisgefahr (= Abhängigkeit von zufällig eintretenden Umständen, die auf die Kaufsache einwirken) sind daher dogmatisch zu trennen.

Beschädigungen oder sonstige Sachmängel zurückzuführen sein kann.

1. Leistungsgefahr/Preisgefahr

Bis zur Übergabe der Kaufsache an den Käufer trägt der Verkäufer die Risiken der Verschlechterung und des Untergangs der Kaufsache; der Verkäufer trägt die „Leistungsgefahr“, da er z. B. bei Abhandenkommen der Kaufsache erneut leisten muss. Dies ergibt sich aus § 446 BGB. Nach § 446 Satz 1 BGB geht „mit der Übergabe der verkauften Sache ... die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über“ (Hervorhebung durch den Autor). Betroffen sind stets Fälle des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung der Kaufsache, die weder vom Käufer noch vom Verkäufer zu vertreten ist. Nach Übergabe der Kaufsache trägt der Käufer dieses Risiko. Er muss dann trotz Verschlechterung oder Untergangs der Kaufsache zahlen (sog. „Preisgefahr“ oder „Gegenleistungsgefahr“).

Liegt keine zufällige Verschlechterung oder kein zufälliger Verlust der Kaufsache vor, gilt umgekehrt: Ist der Untergang der Kaufsache vom Käufer zu vertreten, so bleibt der Käufer nach § 326 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. BGB zur Gegenleistung (also zur Bezahlung) verpflichtet. Ist der Untergang dagegen vom Verkäufer zu vertreten, wird der Käufer von der Pflicht zur Bezahlung frei (vgl. § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB).

2. Sonderregelung Versandkauf

Für den Versandkauf gelten spezielle Regelungen nach § 447 BGB. Soweit es nicht gerade um einen Verbrauchsgüterkauf geht, bei dem der Käufer ein Verbraucher ist und der diese Vorschrift ausschließt⁶, setzt die Interessenwertung des § 447 BGB Folgendes voraus:

(1) Eine Versendung der Kaufsache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort (Erfüllungsort), an dem der Verkäufer sonst die zur Erfüllung erforderliche Leistungshandlung vorzunehmen hätte (Leistungsort, vgl. § 269 BGB). Beim Versandkauf bleibt der Leistungsort beim Verkäufer, der jedoch verpflichtet ist, die Kaufsache zum Versand zu übergeben, damit die Kaufsache dem Käufer am Erfüllungsort ausgehändigt werden kann. Im Handelsverkehr handelt es sich meist um Schickschulden und damit um Versandungskäufe.

(2) Der Versand muss auf Verlangen des Käufers erfolgen⁷, und die Auslieferung der Sache muss durch den Verkäufer an eine Transportperson erfolgen⁸.

(3) Da bei § 447 BGB ein zufälliger Untergang der Sache gefordert wird, darf keine Vertragspartei den Untergang zu vertreten haben⁹. Besonders zu beachten ist hier: Bei § 447 BGB ist die Transportperson kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers nach § 278 BGB, da beim Versandkauf (= Schickschuld) nur die Übergabe, nicht aber der Transport selbst (dies wäre nur bei der Bringschuld der Fall) eine Verpflichtung des Verkäufers ist. Schließlich muss eine typische Transportgefahr eintreten, so dass die Beförderung ursächlich für Verschlechterung oder Untergang der Kaufsache sein muss.

Liegen die genannten Voraussetzungen beim Versandkauf vor, muss der Käufer nach § 447 BGB trotz Beschädigung oder Untergangs der Kaufsache den Kaufpreis zahlen.

Die Beweislast trägt für den Zeitpunkt des Gefahrübergangs derjenige, der sich darauf beruft. Der Käufer muss beweisen, dass entweder gar kein Versandkauf vereinbart worden war, dass eine bestimmte (nicht gefahrträchtige, andere) Versendungsart vereinbart worden war und/oder dass Ver-

sendungsfehler des Verkäufers oder seiner Gehilfen vorliegen. Der Verkäufer muss beweisen, dass er die Ware an einen Beförderer übergeben hat, gegebenenfalls kein Verschulden trägt und den Versand weisungsgemäß durchgeführt hat.

Die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 446 und 447 BGB sind abdingbar. Der Gefahrübergang kann daher durch Parteivereinbarung zeitlich verlegt, vorgezogen oder verschoben werden¹⁰, und er kann auch vom Eintritt bestimmter Umstände abhängig gemacht werden.

III. Andersartigkeit des deutschen Rechts

Das heutige deutsche Recht steht in Widerspruch zum seit zweitausend Jahren bekannten römisch-rechtlichen Prinzip zum Gefahrübergang. Das deutsche Recht steht auch in Widerspruch zu den Regelungen der wichtigsten globalen Rechtsordnungen, die zentral prägend für die sog. „Rechtskreise“ der Welt sind: So folgen sowohl das englische als auch das französische Recht, die tonangebend für den weitesten englischen oder französischen Rechtskreis sind (die wiederum einen Großteil der Staaten der Welt einschließen), immer noch den seit Römerzeit überlieferten Prinzipien des Gefahrübergangs. Das deutsche Recht dagegen hat sich, beginnend mit dem Allgemeinen Preußischen Landrecht, von der überkommenen Lehre gelöst und folgt mit den im BGB enthaltenen Grundsätzen einem anderen Prinzip des Gefahrübergangs.

Auf die Unternehmenspraxis im Auslandsgeschäft wirkt sich dies nachteilig aus: So muss im internationalen Geschäft regelmäßig geklärt werden, nach welchen Prinzipien im konkreten Einzelfall der Gefahrübergang erfolgt und welche der Kaufvertragsparteien die Verantwortung (Preisgefahr) zu tragen hat.

1. Historische Entwicklung

Zentrum der gesetzlichen Normen beim Gefahrübergang ist die Preisgefahr, die seit alters her Gegenstand der rechtlichen Würdigung war.

So kannte das römische *Recht* nur die „*periculum est emptoris*“¹¹, also die Preisgefahr, die bereits mit Abschluss des

6 § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB. Beim Verbraucherkau findet der Gefahrübergang stets erst statt, wenn die Kaufsache übergeben wird. Abweichende Vereinbarungen „Versand nur auf Gefahr des Käufers“ sind daher wegen §§ 475 Abs. 1 und 474 Abs. 2 Satz 2 BGB unwirksam.

7 Das Versandungsverlangen des Käufers kann bereits im Kaufvertrag niedergelegt sein, es reicht aber auch eine formlose Willenserklärung nach Vertragsschluss aus, die dem Verkäufer zugeht; der Verkäufer darf nicht von sich aus den Versand vornehmen.

8 Beispielsweise nach dem Wortlaut von § 447 Abs. 1 BGB an einen Spediteur (§§ 454 ff. HGB) oder einen Frachtführer, §§ 407 ff. HGB sowie sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Personen. Nach h. M. (Schulze/Wörmer/Hoeren, BGB 6. Aufl. 2009, § 447 Rdnr. 4) genügt auch ein Transport durch die Mitarbeiter des Verkäufers oder ein Transport durch den Verkäufer selbst. Die Begründung dafür ist, dass der Verkäufer beim vom Käufer gewollten Versandkauf den Transport nicht schuldet, so dass er nicht mit Transportrisiken zu belasten sei, wenn er den Transport selbst oder durch eigenen Leute durchführen lässt.

9 Typische Transportgefahren sind Risiken, die mit dem Transport zusammenhängen. Die Beförderung muss also ursächlich für den Untergang oder die Verschlechterung sein.

10 BGH, NJW 1982, 1278; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl. 2012, § 446 Rdnr. 3 und § 447 Rdnr. 4.

11 Der Grundsatz, der seine Wurzeln sogar schon im hellenischen Recht haben und erst durch Justinian ins römische Recht gelangt sein soll, brachte zum Ausdruck, dass der Käufer schon ab Vertragsschluss die Gefahr (*periculum*) tragen musste, während er das Eigentum an der

Kaufvertrags und völlig unabhängig vom Verbleib der Kaufsache von dem Verkäufer auf den Käufer überging. Allerdings galt dieses Prinzip so nur für den Speziaukauf, bei dem der Übergang der Preisgefahr zu den regulären Folgen des Kaufvertrags gehörte¹². Eine Verzögerung des Gefahrübergangs zwischen Vertragsschluss (*emptio contracta*) und Perfektion des Vertrags (*emptio perfecta*) war im römischen Rechts für die Ausnahmefälle bekannt, in denen der Vertrag noch unter einer aufschiebenden Bedingung stand, etwa weil eine Ware noch nicht eindeutig individualisiert war. Erst wenn eine Gattungssache exakt bestimmbar und damit auch preislich absolut exakt berechenbar war, traten diese Bedingung und ihr folgend der Gefahrübergang ein.

Im Mittelalter übernahm das *gemeineuropäische Recht*¹³ der Glossatoren und Kommentatoren die römischrechtlichen Regeln zur Gefahrtragung so, wie sie im *Corpus Iuris* überliefert waren, und auch in der Neuzeit ist die Kontinuität des überlieferten materiellen Rechts im römisch-holländischen¹⁴ und im französischen Recht festzustellen.

Das Naturrecht brach diese Tradition auf und knüpfte den Gefahrübergang erstmals an die Erlangung des Eigentums (und nicht mehr bloß an den Vertragsschluss): *casum sentit dominus*¹⁵. Letztlich veränderte dies aber noch nichts am Ergebnis, da nach wie vor die Rechtsauffassung bestand, dass das Eigentum bereits mit Vertragsabschluss überging – ein Prinzip, das sich übrigens heute noch in den Staaten der romanischen und anglo-amerikanischen Rechtsordnungen¹⁶ findet.

2. Aktuelle Situation

a) Englischer/französischer Rechtskreis

Diese Rechtsentwicklung überwiegt heute weltweit, da die wirtschaftlich wichtigsten Staaten der Welt heutzutage entweder dem Konzept des französischen Rechts (besonders verursacht durch die ehemaligen französischen Kolonien, aber auch durch die Verbreitung in Mittel- und Südamerika durch den spanischen bzw. portugiesischen *Código Civil*) oder des englischen Rechts im *British Empire* (spätere Commonwealth-Staaten) folgen. Englisch wie französisches Recht

- folgen dem Grundsatz *res perit domino*, da die Zeitpunkte von Vertragsschluss, Eigentumsübergang und Gefahrübergang sich decken,
- lassen im Gattungskauf mit der Individualisierung der Ware das Eigentum – und damit die Gefahr – auf den Käufer übergehen
- und haben im Versendungskauf den Grundsatz, dass die Übergabe der Ware an den Beförderer zur Konkretisierung – und damit zu Eigentums- und Gefahrübergang – führt.

b) Deutsches Recht

Das Traditionsprinzip des deutschen (auch österreichischen ABGB-)Rechts hat die Prinzipien des englischen und französischen Rechts durchbrochen. Seit dem preußischen Allgemeinen Landrecht (PrALR) und dem etwas späteren österreichischen ABGB wird für den Eigentumsübergang die Übergabe der Kaufsache verlangt¹⁷; der Gefahrübergang wird daher von der Verschaffung des Besitzes an der Kaufsache abhängig gemacht. Beim Versendungskauf gingen die Verfasser des PrALR davon aus, dass die dem Beförderer übergebene Sache der Übergabe an den Käufer entspreche.

Das BGB normiert das Übergabeprinzip – und stellt sich damit gegen die weltweit vorherrschende Meinung des englischen und französischen Rechts. Daher gilt für das deutsche Recht:

- der Grundsatz *casum sentit dominus* (*Gefahrübergang erst mit Eigentumsübergang*, der beispielsweise eine Übergabe voraussetzt – Übergabeprinzip), § 446 BGB, was gleichermaßen für Spezia- und Gattungskauf gilt. Dabei muss der Verkäufer alle Pflichten nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllen, damit die Gefahr auf den Käufer übergehen kann; die bloße Übergabe reicht nicht aus.
- Beim Versendungskauf gilt nach § 447 BGB, dass der Gefahrübergang mit der Übergabe der Ware an den Beförderer stattfindet.

c) Internationale Regelwerke

Das damalige Einheitliche Kaufgesetz (das vom jüngeren UN-Kaufrecht abgelöst wurde) knüpfte den Gefahrübergang noch an die Lieferung der Ware, während das UN-Kaufrecht (CISG) dem Traditionsprinzip folgt, wie aus Art. 69 CISG hervorgeht. Danach trägt der Käufer die Gefahr ab Übergabe oder, wenn er die Ware an einem anderen Ort abholen muss, ab der Zurverfügungstellung.

Beim Versendungskauf erfolgt der Gefahrübergang gemäß Art. 67 CISG ab dem Moment der Übergabe an den ersten Beförderer. Wird Ware verkauft, während sie sich auf dem

Sache erst durch Übergabe erlangte. Das lag darin begründet, dass der römische Kaufvertrag (*emptio venditio*) seine Wurzeln im Barkauf hatte, in dem der Gefahrübergang zum frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgen sollte. Hierzu grundlegend *Bauer*, *Periculum emptoris*, 1998 m. w. N.; *Ernst*, *Das klassische römische Recht der Gefahrtragung beim Kauf*, Diss. Bonn 1981.

- 12 Nach römischem Recht begründete der Kaufvertrag *nicht* die Verpflichtung, Übergabe und Übereignung zu bewirken, sondern nur, dass der Käufer als „dominus“ die Sache zu erhalten hat; *Ernst* (Fn. 10), S. 73 ff. Der Käufer hat daher einen Anspruch auf Lieferung der Kaufsache. Nur diese schuldrechtliche Zuordnung reicht aus, ihm die Kaufsache auch vermögensmäßig zuzurechnen, so dass er die Gefahr trägt, andererseits aber auch die Nutzungen aus der Sache ziehen darf; *Hager* (Fn. 2), S. 67.
- 13 Das „gemeine Recht“ (*ius commune*) wurde ab dem 11. Jahrhundert europaweit gelehrt. Durch die modernisierende Rezeption des römischen Rechts u. a. bei den Glossatoren wurde dieses zur Grundlage für das kontinentaleuropäische Zivilrecht, das erst durch die Zivilrechtsbücher (z. B. den *Code Napoléon* in den romanischen Ländern, später in Deutschland auch durch das BGB) abgelöst wurde.
- 14 Hierzu die Untersuchungen bei *Bauer* (Fn. 11), §§ 5 und 6.
- 15 Dies steht für: „Der Eigentümer trägt den Schaden“. Die Naturrechtsgelehrten *Grotius* und *Pufendorf* betrachteten die römischrechtliche Regelung als verfehlt, da nicht nachzuvollziehen sei, warum der Käufer mit Vertragsschluss die Gefahr zu tragen habe, obwohl der Verkäufer seine Leistung noch nicht erbracht habe.
- 16 Das französische Recht folgt in Art. 1138 *Code Civil* bis heute dem Grundsatz *res perit domino*, kommt aber trotzdem zu demselben Ergebnis wie der althergebrachte Grundsatz der *periculum est emptoris*-Regel, da die Zeitpunkte von Vertragsschluss, Eigentumsübergang und Gefahrübergang sich decken. Unterschiede gibt es nur, wenn aufgrund Parteivereinbarung ein anderes Ergebnis gelten soll. – Das englische Recht folgt dem Prinzip *res perit domino*, wie sich aus Section 20 *Sale of Goods Act 1979* (*risk follows property*) ergibt: „Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer, but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not“. Auch wenn damit das Ergebnis so aussieht wie im französischen Recht, ist die Herleitung im englischen Recht eine andere: Erst das Zusammenspiel von *action of debt* (Verpflichtung zur Leistung) und *action of detinue* (Vorenthaltung beweglichen Gutes) führt nach englischer Vorstellung dazu, dass das Eigentum an Spezialesachen bereits bei Vertragsschluss auf den Käufer übergeht.
- 17 Die Begründung der Verfasser des PrALR für den Bruch mit dem Prinzip *periculum est emptoris* war, dass diese Regelung nicht mit *casum sentit dominus* harmonisiere und mit der Natur gegenseitiger Verträge nicht vereinbar sei. Außerdem sei es nicht sachgerecht, den Käufer mit der Gefahr zu belasten, obwohl er noch keinerlei Vorkehrungen zum Schutz der Sache treffen könne; vgl. *Hager* (Fn. 2), S. 40.

Gefahrübergang		
Der Gefahrübergang ist sehr unterschiedlich geregelt: Er kann sich <i>aus Normen</i> ergeben, ist aber stets dispositiv (also durch Parteivereinbarung abänderbar).		
Gesetzliche Regelungen		
<i>Weltweites Prinzip</i> (englischer und französischer Rechtskreis)		Prinzipiell erfolgt der Gefahrübergang im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, im Gattungskauf erst mit Individualisierung der Ware und beim Versendungskauf im Moment der Übergabe an den ersten Beförderer.
<i>Deutsches Recht</i>		Traditionsprinzip: Sachgefahr folgt dem Eigentum; Gefahrübergang daher erst bei Eigentumsübergang, §§ 929 und 446 BGB. Versendungskauf, § 447 BGB, Gefahrübergang bei Übergabe an den ersten Beförderer
<i>UN-Kaufrecht</i>	(soweit anwendbar, Art. 1 CISG, bzw. sofern nicht ausgeschlossen, vgl. Art. 6 CISG)	Traditionsprinzip, Art. 69 CISG Versendungskauf, Art. 67 CISG, Übergabe an ersten Beförderer.
<i>GEKR</i>	Kommendes Kaufrecht in der EU, allerdings nur freiwillig anwendbar ¹⁸	Traditionsprinzip, Art. 143 GEKR, <i>Annahme</i> durch den Käufer Versendungskauf, Art. 145 GEKR, Übergabe an den ersten Beförderer.
Regelungen durch Parteivereinbarung		
Dies ist möglich, da die gesetzlichen Bestimmungen zur Gefahrtragung abänderbar (dispositiv) sind.		
<i>Individuelle Parteivereinbarung</i>		Grundsätzlich zulässig, da gesetzliche Regelungen zum Gefahrübergang dispositiv sind. Zulässig (wie individuelle Vereinbarungen). Typisch ist der Einsatz international anerkannter Standardregelwerke, wie z. B. der Incoterms 2010.
<i>Standardisierte Parteivereinbarung</i>		

Abb.: Tabellarische Übersicht über verschiedene Gefahrtragungsregeln

Transportweg befindet, geht nach Art. 68 CISG die Gefahr mit dem Vertragsschluss auf den Käufer über. Die Gefahr wird jedoch bereits im Zeitpunkt der Übergabe der Ware an den Beförderer, der die Dokumente über den Beförderungsvertrag ausgestellt hat, von dem Käufer übernommen, falls die Umstände diesen Schluss nahelegen. Wenn dagegen der Verkäufer bei Abschluss des Kaufvertrages wusste oder wissen musste, dass die Ware untergegangen oder beschädigt war und er dies dem Käufer nicht offenbart hat, geht der Untergang oder die Beschädigung zu Lasten des Verkäufers.

Neueste Entwicklung ist das „Gemeinsame Europäische Kaufrecht“ (GEKR), das auf eine Initiative der Europäischen Kommission zurückzuführen ist und bislang in der Vorlage eines EU-Verordnungsvorschlags vom 10. 11. 2011 mündete. Dieses Kaufrecht soll EU-weit anwendbar sein – allerdings stets nur freiwillig. Unternehmer wie Verbraucher können die Regeln des GEKR anwenden und müssen sich dann auf die entsprechende Anwendbarkeit verständigen, wenn sie Kaufverträge miteinander abschließen. Das GEKR enthält Normen zum Gefahrübergang, die dem deutschen Recht ähneln.

3. Welches Recht „gilt“ im Auslandsgeschäft?

Grundsätzlich ist festzustellen: Vertragsparteien können nicht etwa durch Rechtswahl festlegen, dass für Fragen des Eigentumsübergangs ein bestimmtes nationales Recht gelten soll. Der Eigentumsübergang, der wie beschrieben, ein wichtiger Moment für das Feststellen des Übergangs der

Sachgefahr ist, entzieht sich einer schuldrechtlichen Verabredung von Vertragspartnern.

Eigentum und Eigentumsübergang sind Begriffe des Sachenrechts¹⁹, die sich – bei international privatrechtlicher Betrachtung – nach Art. 43 bis 46 EGBGB²⁰ richten. Daher entscheidet über die dingliche Rechtslage das Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet – bei Kaufgeschäften richtet sich dies nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses²¹. Die danach für die sachenrechtlichen Verhältnisse maßgebliche Rechtsordnung regelt die Entstehung und den Untergang, den Inhalt und die Übertragung dinglicher Rechte und Pflichten. Daraus folgen die nachstehenden Grundsätze:

(1) Die *lex rei sitae* entscheidet im Sachenrecht consequent danach, ob im Auslandsgeschäft ein Eigentumsübergang vom Verkäufer auf den Käufer schon im Moment des Vertragsschlusses erfolgt (Prinzip der anglo-amerikanischen und französischen Rechtsordnungen) oder ob diese erst im Moment der Übergabe (deutsches Prinzip in §§ 929 und 446 BGB) ge-

18 GEKR = „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“, das bislang nur als Vorschlag der EU-Kommission vom 11. 10. 2011 „zur Verordnung über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht“ vorliegt und zu seiner Anwendung grundsätzlich einer entsprechenden Parteivereinbarung bedürfte. Ausführlich hierzu *Graf von Bernstorff*, Gefahrübergang nach Einheitlichem Europäischen Kaufrecht, AW-Prax 2012, 262.

19 Im Sachenrecht ist nach h. M. grundsätzlich keine Rechtswahl (wie im Schuldrecht) möglich, da im Sachenrecht nicht nur die beiden ein Recht wählenden Parteien davon betroffen sind, sondern auch die Verkehrsinteressen Dritter berührt werden; BGH IPRax 1997, 422.

20 Art. 43 Abs. 1 EGBGB: „Rechte an einer Sache unterliegen dem Recht des Landes, in dem sich die Sache befindet.“

21 Sog. „*lex rei sitae*“; dazu auch BGHZ 100, 321 = IPRax 1987, 374 mit Anm. *Stoll*, IPRax 1987, 357.

schieht. Es kommt also auf den Ort an, an dem sich die Ware im Zeitpunkt der Veräußerung befindet.

(2) Welches nationale Schuldrecht im Übrigen für die Beurteilung der schuldrechtlichen Rechte und Pflichten der Kaufvertragsparteien zur Anwendung gelangt, bestimmt sich dagegen nach den international privatrechtlichen Grundsätzen des Schuldstatuts/Vertragsstatuts²².

(3) Verabreden die Vertragsparteien (beispielsweise im Rahmen einer Lieferbedingung ihres Kaufvertrages) eine „Gefahrtragungsklausel“, treffen sie damit eine schuldrechtliche Vereinbarung darüber, welche Partei die wirtschaftlichen Folgen eines Schadens, der durch Beschädigung oder Abhandenkommen einer Kaufsache entstanden ist, tragen soll. Diese schuldrechtliche Vereinbarung unterliegt mithin nicht der *lex rei sitae*, sondern dem normalen Vertragsstatut. Das ist der Grund dafür, warum eine individuell vereinbarte Gefahrtragungsklausel eine wichtige Hilfestellung für deutsche Exporteure darstellt: Würde bei jedem einzelnen deutschen Exportgeschäft das gesamte Transportrisiko beim Lieferanten verbleiben, bis die Kaufsache beim ausländischen Abnehmer eingetroffen ist, wäre diese Situation (die sich aus dem Prinzip der *lex rei sitae* ergäbe) unerträglich. Hier ist es wirtschaftlich stets zweckmäßig, eine gesonderte Regelung zu den wirtschaftlichen Folgen eines Gefahrtritts zu treffen.

4. Versandungskaufgeschäfte

Auslandsgeschäfte von Unternehmen sind im Regelfall Geschäfte des *Versendungskaufs*. Es ist typisch, dass der Käufer die Ware nicht beim Lieferanten abholt, sondern darum bittet, ihm die Kaufsache zuzusenden. Beim Versandungskauf kann es problematisch sein herauszufinden, welches Recht für den Gefahrübergang gilt. Nach h. M. findet beim Versandungskauf ein Statutenwechsel²³ statt – es ändert sich allerdings nur der Lageort der Ware, die sich vom Exportland ins Importland bewegt. Auf den Eigentumsübergang wirkt diese Situation wie folgt:

(1) Ein nach den Regeln des ursprünglichen Lageortes (am Absendeort) bereits eingetretener Eigentumsübergang²⁴ bleibt bestehen, da es nur darauf ankommt, ob der Tatbestand, an den das Recht des Absendelandes den Eigentumsübergang knüpft, verwirklicht wurde²⁵.

(2) Wird der Eigentumsübergang im Absendeland nicht erfüllt²⁶, geschieht dies aber nach den Regeln des Empfangslandes, gilt das Recht des Empfangslandes, sobald die Ware in dieses Land gelangt und die dort für den Eigentumsübergang erforderlichen Voraussetzungen erfüllt werden.

(3) Das Recht des Durchgangslandes ist grundsätzlich nicht von Bedeutung.

(4) Ist über die Ware ein Versandpapier ausgestellt worden, das sie verkörpert (z. B. ein Konnossement), entscheidet das Recht des Lageortes dieses Dokuments nur darüber, nach welchen nationalen Rechtsregeln das Dokument zu behandeln ist. Ob die Übergabe des Papiers die Übergabe der Ware ersetzen kann, muss nach den Rechtsregeln des Ortes entschieden werden, an dem die Ware sich befindet²⁷.

IV. Abdingbarkeit des Gefahrübergangs

Das Grundprinzip des Gefahrübergangs ist abdingbar – was sich auf die wirtschaftlichen Folgen auswirkt, die die Beteiligten des Kaufvertrags zu tragen haben. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung²⁸ kann der Gefahrübergang verlegt, vorgezogen oder verschoben werden. Er darf auch von bestimmten tatsächlichen Erfordernissen abhängig gemacht werden. Die Beweislast für den Zeitpunkt des Gefahrübergangs trifft denjenigen, der sich darauf beruft. Da es da-

mit letztlich auf die Beweisbarkeit einer der Gesetzesregelung widersprechenden Vereinbarung ankommt, empfiehlt es sich in der Praxis, eine einschlägige Lieferbedingung schriftlich zu fixieren.

Die Vereinbarung von Lieferbedingungen ist daher in dieser komplexen Materie der Gefahrtragung ein wesentliches Hilfsmittel in der Außenhandelspraxis. Der Einsatz individuell gestalteter Gefahrtragungsregeln oder aber die Nutzung von standardisierten Klauseln, etwa der Incoterms, deren wichtiger Bestandteil stets – und je nach gewählter Incoterms-Klausel unterschiedlich – eine Aufteilung der Gefahrtragung zwischen Verkäufer und Käufer ist, kann daher im Praxiseinsatz nur dringend empfohlen werden.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

Bei internationalen Kaufgeschäften stoßen deutsche Unternehmen fast immer auf einen (Auslands-)Markt, dessen Rechtsverständnis zum Eigentumsübergang und zur Gefahrtragung unterschiedlich ausgeprägt ist. Normen des internationalen Kaufrechts (CISG) und des im Entstehen begriffenen GEKR sind abweichend ausgeprägt und formuliert. Das kann in der Praxis zur Verunsicherung im internationalen Warenkauf führen.

Hilfreich ist es daher zu erkennen, dass diese Rechtsregeln dispositiv sind, soweit es um die wirtschaftlichen Folgen der Gefahrtragung geht: Es lässt sich durch Parteivereinbarung, durch individuelle Gefahrtragungsklauseln oder aber durch den Einsatz standardisierter Lieferbedingungen (z. B. Incoterms 2010²⁹) sicherstellen, dass ein Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien hergestellt und zugleich klar gemacht wird, welche der Parteien bis zu welchem Moment der Vertragsabwicklung die Sachgefahr zu tragen hat.



Prof. Dr. Christoph Graf von Bernstorff

Rechtsanwalt in Bremen, seit 1984 Ständiger Mitarbeiter der RIW. Als Professor für Internationales Wirtschaftsrecht an der Hochschule Bremen lehrt er dort Internationales Wirtschaftsrecht. Seine vielfältigen Buchveröffentlichungen zum internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht gehören in Unternehmens- wie auch Bankpraxis zu den Standardwerken.

22 Dazu Art. 3 und 4 ROM I-VO.

23 Zum Begriff *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 27 13.

24 Ein sog. „abgeschlossener Tatbestand“ liegt vor, wenn die dingliche Rechtsänderung bereits vollständig unter einem Statut vollzogen wurde. Das neue Statut des Empfangslandes der Ware erkennt diesen abgeschlossenen Tatbestand in seiner ursprünglichen sachenrechtlichen Prägung vollständig an; BGHZ 39, 173, 175.

25 Beispiel: Eine (Import-)Ware wird in Hongkong gekauft und soll nach Deutschland geliefert werden. Da nach dem Recht des Lieferlandes mit der Konkretisierung der Ware ein Eigentumsübergang auf den deutschen Importeur erfolgt, geht automatisch und zeitgleich auch die Sachgefahr auf ihn über.

26 Beispiel: Deutsches Exportgeschäft; der Eigentumsübergang in Deutschland erfolgt mangels Übergabe noch nicht (§ 447 wird hier systematisch einmal außer Betracht gelassen!), so dass der Verkäufer so lange die Gefahr trägt, bis diese entweder nach den Regeln des § 447 BGB oder aber nach den Regeln des ausländischen Bestimmungslandes auf den Käufer übergehen. Hierzu auch BGH, RIW 2009, 567.

27 St. Rspr. seit RGZ 119, 215, 216.

28 BGH, NJW 1982, 1278.

29 Vgl. hierzu und mit einer ausführlichen Kommentierung aller aktuell einsetzbaren Incotermsklauseln Graf von Bernstorff, Incoterms 2010, 2. Aufl. 2012.