

Schriften zur Europäischen  
Rechts- und Verfassungsgeschichte

---

Band 23

# Periculum emporis

Eine dogmengeschichtliche Untersuchung  
zur Gefahrtragung beim Kauf

Von

Martin Bauer



Duncker & Humblot · Berlin

*Martin Bauer* · *Periculum emptoris*

**Schriften zur Europäischen  
Rechts- und Verfassungsgeschichte**

Herausgegeben von Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster,  
Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken  
Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Regensburg

**Band 23**

# Periculum emptoris

Eine dogmengeschichtliche Untersuchung  
zur Gefahrtragung beim Kauf

Von

Martin Bauer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Bauer, Martin:**

Periculum emptoris : eine dogmengeschichtliche Untersuchung  
zur Gefahrtragung beim Kauf / von Martin Bauer. – Berlin :  
Duncker und Humblot, 1998

(Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte ;  
Bd. 23)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09496-4

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0937-3365

ISBN 3-428-09496-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg.

An erster Stelle möchte ich mich ganz herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Reinhard Zimmermann, für die intensive Betreuung der Arbeit, insbesondere für die zahlreichen Anregungen, die interessierten Gespräche und das angenehme Arbeitsklima am Lehrstuhl, bedanken.

Des Weiteren gilt mein Dank dem Cusanuswerk für die ideelle und finanzielle Förderung in Form eines Promotionsstipendiums.

Schließlich möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. Hans-Jürgen Becker für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und bei Herrn Johann Andreas Dieckmann für die sorgfältige Korrektur des Manuskripts bedanken.

Literatur und Rechtsprechung konnten bis Ende August 1997 berücksichtigt werden.

München, im Mai 1998

*Martin Bauer*



## **Inhaltsverzeichnis**

<b>§ 1 Einleitung</b>	17
<b>§ 2 Das klassische römische Recht</b>	26
I. Periculum est emptoris.....	26
II. Emptio perfecta.....	27
1. Der bedingte Kauf .....	31
2. Der Kauf aus konkretem Vorrat .....	38
3. Der Kauf mit Preisbestimmung ad mensuram.....	41
4. Der Wahlkauf.....	46
5. Der Weinkauf, insbesondere der Degustationsvorbehalt .....	48
6. Die publicatio der Kaufsache vor der Übergabe .....	55
III. Die Haftung des Verkäufers für custodia.....	59
IV. Die Auswirkungen von Leistungs- und Annahmeverzug .....	64
V. Commoda und incommoda .....	68
VI. Evaluierung der römischen Gefahrtragungsregel.....	72
<b>§ 3 Das justinianische Recht</b>	80
I. Kontinuität zum klassischen Recht .....	80
II. Veränderungen im Bereich der Verkäuferhaftung .....	81
1. Das Verschuldensprinzip.....	81
2. Das Utilitätsprinzip .....	86
3. Das Gesamtbild der Verkäuferhaftung im Corpus Iuris .....	90

<b>§ 4 Das gelehrté mittelalterliche Recht</b>	93
I. Die scholastische Präsentation der Gefahrtragungsregeln.....	93
II. Die Entwicklung des Gattungskaufs .....	98
III. Die Konsolidierung des Utilitätsprinzips .....	107
<b>§ 5 Das römisch-holländische Recht</b>	113
I. Die Bedeutung und Beschaffenheit des römisch-holländischen Rechts.....	113
II. Die Grundregel der Gefahrtragung beim Kauf.....	117
1. Das Erbe des <i>mos italicus</i> : <i>Periculum est emptoris</i> .....	117
2. Der Einfluß des Humanismus: Begründungzwang .....	121
3. Der Einfluß des Naturrechts: überpositive Legitimationsbestrebungen ..	133
4. Der Praxisbezug: Integration von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht.....	136
a) Der Verkauf von Immobilien .....	136
b) Der Hauskauf im Winter .....	141
5. Zwischenbetrachtung.....	142
III. Die Einzelheiten des Gefahrtragungsrechts.....	143
1. Perfektion als Voraussetzung für den Gefahrübergang .....	143
2. Der bedingte Kauf .....	144
3. Die <i>emptio ad quantitatem</i> und ihre Untergruppen .....	146
a) Die Lehr- und Handbuchliteratur .....	147
b) Die forensische Praxis .....	151
c) Die wissenschaftlichen Abhandlungen.....	157
aa) Der reine Gattungskauf .....	157
bb) Der Kauf aus konkretem Vorrat .....	158
cc) Der Kauf mit Preisbestimmung <i>ad mensuram</i> .....	159
4. Die <i>emptio ad gustum</i> .....	162
IV. Die Haftung des Verkäufers .....	167
1. Die Haftung für <i>dolus</i> und <i>culpa</i> .....	167
2. Die Nachwirkungen der <i>custodia</i> -Haftung .....	169
a) <i>Custodia als diligentia exactissima</i> .....	169

Inhaltsverzeichnis	9
b) Custodia als besondere Haftungsvereinbarung .....	173
c) Die Abgrenzung zwischen Haftung und Gefahr mit Hilfe objektiver Typologie .....	174
V. Die Auswirkungen von Leistungs- und Annahmeverzug .....	176
VI. Commoda und incommoda .....	177
VII. Kurze Bilanz.....	180
<b>§ 6 Das südafrikanische Recht</b>	<b>182</b>
I. Die Elemente des südafrikanischen Rechts .....	182
II. Die Grundregel der Gefahrtragung beim Kauf.....	185
1. Periculum est emptoris .....	186
2. Dogmatische Rechtfertigung und Kritik.....	191
3. Die Geltung der periculum-Regel beim Kauf von Immobilien .....	198
4. Die Abdingbarkeit der periculum-Regel .....	199
III. Die Einzelheiten des Gefahrtragungsrechts.....	202
1. Perfektion als Voraussetzung für den Gefahrübergang .....	203
2. Der bedingte Kauf .....	203
3. Der Kauf auf Probe.....	206
4. Die Auflösung der gemeinrechtlichen emptio ad quantitatem in ihre Untergruppen.....	208
5. Der Gattungskauf .....	213
a) Die Leistungsgefahr .....	215
b) Die Preisgefahr.....	221
6. Der Kauf mit Preisbestimmung ad mensuram .....	229
7. Der Versendungskauf.....	236
IV. Die Haftung des Verkäufers .....	243
V. Die Auswirkungen von Leistungs- und Annahmeverzug .....	246
VI. Commoda und incommoda .....	247

<b>§ 7 Zusammenfassung</b>	253
I. Das klassische römische Recht.....	253
II. Das justinianische Recht .....	255
III. Das mittelalterliche Recht.....	257
IV. Das römisch-holländische Recht.....	258
V. Das südafrikanische Recht .....	261
VI. Schluß .....	265
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	268

## **Abkürzungsverzeichnis**

A	Appellate Division
a.A.	andere Ansicht
A.C.J.	Acting Chief Justice
a.E.	am Ende
A.J.	Acting Judge
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AD	Reports of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa
Ad & E	Adolphus and Ellis' Reports, Queen's Bench
Afr.	Africanus
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Aleyn	Aleyn's Reports, King's Bench
Alf.	Alfenus
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Annual Survey	Annual Survey of South African Law
App Cas	Law Reports, Appeal Cases
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Plural)
B.	Baron
B & Ad	Barnewall and Adolphus' Reports, King's Bench

B & C	Barnewall and Cresswell's Reports, King's Bench
B & S	Best and Smith's Reports, Queen's Bench
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BIDR	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano
Bing (NC)	Bingham's New Cases, Common Pleas
Buch	Buchanan's Reports, Cape Supreme Court
bzw.	beziehungsweise
C	Cape Provincial Division
C.	Codex Iustinianus
c.c.	code civil
C.J.	Chief Justice
Camp	Campbell's Reports, (Nisi Prius) King's Bench, Common Pleas, Home Circuit
Cass. req.	Cour de Cassation, Chambre des Requêtes
CB	Common Bench Reports, Common Pleas, By John Scott
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMBC	Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis
Co.	Company
Coll.	Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum
Cowp	Cowper's Reports, King's Bench
CPD	Reports of the Cape Provincial Division
D	Durban and Coast Local Division
D.	Digesta
d.h.	das heißt
Dall.	Dalloz
Dig.	Digesta
Diss.	Dissertation
Dunl	Dunlop, Bell & Murray's Reports, Second Series Session Cases
E	Eastern Cape (Local) Division
E & B	Ellis and Blackburn's Reports, Queen's Bench

East	East's Reports, King's Bench
EDC	Reports of the Eastern Districts Court of the Cape of Good Hope
EDL	Reports of the Eastern Districts Local Division
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
ER	English Reports
etc.	et cetera
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FIRA II	Fontes iuris Romani anteiustiniani, Pars Altera, Auctores
Fn.	Fußnote
fr.	fragmentum
Fr. Vat.	Fragmenta Vaticana
Gai.	Gaius
Gai. Inst.	Gaius, Institutiones
GI	Giurisprudenza Italiana
gl.	glossa
griech. ZGB	griechisches Zivilgesetzbuch
Grot.	Grotius
GrünhZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Hrsg.: Grünhut, Wien)
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre
H & C	Hurlstone and Coltman's Reports, Exchequer and Exchequer Chamber
HCG	Reports of the High Court of Griqualand
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere

Inst.	Institutiones Iustiniani
IRMAE	Ius Romanum Medii Aevi
it. c.c.	italienischer codice civile
Iul.	Iulianus
Iura	Rivista internazionale di diritto romano e antico
J.	Judge
J.A.	Judge of Appeal
J.P.	Judge President
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (bzw.: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports, King's Bench Division
l.	lex
Lab.	Labeo
Lit.	Literatur
LQR	The Law Quarterly Review
LR CP	Law Reports, Common Pleas Cases
LR QB	Law Reports, Queen's Bench
Ltd.	Limited
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Maec.	Maecianus
Matth.	Matthäus
Menz	Menzies' Reports, Cape Supreme Court
Mod.	Modestinus
Moore PC	Moore's Privy Council Cases
N	Natal Provincial Division
n.	nota
NBW	Nieuwe Burgerlijk Wetboek
NC	Northern Cape Division
Ner.	Neratius

## Abkürzungsverzeichnis

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLR	Natal Law Reports
NPD	Reports of the Natal Provincial Division
NRH	Nouvelle revue historique de droit français et étranger
O	Orange Free State Provincial Division
OIR	Orbis Iuris Romani
OR	schweizerisches Obligationenrecht
OR	Official Reports, High Court of the South African Republic
P.S.	Pauli Sententiae
Pap.	Papinianus
Paul.	Paulus
Pomp.	Pomponius
pr.	principium
PrALR	preußisches Allgemeines Landrecht
Pty.	Proprietary
QB	Law Reports, Queen's Bench Division
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RH	Revue historique de droit français et étranger
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
Rn.	Randnummer
Roscoe	Roscoe's Reports, Cape Supreme Court
S.	Seite
SA	South African Law Reports
SALJ	South African Law Journal
SC	Reports of the Supreme Court of the Cape of Good Hope
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
Searle	Searle's Reports, Cape Supreme Court
sec.	section
SECL	South-Eastern Cape Local Division
span. c.c.	spanischer código civil

span. c.com.	spanischer código de comercio
T	Transvaal Provincial Division
TH	Reports of the Witwatersrand High Court
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TPD	Reports of the Transvaal Provincial Division
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
TS	Reports of the Transvaal Supreme Court
u.a.	und andere
UCC	Uniform Commercial Code
Ulp.	Ulpian
v.	versus
vgl.	vergleiche
W	Witwatersrand Local Division
WEX	Wahlfach Examinatorium
WLD	Reports of the Witwatersrand Local Division
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romantische Abteilung)

## § 1 Einleitung

Mit dem Begriff der Gefahr wird im Kaufrecht das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache bezeichnet. Gegenstand des Konzepts der Gefahrtragung ist die Rechtsfrage, ob der durch einen solchen Schadensfall entstandene wirtschaftliche Verlust vom Verkäufer oder vom Käufer zu tragen ist. Der für die Gefahrtragung maßgebliche Zeitraum beginnt mit dem Abschluß des Kaufvertrages und endet mit dessen Erfüllung. Die Frage der Gefahr stellt sich somit nie beim Barkauf, sondern immer nur beim gestreckten Kauf.

Die Gefahrtragung bedarf aber nicht nur einer zeitlichen Fixierung, sondern muß auch inhaltlich, und zwar von dem Bereich der Haftung, abgegrenzt werden. Die Gefahrtragungsregeln nehmen eine Risikozuweisung für zufällige Ereignisse vor. Ein Schaden wird jedoch nur dann als zufällig eingestuft, wenn er von keiner der Vertragsparteien zu vertreten ist. Die Haftungsregeln beschränken folglich den Bereich der Gefahrtragung. Wo die Grenzlinie zwischen Haftung und Gefahr verläuft, hängt davon ab, wie streng oder milde der im Kaufrecht geltende Haftungsmaßstab ausgestaltet ist.

Da der Kauf ein Austauschvertrag mit wechselseitigen Leistungspflichten ist, kann sich das wirtschaftliche Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache sowohl im Rahmen der Leistungspflicht des Verkäufers (Leistungs-, Sachgefahr) als auch in Hinblick auf die Pflicht des Käufers zur Gegenleistung (Gegenleistungs-, Preisgefahr) realisieren. Unter dem Begriff der Leistungs- oder Sachgefahr versteht man das Beschaffungsrisiko des Verkäufers. Dieses Risiko existiert als rechtliches Wertungsproblem nur beim Gattungskauf. Es geht dabei um die Frage, ob der Verkäufer im Falle der Vernichtung oder Beschädigung der von ihm zur Erfüllung des Kaufvertrags vorgesehenen Waren weiterhin zur Leistung vertragsgemäßer Stücke aus der Gattung verpflichtet bleibt. Beim Stückkauf dagegen ist die Kaufsache individuell bestimmt. Eine rechtliche Beurteilung der Leistungsgefahr erübrigt sich, da die Nachbeschaffung einer einzigartigen Sache per definitionem ausgeschlossen ist. Wenn ein irreparabler Schaden die Kaufsache befällt, dann ist eine vertragsgemäße Leistung faktisch nicht mehr möglich. Die rechtliche Entscheidung, ob der Verkäufer in diesem Fall eine Sekundärleistung - Schadensersatz wegen Nickerfüllung - erbringen muß, gehört nicht zum Gefahrtragungs-, sondern zum Haftungsbereich. Beim Stückkauf kann sich ein Gefahrtragungsproblem also nur auf Seiten der Gegenleistungs- oder Preisgefahr stellen. Die Gegenleistungsgefahr betrifft die Frage, ob der Verkäu-

fer im Falle des Untergangs oder der Verschlechterung der Kaufsache den Anspruch auf den Kaufpreis ganz oder teilweise verliert, oder ob der Käufer zur Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet bleibt, obwohl er die von ihm gewünschte Leistung nicht oder nicht vollständig erhält. Mit anderen Worten: das Risiko des Wegfalls oder Fortbestands der Gegenleistung.

Die Diskussion über die Zuweisung der Gefahr ist in den vergangenen 2000 Jahren nie zum Erliegen gekommen. Das hängt allgemein damit zusammen, daß die Entscheidung über das Schicksal von Leistung und Gegenleistung von zentraler Bedeutung für das Kaufrecht ist. Je nachdem wie sie ausfällt, werden die von der einen oder der anderen Vertragspartei in das Geschäft gesetzten Erwartungen erfüllt oder enttäuscht. Das rege Interesse an der Gefahrtragung beim Kauf hat aber auch eine besondere Ursache, die weit zurück in der Rechtsgeschichte liegt. Es handelt sich um die eigenartige und berüchtigte Gefahrtragungsregel des antiken römischen Rechts, die bis heute das europäische Vertragsrecht beeinflußt.

Im römischen Recht<sup>1</sup> galt der Satz *periculum est emptoris*. Damit wurde zum Ausdruck gebracht, daß der Käufer schon ab Vertragsschluß die Gefahr (*periculum*) der Kaufsache zu tragen hatte. Das Eigentum erlangte er aber erst mit der Übergabe. Der römische Kaufvertrag (*emptio venditio*) hatte seine Wurzeln im Barkauf. Der Barkaufgedanke wirkte noch in den Strukturen des klassischen obligatorischen Kaufs fort. Eine Konsequenz davon war, daß der Vertragstyp der *emptio venditio* nur den Stückkauf beheimaten konnte. Gattungsschulden mußten durch andere rechtliche Formen, wie etwa die *Stipulation*, begründet werden. Deshalb spielte beim römischen Stückkauf die Leistungsgefahr keine Rolle. Der Begriff *periculum* bezog sich nur auf die Preisgefahr. Die Regel *periculum est emptoris* zielte darauf, eben dieses Risiko zum frühestmöglichen Zeitpunkt, also ab Vertragsschluß, dem Käufer zuzuweisen. Somit gehörte der Übergang der Preisgefahr zu den regulären Wirkungen des Kaufvertrags. Gleichzeitig ergab sich daraus aber auch eine Reihe von Ausnahmefällen, in denen der Kaufvertrag seine vollen Rechtswirkungen erst dann entfalten konnte, wenn bestimmte, für den Gefahrübergang zwingend erforderliche Voraussetzungen erfüllt waren. Die Römer unterschieden in diesen Fällen zwischen dem Abschluß (*emptio contracta*) und der Perfektion des Kaufs (*emptio perfecta*). Zu einem Auseinanderfallen von Vertragsschluß und Perfektion oder - anders ausgedrückt - zu einer Verzögerung des Gefahrübergangs kam es, wenn der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung stand; denn bis zum Bedingungseintritt war noch nicht sicher, ob die Sache wirklich verkauft war. Des Weiteren war eine Belastung des Käufers mit der Gefahr erst dann möglich, wenn das verkauftes Stück eindeutig individualisiert war. Hatte der Käufer zehn Amphoren Wein aus dem Weinkeller des Verkäufers erstan-

---

<sup>1</sup> Unten § 2 und § 3.

den, so konnte man erst dann mit Sicherheit sagen, für welche zehn Amphoren er die Gefahr trug, wenn sie von den anderen abgesondert waren. Darüber hinaus war es ausgeschlossen, dem Käufer die Preisgefahr aufzubürden, solange die Höhe des Kaufpreises nicht ohne weiteres bestimmt werden konnte. War zum Beispiel ein ganzer Speicher voll Getreide zu einem Preis pro Scheffel verkauft, so stand zwar die Kaufsache fest, doch konnte man die Preisgefahr nicht beziffern, solange man nicht durch Zumessung ermittelt hatte, wie viel Scheffel Getreide der Speicher tatsächlich enthielt.

Das gemeineuropäische Recht des Mittelalters<sup>2</sup> und der Neuzeit<sup>3</sup> übernahm die im *Corpus Iuris Civilis* überlieferten römischen Gefahrtragungsregeln im wesentlichen unverändert. Allerdings interpretierte man schon seit der Zeit der Glossatoren die Quellen in einem Punkt neu. Man sah nunmehr den Kauf lediglich gattungsmäßig bestimmter Sachen als eine mögliche Variante der *emptio venditio* an. Dadurch entstand zum ersten Mal das Problem der Leistungsgefahr beim Kauf. Der Gattungskauf und damit die Leistungsgefahr wurden jedoch recht stiefmütterlich behandelt. Der Stückkaufcharakter der römischen Texte ließ sich nämlich nicht unterdrücken; vielmehr förderte er unterschwellig die Tendenz, die systemfremde Gattungsschuld im erstbesten Moment in die geordneten Bahnen der Stückschuld zurückzuführen. Sobald der Gattungskauf das Stadium erreicht hatte, in dem bestimmte Waren aus der Gattung individualisiert waren, wurde das Geschäft von da an als Stückkauf betrachtet und der vertrauten Regel *periculum est emptoris* unterworfen. Auf diese Weise blieben der Stückkauf und die Preisgefahr auch im *ius commune* im Vordergrund. Die Struktur des Kaufrechts wurde nach wie vor von der römischen Gefahrtragungsregel regiert, insbesondere was die regulären Rechtswirkungen des Vertragsschlusses, aber auch das ausnahmsweise Auseinanderfallen von Vertragsschluß und Perfektion betrifft.

Der Bruch mit der gemeinrechtlichen Tradition wurde durch das Naturrecht<sup>4</sup> vorbereitet. Die Naturrechtler hielten die Gefahr für einen notwendigerweise mit dem Eigentum verbundenen Nachteil der Sache: *res perit domino*. Aus diesem Grund kritisierten sie das römische Kaufrecht, das den Gefahrübergang regelmäßig auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses legte, obwohl das Eigentum erst mit der Übergabe übertragen wurde. Der Gedanke der Untrennbarkeit von Eigentum und Gefahr fand schon bei den gemeinrechtlichen Autoren große Beachtung, wurde aber erst im Zeitalter der Partikularisierung des europäischen Rechts tatsächlich in geltendes Recht umgesetzt. Die frühen Naturrechtskodifikationen<sup>5</sup> wandten sich bewußt von der gemeinrechtlichen Regel *periculum est*

<sup>2</sup> Unten § 4.

<sup>3</sup> Unten § 5 für die niederländische Ausprägung des *ius commune*.

<sup>4</sup> Unten § 5, II, 3.

<sup>5</sup> Siehe dazu *Hager*, Gefahrtragung, S. 39 ff.