

Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer)

I. Geltendes Recht

OR 185 Abs. 1 bestimmt, daß im Regelfall Nutzen und Gefahr der Sache mit Abschluß des Vertrages auf den Käufer übergehen. Im Vordergrund steht der Gefahrübergang. Wenn aus irgend welchen Gründen nach Abschluß des Kaufvertrags, aber vor Lieferung des Kaufgegenstandes, dieser verschlechtert wird oder untergeht, hat der Käufer trotzdem den vereinbarten Preis zu bezahlen; er trägt die sogenannte *Preisgefahr*. Diese Regel wird präzisiert hinsichtlich des Gattungskaufs, wo der Effekt des Gefahrübergangs erst mit der Ausscheidung, allenfalls Versendung, eintritt (OR 185 Abs. 2) und hinsichtlich des Grundstückkaufs, bei dem am Prinzip nichts geändert, dessen Anwendungsbereich aber eingeeengt wird, indem der Verabredung eines Zeitpunkts der "Übernahme" der Liegenschaft die Bedeutung der Vereinbarung des Gefahrübergangs in diesem Moment beigelegt wird (OR 220). Die Belastung des Käufers mit der Preisgefahr bedeutet eine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip, das sonst bei allen synallagmatischen Verträgen gilt, wonach im Falle des Unmöglichwerdens einer Leistung der seine Leistung nicht erbringende Teil die vertragliche Gegenleistung nicht beanspruchen kann (OR 119 Abs. 2).

Die Stimmung ist gegenüber der heutigen Regelung der sogenannten Preisgefahr nicht günstig¹. Immerhin verteidigt

¹ Vgl. etwa PHILIPPE MEYLAN, *Periculum est emptoris*, Explication historique de l'art. 185, al. 1 CO, S. 11, und PETER LIVER, *Besonderheiten des Viehkaufs*, S. 123 f., beide in Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, *Vom Kauf nach schweizerischem Recht*, Zürich 1950 (S. 9-40 bzw. 109-140). Das *Bundesgericht*

sie v. BÜREN, der sie in seinem Lehrbuch des Obligationenrechts als eine "eminente kaufmännische Regel" bezeichnet². Ich möchte meine Zweifel anmelden. Wenn diese Auffassung zutreffen würde, so müßten die Kaufleute das Prinzip des Übergangs der Preisgefahr mit Vertragsschluß in ihre vertraglichen Gefahrtragungs-Vereinbarungen hinübernehmen und eine Gefahrtragung des Käufers insbesondere in jene Verträge einführen, die nicht schweizerischem Recht und nicht der Regel von OR 185 Abs. 1 unterstehen. Die kaufmännischen Kurzklauseln *cif*, *fob*, *fas*, *ex works*, die heute als *Incoterms* eine einheitliche Deutung erfahren haben, stellen eine reiche Skala von Möglichkeiten der Fixierung des Gefahrübergangs, die vom Moment des Verlassens des Lagerplatzes des Verkäufers bis zum Eintreffen beim Käufer reichen, zur Verfügung, wobei keine einzige dieser Kurzklauseln den Gefahrübergang bereits im Moment des Vertragsschlusses vorsieht³.

(84 II 161) stellt fest, daß OR 185 allgemeinen Rechtsprinzipien wie auch den Vorstellungen des Publikums widerspricht und deshalb restriktiv zu interpretieren sei.

² BRUNO v. BÜHREN, Obligationenrecht, Zürich 1964, S. 388, mit der immerhin beachtenswerten Begründung, der Kaufvertrag verpflichte den Verkäufer, die Ware aufzubewahren und hindere ihn, sie anderweitig zu verwerten (ein Gesichtspunkt, der so lange überzeugt, als man davon ausgehen kann, der Aufschub der Ablieferung sei durch den Käufer veranlaßt; vgl. dazu unten bei Anm. 15-16, Anm. 17). Der Käufer habe auch den Vorteil der Sache, nämlich bei Preissteigerungen (eine Überlegung, die angesichts der heutigen inflationären Wirtschafts- und Währungspolitik richtig wird, jedoch weder im alten Rom noch bei der Schaffung des OR gespielt haben dürfte).

³ Vgl. Drucksache Nr. 166 der Internat. Handelskammer "Incoterms 1953"; Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen (3. Aufl. Frankfurt a.M. 1967), Beitrag "Lieferklauseln".

II. Gründe, die gegen die Gefahrtragung des Käufers sprechen

Die Ablehnung dieses Prinzips hat eine Reihe von einleuchtenden Gründen:

Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist oft schwer bestimmbar, jedenfalls allermeist schwerer bestimmbar als der Zeitpunkt der Ablieferung der Ware. Soll Absenden oder Eintreffen der Annahmeerklärung hier den maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses konstituieren? Wann ist der Vertrag perfekt, wenn infolge besonderer Umstände eine Offerte keine Annahme erfordert? Notgedrungen schwer bestimmbar ist der Gefahrübergang sodann, wenn die verkaufte Ware bei Vertragsschluß noch gar nicht besteht, sondern erst hergestellt werden muß.

Die Gefahrtragungsregel von OR 185 Abs. 1 läßt sich *nicht konsequent durchführen*, sondern muß durch Ausnahmen durchbrochen werden. Das Gesetz läßt eine Abweichung vom Prinzip zu, wenn "besondere Verhältnisse ... eine Ausnahme begründen". Wann dies zutrifft, ist schwer kalkulierbar. Ich würde meinen, daß dies etwa dann der Fall sein muß, wenn der Verkäufer bei Vertragsschluß noch gar nicht Eigentümer der verkauften Ware ist und diese untergeht, bevor er sie erworben hat, insbesondere natürlich, wenn er sie seinerseits nicht bezahlen muß. Es lassen sich noch viele Fälle denken, die eine Ausnahme rechtfertigen. Hierher gehört auch der Fall des *Doppelverkaufs*, wo der Verkäufer m. E. von keinem der beiden Käufer den Preis soll fordern dürfen⁴.

⁴ BERNHARD WINDSCHEID, dem HERMANN BECKER, Komm. OR 185 N. 17, folgt, gesteht dem Verkäufer einen Preiszahlungsanspruch gegenüber dem zweiten Käufer zu. Gegenüber dem ersten Käufer wird er verweigert mit der Begründung, der zweite Verkauf stelle diesem gegenüber eine Arglist dar. Woher aber weiß man, daß der Verkäufer nicht schließlich doch dem ersten Käufer, oder nach einem weiteren Verkauf gar einem Dritten geliefert hätte? Vgl. die Darstellung der lebhaften pandektistischen Kontroverse bei WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. von TH. KIPP, Frankfurt a.M. 1906, § 390 (S. 666).

Wenn sich die Ware nach Vertragsschluß verschlechtert oder sie gar untergeht, ist über die Frage ein Streit fast unvermeidlich, ob nicht der *Verkäufer den Schaden verschuldet* habe, ihn hätte verhüten können und müssen, in welchem Fall er seinen Anspruch einbüßt. Denn Schädigungen treten selten ein, ohne daß ein Einfluß der Art der Verpackung, Verwahrung, Bewachung und Wartung nicht wenigstens im Bereich des Möglichen liegt.

Die *periculum emptoris*-Regel ist singulärer Art und auf den Kaufvertrag beschränkt. Das schafft zusätzliche Probleme bei *gemischten Vertragstypen*. Hier sei nur erinnert an die Verträge, die mitten zwischen Kauf- und *Werkvertrag* drinstehen, bei dem die Gefahr bis zur Ablieferung beim Unternehmer verbleibt (OR 376 Abs. 1), der auch die Gefahr des von ihm gelieferten (in einem wirtschaftlichen Sinne verkauften) Stoffes trägt (OR 376 Abs. 2).

Das gewichtigste Argument gegen die geltende Ordnung scheint mir zu sein, daß diese *sich in der deutschen Schweiz in keiner Weise einbürgern konnte* und auch heute noch als Fremdkörper empfunden wird⁵. Es sollte nachdenklich stimmen, daß eine nun seit bald 90 Jahren herrschende Regel den angesprochenen Kreisen entweder gar nicht bekannt ist oder doch wenigstens häufig nicht in Tat umgesetzt wird, weil die Beteiligten sie als unangemessen betrachten. Dispositives Recht soll nicht bloß eine sachlich gute Regelung der Verhältnisse bringen, sondern vor allem auch eine Regelung, die dem Denken der Beteiligten entspricht und von der man annehmen kann, daß sie gewissermaßen den unausgesprochen gebliebenen Willen der Parteien verkörpere in dem Sinn, daß die Parteien eine Vereinbarung, die in der Richtung der dispositiven Norm liegt, getroffen hätten, wenn das Problem überhaupt gesehen worden wäre.

⁵ Vgl. dazu LIVER, a.a.O., S. 123/24 und, besonders für den Viehkauf, S. 126. – Nach BGE 84 II 161 ist OR 185 "contraire aux conceptions généralement admises dans le public".

Wenn heute an eine Revision des Kaufrechts nicht zu denken ist, so bleibt doch das *Postulat, die Gefahrtragungsregelung von OR 185 innerhalb des vom Gesetz gezogenen Rahmens möglichst restriktiv anzuwenden*. Dieses Anliegen anerkennt auch BGE 84 II 1965 S. 161, und in zahlreichen Fällen wird der dort beschrittene Weg, nämlich Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung eines von OR 185 abweichenden Gefahrübergangs (in casu durch Vereinbarung eines Erfüllungsortes), helfen können. Die Gerichtspraxis wird sich schließlich auch vermehrt darauf besinnen können, daß nicht bloß Parteivereinbarung, sondern auch das Vorliegen "besonderer Verhältnisse" es erlaubt, vom allgemeinen Gefahrtragungsprinzip abzuweichen.

III. Rechtsgeschichtlich-rechtsvergleichende Einordnung von OR 185

Wie allbekannt geht das Prinzip von OR 185 Abs. 1 auf das *römische Recht* zurück. *Cum autem emptio et venditio contracta sit ... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit* (Inst. 3, 23, 3). Vom gemeinen Recht und der Pandektistik wurde diese Regel rezipiert, wenn auch schon früh sich Widerstand regte. Die wissenschaftliche Ablehnung scheint so überwiegend zu sein⁶, daß in den naturrechtlichen Kodifikationen das Prinzip keinen Eingang findet: Das *Allgemeine Preußische Landrecht* statuiert ausdrücklich Gefahrübergang im Zeitpunkt der Sachübergabe (ALR Erster Theil, Eilfter Titel § 95); im Ergebnis gleich die Regel des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs Österreichs (§§ 1064, 1048/51). Der *Dresdener Entwurf* sieht in § 429 wörtlich vor: "Bis zur Übergabe der verkauften Sache

⁶ Im französischen Sprachbereich wenden sich JACQUES CUJAS/CUJACIUS und JEAN BERBEYRAC gegen das Prinzip. Vgl. MEYLAN a.a.O., S. 39 A. 38.

trägt der Verkäufer ... die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache." Das *Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch* übernimmt zwar grundsätzlich die *periculum emptoris*-Regel, bringt jedoch eine interessante und praktisch sehr wesentliche Einschränkung: Die Gefahr geht erst dann über, wenn nicht bloß der Vertrag geschlossen, sondern der Verkäufer auch erfüllungsbereit ist (... die Sache so zur Verfügung des Käufers steht, daß dieser sie beliebig zur Hand nehmen kann", § 1438). Die Preisgefahr des Käufers wird damit auf Tatbestände eingeschränkt, bei denen der Aufschub der Sachübergabe, der überhaupt erst das Problem der Gefahrtragung schafft, durch den *Käufer veranlaßt* ist. Das *deutsche* BGB bestimmt in § 446 Abs. 1: "Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.". Das *Handelsgesetzbuch* bringt für den Handelskauf keine Sondervorschrift. Die Regel des BGB, die sich, wie bereits der *Dresdener Entwurf*, von der pandektistischen Lehre des 19. Jahrhunderts distanziert, ist wohl die sachlich angemessenste und wäre *de lege ferenda* auch für die Schweiz zu postulieren.

Die römischrechtliche bzw. schweizerische Lösung regelt die Gefahrtragung unabhängig vom Eigentum: der Käufer ist gefahrbelastet, bevor er Eigentümer geworden ist. In diesem Punkt ist ähnlich aber auch das BGB, das nicht auf den Eigentumsübergang, sondern die *faktische Aushändigung* der Sache abstellt, sodaß bei Verkauf unter Eigentumsvorbehalt die Eigentumsübertragung dem Gefahrenübergang möglicherweise um Jahre nachfolgt. Ganz anders nun die Lösung des *französischen Code Civil*, die von der Idee her verstanden werden muß, daß die Gefahrtragung mit dem *Eigentum* an der Sache einhergehen soll, damit sich der Satz "*casum sentit dominus*" auch im Bereich des Kaufrechts verwirkliche. Dies ist die eine Säule der französischen Regelung, die als allgemeines Prinzip vorausgesetzt wird, in Art. 1138 Abs. 2 jedoch ihren Niederschlag findet.

Die andere Säule ist die für das französische Recht eigentümliche *Translativwirkung schuldrechtlicher Verträge*: Verträge auf Eigentumsübertragung, von denen der wichtigste natürlich der Kauf ist, bewirken bereits mit dem Vertragsschluß auch den Eigentumsübergang⁷. Diese für das französische Zivilrecht eigentümliche Lösung, die unserer Vorstellungsweise, die sich an der Dualität von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft orientiert, ganz fremd ist, muß aus der französischen Rechtsgeschichte heraus verstanden werden. Hauptfaktor wird die für das französische Naturrechtsdenken charakteristische ideologische Überhöhung der menschlichen Vernunft sein, die von Naturrechts wegen und nicht kraft positiven Rechts Verträge (mit bloßem Konsens) bindend macht. Von dieser Betrachtungsweise ist es ein kleiner Schritt zur Überlegung, daß diese Verträge, die kraft der Vernunft der Vertragschließenden wirksam sind, ihre Wirkung soweit als möglich bereits im Moment des Konsenses auslösen sollen, also etwa, daß bei einem Vertrag auf Eigentumsübertragung diese bereits mit Vertragsschluß eintreten soll⁸.

Die beiden Elemente: Gefahrtragung verbunden mit dem Eigentum einerseits, Eigentumsübertragung mit Vertragsschluß andererseits, bringen ein Resultat zustande, das im praktischen Ergebnis wiederum auf eine Gefahrtragung des Käufers hinausläuft, obwohl für den französischen Juristen

⁷ Vgl. Art. 711 des *franz. CC*, der das dritte Buch "des différentes manières dont on acquiert la propriété" eröffnet: "La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation ... et par l'effet des obligations." CC Art. 1583, der in diesem Zusammenhang meist genannt wird, bringt bloß eine Bestätigung, keine Verdeutlichung des Prinzips.

⁸ Wahrscheinlich wurde der Übergang zur Konzeption der Translativwirkung schuldrechtlicher Verträge erleichtert durch die heute verschwundene Denkfigur der *iura ad rem*, einer bereits im Hochmittelalter anzutreffenden, im Lehnrecht wurzelnden Vorstellung, die zwischen persönlichem und dinglichem Recht mittendrinsteht und etwa als obligatorischer Anspruch mit der Möglichkeit der Sachverfolgung bei Dritten gedacht werden kann.

Gefahrtragung des Eigentümers vorliegt: (L'obligation de livrer) "rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite ..." (art. 1138 al. 2). Das französische System weist sämtliche Nachteile auf, die wir OR 185 angelastet haben.

Diese rechtsvergleichenden Bemerkungen dürfen beschlossen werden mit einem Hinweis auf die *Haager Konvention des Jahres 1964 über den internationalen Fahrniskauf*⁹, die einen vorläufigen Abschluß der Bemühungen um die Schaffung eines vereinheitlichten Rechts des internationalen Handelskaufs darstellt. Dieses Konventionswerk übernimmt die Translativwirkung schuldrechtlicher Verträge des CC fr. nicht, sondern macht in Art. 18 die Eigentumsübertragung wie die Sachübergabe zur Pflicht des Verkäufers. Der Gefahrübergang wird in einem eigenen Kapitel (Kap. VI, Art. 96-101) behandelt, wobei die Grundregel dahin lautet, daß die Gefahr mit der *Sachübergabe* (délivrance/delivery) auf den Käufer übergeht (Art. 97 Ziff. 1). Es wird, wie auch nicht anders erwartet werden kann, jene Lösung verwirklicht, die nicht bloß in Deutschland und Österreich geltendes nationales Kaufrecht ist, sondern auch den heutigen Vorstellungen des internationalen Handelsverkehrs am nächsten kommt.

IV. Zur Entstehungsgeschichte von OR 185

Der Vorläufer von OR 185, aOR 204, stellte das Resultat langwieriger parlamentarischer Auseinandersetzungen dar¹⁰. Näheres Zusehen zeigt, daß es weniger die Folge besonderer

⁹ "Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels" vom 1.7.1964 (Editions "Unidroit", Rom 1965). Vgl. dazu auch ANDRÉ TUNC, Commentaire des Conventions de La Haye ... sur la vente internationale ... (ohne Ort und Jahr), bes. S. 99-107.

¹⁰ Vgl. die Darstellung bei WALTHER EGLI, Gefahrtragung vom Kaufvertrag, Diss. Zürich 1926, S. 65-70.

Anhänglichkeit an romanistische Überlieferung war, daß das OR die pandektistische Lösung übernahm, als vielmehr *Nachgiebigkeit gegenüber der welschen Minderheit*, die sich zum Anwalt der Gefahrtragung des Käufers machte, weil sie mit der Herübernahme dieses Prinzips den praktisch wichtigsten Punkt der ihr vertrauten Regelung, die ja ganz dem französischen Code Civil nachgebildet war¹¹, retten konnte.

Nach allem ergibt sich das eigentümliche Resultat, daß die Vorschrift von OR 185 in ihrer äußeren Erscheinung und dogmatischen Konstruktion reinste romanistisch-gemeinrechtliche Tradition verkörpert, eine Tradition, die sonst nirgends mehr aufrecht erhalten wird, daß aber, wenn wir die gesetzgeberischen Kräfte betrachten, die zur heutigen Lösung geführt haben, vernunftrechtliches Gedankengut im französischen Code Civil – auf dem Umweg über dessen Rezeption in der Westschweiz – als direkte Ursache betrachten müssen¹².

V. Lassen sich für die *periculum emptoris*-Regel sachliche Gründe im antiken Bereich finden?

Neben der sachlichen Angemessenheit der *periculum emptoris*-Regel ist auch immer wieder deren Geltung im klassischen römischen Recht bestritten und die Stelle Inst. 3, 23, 3 als eine *justinianische Fehlinterpretation* hingestellt worden, so anscheinend bereits im 16. Jahrhundert

¹¹ Vgl. etwa den *Code Civil du Canton de Vaud* des Jahres 1820, dessen Art. 501 und 1113 fast wörtlich mit franz. CC 711 und 1583 übereinstimmen.

¹² Vgl. LIVER a.a.O., S. 124. – Es ist demnach gerade umgekehrt, als EMIL SECKEL und ERNST LEVY, Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, ZRG rom. Abt. 47 (1927) S. 121 annehmen: das "Übergabeprinzip" des BGB ist nicht "ein Opfer naturrechtlichen Denkens", sondern Resultat zutreffender praktischer Beurteilung. Naturrechtliches Denken hat vielmehr zur französischen Lösung und indirekt zu OR 185 geführt.

(CUJAS). Besonders in unserem Jahrhundert nimmt die Zahl jener zu, die diesem Prinzip im vorjustinianischen Recht überhaupt keine Geltung zugestehen oder diese auf einen beschränkten Bereich einengen¹³. Als Nichtromanist gestattet sich der Schreiber kein Urteil über die Frage, ob wir in OR 185 eine "romanistische" Tradition weiterführen, die im klassischen Recht keine Grundlage hat und nur durch historische Irrtümer veranlaßt ist. Abschließend sei trotzdem noch ein Wort zu der Kontroverse um die Frage der römischen Gefahrtragung angebracht, einer Kontroverse, an der sich die Gemüter prominentester Vertreter des Fachs erhitzt haben.

Die Auseinandersetzung geht von der weitgehend akzeptierten Prämisse aus, daß die Gefahrtragungsregel, wie sie in Inst. 3, 23, 3 exponiert wird, sachlich gesehen eine unangemessene, ungerechte Lösung sei¹⁴. Es ist zur Hauptsache dieser Ausgangspunkt, der dann zu den Thesen führt, diese Regel habe entweder gar nicht oder doch nicht in dieser Allgemeinheit gegolten, oder aber zu Erklärungsversuchen, die das als geltend akzeptierte Prinzip als die notwendige Folge des römischen Rechtssystems, als zwangsläufiges Produkt

¹³ Die Auffassung, im klassischen Recht habe der *Verkäufer* die Gefahr getragen, wird am entschiedensten von FRANZ HAYMANN, Textkritische Studien zum röm. Obligationenrecht II, in ZRG rom. Abt. 41 (1920), S. 44-185, vertreten (mit Hinweisen auf Vorläufer S. 45 A. 2). Vgl. im übrigen die bei MAX KASER, Römisches Privatrecht, Bd. I, München 1955, S. 460 A. 33 genannten Autoren sowie MEYLAN a.a.O. und neuerdings EMILIO BETTI, Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen, in ZRG rom. Abt. 82 (1965), S. 1-23, und H. P. BENÖHR, Das sog. Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen röm. Rechts, Hamburg 1965, S. 86 ff. Die Auffassung der zuletzt genannten Autoren weist in Richtung der von HAYMANN vorgetragenen.

¹⁴ In diesem Sinn vorab HAYMANN, der a.a.O., S. 49 davon spricht, daß es gälte, durch Erweisung des *periculum est emptoris*-Satzes als Fälschung einen "Fleck vom Ehrenschild der römischen Juristen" auszutilgen. Weiterhin MEYLAN a.a.O., S. 11.

jener historischen Faktoren hinstellt, die die Entwicklung des römischen Kaufrechts bzw. des Rechts der Eigentumsübertragung bestimmt haben. Diesen *romanistischen Ausgangspunkt, sachliche Unangemessenheit der periculum emptoris-Regel*, möchte ich kritisch beleuchten, was den Leser erstaunen muß, nachdem ich selber für das heutige Recht diese Meinung entwickelt habe.

In den Diskussionen, wenigstens soweit ich sie überblicke, ist seit langem nicht mehr der Versuch unternommen worden, der Regel von Inst. 3, 23, 3 einen guten Sinn zu geben. Dieser Versuch müßte ja nicht auf romanistische Theorien, sondern auf wirtschaftlich-praktische Überlegungen aus der Sicht des römischen Altertums gestützt werden. Sofern der Romanist eine sachliche Rechtfertigung versucht, geschieht das meist mit dem Hinweis, daß der römische Kauf seinem Idealtypus nach *Bargeschäft* sei¹⁵, womit gesagt ist, daß eine Abweichung vom Zug-um-Zug-Geschäft, die ja die Frage der Gefahrtragung überhaupt erst stellt, offenbar im Interesse des Käufers erfolge, der nun auch die Nachteile zu tragen habe.

Dieser Erklärungsversuch liegt in der richtigen Richtung, nur kann er weiter ausgebaut werden. Der Typus des Kaufvertrags, an dem sich der römische Jurist als Normalfall orientiert, ist nicht bloß Barkauf, sondern auch *Marktkauf*. Wenn man dies einmal weiterverfolgt, erkennt man bald, daß ein Auseinanderfallen von Vertragsschluß und Vertragsabwicklung nicht bloß durch Interessen des Käufers veranlaßt wird (der diesfalls meist das nötige Geld nicht hat, um die Ware gleich zu kaufen), sondern daß die Verschiebung der Vertragsabwicklung *für den Verkäufer außerordentlich lästig und nachteilig* ist. Wer Ware auf den Markt bringt, ist als Verkäufer so gut wie immer erfüllungsbereit. Wenn nun der Mann, der sein Tier auf den Markt treibt in der Hoffnung, abends mit gefülltem Beutel

¹⁵ Z. B. JÖRS/KUNKEL/WENGER, Römisches Recht § 141 A. 8.

heimzukehren, sich von einem Kaufsinteressenten bereden läßt, ihm das Tier auf einen späteren Zeitpunkt zu verkaufen (was bedeutet, daß er es abends wiederum heimnehmen und behalten muß, bis dann der Käufer einige Wochen später sein Geld beisammen hat und das Tier abholt), nimmt ein außerordentliches Opfer auf sich, nicht nur, weil er ja nicht so sicher sein kann, ob sich der Käufer wirklich noch einfinden wird, sondern auch, weil er seine Ware, die er auf den Markt gebracht hat, dort nun nicht mehr verkaufen darf, selbst wenn sich ein barzahlender Käufer fände¹⁶, ganz abgesehen von den mit dem Rücktransport verbundenen Umtrieben und Aufwendungen. Der Umstand, daß im Normalfall, der dem Juristen vor Augen steht, einzig der Käufer ein Interesse an einem Aufschub des Austausches von Ware und Preis haben kann, zudem aber auch, was zu wenig beachtet wird, der *Verkäufer ein schweres Opfer* bringt, vermag vielleicht doch zu erklären, weshalb eine *periculum emptoris*-Regel, was sie auch immer im einzelnen bedeutet haben möge, akzeptiert werden konnte: Es soll derjenige die Nachteile eines Untergangs tragen, dessen Interessen so ganz einseitig den Aufschub der Vertragsabwicklung veranlaßt haben.

Die hier behauptete *Ausrichtung des römischen Kaufrechts auf den Marktkauf* wird nicht widerlegt durch den Umstand, daß die Quellen nicht in besonderem Maße auf Marktkaufsituationen Bezug nehmen. Die Bedeutung des Marktkaufs wird hinlänglich illustriert durch die entscheidende Bedeutung des *aedilizischen Einflusses* auf die Ausgestaltung des Kaufrechts. Die *actio redhibitoria* und die *actio quanti minoris*, die zum Vorbild der für alle kontinentalen Kaufrechtsordnungen charakteristischen Wandelungs- und Minderungsklage geworden sind, gehen auf die *Marktpolizei* bzw. *Marktgerichtsbarkeit der Aedile* zurück; *Kaufrecht ist in diesem Sinne Marktrecht*.

¹⁶ Im Falle des Doppelverkaufs hat der römische Verkäufer anscheinend nicht bloß zivilrechtliche, sondern auch *strafrechtliche Sanktionen* zu befürchten. Dig. 48, 10, 21; EGLI a.a.O., S. 30.

Um anschaulich zu machen, daß der römische Jurist, wenn er von *emptio venditio* spricht, den Marktkauf vor Augen hat, müßte man eine *Kultur- und Sozialgeschichte des Marktes* schreiben. Die Bedeutung des Marktplatzes, des *forums*, im antiken mediterranen Raum als Mittelpunkt jeder menschlichen Begegnung, Ort der Information und Unterhaltung, Schauplatz politischer Aktionen, kann überhaupt nicht hoch genug angeschlagen werden und ist heute, vor allem nördlich der Alpen, nur noch schwer einfühlbar. Erst wenn man sich vergegenwärtigt, daß das geschäftliche Leben und damit die meisten rechtlich bedeutsamen Vorgänge sich auf dem *forum* abspielen (das nebenbei auch Gerichtsstätte wird), gewinnen rechtsgeschäftliche Formen wie die *mancipatio* und die anderen *negotia per aes et libram*, die ursprünglich vor fünf Zeugen geschlossen werden, Plastizität. Erst recht kann man den Sinn der *stipulatio* als einer formellen Wechselrede erst erfühlen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die mit ihr bewerkstelligten Geschäfte vor einer breiteren Öffentlichkeit, d. h. eben auf dem Marktplatz, geschlossen werden, wo man einen aufmerksam folgenden Kreis von Zuschauern bzw. Zuhörern mit Selbstverständlichkeit voraussetzen kann¹⁷.

Ich glaube, daß jene Romanisten, die die Gefahrtragsregel als unvermeidliche Folge der römischen Institutionen darstellen und damit die Gefahrtragung des Käufers gewissermaßen als einen durch die historische Entwicklung bedingten Betriebsunfall darstellen, dem römischen Recht und den römischen Juristen ein Unrecht antun, hat doch der Zwang der Überlieferung in Rom auf die Dauer nie vermocht,

¹⁷ Demgegenüber kann sich der heutige Jurist nicht an einem bestimmten Kauftypus (Marktkauf, Barkauf oder dgl.) orientieren, weil die möglichen und häufig vorkommenden Kaufsituationen zu verschiedenartig sind. Deshalb ist die Annahme nicht mehr zulässig, daß Abweichungen von der Grundform der Sachübergabe bei Vertragsschluß durch Interessen des Käufers bedingt, oder daß derartige Abweichungen für den Verkäufer besonders nachteilig seien.

Lösungen durchzusetzen, die sich nicht als sinnvoll rechtfertigen ließen.

Wenn meine These richtig ist und der Satz "periculum est emptoris" demnach, ganz unerachtet in welchem Umfang er im klassischen römischen Recht gegolten habe, im Raume einer antiken Mittelmeerkultur einen guten Sinn haben kann, unter heutigen Verhältnissen jedoch schlechtes Recht darstellt, kann OR 185 als Illustration des *Mephisto-Wortes* aufgefaßt werden: "*Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage ...*". Wie dem auch sei, die vorstehenden Überlegungen möchten gezeigt haben, daß selbst in einem Rechtsgebiet mit jahrtausendealter Rechtstradition wie dem Kaufrecht die Verhältnisse nicht so statisch sind, daß nicht jede Generation die Dinge überdenken und das ihr gemäße Recht neu erwerben müßte.