

Inhaltsverzeichnis

Seite

| | |
|-----------------------------|------|
| Vorwort | V |
| Abkürzungsverzeichnis | XVII |
| Literaturverzeichnis | XXI |

1. Teil Einleitung

| | |
|--|----|
| 1. Kapitel: Periculum obligationis | 3 |
| A. Abgrenzung zur Sachgefahr | 3 |
| B. Leistungsgefahr und Preisgefahr als Ausformungen des periculum obligationis | 5 |
| 2. Kapitel: Gesetzliche Grundlagen | 7 |
| 3. Kapitel: Vorausgesetzte Prämissen: Unmöglichkeit und Zufall | 9 |
| A. Vorbemerkungen | 9 |
| B. Unmöglichkeit | 9 |
| C. Zufall | 11 |
| 4. Kapitel: Wirtschaftliche Auswirkungen möglicher Gefahrenverteilungen | 16 |
| A. Einleitung | 16 |
| B. Gesetzlich erfaßte Varianten | 17 |
| I. Die Leistungsgefahr trifft den Verkäufer | 17 |
| II. Die Leistungsgefahr trifft den Käufer, die Preisgefahr den Verkäufer .. | 19 |
| III. Die Leistungsgefahr und die Preisgefahr treffen den Käufer | 21 |
| IV. Zwischenergebnis | 21 |
| C. Theoretische Möglichkeiten einer Teilung der Gefahr | 22 |
| I. Die Leistungsgefahr wird geteilt, die Preisgefahr trifft den Verkäufer ... | 22 |
| II. Die Leistungsgefahr wird geteilt, die Preisgefahr trifft den Käufer | 23 |
| III. Die Leistungsgefahr trifft den Käufer, die Preisgefahr wird geteilt | 23 |
| D. Ergebnis | 24 |
| 5. Kapitel: Fortgang der Untersuchung | 25 |

2. Teil

Die Gefahrtragung beim Spezialeskauf – die Regeln der Preisgefahr

| | |
|--|----|
| 1. Kapitel: Einleitung | 29 |
| A. Konzepte für die Verteilung der Preisgefahr | 29 |
| I. Periculum est emptoris | 29 |
| II. Traditionsprinzip | 30 |

| | |
|---|-----------|
| III. Casum sentit dominus | 31 |
| IV. Moderne gesetzliche Konzepte | 31 |
| 1. UN-Kaufrecht | 31 |
| 2. Niederländische Burgelijk Wetboek | 32 |
| B. Traditionsprinzip im Sinne des ABGB und des deutschen BGB | 33 |
| I. Erster Vergleich zwischen ABGB und deutschem BGB | 33 |
| II. Rechtfertigung des Traditionsprinzips | 33 |
| 1. Gefahrenbeherrschung | 33 |
| 2. Bedeutung der Erfüllung | 34 |
| 3. Verbindung von Gefahrtragung und Nutzung | 36 |
| III. Würdigung | 36 |
| 2. Kapitel: Preisfahrr bei Unmöglichkeit der Leistung | 38 |
| A. Erster Vergleich des ABGB mit dem deutschen BGB und Schweizer OR ... | 38 |
| I. ABGB | 38 |
| 1. Die Gefahrtragungsbestimmungen | 38 |
| 2. Die Konsequenzen des Schuldner- oder Gläubigerverzuges | 39 |
| II. BGB | 40 |
| 1. Die Gefahrtragungsbestimmungen | 40 |
| 2. Die Konsequenzen des Schuldner- oder Gläubigerverzuges | 41 |
| III. OR | 42 |
| 1. Die Gefahrtragungsbestimmungen | 42 |
| 2. Die Konsequenzen des Schuldner- oder Gläubigerverzuges | 43 |
| B. Entstehung der Regeln des ABGB im Vergleich zum deutschen BGB | 43 |
| I. ABGB | 44 |
| 1. Vorentwürfe | 44 |
| a) Codex THERESIANUS | 44 |
| b) Entwurf HORTEN | 44 |
| c) Entwurf MARTINI | 45 |
| d) Urentwurf | 45 |
| 2. Vergleich mit dem Preußischen ALR | 46 |
| 3. Beratungen der Gesetzgebungskommission | 47 |
| a) Vom Urentwurf zum Ersten Entwurf | 47 |
| b) Vom Ersten Entwurf zur Endfassung | 52 |
| 4. Würdigung | 54 |
| a) Bedungene Übergabe in § 1048 ABGB | 54 |
| b) Schuldner- und Gläubigerverzug | 55 |
| c) Übergabearten und Abhängigkeit vom Eigentum | 56 |
| II. Deutsches BGB | 58 |
| 1. Gesetzliche Regelung | 58 |
| 2. Vorlage KÜBELS | 59 |
| 3. Beratungen | 60 |
| 4. Ergebnis | 61 |
| C. Ratio der Gefahrtragungsregeln | 62 |
| I. Meinungsstand | 62 |
| 1. Überblick über die Entwicklung | 62 |
| 2. Literatur | 63 |
| a) ZEILLER und seine Gefolgsleute | 63 |
| b) Von HOFMANN bis SCHILCHER | 64 |
| c) SCHILCHER und die moderne Literatur | 65 |
| 3. Judikatur | 66 |

| | |
|---|------------|
| II. Stellungnahme | 67 |
| D. Gefahrtragung während des Schuldner- und Gläubigerverzuges | 69 |
| I. Unklare gesetzliche Grundlagen | 69 |
| II. Meinungsstand | 70 |
| III. Stellungnahme | 77 |
| 1. Schuldnerverzug | 77 |
| a) Vorbemerkungen | 77 |
| b) Die Regeln des Schuldnerverzugs | 78 |
| c) Der vom Schuldner zu vertretende Zufall während des Schuldnerverzugs | 78 |
| d) Gefahrtragung des zögernden Schuldners, der den Zufall nicht zu vertreten hat | 83 |
| e) Ergebnis | 83 |
| 2. Gläubigerverzug | 84 |
| IV. Abschließende Beurteilung der §§ 1048 und 1051 ABGB | 85 |
| E. Auseinanderfallen von Eigentum und Sachherrschaft | 85 |
| I. Problemstellung | 85 |
| II. Liegenschaftskauf | 86 |
| 1. Praktische Relevanz | 86 |
| 2. Tatsächliche Übergabe | 86 |
| a) Meinungsstand | 86 |
| b) Stellungnahme | 87 |
| 3. Bücherliche Übergabe | 88 |
| a) Meinungsstand | 88 |
| b) Stellungnahme | 90 |
| III. Verkauf unter Eigentumsvorbehalt | 90 |
| 1. Meinungsstand | 90 |
| 2. Stellungnahme | 92 |
| IV. Übergabesurrogate | 93 |
| 1. Traditio brevi manu | 93 |
| 2. Besitzkonstitut | 94 |
| a) Entwicklung in Literatur und Judikatur | 94 |
| b) Stellungnahme | 99 |
| 3. Besitzanweisung | 105 |
| 4. Übergabe durch Zeichen und eigenmächtige Besitzergreifung | 107 |
| a) Übergabe durch Zeichen | 107 |
| b) Eigenmächtige Besitzergreifung | 108 |
| 3. Kapitel: Preisfahrr während des Transports | 109 |
| A. Einleitung | 109 |
| I. Übergabe und Versendung | 109 |
| II. Der Schuldinhalt | 110 |
| 1. Hol-, Bring- und Schickschuld | 110 |
| 2. Leistungshandlung und -erfolg | 110 |
| 3. Abweichende Vereinbarungen und Handelsbräuche | 112 |
| B. Gesetzliche Grundlagen und Rechtsvergleich | 112 |
| I. ABGB | 112 |
| II. HGB | 114 |
| III. UN-Kaufrecht | 115 |
| IV. Schweizer OR | 118 |

| | |
|---|-----|
| C. Historische Entwicklung vom ABGB bis zur 4. EVHGB | 119 |
| I. Entstehungsgeschichte des § 429 ABGB | 119 |
| 1. Materialien und der Zusammenhang mit dem ALR | 119 |
| 2. Würdigung | 121 |
| II. Die Entwicklung zu Art 8 Nr 20, 4. EVHGB | 122 |
| 1. Die Vorgängerregelung Art 344 und 345 AHGB | 122 |
| a) Entstehung | 122 |
| b) Würdigung | 124 |
| 2. § 447 BGB | 125 |
| a) Entstehung | 125 |
| b) Würdigung | 126 |
| III. Exkurs: Methodische Probleme bei Art 8 Nr 20, 4. EVHGB | 127 |
| D. Bewertung durch das Schrifttum und jüngere Rechtsentwicklung (Fernabsatzrichtlinie) | 128 |
| E. Ratio | 130 |
| F. Der Zufall in Gestalt eines schadenersatzpflichtigen Dritten | 134 |
| G. Anwendungsbereich | 135 |
| I. Eigentum und Gefahr | 135 |
| II. Schickschuld als Voraussetzung | 138 |
| 1. Art 8 Nr 20, 4. EVHGB | 138 |
| 2. § 429 Halbsatz 2 ABGB | 140 |
| a) Wortlaut und herrschende Auslegung | 140 |
| b) Ältere Judikatur und Schrifttum | 141 |
| c) Stellungnahme | 143 |
| III. „Bestimmung“, „Genehmigung“ und „Verlangen“ der Versendung | 147 |
| 1. „Bestimmung“ und „Genehmigung“ im Sinne des § 429 Halbsatz 2 ABGB | 147 |
| 2. Verlangen des Käufers im Sinne des Art 8 Nr 20, 4. EVHGB | 149 |
| H. Versendung | 150 |
| I. „Auf die Reise schicken“ | 150 |
| II. Innerörtliche Transport | 152 |
| 1. Meinungsstand | 152 |
| 2. Stellungnahme | 153 |
| III. Absendung vom Erfüllungsort oder dritten Ort | 154 |
| 1. Meinungsstand | 154 |
| 2. Stellungnahme | 155 |
| IV. Transport durch den Veräußerer oder seine Leute | 156 |
| 1. Meinungsstand | 156 |
| 2. Stellungnahme | 158 |
| V. Verkauf rollender Ware | 160 |
| I. Vertragswidrige Versendung | 161 |
| I. Vorbemerkungen | 161 |
| 1. Problemstellung | 161 |
| 2. Vergleich mit anderen Fällen der Vertragswidrigkeit | 161 |
| 3. Gefahrtragung im Unterschied zur Schadenersatzhaftung | 162 |
| 4. Gesetzliche Grundlagen | 162 |
| II. Art 8 Nr 20 Abs 2, 4. EVHGB | 163 |
| 1. Die österreichische Literatur im Überblick | 163 |
| 2. Entstehungsgeschichte | 164 |
| a) Von Art 262 Preußischer Entwurf zu Art 345 AHGB | 164 |

| | | |
|--------------------|---|------------|
| | b) § 447 BGB | 166 |
| | c) Würdigung | 167 |
| | 3. Auslegung des § 447 Abs 2 BGB | 169 |
| III. | Stellungnahme | 171 |
| | 1. Verschulden | 171 |
| | 2. Adäquanzzusammenhang und Gefahrenverteilung | 171 |
| | 3. Sonstige fehlerhafte Versendung | 173 |
| | 4. Obligationswidriger Transportweg | 174 |
| | 5. Eingriff des Verkäufers in den Transport | 175 |
| | 6. Auswirkung auf den Anwendungsbereich des ABGB | 176 |
| J. Der | Inhalt der Transportgefahr im Sinne des Art 8 Nr 20, 4. EVHGB | 178 |
| | I. Meinungsstand | 178 |
| | II. § 447 BGB und dessen Auslegung | 180 |
| | 1. Judikatur | 180 |
| | 2. Schrifttum | 182 |
| | III. Analyse | 183 |
| 4. Kapitel: | Preisgefahr bei Verschlechterungen der Ware | 185 |
| A. | Vorbemerkungen | 185 |
| B. | Verschlechterung im Sinne der §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB | 185 |
| | I. Gesetzliche Regelung | 185 |
| | II. Entstehungsgeschichte | 186 |
| | 1. Vorentwürfe und Preußisches ALR | 186 |
| | 2. Beratungen der Gesetzgebungskommission | 188 |
| | 3. Würdigung | 189 |
| III. | Rechtsfolge einer Verschlechterung nach § 1049 Satz 1 ABGB | 190 |
| | 1. Meinungsstand | 190 |
| | 2. Stellungnahme | 191 |
| | a) Reduktion des Kaufpreises, Anpassung beim Tauschvertrag | 191 |
| | b) Berechnung der Minderung | 193 |
| IV. | Nachträgliche behebbare Verschlechterungen | 196 |
| | 1. „Herstellungspflicht“ des Verkäufers | 196 |
| | 2. Auffassung PISKOS | 197 |
| | 3. Stellungnahme | 199 |
| C. | Die Hälftegrenze der §§ 1048, 1049 Satz 1 ABGB | 203 |
| | I. Problematik | 203 |
| | II. Bisherige Vorschläge zur „Aufweichung“ der Hälftegrenze | 205 |
| | 1. Absicht der Parteien | 205 |
| | 2. Aufweichung der Hälftegrenze auf Basis des Gesetzes | 205 |
| III. | Die sonstigen Regeln der Teilwirksamkeit | 207 |
| | 1. Einleitende Bemerkungen | 207 |
| | 2. Wurzelmängel | 210 |
| | 3. Störungen der Vertragsabwicklung | 212 |
| | a) Teilverzug | 213 |
| | b) Zu vertretende Teilunmöglichkeit | 215 |
| | c) Altes Gewährleistungsrecht | 220 |
| IV. | Materielle Teilderogation der §§ 1048, 1049 Satz 1 durch das GewRÄG 2001 | 224 |
| | 1. Vorbemerkungen | 224 |
| | 2. Lösung | 227 |
| D. | Juristischer casus und Rechtsmängelhaftung | 231 |

| | |
|---|------------|
| I. Problemstellung | 231 |
| II. Gefahrübergang und Feststellung der Mangelhaftigkeit | 232 |
| E. Exkurs: Reichweite des Zurückweisungsrechts bei Anbot einer mangelhaften Ware | 237 |
| I. Problemstellung | 237 |
| II. Meinungsstand | 238 |
| III. Stellungnahme | 239 |
| F. § 1049 Satz 2 ABGB beim Kauf in Pausch und Bogen | 241 |
| I. Definition des Kaufs in Pausch und Bogen | 241 |
| II. Gesetzliche Regeln | 243 |
| III. Widerspruch zwischen §§ 1049 Satz 2 und 930 ABGB | 243 |
| 5. Kapitel: Gefahrtragung nach Übergabe einer mangelhaften Sache | 246 |
| A. Einleitung und Überblick | 246 |
| I. Vorbemerkungen | 246 |
| II. Meinungsüberblick | 247 |
| III. Rechtsvergleich | 248 |
| 1. Mangelbedingter Untergang | 248 |
| 2. Vom Mangel unabhängige Schädigung | 248 |
| a) Deutschland | 248 |
| b) Schweiz | 249 |
| 3. UN-Kaufrecht | 249 |
| B. Untergang als Fortwirkung des Mangels | 251 |
| C. Vom Mangel unabhängige zufällige Schädigung | 252 |
| I. Vorbemerkungen – Gefahrübergang trotz Mangel? | 252 |
| II. Unwesentlicher (geringfügiger) unbehebbarer Mangel | 253 |
| III. Behebbarer Mangel | 253 |
| 1. Argumente für die Belastung des Verkäufers oder Käufers | 253 |
| 2. Bedeutung des § 8 Abs 2 KSchG | 254 |
| a) Regelung | 254 |
| b) Konsequenzen für die Risikoverteilung | 255 |
| c) Bewertung | 256 |
| 3. Rücküberwälzung der Gefahr auf den Verkäufer | 257 |
| 4. Inhalt der Gefahrenbelastung | 260 |
| a) Verkäufer | 260 |
| b) Käufer | 261 |
| IV. Gefahrtragung und Wandlung | 262 |
| 1. Vorbemerkungen | 262 |
| 2. Rechtsvergleich | 262 |
| a) Schweizer OR | 263 |
| b) Deutsches BGB | 264 |
| 3. Historischer Hintergrund und Analyse der Materialien | 268 |
| a) Gemeinrechtliche Diskussion | 268 |
| b) Vorentwürfe und Preußisches ALR | 269 |
| c) Beratungen zum ABGB | 272 |
| 4. Meinungsstand | 274 |
| a) Rechtsprechung | 274 |
| b) Schrifttum | 277 |
| 5. Eigene Position | 283 |
| a) Gefahrtragung des Käufers | 283 |
| b) Beschränkung des Wandlungsrechts | 288 |

| | |
|--|------------|
| c) Anwendung auf Verschlechterung | 294 |
| D. Gefahrtragung nach der Übergabe mit Rechtsmangel | 295 |
| I. Problemstellung | 295 |
| II. Vergleich mit dem deutschen BGB | 296 |
| III. Stellungnahme | 297 |
| IV. Gefahrtragung beim Mehrfachverkauf | 298 |
| 1. Problemstellung und Rechtsvergleich | 298 |
| 2. Stellungnahme | 300 |
| a) Anwendungsbereich | 300 |
| b) Lösung | 304 |
| 6. Kapitel: Gefahrtragung beim bedingten Kauf | 306 |
| A. Einleitung | 306 |
| I. Problemstellung | 306 |
| II. Rechtsvergleich | 307 |
| 1. Gemeines Recht | 307 |
| a) Aufschiebende Bedingung | 307 |
| b) Auflösende Bedingung | 307 |
| 2. Schweizer OR | 308 |
| a) Aufschiebende Bedingung | 308 |
| b) Auflösende Bedingung | 308 |
| 3. Deutsches BGB | 309 |
| a) Aufschiebende Bedingung | 309 |
| b) Auflösende Bedingung | 310 |
| III. Überblick über die Regeln des ABGB | 310 |
| B. Analyse des Meinungsstandes | 311 |
| I. Kauf unter aufschiebender Bedingung | 311 |
| 1. Meinungsstand | 311 |
| 2. Stellungnahme | 312 |
| II. Kauf unter auflösenden Bedingung | 315 |
| 1. Meinungsstand | 315 |
| 2. Stellungnahme | 316 |
| C. Gesetzlich geregelte Sonderfälle | 317 |
| I. Kauf auf Probe | 317 |
| 1. Gesetzliche Grundlagen | 317 |
| 2. Meinungsstand | 318 |
| 3. Stellungnahme | 320 |
| II. Kauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs | 321 |
| 1. Gesetzliche Grundlagen | 321 |
| 2. Zwei Verträge; Meinungsstand | 323 |
| 3. Deutsches BGB | 324 |
| 4. Stellungnahme | 325 |
| III. Kauf mit Vorbehalt des Rückverkaufs | 326 |
| 1. Gesetzliche Grundlage | 326 |
| 2. Meinungsstand | 326 |
| 3. Stellungnahme | 327 |
| IV. Rückschlüsse auf den bedingten Kauf im allgemeinen | 329 |
| V. Kauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers | 329 |
| VI. Verkaufsauftrag (Trödelvertrag) | 330 |
| D. Schlußfolgerungen | 331 |

3. Teil

Die Gefahrtragung beim Gattungskauf – die Regeln der Leistungsgefahr

| | |
|--|-----|
| 1. Kapitel: Einleitung | 337 |
| 2. Kapitel: Unterschiedliche Schuldinhalte | 338 |
| A. Speziesschuld als vollkommen bestimmter Leistungsinhalt | 338 |
| B. Relativ bestimmter Leistungsinhalt | 339 |
| C. Speziesschuld, Gattungsschuld, Wahlschuld und facultas alternativa | 340 |
| I. Absicht der Parteien | 340 |
| II. Bestimmung der Speziesschuld | 341 |
| III. Abgrenzung zwischen Gattungs-, Wahlschuld und facultas alternativa ... | 343 |
| D. Beschränkte Gattungsschuld, Differenzierungen innerhalb der Gattungsschuld | 345 |
| I. Begriff | 345 |
| II. Kritik | 345 |
| III. Beschaffungsschuld und Vorratsschuld | 347 |
| 1. Unterscheidung | 347 |
| 2. Vorratsschuld | 348 |
| 3. Beschaffungsschuld | 349 |
| E. Differenzierungen innerhalb der Wahlschuld | 350 |
| I. Wahlberechtigte Person | 350 |
| II. Inhalt | 351 |
| III. Bedeutung der Wahl | 351 |
| F. Zusammenfassung | 352 |
| 3. Kapitel: Gesetzliche Regeln im Überblick | 353 |
| 4. Kapitel: Gefahrtragung bei der Wahlschuld | 356 |
| A. § 907 ABGB | 356 |
| B. § 906 letzter Satz ABGB und die Konzentration der Wahlschuld | 359 |
| I. Bindungswirkung | 359 |
| II. Konzentration als Transformation | 360 |
| 5. Kapitel: Gefahrtragung bei der Gattungsschuld | 362 |
| A. Leistungsgefahr | 362 |
| I. Vorbemerkungen | 362 |
| II. Unmöglichkeit der Leistung bei der Gattungsschuld | 363 |
| 1. Genus non perit | 363 |
| 2. Wirtschaftliche Unmöglichkeit (Untunlichkeit) | 364 |
| B. Konzentration | 366 |
| I. Vorbemerkungen | 366 |
| II. Konzentrationstheorien des 19. Jahrhunderts | 368 |
| III. Rechtsvergleich | 369 |
| 1. Schweizer OR | 369 |
| 2. Deutsches BGB | 370 |
| a) § 243 Abs 2 BGB: Transmutationstheorie und Bindungswirkung | 370 |
| b) Zeitpunkt und Voraussetzungen | 372 |
| IV. Analyse des Meinungsstandes | 373 |
| 1. Literatur | 374 |
| a) ZEILLER und die an ihm orientierte ältere Literatur | 374 |
| b) Der Einfluß der Pandektenliteratur | 375 |

| | |
|---|-----|
| c) Der Einfluß des deutschen BGB | 377 |
| d) Die Auffassung GSCHNITZERS | 378 |
| e) Die Ansicht HANNAKS | 379 |
| f) Die Auffassung F. BYDLINSKIS | 380 |
| g) Die Literatur im Anschluß an F. BYDLINSKI | 381 |
| h) Die Auffassung REISCHAUERS | 381 |
| 2. Judikatur | 382 |
| V. Stellungnahme | 385 |
| 1. Bedeutung der Konzentration – Transmutationstheorie – Bindungswirkung | 385 |
| 2. Zeitpunkt der Konzentration | 387 |
| a) Vorbemerkungen | 387 |
| b) Orientierung am Übergang der Preisgefahr | 388 |
| c) Versendungskauf | 391 |
| d) Annahmeverzug | 392 |
| 3. Notwendigkeit der Ausscheidung aus der Gattung | 393 |
| a) Problemstellung | 393 |
| b) Einfluß der gemeinrechtlichen Literatur | 394 |
| c) Vergleich mit Deutschland und der Schweiz | 395 |
| d) Stellungnahme | 398 |
| 4. Konzentration und Mangelhaftigkeit der Leistung | 401 |
| a) Vorbemerkungen | 401 |
| b) Lösung nach deutschem BGB | 401 |
| c) Lücken des ABGB | 404 |
| d) Mangelhafte Leistung der Gattungsschuld als Gewährleistungsfall | 405 |
| e) Lösungsvorschlag für die Risikotragung | 407 |
| 6. Kapitel: Exkurs: Kollision von Forderungsrechten | |
| bei Gattungsschulden | 410 |
| A. Problemstellung | 410 |
| B. Meinungsstand | 411 |
| I. Herrschende Meinung | 411 |
| II. Judikatur des Reichsgerichts | 412 |
| 1. Der Zuckerrübenfall | 412 |
| 2. Folgeentscheidungen | 413 |
| III. Zwei Befürworter aus der Literatur | 413 |
| 1. DE BOOR | 413 |
| 2. F. BYDLINSKI | 415 |
| IV. Gegenstimmen | 416 |
| 1. Deutschland | 416 |
| 2. Österreich | 417 |
| C. Stellungnahme | 417 |
| I. Keine Interessengemeinschaft der Gläubiger | 417 |
| II. Praktische Undurchführbarkeit | 419 |
| III. Ergebnis | 421 |
| Zusammenfassung der Ergebnisse | 423 |
| Liste der zitierten Gerichtsentscheidungen | 435 |
| Stichwortverzeichnis | 445 |