

SUSANNE ZWIRLEIN

Versprechen und Zufall

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

372

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

372

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Susanne Zwirlein

Versprechen und Zufall

Eine historisch-vergleichende Studie zur
Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen
im englischen und deutschen Recht

Mohr Siebeck

Susanne Zwirlein, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft in München und Oxford; Referendariat am Landgericht München I; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2016 Promotion; seit 2016 Rechtsanwältin in München und Lehrbeauftragte an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

e-ISBN PDF 978-3-16-155238-0

ISBN 978-3-16-155136-9

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Die seither in Europa und insbesondere in Großbritannien eingetretenen Entwicklungen unterstreichen die Notwendigkeit, Europa ungeachtet institutioneller Konsequenzen in seiner Vielfalt zu erhalten. Dies ist eines der Anliegen dieser Arbeit. Zitierte Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand Oktober 2016.

Ich danke meinem akademischen Lehrer *Stephan Lorenz*, der diese Arbeit betreut und meine bisherige wissenschaftliche Tätigkeit stets großzügig gefördert hat. *Peter Kindler* gilt mein Dank für vielfältige Anregungen, die er im Zweitgutachten gegeben hat.

Die zweite akademische Heimat dieser Arbeit liegt in Oxford, wohin ich nach einem Studienjahr 2009/2010 im Frühjahr 2015 für Forschungen zurückkehren konnte. Ich danke *John Cartwright*, *Boudewijn Sirks*, *Stefan Vogenauer* und *Paul Yowell*, die mir dort wertvolle Gesprächspartner waren.

Der *Stiftung Maximilianeum* unter ihrem Vorstand *Hanspeter Beißer* sowie der *Hans-Keller-Stiftung* bin ich für ihre umfassende Förderung zu großem Dank verpflichtet.

Für ihren guten Rat danke ich meinen Eltern sowie meinen Freunden und Kollegen, insbesondere *Alexander Edlich*, *Franz Gärtner*, *Birke Häcker*, *Michael Rapp*, *Chris Thomale*, *Bastian Zahn* und *Marie-Therese Ziereis*. *Jörg Müller* vom Leopold-Wenger-Institut für Rechtsgeschichte gilt mein Dank dafür, dass er mich an seiner reichen Quellenkenntnis teilhaben ließ. Den Mitarbeitern der Abteilung Redaktionen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht danke ich für ihre hilfreichen Anmerkungen zu meinem Manuskript. Bei seiner Drucklegung stand mir *Jana Trispel* vom Mohr Siebeck Verlag freundlich zur Seite. Besonders danke ich schließlich *Benedikt Forschner* für seine Skepsis, Geduld und Ermutigung.

Das Buch ist meinen Großeltern gewidmet.

München, im Dezember 2016

Susanne Zwirlein

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Verzeichnis der Abkürzungen.....	XI
Kapitel 1: Problemstellung und Methode	1
A. Problemstellung	1
B. Methode.....	3
Kapitel 2: Englischs Recht	12
A. Leistungsbefreiung bei nachträglicher Unmöglichkeit	12
I. Die <i>frustration</i> -Doktrin.....	13
1. Historische Entwicklung	13
a) <i>Paradine v Jane</i> und die <i>doctrine of absolute contracts</i>	13
b) <i>Taylor v Caldwell</i> und die Lehre von der <i>implied condition</i>	17
c) Die Krönungszugfälle	29
2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen von <i>frustration</i>	33
a) Voraussetzungen von <i>frustration</i>	33
b) Rechtsfolgen von <i>frustration</i>	35
aa) Rechtslage vor dem Law Reform (Frustrated Contracts) Act.....	36
bb) Rechtslage nach dem Law Reform (Frustrated Contracts) Act.....	39
II. S. 7 Sale of Goods Act 1979.....	48
III. Sach- und Preisgefahr bei <i>frustration</i>	51
B. Modifikation durch die kaufrechtlichen Gefahrtragungsregeln.....	52
I. Zufälligkeit des Untergangs.....	53
II. Historische Entwicklung.....	55
1. Verschiebung des Gefahranknüpfungspunkts vom Besitz zum Eigentum	56
2. Rezeption römischen Rechts in <i>Martineau v Kitching</i>	58

3. Kodifikation im Sale of Goods Act 1893.....	72
III. Voraussetzungen und Folgen des Gefahrübergangs.....	76
1. Der Übergang des Eigentums beim Mobiliarkauf.....	76
a) <i>Property</i> und <i>title</i>	78
b) Genese des Konsensualprinzips.....	82
c) Der Eigentumsübergang nach dem Sale of Goods Act 1979.....	84
aa) S. 18 Regel 1–3 Sale of Goods Act 1979.....	85
bb) S. 18 Regel 4 Sale of Goods Act 1979.....	88
cc) S. 18 Regel 5 Sale of Goods Act 1979.....	89
dd) Eigentumsübergang zum (vermuteten) vereinbarten Zeitpunkt.....	93
2. Die Gefahrtragung nach dem Sale of Goods Act 1979.....	95
a) Spezieszkauf.....	95
aa) Übergabe der Kaufsache am Sitz des Verkäufers.....	95
bb) Transport der Kaufsache zum Käufer.....	97
b) Gattungs- und Vorratskauf.....	99
aa) Sach- und Preisgefahrübergang bei Konkretisierung.....	101
bb) Gefahrtragung des Käufers schon vor Konkretisierung.....	104
cc) Preisgefahrübergang erst nach Konkretisierung.....	109
dd) Ergebnis zum Gefahrübergang beim Gattungskauf.....	109
c) Auswirkungen von Pflichtverletzungen.....	110
aa) Pflichtverletzungen des Verkäufers.....	110
i. Verzögerung.....	110
ii. Mangelhafte Kaufsache.....	111
bb) Pflichtverletzungen des Käufers.....	119
d) Abweichende Vereinbarungen.....	121
3. Verbrauchsgüterkauf.....	123
a) Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002.....	123
b) Consumer Contracts Regulations 2013.....	130
c) Consumer Rights Act 2015.....	133
d) Gefahrübergang mit Übergang der <i>physical possession</i>	135
e) Auswirkungen von Pflichtverletzungen.....	136
aa) Pflichtverletzungen des Verkäufers.....	136
bb) Pflichtverletzungen des Käufers.....	140
 Kapitel 3: Deutsches Recht.....	 141
A. Leistungsbefreiung bei nachträglicher Unmöglichkeit.....	141
I. Historische Entwicklung.....	141
1. Ius Commune: Glossatoren, Kommentatoren und Humanismus.....	142

2. Einfluss des Naturrechts und erste Kodifikationen	147
a) Ideentransfer in der Spätscholastik.....	148
b) Hugo Grotius und seine Nachfolger	153
c) Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis	161
d) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.....	163
3. Historische Rechtsschule und Pandektenwissenschaft	165
4. Nachträgliche Unmöglichkeit im BGB.....	168
a) Nachträgliche Unmöglichkeit im BGB von 1900	168
b) Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.....	178
II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit.....	186
1. Sachgefahr	186
a) Sachgefahr bei objektiver Unmöglichkeit	186
b) Sachgefahr bei subjektiver Unmöglichkeit.....	193
c) Sachgefahr bei Unzumutbarkeit	194
2. Preisgefahr	199
3. Modifikation durch §§ 285 Abs. 1, 326 Abs. 3 BGB	205
B. Modifikation durch die kaufrechtlichen Gefahrtragungsregeln.....	206
I. Historische Entwicklung.....	206
1. Ius Commune	206
2. Spätscholastik und Naturrecht	210
3. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts.....	214
4. Historische Rechtsschule und Pandektenwissenschaft	217
5. Gefahrübergang im BGB.....	220
II. Voraussetzungen und Folgen des Gefahrübergangs	225
1. Gefahrübergang nach allgemeinem Kaufrecht	225
a) Speziales Kauf.....	226
aa) Übergabe der Kaufsache am Sitz des Verkäufers	226
i. Wirksamer Kaufvertrag.....	227
ii. Übergabe.....	230
iii. Übergabe zur Erfüllung.....	236
iv. Zwischenbilanz zur ratio von § 446 S. 1 BGB	237
bb) Transport der Sache zum Käufer.....	243
i. Bringschuld.....	243
ii. Versendungskauf	244
b) Gattungs- und Vorratskauf.....	252
c) Auswirkungen von Pflichtverletzungen.....	255
aa) Pflichtverletzungen des Verkäufers.....	255
i. Verzögerung	255
ii. Mangelhafte Kaufsache	257
Zurückspringen der Gefahr bei Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung	258

Gefahrtragung bei der Nacherfüllung.....	265
Schwebelage des Verkäufers	267
bb) Pflichtverletzungen des Käufers.....	268
d) Abweichende Vereinbarungen	269
2. Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs	272
a) Modifikation der Gefahrtragung beim Versandungskauf.....	272
b) Grenzen abweichender Vereinbarungen	276
c) Gefahrtragung im Kontext von Nacherfüllung und Rücktritt.....	276
Kapitel 4: Ergebnisse und Perspektiven.....	279
A. Gefahrtragung vor Gefahrübergang.....	279
B. Zeitpunkt und Folgen des Gefahrübergangs	289
Literaturverzeichnis.....	301
Entscheidungsverzeichnis.....	325
Sach- und Namensverzeichnis	329

Verzeichnis der Abkürzungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
Alb. LJ	Albany Law Journal
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alta. LQ	Alberta Law Quarterly
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Anglo-Am. L. Rev.	Anglo-American Law Review
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Brit. JL & Soc'y	British Journal of Law and Society
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
CCR 2013	Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013
CESL	Vorschlag einer Verordnung über ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CLJ	The Cambridge Law Journal
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DiskE SMG	Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
CRA 2015	Consumer Rights Act 2015
DB	Der Betrieb
DCFR	Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Privatrecht
EBLR	European Business Law Review
Edin. LR	Edinburgh Law Review
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
ERPL	European Review of Private Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Geo. LJ	Georgetown Law Journal
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
Harv. Int'l. LJ	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HKK	Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von

i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JB1	Juristische Blätter
J. Legal Stud.	The Journal of Legal Studies
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
Jurid. Rev.	Juridical Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
Loy. L. Rev.	Loyola Law Review
Loy. LA Int'l & Comp. LJ	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review
LQR	Law Quarterly Review
LR(FC)A 1943	Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MLR	Modern Law Review
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
N. Ir. Legal. Q.	The Northern Ireland Legal Quarterly
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NYULR	New York University Law Review
NYL Sch. J. Int'l & Comp. L.	New York Law School Journal of International and Comparative Law
OIR	Orbis Juris Romani
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
PECL	Principles of European Contract Law
PEL S	Principles of European Law of Sales
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
S.	Section
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
SGA	Sale of Goods Act
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
SSGCR 2002	Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
TVR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
UCTA	Unfair Contract Terms Act
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
YLJ	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRG (GA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)
ZRG (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Kapitel 1

Problemstellung und Methode

A. Problemstellung

Die Problematik der Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen hat in der deutschen Literatur eine schicksalhafte Darstellung durch Thomas Mann erfahren, der in den *Buddenbrooks* den Abschluss eines ungewöhnlichen Vertrags schildert: Im Frühjahr 1868 erklärt sich Senator *Thomas Buddenbrook* bereit, einem Bekannten, dem Gutsherrn *Ralf von Maiboom*, mittels eines Spekulationsgeschäfts aus einer akuten Geldnot zu helfen. Er kauft *Maiboom* die Getreideernte seines Guts „noch auf dem Halm“ ab und zahlt ihm den Kaufpreis unter Ausschluss etwaiger Rückzahlungspflichten sofort.¹ Wäre die Ernte im Sommer ertragreich, hätte er sie damit zum halben Preis erstanden und ein ausgezeichnetes Geschäft gemacht. Käme es hingegen zu einem Ernteausfall, müsste *Thomas Buddenbrook* einen enormen Verlust hinnehmen. Letzteres tritt ein: Im Juli wird die gesamte Ernte des Guts durch einen Hagelsturm zerstört. Die Firma *Buddenbrook* wird dadurch wirtschaftlich schwer getroffen. Die Gefahrtragung beim Kauf hat so den Niedergang der Familie *Buddenbrook* beschleunigt.

Im Vertrag zwischen *Buddenbrook* und *Maiboom* ist vereinbart, dass *Buddenbrook* das Risiko des Ernteausfalls schon ab Vertragsschluss trägt. Diese Vereinbarung veranschaulicht das Problem der Gefahrtragung beim Kauf: Es geht darum, welche Vertragspartei der wirtschaftliche Verlust aus dem zufälligen Untergang bzw. der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache im Laufe der Vertragsabwicklung trifft. Dies umfasst zwei Aspekte: Das Schicksal der Hauptleistungspflicht und das der Gegenleistungspflicht. Die Frage nach dem Schicksal der Hauptleistungspflicht zielt darauf ab, ob der Verkäufer die Kaufsache trotz etwaiger Hindernisse noch an den Käufer leisten oder statt der Kaufsache Schadensersatz leisten muss bzw. ob der Käufer trotz dieser Hindernisse die Sache oder stattdessen Schadensersatz vom Verkäufer verlangen kann. Das Schicksal der Gegenleistungspflicht wird hingegen davon bestimmt, ob der Käufer den Kaufpreis zahlen muss, obwohl er aufgrund eines zufällig eintretenden Verlusts die Kaufsache nicht erhält, bzw. ob der Verkäufer trotz des Leistungshindernisses noch den Kaufpreis beanspruchen darf. Im deutschen Recht wird der erste Aspekt als Leistungsgefahr

¹ Vgl. *Mann, Buddenbrooks. Verfall einer Familie*, 8. Aufl. 2006, 453–459, 465–476.

und der zweite Aspekt als Preisgefahr bezeichnet. Doch auch wenn eine Rechtsordnung für die beiden Aspekte keine eigenen Begrifflichkeiten kennt, betrifft der Untergang der Kaufsache im Laufe der Vertragsabwicklung die beiden geschilderten Problemkomplexe.² Grundproblem der Gefahrtragung ist also die Frage: *Inwieweit sind die Parteien jeweils an ihre Vertragsversprechen gebunden, obwohl der Zufall ihre Pläne durchkreuzt hat?*

Grundsätzlich zielt die Frage nach den Folgen des Untergangs der Kaufsache auf die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Ist die Kaufvertragsdurchführung bereits teilweise abgeschlossen, kann es allerdings gerechtfertigt sein, zu Lasten des Käufers eine vom allgemeinen Unmöglichkeitsrecht abweichende Risikozuweisungsentscheidung zu treffen. Den Beginn dieser abweichenden Risikoallokation markiert der kaufrechtliche Gefahrübergang. Rechtsordnungen können damit einen Zeitpunkt bestimmen, ab dem das spezielle kaufrechtliche Gefahrtragsrecht die Rechtsfolgen des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung der Kaufsache bestimmt. Dabei ist es denkbar, diesen Zeitpunkt an den Abschluss des Kaufvertrags, den Übergang des Besitzes an der Sache oder den Übergang des Eigentums daran auf den Käufer anzuknüpfen. Die Gefahrtragung beim Kauf ist deswegen ein Schnittstellenproblem zwischen Unmöglichkeits- und Kaufrecht sowie zwischen Schuld- und Sachenrecht. Die Untersuchung dieses Problems eröffnet eine Zugangsmöglichkeit zum Grundverständnis einer Rechtsordnung vom Kaufvertrag in einem größeren privatrechtlichen Kontext.

Die folgende Untersuchung hat das Ziel, mit dem englischen und deutschen Recht zwei Rechtsordnungen zu vergleichen, die nicht nur in ihren unterschiedlichen Schwerpunkten in Fallrecht und Gesetzesrecht verschieden sind, sondern mit Eigentum und Besitz auch unterschiedliche Anknüpfungspunkte für den Gefahrübergang wählen. Die Arbeit nimmt jeweils das gesamte Recht der Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen in den Blick, also sowohl das Unmöglichkeitsrecht als auch die besonderen Gefahrtragsregeln beim Kauf. Vergleichsgegenstand sind die Regeln des englischen und deutschen Rechts, welche die Folgen des zufälligen Untergangs der Kaufsache im Laufe der Vertragsabwicklung betreffen. Das anvisierte Problem ist damit die rechtliche Behandlung des tatsächlichen Sachverhalts „zufälliger Sachuntergang im Laufe der Kaufvertragsabwicklung“. Indem die Untersuchung ein *tatsächliches* Problem und nicht eine konkrete *Rechtsfrage* aus der eigenen Rechtsordnung als Ausgangspunkt wählt, nimmt sie eine möglichst objektive Vergleichsperspektive ein und reduziert das Risiko einer

² Das englische Recht kennt nur den Begriff *risk* i.S.d. Preisgefahr, behandelt aber beide Problemkreise, vgl. *Treitel*, Frustration and Force Majeure, 3. Aufl. 2014, 44–46 und *Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, 281 Fn. 61.

Nostrifizierung, also einer Aneignung der fremden Rechtsordnung nach eigenem Maß.³ Die Arbeit beleuchtet die Lösungen dieses tatsächlichen Problems in den beiden Rechtsordnungen vor ihrem jeweiligen ideengeschichtlichen Hintergrund. Auf Grundlage dieser Untersuchung wird in einer die Abhandlung abschließenden Synopse eine vorsichtige Prognose über Möglichkeit und Legitimation einer europäischen Rechtsvereinheitlichung auf diesem Gebiet getroffen.

B. Methode

Die moderne Rechtsvergleichung ist mit Zweifeln über ihre Ausrichtung und ihre Methode behaftet.⁴ Der Ansatz der Rechtsvergleichung wechselte seit ihrer Entstehung zwischen Perioden, in denen man die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen stärker betonte, und Perioden, in denen man einen integrativen Ansatz verfolgte.⁵ In der Gegenwart wurde dieser wiederholte Paradigmenwechsel schließlich von einer methodischen Zergliederung abgelöst.⁶ Eine umfassende Aufarbeitung des modernen Methodendiskurses würde freilich den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Dennoch sei im Folgenden die Methodenfrage schlaglichtartig zur Begründung der eigenen Vorgehensweise beleuchtet. Dabei konzentriert sich die Darstellung auf die Folie, vor der die

³ Vgl. *Matthes*, in: *Matthes, Zwischen den Kulturen?*, 1992, 75–99, 84. Es wird also eine Vorgehensweise zu vermeiden gesucht, die in einem *Rechts*problem der Heimatrechtsordnung ihren Ausgang nimmt und so Gefahr läuft, die eigenen Strukturen auf die Auslandsrechtsordnung zu projizieren. Eine solche „heimatrechtliche Basis“ hat etwa die frühe rechtsvergleichende Untersuchung der Gefahrtragung von *Eisser*, *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag in rechtsvergleichender Darstellung*, 1927, insbes. 2–4.

⁴ Vgl. zu dieser „Malaise“ der gegenwärtigen Rechtsvergleichung *Ewald*, *U. Pa. L. Rev.* 143 (1995), 1889–2149, 1961–1965 sowie bereits *Frankenberg*, *Harv. Int'l. LJ* 26 (1985), 411–456, 416–426. Zu solchen methodischen Zweifeln *Radbruch*, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12. Aufl. 1969, 253: „Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen auch Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, kranke Wissenschaften zu sein; der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegen nicht viel von sich zu wissen.“ Eine Wissenschaft, welche im Wesentlichen mit ihrer eigenen Methode befasst ist, mag in der Tat der Kapazität für substantielle Erkenntnisse entbehren; eine Wissenschaft, die ihre Methode nicht reflektiert, wird sich freilich allenfalls gesund *fühlen*.

⁵ *Schlesinger*, *Am. J. Comp. L.* 43 (1995), 477–481, 477–478. Vgl. aus linguistischer Perspektive *Jansen*, in: *Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 305–338, 323.

⁶ Zur Methodenvielfalt und Methodendiskussion in der Rechtsvergleichung vgl. jüngst *Adams/Heirbaut*, *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, 2014; *di Robilant*, *B.U.L. Rev.* 96 (2016), 1325–1345 und *Samuel*, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 2014.

Rechtsordnungen verglichen werden, also auf die Vergleichsgröße.⁷ Denn das Problem einer geeigneten Vergleichsgröße ist Kristallisationspunkt der modernen Methodendebatte⁸ und Ausgangsproblem auch des vorliegenden Vergleichs des englischen und deutschen Gefahrtragsrechts.

Der Vergleichsmaßstab wird grundsätzlich schon mit der Ausgangsfrage des Rechtsvergleichs festgelegt.⁹ Denn die Fragestellung gibt vor, auf welche Merkmale hin die jeweiligen Rechtsordnungen untersucht werden sollen. Die in Hinblick auf bestimmte Kriterien untersuchten Rechtsordnungen können dann anhand eben dieser Kriterien einander gegenübergestellt werden – insofern konstituieren die in der Fragestellung festgelegten Merkmale zugleich den Vergleichspunkt. Der Vergleich ist umso ergiebiger, je präziser in der Forschungsfrage seine Kriterien und damit sein Maßstab festgelegt werden.¹⁰

Ein häufig verwendeter Vergleichsmaßstab ist die Funktion von Rechtsätzen: Ausgehend von der Idee, dass ein Rechtsvergleich Lösungen eines identischen Problems in verschiedenen Rechtsordnungen behandelt,¹¹ vergleicht die funktionale Methode rechtliche Regeln, welche dieselbe Funktion erfüllen bzw. dasselbe gesellschaftliche Problem lösen, und setzt dabei voraus, dass jede Gesellschaft ihrem Recht im Wesentlichen die gleichen Grundprobleme aufgibt.¹² Die funktionale Vergleichsfrage gibt also als Untersuchungskriteri-

⁷ Diese Vergleichsgröße im Sinne eines von beiden Vergleichsobjekten abstrakten Maßstabs wird seit der Rhetoriklehre der Aufklärung als *tertium comparationis* („Drittes des Vergleichs“) bezeichnet, *Herbst*, Komplexität und Chaos: Grundzüge einer Theorie der Geschichte, 2004, 78.

⁸ Vgl. *Brand*, *Brook. J. Int'l L.* 32 (2006), 405–466, 439–441; *Husa*, *RabelsZ* 67 (2003), 419–447, 443; *Jansen*, in: *Reimann/Zimmermann*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 305–338, 335–336; *Michaels*, in: *Reimann/Zimmermann*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 340–381, 367–369; *Sandrock*, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, 1966, 45–51. Zum Problem des Vergleichsmaßstabs aus Perspektive der historischen Sozialwissenschaft vgl. *Bonnell*, *Comparative Studies in Society and History* 22 (1980), 156–173, 159.

⁹ Vgl. auch *Sandrock*, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, 1966, 46.

¹⁰ Vgl. aus der Perspektive der Sozialforschung *Nohl*, in: *Bohnsack*, *Die dokumentarische Methode und ihre Forschungspraxis: Grundlagen qualitativer Sozialforschung*, 3. Aufl. 2013, 271–293, 279.

¹¹ So bereits *Salomon*, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 1919, 41–42.

¹² *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Aufl. 1996, 33. Vgl. auch *Reitz*, *Am. J. Comp. L.* 46 (1998), 617–636, 621–626; *Rheinstein*, *U. Chi. L. Rev.* 5 (1938), 615–624, 617–620; *Collins*, *OJLS* 11 (1991), 396–406, 399–402. Teilweise wird darüber hinaus eine *praesumptio similitudinis* dahingehend postuliert, dass durch die Institute der verschiedenen Rechtsordnungen nicht nur das gleiche Problem gelöst wird, sondern dass dies auch auf ähnliche Art und Weise geschieht, *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996, 39. Dagegen *Brand*, *Brook. J. Int'l L.* 32 (2006), 405–466, 418–419 und *Legrand*, in: *Legrand/Munday*,

um die Art und Weise vor, wie verschiedene Rechtsordnungen eine bestimmte Funktion erfüllen, und legt die Art der Funktionserfüllung zugleich als Vergleichsmaßstab fest. Entwickelt wurde diese Methode zur Lösung von Qualifikationsproblemen im Internationalen Privatrecht, wobei sie zugleich der Förderung der Rechtsvereinheitlichung dienen sollte.¹³ Denn die Analyse der Funktion eines fremden Instituts durchdringt die Sprachfassade der Auslandsrechtsordnung¹⁴ und ermöglicht damit einerseits die Subsumtion ausländischer Institute unter inländische Kollisionsnormen und andererseits eine Erweiterung des „Vorrats an Lösungen“ für ein Problem.¹⁵ Um zur reinen Funktionalität durchzudringen, verlangt die Methode eine Reinigung „von allen dogmatischen Befangenheiten des eigenen Systems“.¹⁶ Sie fordert also, die Rechtsregeln zu dekonstruieren, um sie damit von ihrer lokalen Dimension und ihrem Kontext zu trennen.¹⁷ Das so gewonnene Ergebnis ist insofern frei von Wertungselementen, als es keine Aussagen über Qualitäten der Funktionserfüllung trifft:¹⁸ Wenn die Betrachtung ihren Ausgangspunkt in der Erfüllung einer bestimmten Funktion nimmt, wird das Ergebnis nicht darüber hinausgehen, dass die Rechtsordnungen diese Funktion auf gleiche oder andere Weise erfüllen – funktionsäquivalente Institute zeichnen sich gerade durch ihre Gleichwertigkeit bei der Funktionserfüllung aus.¹⁹ Ein rein funktionaler Rechtsvergleich beantwortet also lediglich die Frage, *ob* und *wie* eine bestimmte Funktion erfüllt wird, sagt aber nicht, *warum* das so ist.

Will der Rechtsvergleich mehr sein als die Gegenüberstellung von verschiedenen Arten der Funktionserfüllung, bedarf er demnach eines weiteren,

Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, 2011, 240–311, insbes. 271–287 sowie Gordley, in: Monateri, *Methods of Comparative Law*, 2012, 107–119, 117–119.

¹³ Vgl. *Brand*, *Brook. J. Int'l L.* 32 (2006), 405–466, 412 sowie auch *Ewald*, *U. Pa. L. Rev.* 143 (1995), 1889–2149, 1986: „comparison-for-legislative-reform“.

¹⁴ *Gerber*, in: *Riles*, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, 2001, 190–208, 199–200.

¹⁵ *Rabel*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht* 1924, 279–301, 287.

¹⁶ *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996, 34. Vgl. auch *Reitz*, *Am. J. Comp. L.* 46 (1998), 617–636, 625–626. Dagegen *Canaris*, in: *Leser*, *Wege zum japanischen Recht: Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag*, 1992, 59–94, 83–84.

¹⁷ *Brand*, *Brook. J. Int'l L.* 32 (2006), 405–466, 411.

¹⁸ Vgl. bereits *Rabel*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht* 1924, 279–301, 280. Daher warnend vor Wertungen auf Basis funktionaler Analyse *Cohen*, *MLR* 1 (1937), 5–26, 24–25. Freilich ist damit nicht gesagt, dass die Vergleichsdarstellung selbst wertungsfrei oder neutral ist; vielmehr ist es zweifelhaft, ob sich der Rechtsvergleicher von seinem Vorverständnis lösen können.

¹⁹ *Michaels*, in: *Reimann/Zimmermann*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 340–381, 374. Insofern bewegt sich der funktionale Vergleich auf einem „technischen Level“, vgl. *Hill*, *OJLS* 9 (1989), 101–115, 106.

über die reine Funktionalität hinausgehenden Bezugspunkts.²⁰ Dabei kann der weitere Bezugspunkt eine *Änderung des ursprünglichen Vergleichsmaßstabs* oder Gegenstand einer *weiteren Vergleichsfrage* sein, was jeweils zu einem unterschiedlichen Erkenntnisgewinn im Vergleichsergebnis führt. Das sei beispielhaft anhand eines möglichen weiteren Bezugspunkts, nämlich der ökonomischen Effizienz von Rechtsinstituten, kurz illustriert:

Rein funktionaler Vergleich:

Wie erfüllen die Rechtsordnungen 1 und 2 die Funktion f?

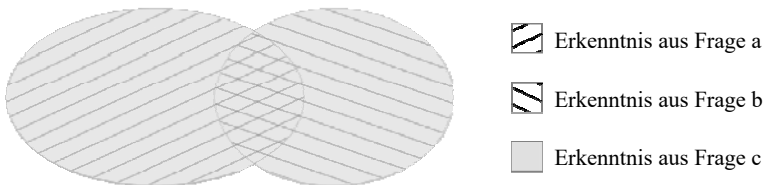
Vergleich anhand der Effizienz der Funktionserfüllung (Änderung):

Wie effizient erfüllen die Rechtsordnungen 1 und 2 die Funktion f?

Funktionaler Vergleich mit zusätzlicher Effizienzanalyse (Erweiterung):

Wie erfüllen die Rechtsordnungen 1 und 2 die Funktion f und wie effizient ist die jeweilige Funktionserfüllung?

Der Erkenntnisgewinn aus Frage b ist geringer als der aus Frage c, weil derjenige, der *nur* nach dem weiteren Bezugspunkt (wie z.B. nach der Effizienz) fragt, die Aspekte der Funktionalität, die für die Beurteilung des weiteren Bezugspunkts (z.B. Effizienzbeurteilung) irrelevant sind (wie z.B. die Frage, aus welchen Gründen jenseits ihrer Effektivität eine bestimmte Art und Weise der Funktionserfüllung Rechtsakzeptanz findet), außer Acht lässt und weil diese dann nicht Teil der aus dem Vergleich gewonnenen Erkenntnismenge sind:



Der Erkenntnisgewinn aus dem Rechtsvergleich kann also verändert oder erweitert werden, indem die Frage nach der Funktion mit einem weiteren Gesichtspunkt verfeinert oder eine zusätzliche Vergleichsfrage nach einem weiteren Gesichtspunkt gestellt wird. Ein weiterer Gesichtspunkt kann nicht nur in der ökonomischen Effizienz der Rechtsinstitute, sondern auch in einer ihnen zu Grunde liegenden Struktur oder in ihrer ideengeschichtlichen Bedingtheit liegen.

Der Gesichtspunkt der Effizienz von Rechtsinstituten ist Gegenstand der ökonomischen Rechtsanalyse (*comparative law and economics*). Die ökonomische

²⁰ Vgl. auch *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 340–381, 375 sowie *Unberath*, *Die Vertragsverletzung*, 2007, 27–29.

mische Rechtsanalyse geht davon aus, dass die das Recht prägenden Faktoren miteinander in einem Wettbewerb stehen, der von den ökonomisch vorteilhaftesten Regeln gewonnen werden wird.²¹ Deswegen nimmt die ökonomische Rechtsanalyse als Vergleichsfolie die ökonomische Dimension des Rechts in den Blick. Bisweilen bleibt bei einer engen Wahl des ökonomischen Blickwinkels allerdings außer Betracht, dass der „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ dort, wo er stattfindet, auch durch andere Faktoren, wie durch politische und ideologische Gesichtspunkte, beeinflusst wird.²² Ungeachtet ihrer daher fehlenden Eignung zur hinreichenden Erklärung der Rechtsentwicklung ermöglicht die ökonomische Rechtsanalyse jedenfalls Aussagen über ökonomische Qualitäten rechtlicher Regelungen, wie z.B. über die Höhe der durch sie ausgelösten Transaktionskosten oder ihre Eignung zur Vermeidung von Ressourcenverschwendung.²³ Dabei hat die ökonomische Rechtsanalyse keinen eigenen juristischen Effizienzbegriff entwickelt, sondern orientiert sich am wohlfahrtsökonomischen Effizienzbegriff, der regelmäßig anhand des *Kaldor/Hicks*-Kriteriums auf den maximalen Gesamtnutzen unabhängig vom Gewinn oder Verlust Einzelner abstellt.²⁴ Bei Anwendung dieses Effizienzbegriffes können sich aber insbesondere im Kontext von Austauschverträgen Probleme ergeben, da die Auswirkungen einer Regelung auf den Gesamtnutzen davon abhängen, wie Gewinne und Verluste der Individuen bemessen werden – insbesondere unterscheidet sich eine Bemessung aus der Perspektive der „Verlierer“ (*asking price*) von einer Bemessung aus der Perspektive der „Gewinner“ (*offer price*), weil Individuen durchschnittlich mehr dafür verlangen, etwas aufzugeben, als sie für den Erwerb desselben Gutes im Durchschnitt zu zahlen bereit wären.²⁵ Daher ist das Kriterium der ökonomischen Effizienz nur dann als Vergleichskriterium brauchbar, wenn die Be-

²¹ *Mattei*, *Comparative Law and Economics*, 1998, 105–108; *Ogus*, *The International and Comparative Law Quarterly* 48 (1999), 405–418, 406–409; *Krimphove*, *ZfRV* 1998, 185–204, 190. Bei minimalen Transaktionskosten wird die ökonomisch vorteilhafteste Lösung indes jedenfalls auch im Ergebnis staatlich unbeeinflusster privater Verhandlungen der (voll informierten) Parteien zu finden sein, *Coase*, *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1–44, 2–8; dazu *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1995, 59–63.

²² In diese Richtung etwa *Schmidtchen*, in: *Eger/Schäfer*, *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 2007, 1–45, 5.

²³ *Krimphove*, *ZfRV* 1998, 185–204, 190–191; *Mattei*, *Comparative Law and Economics*, 1998, 144–145. Vgl. auch *Faust*, in: *Reimann/Zimmermann*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 837–865, 847–849 und *Samuel*, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 2014, 77.

²⁴ *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995, 47–57; *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, 13–17.

²⁵ *Kelman*, *S. Cal. L. Rev.* 52 (1978), 669–698, 678–698; *Brand*, *Brook. J. Int'l L.* 32 (2006), 405–466, 426–427.

messungsgrundlagen für die Effizienz vollumfänglich transparent gemacht werden.²⁶ Andernfalls büßt das Kriterium seine Neutralität ein.

Als weiterer möglicher Bezugspunkt für den Vergleich kann eine hierfür eigens konstruierte oder eine in der rechtstheoretischen Diskussion bereits etablierte abstrakte Struktur dienen. Ebenso wie das Effizienzkriterium bedarf diese Struktur einer transparenten Definition, um neutraler Bezugspunkt des Vergleichs sein zu können. Diese Definition kann ganz verschiedene Merkmale in den Blick nehmen: So kann man zur Strukturbestimmung etwa auf ein der Rechtsordnung zu Grunde liegendes Ideengebäude,²⁷ die Arten der in den Rechtsordnungen vertretenen Institutionen oder auf das jeweilige System der Normen abstellen.²⁸ In diese Richtung geht auch der Ansatz, aus den verglichenen Fakten objektive Konzepte zu entwickeln und als Referenzsystem des Vergleichs zu verwenden.²⁹

Der ökonomische und der strukturelle Vergleichsansatz sind demnach in hohem Maße auf eine transparente Konstruktion ihres abstrakten Vergleichskriteriums angewiesen. Die Anwendung eines solchen abstrakt konstruierten Kriteriums auf die einander gegenübergestellten Rechtsordnungen verändert bzw. vermehrt die aus dem Vergleich gewonnenen Erkenntnisse. Allerdings vermögen diese Ansätze nicht zu erklären, *warum* Rechtsordnungen auf eine bestimmte Weise funktionieren. Ein Vergleich allein gegenwärtigen Rechts ohne Einbeziehung der historischen Dimension blendet nämlich die Dynamik der Rechtssysteme aus.³⁰ Er fragt nicht, welche Faktoren ihre Entwicklung beeinflusst haben bzw. welche Funktionen ihre Regeln in der Vergangenheit erfüllt haben, und ist dadurch auch gegenüber deren möglichen zukünftigen Entwicklungen weitgehend blind.³¹ Der Vergleichspunkt, der Potential zur Beantwortung dieser Frage nach dem *Warum* hat, ist der ideengeschichtliche

²⁶ Dem wird *Mattei*, *Comparative Law and Economics*, 1998, 145 insofern nicht gerecht, als er das Effizienzkriterium erst im Rahmen der konkreten Untersuchung als gefundenen Vorteil definieren will. Unklar bzgl. der Bemessungskriterien für Effizienz auch *Bisges*, *ZUM* 2014, 930–938. *Hager*, *Die Gefahrtragung beim Kauf: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 1982, 72 stellt bei seiner kurzen ökonomischen Überprüfung der Gefahrtragung bei Kaufvertrag pauschal auf die Vermeidung von Streitigkeiten ab. Zu den spezifischen Problemen des Nutzenbegriffs im Austauschvertrag vgl. auch *Adams*, *AcP* 186 (1986), 453–489.

²⁷ Vgl. *Valcke*, *Am. J. Comp. L.* 52 (2004), 713–740, insbes. 735–739 sowie *Hoecke*, in: *Hoecke*, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, 2004, 165–195, 191.

²⁸ Vgl. *Samuel*, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 2014, 96–100.

²⁹ Sog. *conceptual comparison*, vgl. *Brand*, *Brook. J. Int'l L.* 32 (2006), 405–466, insbes. 436–441.

³⁰ *Gerber*, in: *Riles*, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, 2001, 190–208, 206.

³¹ Vgl. *Brand*, *Brook. J. Int'l L.* 32 (2006), 405–466, 419–420; *Gerber*, in: *Riles*, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, 2001, 190–208, 206.

Hintergrund der Rechtsordnungen.³² Bezieht man die historische Bedingtheit des Rechts in die Untersuchung ein, kann man Erkenntnisse darüber gewinnen, warum die verglichenen Regelungskomplexe ihre heutige Gestalt aufweisen. Dies ermöglicht schließlich auch vorsichtige Prognosen darüber, welches Entwicklungspotential ihnen in Zukunft zukommt.

Diese Untersuchung will sich nicht in einer Gegenüberstellung nationaler Regelungskomplexe erschöpfen. Daher nimmt sie zwar in einer funktionalen Vergleichsfrage ihren Ansatz, indem sie untersucht, wie das englische und deutsche Recht die Probleme infolge des Untergangs des Vertragsgegenstands beim Kauf beweglicher Sachen lösen. Um den Erkenntnisgewinn aus dem Vergleich nicht zu verändern, sondern vielmehr zu erweitern, vergleicht sie die beiden Rechtssysteme zusätzlich anhand ihrer ideengeschichtlichen Entwicklung, um auch Antworten auf die Frage finden zu können, infolge welcher Einflüsse die Probleme auf bestimmte Weise gelöst werden, und damit die Antwort der Rechtsordnungen auf die *Wie-Frage* auszuleuchten. Ökonomische und strukturelle Erwägungen werden teilweise ergänzend herangezogen, sind aber nicht zentraler Gegenstand dieses Vergleichs.

Allerdings ist bei der Einbeziehung der historischen Dimension zweifach Vorsicht geboten. Erstens ist es problematisch, bei der Untersuchung gegenwärtige Rechtsvorstellungen zum Ausgangspunkt zu nehmen. Dabei werden gegenwärtige Strukturen auf das Recht der Vergangenheit projiziert, was den historischen Befund verfälscht. Zwar ist der Blick auf die geschichtliche Entwicklung des Rechts sicher immer vom Vorverständnis des Beobachters geprägt. Dennoch sollte bei der historischen Untersuchung die eigene dogmatische Brille so weit wie möglich abgelegt werden.³³ Daher wird in dieser Untersuchung die geschichtliche Entwicklung der Regelungskomplexe jeweils vor und gesondert von dem Inhalt des geltenden Rechts beleuchtet, um die Ergebnisse nicht aus der Perspektive gegenwärtiger Dogmatik zu verzer-

³² Dabei wird nicht der – zum Scheitern verurteilte – Versuch unternommen, aus der Abfolge von Ideen einzelner Denker eine „Geschichte der Ideen“ zu konstruieren, vgl. hierzu kritisch *Skinner, Visions of Politics*, Band 1, 2002, insbes. 64–86. Pointiert zu solcher „Ideengeschichte“ *Ittersum*, in: Du Plessis/Cairns, *Reassessing Legal Humanism and its Claims – Petere Fontes?*, 2016, 154–193, 156: „conversation among dead white males, aimed at solving present-day problems“. Vielmehr dient als Bezugspunkt der Betrachtung, welche Ideen in bestimmten Epochen insofern „verbreitet“ waren, als sie die Akzeptanz verschiedener Akteure des Zeitgeschehens fanden und so den Diskurs und die Rechtsentwicklung *zu jener Zeit* prägten. Vgl. auch aus soziologischer Perspektive, insbesondere zum Begründungspotential kommunikationstheoretischer Konzepte, *Luhmann*, in: Matthes, *Lebenswelt und soziale Probleme: Verhandlungen des 20. Deutschen Soziologentages zu Bremen 1980, 1981*, 49–61, 56–57.

³³ Gegen einen nur dogmatischen Umgang mit der ideengeschichtlichen Bedingtheit des Rechts vgl. auch *Gordon*, *Stan. L. Rev.* 36 (1984), 57–125, 119.

ren.³⁴ Zweitens gilt es zu vermeiden, die Rechtsgeschichte dadurch in den Dienst der Rechtsvergleichung zu stellen, dass die geschichtliche Entwicklung als Legitimation für bestimmte Ergebnisse und Projekte herangezogen wird. Das ist nicht selbstverständlich: Vielmehr sieht sich die Rechtsvergleichung bisweilen als „Kundin der Rechtsgeschichte“³⁵ und fragt, was die Rechtsgeschichte „ihr bieten kann“.³⁶ Die historische Untersuchung wird so zum Instrument gegenwärtiger Projekte und läuft Gefahr, nicht mehr Geschichte im Sinne historischer Authentizität zu sein, weil moderne Denkmuster übertragen werden, sei es mit dem Ziel der „Wiedergewinnung europäischer Rechtseinheit“³⁷ oder – zurückhaltender – um „interessante Produkte für die Europäisierung der Rechtswissenschaft zu liefern“.³⁸ Unbeschadet gewinnbringender Ansätze birgt dieser instrumentalisierende Umgang mit der historischen Bedingtheit des Rechts die Gefahr, die Komplexität der geistesgeschichtlichen Tiefenstruktur zu vernachlässigen.³⁹ Denn mit dem Blick auf das zu legitimierende Ziel und durch die dogmatische Brille der Gegenwart besteht eine große Wahrscheinlichkeit, dass die Rechtsgeschichte auf einen linear auf das Ziel hinführenden Prozess reduziert und den gegenwärtigen Denkmustern unterworfen wird. Um die Regelungskomplexe umfassend zu verstehen, müssen sie vielmehr als ein sich noch im Verschmelzungsprozess befindliches Amalgam geschichtlich bedingter Regeln verstanden werden, ohne dass dabei die geschichtliche Entwicklung aus der Gegenwartspektive instrumentalisiert wird.⁴⁰ Bezugspunkt des vorliegenden Rechtsver-

³⁴ Dabei setzt die Identifikation der relevanten Regelungskomplexe freilich voraus, dass sich das untersuchte tatsächliche Problem in der Geschichte zumindest in seiner Grundform stets gleich gestellt hat. Dies ist beim Untergang einer vertraglich versprochenen Sache der Fall, weil dieses tatsächliche Problem auftritt, sobald Ordnungen bindende Versprechen kennen.

³⁵ Flessner, ZEuP 1999, 513–520.

³⁶ Luig, ZEuP 1999, 521–530.

³⁷ Kötz, JZ 1992, 20–22. Michaels will so einen Weg zurück zu einem neuen *Ius Commune* finden, Michaels, RabelsZ 73 (2009), 866–888, 885. In diese Richtung auch Zimmermann, in: Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, 1994, 65–81, insbes. 67. Kritisch gegenüber der Instrumentalisierung Giaro, *Ius Commune* 1994, 1–43.

³⁸ Flessner, ZEuP 1999, 513–520, 519.

³⁹ Zum Problem der Hermeneutik und zur Relevanz der Vorstruktur des Verstehens vgl. Gadamer, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2010, insbes. 270 ff. Zur prägenden Kraft der durch ideengeschichtliche Prämissen bedingten Tiefenstruktur des Rechts vgl. auch B. Forschner, in: Mattiangeli, *Emptio-Venditio: Europäische Studien zur Geschichte des Kaufvertrags*, 2014, 199–222, insbes. 200–201.

⁴⁰ Vgl. auch Ewald, ZEuP 1999, 553–559, 557–559; Gordley, in: Reimann/Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 754–773, 763–764; Pringsheim, CLJ 5 (1935), 347–365, 349. Gegenstand dieser Untersuchung ist dabei die Entwicklung der Rechtsordnungen als Wachstums- bzw. Emanzipationsprozess. Im Bereich des Kaufrechts kam es nämlich nicht zu einer bewussten Übernahme einer fremden

gleichs ist daher die Art und Weise, wie die Rechtsordnungen auf die jeweils auf sie einwirkenden Einflüsse reagiert haben. Diese Reaktion kann etwa in einer Rezeption von Ideen, in einer Emanzipation von bestimmten Einflüssen, in einer Opposition zu denselben oder auch in ihrer Ignoranz bestehen. Die Erkenntnis, dass ein Rechtssatz z.B. Rezeption einer Idee oder Ergebnis eines Emanzipationsprozesses ist, eröffnet nicht nur einen tieferen Einblick in die Regel, der Schlüsse etwa auf den Stellenwert des Rechtssatzes innerhalb der Rechtsordnung zulässt, sondern lässt u.U. auch Prognosen dahingehend zu, wie sich gegenwärtige Einflüsse auf das geltende Recht auswirken werden. Dass die Ergebnisse dieses historisch informierten Vergleichs englischen und deutschen Gefahrtragungsrechts gewinnbringend sein werden, lässt sich an dieser Stelle freilich nicht *a priori* belegen. Vielmehr möge die folgende Untersuchung für sich sprechen.

Vor dem Hintergrund dieses methodischen Ansatzes kann die Forschungsfrage wie folgt präzisiert werden:

Wie lösen englisches und deutsches Recht die Probleme infolge des Sachuntergangs beim Kauf beweglicher Sachen [funktionales Kriterium]

und [erweiternd]

inwiefern sind die jeweiligen Lösungen durch die nationale und europäische Ideengeschichte bedingt? [Vergleichspunkt Ideengeschichte]

Regelung in ihrer Gesamtheit im Sinne eines *legal transplant*, zu letzterem vgl. *Watson, Legal Transplants*, 1974, insbes. 21–30.

Kapitel 2

Englisches Recht

Obwohl das englische Recht nur den Begriff *risk* i.S.v. Preisgefahr kennt,¹ beantwortet es sowohl die Frage nach der Leistungs- als auch die Frage nach der Preisgefahr. Die Antworten auf diese Fragen sind in den Rechtssätzen darüber enthalten, in welchen Fällen von Beschädigung bzw. Untergang der Ware der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei wird und ob der Käufer dann trotzdem den Kaufpreis zahlen muss. Diese Rechtssätze sind demnach den Rechtsfolgen von Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (*doctrine of frustration*) zuzuordnen. Denn diese Rechtsfolgen bestimmen allgemein das Schicksal der Leistungs- und Gegenleistungspflicht bei Untergang und Beschädigung der Sache. Bei Kaufverträgen gelten diese Rechtssätze allerdings nur bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (*passing of risk*). Denn ab dann wird das Unmöglichkeitsrecht von der speziellen kaufrechtlichen Gefahrtragung überlagert.² Im Folgenden sollen deswegen zunächst das Unmöglichkeitsrecht und dann die kaufrechtliche Gefahrtragung untersucht werden.

A. Leistungsbefreiung bei nachträglicher Unmöglichkeit

Das Unmöglichkeitsrecht bestimmt die Risikotragung hinsichtlich Untergang oder Beschädigung der Kaufsache *nach Vertragsschluss* und *vor Gefahrübergang*. Die Nichtexistenz oder eine Beeinträchtigung der Integrität des Vertragsgegenstandes *vor Vertragsschluss* führen dagegen regelmäßig zur anfänglichen Nichtigkeit des Vertrags wegen eines gemeinsamen Irrtums der Parteien³ und betreffen jedenfalls nicht das weitere Schicksal der erst durch

¹ Vgl. oben, Kapitel 1, Text bei Fn. 2.

² Diese dogmatische Systematisierung ist in den englischen Rechtssätzen nicht ausdrücklich enthalten, wird aber zu deren Erklärung herangezogen, vgl. *Sealy*, CLJ 31 (1972), 225–247, 245–246 und noch deutlicher *Treitel*, Frustration and Force Majeure, 2014, 74–77.

³ Der Irrtum über Integrität oder Existenz des Vertragsgegenstandes fällt im englischen Recht in die Kategorie fundamentaler Irrtümer, die zur Nichtigkeit des Vertrags führen. Vgl. dazu *Bell v Lever Bros. Ltd.* [1932] A.C. 161, 206.

den Vertrag begründeten Pflichten, also die Gefahrtragung im eigentlichen Sinne.

I. Die *frustration*-Doktrin

Das Recht der nachträglichen Unmöglichkeit findet in England seinen Niederschlag in der *doctrine of frustration*,⁴ die in ihrer heutigen Form bei Unmöglichkeit der Erfüllung eines bereits geschlossenen Vertrags die wechselseitigen Leistungspflichten der Parteien zum Erlöschen bringt. Damit wird auch die Entstehung eines an die Nichterfüllung dieser Pflichten anknüpfenden Schadensersatzanspruchs verhindert.

1. Historische Entwicklung

Dass die nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung einer Leistungspflicht zu deren Erlöschen und zum Wegfall der Gegenleistungspflicht führt, ist im englischen Recht erst seit etwa 150 Jahren anerkannt. Zuvor galt die *doctrine of absolute contracts*. Diese hielt die Parteien auch bei Unmöglichkeit an ihren Vertragspflichten fest, so dass der Gläubiger die Gegenleistung zu erbringen hatte und der Schuldner wegen der „Nichterbringung der Hauptleistung verschuldensunabhängig schadensersatzpflichtig war.“⁵

a) *Paradine v Jane* und die *doctrine of absolute contracts*

Leitentscheidung zur *doctrine of absolute contracts* ist *Paradine v Jane*.⁶ Das Urteil ist ein Meilenstein in der dogmatischen Entwicklung der mittelalterlichen Vertragsklage, des *writ of covenant*: Im Mittelalter konnte ein Prozess

⁴ Treitel, Unmöglichkeit, „Impracticability“ und „Frustration“ im anglo-amerikanischen Recht, 1991, 2 ordnet *frustration* zwar auch als Unmöglichkeit ein, hält das Wort selbst aber für „kaum übersetzbar“.

⁵ Auch jenseits von Unmöglichkeitsfällen steht dem Gläubiger der Hauptleistung im englischen Recht in der Regel nur ein Anspruch auf Schadensersatz und kein Anspruch auf Erbringung der Leistung *in natura* zu; vielmehr kann der Gläubiger Naturalerfüllung als *specific performance* nur in Ausnahmefällen durch ein *equitable remedy* verlangen, vgl. nur Lord Hoffmann in *Cooperative Insurance Society Ltd. v Argyll Stores (Holdings) Ltd.* [1998] A.C. 1, 11–12. Aus historisch-vergleichender Perspektive siehe auch Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, 124–133. Nachdem der Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse gerichtet ist (*Robinson v Harman* 154 E.R. 363, 365), entspricht der finanzielle Nachteil für den Schuldner infolge dieser Schadensersatzpflicht wirtschaftlich der Leistungsgefahr.

⁶ (1647) Ayleyn 26 = (1647) Sty 47 = [1558–1774] All ER Rep 172; hierzu: Ibbetson, in: Rose, Consensus Ad Idem: Essays in the Law of Contract in Honour of Guenter Treitel, 1996, 1–37, 30–37; Page, Mich. L. Rev. 18 (1920), 589–614, 594–596; Wade, LQR 56 (1940), 519–556, 524–528.

nur durch einen Kläger begonnen werden, der sich auf einen *writ* berief, eine Verfügung des Königs oder seiner Beamten in der *chancery*, durch die der lokale Richter oder die königlichen Gerichte angewiesen wurden, für eine bestimmte Fallkonstellation Rechtsschutz zu gewähren.⁷ Die Art des jeweiligen *writ* schrieb dabei auch die auf dessen Grundlage gewährte Klageart (*form of action*) vor.⁸ Die *action of covenant* gewährte Rechtsschutz hinsichtlich der Erfüllung eines Vertrags.⁹ Dabei handelte es sich um einen *writ* in der Form des *precipe* – also einen *writ*, der dem Beklagten ein bestimmtes Verhalten gebietet und ihn nur bei Nichterfüllung dieses Gebots zur Erklärung seines Verstoßes vor den Richter zitiert, im Gegensatz zum *writ* in der Form des *quare*, der den Beklagten zur Erklärung seiner Verfehlungen zwingt.¹⁰ Ursprünglich knüpfte dabei die *action of covenant* subjektiv an die Verfehlung des Beklagten an, seine vertragliche Verpflichtung nicht erfüllt zu haben.¹¹ Insofern war dieser bei höherer Gewalt nicht haftbar.¹² So schreibt *Bracton* Mitte des 13. Jahrhunderts, dass die vertragliche Verpflichtung durch den Untergang ihres Gegenstandes und der Gattung erlösche: „[tollitur obligatio i]tem per interitum rei et speciei“.¹³ Ende des 15. Jahrhunderts löste sich jedoch die Anknüpfung der *action of covenant* an die Verfehlung des Beklagten und die Position der aus dem Vertrag berechtigten Partei rückte in den Vordergrund.¹⁴ Solange deren Anspruch noch in irgendeiner Form existierte,

⁷ *Baker*, *The Oxford History of the Laws of England*. Volume VI, 1483–1558, Band VI, 2003, 323. Zum Rechtsschutz durch *writs* vgl. auch *Bracton*, *Bracton on the Laws and Customs of England*, übersetzt und herausgegeben von Samuel E. Thorne, Band 4, 1968, 286 (fol. 413): „formulae brevium quot sunt genera actionum, quia non potest quis sine brevi agere“ – „Es gibt so viele Arten von *writs* wie Klagearten, denn niemand kann ohne einen *writ* klagen“. Das Wort *writ* (angelsächsisch *gewrit*) spielt darauf an, dass die Verfügung schriftlich ergeht, die lateinische Übersetzung *breve* betont den Aspekt, dass die Verfügung kurz gehalten ist, *Hollond*, *CLJ* 8 (1942), 15–35, 15. Das *writ*-System hielt sich unter verschiedenen Modifikationen bis ins 19. Jahrhundert hinein und wurde erst im Jahr 1879 endgültig abgeschafft, vgl. *Hollond*, *CLJ* 8 (1942), 15–35, 35.

⁸ *Hollond*, *CLJ* 8 (1942), 15–35, 18–19.

⁹ *Baker*, *The Oxford History of the Laws of England*. Volume VI, 1483–1558, Band VI, 2003, 820. Ursprünglich hatte die *action of covenant* v.a. Landpachtverträge zum Gegenstand, war aber darauf nicht beschränkt, vgl. *Ibbetson*, *Law and History Review* 4 (1986), 71–94, 72.

¹⁰ *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, 2002, 57–59.

¹¹ Mit Belegen aus den in den *Yearbooks* gesammelten Entscheidungen *Ibbetson*, in: *Rose*, *Consensus Ad Idem: Essays in the Law of Contract in Honour of Guenter Treitel*, 1996, 1–37, 5.

¹² Ebd.

¹³ *Bracton*, *Bracton on the Laws and Customs of England*, übersetzt und herausgegeben von Samuel E. Thorne, Band 2, 1968, 288–289 (fol. 101b).

¹⁴ *Ibbetson*, in: *Rose*, *Consensus Ad Idem: Essays in the Law of Contract in Honour of Guenter Treitel*, 1996, 1–37, 15.

tierte, zog man die verpflichtete Partei zur Vertragserfüllung heran.¹⁵ Höhepunkt dieser Entwicklung war der Fall *Paradine v Jane*.

William Jane hatte von *Robert Paradine* für mehrere Jahre ein Stück Land gepachtet. 1647 nimmt *Paradine Jane* wegen rückständiger Pachtforderungen in Anspruch. *Jane* versucht, sich gegen die Forderungen zu verteidigen, indem er vorbringt, „that a certain German prince, by name Prince Rupert, an alien born, enemy to the King and kingdom, had invaded the realm with an hostile army of men; and with the same force did enter upon the defendant’s possession, and him expelled, and held out of possession from the 19 of July 18 Car. till the Feast of the Annunciation, 21 Car. whereby he could not take the profits [from the land]“. ¹⁶ *Jane* als Pächter sieht sich demnach von seiner Pachtzahlungspflicht befreit, weil er das gepachtete Land aufgrund des Trup-
peneinfalls nicht mehr nutzen konnte, weil also die Erbringung der Hauptleistung aus dem Pachtvertrag (Zurverfügungstellung des Lands zur Nutzung) unmöglich geworden war. Die besonders dramatische Schilderung der feindlichen Besetzung mag dem Umstand geschuldet sein, dass nach der geltenden Rechtslage die Unmöglichkeit der Nutzung des Pachtobjekts eigentlich nicht zum Erlöschen der Vertragspflichten führte. Daher musste *Jane* mit besonderen Fakten aufwarten.¹⁷ Damit hatte er jedoch keinen Erfolg. Das Gericht unterscheidet zwei Unmöglichkeitkategorien, von denen nur die erste Befreiungswirkung hat: „[W]here the law creates a duty or charge, and the party is disabled to perform it without any default in him, and hath no remedy over, there the law will excuse him [...] but when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract“. ¹⁸ Die Unmöglichkeit der Erfüllung von *duties created by contract* führt also nicht zum Erlöschen dieser Pflichten, weil die Parteien eine Regelung der Unmöglichkeit im Vertrag hätten treffen können. Nachdem die Pachtzahlung eine *duty created by contract* war, zu der sich *Jane* ausdrücklich vertraglich verpflichtet hatte, war sie nicht erloschen. Damit war die *doctrine of absolute contracts* aus der Taufe gehoben und die vertragliche Haftung zur *absolute liability* geworden.

Die Grenze zwischen *duty created by law* und *duty created by contract* kann nicht mit der heutigen Grenze zwischen Delikts- und Vertragsrecht gleichgesetzt werden, sondern entspricht eher der Grenze zwischen *implied terms* und *express terms*.¹⁹ *Express terms* sind ausdrückliche schriftliche oder

¹⁵ *Ibbetson*, *The Journal of Legal History* 18 (1997), 1–31, 10.

¹⁶ (1646) *Aleyn* 26, 26–27.

¹⁷ *Ibbetson*, in: *Rose, Consensus Ad Idem: Essays in the Law of Contract in Honour of Guenter Treitel*, 1996, 1–37, 31.

¹⁸ (1646) *Aleyn* 26, 27.

¹⁹ *Treitel, Frustration and Force Majeure*, 2014, 20–21.