

THOMAS KOLLER

Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor für Privatrecht
und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts,
an der Universität Bern

Der Übergang der Leistungsgefahr bei internationalen Kaufverträgen unter der CIF- und der FOB-Klausel

Überlegungen zur sachgerechten Risikoverteilung
im grenzüberschreitenden Warenverkehr

Sonderdruck aus

Tradition mit Weitsicht

Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag

Herausgegeben von:

Wolfgang Wiegand

Thomas Koller

Hans Peter Walter

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

Der Übergang der Leistungsgefahr bei internationalen Kaufverträgen unter der CIF- und der FOB-Klausel

Überlegungen zur sachgerechten Risikoverteilung im grenzüberschreitenden Warenverkehr

THOMAS KOLLER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	384
1.	Es fährt ein Zug nach Nirgendwo.....	384
2.	Ein zunächst unscheinbares bundesgerichtliches obiter dictum.....	385
3.	Die Incoterms und die Leistungsgefahr nach der Meinung von EUGEN BUCHER	385
a)	Der BUCHER'sche Standpunkt gemäss „Obligationenrecht Besonderer Teil“	385
b)	Das BUCHER'sche Fallbeispiel „Die zerdrückte Druckmaschine“	386
4.	Wer hat Recht?	388
II.	Grundsätzliches zur Gefahrtragung bei internationalen Kauf- und Werklieferungsverträgen.....	389
1.	Die Unterscheidung zwischen Preisgefahr und Leistungsgefahr	389
2.	Die praktische Bedeutung der Unterscheidung	390
III.	Die Leistungsgefahr im schweizerischen Recht und im UN-Kaufrecht	392
1.	Die Regelung der Leistungsgefahr im schweizerischen Recht.....	392
2.	Die Leistungsgefahr im UN-Kaufrecht	393
IV.	CIF/FOB-Klausel und Gefahrtragung.....	394
1.	Der theoretische Vorrang der (inter)subjektiven Auslegung....	394

* Ich danke meiner früheren Assistentin Frau Fürsprecherin Meret Kessler und meinem derzeitigen Assistenten Herrn lic. iur. Michael S. Graber für die Vorarbeiten, die sie für mich geleistet haben. Herrn Graber bin ich zudem zu grossem Dank für die kritische Durchsicht des Textes verpflichtet.

Das Manuskript wurde am 26.10.2008 abgeschlossen. Sämtliche angegebenen Websites wurden letztmals am 23.2.2009 besucht.

2.	Die (objektive) Regelung der Leistungsgefahr in den Incoterms 2000.....	396
a)	Ausgangspunkt.....	396
b)	Die offiziellen Regeln und die Erläuterungen der ICC zu den Incoterms 2000.....	397
c)	Die Meinung von RAMBERG.....	398
d)	Die Meinungen in der Literatur.....	399
3.	Eigene Stellungnahme.....	402
V.	Schluss.....	405

I. Einleitung

1. Es fährt ein Zug nach Nirgendwo

Das Schweizerische Bundesgericht hat sich gelegentlich mit ausserordentlich interessanten, ja fast ein wenig exotisch anmutenden Fallkonstellationen zu befassen. Und bisweilen finden sich in den entsprechenden Urteilen in den höchstrichterlichen Erwägungen bemerkenswerte Ausführungen, die kaum Beachtung finden, weil sie bloss ein obiter dictum darstellen und von den zentralen (fallentscheidenden) Erwägungen in den Hintergrund gedrängt werden.

BGE 122 III 106 ist dafür ein schönes Beispiel. Zu beurteilen hatte das Bundesgericht einen Streit zwischen einer türkischen Käuferin und einer liechtensteinischen Verkäuferin über die Lieferung von 320 polnischen Personenwagen. Die Verkäuferin hatte die Verpflichtung zur Versendung dieser Personenwagen per Eisenbahn „CIF Kapikule“¹ nach Istanbul übernommen. Der Transport erfolgte von Polen über die (damalige) Tschechoslowakei, Ungarn, das (damalige) Jugoslawien und Bulgarien. Bei der Käuferin kamen nur 16 Wagen an; die restlichen 304 Autos wurden aufgrund einer Fehladressierung an eine falsche Unternehmung in Istanbul geliefert und dort von Gläubigern der Empfängerin verarrestiert. Zur Käuferin gelangten die Fahrzeuge offenbar nie. Dasselbe Schicksal erlitten bei einer zweiten Lieferung acht von 120 Automobilen.

Die Exotik dieses Falles ist überwältigend: Da fährt ein Eisenbahnzug voll beladen mit Personenwagen eine lange Strecke durch mehrere osteuropäische Länder (von denen heute zwei nicht mehr existieren!). Am Schluss fallen mehrere Eisenbahnwagen mit Hunderten dieser Automobile aufgrund einer

¹ Kapikule ist ein bulgarisch-türkischer Grenzübergang im Dreiländereck Griechenland-Türkei-Bulgarien.

Fehladressierung definitiv in falsche Hände. Und das Schweizerische Bundesgericht hat zu beurteilen, ob die (ausländische) Verkäuferin für den der (ebenfalls ausländischen) Käuferin entstandenen Schaden einzustehen hat oder nicht.

2. Ein zunächst unscheinbares bundesgerichtliches obiter dictum

Beinahe unter geht in der Exotik dieses Falles folgender Satz in den Erwägungen des Bundesgerichts: „Sodann ergibt sich aus den ‚Incoterms‘, dass die CIF-Klausel beim Verkäufer eine Bringschuld bis zum Verlad und von dort eine Schickschuld bis zum Bestimmungsort begründet (...).“²

Auf den ersten Blick scheint diesem Satz keine grosse Tragweite zuzukommen, zumal er für die Begründung des Urteils ohne jegliche Bedeutung war³. Beim zweiten Blick aber stutzt, wer EUGEN BUCHER und seine Publikationen kennt. Bringschuld bis zum Verladebahnhof (so in casu) bzw. bis zum Verschiffungshafen – so beim Seeschifftransport, für welchen eigentlich die CIF-Klausel gedacht ist⁴ – müsste doch heissen, dass der Schuldner bis zum Verlad *nicht nur die Preisgefahr, sondern auch die Leistungsgefahr trägt*. Der Jubilar aber, dem diese Festschrift gewidmet ist, hat ausdrücklich das Gegenteil vertreten.

3. Die Incoterms und die Leistungsgefahr nach der Meinung von EUGEN BUCHER

- a) Der BUCHER'sche Standpunkt gemäss „Obligationenrecht Besonderer Teil“

In seinem Lehrbuch „Obligationenrecht Besonderer Teil“ vertritt BUCHER den Standpunkt, dass die Incoterms die Leistungsgefahr, d.h. die Frage, in welchem Moment der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit wird und daher weder zur Nachlieferung verpflichtet ist noch für Verspätung haftet, nicht regeln würden. Mangels anderer Absprachen sei anzunehmen, dass der Verkäufer mit der Versendung (Übergabe an den ersten Frachtführer) seine Leistungspflicht erfüllt habe und damit grundsätzlich befreit sei, auch wenn er in

² BGE 122 III 106 E. 4 S. 108.

³ Massgebend für die Schadenersatzpflicht der Verkäuferin war in casu der Umstand, dass sie die vertragliche Nebenpflicht zur Versendung übernommen hatte. Das umfasst unter anderem die korrekte Ausstellung der Frachtbriefe (inklusive korrekte Adressierung), und diese Pflicht hatte die Verkäuferin mangelhaft erfüllt. Mit der Frage, ob die Lieferpflicht der Verkäuferin unter der CIF-Klausel teilweise eine Bring- und teilweise eine Schickschuld ist oder nicht, hat die Nebenpflicht zur korrekten Adressierung nichts zu tun.

⁴ So auch das Bundesgericht (BGE 122 III 106 E. 4 und E. 5a S. 108).

diesem Moment angesichts späteren Übergangs der Preisgefahr vielleicht noch nicht den Gegenleistungsanspruch erworben habe⁵.

b) Das BUCHER'sche Fallbeispiel „Die zerdruckte Druckmaschine“

Noch deutlicher zum Ausdruck gelangt sein Standpunkt in „Übungen zum Obligationenrecht“. In diesem für Studierende konzipierten Lehrmittel findet sich unter anderem der Fall 11 mit der bildhaften Überschrift „Die zerdruckte Druckmaschine“. Es lohnt sich, diesen Übungsfall hier näher darzustellen.

Der Sachverhalt präsentiert sich wie folgt: Die in Aarau ansässige Impressora AG (I-AG) stellt Spezialdruckmaschinen her. Die Firma Kim mit Sitz in Seoul bestellt bei der I-AG eine solch eigens angefertigte Druckmaschine. Vereinbart wird „Lieferung CIF Intschon“⁶. Die I-AG beauftragt den Camionneur Stark, die Druckmaschine zur Verschiffung nach Genua zu transportieren. Auf der Autobahn wird Stark zu einer Notbremsung gezwungen, wodurch der Anhänger seines Lastwagens ins Schleudern gerät und umkippt. Die darauf befindliche Maschine wird zerstört. Kim – noch gleichentags über die Vorfälle in Kenntnis gesetzt – insistiert unter Androhung von Schadenersatzforderungen auf vertragsgemässer Lieferung. Die I-AG will jedoch keine andere Maschine liefern, zumal sie kein vertragskonformes Modell an Lager hat. Eine ausserhalb der ordentlichen Produktion erfolgende Neuanfertigung wäre für die I-AG mit Zusatzkosten verbunden, und eine fristgerechte Lieferung dabei praktisch ausgeschlossen. Ist – so die BUCHER'sche Fragestellung – die I-AG zur Lieferung bzw. im Falle der Nichtlieferung zu Schadenersatz verpflichtet?

Wie ist nun diese Frage nach BUCHER zu beantworten? Die CIF-Klausel stelle – so der Jubilar – eine kaufmännische Lieferklausel dar. Diese würden grundsätzlich drei Fragen regeln: Gefahrtragung, Kostentragung und Nebenpflichten der Vertragsabwicklung. Der Streit der Parteien habe einen Bezug zur Gefahrtragung. Unter Gefahrtragung sei im Rahmen der Lieferklauseln

⁵ EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 1988, S. 138 (im Folgenden: OR BT); ebenso DERS., Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, in: Wiener Kaufrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1990, hrsg. von EUGEN BUCHER, Bern 1991, S. 13 ff., spez. S. 28 und S. 40 Anm. 32.

In der 1. Aufl. 1981 (S. 78) und in der 2. Aufl. 1983 (S. 92 f.) von OR BT äusserte sich BUCHER noch zurückhaltender („Durch diese [d.h. die Lieferklauseln] wird insbesondere die Frage der Leistungsgefahr ... wahrscheinlich nicht abschliessend geregelt. Leistungsgefahr kann längstens bis zum Übergang der Preisgefahr auf den Käufer beim Verkäufer liegen. Wird dieser aber nicht evtl. früher, z.B. bei Übergabe an den ersten Frachtführer, von der Leistungsgefahr/Schadenersatzpflicht befreit, auch wenn die Preisgefahr des Käufers erst später beginnt?“).

⁶ *Intschon* (auch *Incheon*) ist eine Hafenstadt an der Westküste von Südkorea rund 28 Kilometer westlich der Hauptstadt Seoul.

immer *Tragung der Preisgefahr* zu verstehen, d.h. es gehe um die simple Frage, von welchem Zeitpunkt an der Käufer bezahlen müsse, ungeachtet eines allfälligen Untergangs (bzw. einer Verschlechterung) der Sache. Im Falle der CIF-Klausel (wie auch der FOB-Klausel) gehe die Gefahr der Sache mit Überschreiten der Schiffsreling im Verladehafen auf den Käufer über. In unserem Fall folge daraus eindeutig (weshalb die Parteien auch darüber nicht streiten würden), dass der Käufer den Preis der auf der Autobahn untergegangenen Maschine *nicht* bezahlen müsse.

Zur Frage, ob aus der genannten Gefahrtragungsregel folge, dass der Verkäufer, der nach Vertrag seinen Preis noch nicht verdient habe, weiterhin in Leistungspflicht stehe, sei den Incoterms nichts zu entnehmen. Allerdings fänden sich in der Literatur auch kaum Stellungnahmen, die explizit festhalten würden, dass die Leistungspflicht des Verkäufers *nicht* so lange weiterdauere, bis der Käufer preiszahlungspflichtig werde; immerhin herrsche in der Literatur zu den Lieferklauseln Übereinstimmung dahin, dass diese die obgenannten Punkte und insbesondere den Übergang der Preisgefahr regle, dabei aber die nicht einbezogenen Punkte (und zwar auch nicht indirekt) nicht beeinflusse.

Aus dem Schweigen (d.h. dem Fehlen einer expliziten Regel) müsse der Schluss gezogen werden, dass es bei der von Gesetzes wegen geltenden Regel (in casu sind das Schweizerische Obligationenrecht und das UN-Kaufrecht [CISG] gemeint) sein Bewenden habe, wonach die I-AG nicht zur Nachlieferung verpflichtet sei. Sogar wenn das Resultat zweifelhaft sein könnte (z.B. weil aufgrund besonderer Umstände die Möglichkeit bestehe, dass sich die Parteien eine andere als die genannte Lösung als die für sie geltende vorgestellt hätten), würde es bei diesem Resultat bleiben, denn ein Ausschalten der gesetzlichen Bestimmung des Erfüllungstatbestandes setze eine mehr oder weniger eindeutige vertragliche Vereinbarung voraus, während im Zweifel die gesetzlichen Regeln gelten würden.

Zur Verdeutlichung sei festzuhalten, so BUCHER weiter, dass die CIF-Klausel (wie die Lieferklauseln überhaupt) *nicht* den *Erfüllungsort* im Sinne des allgemeinen Schuldrechts regeln wollten; dieser bleibe daher im vorliegenden Fall unverändert am Domizil des Schuldners; der Übergang der Preis- und Leistungsgefahr falle hier (wie oft bei Vereinbarung von Incoterms) zeitlich und räumlich auseinander. Es werde durch Beifügung der CIF-Klausel eine „*Schickschuld*“ oder ein „*Versendungskauf*“ vereinbart, d.h. zu der vom Verkäufer an seinem Domizil zu erfüllenden Leistungspflicht trete zusätzlich eine Transportpflicht (d.h. der Verkäufer habe den Transport zu veranlassen und, im Falle der CIF-Klausel, auch dessen Kosten zu tragen), ohne dass dadurch der Erfüllungsort verändert würde. Die Vertragsangabe „Intschon“ bezeichne nur den Umfang dieser Transportpflicht, mache aber nicht Intschon – und auch nicht Genua – zum Erfüllungsort.

Die I-AG bekomme also infolge der verabredeten CIF-Klausel keinen Kaufpreis; sie sei aber nicht zur Nachlieferung der untergegangenen Maschine verpflichtet, da sie ihre vertragliche Lieferpflicht mit befreiender Wirkung erfüllt habe⁷.

4. Wer hat Recht?

Es liegt klar zu Tage: Die BUCHER'sche Auffassung über die Tragweite der CIF-Klauseln (ja der Incoterms generell⁸) steht in diametralem Gegensatz zu dem, was das höchste schweizerische Zivilgericht im oben erwähnten obiter dictum ausgeführt hat. Wer hat nun Recht? Der Jubilar oder das Bundesgericht, das sich zur Begründung seiner Auffassung immerhin auf HERBERT SCHÖNLE⁹ berufen hat, der sogar noch ausdrücklich ausführt, nach der CIF-Klausel gehe die *Sachleistungs-* und die *Kaufpreisgefahr* in dem Augenblick auf den Käufer über, in dem die Ware die Schiffsreling im Verschiffungshafen überschritten habe? Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

⁷ EUGEN BUCHER/WOLFGANG WIEGAND, Übungen im Obligationenrecht, Fallsammlung mit Lösungsvorschlägen, unter Mitarbeit von Markus Reber, 3. Aufl. Zürich 2001, S. 163 ff. (Fall 11, bearbeitet von Eugen Bucher), spez. zur CIF-Klausel S. 170 ff. Ebenso bereits 2. Aufl. 1991, S. 169 ff., spez. S. 176 ff. In der 1. Aufl. 1985 dagegen war dieser Fall noch nicht aufgeführt.

⁸ Die nachfolgend näher zu untersuchende Frage würde sich grundsätzlich bei jeder Incotermklausel stellen. Da sich der Jubilar dieser Festschrift seinerzeit einlässlich nur mit der CIF-Klausel auseinandergesetzt hat, beschränkt sich dieser Beitrag ebenfalls auf die CIF- und die hinsichtlich des Zeitpunkts des Preisgefahrübergangs identische FOB-Klausel. Diese Beschränkung lässt sich umso mehr rechtfertigen, als diese beiden Klauseln in der Praxis offenbar am häufigsten verwendet werden.

⁹ HERBERT SCHÖNLE, Art. 185 N 77, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Teilband V 2a Kauf und Schenkung, Erste Lieferung Art. 184-191 OR, Zürich 1993 (im Folgenden: ZK-SCHÖNLE).

II. Grundsätzliches zur Gefahrtragung bei internationalen Kauf- und Werklieferungsverträgen

1. Die Unterscheidung zwischen Preisgefahr und Leistungsgefahr

Der Unterscheidung zwischen Preisgefahr und Leistungsgefahr¹⁰ kommt generell, ganz besonders aber bei internationalen Kauf- und Werklieferungsverträgen, eine bedeutsame Rolle zu. Während aber über die *Preisgefahr* schon überreichlich Tinte geflossen ist, wurde die *Leistungsgefahr* in der Literatur bis anhin oft nur stiefmütterlich behandelt¹¹. BUCHER hingegen hat – zu Recht – Wert auf diese Unterscheidung gelegt¹² und – wie einleitend aufgezeigt wurde – auf die Relevanz der Leistungsgefahr hingewiesen. Immerhin haben sich in den letzten Jahren vermehrt Autoren mit der Leistungsgefahr zum Teil sehr einlässlich befasst oder zumindest kurz auf sie hingewiesen¹³.

Unter Preisgefahr versteht man seitens des Käufers (bzw. des Werkbestellers) das Risiko (eben „die Gefahr“), den Kaufpreis (bzw. den Werklohn) auch dann zahlen zu müssen, wenn die Ware durch Zufall¹⁴ untergegangen ist

¹⁰ Diese wird in der Literatur – zumindest beim Kaufvertrag – gelegentlich auch als Sachgefahr bezeichnet: vgl. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. Zürich 2006, S. 56. ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 15 ff., unterscheidet gar zwischen Sachleistungs- und Sachgefahr, wobei er unter Letzterer (lediglich) das unmittelbare Risiko des Verlustes bzw. der Verschlechterung des Kaufgegenstandes versteht, welches nach dem Grundsatz *casum sentit dominus* stets der Eigentümer (welcher nicht notwendigerweise auch Verkäufer zu sein braucht) zu tragen habe.

¹¹ Dies zeigt sich schon darin, dass die meisten Autoren unter allgemein gefassten Titeln wie „Gefahrtragung“ oder „Gefahrübergang“ nur von der Preisgefahr sprechen und dabei den Aspekt der Leistungsgefahr fast gänzlich ausser Acht lassen. Vgl. z.B. THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., bearbeitet von ALFRED KOLLER, ANTON K. SCHNYDER, JEAN NICOLAS DRUEY, Zürich 2000, § 41 N 127 ff.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Zürich 2008, N 136 ff.

¹² BUCHER, OR BT (Fn. 5), S. 81.

¹³ Ausführlich etwa ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 17 ff., sowie JEAN-PAUL VULLIÉTY, Le transfert des risques dans la vente internationale, Diss. Genf 1998, Basel 1998; knapp ALFRED KOLLER, Art. 185 N 11, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529), hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 4. Aufl. Basel 2007 (im Folgenden: BSK OR I-A. KOLLER); THOMAS KOLLER, S. 412 f., in: Bundesgerichtsent-scheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, hrsg. von THOMAS KOLLER/IVO SCHWANDER, St. Gallen 2004.

Undeutlich in der Unterscheidung dagegen etwa HANS GIGER, Art. 185 N 11, in: Berner Kommentar, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband Kauf und Tausch – Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf (Art. 184-215 OR), Bern 1979 (im Folgenden: BK-GIGER).

¹⁴ Zufall bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Untergang oder die Beschädigung der Ware von keiner Vertragspartei (oder einer ihrer Hilfspersonen) verursacht worden ist. Zufall kann in *höherer Gewalt* (z.B. einem Unwetter) oder in *Dritteinwirkung* (Bsp.: Eine keiner Vertragspartei zurechenbare Person zerstört oder stiehlt während des Transports die Ware) bestehen (ähnlich ZK-SCHÖNLE [Fn. 9], Art. 185 N 18 und N 23 ff.); a.M. BK-GIGER [Fn. 13], Art. 185 N 7, demzufolge menschliches Verhalten in der Schweiz nicht als Zufall gewertet werde).

oder beschädigt wurde. Art. 66 CISG bringt dies sehr schön zum Ausdruck, wenn es dort heisst, Untergang oder Beschädigung der Ware nach Übergang der Gefahr auf den Käufer befreie diesen nicht von der Pflicht, den Kaufpreis zu bezahlen, es sei denn, dass der Untergang oder die Beschädigung auf eine Handlung oder Unterlassung des Verkäufers zurückzuführen sei. Bei der Frage des *Übergangs der Preisgefahr* geht es folglich um den Zeitpunkt, in welchem der Verkäufer ungeachtet des weiteren Schicksals der Ware seinen *Preisanspruch* erlangt¹⁵.

Von Leistungsgefahr hingegen spricht man aus der Optik des Verkäufers (bzw. Werkunternehmers), wenn das zur Erfüllung vorgesehene Objekt vor Eintritt des Leistungserfolges untergeht und dieser (beim Gattungskauf) weiterhin zur Leistung verpflichtet bleibt oder (beim Spezieskauf) zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist¹⁶. Ist demgegenüber die Leistungsgefahr auf den Käufer übergegangen, so verliert dieser den Anspruch auf Erfüllung ersatzlos, wenn die Leistung nach Vertragsschluss aus vom Verkäufer nicht zu vertretenden Umständen objektiv unmöglich wird.

2. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung

Auf den ersten Blick scheint die Unterscheidung zwischen Preisgefahr und Leistungsgefahr mehr von akademischem denn von praktischem Interesse zu sein. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass insbesondere beim grenzüberschreitenden Warenverkehr die Auswirkungen der Tragung der Preisgefahr einerseits und der Leistungsgefahr andererseits sehr unterschiedlich sind. *Im Allgemeinen trifft dabei die Leistungsgefahr die betroffene Vertragspartei wesentlich härter als die Preisgefahr.*

Zwar ist die praktische Bedeutung von Preisgefahrtragsregeln als solchen im Kaufrecht ebenfalls erheblich. Da jedoch insbesondere im internationalen Handel, aber auch bei vielen Transaktionen im Inland, die Ware gegen Untergang und Verlust im Allgemeinen versichert sein wird, haben Preisgefahrregeln in den meisten Fällen nicht die Funktion, definitiv Verlustrisiken unter Kaufvertragsparteien zuzuweisen. Sie dienen vielmehr oft bloss der *Zuweisung der Auseinandersetzungslast mit dem Versicherer* oder – da im Distanzgeschäft ein Transport der Ware erforderlich ist – *mit einem Frachtführer*¹⁷. Die Auseinandersetzung mit einem Versicherer oder Frachtführer

¹⁵ ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 18; BUCHER, OR BT (Fn. 5), S. 81.

¹⁶ INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Bern 2006, Rn. 64.12 f.; BSK-A. KOLLER (Fn. 13), Art. 185 OR N 11.

¹⁷ PETER HUBER, Art. 66 CISG Rn. 4, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. München 2008 (im Folgenden: MK-HUBER); CHRISTOPH BENICKE, Art. 66 CISG Rn. 2, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. München 2007 (im Folgenden: MK-BENICKE).

kann zwar mit Schwierigkeiten verbunden sein, braucht aber nicht den Verlust des Kaufpreises zur Folge zu haben¹⁸. *In seltenen Fällen mögen die Regeln der Preisgefahrtragung zu einer definitiven Verlustzuweisung führen*, so wenn kein Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde (bzw. wenn für das verwirklichte Risiko im Versicherungsvertrag die Deckung fehlt¹⁹), wenn der Versicherer oder Frachtführer insolvent wird, wenn sich ein Prozess gegen den Versicherer oder Frachtführer aus Kostengründen vernünftigerweise nicht führen lässt oder wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, für das eine Versicherungsdeckung nicht erhältlich ist.

Anders präsentieren sich in vielen Fällen die Auswirkungen der Tragung der Leistungsgefahr. Ist der Verkäufer oder Werkhersteller weiterhin zur Leistung verpflichtet, obwohl die von ihm zur Erfüllung vorgesehenen Stücke untergegangen sind, so trifft ihn eine *Beschaffungspflicht* bzw. eine (weitere) *Herstellungspflicht*. Bei der Beschaffung neuer Ware kann der Verkäufer auf erhebliche Schwierigkeiten stossen, so etwa wenn Engpässe auf dem Weltmarkt auftreten oder die Preise stark angestiegen sind²⁰. Die Herstellung neuer Ware kann für den Werklieferanten sehr belastend sein, so etwa wenn er nicht bzw. nicht binnen nützlicher Frist über freie Produktionskapazitäten verfügt oder wenn die benötigten Rohstoffe nur noch schwer erhältlich sind. Kommt der Verkäufer bzw. Werkhersteller der erneuten Beschaffung bzw. Herstellung nicht rechtzeitig nach, so riskiert er zudem, dem Käufer einen entsprechenden *Verzugsschaden* ersetzen zu müssen. Disponiert der Hersteller seine Produktion zu Gunsten des nicht belieferten Abnehmers um, so können sich Verzögerungen und Engpässe auf andere Abnehmer auswirken und damit auf jeden Fall zu einer Imageeinbusse, allenfalls auch zu einem diesen Dritten zu ersetzenden Verzugsschaden führen.

Trägt im Gegenzug der Käufer die Leistungsgefahr, so riskiert er im Handelsgeschäft, gegenüber seinen eigenen Abnehmern in Verzug zu geraten und schadenersatzpflichtig zu werden. Benötigt er die Ware zur Herstellung von

¹⁸ Zu beachten gilt es allerdings, dass Frachtführer aus dem Transportrecht in aller Regel nur beschränkt haften. Das mag mit ein Grund für die steigende Nachfrage nach Transportversicherungen, insbesondere nach Seeversicherungen („marine insurance“) sein (vgl. dazu etwa JAN RAMBERG, International Commercial Transactions, 2. Aufl. Stockholm 2000, S. 59, sowie GÜNTHER HAGER, Die Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt a.M. 1982, S. 130 ff.).

¹⁹ Vgl. dazu den „Staghound-Fall“ (BGE 82 II 445), in welchem die aufgrund einer FOB-Klausel preisgefahrbelastete Käuferin (in casu die Schweizerische Eidgenossenschaft) mit dem Sachversicherer darüber stritt, ob die gekauften Panzer vor oder nach Abschluss des Ladevorganges ins Wasser gefallen waren. Da das Bundesgericht zur Auffassung kam, der Ladevorgang sei noch nicht abgeschlossen gewesen, fiel der Verlust der Panzer noch unter die Versicherungsdeckung.

²⁰ Ähnlich auch ULRICH HUBER, Vor § 446 BGB Rn. 8, in: SOERGEL, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 1991 (im Folgenden: SOERGEL/HUBER).

Gütern, können unter Umständen ganze Produktionsabläufe erheblich beeinträchtigt werden, bis er sich anderweitig eingedeckt hat. Zudem trägt er das Risiko (insbesondere bei Preissteigerungen), das erforderliche Deckungsgeschäft zu erheblich ungünstigeren Bedingungen abschliessen zu müssen.

Beschaffungsrisiken und Beschaffungsverzögerungen können somit diejenige Vertragspartei, welche die Leistungsgefahr trägt, ganz erheblich treffen. Solche Risiken sind nur schwer kalkulierbar und auch kaum versicherbar. Im Vergleich zu diesen Risiken sind die Folgen, die sich aus der Preisgefahrtragung ergeben können, in aller Regel höchstens lästig, aber selten gravierend.

III. Die Leistungsgefahr im schweizerischen Recht und im UN-Kaufrecht

1. Die Regelung der Leistungsgefahr im schweizerischen Recht

Im schweizerischen Recht ist der Übergang der Leistungsgefahr bei einer *Speziesschuld* (und damit auch für den Spezieskauf) in Art. 119 Abs. 1 OR geregelt. Geht der Leistungsgegenstand durch Umstände unter, die der Verkäufer nicht zu vertreten hat, so erlischt die Forderung, d.h. der Verkäufer hat nicht nur die Leistung nicht mehr zu erbringen (was ja ohnehin ausgeschlossen ist), sondern er schuldet dem Käufer auch keinen Schadenersatz (also keine Sekundärleistung)²¹.

Art. 119 Abs. 1 OR ist ebenfalls anwendbar, wenn eine *Gattungsschuld vorliegt und die gesamte Gattung untergeht* (was bei einer engen Gattungsumschreibung oder bei einer Vorratsschuld ohne weiteres möglich ist)²². Existieren aber noch Stücke aus der vom Verkäufer geschuldeten Gattung, so lässt sich Art. 119 Abs. 1 OR nichts zur Frage entnehmen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer noch zur Leistung verpflichtet ist, wenn die von ihm für die Erfüllung seiner Schuldpflicht vorgesehenen Stücke untergegangen sind. Nach gängiger Vorstellung kann – ausser bei einer begrenzten Gattungsschuld oder bei einer sehr engen Gattungsumschreibung – eine Gattung nicht untergehen („genus perire non censetur“)²³, so dass bei einer Gattungsschuld eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit an sich nicht denkbar ist.

²¹ Vgl. dazu statt aller etwa WOLFGANG WIEGAND, Art. 119 N 11, m.Nw., in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529), hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 4. Aufl. Basel 2007 (im Folgenden: BSK OR I-WIEGAND); ausführlich auch VULLIÉTY (Fn. 13), S. 57 ff.

²² BSK OR I-WIEGAND (Fn. 21), Art. 119 N 5 i.V.m. Art. 97 N 20; ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 26; VULLIÉTY (Fn. 13), S. 77 Ziff. 2.46 und 2.48.

²³ Vgl. statt aller etwa EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988 (im Folgenden: OR AT), S. 421; VULLIÉTY (Fn. 13), S. 77 Ziff. 2.46.

Für den Fall, dass die vom Schuldner zur Erfüllung vorgesehenen Stücke der Gattung untergehen, lässt sich jedoch Art. 185 Abs. 2 OR durch Umkehrschluss eine Antwort auf die Frage des Übergangs der Leistungsgefahr entnehmen. Diese Norm regelt zwar ausdrücklich nur den Übergang der Preisgefahr²⁴. Da der Übergang der Preisgefahr aber den Übergang der Leistungsgefahr auf den Käufer voraussetzt²⁵, muss die Sachleistungsgefahr beim Gattungskauf sachlogisch *spätestens* mit der Ausscheidung und beim Versendungskauf *spätestens* mit der Übergabe der ausgeschiedenen Ware an den ersten Frachtführer auf den Käufer übergehen.

Die (soweit ersichtlich einhellige) Lehre schliesst aus Art. 185 Abs. 2 OR, dass beim Gattungskauf die Leistungsgefahr *gleichzeitig* mit der Preisgefahr auf den Käufer übergeht²⁶. Der gleichzeitige Übergang beider Gefahrarten gilt auf jeden Fall für die in dieser Bestimmung geregelte *Holschuld* und *Versendungsschuld* (Schickschuld). Für *Bringschulden* dagegen enthält Art. 185 OR keine Normierung; Rechtsprechung und überwiegende Lehre vertreten den Standpunkt, dass bei Bringschulden bzw. *generell bei Erfüllungsortabreden* die Preisgefahr erst auf den Käufer übergeht, wenn der Verkäufer die (ausgesonderte) Ware dem Käufer am Erfüllungsort gehörig anbietet²⁷. Auch hier soll der Käufer vom gleichen Zeitpunkt an die Leistungsgefahr tragen²⁸.

2. Die Leistungsgefahr im UN-Kaufrecht

Die Art. 66 ff. CISG befassen sich mit dem Übergang der Preisgefahr. Zum Übergang der Leistungsgefahr äussern sich diese Regeln nicht ausdrücklich. *Nach h.L. folgt aber auch im UN-Kaufrecht die Leistungsgefahr der Preisgefahr*²⁹. Nur in seltenen Ausnahmefällen soll nach vereinzelter Auffassung die

²⁴ SILVIO VENTURI, Art. 185 N 2, in: Commentaire Romand, Code des obligations I (art. 1-529), hrsg. von LUC THÉVENOZ/Franz WERRO, Genève/Bâle/Munich 2003 (im Folgenden: CR CO I-VENTURI).

²⁵ ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 17 und N 28; CR CO I-VENTURI (Fn. 24) Art. 185 N 2; VULLIÉTY (Fn. 13), S. 78 Ziff. 2.49; ähnlich BUCHER, OR BT (Fn. 5), 2. Aufl. 1983 S. 99 und 1. Aufl. 1981 S. 78.

²⁶ ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 30; BUCHER, OR BT (Fn. 5), S. 81; HONSELL (Fn. 10), S. 56; BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 13), Art. 185 N 22; SCHWENZER (Fn. 16), Rn. 8.10; ausführlich auch VULLIÉTY (Fn. 13), S. 78 ff.

²⁷ BGE 84 II 158; BUCHER, OR BT (Fn. 5), S. 80; BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 13), Art. 185 N 25 f.; CR CO I-VENTURI (Fn. 24), Art. 185 N 18; VULLIÉTY (Fn. 13), S. 80 Ziff. 2.52; TH. KOLLER (Fn. 13), S. 417; vgl. auch ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 36.

²⁸ ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 30; CR CO I-VENTURI (Fn. 24), Art. 185 N 28; TH. KOLLER (Fn. 13), S. 418.

²⁹ Vgl. statt aller etwa ULRICH MAGNUS, Art. 66 CISG Rn. 9, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht, Neubearbeitung 2005, Berlin 2005 (im Folgenden: STAUDINGER/MAGNUS); MK-HUBER (Fn. 17), Art. 66 CISG Rn. 15, MK-BENICKE (Fn. 17), Art. 66 CISG Rn. 10; VULLIÉTY (Fn. 13), S. 181 ff.

Leistungspflicht des Verkäufers erlöschen, bevor die Preisgefahr auf den Käufer übergegangen ist, so etwa beim Platzkauf, wo der Verkäufer bereits mit dem Zurverfügungstellen der Ware befreit werde, die Preisgefahr aber erst mit der allenfalls späteren rechtzeitigen Übernahme der Ware durch den Käufer oder mit der Verletzung der Annahmepflicht übergeht³⁰.

IV. CIF/FOB-Klausel und Gefahrtragung

Wie verhält es sich nun mit der Regelung der Leistungsgefahr bei den Incoterms, konkret bei der CIF- und der FOB-Klausel? Zur Beantwortung dieser Frage ist eine *Auslegung* dieser Klauseln erforderlich.

1. Der theoretische Vorrang der (inter)subjektiven Auslegung

Die Incoterms sind – auch wenn es sich bei ihnen um im Handelsverkehr seit Jahrzehnten bekannte standardisierte Klauseln handelt – keine Normen des objektiven Rechts, sondern erlangen ihre Gültigkeit erst durch den Einbezug in den konkreten Vertrag³¹. Selbstredend steht es den Parteien dabei frei, einer bestimmten Handelsklausel durch *ausdrückliche vertragliche Vereinbarung* die ihnen richtig scheinende Bedeutung beizumessen. Es steht ausser Frage, dass ein ausdrücklich geäussertes übereinstimmender (*subjektiver*) Parteiwille und nicht davon abweichende Äusserungen in Kommentierungen der Incoterms – etwa in den „Offiziellen Regeln der ICC zur Auslegung von Handelsklauseln“³² – oder in der Lehre für die Auslegung massgebend sind. Eine an-

dere (hier nicht interessierende) Frage ist es, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen vertraglich „abweichende“ Vereinbarungen sinnvoll sind³³.

Theoretisch wäre eine Incotermklausel auch dann, wenn die Parteien sie ohne weitere Präzisierung³⁴ in den Vertrag einbezogen haben, nicht wie gesetzliche Normen objektiv, sondern *intersubjektiv* auszulegen. Auch diesfalls wären daher an sich nicht irgendwelche Lehrmeinungen bzw. Äusserungen der Internationalen Handelskammer in Paris über die Tragweite einer Incotermklausel bei der Auslegung relevant. Massgebend wäre entweder, wie die Parteien die fragliche Klausel bei Vertragsschluss effektiv übereinstimmend verstanden haben oder wie die Klausel von den Parteien nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände hätte verstanden werden müssen. Was das Schweizerische Bundesgericht generell zum Vertragsschluss geradezu lehrbuchartig gesagt hat, gilt grundsätzlich auch für die Auslegung von standardisierten Klauseln wie den Incoterms: „Konsens wird durch tatsächlich übereinstimmend verstandene oder nach dem Vertrauensprinzip übereinstimmend zu verstehende Willenserklärungen bewirkt.“³⁵ Somit könnte z.B. der CIF-Klausel in jedem Vertrag eine andere Bedeutung zukommen.

In aller Regel wird man indessen davon ausgehen dürfen, dass Vertragsparteien beim kommentarlos Einbezug einer Incotermklausel diese so verstanden haben wollen, wie sie in Lehre und Rechtsprechung generell interpretiert wird. Denn die Auslegung von Incoterms nach dem Vertrauensprinzip führt – wie es SCHÖNLE treffend ausdrückt – meistens zu den von der Internationalen Handelskammer vorgeschlagenen Begriffsinhalten³⁶. BUCHER spricht in diesem Zusammenhang gar plastisch von einer *Vermutung für Übereinstimmung (der Parteivereinbarung) mit der Umschreibung des Incoterm-Inhalts durch die Internationale Handelskammer*³⁷. Im Ergebnis werden somit solche Klauseln – wie gesetzliche Normen – in den meisten Fällen *objektiv* ausgelegt³⁸. Ausnahmen mögen etwa vorkommen, wenn die gleichen Parteien

³⁰ CHRISTOPH BRUNNER, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004; Art. 66 CISG N 19; ähnlich auch STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 29), Vorbem. zu Art. 66 ff. CISG Rn. 9; a.M. GÜNTER HAGER/FELIX MAULTZSCH, Art. 69 CISG Rn. 10; in: PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, 5. Aufl. München/Basel 2008.

³¹ Dazu statt aller JENS BREDOW/BODO SEIFFERT, Incoterms 2000, Kommentar und deutsch/englischer Text der ICC-Incoterms, Bonn 2000, S. 5 Rn. 14, sowie BUCHER, OR BT (Fn. 5), S. 137, und KLAUS J. HOPT, Incoterms und andere Handelsklauseln, Incoterms Einl. Rn. 7, in: ADOLF BAUMBACH/KLAUS J. HOPT/HANNO MERKT, Handelsgesetzbuch, 33. Aufl. München 2008 (im Folgenden: BAUMBACH/HOPT/HOPT). Ob Incoterms Handelsbräuche i.S.v. Art. 9 Abs. 2 CISG sind, ist umstritten (BRUNNER [Fn. 30], Art. 9 CISG N 2; MARTIN SCHMIDT-KESSEL, Art. 9 CISG Rn. 26, m.w.Hw., in: PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, 5. Aufl. München/Basel 2008).

³² Siehe dazu Incoterms 2000, Die offiziellen Regeln der ICC zur Auslegung von Handelsklauseln/ICC official rules for the interpretation of trade terms, ICC-Publikation Nr. 560, deutsche Version veröffentlicht durch den ICC Deutschland Vertriebsdienst, Köln 1999 (im Folgenden: Die offiziellen Regeln der ICC).

³³ Tendenziell kritisch dazu BREDOW/SEIFFERT (Fn. 31), S. 6 Rn. 17.

³⁴ BREDOW/SEIFFERT (Fn. 31) sprechen noch umfassender von Ergänzungen, Änderungen und Konkretisierungen (S. 6 Rn. 17 und S. 8 Rn. 25).

³⁵ BGE 129 III 320 E. 6.2 S. 326 („Klärschlamm-Fall“).

WIEGAND meint dazu zutreffend, dass diese Formel von künftigen Juristengenerationen wohl auswendig gelernt werden wird (WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003, Obligationenrecht, ZBJV 2004 S. 828 ff., spez. S. 835).

³⁶ ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 184 N 77; ähnlich BAUMBACH/HOPT/HOPT (Fn. 31), Incoterms Einl. Rn. 8.

³⁷ BUCHER, OR BT (Fn. 5), S. 137; vorsichtiger DERS., in: BUCHER/WIEGAND, Übungen im Obligationenrecht (Fn. 7), S. 171 („Die Umschreibung der einzelnen Incoterms ist nur soweit verbindlich, als anzunehmen ist, dass die Parteien ihre Klausel in diesem Sinne verstanden haben, bzw. dass der Vertrag im Zusammenhang der fraglichen Klausel ausdrücklich auf IHK bzw. Incoterms verweist.“).

³⁸ Gleich präsentiert sich die Sachlage bei den Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumenten-Akkreditive (ERA), die ebenfalls von der Internationalen Handelskammer he-

schon früher Verträge unter Einbezug derselben Klausel abgeschlossen und dabei dieser Klausel übereinstimmend eine von der Standardmeinung abweichende Bedeutung beigemessen haben; dann wird die früher unter den Parteien übereinstimmend akzeptierte Tragweite einer Klausel auch bei erneutem Vertragsschluss Vorrang beanspruchen können.

In Ausnahmefällen mag sich somit die hier interessierende Frage durch eine am Vertrauensprinzip orientierte (nur für den konkreten Vertrag geltende) Auslegung der CIF- oder der FOB-Klausel beantworten lassen oder es kann sich gar – noch seltener – ergeben, dass die Parteien seinerzeit beim Vertragsschluss mit dem Einbezug der Klausel übereinstimmend einen konkreten Zeitpunkt für den Übergang der Leistungsgefahr vereinbart haben. *In der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle aber wird sich die Frage des Übergangs der Leistungsgefahr nur beantworten lassen, indem man den objektiven Sinngehalt der CIF- oder der FOB-Klausel ermittelt.* Diesem Aspekt ist im Folgenden nachzugehen.

2. Die (objektive) Regelung der Leistungsgefahr in den Incoterms 2000

a) Ausgangspunkt

Die ICC Incoterms 2000³⁹ umfassen dreizehn Klauseln. Die Tragweite der einzelnen Klauseln wird in den „Offiziellen Regeln der ICC zur Auslegung von Handelsklauseln“⁴⁰ näher umschrieben, wobei diese Umschreibung für alle Klauseln systematisch identisch aufgebaut ist: Mit zehn gleich lautenden Überschriften stehen sich bei jeder Klausel die Verpflichtungen von Verkäufer (Ziff. A1 bis A10) und Käufer (Ziff. B1 bis B10) entsprechend gegenüber.

Hier von Interesse sind die Pflichtumschreibungen in Ziff. A4 und A5 bzw. B4 und B5. Bei der CIF-Klausel hat der Verkäufer die Ware *an Bord des Schiffs im Verschiffungshafen* in dem vereinbarten Zeitpunkt oder innerhalb der vereinbarten Frist zu *liefern* (A4 [Hervorhebung beigefügt]); der

rausgegeben werden. Als Vertragsbestandteil wären die ERA an sich nach den Regeln des Vertragsrechts (intersubjektiv) auszulegen; in der Praxis werden sie aber durchwegs wie objektives Recht angewandt (vgl. dazu THOMAS KOLLER, Anhang zum 18. Titel N 13, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529), hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 4. Aufl. Basel 2007).

³⁹ BUCHER hat seine These ursprünglich für die Incoterms 1980 entwickelt (BUCHER, OR BT [Fn. 5], S. 137 ff.), später aber festgehalten, in den hier interessierenden Punkten sei ein Unterschied zwischen den Incoterms 1980 einerseits und den Incoterms 1990 bzw. 2000 andererseits nicht auszumachen (BUCHER, in: BUCHER/WIEGAND, Übungen im Obligationenrecht [Fn. 7], 2. Aufl. 1991, S. 176 Anm. 10, bzw. 3. Aufl. 2001, S. 171 Anm. 14). Es rechtfertigt sich daher, hier nur Bezug auf die zurzeit „gültigen“ Incoterms 2000 zu nehmen.

⁴⁰ Siehe oben Fn. 32.

Käufer hat anzuerkennen, dass die Ware in Übereinstimmung mit A4 übergeben wird, und die Ware dem Frachtführer im Bestimmungshafen abzunehmen (B4). Die Umschreibung der Lieferpflicht bei der FOB-Klausel lautet ähnlich⁴¹. Gemäss CIF-A5 hat der Verkäufer, vorbehaltlich der Bestimmungen von B5, *alle Gefahren des Verlusts oder der Beschädigung der Ware solange zu tragen, bis sie die Schiffsreling im Verschiffungshafen überschritten hat* (Hervorhebung beigefügt). Gemäss B5 Abs. 1 hat der Käufer demgegenüber alle Gefahren des Verlusts oder der Beschädigung der Ware von dem Zeitpunkt an zu tragen, in dem sie die Schiffsreling im benannten Verschiffungshafen überschritten hat. Wiederum lauten die entsprechenden Umschreibungen bei der FOB-Klausel weitgehend gleich.

In der Lehre herrscht Einigkeit darüber, dass diese Regelung, welche unter der Überschrift „Gefahrenübergang“ steht, *auf jeden Fall die Preisgefahr erfasst*, dass mithin der Käufer unbestrittenermassen nach dem genannten Zeitpunkt trotz (vom Verkäufer nicht zu vertretendem) Untergang oder trotz nachträglicher Beschädigung der Ware den Kaufpreis bezahlen muss⁴². Anders verhält es sich in Bezug auf die hier interessierende Frage, *ob unter der CIF- und der FOB-Klausel Preis- und Leistungsgefahr ebenfalls* – wie nach Art. 185 Abs. 2 OR und nach UN-Kaufrecht – *zum gleichen Zeitpunkt übergehen* (so zumindest indirekt das Bundesgericht in Anlehnung an SCHÖNLE) *oder ob hier* – wie BUCHER behauptet⁴³ – *die beiden Gefahrenübergangszeitpunkte auseinanderfallen*.

b) Die offiziellen Regeln und die Erläuterungen der ICC zu den Incoterms 2000

Den offiziellen Regeln und den dazugehörigen Erläuterungen der ICC zu den Incoterms 2000 lässt sich zu dieser Frage keine ausdrückliche Antwort entnehmen. Immerhin sprechen verschiedene Punkte für die vom Bundesgericht

⁴¹ „Der Verkäufer hat die Ware an Bord des vom Käufer bezeichneten Schiffes im benannten Verschiffungshafen in dem vereinbarten Zeitpunkt oder innerhalb der vereinbarten Frist und dem Hafenbrauch entsprechend zu liefern.“ (A4)

„Der Käufer hat die Ware abzunehmen, wenn sie gemäss A4 geliefert worden ist.“ (B4)
Die Unterschiede in der Formulierung sind darauf zurückzuführen, dass bei der FOB-Klausel der Käufer auf eigene Kosten den Vertrag über die Beförderung der Ware vom benannten *Verschiffungshafen* abzuschliessen hat (FOB-B3), während es bei der CIF-Klausel dem Verkäufer obliegt, den Transport bis zum *Bestimmungshafen* zu organisieren und zu bezahlen (CIF-A3). Bei der CIF-Klausel handelt es sich wie bei allen C-Klauseln um einen „Absendevertrag“ (Die offiziellen Regeln der ICC [Fn. 32], S. 16) bzw. um ein „echtes Abladegeschäft“ (ZK-SCHÖNLE [Fn. 9], Art. 185 N 77). Da bei den C-Klauseln Gefahr- und Kostenübergang auseinander fallen, spricht man von so genannten Zweipunkt-klauseln (BREDOW/SEIFFERT [Fn. 31], S. 12 f. Rn. 6; BUCHER, OR BT [Fn. 5], S. 137).

⁴² Vgl. statt aller BREDOW/SEIFFERT (Fn. 31), S. 7 Rn. 21.

⁴³ So ausdrücklich BUCHER, OR BT (Fn. 5), S. 81.

in Anlehnung an SCHÖNLE vertretene Auffassung und somit gegen den Standpunkt von BUCHER.

Augenfällig ist zunächst, dass in CIF-A5/B5 und FOB-A5/B5 von *allen Gefahren* des Verlusts und der Beschädigung („*all risks of loss of or damage to the goods*“) die Rede ist. Der Wortlaut dieser Umschreibung – der nicht zwischen den beiden Gefahrarten differenziert – ist ein Indiz dafür, dass beide Incotermklauseln nicht nur die Preisgefahr, sondern auch die Leistungsgefahr regeln wollen⁴⁴. Die Internationale Handelskammer selbst scheint dies denn auch so zu verstehen, führt sie doch in Ziffer 8 der Einleitung zu den Incoterms 2000 aus, dass die Gefahr übergeht, wenn der Verkäufer seine *Verpflichtung zur Lieferung* der Ware erfüllt hat⁴⁵. Den Begriff der Lieferung („*delivery*“) präzisieren die Klauseln FOB und CIF unter Ziffer A4 wie dargelegt dahingehend, *dass der Verkäufer die Ware an Bord des Schiffs* im Verschiffungshafen in dem vereinbarten Zeitpunkt (bzw. innerhalb der vereinbarten Frist) *zu liefern hat (must deliver)*. Gefahrübergang und Lieferung sind nach dieser Lesart zwingend miteinander verknüpft. Mit einem Übergang der Leistungsgefahr vor der Preisgefahr liesse sich das nicht vereinbaren.

c) Die Meinung von RAMBERG

Trotz dieses vermeintlich klaren Wortlauts scheint der Vorsitzende der ICC-Arbeitsgruppe Handelsklauseln JAN RAMBERG in dem von der ICC selbst herausgegebenen „*autoritativen Begleitwerk*“⁴⁶ zu den Incoterms 2000 auf den ersten Blick den gegenteiligen Standpunkt zu vertreten, führt er doch aus:

„Another important question concerns the risk of performance in case the goods become lost or damaged. Incoterms can resolve who has to bear the risk of the loss of or damage to the goods, but they do not determine whether the affected party is relieved from his obligation to perform.“⁴⁷

Und an anderer Stelle meint RAMBERG ausdrücklich:

„Thus, the price risk should not be confused with the risk of breach of contract of sale (caused by delay, non fulfilment, etc.). The remedies available to the affected party for these breaches are not dealt with in Incoterms.“⁴⁸

⁴⁴ In diesem Sinne auch ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 44 („Was ausser der Leistungsgefahr soll sonst der ausdrückliche Wortlaut der Klauseln bedeuten, demzufolge ‚alle Gefahren des Verlusts oder der Beschädigung‘ beim Überschreiten der Schiffsreling auf den Käufer übergehen?“).

⁴⁵ Die offiziellen Regeln der ICC (Fn. 32), S. 13 Ziff. 8.

⁴⁶ So die Bezeichnung der damaligen Generalsekretärin der ICC, MARIA LIVANOS CATTALU, im Vorwort zu JAN RAMBERG, ICC Guide to Incoterms 2000, Understanding and practical use, Paris 1999 (ICC-Publikation Nr. 620).

⁴⁷ RAMBERG (Fn. 46), S. 34.

⁴⁸ A.a.O., S. 61.

RAMBERG stellt so der Preisgefahr die durch die Incoterms nicht geregelte Problematik der *Verzögerung oder Nichterfüllung* gegenüber. Die Frage, ob der Verkäufer im Falle unvorhersehbarer Ereignisse oder höherer Gewalt („*unforeseen and fortuitous events*“) von seiner Lieferpflicht befreit werde, beurteile sich nach den vertraglichen Regelungen oder ausnahmsweise nach dem anwendbaren Recht⁴⁹.

An anderer Stelle führt RAMBERG aber aus, die Möglichkeit des Verkäufers, sich bei seinem Versicherer für den Untergang oder die Beschädigung der Ware schadlos halten zu können, befreie ihn nicht von der Verpflichtung, den Vertrag zu erfüllen. Dies sei dann der Fall, wenn die Ware untergehe oder beschädigt werde, solange der Verkäufer noch das Risiko trage, beispielsweise nach Übergabe zum Transport, aber vor Passieren der Reling. Der Verkäufer hätte diesfalls Ersatzware zu liefern⁵⁰. Insofern behandelt RAMBERG hier eine identische Konstellation wie BUCHER in seinem Fallbeispiel, aber mit dem gegenteiligen Resultat. Noch deutlicher wird er, wenn er ausführt, *alle Incotermklauseln würden auf demselben Prinzip basieren, wonach die Gefahr des Verlusts oder der Beschädigung der Ware vom Verkäufer auf den Käufer übergehe, wenn der Verkäufer seine Lieferpflicht erfüllt habe*⁵¹. Im Ergebnis würde somit nach RAMBERG unter den Incoterms *die Leistungsgefahr gleichzeitig mit der Preisgefahr auf den Käufer übergehen*.

d) Die Meinungen in der Literatur

In der Literatur finden sich soweit ersichtlich nicht sehr viele (klare) Stellungnahmen zur hier interessierenden Frage⁵².

Die wohl überwiegende Lehre in Deutschland und in der Schweiz scheint der vorstehend skizzierten Auffassung zu folgen, wonach die CIF- und die FOB-Klausel nicht nur den Übergang der Preisgefahr, sondern auch den Übergang der Leistungsgefahr regeln. Allerdings äussern sich nur wenige Autoren *ausdrücklich* in diesem Sinne⁵³. Meist lässt sich nur aus andern Aussa-

⁴⁹ A.a.O., S. 34.

⁵⁰ A.a.O., S. 17.

⁵¹ A.a.O., S. 99 (betr. FOB-Klausel) und S. 120 i.V.m. S. 110 (betr. CIF-Klausel).

⁵² Urteile staatlicher Gerichte oder von Schiedsgerichten, die das hier interessierende Problem zum Gegenstand haben, sind mir nicht bekannt. Für Hinweise auf entsprechende Entscheide, falls es solche geben sollte, wäre ich dankbar.

⁵³ ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 77; BRUNNER (Fn. 30), Art. 31 CISG N 2; FRITZ ENDERLEIN/DIETRICH MASKOW/HEINZ STROHBACH, Internationales Kaufrecht, Berlin 1991, Art. 66 CISG Rn. 1.1.; HARM PETER WESTERMANN, § 447 BGB Rn. 11, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. München 2008; INGO KOLLER, Vor § 373 HGB Rn. 65, Rn. 116 und Rn. 130, in: Handelsgesetzbuch, Grosskommentar, hrsg. von CLAUDIUS WILHELM CANARIS/WOLFGANG SCHILLING/PETER ÜLMER, 4. Aufl. Berlin 2004; MICHAEL KORR, § 346 HGB Rn. 108, in: HGB Handelsgesetzbuch, hrsg. von CARSTEN THOMAS EBENROTH/KARLHEINZ BOUJONG/DETLEV JOOST, München 2001; KARIN FINKE,

gen der (mehr oder weniger sichere) Schluss ziehen, dass ein Verfasser bzw. eine Verfasserin diesen Standpunkt teilen könnte. Zu diesem Kreis wird man zunächst einmal jene (vorwiegend deutschen) Vertreter der Lehre zählen dürfen, welche der Ansicht sind, die Incoterms würden den Leistungs- bzw. Lieferort regeln, mit der Folge, dass nach dieser Auffassung bei der FOB- und bei der CIF-Klausel der Verschiffungshafen zum Erfüllungsort wird⁵⁴. Denn wer den Verschiffungshafen zum Erfüllungsort macht, wird konsequenterweise wohl auch die Leistungsgefahr erst an diesem Ort übergehen lassen müssen⁵⁵. Dieselbe Schlussfolgerung wird man – bei aller gebotenen Vorsicht

– auch bei denjenigen Autoren ziehen dürfen, welche von der *Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung an Bord des Schiffes*⁵⁶ bzw. von einer „kombinierten Bring- und Schickschuld“ sprechen⁵⁷. Deutlich weniger sicher ist dieser Schluss aber bei Verfassern, die im Übergang der Ware über die Schiffsreling die „Konkretisierung der Gattungsschuld“ sehen⁵⁸.

Der von BUCHER vertretene gegenteilige Standpunkt wird in der heutigen Lehre demgegenüber kaum noch ausdrücklich geteilt⁵⁹. Indirekt scheint die BUCHER'sche Auffassung aber wohl von denjenigen (hauptsächlich schweizerischen) Autoren unterstützt zu werden, welche meinen, die Incoterms würden den Erfüllungsort nicht regeln⁶⁰. Allzu grosses Gewicht darf auf diese

Die Bedeutung der internationalen Handelsklauseln für den Gefahrübergang nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Frankfurt a.M. 1984, S. 113.

Vgl. auch ANNEMIEKE ROMEIN, *The Passing of Risk, A comparison between the passing of risk under the CISG and German Law*, Heidelberg 1999 (abrufbar unter <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>), die in Kap. 1 lit. A Ziff. III 2. („Passing of risk to deliver“) am Schluss ein ähnliches Beispiel wie Bucher – wenn auch mit einer FOB-Klausel – bringt und (mit allerdings nicht überzeugender Begründung) zum gegenteiligen Ergebnis kommt.

- ⁵⁴ SCHWENZER (Fn. 16), Rn. 7.08; CORINNE WIDMER, Art. 31 CISG Rn. 74, in: PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, 5. Aufl. München/Basel 2008 (im Folgenden: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/WIDMER); ROLF HERBER/BEATE CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, München 1991, Art. 31 CISG Rn. 5; BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 13), Art. 185 N 27 (seit der 2. Aufl. 1996); WALTER F. LINDACHER, *Gefahrtragung und Gefahrübergang*, in: *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, hrsg. von HANS HOYER/WILLIBALD POSCH, Wien 1992, S. 165 ff., spez. S. 171; BURGHARD PILTZ, *INCOTERMS und UN-Kaufrecht*, in: *Transport- und Vertriebsrecht 2000*, Festgabe für Professor Dr. Rolf Herber, hrsg. von KARL-HEINZ THUME, Neuwied/Kriftel 1999, S. 20 ff., spez. S. 23; PETER SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6. Aufl. Tübingen 2003, S. 55 Rn. 125; I. KOLLER (Fn. 53), Vor § 373 HGB Rn. 6, Rn. 102 und Rn. 105; HANS WÜRDINGER/VOLKER RÖHRICHT, Vor § 373 HGB Anm. 154 und Anm. 278, in: *Handelsgesetzbuch, Grosskommentar*, 3. Aufl. 1970; FLORIAN FAUST, § 447 BGB Rn. 5, in: HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Aufl. München 2007; OTHMAR JAUERNIG, § 269 BGB Rn. 5, in: JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 12. Aufl. München 2007; MANFRED WOLF, § 269 BGB Rn. 19, in: SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln 1990 (im Folgenden: SOERGEL/WOLF); RAINER SCHACKMAR, *Die Lieferpflicht des Verkäufers in internationalen Kaufverträgen (UN-Kaufrecht und Incoterms)* Berlin 2001, S. 150 Rn. 343 (FOB) und S. 153 Rn. 354 (CIF); *Guide to CISG Article 31, Secretariat Commentary on article 29 of the 1978 Draft (draft counterpart of CISG article 31)*, Rn. 7 (abrufbar unter <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-31.html>). Ansatzweise ebenso STAUDINGER/MAGNUS (Fn. 29), Art. 31 CISG Rn. 3.

Auch das Bundesgericht hat schon vor Jahrzehnten bei der Prüfung der kollisionsrechtlichen Frage, welches Recht auf einen Kaufvertrag anwendbar sei, im Zusammenhang mit einer Klausel „fob englischer Hafen“ angenommen, der Erfüllungsort liege in England (BGE 49 II 232 E. 1 S. 235). Allerdings darf dieser Entscheid nicht überbewertet werden, da der Verkäufer seinen Sitz ebenfalls in England hatte und der Kaufpreis in englischer Währung per „Check auf London“ zahlbar war; die kollisionsrechtliche Anknüpfung an englisches Recht wäre unter diesen Umständen auch ohne die FOB-Klausel naheliegend gewesen.

- ⁵⁵ Am deutlichsten bringt diese Verknüpfung zwischen Erfüllungsort und Übergang der Leistungsgefahr ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 76, zum Ausdruck, der zunächst ausführt, nach der FOB-Klausel gelte als Erfüllungsort die Schiffsreling im benannten Verschiff-

ungshafen, um sogleich weiterzufahren, Sachleistungs- und Kaufpreisgefahr gingen auf den Käufer über, sobald die Ware die Schiffsreling überschritten habe.

- ⁵⁶ So etwa BREDOW/SEIFFERT (Fn. 31), S. 7 Rn. 21, wo es einerseits heisst, der Gefahrübergang bedeute im Sinne der Incoterms den Übergang der Preisgefahr, vorgängig aber ausgeführt wird, die Regelung über die Lieferung sei eine der bedeutendsten der Incoterms, da damit in der Regel die wesentliche Frage des Kosten- und Gefahrenübergangs vom Verkäufer auf den Käufer verbunden sei.

Vgl. auch BERNARD AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, Paris 1990, S. 87 Rn. 88 („La convention [des Nations Unies du 11 avril 1980], comme déjà les Incoterms, lie donc plutôt le transfert des risques à la livraison par le vendeur.“); PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl. Zürich 2003, N 1535 („... les Incoterms prévoient en principe que le transfert [des risques] se produit au moment où le vendeur exécute son obligation de livraison.“); FRÉDÉRIC EISEMANN/WERNER MELIS, *Incoterms Ausgabe 1980*, Wien 1980, S. 27 Rn. 23 (Gefahrübergang mit Erfüllung der Lieferverpflichtung); ZOI VALIOTI, *Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000*, September 2003 (abrufbar unter <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), Anm. 197 („INCOTERMS deal only with the price risk, but it should be noted that the passing of risk of non-performance is linked with delivery of the goods as well. Thus, if the goods are accidentally lost or damaged before delivery takes place, the seller will have to provide substitute goods, i.e. he will be obliged to redeliver.“).

- ⁵⁷ MK-BENICKE (Fn. 17), Art. 67 CISG Rn. 10 i.V.m. Rn. 13.
- ⁵⁸ BAUMBACH/HOPT/HOPT (Fn. 31), CIF Rn. 2 („Konkretisierung der Gattungsschuld [Schickschuld] tritt mit Übergabe der Sache an die Transportperson [Lieferung nach A4] ein.“); CLAUD WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 24. Aufl. München 2006, S. 344 Rn. 19 („... die Konkretisierung von Gattungsschulden und der Übergang der Preisgefahr erfolgen, wenn die Ware im Verschiffungshafen die Reling passiert ...“).

- ⁵⁹ So aber immerhin TANJU OKTAY YASAR, *Übergang der Leistungsgefahr bei den internationalen Kaufverträgen*, unter Berücksichtigung von Incoterms und WKR, Diss. Bern 1998, S. 79 (der aber dennoch auf S. 64 ausführt, der Verschiffungshafen sei Leistungsort). Vgl. seinerzeit ausdrücklich noch BSK OR I-A. KOLLER (Fn. 13), I. Aufl. 1992, N 42. Ansatzweise ähnlich SOERGEL/HUBER (Fn. 20), Vor § 446 BGB N 8.

- ⁶⁰ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. Zürich, 2008, N 2123 Anm. 46; ROLF H. WEBER, *Einleitung und Vorbemerkungen zu Art. 68-96 N 192 und Art. 74 N 73*, in: *Berner Kommentar*, Band VI 1. Abteilung 4. Teilband, Art. 68-96 OR, 2. Aufl. Bern 2005; MARIUS SCHRANER, Art. 74 N 39, in: *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Teilband V 1e, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Zürich 2000; URS LEU, Art. 74 N 3, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529)*, hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 4. Aufl. Basel 2007; BALZ GROSS/FRANZISKA SPRECHER, Art. 74 N 10, in: *Kurzkommentar OR Art. 1-529*, hrsg. von HEIN-

Äusserungen allerdings nicht gelegt werden, denn bei genauer Betrachtung kommt man um den Eindruck nicht herum, dass sich die verschiedenen Verfasser bei ihren Ausführungen kaum Gedanken um den Zusammenhang zwischen Erfüllungsort und Übergang der Leistungsgefahr gemacht haben und im Wesentlichen bloss stereotyp die Aussage wiederholen, die Incoterms würden keine Regelung des Erfüllungsorts beinhalten.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass sich die Lehre mit der hier interessierenden Frage kaum je ausführlich auseinandersetzt. Ausnahmen bilden im Wesentlichen nur SCHÖNLE und BUCHER mit ihren sich diametral gegenüberstehenden Meinungen.

3. Eigene Stellungnahme

Welcher Lösung ist nun der Vorzug zu geben? Um diese Frage zu beantworten, sind die Vor- und Nachteile der beiden Auffassungen einander gegenüberzustellen.

Der Standpunkt von SCHÖNLE besticht zunächst schon rein formal durch den zeitlichen Gleichlauf des Übergangs beider Gefahraspekte. Der gleichzeitige Übergang von Leistungs- und Preisgefahr ist – wie dargelegt⁶¹ – sowohl dem UN-Kaufrecht als auch dem Schweizerischen Obligationenrecht eigen. Es ist daher naheliegend, anzunehmen, die vertragliche Verlegung des Übergangs der Preisgefahr (welche die CIF- und die FOB-Klausel unbestrittenermassen bezwecken) ziehe auch eine Verlegung des Übergangs der Leistungsgefahr mit sich.

Im Weiteren deuten auch die offiziellen Regeln der ICC zur Auslegung der Incoterms in diese Richtung. Zum einen ist dort in CIF-A4 und FOB-A4 die Rede von *der Pflicht des Verkäufers, die Ware an Bord des Schiffes im Verschiffungshafen zu liefern* („must deliver“), und nicht von einer blossen Pflicht, die Lieferung an Bord zu veranlassen, wie das für eine Versandungsschuld charakteristisch wäre. Zum andern sprechen CIF-A5 und FOB-A5 vom Übergang *aller* Gefahren des Verlusts oder der Beschädigung der Ware („all risks of loss of or damage to the goods“). Insbesondere diese (scheinbar

RICH HONSELL, Basel 2008; PAOLA WULLSCHLEGER, Art. 74 OR N 12, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, hrsg. von MARC AMSTUTZ ET AL., Zürich 2007; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Zürich 2008, N 796; CLAUDIA BITTNER, § 269 BGB Rn. 13 f., in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 – 314, Berlin 2001; SOERGEL/WOLF (Fn. 54), § 269 BGB N 18.

Nicht eindeutig WOLFGANG WITZ/HANNS-CHRISTIAN SALGER/MANUEL LORENZ, Internationales Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg 2000, Art. 31 CISG Rn. 10 („Auch bei FOB oder CIF ... liegt streng genommen der Fall des lit. a [von Art. 31 CISG] vor ...“).

⁶¹ Siehe oben Kap. III.

deutliche Umschreibung des Gefahrenübergangs ist ein gewichtiges Indiz für die Auslegungsvariante von SCHÖNLE.

Aus praktischer Sicht spricht schliesslich für die Lösung von SCHÖNLE der Umstand, dass der Verkäufer von seinem beauftragten Erstbeförderer (der die Ware zum Verschiffungshafen zu transportieren hat) regelmässig früher über Lieferprobleme oder den Untergang bzw. die Beschädigung der Ware informiert sein dürfte und somit auch früher als der Käufer das Nötige für die Ersatzlieferung in die Wege leiten kann. Weiter dürften dem Käufer i.d.R. die Transportverhältnisse bis zum Verschiffungshafen schlechter bekannt sein als dem Verkäufer, sei es bezüglich geographischer Gefahrenzonen oder was die möglichen Transporteure betrifft. Der Verkäufer kennt insbesondere lokale Verhältnisse und Handelsusancen besser als der Leistungsempfänger. Daher wird es dem Verkäufer i.d.R. leichter fallen, die notwendigen Massnahmen zu treffen, um rechtzeitige und richtige Lieferung zu bewirken. Auch dürfte es für den Käufer schwieriger sein, Schadenersatzansprüche bei ausländischen Transporteuren durchzusetzen.

Ganz klar für den Standpunkt von EUGEN BUCHER sprechen demgegenüber andere Gründe. *Ohne abweichende vertragliche Vereinbarung ist der internationale Distanzkauf ein Versandungskauf, d.h. der Verkäufer erfüllt seine Pflicht mit der Übergabe der Ware an den ersten Frachtführer*⁶². Jede Verlagerung der Leistungsgefahr bedeutet eine unter Umständen erhebliche Verschlechterung der Position des Verkäufers. Man wird daher nicht leichtthin annehmen dürfen, ein Verkäufer wolle mit einer vertraglichen Abrede die Leistungsgefahr für eine längere Zeitspanne übernehmen. Dazu bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung. *Im Zweifel ist daher eine blosser Versandungsschuld und nicht eine Bringschuld (oder eine kombinierte Bring- und Schickschuld) anzunehmen*⁶³. Zwar verschlechtert auch eine Verlagerung des Übergangs der Preisgefahr die Lage des Verkäufers, doch da die Incoterms unbestrittenermassen eine Regelung der Preisgefahr beinhalten, muss sich der Verkäufer, der einer Incotermklausel zustimmt, diese Regelung selbstverständlich entgegen halten lassen. Für die Leistungsgefahr indessen lässt sich dies nicht sagen, weil wie dargelegt umstritten ist, ob die Incoterms auch die Leistungsgefahr betreffen. Derart eindeutig, wie es auf den ersten Blick den Eindruck macht, ist eben der Wortlaut von CIF-A5 und FOB-A5 doch nicht.

Aus praktischer Sicht spricht schliesslich für die Lösung von BUCHER, dass die Auswirkungen der Leistungsgefahr in aller Regel deutlich schwerer wiegen als die Auswirkungen der Preisgefahr⁶⁴. Der Verkäufer mag einer Verlagerung des Übergangs der Preisgefahr zustimmen, weil er überzeugt ist,

⁶² Art. 31 lit. a CISG; Art. 185 Abs. 2 OR.

⁶³ Grundsätzlich ebenso für diese Zweifelsfallregel ZK-SCHÖNLE (Fn. 9), Art. 185 N 44, soweit nicht die FOB- und die CIF-Klausel in Frage stehen.

⁶⁴ Siehe oben Kap. II. 2.

durch Ansprüche gegenüber einer Versicherung oder gegenüber dem Frachtführer genügend gesichert zu sein. Das heisst indessen noch nicht, dass von ihm auch erwartet werden kann, die wesentlich höheren (und kaum versicherbaren) Risiken einer erneuten Beschaffung oder Herstellung der zu liefernden Ware während längerer Zeit zu übernehmen. Man wird daher nicht leichthin davon ausgehen dürfen, der Verkäufer habe mit der CIF- oder der FOB-Klausel nicht nur das Risiko „verlängern“ wollen, beim zufälligen Untergang der Ware den Kaufpreis nicht mehr zu erhalten, sondern gleichzeitig auch beabsichtigt, seine Beschaffungs- und Herstellungsrisiken wesentlich zu erweitern. Die Interpretation der CIF- und der FOB-Klausel im Sinne von SCHÖNLE würde diese Handelsklauseln für den Verkäufer äusserst unattraktiv machen.

Nur am Rande erwähnt sei noch, dass die von SCHÖNLE vertretene Auffassung auch *in kollisionsrechtlicher und in prozessrechtlicher Hinsicht fragwürdige Auswirkungen haben könnte*. Soll bei der CIF- und bei der FOB-Klausel der Verschiffungshafen Erfüllungsort sein, so könnte dort im internationalen Verhältnis allenfalls ein Gerichtsstand begründet werden und das materielle Recht dieses Ortes könnte je nach den Umständen kollisionsrechtlich zur Anwendung kommen. Den Intentionen der Vertragsparteien dürfte das indessen kaum entsprechen⁶⁵. Im vorliegenden Zusammenhang kann auf diese Gesichtspunkte allerdings nicht näher eingegangen werden.

Insgesamt überwiegen nach meiner Auffassung die Gründe, welche für die von BUCHER vertretene Auffassung sprechen. Die Zukunft wird weisen müssen, ob sich diese Auffassung durchzusetzen vermag. *Bis dahin empfiehlt es sich für Vertragsparteien, welche die CIF- oder die FOB-Klausel in den Vertrag aufnehmen, die Frage der Leistungsgefahr durch ausdrückliche Abrede zu klären*. Vorsichtshalber sollte dabei aber dieses Problem nicht, wie das offenbar in der Praxis weit verbreitet ist, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

⁶⁵ I. KOLLER (Fn. 53), Vor § 373 HGB Rn 105, führt denn auch aus, der Erfüllungsort für die Warenlieferungspflicht liege am Ort des Abladehafens. Daraus folge indessen nicht, dass der Abladehafen auch Erfüllungsort im Sinne des Kollisionsrechts oder des Gerichtsstandsrechts sei. Vielmehr sei insoweit der Erfüllungsort nach den allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen. Ähnlich auch BRUNNER (Fn. 30), Art. 31 CISG N 15 Anm. 731, und SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/WIDMER (Fn. 54), Art. 31 CISG Rn. 92. Weniger klar, aber zur Zurückhaltung mahndend WÜRDINGER/RÖHRICHT (Fn. 54), Vor § 373 HGB Anm. 154; kritisch auch FINKE (Fn. 53), S. 147. Weitere Hinweise zu dieser Problematik bei HAGER (Fn. 18), S. 112, sowie bei PETER MANKOWSKI, Art. 5 (der Verordnung [EG] Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen vom 22.12.2000) Rn. 102 f., in: Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law, hrsg. von ULRICH MAGNUS/PETER MANKOWSKI, Sellier European Law Publishers, 2007. Grundlegend zum Erfüllungsort als Gerichtsstand neuerdings nun ALEXANDER R. MARKUS, Tendenzen beim materiellrechtlichen Vertragserfüllungsort im internationalen Zivilverfahrensrecht, Basel 2009.

des Lieferanten, sondern durch ausdrückliche Individualvereinbarung geregelt werden⁶⁶. Denn sonst riskiert der AGB-Verwender, dass die in seinen Geschäftsbedingungen enthaltene Gefahrtragungsklausel (z.B. gestützt auf die Ungewöhnlichkeitsregel oder auf die Unklarheitenregel) nicht in seinem Sinne angewandt wird⁶⁷.

V. Schluss

Der Jubilar mag sich mit seinem Standpunkt, die CIF-Klausel (und damit auch die FOB-Klausel) würden die Leistungsgefahr nicht regeln, vielleicht gegen den „main stream“ in der Literatur gestellt haben. Aber zumindest hat er es verstanden, mit guter Begründung eine beachtenswerte, ja meines Erachtens gar überzeugendere (und daher „bessere“) Lösung anzubieten als die herrschende Lehre. So manifestiert sich im hier besprochenen Beispiel einmal mehr seine für ihn charakteristische eigenständige und immer an der Suche nach sachgerechten Lösungen orientierte juristische Denkweise.

⁶⁶ Vgl. als Beispiel für eine nach meinem Dafürhalten problematische Regelung § 3 Ziff. 5 und 6 der Allgemeinen Lieferbedingungen der AWT GmbH – Antel Wälzlagertechnik, Stand 1.1.2008 (abrufbar unter <http://www.anel-waelzlagertechnik.de/agb.htm>): Gemäss Ziff. 5 soll die Vereinbarung von Incoterms der Gruppe F, C oder D lediglich eine abweichende Regelung des Transports und der Transportkosten zur Folge haben, während gemäss Ziff. 6 die Preis- und Leistungsgefahr auch bei Verwendung von Incoterms spätestens auf den Kunden übergehen soll, sobald mit der Verladung begonnen wird (Hervorhebung beigefügt). Ähnlich verhält es sich z.B. auch mit Ziff. III. 8 der Internationalen Verkaufsbedingungen der Point.of.com GmbH (abrufbar unter http://www.wind-generatoren.com/ger/index.php?page=agb_ausland), mit Ziff. III. 8 der der Internationalen Verkaufsbedingungen der Dr. Freist Automotive GmbH (abrufbar unter http://www.dfa-gmbh.com/Downloads/agb/ivb_dt_final.pdf), Ziff. III. 8 der Internationalen Verkaufsbedingungen der Hanning & Kahl (abrufbar unter <http://www.hanning-kahl.de/fileadmin/huk/Inhalte/AGB/111017.pdf>) etc., die z.T. wörtlich identisch oder sich auf jeden Fall sehr ähnlich sind. Weitere Beispiele lassen sich leicht finden, wenn man bei Google die Suchbegriffe „Leistungsgefahr“ und „Incoterms“ eingibt.

⁶⁷ So ist es z.B. ausserordentlich problematisch, dass die in Fn. 66 aufgeführten AGB nicht nur den Übergang der Leistungsgefahr regeln, sondern auch die Preisgefahrbestimmungen der Incoterms derogieren. Da an sich die Incoterms unbestrittenermassen die Preisgefahr betreffen, sind solche AGB-Klauseln doch ziemlich überraschend. Die „Reduktion“ von Incoterms auf reine Transport(kosten)regelungsklauseln in AGB dürfte daher in verschiedenen Rechtsordnungen einer AGB-Kontrolle nicht standhalten.