

# Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Johann Paul Bauer, Michael Martinek  
und Helmut Rübmann

Band 84

Anna Feilen

Verträge über die Lieferung  
herzustellender beweglicher  
Sachen und deren  
rechtliche Einordnung –  
eine rechtsvergleichende  
Untersuchung

# Einleitung

Europa ist in der Krise – es vergeht kaum ein Tag, an dem wir nicht daran erinnert werden durch die Nachrichten über den Verfall des Euro, die Demonstrationen in Spanien, Portugal oder Zypern in den vergangenen Monaten. Krise bedeutet aber nicht zwangsläufig Scheitern, sondern auch und gerade die Möglichkeit, Bilanz zu ziehen, zum Überdenken des Althergebrachten und zum Neuanfang. Gerade jetzt zeigt sich, dass sich der europäische Gedanke nicht in der Währungsunion erschöpfen sollte, es ist vielmehr eine breit angelegte politische und wirtschaftliche Einheit notwendig. Einer der Grundpfeiler dieser Einheit ist ein starker europäischer Binnenmarkt. Es gilt, den grenzüberschreitenden Handel durch den Abbau von Handelshemmnissen zu fördern, denn insbesondere die Unterschiede im Vertragsrecht der Mitgliedstaaten und die damit verbundenen Transaktionskosten halten viele Wirtschaftsakteure davon ab, den Binnenmarkt aktiv für sich zu nutzen<sup>1</sup>. Gegenwärtig müssen sich Unternehmen, die grenzüberschreitend tätig werden wollen, in bis zu 26 weiteren Vertragsrechtssystemen zurechtfinden. Nach Berechnungen der Europäischen Kommission belaufen sich bereits die Übersetzungs- und Rechtsberatungskosten für jeden dieser möglichen Exportmärkte auf durchschnittlich 10 000 EUR<sup>2</sup>. Dementsprechend sind nur 9,3 % aller europäischen Unternehmen zusätzlich auch in anderen Mitgliedstaaten tätig<sup>3</sup>. Es sind hier neue Impulse notwendig, die den europäischen Gedanken der Zusammengehörigkeit, der wirtschaftlichen und politischen Einheit beleben und stärken. Ein solcher ging von der Europäischen Kommission im Jahr 2011 selbst aus: Am 11. Oktober veröffentlichte sie einen

- 
- 1 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endgültig, S. 4.
  - 2 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 8. Juni 2011, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-1175\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1175_de.htm) (zuletzt abgerufen am 20. Oktober 2013).
  - 3 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 8. Juni 2011, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-1175\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1175_de.htm) (zuletzt abgerufen am 20. Oktober 2013).

Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>4</sup>. Dieser Schritt in Richtung einer weitergehenden Harmonisierung des Vertragsrechts stellt sicherlich eine der größten juristischen Entwicklungsmöglichkeiten des politischen Europas in den kommenden Jahrzehnten dar.

Um den gegenwärtigen und zukünftigen Herausforderungen gewachsen zu sein, muss gerade auch das Warenabsatzrecht an die Gegebenheiten des modernen Warenverkehrs angepasst werden. In Zeiten der Just-in-time-Produktion und der On-demand-Lieferungen werden Waren häufig nicht mehr im großen Stil vorrätig gehalten, sondern oft erst auf Anfrage des Kunden hergestellt. Durch die Weiterentwicklung der Technik ist gleichzeitig die Berücksichtigung spezieller Kundenwünsche bei der Fertigung der Sache möglich und in manchen Wirtschaftsbereichen auch zur Regel geworden. Neben die Massenproduktion tritt damit die flexible Fabrikation maßangefertigter Waren in oftmals hochspezialisierten Betrieben. Nicht nur die Lieferung, sondern auch die Herstellung der Sache wird somit zum Bestandteil des Leistungsprogramms des Sachleistungsschuldners. Oftmals tritt auch die Pflicht hinzu, die neu hergestellte Sache beim (Verbraucher-) Kunden zu montieren oder in die Betriebsabläufe des Auftraggebers detailgenau einzupassen, um die Sache für den Kunden überhaupt erst nutzbar zu machen. Gleichzeitig ist zu beobachten, dass im heutigen Warenverkehr häufig nicht mehr nur der Transfer des Eigentums an der herzustellenden Sache selbst, sondern auch und gerade die Verschaffung des mit ihr verbundenen Know-hows den Vertragszweck bildet, so etwa bei der Übertragung von digitalen Inhalten wie Computersoftware. Die Grenze zwischen dem auf den Transfer des Eigentums gerichteten Kaufvertrag und dem auf die Vornahme einer Tätigkeit gerichteten Werkvertrag verschwimmt in diesen Fällen. Die Entwicklungen im modernen Warenhandel fordern daher auf, darüber nachzudenken, in welcher Form die Abgrenzung von Kauf- und Werkvertrag im Hinblick auf Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen zukünftig sinnvoll zu leisten ist.

*“When looking into the future, looking back is a wise thing to do”*<sup>5</sup> – in diesem Sinne spannt die vorliegende Untersuchung einen Bogen vom römischen Recht über das traditionelle und das moderne Verständnis der Abgrenzung bis hin zu der bestehenden internationalen Modellordnung, dem UN-Kaufrecht, um schließlich einen Ausblick zu wagen auf das zukünftige europäische Recht,

---

4 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endgültig.

5 Grundmann, ERCL 2011, S. 491.

das Gemeinsame Europäische Kaufrecht (GEK). Es gilt darzustellen, was sich nach den bisherigen Erfahrungen – nach der Kasuistik der Rechtsprechung, sowie den Anmerkungen von Wissenschaft und Praxis – als sinnvoll erwiesen hat, um die Klassifikation von Kauf- und Werkvertrag in Bezug auf Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen sachgerecht und zuverlässig zu gestalten. Dabei herrscht kein Zweifel darüber, dass auch die Grundfragen des besonderen Schuldrechts nicht mehr auf rein nationalem Niveau beantwortet werden können. Die Globalisierung und der internationale Handel haben seit langem die nationalstaatlichen Grenzen überwunden, das Recht und die Rechtswissenschaft sind aufgefordert, sich auf den gleichen Weg zu machen.

Josef Kohler schrieb bereits im Jahr 1909 in seinem Vorwort zur Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, dass es kein „größeres Bildungsmittel“<sup>6</sup> für die deutsche Rechtswissenschaft gebe, „als die Weiterentwicklung des französischen Rechts zu verfolgen“<sup>7</sup>. Auch Winston Churchill betonte bereits 1946, dass es allen voran die Aufgabe Deutschlands und Frankreichs sei, die Führung auf dem Weg zu den Vereinigten Staaten von Europa zu übernehmen<sup>8</sup>, es gebe „kein Wiederstehen Europas ohne ein geistig großes Frankreich und ein geistig großes Deutschland“<sup>9</sup>. Die wechselseitige Beeinflussung des deutschen und französischen Rechts ist eine stetige Quelle gegenseitiger Inspiration<sup>10</sup>, mal zeigten sich die Einflüsse direkt, wie etwa bei der Rezeption des Code civil in Baden<sup>11</sup>, mal lagen die Wirkungen verdeckter. Ein Vergleich der Abgrenzung von Kauf- und Werkvertrag der beiden wichtigsten europäischen Handelspartner ist daher geeignet, Antworten zu geben auf die Frage nach der sachgerechten Grenzziehung allgemein. Dabei wurde der Methode der Rechtsvergleichung bereits im Jahr 1900 ein doppeltes Ziel attestiert: das Ziel des Erkennens und das Ziel des praktischen Wirkens<sup>12</sup>. Sie hat, mit den Worten Ernst Rabels, einen „Vorrat an Lösungen“<sup>13</sup> zu bieten. Beiden Zielen soll diese Arbeit verpflichtet sein.

---

6 Kohler, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 1909, Bd. 1, S. 3.

7 Kohler, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 1909, Bd. 1, S. 3.

8 Churchill in Schäfer, S. 75.

9 Churchill in Schäfer, S. 75.

10 Siehe hierzu: Boehmer, AcP 1951, S. 19 ff.; Dölemeyer, IC 1978, S. 179 ff.

11 Siehe hierzu: Becker, JuS 1985, S. 344 ff.; FS Wadler/Sturm, S. 1147 ff.; Wadler, ZEuP 2004, S. 947 ff.

12 Kohler, Rechtsvergleichung, S. 28.

13 Rabel, Rechtsvergleichung, S. 93.