

LYDIA BEIL

Personale Differenzierung im Kaufrecht

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

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

410

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:
Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Lydia Beil

Personale Differenzierung im Kaufrecht

Rechtsvergleichende Studie unter Einbeziehung
deutscher und französischer Regelungen und
internationaler Regelwerke
(CISG, UNIDROIT PICC, CESL, CFR)

Mohr Siebeck

Lydia Beil, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaften in Mainz; 2010 Französischer Master 1 in Dijon; 2011 LL.M. im Europäischen und internationalen Recht in Lyon; 2011 Magister iuris im französischen Recht in Mainz; 2013 Erstes Staatsexamen; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für ausländisches und internationales Privatrecht an der Universität Freiburg; 2017 binationale Promotion in Freiburg und Strasbourg; 2016–2018 Rechtsreferendarin am OLG Karlsruhe; 2018 Zweites Staatsexamen, seit 2018 Richterin am LG Offenburg.
orcid.org/0000-0001-8524-7683



Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung und des Deutschen Akademikerinnenbunds e.V.

ISBN 978-3-16-156129-0 / eISBN 978-3-16-156130-6
DOI 10.1628/978-3-16-156130-6

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung 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.

Printed in Germany.

Für Damien

*« Si j'osais, je dirais que ce sont les règles de droit
qui ne sont plus propres à leur usage,
qui ne sont plus conformes à la réalité,
qui nous embrouillent et nous induisent en erreur [...].
L'acheteur a de bonnes raisons de n'être pas satisfait de la chose livrée.
Cela ne peut-il pas suffire [...] ? »*

(François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, « Le marchand de rêves »,
Contrats civils et commerciaux, 10. Aufl. 2015, Rn. 316)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Ausländisches und Internationales Privatrecht an der Universität Freiburg. Sie wurde an der Universität Freiburg und der *Université de Strasbourg* im Jahr 2017 als Dissertation angenommen. Es handelt sich um eine besondere Art der *cotutelle de thèse*, denn ich war privilegiert, zu jeder Zeit in Frankreich und Deutschland recherchieren zu können.

Durch die während meiner Arbeit gewonnenen Erkenntnisse ist es mir ein wirkliches Anliegen geworden, für die Vereinfachung insbesondere des Verbraucherrechts zu werben, die vielfach zu kurz kommt und von inhaltlichen Diskussionen in verheerender Weise zulasten der Normadressaten verdrängt wird. Aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung konnten bis Juni 2018 berücksichtigt werden. Übersetzungen ohne Angaben sind Übersetzungen durch die Verfasserin.

Mein Dank gebührt zunächst meinen beiden Doktorvätern Herrn Prof. Jan von Hein aus Freiburg und Herrn Prof. Jochen Bauerreis aus Straßburg, die sich stets für meine Fragen Zeit nahmen und mir insbesondere bei der schwierigen Themeneingrenzung zur Seite standen. Des Weiteren möchte ich mich bei den beiden Berichterstattern der *Université de Strasbourg*, Herrn Prof. Jens Kleinschmidt aus Trier und Herrn Prof. Claude Witz aus Saarbrücken, herzlich bedanken für die sehr hilfreichen und detaillierten Anmerkungen und Verbesserungsvorschläge in den Berichten und in der französischen Verteidigung. Auch bei den beiden anderen Jury-Mitgliedern der *Université de Strasbourg*, Herrn Prof. Michel Storck und Herrn Prof. Nicolas Nord, möchte ich mich herzlich für die Teilnahme an der Verteidigung bedanken. Ein besonderer Dank für die Druckkostenzuschüsse gebührt zudem der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung und dem Deutschen Akademikerinnenbund e.V.

Für die wertvolle Kritik insbesondere zu den Themen der ökonomischen Analyse sowie das Korrekturlesen in deutscher Sprache gebührt besonderer Dank meiner Schwester Anna Beil. Der Dank für die Korrektur des französischen Teils geht an meine Freundinnen Marie Blanchon und Marie Kuentzler. Für die Hilfe bei der Erstellung des geschichtlichen Teils sowie die ständige Korrektur, unzählige Diskussionen und den immensen seelischen Beistand gebührt ein großer Dank zudem meinem Mann Damien Forêt.

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIV
Einleitung: Ziel, Methodik und Eingrenzung	1
§ 1 Ziel.....	2
§ 2 Hauptursachen für personale Differenzierungen	3
§ 3 Methodik, Aufbau und Umfang der Untersuchung	6
Allgemeiner Teil: Grundlagen.....	14
§ 4 Geschichtliche Entwicklung des Kaufrechts.....	14
§ 5 Anwendungsbereich der verschiedenen Kaufrechte	31
§ 6 Verbraucher- und Unternehmerbegriff	40
§ 7 Grundlegende Interessenkonflikte im Kaufrecht	60
§ 8 Grundlagen der ökonomischen Analyse des Kaufrechts.....	64
Besonderer Teil: Rechtsvergleichende Analyse und Bewertung.....	71
§ 9 Klauselkontrolle	71
§ 10 Nacherfüllung.....	125
§ 11 Montagebezogene Fehler.....	196
§ 12 Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit.....	210

<i>§ 13 Mängelrüge</i>	224
<i>§ 14 Ausschlussfrist für den Rücktritt</i>	242
Zusammenfassung und Fazit.....	257
Zusammenfassung auf Französisch – Résumé en français	263
Literaturverzeichnis.....	303
Materialien- und Normenverzeichnis.....	325
Rechtsprechungsverzeichnis	333
Sachregister.....	337

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIV
Einleitung: Ziel, Methodik und Eingrenzung	1
§ 1 Ziel.....	2
§ 2 Hauptursachen für personale Differenzierungen	3
A. Kompetenz- bzw. Konsensproblem.....	3
B. Überschießende Richtlinienumsetzung in Deutschland	5
C. Umsetzung der VGK-RL in Frankreich.....	6
§ 3 Methodik, Aufbau und Umfang der Untersuchung	6
A. Methodik	6
I. Rechtsvergleichende Methode	7
II. Ökonomische Analyse des Rechts	8
B. Aufbau	9
C. Umfang.....	9
I. Eingrenzung der zu untersuchenden Regelwerke	10
II. Eingrenzung des Begriffs „Kaufrecht“	11
III. Eingrenzung des Begriffs „personale Differenzierung“	12
IV. Eingrenzung der zu untersuchenden Themen.....	12
Allgemeiner Teil: Grundlagen.....	14
§ 4 Geschichtliche Entwicklung des Kaufrechts.....	14
A. Über Europa hinaus	14
I. Haager Kaufrecht (EKG).....	14
II. UN-Kaufrecht (CISG)	15
III. <i>Soft law</i> : UNIDROIT Principles (PICC)	15

B. Europäische Union.....	16
I. Richtlinien.....	16
II. Andere Regelwerke	19
1. Grundregeln des europäischen Vertragsrechts (PECL) und <i>Acquis Principles</i>	20
2. Gemeinsamer Referenzrahmen (CFR)	20
3. Gemeinsames europäisches Kaufrecht (CESL)	21
C. Deutschland	22
I. Römisches Recht und Mittelalter	22
II. Erste Kodifikationen.....	23
III. HGB und BGB 1900.....	24
IV. Internationalisierung: CISG und Verbraucherrecht	25
V. Schuldrechtsreform 2002.....	25
VI. Neuere Änderungen	26
D. Frankreich.....	27
I. Römisches Recht und Mittelalter	27
II. Revolution.....	27
III. <i>Code civil</i> 1804.....	28
IV. Verbraucherrecht (CCons).....	29
V. Umsetzung der VGK-RL	30
VI. Handelsrecht (CCom)	30
VII. <i>Code civil</i> – Reformen	31
 § 5 Anwendungsbereich der verschiedenen Kaufrechte	 31
A. CISG.....	32
B. PICC.....	33
C. CFR	34
D. CESL.....	34
I. Sachlicher Anwendungsbereich	34
II. Räumlicher Anwendungsbereich	35
III. Persönlicher Anwendungsbereich	35
IV. Anwendungsmechanismus und IPR	36
E. Deutschland	37
F. Frankreich	38
I. Garantie des vices cachés	39
II. Obligation de délivrance conforme	39
III. Garantie de conformité des CCons.....	40
 § 6 Verbraucher- und Unternehmerbegriff	 40
A. Verbraucherbegriff	41
I. Verbraucherleitbilder/-modelle	41
II. Europäischer Verbraucherbegriff.....	42

1. Geschichtliche Entwicklung.....	42
2. Primärrechtliche Kompetenzen im Verbraucherrecht.....	43
3. Aktuelle Definition.....	44
4. Rechtsprechung des EuGH.....	44
a) <i>Non-professionell</i> /branchenfremde Nebengeschäfte.....	44
b) Existenzgründer.....	45
c) Juristische Personen.....	45
d) Mischverträge (<i>dual use</i>).....	45
III. Deutscher Verbraucherbegriff.....	46
1. Geschichtliche Entwicklung.....	46
2. Aktuelle gesetzliche Definition.....	48
3. Rechtsprechung und Diskussion.....	48
a) Juristische Personen.....	48
b) Mischverträge (<i>dual use</i>).....	48
c) Arbeitnehmer.....	49
d) Existenzgründer.....	50
e) <i>Non-professionell</i> /branchenfremde Nebengeschäfte.....	50
IV. Französischer Verbraucherbegriff.....	50
1. Geschichtliche Entwicklung.....	50
2. Aktuelle gesetzliche Definition.....	52
3. Rechtsprechung und Diskussion.....	53
a) 1970er Jahre: enge Auslegung.....	53
b) 1980er Jahre: weite Auslegung (<i>non-professionnel</i> und juristische Personen).....	53
c) Mitte der 1990er Jahre: zurück zur engeren Auslegung.....	54
d) Ab 2005: Neues zu juristischen Personen und zum <i>non-</i> <i>professionnel</i>	55
e) Ab 2016: Legaldefinition des <i>non-professionnel</i>	56
f) Kleinere Unternehmer.....	57
B. Unternehmerbegriff.....	57
I. Aktuelle Definitionen.....	58
II. Öffentlich-rechtliches Handeln.....	58
III. Gewinnerzielungsabsicht.....	59
IV. Abgrenzung zum Kaufmann bzw. <i>commerçant</i>	59
§ 7 Grundlegende Interessenkonflikte im Kaufrecht.....	60
A. Allgemeines Vertragsrecht.....	61
B. Gewährleistungsrecht.....	61
§ 8 Grundlagen der ökonomischen Analyse des Kaufrechts.....	64
A. Allgemeine Grundlagen.....	64
B. Allgemeines Vertragsrecht.....	64

I.	Transaktionskosten	65
1.	Transaktionskostensenkung	65
2.	Lückenfüllung.....	66
II.	Marktmacht	66
III.	Information.....	66
1.	Informationsasymmetrie vor Vertragsschluss.....	67
2.	Informationsasymmetrie nach Vertragsschluss	68
C.	Gewährleistungsrecht.....	68
I.	Versicherungsfunktion.....	68
II.	Qualitätsanreiz.....	69
III.	Qualitätssignal.....	69
IV.	Erforderliche Beschränkungen.....	69

Besonderer Teil: Rechtsvergleichende Analyse und Bewertung..... 71

§ 9 Klauselkontrolle 71

A.	Rechtsvergleichende Darstellung	71
I.	Deutschland.....	71
1.	Geschichtliche Entwicklung.....	71
2.	Regelung.....	72
a)	Sachlicher Anwendungsbereich	73
b)	Inhaltskontrolle in B2C-Verträgen.....	73
c)	Inhaltskontrolle in B2B-Verträgen	74
II.	Frankreich	75
1.	Geschichtliche Entwicklung.....	75
2.	Regelung.....	77
a)	Sachlicher Anwendungsbereich und <i>contrat d'adhésion</i>	77
b)	Inhaltskontrolle in B2C-Verträgen (CCons).....	79
c)	Einbeziehung des <i>non-professionnel</i> (CCons).....	79
d)	Inhaltskontrolle in B2B-Verträgen (CCom)	80
e)	Neue Inhaltskontrolle für alle Verträge (Cc)	81
III.	Europa	81
1.	Geschichtliche Entwicklung.....	81
2.	CFR	83
a)	Sachlicher Anwendungsbereich	83
b)	Inhaltskontrolle in B2C-Verträgen.....	83
c)	Inhaltskontrolle in B2B-Verträgen	84
3.	CESL.....	84
a)	Sachlicher Anwendungsbereich	85
b)	Inhaltskontrolle in B2C-Verträgen.....	85

c) Inhaltskontrolle in B2B-Verträgen	86
IV. CISG	86
V. PICC.....	86
B. Bewertung.....	87
I. Hintergrund der Klauselkontrolle	87
1. Klassischer Ansatz.....	88
a) Kritik	88
b) Folgen für die personale Differenzierung.....	89
2. Marktmacht-Ansatz	89
a) Kritik	89
b) Folgen für die personale Differenzierung.....	92
3. Rechtsökonomischer Ansatz	93
a) Kritik	94
b) Folgen für die personale Differenzierung.....	95
4. Zusammenfassende Bemerkung	96
a) Bewertung der Ansätze	96
b) Folgen für die personale Differenzierung.....	96
II. Kontrolle von Individualvereinbarungen.....	97
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich.....	97
2. Schlüsse aus dem Hintergrund der Klauselkontrolle	97
3. Generelle Kontrolle von Individualvereinbarungen?	98
4. Keine Kontrolle von Individualvereinbarungen?.....	98
5. Personale Differenzierung?.....	99
6. Fazit zur Kontrolle von Individualvereinbarungen	100
III. Mehrfachverwendungsabsicht.....	100
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich.....	100
2. Schlüsse aus dem Hintergrund der Klauselkontrolle	101
3. Generelles Erfordernis der Mehrfachverwendungsabsicht?.....	101
4. Kein Erfordernis der Mehrfachverwendungsabsicht?.....	102
5. Personale Differenzierung?.....	102
6. Fazit zur Mehrfachverwendungsabsicht	104
IV. Generalklausel.....	104
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich.....	104
2. Schlüsse aus dem Hintergrund der Klauselkontrolle	105
3. Funktion der Generalklausel	105
4. Personale Differenzierung?.....	105
a) Besonderheiten im B2B-Verkehr?.....	106
b) Differenzierung innerhalb der B2B-Fälle.....	107
c) Handelspraxis als geeigneter Maßstab?.....	108
d) Korrektur durch guten Glauben und redlichen Geschäftsverkehr.....	109
5. Teilweise personale Differenzierung?	110
6. Einheitliche Generalklausel?.....	110

7. Fazit zur Generalklausel	111
V. Beurteilung der Unfairness	112
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich	112
2. Schlüsse aus dem Hintergrund der Klauselkontrolle	113
3. Generelle Berücksichtigung individueller Umstände?	113
4. „Die den Vertragsschluss begleitenden Umstände“	114
a) Umstände in B2C-Verträgen	115
b) Umstände in B2B-Verträgen	115
c) Personale Differenzierung?	116
5. „Andere Klauseln des Vertrags oder zusammenhängender Verträge“	116
a) Summierungseffekt	116
b) Kompensationseffekt	117
6. „Die gute/übliche Handelspraxis“	118
7. Fazit zur Beurteilung der Unfairness	118
VI. Verbotslisten/Indizwirkung	119
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich	119
2. Schlüsse aus dem Hintergrund der Klauselkontrolle	119
3. Funktion der Verbotslisten	120
4. Beschränkung auf graue Listen?	120
5. Personale Differenzierung?	121
6. Teilweise personale Differenzierung: Indizwirkung für B2B- Verträge?	121
a) Argumente für die Indizwirkung	121
b) Argumente gegen die Indizwirkung	123
7. Fazit zu Verbotslisten	124
C. Fazit zur Klauselkontrolle	124
§ 10 Nacherfüllung	125
A. Rechtsvergleichende Darstellung	126
I. Deutschland	126
1. Geschichtliche Entwicklung	126
2. Regelung	127
a) Vorrang der Nacherfüllung	127
b) Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	128
c) Rechtsprechung und neuere Gesetzesänderungen	128
aa) Ein- und Ausbaurkosten	128
bb) Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung	130
II. Frankreich	130
1. Geschichtliche Entwicklung	130
2. Regelung	131
a) <i>Garantie des vices cachés</i>	131
b) <i>Obligation de délivrance conforme</i>	133

c) <i>Garantie de conformité</i> des CCons	135
aa) Vorrang der Nacherfüllung	135
bb) Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	135
cc) Ein- und Ausbaurkosten, Nutzungsersatz	135
d) Abweichungen durch die Vertragspraxis	136
e) Zusammenfassung zur französischen Regelung	136
III. Europa	137
1. Geschichtliche Entwicklung	137
2. CFR	138
a) Vorrang der Nacherfüllung	138
b) Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	139
c) Ein- und Ausbaurkosten	139
d) Nutzungsersatz bei Nacherfüllung	140
3. CESL	140
a) Vorrang der Nacherfüllung	140
aa) Personalisierte Kaufsache	140
bb) Frist	141
cc) Vorzeitige Leistung	141
dd) Möglichkeiten restriktiver Auslegung des CESL?	141
b) Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	142
c) Ein- und Ausbaurkosten	142
aa) Orientierung an der EuGH-Rechtsprechung	142
bb) Lösung über den Schadensersatzanspruch	143
d) Nutzungsersatz bei Nacherfüllung	144
IV. CISG	144
1. Vorrang der Nacherfüllung	144
2. Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	145
3. Ein- und Ausbaurkosten	146
4. Nutzungsersatz bei Nacherfüllung	146
V. PICC	147
1. Vorrang der Nacherfüllung	147
2. Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	147
3. Ein- und Ausbaurkosten	148
4. Nutzungsersatz bei Nacherfüllung	148
B. Bewertung	148
I. Vorrang der Nacherfüllung	149
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich	149
2. Hintergrund des Vorrangs der Nacherfüllung	149
a) Interessen der Parteien	149
b) Ökonomische Analyse	151
c) Zwischenfazit	154
3. Genereller Vorrang der Nacherfüllung?	154
a) <i>Pacta sunt servanda</i>	154

b) Ökologische Gesichtspunkte	155
4. Kein Vorrang der Nacherfüllung?	155
a) Wahlfreiheit des Käufers	155
b) Risiko des erneuten Mangels	155
c) Wirtschaftlichkeit	156
5. Personale Differenzierung?	157
a) Verbraucherschutz	157
b) Gefahr der Nichtgeltendmachung	158
c) Regressnahme	160
6. Fazit zum Vorrang der Nacherfüllung	160
II. Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	160
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich	160
2. Hintergrund der Wahl der Nacherfüllungsart	162
a) Interessen der Parteien	162
b) Ökonomische Analyse	163
c) Zwischenfazit	164
3. Generelles Wahlrecht des Verkäufers?	164
a) Ökonomische Analyse	164
b) Wahrung der Käuferinteressen?	165
c) Ökologische Gesichtspunkte	166
4. Generelles Wahlrecht des Käufers?	166
a) Druckmittel	166
b) Wahrung der Verkäuferinteressen?	166
5. Personale Differenzierung?	167
a) Verbraucherschutz	167
b) Grenzüberschreitende Verträge	168
6. Fazit zur Wahl zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung	168
III. Ein- und Ausbaurkosten bei Ersatzlieferung	169
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich	169
2. Hintergrund der Ein- und Ausbaurkosten	170
a) Interessen der Parteien	170
b) Ökonomische Analyse	171
c) Zwischenfazit	172
3. Generelle Kostentragung des Käufers?	172
a) Preisaufschlag	173
b) Anreiz zur Überprüfung	174
4. Generelle Kostentragung des Verkäufers?	175
a) Hersteller als <i>cheapest insurer</i>	175
b) Argumentation des EuGH	176
c) Übertragbarkeit der Argumentation auf B2B-Fälle?	176
5. Personale Differenzierung?	177
a) Allgemeine Differenzierung wie in Deutschland?	177
b) Andere personale Differenzierungen im Detail?	178

aa) Grenze der Kostenübernahme	178
bb) Tätigkeit bzw. Organisation des Ein- und Ausbaus	181
6. Fazit zu Ein- und Ausbaurkosten bei Ersatzlieferung	182
IV. Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung	183
1. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich	183
2. Hintergrund des Nutzungsersatzes bei Ersatzlieferung	183
a) Interessen der Parteien	184
b) Ökonomische Analyse	184
c) Zwischenfazit	185
3. Genereller Nutzungsersatzanspruch?	185
a) Ungerechtfertigte Nutzung vor Ersatzlieferung	185
b) Längere Lebensdauer	186
c) Ausgleich „neu für alt“	187
d) Äquivalenzprinzip	188
e) Vergleich mit der Nachbesserung	188
f) Vergleich mit dem Rücktritt	189
g) Gefahr von Preiserhöhungen	189
h) Gefahr des Rechtsmissbrauchs	190
i) Verjährung	191
4. Kein Nutzungsersatzanspruch?	191
a) Einseitigkeit	192
b) Bevorteilung des Verkäufers	192
c) Argumente des EuGH	193
d) Lösung der PICC	193
5. Personale Differenzierung?	194
a) Höhere Gefahr der Nichtgeltendmachung bei B2C	194
b) Häufiger kurzlebige Konsumgüter bei B2C?	194
6. Fazit zum Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung	195
C. Fazit zur Nacherfüllung	195
 § 11 Montagebezogene Fehler	 196
A. Rechtsvergleichende Darstellung	196
I. Deutschland	196
1. Geschichtliche Entwicklung	196
2. Regelung	197
II. Frankreich	197
1. Geschichtliche Entwicklung	197
2. Regelung	197
a) Einschlägige Regelungen außerhalb des Gewährleistungsrechts	 198
b) <i>Garantie des vices cachés</i>	199
c) <i>Obligation de délivrance conforme</i>	199
d) <i>Garantie de conformité</i> des CCons	199

3. Zusammenfassung zu Frankreich	200
III. Europa	200
1. Geschichtliche Entwicklung.....	200
2. CFR	201
3. CESL.....	201
IV. CISG	202
V. PICC.....	203
B. Bewertung.....	204
I. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich.....	205
II. Hintergrund der Einbeziehung montagebezogener Fehler	205
1. Interessen der Parteien	206
2. Ökonomische Analyse	206
3. Zwischenfazit	207
III. Generelle Einbeziehung montagebezogener Fehler?	207
1. Klarstellung	207
2. Effektiver Regress	208
IV. Personale Differenzierung?.....	208
1. Historische Begründung.....	208
2. Fachkenntnis bei B2B.....	209
3. Kein Regelungsbedarf.....	209
V. Fazit zu montagebezogenen Fehlern	210
§ 12 Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit.....	210
A. Rechtsvergleichende Darstellung	210
I. Deutschland.....	210
1. Geschichtliche Entwicklung.....	210
2. Regelung.....	211
II. Frankreich	212
1. Geschichtliche Entwicklung.....	212
2. Regelung.....	212
a) <i>Garantie des vices cachés</i>	212
b) <i>Obligation de délivrance conforme</i>	213
c) <i>Garantie de conformité</i> des CCons	213
3. Zusammenfassung zu Frankreich	213
III. Europa	214
1. Geschichtliche Entwicklung.....	214
2. CFR	214
3. CESL.....	215
IV. CISG	215
V. PICC.....	216
B. Bewertung.....	216
I. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich.....	216
II. Hintergrund des Ausschlusses bei Kenntnis.....	217

1. Interessen der Parteien	217
2. Ökonomische Analyse	218
3. Zwischenfazit	219
III. Genereller Ausschluss bei Kenntnis?	219
1. Caveat emptor	219
2. Verzicht	219
3. <i>Venire contra factum proprium</i>	220
4. Zumutbarkeit	220
IV. Kein Ausschluss bei Kenntnis?	221
1. Käufer geht von Mangelbehebung aus	221
2. Einschränkung bei beiderseitiger grob fahrlässiger Unkenntnis ..	221
V. Personale Differenzierung?	222
1. Verbraucherschutz	222
2. Ansatz des CESL	223
VI. Fazit zur Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit	223
 § 13 Mängelrüge	224
A. Rechtsvergleichende Darstellung	224
I. Deutschland	224
1. Geschichtliche Entwicklung	224
2. Regelung	225
II. Frankreich	226
1. Geschichtliche Entwicklung	226
2. Regelung	227
a) <i>Garantie des vices cachés</i>	227
b) <i>Obligation de délivrance conforme</i>	228
c) <i>Garantie de conformité</i> des CCons	229
aa) Regelung	229
bb) Weitergehende Rechtsprechung	229
3. Zusammenfassung zu Frankreich	230
III. Europa	230
1. Geschichtliche Entwicklung	230
2. CFR	231
3. CESL	232
IV. CISG	232
V. PICC	233
B. Bewertung	233
I. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich	233
II. Hintergrund der Mängelrüge	234
1. Interessen der Parteien	234
2. Ökonomische Analyse	235
3. Zwischenfazit	236
III. Generelle Rügepflicht?	236

1. Vollumfängliche Erweiterung?	237
a) Verkäuferinteressen	237
b) Spekulation des Käufers	237
c) Fairnessempfinden	237
d) Zumutbarkeit	238
2. Begrenzung auf einseitige Handelsgeschäfte?	238
3. Zur Lösung in Frankreich	238
IV. Personale Differenzierung?	239
1. Schnelligkeit des Handelsverkehrs	239
2. Interesse des Unternehmerkäufers	240
3. Fehlende Sachkunde des Verbraucherkäufers	240
4. Beweislastumkehr	240
5. Nur Rüge-, keine Untersuchungspflicht	241
V. Fazit zur Mängelrüge	242
§ 14 Ausschlussfrist für den Rücktritt	242
A. Rechtsvergleichende Darstellung	242
I. Deutschland	242
1. Geschichtliche Entwicklung	242
2. Regelung	244
II. Frankreich	244
1. Geschichtliche Entwicklung	244
2. Regelung	245
a) <i>Garantie des vices cachés</i>	245
b) <i>Obligation de délivrance conforme</i>	246
c) <i>Garantie de conformité</i> des CCons	246
III. Europa	246
1. Geschichtliche Entwicklung	246
2. CFR	246
3. CESL	247
IV. CISG	247
V. PICC	247
B. Bewertung	248
I. Zusammenfassung zum Rechtsvergleich	248
II. Hintergrund der Ausschlussfrist	248
1. Interessen der Parteien	248
2. Ökonomische Analyse	249
3. Zwischenfazit	250
III. Generelle Ausschlussfrist für den Rücktritt?	250
1. Spekulation des Käufers	250
2. Ungleichgewichtslage	251
IV. Keine Ausschlussfrist für den Rücktritt?	251
1. Treu und Glauben/Verjährung ausreichend	251

2. Möglichkeit der Vereinbarung	252
3. Fehler aus Verkäufersphäre	252
4. Zweckverfehlung	253
V. Personale Differenzierung?.....	253
1. Ohnehin Mängelrüge bei B2B.....	254
2. Unkenntnis des Verbrauchers und Überlegungszeit	254
VI. Fazit zur Ausschlussfrist für den Rücktritt.....	255
Zusammenfassung und Fazit.....	256
Zusammenfassung auf Französisch – Résumé en français	267
Literaturverzeichnis.....	303
Materialien- und Normenverzeichnis.....	325
Rechtsprechungsverzeichnis	333
Sachregister.....	337

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACQP	Principles of the Existing EC Private Law (Acquis Principles)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung(en)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBI. I, 3317
AJ Contrats d'affaires	Actualité Juridique Contrats d'affaires, concurrence, distribution
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Buchst.	Buchstabe
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles
Bull. comm.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambre commerciale
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CA	Cour d'appel
Cc	Code civil
Cass.	Cour de cassation
Cass. Civ. 1 ^e	Cour de cassation, 1 ^{ère} chambre civile
Cass. Civ. 3 ^e	Cour de cassation, 3 ^{ème} chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
CCC	Contrats Concurrence Consommation
CCom	Code de commerce
CCons	Code de la consommation
CESL	Anhang I zur CESL-VO
CESL-VO	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg.

CFR	Draft Common Frame of Reference
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, BGBl. 1989 II, 588
CML Rev.	Common Market Law Review
D.	Receuil Dalloz
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EBLR	European Business Law Review
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
Erwgr.	Erwägungsgrund
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968, ABl. 1972 L 299/32
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUVR	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f. /ff.	folgende
FA-RL	Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 144/19
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Habil.	Habilitation
HaustürWR-RL	Richtlinie des Rates 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372/31
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
IHR	Internationales Handelsrecht
insbes.	insbesondere

IPR	Internationales Privatrecht
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JBl.	Juristische Blätter
JCP E	La semaine juridique – Entreprise et affaires (Jurisclasseur périodique)
JCP G	La semaine juridique – Edition générale (Jurisclasseur périodique)
JORF	Journal officiel République française
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JurisCl.	Jurisclasseur
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Klausel-RL	Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95/29
KMU	kleine(s) und/oder mittlere(s) Unternehmen
lit.	littera
LPA	Les Petites Affiches
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o.Ä.	oder Ähnliches
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDC	Revue des contrats
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des affaires
RLC	Revue Lamy de la Concurrence
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177/6, berichtet in ABl. 2009 L 309/87
Rspr.	Rechtsprechung
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Satz
s.	siehe
s.a.	siehe auch

s.u.	siehe unten
SME	small and medium sized enterprise(s)
SSRN	SSRN Electronic Journal
T. com.	Tribunal commercial
TI	Tribunal d'Instance
u.a.	und andere
u.Ä.	und Ähnliches
uvm.	und vieles mehr
v.a.	vor allem
VGK-RL	Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171/12
vgl.	vergleiche
VR-RL	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304/64
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (inkl. EWiR)
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung: Ziel, Methodik und Eingrenzung

B2B, B2C, C2B und C2C – immer wieder werden ganze Gesetzesabschnitte (z.B. §§ 312 ff. BGB), Richtlinien (z.B. die EU-Verbraucherrichtlinien), Gesetzbücher (z.B. Handelsgesetzbuch, *Code de la consommation*) oder internationale Regelwerke (z.B. UN-Kaufrecht, UNIDROIT Principles) mit eingeschränkten personalen Anwendungsbereichen erlassen. Daran sind Rechtsanwender gewöhnt und immer wachsam auf der Suche nach solchen personalen Eingrenzungen. Etwas schwieriger wird es schon, wenn solche personalen Differenzierungen nur in vereinzeltten Vorschriften innerhalb generell auf alle Personen anwendbarer Regelungen auftreten (z.B. § 310 BGB im AGB-Recht). Dann kann es leicht passieren, eine Sondervorschrift zu übersehen oder diese aus Versehen auf alle Personen anzuwenden. In jedem Fall führen diese Differenzierungen zu gesteigerter Komplexität und fordern höchste Konzentration. Noch komplizierter wird es, wenn eine Norm grundsätzlich ihrem Wortlaut nach personal unbegrenzt anwendbar ist, jedoch die Rechtsprechung trotzdem eine personale Differenzierung vornimmt. Das kann zum einen aufgrund von europarechtskonformer Auslegung passieren (z.B. durch die deutsche Rechtsprechung bei einigen Details der Nacherfüllung, s. sogleich § 2 B. und unten § 10 A.I.2.c)), zum anderen aufgrund von richterlicher Rechtsfortbildung, die nie in Gesetzesform gegossen wurde (z.B. durch die französische Rechtsprechung zu den Folgen der Kenntnis vom Sachmangel, s.u. § 12 A.II.2.a)). In dieser Arbeit werden zahlreiche andere Beispiele zu finden sein, die aufzeigen, wie komplex das Netz der personalen Differenzierungen heute in einigen Bereichen ist. Bestehende erhebliche Unsicherheiten bei diesen Themen zeigt auch ein im Januar 2018 in Deutschland in Kraft getretenes Gesetz¹ (s.u. § 4 C.VI.) auf, das einige Änderungen gerade im Bereich der personalen Differenzierung im Kaufrecht des BGB vorsieht. Die personale Differenzierung steht dadurch erneut im Zentrum der kaufrechtlichen Diskussion.² Inzwischen haben sich auch die oben angedeuteten praktischen Kürzel für solche personalen Eingrenzungen entwickelt: B2C

¹ Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, 28.4.2017, BGBl. I, 969.

² Vgl. die aktuelle Untersuchung von *Wagner*, ZEuP 2016, 87.

(*business to consumer*, d.h. Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher), B2B (*business to business*, d.h. Verträge zwischen zwei Unternehmern) usw.

§ 1 Ziel

Ziel dieser Untersuchung soll es sein, herauszufinden, an welcher Stelle wirklich aus sachlicher Sicht personale Differenzierungen für B2C- oder B2B-Verträge sinnvoll sind und wo diese besser zur Vereinfachung der Rechtsanwendung gestrichen werden sollten. Es geht also um eine Rückbesinnung auf den Sinn und Zweck der personalen Differenzierungen. Dies ist zum einen vor dem Hintergrund der Verbesserung der Verständlichkeit (vor allem für Verbraucher) und der Vorhersehbarkeit des Rechts (vor allem für Unternehmer) interessant. Zum anderen erleichtert es der Rechtsprechung und Kautelarpraxis generell die Arbeit, indem z.B. häufiger auf Präzedenzfälle zurückgegriffen werden kann, wenn der Anwendungsbereich der Normen größer ist. Das Streben nach Vereinfachung und Geringhaltung von Rechtsvorschriften sowie die Klarheit der Normen stellen zudem Ziele der Gesetzgebung dar.³

Besonders viele personale Differenzierungen findet man im Bereich des Kaufrechts, z.B. in den bereits angedeuteten Regelungen zur Klauselkontrolle, sowie bei den gewährleistungsrechtlichen Vorschriften. In diesem Bereich kommt es häufig vor, dass in verschiedenen (nationalen und internationalen) Regelwerken bei einer Vorschrift zum gleichen Thema unterschiedlich personal differenziert wird – teilweise sogar genau in entgegengesetzter Weise (s. z.B. unten beim Vorrang der Nacherfüllung § 10 B.I.1.). Daher wurde das Kaufrecht als Gegenstand dieser Untersuchung ausgewählt.

Aktuell besteht darüber hinaus auch auf EU-Ebene eine besondere Relevanz der die Verbesserung der Strukturen des Kaufrechts, denn hier wird seit einiger Zeit die Schaffung (bzw. Erweiterung) von europaweit einheitlichen kaufrechtlichen Regelungen diskutiert. Diese Diskussion ist keineswegs beendet (vgl. zu den Entwicklungen unten § 4 B.).

³ Vgl. *Karpen*, Gesetzgebungslehre, 2. Aufl. 2008, S. 9 ff., 30 ff.; *Lienbacher*, in: *Calliess/Lienbacher/Grzeszick* (Hrsg.), Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, 2012, S. 7, 11 ff.; *Grzeszick*, in: *Calliess/Lienbacher/Grzeszick* (Hrsg.), Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, 2012, S. 49, 53.

§ 2 Hauptursachen für personale Differenzierungen

Die unterschiedlichen personalen Differenzierungen haben vor allem historische (insbesondere mit Blick auf die Umsetzung von EU-Richtlinien⁴) und auf begrenzten Gesetzgebungskompetenzen beruhende Gründe.⁵ Dies soll anhand einiger Beispiele verdeutlicht werden.

A. Kompetenz- bzw. Konsensproblem

Zuallererst ist klarzustellen, dass unterschiedliche personale Anwendungsbe-
reiche von Regelwerken meist nicht auf sachlichen Gründen einer Notwen-
digkeit der Differenzierung beruhen, sondern vielmehr auf Kompetenz- oder
Konsensproblemen. So war der erste Versuch, das Kaufrecht zu vereinheitli-
chen, das Haager Einheitliche Kaufgesetz (EKG) 1964⁶, auch „ohne Rück-
sicht darauf anzuwenden, ob die Parteien Kaufleute oder Nichtkaufleute und
ob die abzuschließenden Verträge handelsrechtlicher oder bürgerlich-recht-
licher Art sind“ (Art. 7 EKG). Dies wird allerdings auch als einer der möglichen
Gründe für sein Scheitern angesehen.⁷ Aufgrund der praktisch geringen
Relevanz grenzüberschreitender B2C-Käufe bestand zu diesem Zeitpunkt ein
Bedürfnis nach einer Kaufrechtsvereinheitlichung hauptsächlich für Verträge
zwischen Kaufleuten.⁸ Ein Konsens und durchschlagender Erfolg wurden
daher auch erst mit dem UN-Kaufrecht von 1980 (CISG)⁹ erzielt, das sich auf
B2B-Verträge beschränkt.

In der europäischen Entwicklung war die Situation einige Jahr(zehnt)e spä-
ter dann genau entgegengesetzt: Hier wurden aufgrund von Kompetenzen auf
dem Gebiet des Kaufrechts hauptsächlich Vorschriften für B2C-Verträge
erlassen, vor allem durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGK-RL) von
1999¹⁰. Dies ist wie folgt zu erklären: Die von der EU stets verwendete Kom-
petenzgrundlage, Art. 114 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 95 EGV), setzt die Förde-

⁴ Zu den Umsetzungsproblemen und den verschiedenen Modellen der Umsetzung im
Fall der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Fn. 10) vgl. *Wagner*, ZEuP 2016, 87, 88 ff.

⁵ S. dazu ausf. *Grundmann*, AcP 202 (2002), 40 ff.

⁶ Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) und
Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegli-
che Sachen (EAG), BGBl. 1973 I, 856 und 868; zum Inkrafttreten BGBl. 1974 II, 146
und 148, BGBl. 1974 I, 358; dazu auch ausf. *Magnus*, RabelsZ 45 (1981), 144, 148 ff.; *Stötter*,
Internationales Einheits-Kaufrecht, 1975.

⁷ So *Grundmann*, AcP 202 (2002), 40, 42 m.w.N.; vgl. auch *Ziontz*, *Northwestern Jour-
nal of International Law & Business* 2 (1980), 129 ff., insbes. 152.

⁸ Daher fand es auch praktisch nur im B2B-Bereich Anwendung, vgl. *Lehmann*, WM
1980, 1162, 1167.

⁹ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG),
11.4.1980, BGBl. 1989 II, 588.

¹⁰ Richtlinie 1999/44/EG, 25.5.1999, ABl. L 171/12.

rung des Funktionierens des Binnenmarkts voraus. Ein funktionierender Binnenmarkt definiert sich jedoch über die Beseitigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten (Art. 26 Abs. 2 AEUV [ex-Art. 14 Abs. 2 EGV], früher auch in ex-Art. 3 EGV). Der EuGH hat jedoch entschieden, dass dispositives (bei grenzüberschreitenden Sachverhalten durch Rechtswahl abdingbares) Recht keine Beschränkung der Grundfreiheiten darstellen kann.¹¹ Daher betreffen dispositive Regeln den Binnenmarkt nicht. Es lag daher nahe, Rechtsakte in den Bereichen zu erlassen, in denen die Regeln nicht abbedungen werden können. Dies ist im Bereich des Vertragsrechts vor allem im Verbrauchervertragsrecht der Fall (Art. 6 Rom I-VO¹²).¹³ Diese Entwicklung zur Setzung von Verbraucherrecht durch die EU wurde außerdem durch Art. 169 AEUV (ex-Art. 153 EGV) verstärkt, der eine besondere Kompetenz für das Ziel des Verbraucherschutzes enthält.¹⁴

Die personalen Beschränkungen einiger grenzüberschreitender Regelwerke erklären sich also durch Konsens- und Kompetenzerwägungen. Daher verwundert es etwas weniger, dass die VGK-RL inhaltlich zu großen Teilen dem CISG entspricht, obwohl die beiden Instrumente personal vollkommen unterschiedliche, einander (so gut wie¹⁵) nicht überschneidende Anwendungsbereiche besitzen.¹⁶ Das Verbraucherrecht orientiert sich somit paradoxerweise inhaltlich sehr stark am reinen Unternehmensrecht. Es erscheint daher nur logisch, dass man 2011 im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (*Common European Sales Law, CESL*)¹⁷ versuchte, die Vorschriften zu einem personal auf B2C- und (zumindest einen Teil der) B2B-Verträge anwendbaren Instrument (s.u. § 5 D.I.) auszuweiten. In diesem Entwurf tauchten überraschenderweise aber an teilweise unerwarteten Stellen neuartige personale Differenzierungen auf (z.B. erstmals beim Vorrang der Nacherfüllung, s.u. § 10 A.III.3.).

¹¹ EuGH 24.1.1991, Rs. C-339/89 – *Alsthom Atlantique SA ./ Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, Slg. 1991, I-107, ECLI:EU:C:1991:28, Rn. 15.

¹² Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I), ABl. L 177/6, berichtet in ABl. 2009 L 309/87.

¹³ Dazu *Grundmann*, AcP 202 (2002), 40, 58; *Schwartze*, Europäische Sachmängelgewährleistung, 2000, S. 606.

¹⁴ Die Rechtsnatur des Art. 169 AEUV ist allerdings umstritten, s. dazu unten § 6 A.II.2.

¹⁵ Mit einigen wenigen Ausnahmen bzw. Überschneidungen, vgl. dazu ausf. *Magnus, Liber amicorum Kurt Siehr*, 2010, S. 405.

¹⁶ Dazu ausf. *Grundmann*, AcP 202 (2002), 40; *Kruisinga*, ERPL 2001, 177.

¹⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg. (CESL-VO); im Anhang befindet sich das eigentliche Gemeinsame Europäische Kaufrecht (CESL).

B. Überschießende Richtlinienumsetzung in Deutschland

Da die Differenzierungen jedoch nicht auf sachlichen Gründen beruhen, wurden auf nationaler Ebene bei Umsetzung der verbraucherrechtlichen Richtlinien häufig Regelungen, die eigentlich durch die Richtlinie nur für B2C-Verträge vorgeschrieben wurden, als allgemeines Privatrecht für alle Verträge, also nicht personal differenzierend, umgesetzt. Dies nennt man auch „überschießende Umsetzung“ von EU-Richtlinien¹⁸. In großem Stil geschah dies bei der deutschen Schuldrechtsreform¹⁹, deren reformiertes Kaufrecht großteils auf der VGK-RL beruht (s.u. § 4 C.V.).²⁰ Allerdings handelte man zum Teil bei diesen Vereinheitlichungsbemühungen womöglich etwas vorschnell, da sich im Laufe der Zeit in einigen Fällen eine Rechtsprechung entwickelte, die die Vorschriften für B2C- und B2B-Kaufverträge nun wiederum unterschiedlich auslegt (so genannte „gespaltene Auslegung“, dazu auch unten § 10 A.I.2.c)).²¹ Dazu kam es, weil der EuGH die aus der Richtlinie überschießend umgesetzten Vorschriften sehr käuferfreundlich interpretiert, um die Verbraucherkäufer möglichst gut zu schützen (s.u. § 10 A.I.2.c)) sowie ausf. zur Argumentation des EuGH unter § 10 B.III.4.b) und § 10 B.IV.4.c)).²² Diese sehr käuferfreundliche Auslegung der Vorschriften wollte man im deutschen Recht jedoch nicht gänzlich auf B2B-Verträge ausweiten und musste so die grundsätzlich allgemeingültigen Vorschriften personal differenzierend auslegen. Dies geschah z.B. bei der Frage der Ein- und Ausbaurkosten im Falle der Ersatzlieferung (s.u. § 10 A.I.2.c)aa)) und beim Nutzungersatz (s.u. § 10 A.I.2.c)bb)). Teilweise (z.B. beim Nutzungersatz) wurden daraufhin in Deutschland sogar nachträglich personal differenzierende Gesetzesvorschriften erlassen. Bezüglich der Frage der Ein- und Ausbaurkosten hingegen scheint der Gesetzgeber nach der am 1.1.2018 in Kraft getretenen Reform nun wieder zu einer personalen Vereinheitlichung zu tendieren (s.u. § 10 A.I.2.c)aa)). Das gesamte Hin und Her verdeutlicht jedenfalls die Schwierigkeiten mit der Ausgestaltung der personalen Differenzierungen in Deutschland.

¹⁸ Dazu ausf. *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006; *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, 2003, insbes. auch zur VGK-RL S. 66 ff.

¹⁹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 26.11.2001, BGBl. I, 3138.

²⁰ Dazu u.a. *Grundmann*, ERPL 2001, 239 ff., 244 ff.; *Wagner*, ZEuP 2016, 87, 90 f. Auch in vielen anderen europäischen Rechtsordnungen wurde das Verbraucherrecht in das allgemeine Zivilrecht integriert, vgl. dazu *Grundmann*, AcP 202 (2002), 40, 70.

²¹ Zur Legitimation der gespaltenen Auslegung vgl. aktuell *Wagner*, ZEuP 2016, 87, 116 f.

²² Ob der EuGH dabei zu verbraucherfreundlich ist, analysiert *Wagner*, ZEuP 2016, 87, 100 ff. kritisch.

C. Umsetzung der VGK-RL in Frankreich

Paradoxe Entwicklungen gab es jedoch auch in der französischen Gesetzgebung zum Kaufrecht, v.a. bei der Umsetzung der VGK-RL. Da man sich nicht auf eine Einarbeitung der Regelungen der VGK-RL in das allgemeine Kaufrecht einigen konnte (s. dazu unten § 4 D.V.), wurde stattdessen ein neues Gewährleistungsrecht für Verbraucher geschaffen, das in den (nur auf B2C-Verträge anwendbaren) *Code de la consommation* (CCons) ausgegliedert wurde. Dieses B2C-Gewährleistungsrechtsregime besteht nun *neben* dem allgemeinen Gewährleistungsrecht des *Code civil* (Cc), das im französischen Recht ohnehin schon aus zwei verschiedenen Gewährleistungsrechtsregimen besteht (s. dazu unten § 5 F.). Während die Vorschriften des *Code civil* (Cc) sehr alt sind und nie wirklich reformiert wurden (die französische Schuldrechtsreform von 2016 betraf nur das allgemeine Schuldrecht, s.u. § 4 D.VII.), orientiert sich das neue Verbrauchergewährleistungsrecht an den modernen Regelungen des CISG. Dieses wurde allerdings ursprünglich für B2B-Verträge entwickelt. Daher sind nun paradoxerweise an einigen Stellen die speziellen französischen Gewährleistungsregelungen für den Verbraucherkäufer gerade ungünstiger als die allgemeinen zivilrechtlichen Kaufrechtsregeln (wie z.B. bei der Frage des – im Cc nicht vorgesehenen – Vorrangs der Nacherfüllung, s.u. § 10 A.II.2.). Damit dem Verbraucher hierdurch keine Nachteile entstehen, beließ man ihm die Möglichkeit, sich nach seiner Wahl nebeneinander auf beide Gewährleistungsregime zu berufen (Art. L 217-13 CCons, s.u. § 5 F.III.). Somit stehen für den Verbraucher nun drei Gewährleistungsregime nebeneinander, deren Abgrenzung und Ineinandergreifen höchst komplex und für den Verbraucher unmöglich nachzuvollziehen ist.²³

§ 3 Methodik, Aufbau und Umfang der Untersuchung

A. Methodik

Das oben (§ 1) genannte Ziel richtet sich sowohl an die Rechtsprechung (Auslegung und Rechtsfortbildung, s. z.B. die angesprochene „gespaltene Auslegung“, s.o. § 2 B.) und die Kautelarpraxis (z.B. personale Differenzierungen in der Vertragsgestaltung) als auch und vor allem an die Gesetzgebung auf nationaler und europäischer Ebene (Suche nach dem optimalen Inhalt von Rechtsvorschriften [Gesetzgebungslehre²⁴]). Bei dieser Suche nach

²³ Dazu mit dem gleichen Ergebnis auch *Wagner*, ZEuP 2016, 87, 89.

²⁴ Dazu *Karpen*, Gesetzgebungslehre, 2. Aufl. 2008, S. 9 ff.; *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 7 ff.

einer Verbesserung des Rechts ist unter anderem die Verwendung von zwei Methoden hilfreich und weit verbreitet: ein Blick auf andere nationale Rechtsordnungen und internationale Regelwerke (Rechtsvergleichung, s. dazu sogleich unter I.) sowie die ökonomische Analyse des Rechts (*law and economics*), die nach möglichst effizienten Rechtsregeln sucht (s.u. unter A.II. u. ausf. bei § 8).²⁵ Aus der kombinierten Verwendung dieser beiden Disziplinen hat sich sogar inzwischen eine neue, eigene Methode entwickelt: *comparative law and economics* (d.h. die „vergleichende ökonomische Analyse des Rechts“ oder auch „ökonomische Analyse der Rechtsvergleichung“).²⁶ In dieser neuen Disziplin wird das Recht nach einem Vergleich anhand der ökonomischen Analyse des Rechts bewertet, um so das für diesen Zweck „beste“ Recht zu finden.²⁷ In dieser Arbeit soll allerdings die ökonomische Analyse nicht das einzige Kriterium für die Bewertung der in den Vergleich einbezogenen Rechtsvorschriften sein, sondern sie soll die juristische Argumentation lediglich um die ökonomische Sichtweise ergänzen.

I. Rechtsvergleichende Methode

Ein Blick in verschiedene Rechtsordnungen nationaler und internationaler Art ist für das genannte Ziel, insbesondere mit Blick auf ein europäisches Instrument, offensichtlich von Nutzen.²⁸ Daher soll hier nur kurz die grundlegende Methodik der Rechtsvergleichung skizziert werden, also vor allem die funktionale Methode nach *Zweigert* und *Kötz*: Danach sollen bei der Rechtsvergleichung nicht die Systembegriffe einer einzelnen nationalen Rechtsordnung benutzt werden, sondern eigene Begriffe bzw. Vergleichskategorien nach ihrer Funktion gebildet werden, d.h. danach, für welches tatsächliche Problem sie eine rechtliche Lösung suchen.²⁹ In der vorliegenden Arbeit, die sich auf

²⁵ Zur besonderen Notwendigkeit der Einbeziehung anderer Methoden im Rahmen der Gesetzgebungslehre: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 28; speziell zur Rechtsvergleichung *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 57 ff., 74 ff.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 14 ff., 16 ff.; speziell zur ökonomischen Analyse *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 414 ff., 450 ff.; kritisch zur ökonomischen Analyse *Niglia*, Liber amicorum Hans Micklitz, 2014, S. 93 ff.

²⁶ Für die Grundlagen vgl. *Mattei*, Comparative law and economics, 1997; de Geest/van den Bergh (Hrsg.), Comparative law and economics, 2004; *Ramello*, Comparative law and economics, 2015; kritisch dazu *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 125 ff. sowie speziell für das Vertragsrecht *Kovač*, Comparative Contract Law and Economics, 2011, S. 3 ff. und de Geest/van den Bergh (Hrsg.), Comparative law and economics, 2004, Vol. II, S. 323 ff.

²⁷ *Kovač*, Comparative Contract Law and Economics, 2011, S. 11 f.

²⁸ Über die fehlende Rechtfertigungsbedürftigkeit der Rechtsvergleichung *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 47 ff.

²⁹ Ausf. dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 33 ff.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 93 ff.

Europa konzentriert, werden diese übergreifenden Kategorien weitgehend durch bereits europarechtlich oder durch den EuGH vorgegebene Rechtsfragen bestimmt, vor allem durch die Begrifflichkeiten der VGK-RL und ihrer Auslegung (aber auch durch die Klausel-RL). Insofern haben sich schon einheitliche, in allen Mitgliedstaaten bekannte Rechtsfragen bzw. Begrifflichkeiten durchgesetzt.

Außerdem gliedert sich die rechtsvergleichende Methode dieser Arbeit in die „Mikrovergleichung“ ein, d.h. es geht um den konkreten Vergleich einzelner Rechtsinstitute und -probleme und nicht um die typisierende Betrachtung generalisierter Erkenntnisse über die Denk- und Verfahrensweisen von Rechtsordnungen in ihrer Gesamtheit („Makrovergleichung“).³⁰

Die funktionale Methode wurde inzwischen bereits von vielen Seiten kritisiert und es wurden zahlreiche alternative Ansätze entwickelt.³¹ Fast alle Ansätze haben jedoch gemeinsam, dass sich das praktische Vorgehen bei der Rechtsvergleichung grob in die folgenden Schritte gliedert: Aufstellen einer Fragestellung (hier personale Differenzierung (dazu soeben § 1 u. sogleich C.III.)), Wahl der Länder und Kategorien (dazu sogleich C.I. u. C.IV.), Erstellen von Länderberichten zu den einzelnen Rechtsfragen (jeweils im Besonderen Teil unter dem Punkt „Rechtsvergleichende Darstellung“) und zuletzt der Vergleich und vor allem die Bewertung der verglichenen Regelungen in Bezug auf die Fragestellung (jeweils im Besonderen Teil unter dem Punkt „Bewertung“).³²

II. Ökonomische Analyse des Rechts

Ob, wann und in welchem Umfang bei Rechtsanwendung und Rechtssetzung auf die ökonomische Analyse des Rechts abgestellt werden darf oder muss, ist umstritten.³³ Allgemein ist dies im Zivilrecht, vor allem z.B. im Handelsrecht, eher der Fall als in anderen Rechtsgebieten.³⁴ Außerdem ist dies vor allem auf dem Gebiet des Europäischen Privatrechts relativ unproblematisch, da hier Maßnahmen meist auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden (s. dazu unten § 6 A.II.2.), es also darum geht, Märkte zu integrieren und durch die Steigerung ihrer Effizienz das Wirtschaftswachstum zu fördern.³⁵ Auch ist

³⁰ Zur Abgrenzung *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 8 f.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 4 f.

³¹ Einen ausf. Überblick dazu gibt *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 95 ff.

³² Zu diesem Vorgehen etwa *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 33 ff.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 94, 108 ff.

³³ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 450 ff., 414 ff.; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 532; *Niglia*, Liber amicorum Hans Micklitz, 2014, S. 93 ff.

³⁴ S. die Zusammenfassung und Nachweise bei *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 461.

³⁵ *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529, 532 f.