

Rundschreiben 11/2012

Thema: Unterschiede zwischen Kaufrecht und Werkvertragsrecht / Baurecht und Kaufrecht

1. Einleitung

In vielen Bauunternehmen wird die Abgrenzung des Kaufrechts vom Werkvertragsrecht unterschätzt. Der Einkauf ist nicht sensibilisiert auf diese Fragestellung. Dass diese Fragestellung erhebliche praktische Bedeutung hat, man denke nur daran, dass dann beim Einkauf von Materialien strenge Rügepflichten nach dem Handelsgesetzbuch gelten, ist vielen nicht bewusst. Rechte werden dadurch abgeschnitten. Häufig glaubt der Einkäufer irrig, es handelt sich um einen Werkvertrag, tatsächlich handelt es sich aber nicht selten um einen Kaufvertrag. Man denke nur an die Rechtsprechung zu Photovoltaikanlagen, die grundsätzlich dem Kaufrecht unterliegen.

2. Abgrenzung Kaufvertragsrecht und Werkvertragsrecht

Die Abgrenzung des Kaufvertragsrechts vom Werkvertragsrecht ist keine rein theoretische Fragestellung, sondern hat praktische Bedeutung. Verschiedene Vertragstypen bedeuten verschiedene „Spielregeln“ des Rechts. Folge ist ein unterschiedlicher Handlungsbedarf, der sich auch auf die Gestaltung eines Vertrags und/oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auswirkt.

2.1. Unterschiede zwischen Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht

Nachfolgend einige Beispiele, um die Unterschiede der Vertragstypen zu verdeutlichen:

- Beim Kaufvertrag steht die Verschaffung des Eigentums an einer unabhängig von den Wünschen des Auftraggebers vorgefertigten Sache im Vordergrund; beim Werkvertrag geht es um die Erstellung eines den Vorgaben des Auftraggebers entsprechenden Werkes, d. h. der Erreichung eines Erfolges.
- Beim Kaufvertrag gibt es einen Verbrauchsgüterkauf nach §§ 474 ff. BGB mit einer Reihe von Sonderregelungen. Einen „Verbrauchswerkvertrag“ als Sonderform gibt es nicht.
- Beim Werkvertrag gilt nach § 632 BGB im Zweifel die übliche Vergütung als vereinbart; eine vergleichbare Regelung gibt es im Kaufrecht nicht. Dort muss ein Kaufpreis vereinbart sein.

- Beim Kaufvertrag wird der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises sofort fällig und kann Zug um Zug gegen Lieferung der Sache geltend gemacht werden (vgl. §§ 271 Abs. 1, 320 Abs. 1 BGB). Beim Werkvertrag wird der Anspruch des Auftragnehmers auf den vereinbarten Werklohn grundsätzlich erst mit der Abnahme des Werkes bzw. mit dessen Vollendung fällig (§§ 641 Abs 1 Satz 1, 646 BGB), so dass der Auftraggeber vorleistungspflichtig ist. Dafür sieht das Werkvertragsrecht aber in §§ 647 – 648a BGB Sicherheiten für die Werklohnforderung des Auftragnehmers vor (Werkunternehmerpfandrecht, Bauhandwerkersicherungshypothek, Sicherheitsleistung); vergleichbare Regelungen gibt es im Kaufrecht nicht.
- Seit der Schuldrechtsreform hat im Falle eines Mangels nicht nur der Auftraggeber, sondern auch der Käufer einen Anspruch auf Nacherfüllung. Während beim Kaufvertrag aber dem Käufer das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung zusteht (vgl. § 439 Abs. 1 BGB), kann beim Werkvertrag der Auftragnehmer zwischen Beseitigung des Mangels und Neuherstellung wählen.
- Beim Werkvertrag hat der Auftraggeber bei Mangelhaftigkeit des Werkes nach § 637 BGB ein Recht zur Selbstvornahme sowie einen –vom Verschulden des Auftragnehmers unabhängigen – Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen bzw. auf einen entsprechenden Vorschuss. Diese Rechte stehen dem Käufer nicht zu.
- Zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag bestehen Unterschiede bezüglich Länge und Beginn der Fristen wegen Mängelrechten (vgl. § 438 Abs. 1, 2 BGB einerseits, § 634a Abs. 1, 2 BGB andererseits).
- Beim Kaufvertrag führt auch grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels zum Ausschluss von Gewährleistungsrechten (vgl. § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB); maßgeblich ist hier der Zeitpunkt des Vertragsschlusses¹. Beim Werkvertrag schaden dem Auftraggeber dagegen nur positive Kenntnis bei der Abnahme (§ 640 Abs. 2 BGB).
- Beim Werkvertrag gibt es keine Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB. Diese Pflicht gilt nur im Bereich des Kaufvertrages.
- Beim Werkvertrag werden dem Auftragnehmer als Ausgleich für seine Vorleistungspflicht gesetzliche Sicherheiten eingeräumt, vgl. §§ 647 BGB bis 648a BGB. Im Anwendungsbereich des Kaufrechts gibt es keine gesetzliche Sicherheit des Verkäufers.
- Beim Kaufvertrag geht die Gefahr bereits mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über (§ 446 S. 1 BGB); beim Werkvertrag geht die Gefahr dagegen grundsätzlich erst mit der Abnahme des Werkes auf den Auftraggeber über (§ 644 Abs. 1 Satz 1 BGB).
- Der Auftraggeber eines Werkes hat nach § 649 BGB ein jederzeitiges Kündigungsrecht; ein solches gibt es beim Kaufvertrag nicht.

¹ Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Auflage 2009, § 442 Rn. 12

Nachfolgend eine tabellarische Übersicht – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – der Unterschiede zwischen Kaufvertragsrecht und Werkvertragsrecht:

Unterschiede		
Bereich	Kaufvertragsrecht	Werkvertragsrecht
Vertragspflicht (Zweck des Vertrages)	Übergabe und Übereignung der Sache (Warenumsatz), § 433 Abs. 1 BGB	Herstellung des Werkes, § 631 Abs. 1 BGB (Erfolgsbezogenheit)
Sonderregelung für Verbraucher	Verbrauchsgüterkauf §§ 474 ff. BGB	---
Vergütung-/Preisveränderung	---	Übliche Vergütung § 632 BGB
Fälligkeit	Sofort fällig § 271 BGB	Abnahme des Werkes bzw. Vollendung des Werkes §§ 641 Abs. 1, 646 BGB
Sicherheiten	---	Gesetzliche Sicherheiten - Werkunternehmerpfandrecht, § 647 BGB - Bauhandwerkersicherungs- hypothek, § 648 BGB - Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB
Nacherfüllung Wahlrecht	Wahlrecht Käufer, § 439 Abs. 1 BGB	Wahlrecht Auftragnehmer, § 635 Abs. 1 BGB
Umfang der Nacherfüllung	Kosten Neueinbau nicht erstattungsfähig, § 439 Abs. 2 BGB	Kosten Neueinbau erstattungsfähig, § 635 Abs. 2 BGB
Abnahme	---	Abnahme § 641 BGB
Selbstvornahme Kostenvorschuss	---	Selbstvornahme Kostenvorschussanspruch § 637 BGB
Verjährungsfristen Länge und Beginn	30 Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB 5 Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB 2 Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB bei Grundstücken mit Übergabe: bei Ablieferung der Sache	2 Jahre, § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB 5 Jahre, § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB 3 Jahre, § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB ab Abnahme
Untersuchungs- und Rügepflicht	§ 377 HGB	---
Ausschluss Mängelrechte	Kenntnis + grobfahrlässige Unkenntnis bei Vertragsabschluss, § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB	Kenntnis bei Abnahme, § 640 Abs. 2 BGB
Gefahrübergang	Übergabe Sache § 446 Satz 1 BGB	Abnahme des Werkes § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB
Mitwirkungspflichten	---	Mitwirkungspflicht § 642 BGB
Kündigung	---	Kündigungsrecht des Auftraggebers § 649 BGB

2.2. Praxis und Rechtsprechung

Die Bedeutung der Einordnung des Vertragstyps erschließt sich besonders dann, wenn man die aktuelle Rechtsprechung näher betrachtet. Es wurde bereits ausgeführt, dass Kaufrecht und Werkvertragsrecht erhebliche Unterschiede aufweisen, die in vielen Streitfällen sogar entscheidungserheblich werden können. Besondere Bedeutung erlangt hierbei insbesondere die kaufmännische Rügepflicht. Unterliegt der konkrete Bestellvorgang dem Vertragstyp „Kaufvertrag“, dann ist im unternehmerischen Rechtsverkehr unter Kaufleuten die Rüge nach § 377 HGB zu berücksichtigen. Wird diese versäumt, verliert der Käufer seine Mängelrechte. Diese Rügepflicht gilt beim Werkvertragsrecht nicht. Ordnet der Käufer den Vertragstyp falsch ein, hat dies erhebliche Konsequenzen. Geht er beispielsweise fehlerhaft davon aus, dass ein Werkvertragsrecht vorliegt und in der Betriebsorganisation wird eine unverzügliche Rüge nicht durchgeführt, bleibt der Schaden beim Käufer.

Fall 1: Lieferung und Montage von Solar-Anlagen: Kauf- oder Werkvertrag?

Verpflichtet sich ein Unternehmer, einen Gegenstand (hier: Solaranlage) zu liefern und zu montieren, so kommt es für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag (mit Montageverpflichtung) oder als Werkvertrag darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Dabei ist vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie auf die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen.

BGH, Urteil vom 03.03.2004 - VIII ZR 76/03; BauR 2004, 882 (Ls.); BauR 2004, 995; DB 2004, 1421; MDR 2004, 737; NJW-RR 2004, 850; NZBau 2004, 326; NZM 2004, 398; WM 2004, 2262

BGB a.F. § 651; HGB §§ 377, 381 Abs. 2

PROBLEM/SACHVERHALT:

Ein Auftraggeber (AG) bestellt im Jahre 2000 bei einem Auftragnehmer (AN) eine Solaranlage zur Wassererwärmung, die der AN auch einbauen soll. Der Preis beträgt ca. 8.000 DM. Hiervon entfallen auf die Montage 1.400 DM. Der AN liefert und montiert die Anlage und stellt seine Rechnung. Der AG zahlt nur teilweise und wendet gegen den Restwerklohnanspruch ein, die Anlage sei zu klein ausgelegt und funktioniere nicht ordnungsgemäß. Auch eine Abnahme habe nicht stattgefunden.

ENTSCHEIDUNG:

Ohne Erfolg! Der BGH verneint einen **Werkvertrag** und wendet das Recht des **Kaufvertrages** (mit Montageverpflichtung) an. Die Übertragung des Eigentums der serienmäßig hergestellten Anlage habe gegenüber der Montage im Vordergrund gestanden. Dies ergebe sich aus dem Verhältnis der Kosten für die Lieferung und die der Montage. Die Anlage habe nicht speziellen individuellen Erfordernissen des AG angepasst werden müssen. Man habe sie leicht wieder ausbauen und anderweitig verwenden können. Sei aber der Warenumsatz vorrangig, beurteilten sich die Rechte des AG nach Kaufvertragsrecht. Die Voraussetzungen einer Minderung nach den §§ 459, 462 BGB a.F. seien nicht gegeben.

PRAXISHINWEIS:

Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag hat durch die Angleichung der Mängelrechte nach der Schuldrechtsreform an Bedeutung verloren (zur Abgrenzung BGH, IBR 2000, 70; OLG Dresden, IBR 2001, 58; BGH, IBR 2004, 473). Auch der Käufer kann jetzt nach § 439 BGB Nacherfüllung (Mängelbeseitigung) verlangen, nach Setzen einer Nachfrist mindern oder zurücktreten und Schadensersatz begehren. Dennoch ist die Bestimmung des Vertragstyps wesentlich, weil der Verkäufer anders als der Werkunternehmer keine Abschlagszahlungen und keine Sicherheitsleistung verlangen kann. Auch die Gefahrtragung und die Fälligkeit der Vergütung sind unterschiedlich geregelt. Besonders gefährlich sind für den kaufmännischen AG bei Anwendung des Kaufvertragsrechts die §§ 377, 381 HGB. Der AG muss nach § 377 HGB den Gegenstand unverzüglich auf Mängel untersuchen und diese sofort rügen. Unterlässt er dies, kann er trotz später festgestellter Mängel hieraus keine Rechte herleiten.

Fall 2: Herstellung und Lieferung von Bauteilen: Kaufrecht!

1. Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.
2. Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

BGH, Urteil vom 23.07.2009 - VII ZR 151/08; BauR 2009, 1581; MDR 2009, 1155; MMR 2010, 23; NJW 2009, 2877; NZBau 2009, 644; WM 2009, 1901; ZfBR 2009, 778; ZIP 2009, 1963
vorhergehend: OLG Nürnberg, 17.06.2008 - 1 U 148/08
 BGB § 651; HGB §§ 377, 381 Abs. 2

PROBLEM/SACHVERHALT:

Klägerin und Beklagte sind Unternehmer. Die Klägerin war beauftragt, eine Siloanlage zu erstellen und zu montieren. Die für die Erstellung der Siloanlage erforderlichen Bauteile bestellte die Klägerin - einschließlich einer prüfbaren Statik - bei der Beklagten. Diese stellte die Teile (u. a. Dammwände, Stützen und Zugstangen) her und lieferte sie an die Klägerin aus. Es ist unstreitig, dass die gelieferten und von der Klägerin eingebauten Silozellen mangelhaft sind, da sie eine zu geringe Blechdicke aufweisen. Aufgrund dieses Mangels verlangt die Klägerin Nacherfüllung. Die Beklagte verweigert dies mit der Begründung, auf das vertragliche Verhältnis sei wegen § 651 BGB das Recht des **Handelskaufs** anzuwenden. Der Handelskauf sehe in §§ 377, 381 Abs. 2 HGB eine unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers vor. Da die Klägerin die Leistung jedoch nicht untersucht und gerügt habe, könne sie auch keine Mängelrechte geltend machen. Demgegenüber ist die Klägerin der Auffassung, die handelskaufrechtliche Rügepflicht sei nicht anwendbar, da die Parteien vorliegend einen Werkvertrag geschlossen hätten.

ENTSCHEIDUNG:

Auf den Vertrag findet nach BGH ausschließlich **Kaufrecht** Anwendung. Wegen § 651 BGB sei Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur **Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen** anzuwenden - unabhängig davon, ob es sich um Verträge zwischen Unternehmern handle. An der Anwendung des Kaufrechts ändere nichts, dass die gelieferten Anlagenteile **erkennbar zum Einbau in das Silo bestimmt** gewesen seien. Auch die von der Beklagten erbrachte Planungsleistung ("prüfbare Statik") eröffne nicht den Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts. Da jeder Herstellung eine gewisse Planungsleistung vorausgehe, sei Werkvertragsrecht nur dann anwendbar, wenn die **Planungsleistung so dominiere**, dass sie den **Schwerpunkt** des Vertrags bilde.

PRAXISHINWEIS:

Die Entscheidung betrifft einen äußerst umstrittenen Bereich des Schuldrechts. Bislang war höchstrichterlich nicht entschieden, wie nach § 651 BGB n.F. die Herstellung und Lieferung beweglicher Baumaterialien einzuordnen ist, **die für den Einbau in ein bestimmtes Bauwerk verwendet** werden sollen. In der neueren baurechtlichen Literatur war vielfach gefordert worden, hier - wie nach altem Recht - Werkvertragsrecht anzuwenden (vgl. etwa Mankowski, MDR 2003, 854, 856). Diesem Ansinnen erteilt der BGH nun zu Recht eine Absage. Wird vertraglich die Anlieferung von Anlagenteilen geschuldet, handelt es sich bei den Vertragsgegenständen eindeutig um **bewegliche** Sachen. Solche Verträge sind nach dem Wortlaut des § 651 BGB nach Kauf- und nicht nach Werkvertragsrecht zu beurteilen. Für Bau- und Anlagenbauer ist die Entscheidung von besonderer Praxisrelevanz. Zum Erhalt ihrer Mängelrechte, müssen diese darauf achten, auf der Baustelle angelieferte Bauteile unverzüglich zu untersuchen und gegebenenfalls zu rügen.

Fall 3: Keine Gewährleistungsansprüche bei Nichtbeachtung der kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflicht!

1. Ein Werklieferungsvertrag (BGB § 651) liegt auch dann vor, wenn der Baustoff nach Aufmaß herzustellen ist.
2. Missachtet der Bauunternehmer hinsichtlich des angelieferten Baustoffes seine Untersuchungs- und Rügepflicht gemäß § 377 Abs. 1, 2 HGB, verliert er jegliche Gewährleistungsansprüche.

OLG Nürnberg, Urteil vom 11.10.2005 - 9 U 804/05; BauR 2007, 122; BauR 2007, 441 ; BGH, Beschluss vom 28.09.2006 - VII ZR 255/05 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); BauR 2007, 122; BauR 2007, 441

vorhergehend: OLG Nürnberg, 20.10.2011 - 9 U 804/05

BGB §§ 437 ff , 651; HGB §§ 343, 371 ff, 377, 381 Abs. 2

PROBLEM/SACHVERHALT:

Ein Bauunternehmer bestellt beim Türenhersteller 100 nach Aufmaß herzustellende Haustüren. Nach Anlieferung baut er die Türen in das Objekt seines Auftraggebers ein. Zwei Monate nach Anlieferung stellt er fest, dass der Türlack der Reinigung mit einem normalen Haushaltsreiniger nicht standhält und rügt die fehlende Abriebfestigkeit des Lacks an allen Türen. Der Klage des Türenherstellers auf restliche Vergütung von rund 45.000 Euro entgegnet der Bauunternehmer die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts mit der Begründung, die Kosten für die erforderliche Neulackierung aller Türen übersteigen den Restvergütungsanspruch. Zu Recht?

ENTSCHEIDUNG:

Nein, er muss zahlen! Der Türenhersteller schuldet trotz **Fertigung nach Aufmaß** keinen über die Fertigung selbst hinausgehenden Erfolg. Seine Leistungspflicht erstreckt sich nur auf die Herstellung und Lieferung der Türen unter Berücksichtigung der Maße, also auf Vertragspflichten, die für einen Liefervertrag typisch sind. Folglich handelt es sich nicht um einen Werk-, sondern um einen **Werklieferungsvertrag** gemäß § 651 BGB. Es gelten die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 437 ff BGB und, da der Vertrag für die Handelsbetriebe beider Parteien geschlossen wurde (HGB § 343), die Vorschriften über den Handelskauf gemäß § 371 bis § 381 HGB. § 381 Abs. 2 HGB bestimmt ausdrücklich, dass die Vorschriften über den Handelskauf auch auf einen Vertrag Anwendung finden, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. Der Bauunternehmer hat seinen **Untersuchungs- und Rügepflichten** gemäß § 377 Abs. 1, 2 HGB nicht genügt. Die fehlende Abriebfestigkeit des Lackes hätte **unverzüglich nach Anlieferung** bei der neben einer Sichtprüfung erforderlichen einfachen technischen Überprüfung durch einen Reibeversuch mit einem feuchten Tuch festgestellt und angezeigt werden müssen. Die erst zwei Monate nach Lieferung erhobene Mängelrüge ist verspätet.

PRAXISHINWEIS:

Für den in den Kategorien des Werkvertragsrechts denkenden Bauunternehmer gilt bei der Anlieferung von Baustoffen äußerste Vorsicht. Im Verhältnis zum Baustofflieferanten greifen, wenn nicht ausnahmsweise dessen Montageverpflichtung hinzukommt, nicht die werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften gemäß §§ 634 ff BGB mit der Wohltat eines Ausschlusses der Geltung des § 377 HGB. Stattdessen sind Baustoffe unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen und etwaige Mängel ebenso unverzüglich zu rügen.

Fall 4: Lieferung von Bauteilen „gemäß VOB“: Kaufrecht!

Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind - trotz Vereinbarung der VOB/B - nach Kaufrecht zu beurteilen. Dabei rechtfertigt die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, keine andere Beurteilung.

OLG Rostock, Beschluss vom 16.02.2010 - 4 U 99/09; BauR 2010, 1223
BGB §§ 433 ff, 651; HGB § 377

PROBLEM/SACHVERHALT:

Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) auf dessen Angebot hin mit der Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- und Anlagenteilen, die in ein Bauwerk eingebaut werden sollen. Der Einbau selbst soll jedoch nicht durch den AN ausgeführt werden. Im Angebot des AN heißt es: *"Für die Ausführung und Abrechnung gilt die VOB neueste Fassung."* Im Auftragsschreiben des AG vom 26.07.2006 heißt es zudem: *"Zahlungsbedingungen: 3% Skonto, 10 Kalendertage, sonst VOB bei 100% Auszahlung, ..."*. Die Auftragsbestätigung des AN vom 01.08.2006 enthält ebenfalls die Klausel: *"3% Skonto, 10 Kalendertage, sonst VOB bei 100% Auszahlung"*. Der AN klagt nach Lieferung der herzustellenden beweglichen Bau- und Anlagenteile auf Zahlung der vereinbarten Vergütung. Der AG verweigert die Zahlung und beruft sich auf die Mangelhaftigkeit der gelieferten Bauteile. Demgegenüber wendet der AN ein, der AG habe - was zutrifft - die Mängel nicht unverzüglich gemäß der kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflicht der §§ 377, 378, 381 BGB nach Anlieferung der Ware rügt.

ENTSCHEIDUNG:

Die Vergütungsklage hat Erfolg. Der AG kann sich, mangels rechtzeitiger Rüge gemäß § 377 Abs. 1, 2 HGB, nicht wirksam auf die Mangelhaftigkeit der angelieferten Bauteile berufen, da diese als genehmigt gelten. Die Regelungen zur handelskaufrechtlichen Mängelrüge sind anwendbar, da das OLG Rostock davon ausgeht, dass auf den **Liefervertrag über Bauteile** - trotz der Vereinbarung der VOB/B - **Kaufrecht** und nicht Werkvertragsrecht **anwendbar** ist. Etwas polemisch formuliert das Gericht: *"Die Vereinbarung der VOB ist gegenstandslos, da diese nur auf Bauleistungen anzuwenden ist. Die Rechtsauffassung (des AG) würde demgegenüber in letzter Konsequenz auch noch den Auto- oder Lebensmittelkauf zum Werklieferungsvertrag machen, auf den dann möglicherweise gar noch die Bestimmungen der VOB/B Anwendung finden könnten."*

PRAXISHINWEIS:

Die Rechtsauffassung des Gerichts, wonach auf das streitgegenständliche Vertragsverhältnis Kauf- und nicht Werkvertragsrecht Anwendung findet, ist grundsätzlich zutreffend und entspricht der Silo-Entscheidung des BGH (IBR 2009, 575): Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen; die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt danach keine andere Beurteilung. Interessant an dem vom OLG Rostock entschiedenen Sachverhalt ist, dass AN und AG die Geltung der VOB/B - wohl in Unkenntnis der Geltung des Kaufrechts - vereinbart hatten. Eigentlich hätte das OLG sich deshalb mit der Frage befassen müssen, ob die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht deshalb nicht zum Tragen kommt, weil die vereinbarte VOB/B hiervon abweichende Regelungen enthält (so etwa Ingenstau/Korbion-Keldungs, § 1 VOB/B Rz. 11). Das OLG Rostock "mogelt" sich bedauerlicherweise um die Entscheidung dieser höchst praxisrelevanten Frage und meint, dass schon aus den Formulierungen aus Angebot und Auftragsschreiben (s. o.) folge, dass die Geltung der VOB/B von den Parteien nur partiell hinsichtlich der Zahlung (VOB/B § 16) und allenfalls noch hinsichtlich der Ausführung (VOB/B §§ 1, 3 - 6) vereinbart worden sei. Hingegen sei die Geltung der VOB/B nicht hinsichtlich der Mängelansprüche (VOB/B § 13) vereinbart. Diese Auslegung des OLG erscheint allerdings eher fernliegend, da die Mangelfreiheit bei richtiger Auslegung der vertraglichen Abrede zur Art und Weise der Ausführung zählen dürfte.

Fall 5: Lieferung und Einbau von Kühlzellen und -räumen: Kauf- oder Werkvertragsrecht?

1. Nimmt der Unternehmer die Herstellung und den Einbau von beweglichen Teilen vor, liegt ein Werklieferungsvertrag vor, wenn nach dem Vertrag die Verpflichtung, Eigentum und Besitz an den Einzelteilen zu übertragen, im Vordergrund steht; dagegen gilt Werkvertragsrecht, wenn das Interesse des Bestellers an der Erstellung eines funktionsfähigen Werks überwiegt. Dabei kommt es weder auf den Umfang eventueller Eigenleistungen des Bestellers noch darauf an, ob die Montage der Bauteile insgesamt nur wenig Zeit beansprucht.
2. Der Vertrag über Lieferung und Einbau von Kühlzellen und Kühlräumen ist ein Werkvertrag, so dass die handelsrechtliche Rügepflicht gemäß §§ 377, 381 HGB nicht gilt.

OLG Bremen, Urteil vom 19.03.2010 - 2 U 110/09; BGH, Beschluss vom 23.03.2011 - VII ZR 66/10 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

vorhergehend: OLG Bremen, 19.03.2010 - 2 U 110/09

BGB § 651; HGB §§ 377, 381; VOB/B § 4 Abs. 7, § 8 Abs. 3

PROBLEM/SACHVERHALT:

Der Auftragnehmer (AN) ist mit der Lieferung und dem Einbau von fünf Kühlzellen und zwei Kühlräumen mit selbsttragenden Wand- und Deckenelementen in Sandwichbauweise beauftragt. Der vereinbarte Gesamtpreis beträgt 59.100,19 Euro. Die Kühlzellen werden vom AN im Mai 2008 zur Baustelle gebracht und bis Anfang Juni 2008 in den hierfür vorgesehenen Räumen installiert. Eine Überprüfung der Kühlzellen durch den Auftraggeber (AG) erfolgt bei der Anlieferung oder beim Einbau nicht. Ende August 2008 rügte der AG erstmals gegenüber dem AN die Mangelhaftigkeit der montierten Kühlzellen. Nach erfolgloser Nachfristsetzung zur Mängelbeseitigung kündigt der AG dem AN schließlich gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B das Vertragsverhältnis. Der AG lässt anschließend die Kühlzellen aus- und neue einbauen; die Kosten hierfür betragen 156.742,17 Euro. Die Erstattung dieser Kosten macht der AG gegenüber dem AN sodann gerichtlich geltend. Der AN wendet im Prozess ein, dass wegen § 651 BGB kein Werkvertrag, sondern ein Handelskaufvertrag geschlossen worden sei. Der AG habe deshalb durch die unterlassene Überprüfung der Kühlzellen bei Anlieferung seine handelskaufrechtliche **Rügepflicht** gemäß §§ 377, 381 Abs. 2 HGB verletzt und somit sämtliche Mängelrechte verloren.

ENTSCHEIDUNG:

Die Einwendungen des AN bleiben ohne Erfolg. Das OLG Bremen ordnet das Vertragsverhältnis dem **Werkvertragsrecht** zu. Damit bestand zu Lasten des AG **keine handelskaufrechtliche Rügepflicht**. Die Kündigung ist wirksam. Der AN muss die Kosten der Ersatzvornahme tragen.

PRAXISHINWEIS:

Die Entscheidung des OLG Bremen ist von kaum zu überschätzender Praxisbedeutung. Das Urteil befasst sich mit der hochumstrittenen Frage der Abgrenzung von Werkvertrags- und Kaufrecht bei Herstellung, Lieferung und Montage von beweglichen Bauteilen nach der Schuldrechtsreform. Das OLG Bremen legt seiner Entscheidung die Abgrenzungskriterien zu Grunde, die schon vor der Reform des § 651 BGB nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung beim Werklieferungsvertrag galten (vgl. BGH, IBR 2004, 366). Nimmt der Unternehmer die Herstellung und den Einbau von beweglichen Teilen vor, liegt ein **Kaufvertrag** vor, wenn nach dem Vertrag die **Verpflichtung, Eigentum und Besitz an den Einzelteilen zu übertragen** (= Warenumsatz), im **Vordergrund** steht. Dagegen gilt **Werkvertragsrecht**, wenn das **Interesse des Bestellers an der Erstellung eines funktionsfähigen Werks überwiegt**. Die vom Gericht herangezogenen Abgrenzungskriterien werden allerdings in der Literatur mit guten Gründen kritisiert (vgl. etwa Koppmann, IBR 2011, 1018 - nur online, der stattdessen eine Abgrenzung anhand einer Analyse des Erwerbsvorgangs vornimmt). Hierauf geht das OLG nicht ein.

MERKE:

Die vorstehenden Entscheidungen belegen, dass häufig Kaufrecht statt Werkvertragsrecht gilt. Da im Einzelfall die Zuordnung kaum möglich und eine Entscheidung der Gerichte schwer zu prognostizieren ist, sollte der Einkäufer den sicheren Weg wählen. Dies bedeutet, dass er grundsätzlich (auch wenn er nach außen hin anders argumentiert) intern von einem Kaufvertrag ausgeht und betriebsorganisatorisch sichergestellt wird, dass Lieferungen unverzüglich überprüft und unverzüglich schriftlich beweisbar gerügt werden!

3. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass der Einkauf beim Bauunternehmen viel strenger darauf achten muss, welchen Typ von Vertrag er abschließt. Daran orientieren sich auch die Behandlung des Vertragspartners und die Abwicklung des Vertrages. Fehler können hier erhebliche finanzielle Nachteile zur Folge haben.