

Kapitel 1: Werkvertragsrecht

Übersicht	Rn.
A. Überblick	1–4
B. Abschluss und Inhalt des Werkvertrages	5–42
I. Allgemeines	5–14
II. Gegenstände des Werkvertrages	15–24
III. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen	25–40
IV. Besondere Arten des Werkvertrages	41, 42
C. Pflichten des Unternehmers	43–65
I. Allgemeines	43–45
II. Herstellung des Werkes	46, 47
III. Mangelfreiheit	48–61
IV. Nebenpflichten	62–65
D. Rechte des Bestellers bei Pflichtverletzungen des Unternehmers	66–162
I. Überblick	66–72
II. Nacherfüllung	73–91
1. Mängelbeseitigung oder Neuherstellung	74–76
2. Einwendungen und Einreden des Unternehmers	77–86
a) Unmöglichkeit der Nacherfüllung	77–80
b) Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	81–86
3. Kosten der Nacherfüllung	87–91
III. Selbstvornahme	92–105
1. Erstattungsanspruch	93–96
2. Vorschuss	97–105
IV. Rücktritt	106–118
1. Voraussetzungen	107, 108
2. Ausschluss des Rücktrittsrechts	109–115
3. Rechtsfolgen	116–118
V. Minderung	119–124
VI. Schadensersatz	125–140
1. Schadensersatz statt oder neben der Leistung	126, 127
2. Bestimmung des Schadensersatzes der Höhe nach	128–137
a) Kein Schaden in Höhe der Kosten einer nicht durchgeföhrten Mängelbeseitigung	129, 130
b) Sonstige Mangelfolgeschäden	131–134
c) Vorfinanzierungsanspruch	135–137
3. Mitverschulden	138–140
VII. Ersatz vergeblicher Aufwendungen	141, 142
VIII. Ausschluss der Mängelrechte	143–153
1. Vertraglicher Haftungsausschluss	144–146
2. Gesetzlicher Ausschluss der Mängelhaftung des Unternehmers	147–153
IX. Rechte bei sonstigen Pflichtverletzungen	154–162
1. Ausbleiben der Leistung	154, 155
2. Verzögerung der Leistung	156
3. Verletzung von Nebenpflichten	157–162
a) Nebenleistungspflichten	157–161
b) Nicht leistungsbezogene Nebenpflichten	162
E. Pflichten des Bestellers	163–231
I. Überblick	163, 164
II. Pflicht zur Zahlung der Vergütung	165–194
1. Arten der Vergütung	166–177

a)	Einheitspreis	167–169
b)	Pauschalpreis	170–174
c)	Stundenlohn	175–177
2.	Fälligkeit des Werklohns	178–182
3.	Werklohn nach Kündigung	183–185
4.	Aufwendungs- oder Wertersatz	186–188
5.	Abschlagszahlungen	189–194
III.	Pflicht zur Abnahme des Werkes	195–227
1.	Wirkung der Abnahme	197–217
2.	Formen der Abnahme	218–227
IV.	Nebenpflichten des Bestellers	228–231
1.	Planung	229
2.	Koordinierung	230
3.	Schutz- und Öbhut	231
F.	Rechte des Unternehmers bei Pflichtverletzungen des Bestellers ..	232–244
I.	Ausbleiben der Vergütung	232–234
II.	Verletzung von Mitwirkungsobligationen/Nichtabnahme der Leistung	235–243
III.	Verletzung sonstiger Nebenpflichten	244
G.	Kündigung des Werkvertrags	245–251
H.	Verjährung	252–283
I.	Überblick	252, 253
II.	Verjährung der Primäransprüche	254–256
III.	Verjährung von Sekundäransprüchen	257–265
1.	Verjährungsfristen	258–263
2.	Beginn der Verjährung	264, 265
IV.	Verjährung von Sekundäransprüchen ohne Abnahme	266–277
1.	Abnahmesurrogate	269, 270
2.	Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht	271–277
V.	Verlängerung der Fristen	278–281
VI.	Wirkungen der Verjährung	282, 283

A. Überblick

- 1 Die §§ 631–650 BGB regeln den auf die entgeltliche Herstellung eines Werks gerichteten Vertrag, den Werkvertrag im Allgemeinen. In dessen Geltungsbereich nennt das Gesetz den Gläubiger der Werkleistung Besteller, den Schuldner Unternehmer. Dabei braucht es sich nicht um einen Unternehmer im Sinne von § 14 BGB zu handeln¹, wenngleich dies zumeist der Fall sein wird. In der wirtschaftlichen Praxis, in der Rechtsprechung sowie in der juristischen Literatur werden synonym häufig die Begriffe Auftraggeber und Auftragnehmer verwendet.
- 2 Die Bestimmungen sind Bestandteil des Titels 9 des BGB: Werkvertrag und ähnliche Verträge, der zum besonderen Schuldrecht gehört. Der Titel 9 umfasste bis zum 31.12.2017 als Untertitel lediglich den Werkvertrag und den Reisevertrag. Im Rahmen der Reform des Bauvertragsrechts des BGB wurde dies mit Wirkung zum 1.1.2018 dahin geändert, dass nun in insgesamt vier Untertiteln gesetzliche Bestimmungen zum Werkvertrag, zum Architekten- und Ingenieurvertrag, zum Bauträgervertrag sowie zum Reisevertrag enthalten sind. Der Untertitel 1 „Werkvertrag“ enthält jetzt die Kapitel: Allgemeine Vorschriften (§§ 631–650), Bauvertrag (§§ 650a–650h), Verbraucherbauvertrag (§§ 650i–650n) und Unabdingbarkeit (§ 650o).

1 Vgl. auch: OLG Rostock, Urteil v. 19.10.2023, 3 U 113/21, BeckRS 2023, 38670.

Die vertragstypische Leistung besteht gem. § 631 Abs. 1 BGB in der Herstellung eines Werks, wobei dies ein ganz allgemeiner Begriff ist. Dessen Mannigfaltigkeit wird noch durch § 631 Abs. 2 BGB betont, denn es kann sich dabei sowohl um die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch um einen anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg handeln. Kennzeichnend ist vor allem die Erfolgsbezogenheit der Leistung. Die gesetzliche Regelung, die alles erfassen soll, muss weitgehend allgemein bleiben. Besonders beim Werkvertrag werden daher häufig Einzelheiten mit Hilfe Allgemeiner Geschäftsbedingungen geregelt.

In Parallel zum Dienstverschaffungsvertrag ist auch das Vorkommen von Werkverschaffungsverträgen festzustellen, nach deren Inhalt sich jemand verpflichtet, dem Vertragspartner die Werkleistung eines Dritten zu verschaffen (zum Beispiel die Konzertagentur das Auftreten eines Künstlers). Auch hierfür gelten, mit einigen Abweichungen, die §§ 631 ff. BGB.

B. Abschluss und Inhalt des Werkvertrages

I. Allgemeines

Wie jeder synallagmatische Vertrag erfordert auch der Abschluss eines Werkvertrags eine rechtsgeschäftliche Einigung der Parteien in Form übereinstimmender Willenserklärungen. Die Einigung muss dabei die wesentlichen Vertragsbestandteile, die sogenannten *essentialia negotii*, umfassen. Wegen der gesetzlichen Bestimmungen in § 632 BGB gehören Art und Höhe der Vergütung nicht zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen. Darüber muss also nicht zwingend eine Einigung erzielt und so eine Regelung getroffen werden. Vielmehr ist im Zweifelsfall, ohne abweichende Vereinbarung, die übliche Vergütung geschuldet.

Treffen indes die Parteien eine Vergütungsabrede derart, dass die Vergütung für eine steuerbare Leistung in bar gezahlt werden soll, ohne dass darüber eine die Umsatzsteuer umfassende Rechnung erteilt würde, damit diese vom Besteller nicht entrichtet und vom Unternehmer nicht an das Finanzamt abgeführt werden muss, stellt das eine Vereinbarung über sog. „Schwarzarbeit“ dar. Das begründet einen Verstoß gegen ein in § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwArbG konstituiertes gesetzliches Verbot, der gem. § 134 BGB die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hat.² Das kann sich schon allein aufgrund der als unstrittig feststehenden Umstände ergeben, ohne dass eine der Parteien sich auf eine „Ohne-Rechnungs-Abrede“ oder die Nichtigkeit des Vertrags beruft.³ Auch ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößender Werkvertrag kann nach § 134 BGB nichtig sein, wenn er nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.⁴ Ausgeschlossen sind dann nicht nur die Leistungsansprüche aus dem Vertrag, sondern auch etwaige Konditionsansprüche.⁵

Stets erforderlich ist eine Einigung der Parteien über die geschuldete Hauptleistung, also den vom Unternehmer zu bewirkenden Werkerfolg. Wie im Einzelnen dieser Erfolg zu erreichen ist, muss hingegen nicht Gegenstand der vertraglichen Einigung sein. Die Parteien können eine detaillierte Leistungsbeschreibung – etwa in Form eines Leistungsverzeichnisses bei Verträgen über Bauleistungen – zum Inhalt des Vertrags machen, sie können aber auch die Leistung rein funktio-

² BGH NZBau 2014, 425; NZBau 2013, 627.

³ OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 576; KG, NZBau 2018, 153.

⁴ BGH NJW 2017, 1808.

⁵ BGH NJW 2015, 2406; BGH NJW 2014, 1805.

nal beschreiben – etwa bei Reparaturaufträgen, wenn lediglich das Symptom eines Fehlers bekannt ist, nicht aber dessen Ursache. Beispielsweise kann einer KFZ-Werkstatt ein Reparaturauftrag allein mit dem Hinweis erteilt werden, dass der Motor des Fahrzeugs nicht starte. Die Erklärung ist dann dahingehend auszulegen, dass die Ursache dieses Umstands gefunden und beseitigt werden soll, so dass der Motor wieder gestartet werden kann.⁶

- 8** Der Abschluss eines Werkvertrags ist grundsätzlich formfrei, insbesondere auch stillschweigend möglich. Das jeweilige Handeln der Vertragsparteien muss lediglich einen ausreichend sicheren Rückschluss auf eine rechtsverbindliche Einigung erlauben. Dabei muss ein Rechtsbindungswille erkennbar sein, um eine Vertragsbeziehung im Gegensatz zu einem reinen Gefälligkeitsverhältnis annehmen zu können.
- 9** Die Beweislast für Abschluss und Inhalt eines Vertrags trägt nach den allgemeinen Grundsätzen die Partei, die im Prozess daraus für sie günstige Rechtsfolgen herleiten möchte. Dementsprechend hat beispielsweise der Unternehmer den Vertragsschluss zu beweisen, wenn er den von ihm behaupteten Werklohn geltend machen möchte, während der Besteller die Beweislast für die Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit trägt, wenn er im Rechtsstreit Gewährleistungsansprüche aus einer Abweichung der tatsächlichen von der vermeintlich vereinbarten Beschaffenheit herleitet.⁷
- 10** Typischerweise kommt es auch beim Abschluss von Werkverträgen zu Fällen der Stellvertretung gem. § 164 BGB – etwa bei der Abgabe von Erklärungen für eine unternehmerisch handelnde Gesellschaft durch Mitarbeiter des Unternehmens. Dabei ist zunächst zu beachten, dass derjenige, der ein Vertretergeschäft behauptet und daraus Rechte herleiten möchte, die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung gem. § 164 I BGB darzulegen und zu beweisen hat. Will der Geschäftsgegner den Vertretenen in Anspruch nehmen, liegt daher die Beweislast bei ihm.⁸
- 11** Kann ein wirksamer Vertragsschluss – beispielsweise mangels Vertretungsmacht eines Mitarbeiters, der (Zusatz-) Aufträge aussprach – nicht angenommen werden, besteht kein vertraglicher Werklohnanspruch des Unternehmers, während andererseits auch keine Gewährleistungsrechte begründet werden. In solchen Fällen kann, in Abhängigkeit von den konkreten Umständen, die in der Annahme eines wirksamen Werkvertrags ausgeführte Leistung als Geschäftsführung ohne Auftrag zu bewerten sein und einen Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 670, 683 BGB auslösen.
- 12** Die Beweislast für die Voraussetzungen des § 683 BGB trifft insofern den Geschäftsführer. Für das Erfordernis der Willensentsprechung reicht es aus, wenn die Übereinstimmung der Geschäftsbesorgung mit dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, also regelmäßig mit seinem Interesse, nachgewiesen wird.⁹ Für eine mangelfreie Errichtung eines Bauwerks notwendige Leistungen werden beispielsweise in aller Regel dem Interesse und mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechen,¹⁰ soweit er sie noch nicht anderweitig in Auftrag gegeben hat.
- 13** Infolgedessen kann der Unternehmer gem. §§ 670, 683 BGB Aufwendungsersatz für solche Leistungen beanspruchen, die er insofern als auch fremdes Geschäft

⁶ BGH NJW-RR 2004, 1427; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2014, 313, 314.

⁷ BGH NJW 2017, 386, 387; Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 3. Teil Rn. 30.

⁸ BGH NJW 1992, 1380, 1381; OLG Hamm, Urteil v. 28.4.2011, 2 U 244/10, BeckRS 2011, 17464.

⁹ MüKo/Schäfer, BGB, 9. Aufl., § 683 Rn. 9; BeckOGK/Thole, BGB, Stand 1.11.2024, § 683 Rn. 24.

¹⁰ Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., 4. Teil Rn. 691.

im Interesse seines Auftraggebers erbrachte.¹¹ Der Umstand, dass sich der Geschäftsführer zur Geschäftsbesorgung verpflichtet hat oder für verpflichtet hält, steht dem nicht entgegen.¹² Erfolgt die auftragslose Besorgung eines fremden Geschäfts im Rahmen des Berufs oder des Gewerbes des Geschäftsführers, so schließt dessen Aufwendungsersatzanspruch auch die übliche Vergütung mit ein.¹³ Bei der Bestimmung der Anspruchshöhe muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Grenzen zum vertraglichen Entgeltanspruch nicht durch die Bezugnahme auf die übliche Vergütung verwischt werden dürfen. Um das beiderseitige Äquivalenzinteresse zu wahren, muss ein Abschlag jedenfalls im Hinblick auf die nicht bestehenden vertraglichen Gewährleistungsrechte vorgenommen werden.¹⁴

14
Die Auslegung eines Werkvertrags hinsichtlich des geschuldeten Werks hat nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB zu erfolgen. Dabei ist der tatsächliche Wille zu erforschen und nicht am wörtlichen Ausdruck zu haften. Ein auf einem Leistungsverzeichnis beruhendes Angebot des Unternehmers ist dementsprechend als empfangsbedürftige Willenserklärung nach objektiven Maßstäben vom Horizont des Erklärungsempfängers, also des Bestellers, auszulegen.¹⁵ Dabei gilt, dass Bestimmungen eines Vertragswerks so auszulegen sind, dass Widersprüche vermieden werden.¹⁶ Die Leistungsbeschreibung etwa eines Bauvertrags ist vor diesem Hintergrund als sinnvolles Ganzes auszulegen.¹⁷

II. Gegenstände des Werkvertrages

Der offenen Formulierung entsprechend kommen zahlreiche Leistungsgegenstände als Inhalt eines Werkvertrags in Betracht. Das den Erfolg bildende Leistungssubstrat muss dabei nicht notwendigerweise körperlicher Natur sein. Vielmehr können auch Geisteswerke unabhängig von einer Verkörperung den geschuldeten Erfolg darstellen.

Regelmäßig werden die folgenden häufigeren Untertypen unterschieden:

- Arbeiten an Anlagen des Bestellers (Installation, Instandhaltung, Reinigung);
- Arbeiten an vom Besteller übergebenen Sachen, zum Beispiel Reinigung, Fahrzeugreparatur;
- Handwerk, zum Beispiel Fotoarbeiten, Schlüsselnotdienst;
- geistige Werke, zum Beispiel Gutachten, Planung, Übersetzung, Marktforschung, künstlerische Aufführungen und Veranstaltungen, auch die Herstellung individueller Computerprogramme;
- gewerbliche Verarbeitung, zum Beispiel Metallverarbeitung, Modellbau, Analysen;
- Werke mit Bezug auf den Körper des Bestellers, zum Beispiel die Leistungen von Optiker, Zahntechniker, Friseur, Masseur, Tätowierer;
- Bau, zum Beispiel Architektenleistungen, Installation, Betonbau, Ausschachtung;
- Sonstiges, zum Beispiel Transporte, Baum- und Astschnitte, Winterdienste.

Werkverträge können Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sein, wenn nach ihrem Inhalt Dritte unmittelbar durch die Leistungserbringung des Werkunternehmers in ihren Rechten und Interessen betroffen werden.

11 Leupertz, BauR 2005, 775, 777.

12 BGH NJW 2015, 1020.

13 BGH NJW 2000, 422, 424, m. w. N.

14 KG NJW-RR 2012, 713, 714.

15 BGH NZBau 2002, 500, 501; MüKo/Busche, BGB, 10. Aufl., § 133 Rn. 12.

16 MüKo/Busche, a. a. O., § 157 Rn. 6.

17 BGH NJW 1999, 2432.

- 18** Auch an einem Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen können in dessen Schutzbereich mit der Folge einbezogen werden, dass sie zwar nicht einen eigenen Leistungsanspruch erwerben, dass ihnen aber ein vertraglicher Schadensersatzanspruch erwächst, falls der Schuldner ihnen durch schuldhaftes vertragswidriges Handeln einen Schaden zufügt.¹⁸ Voraussetzungen für die Einbeziehung eines Dritten in einen zwischen anderen Parteien geschlossenen Vertrag sind die Vertrags- bzw. Leistungsnähe des Dritten, ein Interesse des Gläubigers an dessen Schutz und das Schutzbedürfnis des Dritten sowie die Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises.¹⁹ Es gilt dabei der allgemeine Grundsatz, dass ein Interesse des Gläubigers der Vertragsleistung an der Einbeziehung bestehen muss. Der Vertragsgläubiger muss also an der sorgfältigen Ausführung der Leistung nicht nur ein eigenes, sondern auch ein berechtigtes Interesse zugunsten des Dritten haben. Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Parteien den Schutzbereich eines Vertrages in beliebiger Weise ausdehnen.²⁰
- 19** Auch bei Werkverträgen kommt die Einbeziehung Dritter, die vorhersehbar mit dem Leistungsgegenstand in Berührung kommen, in den Schutzbereich des Vertrags grundsätzlich in Betracht. Das kann im Hinblick auf Werkverträge typischerweise u. a. dann anzunehmen sein, wenn Mieter Werkleistungen am ganz oder teilweise gemieteten Bauwerk oder Kraftfahrzeug in Auftrag geben, weil dann mangelbedingte Beschädigungen der Substanz nicht sie treffen, sondern den Eigentümer. Außerdem schuldet ein Werkunternehmer Schutz und Obhut allen Angehörigen und Arbeitnehmern des Bestellers, welche die Baustelle benutzen, auf der das Werk ausgeführt wird, und ein Bauvertrag über Arbeiten an der Grundstücksgrenze schützt auch einen betroffenen Grundstücksnachbarn.²¹
- 20** Dasselbe hat bei einem Architektenvertrag zu gelten, wenn ausnahmsweise der Auftraggeber des Architekten nicht der Bauherr ist, falls für den Architekten erkennbar ist, dass der Bauherr das wirtschaftlich überwiegende Interesse an seiner Leistung hat.²² Soll das vom Unternehmer zu erbringende Geisteswerk Grundlage weiterer Investitionsentscheidungen des Dritten in Form des Abschlusses weiterer Kauf- oder Werkverträge sein, etwa bei einer Ankaufuntersuchung beim Pferd durch einen Tierarzt, bezweckt der Vertrag insbesondere den Schutz der Vermögensinteressen desjenigen Dritten, der bestimmungsgemäß durch Fehler des vertraglich übernommenen Geisteswerks einen finanziellen Schaden erleiden kann.²³ Der Drittschutz umfasst in derartigen Fällen auch reine Vermögensinteressen.
- 21** Weil der Vergütungsanspruch erst mit Abnahme oder Vollendung des Werks fällig wird, ergibt sich insoweit systematisch eine Vorleistungspflicht des Unternehmers. Deshalb läuft er Gefahr, die nach Erbringung seiner Leistung fällige Vergütung nicht beitreiben zu können. Dieses Risiko soll unter anderem das Werkunternehmerpfandrecht aus § 647 BGB mindern.
- 22** Der Unternehmer hat an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, die in seinen Besitz gelangt sind, ein gesetzliches Pfandrecht. Wichtigster Fall ist das Pfandrecht des Werkstattinhabers an den von ihm reparierten oder ausgebesserten Fahrzeugen.
- 23** Gerade hier kommt es aber häufig vor, dass das Fahrzeug dem Besteller der Werkleistung nicht gehört, insbesondere weil er es unter Eigentumsvorbehalt

18 OLG Nürnberg, NJW-RR 2004, 1254; BGH NJW 1971, 1931.

19 MüKo/Gottwald, BGB, 9. Aufl., § 328 Rn. 184.

20 MüKo/Gottwald, a. a. O., Rn. 183, m. w. N.

21 MüKo/Gottwald, a. a. O., Rn. 245, m. w. N.

22 OLG Hamm, BauR 2004, 528, 530.

23 Dazu: BGH NJW 2012, 1071; NJW-RR 2012, 540.

erworben und noch nicht voll bezahlt hat. Wenn jetzt, wie oft in solchen Fällen, die Kaufpreisraten nicht weiterbezahlt werden, kann der Verkäufer nach § 449 BGB vom Kauf zurücktreten. Dann wird er das Fahrzeug nach § 985 BGB vom Reparaturunternehmer herausverlangen. Wenn dieser die Reparatur schon ausgeführt hat, wird er der Herausgabeforderung seinen Vergütungsanspruch entgegenhalten wollen. Als Mittel dazu würde sich das dingliche (und daher auch gegen den Verkäufer wirkende) Pfandrecht nach § 647 BGB eignen. Ähnliche Probleme stellen sich, wenn der Besteller das Fahrzeug nur aufgrund eines Leasingvertrags besitzt.

Entgegen gewichtigen Stimmen in der Literatur hat der BGH die Möglichkeit zum gutgläubigen Erwerb gesetzlicher Pfandrechte vom Nichtberechtigten abgelehnt: § 1257 BGB setze ein kraft Gesetzes bereits entstandenes Pfandrecht voraus und verweise daher nicht auf den diese Entstehung regelnden § 1207 BGB. Ein Recht des Werkunternehmers auf Verwendungersatz nach den Bestimmungen der §§ 994, 996 BGB kommt außerhalb einer Vindikationslage, die nicht vorliegt, wenn die Reparatur noch vor dem Rücktritt vom Kaufvertrag ausgeführt worden ist, nicht in Betracht.²⁴ Die Praxis hilft sich, indem sie in die Reparaturverträge eine Verwendungsklausel aufnimmt: Sie ergänzt das gesetzliche Pfandrecht durch eine vertragliche Verpfändung, auf die § 1207 sicher anwendbar wird, so dass der gutgläubige Pfandgläubiger geschützt wird.²⁵

III. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Für das strukturelle Verständnis des Werkvertrags maßgeblich ist zunächst dessen Abgrenzung zum Dienstvertrag. Diesbezüglich wird der gedankliche Unterschied an der Formulierung in § 631 Abs. 2 BGB deutlich: Dort wird als Inhalt der Werkleistung ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg bezeichnet. Danach umfasst also die Werkleistung zwar Dienstleistungen, doch geht sie darüber hinaus, weil der Unternehmer erst durch den Erfolgsbeitritt erfüllt hat. Da die Gegenleistung erst durch die Erfüllung der Leistungspflicht verdient wird, trägt beim Werkvertrag der Unternehmer ein höheres Risiko als der Dienstschuldner bei einem Dienstvertrag. Selbst, wenn der Unternehmer seine Dienste ordentlich verrichtet hat, bekommt er den Werklohn nicht, wenn der Erfolg ausgeblieben ist.

Ein deutliches Beispiel für diese Risikoverteilung bietet die Errichtung eines Gebäudes. Hier besteht zwischen dem Bauherrn und dem Bauunternehmer ein Werkvertrag (in Form eines Bauvertrags), während zwischen dem Bauunternehmer und seinen Bauarbeitern Dienstverträge in Form von Arbeitsverträgen vorliegen. Wird der fast fertige Bau durch Zufall zerstört, so beeinträchtigt das die Lohnforderungen der Bauarbeiter gegen den Unternehmer in keiner Weise, denn sie haben ja die geschuldeten Dienste erbracht und folglich erfüllt. Dagegen kann der Bauunternehmer vom Bauherrn regelmäßig nicht einmal eine Teilvergütung für die geleistete Arbeit und das aufgewendete Material verlangen, weil der Erfolg – nämlich Fertigstellung mit Abnahme – ausgeblieben ist. Bis zur vollständigen Erfüllung übernimmt grundsätzlich der Werkunternehmer die Leistungsgefahr, mithin die Gefahr des zufälligen Untergangs. Folge ist, dass der Werkunternehmer beschädigte Leistungen auf eigene Kosten wiederherstellen muss, um ein abnahmefähiges und mangelfreies Werk zu erbringen. Eine zusätzliche Vergütung für die Reparaturleistungen erhält der Werkunternehmer aufgrund dieser rigorosen Erfolgschaftung bis zur Abnahme im Regelfall nicht; im Gegenteil, ist gerade die mangelfreie Wiederherstellung der beschädigten Werk-

²⁴ BGH NJW 1987, 1880, 1881.

²⁵ BGH NJW 1977, 1240; BeckOK/Voit, BGB, Stand 1.2.2024, § 647 Rn. 11.

leistung Voraussetzung für die Abnahmereife und mithin für den Werklohnanspruch des Unternehmers.²⁶

- 27** Trotz dieser gedanklichen Klarheit der Abgrenzung bestehen praktisch durchaus Abgrenzungsschwierigkeiten. Zum einen kann nämlich häufig zweifelhaft sein, ob nur die Dienstleistungen versprochen worden sind oder auch ein Erfolg (und unter Umständen auch, welcher). So schuldet zum Beispiel der Arzt nicht schlechthin Heilung, sondern nur das Bemühen darum; zwischen ihm und dem Patienten besteht also ein Dienstvertrag. Dennoch könnte etwa bei einer Blinddarmoperation doch wenigstens die Entfernung des Blinddarms geschuldet sein. Die herrschende Meinung verneint das und gelangt damit auch insoweit zum Dienstvertrag. Allgemein ist es ein Indiz für die Annahme eines Dienstvertrags, dass der Eintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolgs nicht allein von den Bemühungen des Schuldners abhängt, sondern auch von anderen Umständen, insbesondere solchen aus der Person des Gläubigers.
- 28** Zum anderen gibt es Verträge, durch die verschiedenartige Leistungen versprochen werden: solche mit erfolgsbezogenem und solche mit handlungsbezogenem Charakter. Dazu kann z. B. auch der Architektenvertrag gezählt werden. Die Herstellung von Bauplänen ist sicher erfolgsbezogen, während Bauleitung und –aufsicht mehr handlungsbezogen erscheinen. Daher hat die Einordnung des Architektenvertrags zunächst in der Rechtsprechung eine Änderung erfahren. Nachdem das Reichsgericht noch einen Dienstvertrag angenommen hatte, hat der BGH dagegen in ständiger Rechtsprechung den Architektenvertrag als Werkvertrag angesehen, weil sich Mängel der Architektenleistungen häufig im Bauwerk niederschlagen, wobei dies sowohl im Rahmen der Vollarchitektur als auch bei der Beauftragung von Teilleistungen gilt.²⁷ Dem hat nun der Gesetzgeber durch Schaffung der Regelungen in den §§ 650p ff. BGB Rechnung getragen, indem er den Architekten- und Ingenieurvertrag als eigenen gesetzlichen Vertragstypus neben dem Werkvertrag im BGB geregelt und dabei insbesondere die geschuldete Hauptleistung sowohl handlungs- als auch erfolgsbezogen definiert hat. Gemäß § 650p Abs. 1 BGB wird der Architekt oder Ingenieur zur Erbringung einzelner notwendiger Leistungen verpflichtet, seine Schuld also überwiegend tätigkeitsbezogen beschrieben. Gleichzeitig gilt über den Verweis in § 650q Abs. 1 BGB auch die Erfolgs Haftung aus § 631 Abs. 1 BGB.
- 29** Die Abgrenzung des Werkvertrags von anderen Typenverträgen als dem Dienstvertrag bereitet zumeist geringere Schwierigkeiten. Bei Unentgeltlichkeit liegt Auftrag vor, bei speziell geregelten Leistungen wie Verwahrung, Maklervertrag und bestimmten Vertragstypen des Handelsrechts – etwa beim Frachtvertrag – gilt, wie beim Dienstvertrag, dass diese Sonderregeln dem allgemeinen Werkvertragsrecht vorgehen, ohne dass die Abgrenzung zum Dienstvertrag erörtert werden müsste.
- 30** Praktisch überaus bedeutsam ist indes die Abgrenzung des Werkvertragsrechts zum Kaufrecht. Erhebliche Berührungs punkte und schwierige Abgrenzungsfrauen stellen sich sowohl bezüglich des Werklieferungsvertrags als auch hinsichtlich des Kaufvertrags mit Montageverpflichtung.
- 31** Beim Werkvertrag fehlt eine Vorschrift über eine Pflicht des Unternehmers zur Übereignung an den Besteller. Die Bestimmung einer solchen Pflicht kann aus verschiedenen Gründen entbehrlich sein: Bei unkörperlichen Werken (etwa bei einer Personenbeförderung) fehlt schon eine Sache, die übereignet werden

26 BGH NJW 1977, 1966, 1967; Leidig/Hürter, „Zusätzliche Vergütung für Reparaturarbeiten vor Abnahme“, NZBau 2012, 688.

27 BGH NJW 2002, 749, 750; Jansen/v. Rintelen, in: Kniffka u. a. Bauvertragsrecht, 3. Aufl., § 650p Rn. 1.

könnte. Bei bloßen Reparaturen ändert sich die Lage nicht, wenn zum Beispiel das zu reparierende Kraftfahrzeug schon vorher dem Besteller gehört hat, so dass es auch weiter dessen Eigentum bleibt und ihm nicht erst übereignet zu werden braucht. Beim Bauvertrag sorgen häufig die §§ 946, 93, 94 BGB für den Eigentumserwerb des Bestellers, so dass es dann auch hier keiner rechtsgeschäftlichen Übereignung bedarf.

Anders verhält es sich allerdings, wenn der Unternehmer die bestellte bewegliche Sache aus eigenem Material herstellt: Die Druckerei druckt auf von ihr beschafftem Papier; der Schneider verwendet für den bestellten Anzug eigenen Stoff; die Maschinenfabrik fertigt die bestellte Maschine aus eigenem Material. Hier gehört das fertige Werk zunächst dem Unternehmer und muss dem Besteller übereignet werden. Solche Lieferungsverträge werden von § 650 BGB grundsätzlich dem Kaufrecht unterstellt. Für die rechtliche Behandlung unterscheidet § 650 BGB danach, ob die herzustellende Sache vertretbar ist oder nicht: Im ersten Fall soll nur Kaufrecht gelten, im zweiten hingegen ergänzend dazu einige Vorschriften des Werkvertragsrechts. Das geht insbesondere auf das Erfordernis der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben zurück. Die sogenannte Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie²⁸ ist auf Kaufverträge auch dann anwendbar, wenn der Kaufgegenstand vom Unternehmer erst neu hergestellt werden muss oder er auch dessen Montage schuldet, soweit die darin liegende „Dienstleistung“ den Kauf lediglich ergänzt. Reine Werkverträge, die etwa eine Reparatur von bereits im Eigentum des Kunden stehenden Sachen zum Gegenstand haben, fallen demgegenüber auch dann nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, wenn im Rahmen der Reparatur Neuteile als Ersatzteile verkauft werden, weil dann der Kauf lediglich die Dienstleistung ergänzt.²⁹

Vertretbar sind nach § 91 BGB Sachen, die üblicherweise nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden. Das sind also Sachen, die der Unternehmer typischerweise auch an andere Kunden absetzen kann, zum Beispiel gängige Möbel oder serienmäßige Maschinen. Oft hat der Unternehmer solche Sachen sogar auf Lager, so dass zunächst offen ist, ob der Besteller mit bei Vertragsschluss schon vorhandenen oder mit erst später hergestellten Stücken beliefert wird. Dieser sogenannte Lieferungskauf lässt sich daher vom reinen (Gattungs-)Kauf meist nicht unterscheiden. Der Unternehmer kann die Waren regelmäßig noch anders verwenden, wenn er sie zurückhält. Daher soll bei vertretbaren Sachen nach § 650 BGB allein Kaufrecht gelten. Unvertretbar sind dagegen Sachen, die speziell für den Besteller nach spezifischen Vorgaben angefertigt werden, zum Beispiel Prospekte für einen Reiseveranstalter oder ein Maßanzug.

Hierfür gelten nach § 650 BGB insbesondere die Bestimmungen der §§ 642, 643, 645, 648 und 649 BGB, so dass der Unternehmer bei fehlender Mitwirkung des Bestellers Entschädigung verlangen oder sich vom Vertrag lösen sowie der Besteller frei kündigen kann. Die Bestimmungen zum Kostenanschlag gelten wie bei Werkverträgen.

Unanwendbar sind nach § 650 BGB dagegen aus dem Werkvertragsrecht Vorschriften zur Abnahme und die besonderen Sicherungsrechte. Die Bestimmung des § 640 Abs. 3 BGB, wonach der Besteller die Rechte auf Nacherfüllung, Selbstvornahme sowie Rücktritt oder Minderung verliert, wenn er das Werk in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos abgenommen hat, findet im Kaufrecht keine Entsprechung.³⁰ Da die hergestellte Sache ja zunächst dem Unternehmer gehört, benötigt er kein Pfandrecht an ihr, und auch eine Sicherheitsleistung ist weniger

28 RL 1999/44, ABl. Nr. L 171 S. 12.

29 EuGH, NJW 2017, 3215, 3216 = NZBau 2018, 283, 285.

30 BGH ZfBR 2018, 775, 776.

dringend. Das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 648a BGB gilt mangels Verweisung für Werklieferungsverträge ebenfalls nicht.

- 36** Weil beim Werkvertrag die vereinbarte Vergütung regelmäßig erst bei der Abnahme fällig wird und deshalb der Werkunternehmer jedenfalls faktisch weitgehend vorleistungspflichtig ist, gewährt ihm das allgemeine Werkvertragsrecht durch § 632a BGB einen Anspruch auf Abschlagszahlungen sowie das Werkunternehmerpfandrecht gemäß § 647 BGB. Für Bauverträge sind gemäß §§ 650e, 650f BGB noch weitere Sicherungsrechte vorgesehen. Einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen oder auf Sicherung des Vergütungsanspruchs kennt das Kaufrecht im BGB nicht. Darüber hinaus kann bei zwischen Unternehmern geschlossenen Werklieferungsverträgen, soweit die Voraussetzungen eines Handelskaufs vorliegen, die Rügeobligieheit aus § 377 HGB zu beachten sein.³¹
- 37** Die Natur eines Vertrags als Werkvertrag ergibt sich insbesondere aus dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung. Deshalb ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die nach dem Vertrag zu erbringende Hauptleistungspflicht nach dem Willen der Parteien schwerpunktmäßig durch einen Erfolg im Sinne des § 631 BGB bestimmt sein sollte. Die Qualifizierung eines Vertrags als Werk- oder Kaufvertrag ist insoweit der Parteidisposition entzogen, als die Vertragsparteien nicht durch ausdrückliche Bestimmung die Anwendung eines anderen als des sich durch die Auslegung der Leistungsbestimmung ergebenden Vertragsrechts festlegen können. Das Vorliegen eines Werkvertrags ergibt sich daher beispielsweise nicht allein aus einem Hinweis, dass für den Vertrag die VOB/B gelte. Wenn die leistungspflichtige Partei keine Bauleistungen schuldete und solche auch nicht erbrachte, geht der Hinweis auf die VOB/B ins Leere.³²
- 38** Für die Abgrenzung von Kauf- und Werklieferungsverträgen einerseits und Werkverträgen andererseits ist demnach maßgeblich, auf welcher der Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags auf der mit dem Warenumsatz verbundenen Übertragung von Eigentum und Besitz, liegt ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag vor. Liegt der Schwerpunkt des Vertrags dagegen nicht auf dem Warenumsatz, sondern schuldet der Unternehmer die Herstellung eines funktionstauglichen Werks, ist ein Werkvertrag anzunehmen. Ein Kaufvertrag im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie liegt nämlich (nur) vor, wenn der Vertrag die Dienstleistung der Montage des verkauften Gutes im Verbund mit dem Kaufabschluss vorsieht und die Dienstleistung den Verkauf lediglich ergänzt, nicht jedoch, wenn die Dienstleistung als Hauptgegenstand des Vertrags anzusehen ist.³³ Dementsprechend liegt, wenn der Vertrag eine auf die Montage bezogene Planungsleistung, Anpassungen an die örtlichen Verhältnisse und insbesondere die Herstellung von Funktionstauglichkeit vorsieht, regelmäßig ein Werkvertrag vor, ohne dass es entscheidend auf das Verhältnis des Warenwerts zum Preis der Montageleistung ankäme.³⁴
- 39** Praktisch bedeutsame Fälle der Abgrenzung, zu denen es eine umfangreiche Kasuistik gibt, stellen Verträge über die Lieferung und Montage von Einbauküchen oder Aufdach-Photovoltaikanlagen dar. Auch insofern gilt grundsätzlich, dass je mehr die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz der zu montierenden Sache auf den Vertragspartner im Vordergrund steht und je weniger dessen individuelle Anforderungen und die geschuldete

31 OLG Hamburg, Urteil v. 15.11.2019, 8 U 75/19, BeckRS 2019, 45572 Rn. 67; OLG Köln, NJW-RR 2015, 859 Rn. 2.

32 OLG Rostock, NJOZ 2011, 1761, 1762; OLG Nürnberg, BauR 2007, 122, 123.

33 EuGH NJW 2017, 3215, 3216–NZBau 2018, 283, 285.

34 BGH, Urteil v. 30.8.2018, Az. VII ZR 243/17, BeckRS 2018, 22696.