

Skript Schuldrecht BT 1

Kaufrecht / Werkvertragsrecht

Bearbeitet von
Dr. Tobias Langkamp (geb. Wirtz)

21. Auflage 2019. Buch. 240 S. Softcover

ISBN 978 3 86752 676 0

Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Besonderes Schuldrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Teil: Kaufrecht

Kaufrecht ist das Sonderrecht für Kaufverträge, §§ 433–479 BGB.¹ Das Kaufrecht, das zuletzt mit Wirkung zum 01.01.2018 durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung nicht unerhebliche Neuerungen² erfahren hat, ist in folgende Untertitel gegliedert:

1

■ §§ 433–453 Allgemeine Vorschriften

Die §§ 433–452 gelten unmittelbar nur für den Sachkauf. Gemäß § 453 finden diese Vorschriften aber außerdem auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.

■ §§ 454–473 Besondere Arten des Kaufs

Für bestimmte Formen des Kaufs sind besondere Regeln erforderlich. Das sind der Kauf auf Probe, der Vorkauf und der Wiederkauf.

■ §§ 474–479 Verbrauchsgüterkauf

Zur Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf 1999/44/EG wurden mit der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 die §§ 474–479 in das BGB eingefügt. Mit Wirkung zum 01.01.2018 wurden u.a. in diesen Bereich des Kaufrechts Änderungen vorgenommen. Darauf wird im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen.

Nicht nur die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf, sondern sämtliche Vorschriften des Kaufrechts sind gegebenenfalls richtlinienkonform auszulegen, soweit sie sich im konkreten Fall auf einen Verbrauchsgüterkauf, d.h. auf einen Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer (§ 14) als Verkäufer und einem Verbraucher (§ 13) als Käufer auswirken.

Außerhalb der §§ 433–479 verweisen zwei Vorschriften auf das Kaufrecht, nämlich § 480 (Tausch) und § 650 (Werklieferungsvertrag).

Für Kaufverträge gelten nicht nur die Regeln des Kaufrechts, sondern auch die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB und die des Allgemeinen Teils des Schuldrechts. Viele Fälle, in denen die Parteien Kaufverträge schließen, lassen sich lösen, ohne Vorschriften des Kaufrechts anzuwenden.

2

Beispiele: Die Frage, ob ein Kaufvertrag mit einem Minderjährigen wirksam ist, lässt sich regelmäßig beantworten, ohne aus dem Kaufrecht andere Vorschriften zu zitieren als § 433 Abs. 1 oder § 433 Abs. 2.

Gerät der Verkäufer mit der Lieferung oder der Käufer mit der Zahlung in Verzug, richten sich die Rechtsfolgen nach dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Die §§ 433–479 spielen für die Falllösung keine Rolle.

Kaufrecht ist nur das **Sonderrecht**, das zu den allgemeinen Regeln hinzutritt, um den Besonderheiten des Rechtsgebiets Rechnung zu tragen.

Das vorliegende Skript **konzentriert sich auf diese Besonderheiten des Kaufrechts**. Regelungen des Allgemeinen Teils des BGB oder des Schuldrechts werden nur darge-

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

² BGBl. I S. 969 ff.; vgl. zum Ganzen Pechstein RÜ 2017, 360 ff.

stellt, soweit dies für das Verständnis unerlässlich ist oder sie trotz ihrer Stellung im Allgemeinen Teil ihren Anwendungsschwerpunkt im Kaufrecht haben.

Beispiele: Die allgemeine Vorschrift des § 218 hat einen Anwendungsschwerpunkt beim Rücktritt des Käufers wegen eines Mangels.³ § 323 Abs. 5 S. 2 betrifft die „nicht vertragsgemäße Leistung“ und damit einen Gewährleistungsfall, der seinen Schwerpunkt im Kaufrecht hat.

1. Abschnitt: Kaufvertrag

A. Zustandekommen

- 3 Das Zustandekommen des Kaufvertrags erfordert grundsätzlich – wie nach allgemeiner Rechtsgeschäftslehre gemäß den §§ 104 ff. üblich – eine Einigung über den Abschluss des Vertrags, dem keine Wirksamkeitshindernisse entgegenstehen dürfen.

Bei einem Kaufvertrag ist die **Einigung** der Parteien darauf gerichtet, dass ein **Kaufgegenstand** gegen **Zahlung eines Kaufpreises** übertragen werden soll. Kaufgegenstand können Sachen, Rechte und sonstige Gegenstände sein.

Unmittelbar betrifft § 433 nur den **Kauf von Sachen**. Sachen i.S.d. Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. Unter Sachen sind sowohl bewegliche Sachen als auch Grundstücke zu verstehen.

Die Sache kann im Kaufvertrag individuell bestimmt sein, **Stückkauf**. Es genügt aber auch die Bestimmung nach allgemeinen Merkmalen (**Gattungskauf**, § 243). Tiere werden, soweit keine Sondervorschriften eingreifen, wie Sachen behandelt, § 90 a.⁴

Künftige Sachen, die noch nicht entstanden sind, können verkauft werden, selbst wenn sie noch wesentlicher Bestandteil (§ 93) einer anderen Sache sind.⁵

Beispiele: Verkauf einer fest mit dem Grundstück verbundenen Ausstellungshalle oder von noch nicht geschlagenen Bäumen.

Beim Kauf eines Grundstücks gilt gemäß § 311 c im Zweifel das **Zubehör des Grundstücks** als mitverkauft.

Beispiele für Zubehör (§ 97): Apothekeneinrichtung auf einem Apothekengrundstück oder Bier-schankanlage bei einer Gastwirtschaft.

Einbauküchen aus Serienproduktion sind Zubehör, soweit sie nicht Bestandteil sind. Dies hängt von einer regional abweichenden Verkehrsauffassung ab, die sich im Laufe der Zeit ändern kann.⁶

Beispiel: Im norddeutschen Raum gelten Einbauküchen aus Serienproduktion teilweise als wesentlicher Bestandteil (§ 94 Abs. 2).⁷ Speziell angefertigte Einbauküchen fallen unter § 94 Abs. 2. Dagegen sind Einbauküchen, die der Mieter auf eigene Kosten eingebaut hat, weder wesentlicher Bestandteil noch Zubehör.⁸

3 Vgl. unten Rn. 110.

4 Zur Behandlung von Tieren im Kaufrecht Eichelberger/Zentner JuS 2009, 201 f.

5 BGH NJW 2000, 504, 506; Palandt/Weidenkaff § 433 Rn. 6.

6 Palandt/Ellenberger § 97 Rn. 11.

7 BeckOK-BGB/Fritzsche § 94 Rn. 22.

8 BGH NJW 2009, 1078, 1080.

Gemäß **§ 453 Abs. 1** finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den **Kauf von Rechten** und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung. Kaufgegenstand können also sein: beschränkt dingliche Rechte (wie Hypothek, Grundschuld, Pfandrechte, Erbbaurecht, Forderungen, immaterielle Rechte und Anteile an Gesellschaften) sowie sonstige Gegenstände (wie Unternehmen, Elektrizität und Fernwärme, Erfindungen und Software [vgl. Rn. 243]).

4

Sofern **Software** auf einem Datenträger gespeichert und mit diesem verkauft wird, handelt es sich um einen Sachkauf mit der Folge, dass die §§ 433 f. direkt zur Anwendung gelangen und Mängel der Software zu Mängelrechten des Käufers aus § 437 führen.⁹ Wird die Software hingegen ohne Träger, insbesondere über das Internet, übertragen, liegt ein Fall des § 453 Abs. 1 Alt. 2 vor.

Außerdem muss eine Einigung über den **Kaufpreis** erzielt werden. Er muss in Geld bestehen, sonst liegt ein Tausch vor, § 480.¹⁰ Die Höhe muss nicht ausdrücklich vereinbart werden. Es reicht aus, dass diese durch Auslegung (§§ 133, 157) ermittelt werden kann.

5

Für den Inhalt der Einigung ist es ohne Bedeutung, ob ein Unternehmer mit einem Verbraucher einen Kaufvertrag abschließt oder ein Unternehmer mit einem Unternehmer. In jedem Fall müssen die Parteien sich über die wesentlichen Vertragsbestandteile, also Kaufgegenstand und Kaufpreis, einigen.

6

Für die **Rechtsfolgen** kann es hingegen von Bedeutung sein, wer Kaufvertragspartei ist. Verkauft ein Unternehmer (§ 14) an einen Verbraucher (§ 13) eine bewegliche Sache, finden die Sonderregeln über den **Verbrauchsgüterkauf**¹¹ Anwendung.

Der Abschluss des Kaufvertrags ist **grundsätzlich formfrei**.

Hinweis: Bei Kaufverträgen über Grundstücke ist allerdings gemäß **§ 311 b Abs. 1** eine notarielle Beurkundung (§ 128) erforderlich.

B. Pflichten aus dem Kaufvertrag

I. Pflichten des Verkäufers

Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die **Sache zu übergeben** und das **Eigentum** an der Sache **zu verschaffen**, § 433 Abs. 1 S. 1. Mit zum Inhalt der Hauptleistungspflichten des Verkäufers gehört außerdem, dass die Sache **frei von Sach- und Rechtsmängeln** ist, § 433 Abs. 1 S. 2.

7

Aufgrund des Kaufvertrags können sich Kostentragungspflichten und andere **Nebenleistungspflichten** ergeben, die erforderlich sind, damit die Kaufsache sachgerecht verwandt werden kann. Kostentragungspflichten sind insbesondere in § 448 geregelt. Danach trägt der Verkäufer die Kosten der Übergabe der Sache, der Käufer die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, § 448 Abs. 1. Bei Grundstücken trägt der Käufer die Kosten der Beurkundung

⁹ Staudinger/Beckmann § 453 Rn. 55 f.

¹⁰ Palandt/Weidenkaff § 433 Rn. 38.

¹¹ Dazu unten Rn. 213 ff.

des Kaufvertrags und der Auflassung, der Eintragung ins Grundbuch und der zur Eintragung erforderlichen Erklärungen, § 448 Abs. 2. Beim Rechtskauf oder Kauf von sonstigen Gegenständen trägt der Verkäufer die Kosten der Begründung und Übertragung des Rechts, § 453 Abs. 2.

Auch durch **Auslegung** können sich Nebenleistungspflichten ergeben. So muss z.B. der Verkäufer Urkunden, die die Kaufsache betreffen und sich in seinem Besitz befinden, an den Käufer herausgeben¹² und beim Stellen der Rechnung muss er die Mehrwertsteuer getrennt ausweisen, wenn die Leistung der Umsatzsteuerpflicht unterliegt.¹³

II. Pflichten des Käufers

- 8 Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen, § 433 Abs. 2.

Der Käufer muss den geschuldeten **Kaufpreis grundsätzlich in bar** zahlen, d.h. durch Übereignung von Geldscheinen und -stücken. Jedoch ist eine Vereinbarung oder das Einverständnis bargeldloser Zahlung weitestgehend üblich. Ein Einverständnis liegt insbesondere in der **Angabe der Kontonummer** auf der Rechnung oder der Annahme einer EC- oder Kreditkarte. Erfüllung tritt dann erst mit Gutschrift auf dem Konto des Verkäufers ein.¹⁴

Allein die **Eröffnung eines Girokontos** ist noch nicht als Einverständnis zu sehen, da dieser Akt grundsätzlich kein ausreichender Kundgabecharakter zukommt und keinesfalls die verkehrstypische Bedeutung hat, es könnten alle Zahlungen über dieses Konto abgewickelt werden. Der Kontoinhaber kann aus verschiedenen Gründen ein Interesse daran haben, dass Zahlungen an ihn in bar oder über ein anderes Konto erfolgen (z.B. weil die Gutschrift dort zur Deckung einer Überziehung verwendet wird).

Die **Kaufpreiszahlung** steht im **Gegenseitigkeitsverhältnis** zum Anspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 und ist Hauptleistungspflicht. Sie muss daher nur **Zug um Zug** (§ 320) gegen Übertragung des Kaufgegenstandes erfüllt werden. Zahlt der Käufer den Kaufpreis nicht, so kann der Verkäufer nach den allgemeinen Leistungsstörungenregeln vorgehen.

- 9 Die **Abnahme** ist gemäß § 433 Abs. 2 Alt. 2 eine Pflicht des Käufers. Diese Pflicht steht grundsätzlich aber **nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis**, sodass § 320 nicht eingreift. Es handelt sich nämlich im Regelfall um eine Nebenleistungspflicht, da es dem Verkäufer hauptsächlich auf die Kaufpreiszahlung ankommt.

Die Abnahme ist indes **ausnahmsweise Hauptleistungspflicht** und steht damit im Gegenseitigkeitsverhältnis, § 320, wenn der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Abnahme hat und dies für den Käufer erkennbar war.

Beispiele: Räumungsverkauf oder bei leicht verderblicher Ware

¹² Palandt/Weidenkaff § 433 Rn. 26.

¹³ BGH WM 2002, 605, 606.

¹⁴ Vgl. AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2018), Rn. 3.

2. Abschnitt: Mängelgewährleistung

Die Rechte des Käufers bei einem Mangel der Kaufsache ergeben sich aus **§ 437**. Die Vorschrift unterscheidet nicht danach, ob ein **Sachmangel (§ 434)** oder ein **Rechtsmangel (§ 435)** vorliegt, sondern spricht allgemein von einer „mangelhaften“ Sache und erfasst damit beide Arten von Mängeln. Aus § 437 ergeben sich folgende Rechte:

■ Nacherfüllung

Der Nacherfüllungsanspruch aus **§§ 437 Nr. 1, 439** ist **vorrangig** vor den anderen Ansprüchen des Käufers. Zwar ist dies im Gesetz nicht ausdrücklich normiert, ergibt sich jedoch daraus, dass Rücktritts- und Minderungsrechte sowie Schadensersatzansprüche des Käufers wegen des Mangels grundsätzlich den fruchtlosen Ablauf einer dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzten Frist erfordern (§ 281 Abs. 1 S. 1; § 323 Abs. 1).

■ Rücktritt oder Minderung

Nachrangig, d.h. grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzten Frist, kann der Käufer entweder vom Kaufvertrag zurücktreten, **§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 Abs. 5**, oder den Kaufpreis mindern, **§§ 437 Nr. 2, 441**.

■ Schadensersatz oder Aufwendungsersatz

Gemäß **§§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311 a Abs. 2** kann der Käufer Schadensersatz oder gemäß **§ 284** Ersatz der vergeblichen Aufwendungen verlangen.

A. Begriff des Sachmangels und des Rechtsmangels

Alle Gewährleistungsansprüche des Käufers, also Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung sowie Schadensersatz und Aufwendungsersatz setzen entweder einen Sach- oder Rechtsmangel voraus.

I. Sachmangel

Die Vorschrift des **§ 434** unterscheidet sieben Fälle, in denen eine Sache frei von Sachmängeln ist, oder wann ein Sachmangel gegeben ist und welche Fälle dem Sachmangel gleichzustellen sind. Teilweise definiert die Norm also positiv, wann ein Sachmangel vorliegt, teilweise legt sie negativ fest, wann kein Sachmangel – also Sachmangelfreiheit – gegeben ist. Schließlich nennt sie Umstände, die einem Sachmangel gleichstehen.

- Die Sache ist von Sachmängeln frei, wenn sie bei Gefahrübergang die **vereinbarte Beschaffenheit** hat, § 434 Abs. 1 S. 1 (s. Rn. 12 ff.).
- Ist keine Beschaffenheit vereinbart, ist die Sache mangelfrei, wenn sie sich für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 (s. Rn. 18 ff.), sonst,
- wenn sie sich für die **gewöhnliche Verwendung** eignet oder die **übliche Beschaffenheit** aufweist, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 (s. Rn. 20 ff.).

- Ein Sachmangel ist außerdem gegeben bei einer **unsachgemäßen Montage** durch den Verkäufer oder seine Erfüllungsgehilfen, § 434 Abs. 2 S. 1 (s. Rn. 25).
- Gleiches gilt, wenn eine **mangelhafte Montageanleitung** gegeben ist, § 434 Abs. 2 S. 2 (s. Rn. 26).
- Einem Sachmangel steht es ferner gleich, wenn der Verkäufer eine **andere Sache liefert**, § 434 Abs. 3 Alt. 1 (s. Rn. 28 ff.).
- Schließlich gilt das Gleiche bei einer **Minderlieferung**, § 434 Abs. 3 Alt. 2 (s. Rn. 32).

Klausurhinweis: Die größte Relevanz in der Praxis und im Examen haben eindeutig Mängel gemäß **§ 434 Abs. 1**. Bei der Prüfung ist das Rangverhältnis der drei Mangeltatbestände zu beachten. Das Rangverhältnis ergibt sich aus dem Wortlaut des § 434 Abs. 1 („soweit“ ... nicht“, „sonst“) und ist auch für die **Prüfungsreihenfolge** maßgebend.

1

Vereinbarte Beschaffenheit fehlt, § 434 Abs. 1 S. 1

2

sonst Fehlen der **vertraglich vorausgesetzten Verwendung**, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1

3

sonst **Eignung zur gewöhnlichen Verwendung** oder **übliche Beschaffenheit** fehlt, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2

1. Vereinbarte Beschaffenheit, § 434 Abs. 1 S. 1

- 12 Gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass die **Kaufsache mangelhaft** ist, **wenn** sie bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Das ist der Fall, wenn die **tatsächliche Beschaffenheit** (Ist-Beschaffenheit) der Sache zum Nachteil des Käufers von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit (Soll-Beschaffenheit) **abweicht**.¹⁵

Klausurhinweis: Es ist regelmäßig einfacher zu prüfen, ob ein Mangel vorliegt als dem Wortlaut des § 434 Abs. 1 entsprechend zu prüfen, ob die Sache frei von Sachmängeln ist.

a) Beschaffenheitsbegriff

- 13 Zur Beschaffenheit einer Sache gehören zunächst die **physischen Merkmale**.

Beispiele: Größe, Gewicht, Alter, Herstellungsmaterial, Höchstgeschwindigkeit, Energieverbrauch¹⁶

Umstritten ist, inwieweit auch die **tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt** zur Beschaffenheit gehören.

¹⁵ BGH NJW 2006, 434, 435.

¹⁶ Palandt/Weidenkaff § 434 Rn. 10.

Sach- und Rechtsmangel**§ 434 Abs. 1 S. 1**

Sache ist mangelhaft, wenn sie bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat.

■ Beschaffenheit

Unstreitig zur Beschaffenheit zählen alle der Kaufsache anhaftenden **physischen Merkmale**; umstritten ist, inwieweit auch die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zur Umwelt zur Beschaffenheit gehören.

■ Vereinbarung

Parteien müssen hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache eine Vereinbarung getroffen haben; eine **konkludente** Vereinbarung **reicht aus**.

§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1

Ist keine Beschaffenheit vereinbart, ist die Kaufsache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1.

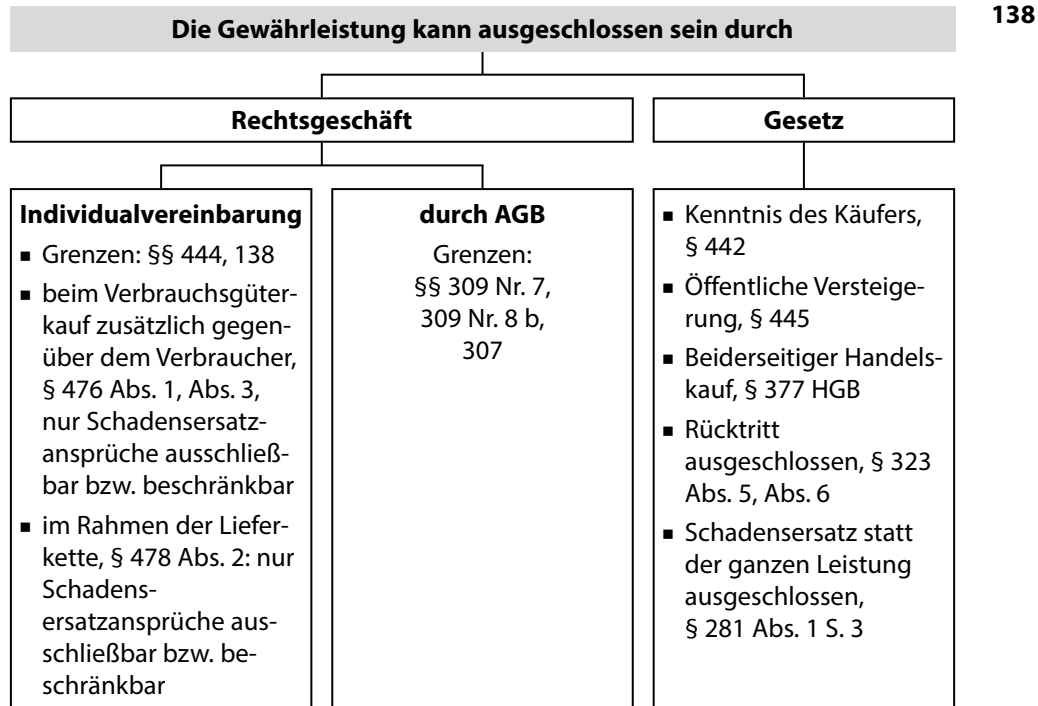
- Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung.
- Verwendung ist der Zweck, für den die Kaufsache eingesetzt werden soll.
- Vertraglich vorausgesetzt ist die Verwendung, wenn sie von beiden Parteien übereinstimmend unterstellt wird.

§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2

Ist weder eine Beschaffenheit noch ein Verwendungszweck vereinbart, so ist die Sache mangelhaft, wenn sie

- sich nicht für die **gewöhnlichen Verwendungen** eignet **oder**
- nicht eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der **gleichen Art üblich** ist und die der **Käufer nach der Art der Sache erwarten** kann. Bei der Feststellung, ob eine Sache von „üblicher Beschaffenheit“ vorliegt, sind zu berücksichtigen
 - die Verkehrsanschauung,
 - **öffentliche Äußerungen** des Verkäufers, Herstellers oder seines Gehilfen, **§ 434 Abs. 1 S. 3**; übliche Beschaffenheit wird dann nicht durch öffentliche Äußerungen bestimmt, wenn einer der drei Ausschlussgründe des § 434 Abs. 1 S. 3 eingreift.

C. Ausschluss der Gewährleistungsansprüche



I. Rechtsgeschäftlicher Gewährleistungsausschluss

Die Gewährleistung kann durch eine Individualvereinbarung oder durch AGB ausgeschlossen werden.

1. Ausschluss durch Individualvereinbarung

Ein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistung ist grundsätzlich möglich. Der Verkäufer kann sich jedoch gemäß **§ 444** auf die Vereinbarung nicht berufen, wenn er den Mangel **arglistig verschwiegen** (dazu unten bei § 442 Rn. 146) hat oder eine **Garantie für die Beschaffenheit** der Sache übernommen hat.

Auch wenn der arglistig verschwiegene Sachmangel für die Willensentscheidung des Käufers **nicht ursächlich** war, kann der Verkäufer sich auf einen Haftungsausschluss gemäß § 444 nicht berufen.³¹³ Damit führt jeder arglistig verschwiegene Sachmangel zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der Gewährleistung. Verschweigt **einer von mehreren Verkäufern** einen Mangel der Kaufsache arglistig, können sich sämtliche Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 nicht auf den vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen.³¹⁴

³¹³ BGH RÜ 2011, 683; Faust JuS 2012, 359; Looschelders JA 2012, 64.

³¹⁴ BGH RÜ 2016, 552, 554.

2. Teil: Werkvertragsrecht

Der im BGB geregelte Werkvertrag (§§ 631–651 o) ist in vier Kapitel unterteilt:

259

- in Kapitel 1 sind Allgemeine Vorschriften zum Werkvertrag geregelt, §§ 631–650;
- dem folgen in einem Kapitel 2 die Regelungen zum Bauvertrag, §§ 650 a–650 h
- sowie in Kapitel 3 die Sonderregelungen für den Verbraucherbaupvertrag, §§ 650 i bis 650 n;
- schließlich regelt das nur aus der Norm des § 650 o bestehende Kapitel 4 die Unabdingbarkeit.

In den folgenden Vorschriften sind ferner eigenständig geregelt

- der Architektenvertrag und der Ingenieurvertrag, §§ 650 p–650 t
- sowie der Bauträgervertrag, §§ 650 u–650 v.

1. Abschnitt: Werkvertrag gemäß § 631

A. Zustandekommen

I. Inhalt der Einigung

Die Parteien müssen sich darüber einigen (§§ 145 ff.), dass der Unternehmer zur **Herstellung** des **Werkes** und der Besteller zur Entrichtung einer **Vergütung** verpflichtet ist, vgl. § 631.

260

***Hinweis:** Der Unternehmer i.S.d. §§ 631 ff. ist zu unterscheiden von einem Unternehmer gemäß § 14: Unternehmer i.S.d. § 631 ist derjenige, der das Werk erstellt. Er kann, muss aber nicht dabei als Unternehmer i.S.d. § 14 handeln.*

Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Erstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, § 632 Abs. 1 (vgl. dazu unten Rn. 277). Ist der Werkvertrag zustande gekommen, so ist die Vergütung Hauptleistungspflicht des Bestellers.

1. Werk als Leistungsgegenstand

Prägendes Merkmal des Werkvertrags ist die Pflicht des Unternehmers, für einen **bestimmten Erfolg** einzustehen.⁵⁴⁵ Darunter fallen etwa:

261

■ Reparaturarbeiten an beweglichen und unbeweglichen Sachen

Für Reparaturarbeiten an beweglichen Sachen gilt Werkvertragsrecht. Die Verweisung in § 650 auf das Kaufrecht betrifft nur die Lieferung **herzustellender** oder **noch zu erzeugender** beweglicher Sachen, nicht aber Reparaturarbeiten.

⁵⁴⁵ MünchKomm/Busche § 631 Rn. 1.

■ Geistige Tätigkeiten

Dabei kann es sich beispielsweise um die Erstellung eines schriftlichen Gutachtens oder um ein Manuskript für ein Theaterstück handeln.

■ Erstellung von Individualsoftware

- Als Werk kann auch ein **unkörperlicher Arbeitserfolg** geschuldet werden.

Beispiele: Durchführung einer Veranstaltung (Konzert, Theatervorstellung, Fußballspiel); Beförderung von Personen und Sachen; Beschaffung bestimmter Informationen

2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Im Rahmen einer Klausur ist nicht selten zunächst einmal (kurz) zu erörtern, dass es sich um einen Werkvertrag handelt und daher etwa das werkvertragliche Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommt. Dabei kommt es oftmals auf die Abgrenzung zu ebenfalls in Betracht kommenden Vertragstypen an.

- 262 ■ Mit dem **Dienstvertrag** i.S.d. **§ 611** hat der Werkvertrag gemein, dass beide Verträge eine entgeltliche Arbeitsleistung zum Gegenstand haben. Der wesentliche Unterschied besteht indes darin, dass beim Dienstvertrag **nur die vertragsgemäße Bemühung um den Erfolg** geschuldet wird, während beim Werkvertrag der Unternehmer das Ergebnis seiner Tätigkeit, also den Erfolg selbst, schuldet.⁵⁴⁶

Beispiel: Ein Tierarzt ist bei der Ankaufsuntersuchung eines Pferdes nicht nur verpflichtet, die Untersuchung ordnungsgemäß durchzuführen, sondern er schuldet einen fehlerfreien Befund.⁵⁴⁷

Der Werkvertrag ist ferner auch vom **Arbeitsvertrag (§ 611 a)** abzugrenzen. Dabei ist zunächst zu beachten, dass Gegenstand eines Werkvertrags sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein **anderer durch Arbeit oder Dienstleistung** herbeizuführender Erfolg sein (§ 631 Abs. 2) kann.

Fehlt es allerdings an einem vertraglich festgelegten abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber“ dann durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss.⁵⁴⁸

- 263 ■ Der **Garantievertrag** und der Werkvertrag sind miteinander insofern vergleichbar, als auch der Garant für einen bestimmten Erfolg einzustehen hat. Anders aber als der Werkunternehmer braucht der Garant keine Tätigkeit zu entfalten und den Erfolg herbeiführen.

Beispiel für einen Garantievertrag: Bei dem Verkauf einer Eigentumswohnung garantiert der Verkäufer nach Abschluss des Kaufvertrags, dass eine Mindestmiete von 15 € pro qm zu erzielen ist.

⁵⁴⁶ MünchKomm/Busche § 631 Rn. 1; Palandt/Sprau Einf. v § 631 Rn. 8; zur Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag anlässlich eines „Winterdienstvertrags“ BGH RÜ 2013, 548 ff.

⁵⁴⁷ BGH RÜ 2012, 217.

⁵⁴⁸ BAG RÜ 2014, 5, 6.

III. Maßgeblicher Zeitpunkt

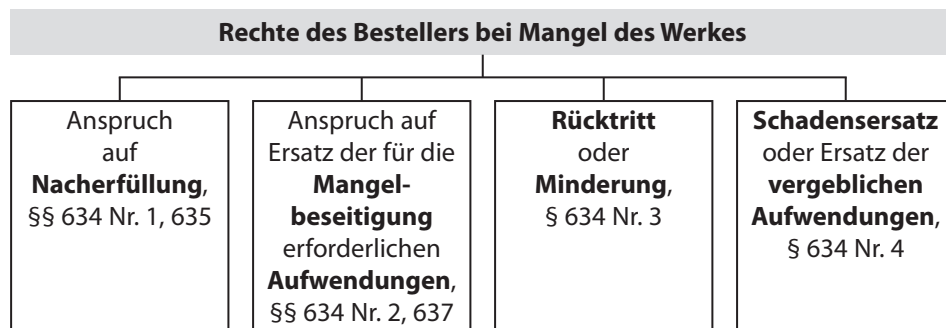
Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des Mangels ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Dies ist im Werkvertragsrecht in der Regel der **Zeitpunkt der Abnahme**, § 640. 312

Für die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist, kommt es nach einer durchgeführten Abnahme auf den Zustand des Werks zum Zeitpunkt der Abnahme an. Ist der Mangel erst **nach der Abnahme entstanden**, begründet dies selbst dann keine Mängelrechte des Bestellers, wenn die Fehlerhaftigkeit des Werks ohne Verletzung einer Prüfungs- und Hinweispflicht des Unternehmers nicht entstanden wäre. In Betracht kommen dann **allenfalls verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche** (z.B. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2).⁶³⁵

Der Besteller kann mithin Mängelrechte nach § 634 grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen. Er kann indes berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2–4 ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein **Abrechnungsverhältnis** übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.⁶³⁶

B. Rechte des Bestellers

Hat der Unternehmer das Werk nicht wie versprochen erstellt (§ 631 Abs. 1), ist es also mit einem Sach- oder Rechtsmangel (§ 633) behaftet, so kann der Besteller gemäß § 634 folgende Rechte geltend machen: 313



⁶³⁵ BGH RÜ 2016, 557, 558.

⁶³⁶ BGH RÜ 2016, 228, 229 ff.

I. Nacherfüllungsanspruch, §§ 634 Nr. 1, 635

- 314** In erster Linie kann der Besteller vom Unternehmer Nacherfüllung entweder im Wege der **Mängelbeseitigung** oder der **Neuherstellung** verlangen. Dieser Anspruch steht im Vordergrund der werkvertraglichen Gewährleistung. Dies kann aus der Systematik und den Voraussetzungen der übrigen Mängelrechte des Bestellers gefolgert werden, weil dort grundsätzlich zunächst eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt werden muss. Im Unterschied zum Kaufrecht hat jedoch nicht der Kunde das **Wahlrecht**, sondern der **Unternehmer**.

Grund für diese abweichende Regelung ist, dass der Unternehmer aufgrund seiner größeren Sachkunde besser entscheiden kann, ob der Mangel durch Nachbesserung behoben werden kann oder es notwendig ist, das Werk insgesamt neu herzustellen.⁶³⁷

Prüfungsschema für den Nacherfüllungsanspruch, §§ 634 Nr. 1, 635

A. Voraussetzungen

I. Wirksamer **Werkvertrag**

II. **Sach-** oder **Rechtsmangel** zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Abnahme)

III. **Kein Ausschluss oder Einschränkung** der Nacherfüllung (§§ 275, 635 Abs. 3) oder der Gewährleistung (§§ 639, 640 Abs. 3)

B. Rechtsfolge: Nach § 635 kann der **Unternehmer nach seiner Wahl** den **Mangel beseitigen** oder ein neues **Werk herstellen**.

C. **Keine Verjährung** des Nacherfüllungsanspruchs, § 634 a

1. Voraussetzungen

Der Anspruch auf Nacherfüllung erfordert weder eine Fristsetzung noch ein Verschulden, sondern hat nur die folgenden zwei Voraussetzungen:

- 315** ■ **Wirksamer Werkvertrag**
- **Sach- oder Rechtsmangel bei Abnahme** (bzw. bei gesetzlich geregelter Abnahmefiktion nach §§ 640 Abs. 2)

Hinweis: Vor der Abnahme hat der Besteller seinen **ursprünglichen Erfüllungsanspruch** aus § 631 Abs. 1. Bei (wesentlicher) Mangelhaftigkeit des Werkes kann er die Abnahme verweigern, § 640 Abs. 1. Nach der Abnahme steht ihm der Anspruch auf Nacherfüllung als **modifizierter Erfüllungsanspruch** zu.

⁶³⁷ BT-Drs. 1460/40, 265.

2. Ausschluss gemäß § 635

- Nach **§ 635 Abs. 3** kann der Unternehmer die **Nacherfüllung verweigern**, wenn sie nur mit **unverhältnismäßigen Kosten** möglich ist. Eine vergleichbare Regelung enthält § 439 Abs. 4 für das Kaufrecht (Rn. 70 ff.). **316**
- Nach **§§ 635 Abs. 3, 275 Abs. 2** hat der Werkunternehmer das Recht, die Nacherfüllung zu verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Bestellers steht. **317**
- Außerdem verweist **§ 635 Abs. 3** auf **§ 275 Abs. 3**. Die Vorschrift enthält eine Sonderregelung für den Fall einer Leistung, die in der Person des Schuldners zu erbringen ist. Danach hat der Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn er die **Leistung persönlich** zu erbringen hat und ihm dies **nicht zugemutet** werden kann. Die Vorschrift betrifft vor allem Arbeits- und Dienstverträge.

Für Werkverträge ist sie nur dann relevant, wenn der Werkunternehmer die Leistung persönlich zu erbringen hat. Da der Werkvertrag die Erreichung des Erfolges in den Vordergrund stellt und es dem Unternehmer überlässt, wie dieses Ziel zu verwirklichen ist, steht es dem Unternehmer vorbehaltlich besonderer Vereinbarung frei, **Hilfskräfte** einzusetzen.⁶³⁸ Eine besondere Vereinbarung kann auch konkludent getroffen werden, etwa bei Arbeiten mit einem **hohen persönlichen Gestaltungsbedarf** (Künstler, Architekt, Gutachter).

3. Rechtsfolgen

a) Wahlrecht des Unternehmers

Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen, **§ 635 Abs. 1**. Hat der Unternehmer von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht, so kann er seine Wahl der Nacherfüllung noch wechseln. Nach ganz h.M.⁶³⁹ handelt es sich nicht um eine Wahlschuld mit der Folge, dass das andere Recht erlischt, wenn das eine Recht geltend gemacht wird, sondern um einen Fall der **elektiven Konkurrenz**. Eine elektive Konkurrenz ist gegeben, wenn dem Berechtigten kraft Gesetzes mehrere voneinander verschiedene Ansprüche für die Rechtsausübung zur Wahl stehen. **318**

b) Leistungsort

Der Leistungsort der Nacherfüllung ist im Zweifel dort, wo sich das Werk vertragsgemäß befindet.⁶⁴⁰ **319**

⁶³⁸ BeckOK-BGB/Voit § 631 Rn. 45.

⁶³⁹ Palandt/Sprau § 634 Rn. 2; BGH NJW 2006, 1198, 1199.

⁶⁴⁰ Palandt/Sprau § 635 Rn. 4.