

# EINKAUFSRECHT

## AKTUELL

- KOMPAKTES BASISWISSEN -

**Kanzlei am  
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE  
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt  
Steinmarkt 12  
93413 Cham

**Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt**

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0  
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80  
E-Mail: [info@kanzlei-am-steinmarkt.de](mailto:info@kanzlei-am-steinmarkt.de)

## **Einkaufsrecht aktuell**

### **- kompaktes Basiswissen -**

### **Inhaltsverzeichnis**

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>002</b>
<b>1. Einleitung</b>	<b>004</b>
<b>2. Vertragsbeziehungen</b>	<b>005</b>
<b>3. Vertragstypen</b>	<b>006</b>
<b>3.1. Allgemein</b>	<b>006</b>
<b>3.2. Ausgewählte Vertragstypen im Einkauf</b>	<b>008</b>
3.2.1. Kaufvertragsrecht	008
3.2.1.1. Übersicht Kaufvertragsrecht	008
3.2.1.2. Der Inhalt der Einigung beim Kaufvertrag	009
3.2.2. Dienstvertragsrecht	011
3.2.3. Werkvertragsrecht	012
3.2.3.1. Überblick über Werkvertragsrecht	012
3.2.3.2. Der Inhalt der Einigung beim Werkvertrag	012
3.2.4. Werklieferungsvertrag	015
3.2.5. Mietvertragsrecht	017
<b>3.3. Abgrenzung Kaufvertragsrecht und Werkvertragsrecht</b>	<b>018</b>
3.3.1. Unterschiede zwischen Kaufvertrags- und Werkvertragsrecht	018
<b>3.4. Praxis und Rechtsprechung</b>	<b>021</b>
<b>4. Rechtsgrundlagen für Einkaufsverträge</b>	<b>028</b>
<b>4.1. Bedeutung des Gesetzes (BGB)</b>	<b>029</b>
<b>4.2. Bedeutung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) in der Praxis</b>	<b>033</b>
<b>4.3. Bedeutung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) an Beispielen</b>	<b>038</b>
4.3.1. Verzicht auf AGB	038
4.3.2. Verwendung falscher AGB	041
4.3.3. Verwendung unwirksamer AGB	042
4.3.4. Zusammenfassung	043
<b>4.4. Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen</b>	<b>044</b>
4.4.1. Unterscheidung Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) / Individualabrede	045
4.4.2. Allgemeine Geschäftsbedingungen	046
4.4.3. Individualvereinbarungen	049
4.4.4. Einbeziehung der AGB	051
4.4.5. Kollision der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	056
4.4.6. Überraschende Klausel	058
4.4.7. Vorrang der Individualabrede	059
4.4.8. Prüfung der AGB am Gesetz	060
4.4.9. Rechtsfolgen unwirksamer AGB	066
4.4.10. Zusammenfassung	068
<b>4.5. Praxis und Klauselgestaltung bei Einkaufsbedingungen</b>	<b>070</b>
4.5.1. Gestaltungsfelder bei Einkaufsbedingungen	070
4.5.2. AGB im Kaufvertragsrecht (Einkaufsbedingungen)	072
4.5.2.1. Allgemeines / Geltungsbereich	072
4.5.2.2. Angebot	075
4.5.2.3. Preise, Zahlungsbedingungen	077
4.5.2.4. Lieferzeit	080
4.5.2.5. Gefahrübergang	082
4.5.2.6. Mängelhaftung	084
4.5.2.7. Haftung	091
4.5.2.8. Eigentumsvorbehalt	095
4.5.2.9. Schlussbestimmungen	098

<b>5.</b>	<b>Vertragsgestaltung und Abwicklung</b>	<b>101</b>
5.1.	Annahmefrist	101
5.2.	Lieferzeit	103
5.3.	Zahlungen	105
5.4.	Eigentumsvorbehalt	107
5.5.	Gefahrübergang	112
<b>6.</b>	<b>Störungen in der Vertragsabwicklung</b>	<b>114</b>
<b>6.1.</b>	<b>Mängelrechte im Kaufvertragsrecht</b>	<b>114</b>
6.1.1.	Sachmangel, § 434 BGB	115
6.1.2.	Rechtsmangel, § 435 BGB	123
6.1.3.	Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels	124
6.1.4.	Zeitpunkt der Mangelfreiheit	125
6.1.5.	Die Rechte des Käufers	126
6.1.5.1.	Nacherfüllung	128
6.1.5.2.	Rücktritt	136
6.1.5.3.	Minderung	138
6.1.5.4.	Schadensersatz	139
6.1.5.5.	Aufwendungsersatz	141
6.1.6.	Verjährung der Mängelrechte	142
<b>6.2.</b>	<b>Garantie</b>	<b>144</b>
<b>7.</b>	<b>Sondervorschriften für Kaufleute</b>	<b>148</b>
<b>7.1.</b>	<b>Kaufmannseigenschaft, §§ 1 ff. HGB</b>	<b>148</b>
7.1.1.	Kaufmann kraft Handelsgewerbes	148
7.1.2.	Kaufmann kraft Rechtsform (= Formkaufmann i. S. v. § 6 HGB)	152
7.1.3.	Kaufmann kraft Eintragung = Fiktivkaufmann (§ 5 HGB)	153
7.1.4.	Scheinkaufmann kraft tatsächlichen Verhaltens	154
<b>7.2.</b>	<b>Handelsgeschäfte</b>	<b>156</b>
7.2.1.	Besonderheiten beim Vertragsschluss	156
7.2.2.	Beispielhafte Sonderregelungen im HGB	160
<b>7.3.</b>	<b>Handelskauf</b>	<b>162</b>
7.3.1.	Regelungen außerhalb des Gewährleistungsrechts	162
7.3.2.	Kaufmännische Rückpflicht, § 377 HGB	164
<b>8.</b>	<b>Insolvenz des Lieferanten</b>	<b>172</b>
<b>8.1.</b>	<b>Bonitätsauskünfte</b>	<b>172</b>
<b>8.2.</b>	<b>Insolvenzgläubiger</b>	<b>174</b>
<b>8.3.</b>	<b>Erfüllung schwebender Verträge</b>	<b>177</b>
8.3.1.	Gegenseitige Verträge im Allgemeinen	177
8.3.1.1.	Vertrag ganz erfüllt	177
8.3.1.2.	Vertrag von Beiden nicht voll erfüllt	178
8.3.2.	Kauf unter Eigentumsvorbehalt	180
8.3.2.1.	Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers	180
8.3.2.2.	Insolvenz des Vorbehaltskäufers	181
<b>9.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>182</b>

Texte BGB	183
-----------	-----

Texte BGB (Werkvertrag)	207
-------------------------	-----

Texte VOB/B 2012	212
------------------	-----

Texte HGB (§§ 1 – 6 HGB, §§ 343 – 379 HGB)	
--	--

Texte InsO (§§ 103 – 107 InsO, §§ 166 – 174 InsO)	
---	--

## **Einkaufsrecht aktuell** **- kompaktes Basiswissen -**

### **1. Einleitung**

Sinn und Zweck der Darstellung ist es, die Einkäufer in Rechtsfragen beim Einkauf zu sensibilisieren. Die meisten „Unfälle passieren am Schreibtisch“.

Das BGB kennt eine Vielzahl von Vertragstypen. Es bedarf einer Abgrenzung dieser verschiedenen Verträge, insbesondere zwischen Kaufvertrag, Werkvertrag und den mit ihnen verwandten Vertragstypen. Jeder Vertragstyp hat eigene „Spielregeln“, so dass die Einordnung eines Vertrages Grundlage für die spätere Vertragsabwicklung ist.

Die Darstellung konzentriert sich auf das Kaufvertragsrecht, das Alltagsgeschäft des Einkäufers ist. Dabei wird aufgezeigt, welche Spielregeln gelten, wenn keine AGB´s einbezogen werden. Klassische Verkaufs- und Einkaufsregelungen werden vorgestellt.

In der täglichen Praxis gilt es, Rechte und Pflichten zu kennen. Häufig treten so genannte „Leistungsstörungen“ auf, d. h. eine mangelhafte Sache wird geliefert, Sachen verspätet übergeben oder es entstehen schlichtweg Schäden bei einer der Vertragsparteien. In einer Vielzahl von Fällen können derartige Risiken zumindest minimiert werden. Im Rahmen der Vertragsgestaltung gilt es, derartige Leistungsstörungen zu regeln. Bei der Vertragsabwicklung gilt es, den sicheren Weg zu wählen, um Risiken zu vermeiden.

Der Vertrag sollte der Streitvermeidung dienen, da ein Rechtsstreit stets ein Verlust an Zeit und Geld bedeutet.

Das nachfolgende Skript soll eine Hilfestellung sein, ein Problembewusstsein rund um das Thema „Vertragsrecht“ zu entwickeln.

**Cham, den 20. September 2012**  
**Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl**  
**- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**  
**- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht**  
**- Schlichter nach BaySchIG**

#### **Freizeichnung:**

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

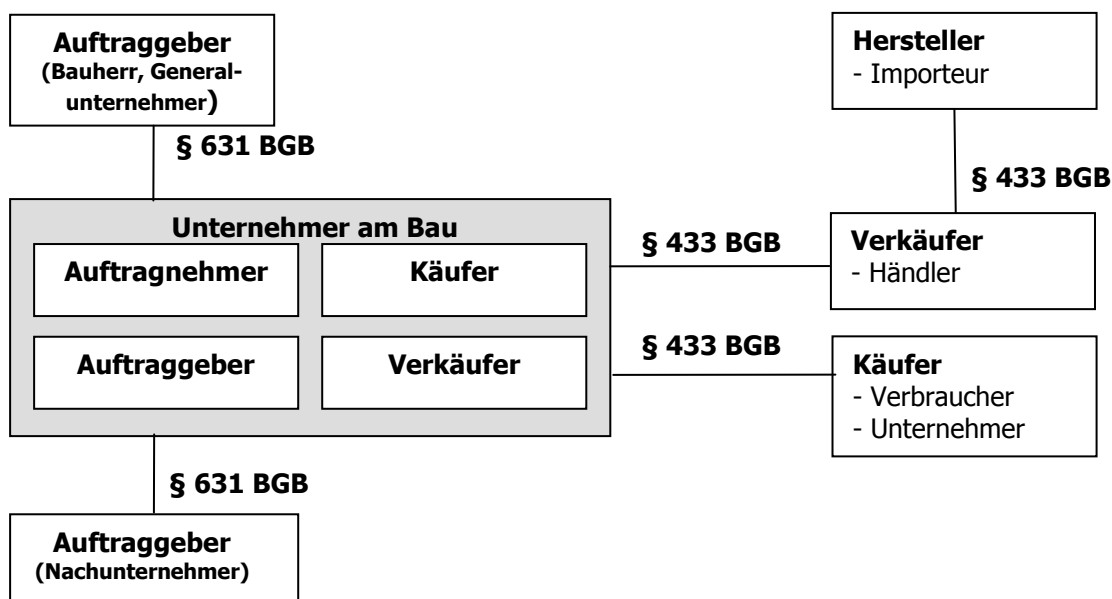
Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

## 2. Vertragsbeziehungen

Als „Einkäufer“ am Bau ist man im Geschäftsalltag täglich mit seinem Umfeld in Kontakt. Diese Beziehungen sind nicht vom Grundsatz der Über- und Unterordnung (öffentliches Recht „Staat/Bürger“) gekennzeichnet, sondern vom Grundsatz der Gleichordnung (Privatrecht „Bürger/Bürger“) zwischen den Beteiligten.

Dabei befindet sich der Unternehmer am Bau in verschiedenen Rollen. Er ist einerseits Käufer gegenüber Hersteller/Lieferanten, andererseits Verkäufer gegenüber Kunden im Handel. Gleichzeitig ist er Auftragnehmer gegenüber dem Bauherrn (Auftraggeber) bei der Leistungserbringung an Bauvorhaben. Umgekehrt kann er bei Einschaltung von Nachunternehmern seinerseits Auftraggeber sein. Nachfolgende Übersicht soll die verschiedenen Rollen des Unternehmers am Bau sowie die einzelnen Vertragsbeziehungen aufzeigen.



Grundlage jeder der genannten Beziehungen ist ein mit Willen der Beteiligten begründetes Schuldverhältnis, der „Vertrag“. Im Vertrag regeln die Beteiligten als „Vertragspartner“ ihre Rechte und Pflichten.

Man muss zwei Rechtsbeziehungen, d. h. Vertragstypen, im Unternehmen unterscheiden. Einerseits gibt es die „Einkaufsseite“, also die Rechtsbeziehung des Unternehmers gegenüber dem Handel, bei dem er Baumaterialien, Komponenten oder Anlagen erwirbt. Hierbei handelt es sich im Regelfall um einen Kaufvertrag gem. § 433 ff. BGB.

Andererseits ist die „Verkaufsseite“ zu unterscheiden, in dem der Unternehmer die erworbenen Materialien, Komponenten und Anlagen entweder selbst weiter veräußert an Kunden oder aber diese Gegenstände verbaut. Sofern die Materialien an Kunden weiter veräußert werden, liegt ein Kaufvertrag gem. §§ 433 ff. BGB vor. Sofern die Materialien eingebaut werden, liegt im Regelfall ein Werkvertrag nach den §§ 631 ff. BGB vor.

Die nachfolgende Darstellung erläutert zunächst die verschiedenen Vertragstypen und die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) wird aufgezeigt. Typische Störungen im Vertragsverhältnis, z. B. Lieferverzug, Mängelrechte und Haftung, werden näher besprochen.

Das Skript befasst sich schließlich auch noch mit den Sondervorschriften für Kaufleute, insbesondere dem Schweigen im Rechtsverkehr und den Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten.

### 3. Vertragstypen

#### 3.1. Allgemein

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) regelt eine Vielzahl verschiedener Vertragstypen, die auf verschiedene typische Interessenslagen zugeschnitten sind. Grundsätzlich lassen sich diese in Gruppen einteilen:

Vertragstyp	Beispiele
Veräußerungsverträge	Kauf, Tausch, Schenkung
Gebrauchsüberlassungsverträge	Miete, Leihe, Sach- und Gelddarlehensverträge
Tätigkeit im Dienst oder Interesse eines Anderen	Dienstvertrag, Werkvertrag, Maklervertrag, Auslobung, Auftrag, Verwahrung
Sicherung und Bestärkung einer Schuld	Bürgschaft, Anerkenntnis, Vergleich

Das Gesetz gibt nur eine Reihe von Typen vor, was keine abschließende Regelung bedeutet. Es handelt sich lediglich um eine Auswahl typischer, besonders häufig vorkommender Verträge. Für diese hat das BGB eine Art beispielhafte Regelung vorgesehen, um es den Vertragsparteien zu ersparen, in jedem Einzelfall alle Eventualitäten selbst zu regeln.

Es bleibt den Parteien freigestellt, etwa verschiedene Vertragstypen zu kombinieren oder auch vollständig neue Vertragstypen zu entwickeln. Das ergibt sich aus dem **Grundsatz der Vertragsfreiheit**.

Im Gesetz ist die Typenfreiheit in den §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB verankert, wonach vertragliche Schuldverhältnisse nicht an einen bestimmten Vertragstyp gebunden sind.

## 3.2. Ausgewählte Vertragstypen im Einkauf

### 3.2.1. Kaufvertragsrecht

#### 3.2.1.1. Übersicht Kaufvertragsrecht

Anwendungsbereich der §§ 433 ff. BGB			
Sachkauf	- Rechte und - sonstige Gegen- stände	Tausch	Werklieferungsvertrag
§ 433 Abs. 1 BGB	§ 453 BGB	§ 480 BGB	§ 651 S. 1 BGB Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. Bei nicht vertretbaren Sachen ergänzend Werkvertragsrecht, § 651 S. 3 BGB

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 BGB. Mit zum Inhalt der Hauptleistungspflichten des Verkäufers gehört, dass die Sache frei von **Sach- und Rechtsmängeln** ist, § 433 Abs. 1 S. 2 BGB.

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



### 3.2.1.2. Der Inhalt der Einigung beim Kaufvertrag

Die Parteien des Kaufvertrages müssen sich darüber einigen, dass ein **Kaufgegenstand** gegen **Zahlung eines Kaufpreises** übertragen werden soll.

Unmittelbar betrifft **§ 433 BGB** 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 BGB).
- Künftige Sachen, die noch nicht entstanden sind, können verkauft werden, selbst wenn sie noch wesentlicher Bestandteil (§ 93 BGB) einer anderen Sache sind<sup>1</sup>.  
Beim Kauf neuer Häuser findet nach h. M. Werkrecht Anwendung.  
Es ist zu beachten, dass Zubehör gem. § 311c BGB im Zweifel als mit der Sache mit verkauft gilt.

Gemäß **§ 453 Abs. 1 BGB** finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung. Kaufgegenstand können also sein:

- **Rechte**
  - Beschränkt dingliche Rechte wie Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht, Erbbaurecht, Anwartschaftsrecht
  - Forderungen aus gesetzlichen und vertraglichen Schuldverhältnissen. Der Kauf von Wertpapieren ist primär Rechtskauf, zugleich aber Sachkauf, weil zur Ausübung des Rechtes der Besitz des Papiers erforderlich ist<sup>2</sup>.
  - immaterielle Rechte wie Patent-, Verlags-, Firmen- und Markenrechte
  - Anteile an Gesellschaften und Gemeinschaften (Geschäftsanteile an einer GmbH, Aktien an einer Aktiengesellschaft, Beteiligungen an einer Personengesellschaft)
- **Sonstige Gegenstände** wie
  - Unternehmen
  - Elektrizität und Fernwärme
  - Erfindungen, Werbeideen
  - Know-how
  - Domainadressen
  - Software

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 20.10.1999 – VIII ZR 335/98, NJW 2000, 504; Palandt/Weidenkaff, § 433 BGB, Rn. 6

<sup>2</sup> Palandt/Weidenkaff § 453 BGB, Rn. 10

Im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages muss der Kaufgegenstand noch nicht bestimmt sein. Es reicht eine Bestimmbarkeit aus. Ausreichend ist eine Regelung, die es ermöglicht, die Leistungsverpflichtung im Zeitpunkt der Geltendmachung zu bestimmen. Denn nur bestimmte Kaufgegenstände können übertragen werden.

Nach § 480 BGB finden auf den **Tausch** die Vorschriften über den Kauf entsprechend Anwendung.

Gemäß § 651 BGB finden auf einen Vertrag, der die **Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen** zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung (Werklieferungsvertrag). Vom reinen Kaufvertrag unterscheidet sich der Werklieferungsvertrag durch die zusätzliche Pflicht zur Herstellung eines körperlichen Arbeitserfolges für den Besteller. Der Verkäufer schuldet hingegen nur die Beschaffung der fertigen Sache und deren Übereignung.

Erforderlich ist auch eine Einigung über den Kaufpreis. Er muss in Geld bestehen, sonst liegt ein Tausch vor, § 480 BGB<sup>3</sup>. Die Höhe muss nicht ausdrücklich vereinbart werden. Es reicht aus, dass diese durch Auslegung, §§ 133, 157 BGB, ermittelt werden kann.

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 muss man sich über die wesentlichen Vertragsbestandteile, also Kaufgegenstand und Kaufpreis einigen.

Für die **Rechtsfolgen** ist es allerdings entscheidend, wer Kaufvertragspartei ist. Verkauft ein Unternehmer (§ 14 BGB) an einen Verbraucher (§ 13 BGB) eine bewegliche Sache, so finden die Sonderregeln über den **Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB**, Anwendung. Der Verbrauchsgüterkauf ist in der Praxis von großer Bedeutung, da es sich um den Kaufvertrag es täglichen Lebens handelt.

<sup>3</sup> Palandt/Weidenkaff § 433 BGB, Rn. 38

### 3.2.2. Dienstvertragsrecht

#### Anwendungsbereich des Dienstvertragsrechts, § 611 BGB

Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeglicher Art sein, für die der Dienstverpflichtete ein Entgelt verlangen kann. Der Dienstvertrag ist daher ein gegenseitiger Vertrag.

Pflichten des Dienstverpflichteten:

- Tätigwerden (und Einhaltung entsprechender Sorgfaltspflichten)
- Treuepflicht (insb. Im Arbeitsrecht)

Pflichten des Dienstberechtigten:

- Zahlung der Vergütung
- Fürsorgepflicht (insb. im Arbeitsrecht)

Der Dienstvertrag ist vom Werkvertrag abzugrenzen:

Dienstvertrag	Werkvertrag
Dienstverpflichteter schuldet nur die Tätigkeit als solche.	Unternehmer schuldet nicht nur die Tätigkeit, sondern auch den Erfolg der Tätigkeit.

Bei fehlender Vereinbarung über die Höhe der Vergütung, § 612 Abs. 2 BGB, im Zweifel taxmäßige Vergütung.

Der Dienstvertrag kennt **kein** eigenes spezifisch geregeltes **Gewährleistungsrecht**. Es liegt daher eine bewusste Regelungslücke vor, so dass bei Schlechtleistung das allgemeine Leistungsstörungenrecht gilt, bei schuldhafter Pflichtverletzung Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB.

Der **Arbeitsvertrag** ist ein **besonderer Dienstvertrag** zwischen Arbeitgeber und – nehmer. Die Beurteilung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Arbeitsvertragsparteien ist dem Arbeitsrecht unterstellt.

Ein **Arbeitsverhältnis** liegt vor, wenn der Arbeitnehmer

- fremdbestimmte,
- unselbständige,
- weisungsgebundene Arbeit nach Zeit, Umfang, Art und Ort
- in Abhängigkeit vom Arbeitgeber

zu verrichten hat.

### 3.2.3. Werkvertragsrecht

#### 3.2.3.1. Überblick über Werkvertragsrecht

Anwendungsbereich des Werkrechts, §§ 631 ff. BGB				
Herstellung unbeweglicher Sachen	Reparaturarbeiten an beweglichen und unbeweglichen Sachen	Geistige Tätigkeit	Unkörperlicher Arbeitserfolg	Erstellung von Individualsoftware
Herstellung beweglicher Sachen, § 651 BGB Grundsatz: Kaufrecht				

#### 3.2.3.2. Der Inhalt der Einigung beim Werkvertrag

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

Der Unternehmer i. S. d. §§ 631 ff. BGB ist zu unterscheiden von einem Unternehmer i. S. d. § 14 BGB: Unternehmer i. S. d. § 14 BGB ist jede natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die in Ausübung ihrer selbstständigen oder gewerblichen Tätigkeit handelt, während Unternehmer i. S. d. § 631 BGB nur derjenige ist, der das Werk erstellt.

Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Erstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, § 632 Abs. 1 BGB. Die **Vergütungsabrede** gehört also **nicht** zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen (essentialia negotii). Ist der Werkvertrag zustande gekommen, so ist die Vergütung Hauptleistungspflicht des Bestellers.

Prägendes Merkmal des Werkvertrags ist die Pflicht des Unternehmers, für einen **bestimmten Erfolg** einzustehen<sup>4</sup>. Dies kann sein:

- Herstellung einer **unbeweglichen Sache**: Bau eines Hauses
  - Ob beim **Erwerb eines bereits errichteten Neubaus oder eines sanierten Altbaus** die kauf- oder werkvertraglichen Regeln anwendbar sind, ist streitig. Von großer Bedeutung ist das Werkrecht im Bauwesen. Hier werden die §§ 631 f. BGB in der Praxis von der Sonderregelung wie der VOB/B überlagert.
  - Haben sich die Parteien über die Lieferung einer herzustellenden oder zu erzeugenden **beweglichen Sache** geeinigt, wie z. B. die Herstellung einer Maschine, so liegt ein Werklieferungsvertrag vor, § 651 BGB, auf den die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden.  
Nur wenn es sich um eine **nicht vertretbare Sache** handelt (§ 651 BGB), finden noch bestimmte werkvertragliche Regeln (§§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB) Anwendung (§ 651 S. 3 BGB).
- **Reparaturarbeiten an beweglichen und unbeweglichen Sachen**  
Für Reparaturarbeiten an beweglichen Sachen gilt weiter Werkrecht. Die Verweisung in § 651 BGB auf das Kaufrecht betrifft nur die Lieferung **herzustellender** oder **noch zu erzeugender** beweglicher Sachen, nicht aber Reparaturarbeiten.
- **Geistige Tätigkeit**<sup>5</sup>  
Erstellung eines schriftlichen Gutachtens, Anfertigung der Statik für ein Bauvorhaben
- Als Werk kann auch noch ein so genannter **unkörperlicher Arbeitserfolg** geschuldet werden.  
Durchführung einer Veranstaltung (Konzert, Theatervorstellung, Fußballspiel); Beförderung von Personen und Sachen; Beschaffung bestimmter Informationen.
- **Erstellung von Individualsoftware**

<sup>4</sup> MünchKomm/Busche § 631 BGB, Rn. 1; Hk-BGB/Ebert § 631 BGB, Rn. 2

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2002 – X ZR 27/01; Schimmel/Buhlmann JA 2003, 265, 266

Bei Abschluss eines Werkvertrags treffen die Parteien meist auch eine Vereinbarung über die Vergütung. Anders als beim Kaufvertrag gehört die Vereinbarung einer Vergütung aber nicht zu den essentialia negotii des Werkvertrags, ohne die er nicht zustande kommt, § 154 Abs. 1 BGB. Aus § 632 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass eine **Vergütung stillschweigend als vereinbart gilt**, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Vorzugehen ist daher in zwei Schritten:

- Zunächst ist zu prüfen, ob ein Vertrag überhaupt zustande gekommen ist<sup>6</sup>, denn die Vermutung des § 632 Abs. 1 BGB erstreckt sich nicht auf den Abschluss des Werkvertrags als solchen, sondern nur auf dessen Entgeltlichkeit<sup>7</sup>. Zum Abschluss des Werkvertrags ist jedenfalls eine Einigung über Art und Umfang der Leistung erforderlich, aber auch ausreichend<sup>8</sup>.

**Beispiel:**

Die umfangreiche Reparatur eines Autos durch einen befreundeten Kfz-Mechaniker kann nur gegen eine Vergütung erwartet werden. Anders ist es, wenn lediglich eine Glühbirne ausgetauscht wird.

- Ist eine solche Einigung zustande gekommen, wird unter den Voraussetzungen des § 632 Abs. 1 BGB vermutet, dass (anders als bei einer Gefälligkeit bzw. bei einem Auftrag) eine Vergütung geschuldet wird.

Nach § 632 Abs. 1 BGB wird bei **Fehlen einer Vergütungsabrede** vermutet, dass bei einem Werkvertrag eine Vergütung geschuldet wird („Ob“ der Vergütung), während § 632 Abs. 2 BGB nicht an das Fehlen der gesamten Vergütungsabrede anknüpft, sondern eingreift, wenn nur eine **Vereinbarung über die Höhe der Vergütung** nicht getroffen worden ist<sup>9</sup>. Die Regelung des § 632 Abs. 1 BGB findet nur Anwendung, wenn sich die Parteien auf die Pflicht des Unternehmers zur Erbringung der Werkleistung bereits geeinigt haben und nicht, wenn der Unternehmer Leistungen ohne jede vertragliche Grundlage erbringt.

<sup>6</sup> BGHZ 136, 22, 36

<sup>7</sup> BGH NJW 1999, 3554, 3555

<sup>8</sup> Palandt/Sprau § 631 BGB, Rn. 1

<sup>9</sup> Bamberger/Roth/Voit § 632 BGB, Rn. 1

### 3.2.4. Werklieferungsvertrag

Anwendungsbereich des Werklieferungsvertrages, § 651 BGB	
Herstellung oder Erzeugung beweglicher Sachen	
vertretbare Sachen	nicht vertretbare Sachen
Kaufvertragsrecht, §§ 433 ff. BGB	Kaufvertragsrecht, § 433 ff. BGB ergänzend: <ul style="list-style-type: none"> <li>- § 642 BGB: Mitwirkungspflicht Besteller</li> <li>- § 643 BGB: Kündigung des Unternehmers</li> <li>- § 645 BGB: Verantwortlichkeit des Bestellers</li> <li>- § 649 BGB: Kündigung des Bestellers</li> <li>- § 650 BGB: Kostenanschlag</li> </ul>

Gem. § 651 BGB finden auf einen Vertrag, der die Lieferung **herzustellender** oder **zu erzeugender beweglicher Sachen** zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den **Kauf** Anwendung (Werklieferungsvertrag)<sup>10</sup>. Handelt es sich dabei um eine **nicht vertretbare Sache**, so finden **ergänzend** die Vorschriften des Werkvertragsrechts, §§ 642, 643, 645, 649 und 650 BGB Anwendung.

§ 651 S. 1 BGB stellt zunächst klar, dass auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, grundsätzlich die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Dabei spielt es zunächst noch keine Rolle, ob es sich um vertretbare/nicht vertretbare Sachen handelt.

§ 651 S. 2 BGB bestätigt die kaufvertragsrechtliche Mängelhaftung für den Fall, dass der Mangel auf den vom Besteller (Auftraggeber) gelieferten Stoff zurückzuführen ist. In diesem Fall sind die Mängelansprüche ausgeschlossen, § 442 Abs. 1 S. 1 BGB.

§ 651 S. 3 BGB ändert nichts an der grundsätzlichen Zuordnung zum Kaufrecht, ergänzt aber die kaufrechtlichen Vorschriften um bestimmte werkvertragliche Regelungen, wenn es sich um nicht vertretbare Sachen handelt. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, ob es sich um eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache handelt.

Soweit es sich um die Herstellung bzw. Erzeugung **nicht vertretbarer Sachen** handelt, sind bestimmte Regelungen des Werkvertragsrechts **neben** dem Kaufrecht anwendbar.

<sup>10</sup> Der Begriff des in § 651 BGB geregelten Vertragstyps ist noch nicht ganz geklärt. Teilweise wird vorgeschlagen, den in § 651 BGB geregelten Vertrag Herstellungsvertrag (Röthel NJW 2005, 625) oder Warenlieferungsvertrag (Hagen JZ 2004, 713, 714) zu nennen.

Gemäß **§ 91 BGB** sind **vertretbare Sachen** bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Charakteristisch für vertretbare Sachen ist, dass sie nicht im Hinblick auf die individuellen Bedürfnisse einer einzelnen Person geschaffen wurden, sondern dass es einen (wenn auch möglicherweise kleinen) Kreis von anderen Personen gibt, für den diese Gegenstände ebenfalls in Betracht kommen.

Vertretbare Sachen sind Geld, Wertpapiere, Waren aus Serienfertigung, auch wenn sie nach den Wünschen des Bestellers anzufertigen sind<sup>11</sup>. Wein, der durch Rebsorte, Lager, Jahrgang und Qualitätsstufe bestimmt wird, ist ebenfalls vertretbar<sup>12</sup>.

Nicht vertretbar sind **individuelle Sonderanfertigungen**.

In diesem Fall sind folgende Normen des Werkvertragsrechts ergänzend anwendbar:

- Mitwirkungspflicht des Bestellers, § 642 BGB,
- das Recht zur Kündigung des Unternehmers, wenn der Besteller die Mitwirkung unterlässt, § 643 BGB,
- die Verantwortlichkeit des Bestellers für die von ihm gelieferten Stoffe oder von ihm erteilten Anweisungen, § 645 BGB,
- das Kündigungsrecht des Bestellers gemäß § 649 BGB,
- das Kündigungsrecht des Bestellers bei Überschreiten des Kostenvoranschlags gemäß § 650 BGB.

Der Werklieferungsvertrag als Schnittstelle zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht ist mit der Schuldrechtsreform seit 01.01.2002 immer mehr in Bewegung geraten. Der Anwendungsbereich des Kaufrechts wurde erweitert, ohne dass dies in das Bewusstsein der Baubeteiligten gedrungen ist.

<sup>11</sup> Palandt/Ellenberger § 91 BGB, Rn. 2; BGH NJW 1971, 1793

<sup>12</sup> BGH NJW 1985, 2403



### 3.2.5. Mietvertragsrecht

#### Anwendungsbereich des Mietvertragsrechts, §§ 535 ff. BGB

##### Sachen

Bewegliche Sachen (Mobilien)

Unbewegliche Sachen (Immobilien)

Das Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter ist das Mietverhältnis.

Das Mietverhältnis kann sich auf bewegliche Sachen (= Mobilien) oder unbewegliche Sachen (= Immobilien) beziehen. Sachen sind nach § 90 BGB „nur körperliche Gegenstände“.

Die Abgrenzung zwischen:

- beweglichen Sachen und Tieren,
- Schiffen, Luftfahrzeugen und anderen beweglichen Sachen,
- Grundstücken und Räumen,
- Wohnräumen und Geschäftsräumen

ist wichtig für die anzuwendenden Normen aus dem Mietrecht. Das bedarf im Rahmen dieser Darstellung keiner Vertiefung.

Die Hauptleistungspflichten der Mietvertragsparteien ergeben sich aus § 535 BGB.

Den **Vermieter** treffen zwei vertragliche Hauptpflichten:

- die Überlassung der Mietsache in vertragsgemäßigem Gebrauchszustand, § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB
- die Erhaltung der Mietsache in vertragsgemäßigem Gebrauchszustand § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Den **Mieter** trifft als Hauptpflicht:

- die Mietzahlung, § 535 Abs. 2 BGB.

Der Mietvertrag ist ein entgeltlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag. Das Merkmal der „Entgeltlichkeit“ unterscheidet ihn vom Leihvertrag, § 598 BGB, der ebenfalls eine Gebrauchsüberlassung zum Gegenstand hat.

Am Bau tritt ein Mietvertrag bei der Anmietung von Baumaschinen (Kräne, Bagger, usw.) oder Ausstattungen (Gerüst) auf.

### 3.3. 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.

#### 3.3.1. 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 Vertragsschlusses<sup>13</sup>. 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.

---

<sup>13</sup> Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Auflage 2009, § 442 Rn. 12

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

<b>Unterschiede</b>		
<b>Bereich</b>	<b>Kaufvertragsrecht</b>	<b>Werkvertragsrecht</b>
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 - Bauhandwerkersicherungshypothek, § 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

**MERKE:**

Das Kaufvertragsrecht und das Werkvertragsrecht wurden mit der Schuldrechtsreform insbesondere im Mangelhaftungsbereich angenähert. Dennoch unterscheiden sich diese Vertragstypen in einer Reihe von Einzelheiten, so dass das jeweilige Vertragsverhältnis dem entsprechenden Vertragstyp zugeordnet werden muss.

.....