

## GRUNDSTUDIUM

# Die Abgrenzung von Werk-, Werklieferungs- und Kaufvertrag

Von Prof. Dr. Klaus Schreiber, Bochum

*Mit Kauf- und Werkverträgen sind die meisten Studierenden vertraut. Nicht allen ist hingegen geläufig, was sich hinter dem Begriff »Werklieferungsvertrag« verbirgt. Ein Blick ins Gesetz hilft hier nur bedingt. Dort findet man einen als solchen bezeichneten Vertragstyp nämlich nicht. Doch auch die Kenntnis der insoweit zentralen Norm des § 651 BGB genügt nicht, wenn im Einzelfall die Abgrenzung zum reinen Kauf- oder Werkvertrag nicht gelingt. Im folgenden Beitrag wird daher erläutert, nach welchen Kriterien sich eine Unterscheidung richtet.*

## I. Charakteristika der einzelnen Vertragstypen und allgemeine Abgrenzung

Kauf-, Werk- und Werklieferungsvertrag sind gegenseitige Verträge. In allen Fällen verpflichtet sich der eine Teil, seinem Vertragspartner einen geldwerten Gegenstand zu verschaffen, wofür der andere Teil die Zahlung einer Geldsumme verspricht<sup>1</sup>.

### 1. Kaufvertrag

Beim Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer zur Übergabe und Übereignung eines mangelfreien Gegenstands an den Käufer. Letzterer übernimmt im Gegenzug die Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Kaufpreises (§ 433 BGB). Die Pflicht des Verkäufers beschränkt sich also auf die Verschaffung von Eigentum und Besitz<sup>2</sup>.

Kaufgegenstand kann eine bewegliche oder unbewegliche Sache (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB), ein Recht<sup>3</sup> oder ein sonstiger Gegenstand<sup>4</sup> (§ 453 Abs. 1 BGB) sein. Unerheblich ist, ob der geschuldete Gegenstand bereits existiert<sup>5</sup>, solange es den Vertragsparteien allein auf die Übergabe und Übereignung vom Verkäufer an den Käufer ankommt.

**Beispiel:** K ist begeisterter Fan des Pferderennsports. Er möchte unbedingt von der derzeit erfolgreichen Vollblutstute Lilly einen Nachkommen haben. Daher schließt er mit deren Eigentümer E einen Vertrag: Nach Lillys Karriereende soll K Eigentümer des ersten Fohlens der Stute werden.

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist noch unsicher, ob die Stute Lilly tatsächlich einen lebenden Nachkommen zur Welt bringen wird. Nach der Vereinbarung zwischen K und E soll E auch nicht zur Zucht verpflichtet sein. Es kommt ihnen allein darauf an, dass E zur Übergabe und Übereignung an K verpflichtet ist, wenn Lilly tatsächlich ein Fohlen bekommen sollte.

### 2. Werkvertrag

Der Werkvertrag ist dem Kaufvertrag ähnlich. Denn auch hier geht es um die Verschaffung eines Gegenstands gegen Geld. Die Hauptleistungspflichten des Werkunternehmers gehen allerdings über die des Verkäufers hinaus: Er schuldet gem. § 633 Abs. 1 BGB die Verschaffung des Werks, womit die Ablieferung an den Besteller gemeint ist<sup>6</sup>. Der Unternehmer muss dem Besteller also den Besitz am Werk und die Rechtsinhaberschaft übertragen<sup>7</sup>. Daneben ist der Unternehmer nach § 631 Abs. 1 BGB zur mangelfreien Herstellung des Werks verpflichtet.

**Beispiel:** E ist Eigentümer eines Waldgrundstücks. Er beauftragt Unternehmer U mit dem Bau eines Ferienhäuschens im Wald.

Nach der vertraglichen Vereinbarung soll U das Haus errichten. Er schuldet also einen Erfolg. Daher handelt es sich um einen Werkvertrag. Da E Grundstückseigentümer ist, erwirbt er nach § 946 BGB i. V. m. § 94 Abs. 1 S. 1 BGB bereits mit der Errichtung des Hauses das Eigentum daran. Die Ablieferungspflicht des U beschränkt sich im Beispielsfall deshalb auf die Einräumung des Besitzes. Sie wird durch die Übergabe des Haustürschlüssels vollzogen.

Gegenstand des Werkvertrags kann nach § 631 Abs. 2 BGB nicht nur die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern jeder körperliche oder unkörperliche Erfolg sein.

**Beispiele:** Bau einer Lagerhalle, Malen eines Porträts des Bestellers, Beförderung von Personen oder Gütern<sup>8</sup>, Aufführen eines Theaterstücks<sup>9</sup> oder eines Konzerts<sup>10</sup>.

### 3. Werklieferungsvertrag

#### a) Hybrid zwischen Kauf- und Werkvertrag

Der Begriff »Werklieferungsvertrag« steht nicht im Gesetz. Er wurde entwickelt, um bestimmte Fallgestaltungen im Abgrenzungsbereich zwischen Kauf- und Werkvertrag zu beschreiben<sup>11</sup>: Ein Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, richtet sich gem. § 651 BGB (grundsätzlich) nach Kaufrecht. Schon der systematische Standort der Vorschrift – § 651 BGB steht bei den Regeln über Werkverträge – zeigt, dass man die erfassten Sachverhalte eigentlich dem Werkvertragsrecht zuordnen würde<sup>12</sup>. Denn die Herstellung oder Erzeugung der veräußerten Sache ist Teil der vertraglichen Vereinbarung. Die Erbringung

<sup>1</sup> Es handelt sich jeweils um Verpflichtungsgeschäfte. Beide Vertragsparteien versprechen also lediglich, eine Rechtsänderung (später) vorzunehmen. Die tatsächliche Rechtsänderung erfolgt erst durch das Verfügungsgeschäft. Zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip *Schreiber, JURA* 2010, 272 f.

<sup>2</sup> *Erman/Grunevald*, BGB, Band I, 13. Aufl. 2011, Vor § 433 Rdn. 20.

<sup>3</sup> Z. B. beim Forderungskauf ist der Kaufgegenstand ein Recht. Auch Immaterialgüterrechte wie Lizenzen oder Marken können als Rechte Gegenstand eines Kaufvertrages sein.

<sup>4</sup> Als sonstige Gegenstände kommen z. B. Unternehmen oder Betriebsgeheimnisse in Betracht (*Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rdn. 804).

<sup>5</sup> BGH NJW 2000, 504; MünchKomm-BGB/Westermann, Band 3, 6. Aufl. 2012, § 433 Rdn. 10.

<sup>6</sup> Das ergibt sich inzident aus § 640 BGB (MünchKomm-BGB/*Busche*, Band 4, 5. Aufl. 2009, § 631 Rdn. 59). Vor der Schuldrechtsreform war diese Pflicht in § 634 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. ausdrücklich erwähnt.

<sup>7</sup> *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2008, § 631 Rdn. 18.

<sup>8</sup> Hierfür existieren allerdings zahlreiche, gegenüber §§ 613 ff. BGB speziellere Vorschriften (s. die Übersicht bei *Erman/Grunevald*, Vor §§ 631 – 651 Rdn. 17 ff.).

<sup>9</sup> *Staudinger/Peters/Jacoby*, § 631 Rdn. 6.

<sup>10</sup> *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 15. Aufl. 2010, Rdn. 688.

<sup>11</sup> Um den Unterschieden sowohl zum Kauf- als auch zum Werkvertrag auch sprachlich besser gerecht zu werden, wurden die Begriffe »Herstellungsvertrag« (*Hagen*, JZ 2004, 713, 714; *Röthel*, NJW 2005, 625) oder »Warenlieferungsvertrag« (*Mankowski*, MDR 2003, 854, 856) vorgeschlagen.

<sup>12</sup> Ähnlich *Fikentscher/Heinemann*, Rdn. 1225, sowie *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 1. Halbbd., Besonderer Teil, S. 377.

eines Arbeitserfolgs für den Besteller grenzt also den Werklieferungsvertrag vom reinen Kaufvertrag ab<sup>13</sup>.

Vereinbaren die Parteien aber die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen, ist nicht – wie beim normalen Werkvertrag – die Herbeiführung eines Gesamterfolgs das zentrale Anliegen. Vielmehr steht der Eigentumserwerb an der fertig gestellten Sache im Vordergrund. Der Verkäufer bedient den Erwerber gewissermaßen nicht aus seinem Vorrat, sondern aus der künftigen, bereits feststehenden Produktion<sup>14</sup>. Insoweit ähneln die Interessen und die vertragliche Stellung der Parteien denen von Käufer und Verkäufer<sup>15</sup>.

**Beispiel:** Kunde K lässt sich von Schneider S einen Maßanzug fertigen.

S verpflichtet sich zur Herstellung des Anzuges. Daher liegt es zunächst nahe, den zwischen K und S abgeschlossenen Vertrag als Werkvertrag einzuordnen. Allerdings handelt es sich bei dem Maßanzug um eine noch herzustellende bewegliche Sache, weshalb ein Werklieferungsvertrag i. S. v. § 651 BGB vorliegt.

#### b) Anwendbare Rechtsnormen

Nach § 651 BGB sind im Falle eines Werklieferungsvertrags die Vorschriften über den Kauf anwendbar. Es gelten also die §§ 433 ff. BGB (auch die §§ 474 ff.) sowie die §§ 373 ff. HGB. Nach § 651 S. 3 BGB kommt es jedoch in bestimmten Fällen zu einer Modifizierung: Ist die herzustellende oder zu erzeugende Sache unvertretbar, sind mit den §§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB einzelne werkvertragliche Regelungen einschlägig, wobei an die Stelle der Abnahme der nach §§ 446 f. BGB maßgebende Zeitpunkt tritt.

**Beispiel<sup>16</sup>:** B gibt beim Unternehmer U die Erstellung einer Abrechnungsanlage in Auftrag, die speziellen Anforderungen des B entsprechen soll. Die Maschine soll von U hergestellt werden, B muss U hierzu jedoch einige Daten mitteilen. U stellt das Gerät im Wesentlichen fertig. Er kann die Arbeit aber nicht beenden, weil B die zugesagten Daten auch nach mehrmaliger Aufforderung und Fristsetzung nicht übermittelt.

B hat die zur Herstellung der Anlage erforderliche Datenübermittlung unterlassen und U hat ihn – seinerseits zur Leistung bereit und imstande – zur Vornahme der Handlung aufgefordert. Damit liegen die Voraussetzungen der §§ 642 Abs. 1, 293 ff. BGB vor. Denn die Maschine sollte speziell nach den Wünschen des B gefertigt werden, weshalb sie eine unvertretbare Sache i. S. v. § 91 BGB ist und § 650 S. 3 BGB Anwendung findet. Da U dem B auch eine Nachfrist gesetzt hat, kann er nach §§ 650 S. 3 i. V. m. 643 S. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten. Falls U tatsächlich den Rücktritt erklärt, muss B ihm einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung zahlen (§§ 650 S. 3 i. V. m. 645 Abs. 1, 643 BGB).

**Beispiel:** B gibt beim Unternehmer U die Herstellung einer Couchgarnitur aus einer Serienproduktion in Auftrag. U stellt die Möbel im Wesentlichen fertig. Er kann die Arbeit aber nicht beenden, weil B ihm auch nach Aufforderung und Fristsetzung nicht – wie abgesprochen – mitteilt, welchen der zur Auswahl stehenden Stoffbezüge er haben möchte.

Vertragsgegenstand ist hier eine vertretbare Sache. Daher ist § 651 S. 3 BGB nicht einschlägig. Die Rechte des U ergeben sich mithin allein aus den kaufrechtlichen und den allgemeinen Vorschriften<sup>17</sup>. Indem B die Leistungsbestimmung nicht vornimmt, verletzt er eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis<sup>18</sup>. U kann daher unter den Voraussetzungen des § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten<sup>19</sup>. Einen Teilvergütungsanspruch hat er jedoch nicht. Das ist auch sachgerecht. Weil es sich um serien-

mäßig hergestellte Ware handelt, kann U den bereits zusammengebauten Teil der Couchgarnitur anderweitig verwenden.

## 4. Abgrenzung nach dem Leistungsinhalt

Ob es sich bei dem geschlossenen Vertrag um einen Kauf-, Werk- oder Werklieferungsvertrag handelt, hängt davon ab, worauf es den Parteien inhaltlich ankommt. Der Vertrag ist dahingehend auszulegen, was sie schwerpunktmäßig beabsichtigt haben<sup>20</sup>.

## II. Abgrenzung im Einzelfall

### 1. Reparaturarbeiten

Instandhaltungs-, Wartungs- und Reparaturarbeiten sowie ähnliche Veränderungen an bereits hergestellter Sache beurteilen sich nach Werkvertragsrecht. Das zeigt sich auch schon an § 634 a Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Situation ist die für einen Werkvertrag typische: Der Kunde verlangt eine umfassende Diagnose; es kommt ihm auf den Reparaturerfolg an<sup>21</sup>. Das gilt auch dann, wenn eigens für die Arbeiten Ersatzteile hergestellt und geliefert werden. Insoweit handelt es sich um bloße Nebenleistungen<sup>22</sup>.

**Beispiel:** W ist Inhaber einer Kfz-Werkstatt. K bringt sein zehn Jahre altes Auto zu W, um es reparieren zu lassen. Im Rahmen der Reparatur lässt W einen fabrikneuen Austauschmotor liefern und baut ihn in das Fahrzeug ein.

Obwohl der Sachverhalt im Beispielfall nach dem Ausgeführten dem Werkvertragsrecht zuzuordnen sein müsste, ist angesichts des – im Vergleich zum Pkw – hohen Werts des Motors fraglich, ob nicht doch ein Werklieferungsvertrag vorliegt. Wegen der erheblichen Wertdifferenz könnte die Lieferung des Ersatzteils dem Vertrag das Gepräge geben<sup>23</sup>. Allerdings dürfte für die Parteien die Reparaturleistung im Vordergrund stehen. Und auf den Leistungsinhalt kommt es an. Es liegt daher unabhängig vom Wertverhältnis zwischen Ersatzteil und zu reparierender Sache ein Werkvertrag vor<sup>24</sup>.

### 2. Schwerpunkt Planungsleistung

Geistige Leistungen unterfallen § 651 BGB nicht, selbst wenn sie in einer beweglichen Sache verkörpert sind. Die entschei-

<sup>13</sup> Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl. 2012, § 651 Rdn. 3.

<sup>14</sup> Walter, Kaufrecht, 1987, S. 16 f.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu Larenz S. 375 und Palandt/Sprau, § 651 Rdn. 4.

<sup>16</sup> Sachverhalt nach BGH NJW 1968, 1873.

<sup>17</sup> Indem B dem U nicht mitgeteilt hat, welchen Stoffbezug die Couch haben soll, hat er seine Pflicht zur Bestimmung der genauen Beschaffenheit der Kaufsache verletzt. Es handelt sich hierbei um ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des B i. S. v. § 315 BGB.

<sup>18</sup> Da B im Beispiel eine vertragliche Hauptleistung – die (genaue) Kaufsache – bestimmen muss, handelt es sich bei seiner Leistungsbestimmungspflicht ebenfalls um eine Hauptpflicht (vgl. Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2009, § 315 Rdn. 383).

<sup>19</sup> Daneben kommen ggf. weitere Leistungsstörungsbefugnisse in Betracht.

<sup>20</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2004, 850; KG NJOZ 2006, 1821, 1822; Graf von Westphalen/Motzke, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 30. Ergänzungslief. 2012, Rdn. 4; MünchKomm-BGB/Busche, § 651 Rdn. 7.

<sup>21</sup> Staudinger/Peters/Jacoby, § 651 Rdn. 15. Vgl. auch OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 1014 sowie BT-Drs. 14/6040, 268.

<sup>22</sup> MünchKomm-BGB/Busche, § 651 Rdn. 11.

<sup>23</sup> Soergel/Huber, BGB, Bd. 3, 12. Aufl. 1991, Vor § 433 Rdn. 283.

<sup>24</sup> So auch MünchKomm-BGB/Busche, § 651 Rdn. 11; BeckOK/Voit, BGB, Stand 1.5.2012, § 651 Rdn. 6. Im Ergebnis für den vorliegenden Fall ebenso Soergel/Huber, Vor § 433 Rdn. 283 (anders noch in der 11. Aufl., Vor § 433 Rdn. 91). Für die Berücksichtigung des Wertverhältnisses hingegen Prütting/Wegen/Weinreich/Halfmeier/Leupertz, BGB, 7. Aufl. 2012, § 651 Rdn. 6.

dende Leistung besteht nämlich in der Schöpfung. Den Vertragsparteien kommt es nicht darauf an, auf welchem Medium diese abgebildet wird; das Medium dient nur dazu, die geistige Leistung überhaupt erfahrbar zu machen.

**Beispiele:** Planungen eines Architekten, die in Zeichnungen verkörpert sind<sup>25</sup>; ein zu Papier gebrachtes Gutachten<sup>26</sup>; individuell für den Kunden entwickelte Software, die auf einem Datenträger abgespeichert ist<sup>27</sup>; Planung und Entwicklung eines Reiseprospekts<sup>28</sup>.

In all diesen Fällen liegen Werkverträge vor. Etwas anderes gilt hingegen, wenn die Verkörperung die geistige Leistung nicht nur festhalten, sondern sie zum Gegenstand eines Massengeschäfts machen soll<sup>29</sup>. Dann steht der Warenumsatz im Vordergrund; es handelt sich um Werklieferungsverträge.

**Beispiele:** Serienmäßige Herstellung von Porzellanfiguren<sup>30</sup>; Lieferung bereits entwickelter Standardsoftware<sup>31</sup>.

### 3. Anfertigung im Vorfeld

**Beispiel:** B bestellt beim Händler H ein serienmäßig hergestelltes Motorrad. Das Fahrzeug wird daraufhin gebaut, wobei Sonderwünsche des B berücksichtigt werden.

Hier ist fraglich, ob ein Kauf- oder ein Werklieferungsvertrag vorliegt. Denn geschuldet wird die Lieferung einer Sache, die noch herzustellen ist. Berücksichtigt man die Interessenlagen der Parteien, stellt man fest, dass es ihnen – trotz der Sonderwünsche – nur um das fertige Produkt geht. Die Anfertigung des Motorrads bleibt gleichsam im Vorfeld des Vertrags<sup>32</sup>. B und H haben also einen Kaufvertrag abgeschlossen.

### 4. Lieferung und Montage

Abgrenzungsschwierigkeiten können sich zwischen Werk- und Werklieferungsvertrag ergeben, wenn die Herstellung und Lieferung einer Sache und deren anschließende Montage geschuldet wird. Handelt es sich bei der Montage nur um eine Nebenleistung, bilden also Übergabe und Übereignung den Schwerpunkt, liegt ein Werklieferungsvertrag mit Montageverpflichtung vor. In die Überlegungen einzubeziehen sind vor allem die Art des zu liefernden Gegenstands sowie das Wertverhältnis von Lieferung und Montage<sup>33</sup>. Regelmäßig dürfte ein Werklieferungsvertrag (mit Montageverpflichtung) vorliegen, wenn der Erwerber die Sache eigentlich selbst montieren könnte, der Ein- oder Aufbau mithin lediglich als gesonderte Serviceleistung angeboten wird<sup>34</sup>.

**Beispiel:** K und B schließen einen Vertrag über die Lieferung und den Aufbau einer von K herzustellenden freistehenden Schrankwand. K liefert und montiert die Schränke.

Im Beispiel kommt es den Parteien vor allem auf die Verschaffung von Eigentum und Besitz an. B hätte die Schrankwand auch eigenhändig aufstellen können. Es handelt sich also um einen Werklieferungsvertrag.

Demgegenüber liegt ein Werkvertrag vor, wenn allein der zu erbringende Erfolg im Zentrum steht<sup>35</sup>.

**Beispiel:** B hat bei U eine maßgeschneiderte Einbauküche bestellt, die den besonderen räumlichen Verhältnissen in Bs Haus angepasst ist.

Schwerpunkt des Vertrags zwischen B und U ist gerade die genaue Einpassung der Küche in das Haus des B, für das die Küche eine wesentliche Bedeutung hat. Die Montageleistung gibt hier also dem Vertrag das Gepräge. Daher handelt es sich um einen Werkvertrag<sup>36</sup>.

Besteht die vertraglich übernommene Verpflichtung nur darin, einen Gegenstand zu liefern und zu montieren (und nicht auch darin, ihn herzustellen), sind Kauf- und Werkvertrag voneinander abzugrenzen. Entscheidend ist abermals, auf welcher der geschuldeten Leistungen der Schwerpunkt liegt: Steht die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund, liegt ein Kaufvertrag vor. Prägt hingegen die Montageleistung das Gesamtbild des Vertragsverhältnisses, ist von einem Werkvertrag auszugehen<sup>37</sup>.

25 BGH NJW 1960, 431; MünchKomm-BGB/*Busche*, § 631 Rdn. 198; *Erman/Schwenker*, § 651 Rdn. 6. Vgl. auch BT-Drs. 14/6040, 268.

26 BGH NJW-RR 2007, 123, 124; NJW 2006, 2472.

27 *Junker*, NJW 2005, 2829, 2832; *Leistner*, JA 2007, 81, 86 f. (jeweils m. w. N.).

28 *Metzger*, AcP 204 (2004), 231, 247.

29 MünchKomm-BGB/*Busche*, § 651 Rdn. 12.

30 *Palandt/Sprau*, § 651 Rdn. 5.

31 BGH NJW 2000, 1415; *Junker*, NJW 2004, 3162 (jeweils m. w. N.).

32 So die Formulierung von *Staudinger/Peters/Jacoby*, § 651 Rdn. 14.

33 Vgl. BGH NJW-RR 2004, 850.

34 OLG Stuttgart NJW-RR 2011, 669; BeckOK-BGB/*Voit*, Stand 1. 5. 2012, § 651 Rdn. 12.

35 *Erman/Schwenker*, § 651 Rdn. 13.

36 Vgl. hierzu KG NJOZ 2006, 1821, 1822. Ebenso – für den Einbau einer serienmäßig hergestellten LPG-Autogasanlage – OLG Oldenburg NJW-RR 2011, 1498.

37 BGH NJW-RR 2004, 850; NJW 1998, 3197, 3198.