

Praxisprobleme bei Verträgen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen

Von Rechtsanwalt Dr. Thomas Krebs und Rechtsanwalt Peter Koeleman, Berlin

Seit der Schuldrechtsreform (2002) unterliegen Verträge über die Lieferung noch herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Bau- und Anlagenteile dem Kaufrecht, sofern nicht erhebliche Planungs- oder Montageleistungen hinzukommen. Abweichend von §651 BGB a.F. ist Kaufrecht unabhängig davon anzuwenden, ob es sich bei der zum Einbau in das Bauwerk bestimmten Sache um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handelt. Für Lieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen sind gemäß §651 Satz 3 BGB einzelne Regelungen aus dem Werkvertragsrecht ergänzend anzuwenden. Zweck der Neuregelung war es, das geltende Recht über die Lieferung neu herzustellender beweglicher Sachen den Vorgaben der VerbrGKRL anzupassen. Die praktischen Folgen dieser gesetzlichen Neuregelung des §651 BGB sind in der Praxis erst durch die Entscheidung des BGH vom 23.07.2009 (VII ZR 151/08 = NJW 2009, 2877ff.) deutlich geworden. Hier wurde klargestellt, dass die Zweckbestimmung von Bauteilen, in Bauwerke eingebaut zu werden, an der Anwendbarkeit des Kaufrechts nichts ändere.

Vertragliche Einordnung

Nach der Meinung des Gesetzgebers unterschieden sich Kauf- und Werkvertragsrecht nicht wesentlich. Mit ungewöhnlicher Deutlichkeit hat der BGH in der Entscheidung vom 23.07.2009 (Tz. 17) ausgeführt, dies möge anders gesehen werden können, ändere aber nichts an der Entscheidung des Gesetzgebers. Es möge als Wertungswiderspruch empfunden werden, dass ein Vertrag mit demjenigen, der die Errichtung des Bauwerks schuldet und dazu die Bauteile herstellt und anliefert, nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist, während ein Vertrag mit demjenigen, der die Bauteile herstellt und lediglich anliefert, grundsätzlich nach Kaufrecht zu beurteilen ist. Dieser vermeintliche Wertungswiderspruch sei jedoch allgemein in § 651 BGB angelegt, weil die Anwendung von Kaufrecht auf im Kern erfolgsbezogene Verträge vom Gesetzgeber angeordnet worden ist (vgl. Schumann, ZGS 2005, 250, 251).

Trotz der Harmonisierungsbemühungen des Gesetzgebers bestehen zwischen Werkvertrags- und Kaufrecht unter anderem folgende signifikante Unterschiede:

- Im Kaufrecht besteht Anspruch auf den Kaufpreis mit Vertragsabschluss, die Abnahme ist keine Fälligkeitsvoraussetzung. Die Verjährung im Kauf- und Werkvertragsrecht beginnt uneinheitlich.
- Auf das Kaufrecht finden die Regelungen über Abschlagszahlungen (§632 a BGB) keine Anwendung.
- §642 BGB ist allein auf Verträge über die Lieferung nicht vertretbarer Sachen anwendbar.
- Die Sicherungsrechte der §§648, 648 a BGB gelten im Kaufrecht nicht.
- Im Kaufrecht besteht kein Kündigungsrecht. §§651 Satz 3, § 649 BGB gilt nur für Verträge über die Lieferung nicht vertretbarer Sachen.
- Beim Handelskauf sind die kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflichten (§§377, 381 Abs. 2 HGB) zu berücksichtigen.
- Die Nebenkosten der Nacherfüllung sind im Werkvertragsrecht vom Unternehmer zu tragen, nicht im Kaufrecht.
- Das Kaufrecht kennt ein Selbstvornahmerecht mit dem daraus herzuleitenden Vorschuss- und Kostenerstattungsanspruch nicht.

Die Abgrenzung zwischen den Vertragstypen bereitet praktische Schwierigkeiten. Es kommt (abgesehen von der Verweisung in §651 Satz 3 BGB) nicht mehr darauf an, ob vertretbare oder unvertretbare Sachen geliefert werden. Nach herrschender Meinung ist auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt des Vertrages abzustellen, also darauf, welche Leistungspflicht dem Vertrag das Gepräge gibt. Geht es vorrangig um den Warenumsatz, liegt Kaufrecht (ggf. mit Montageverpflichtung) vor (vgl. Leupertz, BauR 2006, 1648/1649). Es bleibt beim typischen Umsatzgeschäft, die Montageverpflichtung wird als vertragliche Nebenpflicht, teilweise als zugehörige Serviceleistung eingestuft (Kniffka/Jansen, IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2010, §651 Rn. 6). Hat die Montageverpflichtung dagegen keine untergeordnete Bedeutung, sondern prägt sie den Vertragstyp als durch Herstellung erfolgsbezogenen Vertrag, so ist Werkvertragsrecht anzuwenden (BGH VII ZR 151/08). Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Vertrages, insbesondere die Art des zu liefernden

Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage, die Gewichtigkeit der Montageleistung (vgl. Leupertz, a.a.O. m.w.N. zu der uneinheitlichen Rechtsprechung). Zwingend ist die Zuordnung zu einem Vertragstyp nicht. Es kann auch ein typengemischter Vertrag angenommen werden. Während der Einbau eines Bauteils bzw. eine „wesentliche Montageleistung“ den Vertrag als Werkvertrag kennzeichnet, gilt dies bei der Erbringung von Planungsleistungen nicht zwangsläufig. Von einem Werkvertrag ist nur auszugehen, wenn die Planungsleistung erhebliches Gewicht hat und dem Vertrag sein Gepräge gibt. Werkvertragsrecht ist nach der Entscheidung BGH VII ZR 151/08 nur anzuwenden, wenn die Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bildet. Das könne der Fall sein, wenn es bei der Beauftragung im Wesentlichen um die allgemein planerische Lösung eines konstruktiven Problems gehe. Nach der BGH-Entscheidung kommt es für die Abgrenzung nicht darauf an, zu welchem Zweck die vom Lieferanten herzustellenden beweglichen Sachen hergestellt werden, ob sie insbesondere zum Einbau in Bauwerke bestimmt sind. Entscheidend ist, ob die Sachen zum Zeitpunkt ihrer Lieferung beweglich sind. Unmaßgeblich sei nach der gesetzlichen Neuregelung auch, dass die Rechtsprechung des BGH nach altem Recht Verträge über die Lieferung unvertretbarer Sachen, die erkennbar für ein Bauwerk bestimmt gewesen seien, nach Werkvertragsrecht beurteilt hat. Den Versuchen von Teilen der Literatur, den Begriff der „beweglichen Sache“ einschränkend auszulegen, folgt der BGH nicht. Die Diskussion ist nicht abgeschlossen; Abgrenzungsprobleme und damit verbleibende Rechtsunsicherheiten sind evident.

Vertragliche Vereinbarungen als Ausweg?

Es wird kontrovers diskutiert, ob im kaufmännischen Verkehr eine „Vertragsrechtswahl“ dahingehend statthaft ist, dass auf einen nach Kaufrecht zu beurteilenden Vertrag die Vorschriften über das Werkvertragsrecht Anwendung finden (vgl. Nachweise bei Voit, BauR 2009, 369/378 in Fn. 30 und 32). Soweit kein Verbrauchervertrag vorliegt, soll es nach umstrittener Auffassung durch

individualvertragliche Regelung möglich sein, das Vertragswerk dem Werkvertragsrecht zu unterstellen (Palandt/Sprau, BGB 70. Auflage, § 651 Rn. 1). Jansen (IBR 2010, 1361 – nur online, Rn. 64) geht davon aus, dass die Rechtsprechung auch für Verträge zwischen Unternehmern eine pauschale Verweisung auf das Werkvertragsrecht nicht als verbindliche Rechtswahl akzeptieren wird. Ungeklärt ist, welche Regelungen über die Anwendung des Werkvertragsrechts in AGB getroffen werden können. Wird vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen (und welchen) abgewichen? Auf die „zunächst bestehenden Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung, die durch eine vertragstypologische Einordnung entstehen, die sich von einer auf erfolgsbezogene Verträge passenden Typologie entfernt“, weist der BGH ausdrücklich hin.

Vor der unkritischen Einbeziehung der VOB/B in Verträge, welche dem Kaufrecht unterfallen, wird eindringlich gewarnt. Die VOB/B ist auf das Werkvertragsrecht zugeschnitten und ergänzt bzw. modifiziert die werkvertraglichen Regelungen für Bauverträge. Diese Regelungen sind dem gesetzlichen Leitbild des Kaufrechts völlig fremd, so dass Jansen von der Einbeziehung der VOB/B in solche Verträge abrät (IBR 2010,

1361 Rn. 66). Für die Rechtsberatung werden individualvertragliche Vereinbarungen zunehmend an Bedeutung gewinnen, für die ein großer Anwendungsbereich gesehen wird (vgl. Jansen, IBR 2010, 1361 Rn. 60). Im kaufmännischen Verkehr können individualvertraglich Regelungen u.a. zu Abschlagszahlungen, den Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung, den Rechten und Pflichten bei Mängeln (Selbstvornahmerecht), einen Vorschussanspruch, Rügepflichten der § 377ff. HGB, zu Mitwirkungspflichten des Bestellers, Sicherheitsleistungen zu Gunsten des Unternehmers, dem Kündigungsrecht sowie zur Anordnungsmöglichkeit und der Vergütung von Nachtragsleistungen etc. getroffen werden. Fehlen ergänzende vertragliche Regelungen, laufen die Vertragsparteien Gefahr, dass sich das Vertragsverhältnis – ohne dass die Parteien dies u. U. wollen - mit allen Konsequenzen nach Kaufrecht richtet. Bei jeder Vertragsgestaltung ist besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass die gesetzlichen Regelungen zur Inhaltskontrolle von AGB nur dann keine Anwendung finden, wenn der Vertrag individuell ausgehandelt wurde. Die Anforderungen der Rechtsprechung an dieses individuelle Aushandeln sind sehr hoch. Es ist mehr als Verhandeln, der gesetzesfremde Kern der AGB-

Regelung muss inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Vertragspartner muss Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen eingeräumt werden mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.

Ausblick

Im Vergleich zur alten Rechtslage hat das Kaufrecht im Baurecht erheblich an Bedeutung gewonnen. Inwieweit Abreden zur Modifizierung von Verträgen nach §651 BGB im kaufmännischen Verkehr auch in AGB rechtsverbindlich sind, wird die Rechtsprechung in den kommenden Jahren entscheiden. Dies zeigt einen erheblichen Beratungsbedarf zu individualvertraglichen Abreden. Bezogen auf das jeweilige Vertragsverhältnis muss im Einzelfall entschieden werden, ob und gegebenenfalls welche vertraglichen Zusatzabreden sinnvoll erscheinen. Ziel dieses Beitrags ist es, das Problembewusstsein für einen etwaigen Regelungsbedarf zu schärfen.

Weitere Informationen im Kanzleiprofil am Ende des Handbuchs.



Dr. Thomas Krebs



Peter Koeleman

Pietschmann Rechtsanwälte

mit Sitz in Berlin sind auf den Gebieten des Bau- und Immobilienrechts, Vergabe- und Wirtschaftsrecht tätig. Die Rechtsanwälte arbeiten in enger Kooperation mit der Pietschmann Beratende Ingenieurgesellschaft mbH und bieten anspruchsvolle rechtliche und technische Lösungen aus einer Hand. Herr Dr. Thomas Krebs und Herr Peter Koeleman verfügen über langjährige Erfahrungen im Privaten Bau- und Immobilienrecht. Sie haben in den vergangenen Jahren bedeutende Großbauvorhaben auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite begleitet.