

**Die Verweisung von Bau- und Anlagenbauverträgen in das
Kaufrecht durch § 651 BGB**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von
Angelika Krug
aus Königstein im Taunus
2009

Erstgutachter: Prof. Dr. Inge Scherer

Zweitgutachter: Prof. Dr. Jan Dirk Harke

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Februar 2010

Vorwort

Ganz herzlicher Dank gilt Frau Prof. Dr. Scherer für die Ermöglichung der vorliegenden Arbeit und für ihre wertvolle Unterstützung bei der Durchführung des Vorhabens. Herrn Prof. Dr. Harke danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlicher Dank gebührt auch meiner langjährigen Sekretärin Frau Vanja Lukic für die Betreuung der gesamten Textverarbeitung und dem Bibliotheksteam der Internationalen Anwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP für die unermüdliche Erfüllung meiner Literaturwünsche.

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel:	Einleitung	1
1.	Das Anliegen der Untersuchung	1
2.	Die untersuchten Bau- und Anlagenbauverträge	2
a.	Verträge über die Errichtung von Bauwerken und größeren maschinellen Anlagen	2
b.	Verträge über die Herstellung und Lieferung nebst Einbau von Sachen in Bauwerke und größere maschinelle Anlagen	2
c.	Verträge über die Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers	3
d.	Verträge über die Herstellung und Lieferung von Sachen zum Einbau in Bauwerke und größere maschinelle Anlagen durch den Auftraggeber oder Dritte	3
3.	Die Problematik	3
a.	§ 651 BGB als Verweisungsnorm vertraglicher Sachverhalte in das Kauf- und Werkvertragsrecht vor dem 01.01.2002.....	3
b.	Die Rechtsprechung des BGH zur anwendbaren Vertragsordnung auf Bau- und Anlagenbauverträge	4
c.	§ 651 BGB n.F. als Verweisungsnorm für Bau- und Anlagenbauverträge in das Kaufrecht	6
d.	Die Bedeutung der Verweisung in § 651 BGB für das Bau- und Anlagenbauvertragsrecht.....	7
a.a.	Relevante Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht nach dem 01.01.2002	7
b.b.	Unklarer Anwendungsbereich des § 651 BGB	8
4.	Überblick über die vertretenen Lösungsansätze zur Problematik des § 651 BGB	8
a.	Die Judikatur	8
b.	Die Rechtswissenschaft	9
5.	Gang der nachfolgenden Darstellung.....	10

2. Kapitel: Entstehung, Bedeutung und Inhalt des § 651 BGB n.F. im Hinblick auf Bau- und Anlagenbauverträge

1.	Entstehung und Teleologie des § 651 BGB	12
a.	Das Anliegen einer Modernisierung des Schuldrechts	12
b.	Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25.05.1999	12
c.	Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001	15
d.	Die Begründung zum Regierungsentwurf des § 651 BGB	16
a.a.	Umsetzung der Anforderungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	16
b.b.	Wegfall des Erfordernisses eines gesonderten Vertragstyps „Werklieferungsvertrag“	17
c.c.	Beseitigung unübersichtlicher Verweisungen in § 651 BGB a.F. und Vereinfachung der Norm	18
d.d.	Anwendbarkeit von Vorschriften des Werkvertragsrechts in § 651 Satz 3 BGB auf Initiative des Bundesrates	19
2.	Die Bedeutung der Einordnung von Bau- und Anlagenbauverträgen in das Kauf- und Werkvertragsrecht	19
a.	Die partielle Angleichung von Kauf- und Werkvertragsrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001	19
b.	Die für Bau- und Anlagenbauverträge relevanten Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht	20
a.a.	Fälligkeit der Vergütung; Ablehnungsrecht bei Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit	20
b.b.	Vorfinanzierungsrisiko, Abschlagszahlungen, Sicherheiten	22
c.c.	Rechte bei Mängeln	24
a.a.a.	Wahlrecht des Auftraggebers oder des Auftragnehmers	24

	b.b.b. Das Recht zur Selbstvornahme	25
	c.c.c. Nebenkosten der Nachlieferung.....	27
	d.d.d. Der Ausschluss von Rechten wegen Mängelkenntnis; die Verantwortung für die zur Verfügung gestellten Stoffe; Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB	31
	d.d. Kündigungsrechte	34
	e.e. Gefahrübergang, Verjährung, Beweislast	34
	f.f. Mitwirkungsrechte und -pflichten	36
3.	Die offenen Fragen der Auslegung des § 651 BGB	38
	a. „Herzustellende“ Sachen i.S.d. § 651 Satz 1 BGB	38
	a.a. Herstellung als Schaffung einer neuen Sache oder auch als Wertschöpfung an einer bestehen- den Sache?	38
	b.b. Verpflichtung des Auftragnehmers zur Herstel- lung?.....	39
	c.c. Zeitpunkt der Herstellung	39
	b. Lieferung i.S.d. § 651 Satz 1 BGB i.V.m. der Verwei- sung auf die Vorschriften des Kaufrechts	40
	a.a. Lieferung als rechtsgeschäftliche Besitz- und Eigentumsübertragung?	40
	b.b. Lieferung als Besitzübertragung und Eigen- tumsübertragung	41
	c.c. Vertragsgegenstand Lieferung oder Herstellung?	41
	c. Bewegliche Sache i.S.d. § 651 Satz 1 BGB.....	42
	a.a. Begriffsbestimmung i.S.v. §§ 90 ff. BGB oder in Angrenzung zum Begriff des Bauwerks in §§ 634 a Abs. 1 Nr. 2, 648, 648 a BGB oder nach einem „natürlichen Sprachgebrauch“?	42
	b.b. Maßgebender Zeitpunkt für die Qualifikation ei- ner Sache als „beweglich“	43

	d.	Gespaltene Auslegung des § 651 BGB für Verbraucher- verträge und Unternehmerverträge?	43
	4.	Ergebnis	44
3. Kapitel:		Die Auffassungen von Rechtsprechung und Wissenschaft zur Ei- nordnung von Bau- und Anlagenbauverträgen in das Kauf- oder Werkvertragsrecht durch § 651 BGB	
	1.	Verträge über die Errichtung von Bauwerken und maschinellen An- lagen auf Grundstücken	45
	a.	Die Rechtsprechung	45
	a.a.	Urteil des BGH vom 22.12.2005	45
	b.b.	Urteil des BGH vom 27.04.2006 zur Lieferung eines Fertighauses	47
	c.c.	Urteil des OLG Düsseldorf vom 14.06.2005 zur Lieferung eines Fertighauses	47
	d.d.	Urteil des BGH vom 12.07.2009 zur Lieferung von Bauteilen für ein Silolager	48
	b.	Die Wissenschaft	48
	2.	Verträge über die Herstellung, Lieferung und den Einbau von Sachen	53
	a.	Die Rechtsprechung	53
	a.a.	Die Haltung des BGH	53
	b.b.	Urteil des Kammergerichts vom 17.03.2006	54
	b.	Die Wissenschaft	55
	3.	Verträge über die Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers	60
	a.	Die Rechtsprechung	60
	a.a.	Die Haltung des BGH	60
	b.b.	Urteil des OLG Sachsen-Anhalt vom 20.12.2007	60
	b.	Die Wissenschaft	61
	4.	Herstellung und Lieferung von Sachen zum Einbau durch den Auftraggeber oder Dritte	67
	a.	Die Rechtsprechung	67

a.a.	Die Haltung des BGH	67
b.b.	Urteil des OLG Nürnberg vom 11.10.2005	68
b.	Die Wissenschaft	70
5.	Die Bewertung der vertretenen Lösungen	72
a.	Ausreichende Berücksichtigung des Gebotes richtlinienkonformer Auslegung?	72
b.	Der Beurteilungszeitpunkt für das Merkmal der „beweglichen Sachen“ in § 651 BGB	74
c.	Ergänzende Untersuchungen zur Ermittlung der Inhalte des § 651 BGB	74

4. Kapitel: Die Auslegung des § 651 BGB auf der Grundlage der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

1.	Die Auslegung der Norm der Richtlinie, die durch § 651 in das deutsche Recht transformiert wurden	75
a.	Die Auslegungsregeln des europäischen Rechts.....	75
b.	Die Entstehungsgeschichte und die Zielsetzung der Richtlinie	77
c.	Die durch § 651 BGB transformierten Normen der Richtlinie.....	78
d.	Verbrauchsgüter gem. Art. 1 Ziffer 2 lit. b der Richtlinie	78
a.a.	Bewegliche Gegenstände gem. Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie	79
a.a.a.	Europarechtliche Auslegung des Begriffs oder Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen	80
b.b.b.	Auslegung unter Heranziehung des UN-Kaufrechts und des Haager Kaufrechts.....	83
c.c.c.	Auslegung unter Heranziehung der Produkthaftungsrichtlinie	86
d.d.d.	Begriffsbestimmung nach nationalem Recht	87

b.b.	Der maßgebliche Zeitpunkt für die Qualifizierung eines Gegenstandes als „beweglich“ im Sinne der Richtlinie.....	91
a.a.a.	Die Zeitpunkte des Vertragsschlusses und des Eigentumsübergangs	91
b.b.b.	Der Zeitpunkt der Lieferung gem. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie	92
c.c.c.	Der Gefahrübergang gem. §§ 446 f. BGB	94
d.d.d.	Ergebnis	100
e.	Vertrag mit überwiegend tätigkeitsbezogenen Leistungspflichten	101
a.a.	Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie.....	101
b.b.	Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 2 und Abs. 2 CISG	102
c.c.	Ergebnis	105
f.	Die Zweckbestimmung des Verbrauchsgutes, vom Auftraggeber oder Dritten in ein Bauwerk eingebaut zu werden..	105
g.	Die Herstellung eines Verbrauchsgutes	106
h.	Die „Lieferung“ im Lichte der Verweisung in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie in das Kaufrecht	107
2.	Zwischenergebnis: Die von der Richtlinie erfassten Bau- und Anlagenbauverträge	109
3.	Die Auslegung des § 651 BGB auf der Grundlage der in Ziffer 1 ermittelten Inhalte der Richtlinie	110
a.	Verbraucherverträge	111
a.a.	Bewegliche Sachen i.S.d. § 651 BGB.....	114
b.b.	Die Zweckbestimmung der Sache, vom Auftraggeber oder einem Dritten in ein Bauwerk eingebaut zu werden.....	114
c.c.	Verträge mit überwiegend tätigkeitsbezogenen Leis-	

	tungspflichten.....	114
d.d.	Die „Lieferung“ im Lichte der Verweisung in das Kaufrecht in § 651 BGB	116
e.e.	Herstellung einer neuen Sache, Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers, Reparaturverträge.....	118
f.f.	Der Hersteller und der Zeitpunkt der Herstellung in § 651 BGB	119
b.	Unternehmerverträge	120
a.a.	Die Voraussetzungen einer gespaltenen Auslegung ...	120
b.b.	Gespaltene Auslegung des § 651 BGB?	122
4.	Ergebnis und Ausblick.....	125
a.	Verträge über die Errichtung von Bauwerken und größeren maschinellen Anlagen.....	125
b.	Verträge über die Herstellung, Lieferung nebst dem Einbau von Sachen in Bauwerke und größere maschinelle Anlagen..	125
c.	Verträge über die Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers	126
d.	Verträge über die Herstellung und Lieferung von Sachen zum Einbau in Bauwerke und größere maschinelle Anlagen durch Dritte	127

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Achim Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG und ihre Vorgaben für das deutsche Kaufrecht
in: ZAP 2000, Fach 25, S. 93 ff.
- Anweiler, Jochen Die Auslegungsmethoden des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1997
- Baldus, Christian /
Becker, Rainer Haustürgeschäft und richtlinienkonforme Auslegung – Vorlagebeschluss des BGH vom 11. Januar 1996
in: ZEuP 1997, S. 874 ff.
- Bamberger, Heinz Georg /
Roth, Herbert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 611-1296, AGG, ErbbauRG, WEG, 2. Auflage, München 2008. Zitiert: Bearbeiter in Bamberger/Roth.
- Bamberger, Heinz Georg /
Roth, Herbert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG, 2. Auflage, München 2007. Zitiert: Bearbeiter in Bamberger/Roth.
- Bartsch, Michael Das neue Schuldrecht - Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht
in: CR 2001, S. 649 ff.
- Bittner, Georg /
Meidt, Eva Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht
in: ZIP 2001, S. 2114 ff.
- Bleckmann, Albert Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs
in: NJW 1982, S. 1177 ff.
- Brechmann, Winfried Die richtlinienkonforme Auslegung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinien, München 1994
- Brunner, Christoph UN-Kaufrecht - CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004

- Büdenbender, Ulrich Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für das deutsche Kaufrecht nach der Schuldrechtsreform
in: ZEuP 2004, S. 36 ff.
- Bundesminister der Justiz Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts: Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992
- Canaris, Claus-Wilhelm Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre
in: Koziol, Helmut; Rummel, Peter (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002, S. 47 ff. Zitiert: Canaris, FS Bydlinski.
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf
in: JZ 2003, S. 831 ff. Zitiert: Canaris JZ.
- Czerwenka, Beate Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, Berlin 1988
- Dauner-Lieb, Barbara /
Langen, Werner Anwaltkommentar DeutscherAnwaltVerein, BGB Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241-610, Bonn 2005. Zitiert: Bearbeiter in Dauner/Lieb.
- Dauner-Lieb, Barbara /
Langen, Werner Anwaltkommentar DeutscherAnwaltVerein, BGB Band 2: Schuldrecht, Teilband 2: §§ 611-853, Bonn 2005. Zitiert: Bearbeiter in Dauner/Lieb.
- Diedrich, Frank Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge
in: RIW 1993, S. 441-452
- Doehner, Rupert Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie,
Baden-Baden 2004
- Dreher, Meinrad Der Verbraucher – Das Phantom in der opera des europäischen und deutschen Rechts?
in: JZ 1997, S. 167 ff.

- Drexl, Josef Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung hybrider Rechtsnormen und deren Grenzen
in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, hrsg. von Stephan Lorenz, München 2005
- Dumont, Friedrich. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes, Kritische Prüfung der Auslegungsmethoden
in: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Begegnungen von Justiz und Hochschule am 27. und 28. September 1976, Luxemburg 1976, S. III-1 ff.
- Ebenroth, Carsten Thomas Handelsgesetzbuch Band 2, §§ 343 - 475 h
Transportrecht Bank- und Börsenrecht, München 2001
- Ebenroth, Carsten Thomas / Boujong, Karlheinz / Handelsgesetzbuch Aktualisierungsband, München 2003. Zitiert: Ebenroth/Boujong.
- Ehmann, Horst / Rust, Ulrich Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie - Umsetzungsvorschläge unter Berücksichtigung des Reformentwurfs der deutschen Schuldrechtskommission.
in: JZ 1999, S. 853 ff. Zitiert: Ehmann/Rust.
- Ehricke, Ulrich Die richtlinienkonforme und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts. Ein Beitrag zu ihren Grundlagen und zu ihrer Bedeutung für die Verwirklichung eines „europäischen Privatrechts“
in: RabelsZ 59 (1995), S. 598 ff.
- Enderlein, Fritz / Maskow, Dietrich / Strohbach, Heinz Internationales Kaufrecht, Berlin 1991. Zitiert: Enderlein/Maskow/Strohbach.
- Erman, Walter Erman - Bürgerliches Gesetzbuch, Hrsg. Harm Peter Westermann, Band 1, §§ 1-758, AGG, UKlaG, 12. Auflage 2008. Zitiert: Bearbeiter in Erman.
- Ernst, Wolfgang / Gsell, Beate Kaufrechtsrichtlinie und BGB
in: ZIP 2000, S. 1410 ff. Zitiert: Ernst/Gsell.

- Feller, Lutz Sachmängel beim Kauf – Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung, insbesondere beim Grundstückskauf
in: MittBayNot 2003, S. 81 ff.
- Ferrari, Franco et al. Internationales Vertragsrecht, EGBGB, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar, München 2007. Zitiert: Ferrari.
- Ferrari, Franco La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazione della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili,
in: Galgano (Hrsg.), Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Bd. 21, Padua 2006. Zitiert: Ferrari, Trattato.
- Franzen, Martin Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin 1999
- Garro, Alejandro M. / Zuppi, Alberto Compraventa internacional de mercaderías, Buenos Aires 1990. Zitiert: Garro/Zuppi.
- Graf von Westphalen Allgemeine Beschaffungsbedingungen für Industrie-Anlagen und Anlagenteile
in: Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, Hrsg. Klaus J. Hopt, 3. Auflage, München 2007
- Grundmann, Stefan / Bianca, Cesare Massimo EU-Kaufrechts-Richtlinie, Kommentar Köln 2002. Zitiert: Bearbeiter in Grundmann Bianca.
- Habersack Mathias / Mayer, Christian Die überschießende Umsetzung von Richtlinien
in: JZ 1999, S. 913. Zitiert: Habersack/Mayer.
- Hagen, Wolfgang Der neue Warenlieferungsvertrag - ein unbequemer Kauf
in: JZ 2004, S. 713 ff.
- Hänlein, Andreas Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
in: DB 1999, S. 1641 ff.
- Herber, Rolf / Czerwenka, Beate Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11.04.1980 über Verträge über den internatio-

- nalen Warenkauf, München 1991. Zitiert: Herber/Czerwenka.
- Hergenröder, Curt Wolfgang Richtlinienwidriges Gesetz und richterliche Rechtsfortbildung, in: Lieb, Manfred; Noack, Ulrich; Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Band II, Köln 1999, S. 1139 ff.
- Herrmann, Christoph Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Berlin 2003
- Hilgers, Marc Oliver / Buscher, René Der Anlagenbauvertrag, Rechtliche Grundlagen, Vertragsgestaltung und Projektdurchführung im Inlandsgeschäft, Köln 2005. Zitiert: Hilger/Buscher.
- Höffe, Sibylle Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG und ihre Auswirkungen auf den Schadensersatz beim Kauf, Frankfurt am Main 2002
- Hoeren, Thomas / Martinek, Michael Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, Recklinghausen 2002. Zitiert: Hoeren/Martinek.
- Hommelhoff, Peter Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: Canaris, Claus-Wilhelm; Heldrich, Andreas; Hopt, Klaus J.; Roxin, Claus; Schmidt, Karsten; Widmair, Gunter (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band II. Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, München 2000, S. 889 ff.
- Honsell, Heinrich Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), Berlin 1997
- Huber, Peter Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht in: NJW 2002, S. 1004 ff.
- Joussen, Peter Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Auflage, Heidelberg 1996
- Jud, Brigitta Der Richtlinienentwurf der EU über den Verbrauchsgüterkauf und das österreichische Recht

in: ÖJZ 1997, S. 441 ff.

- Kahn, Philippe
La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, *Revue internationale de droit comparative* 1981, S. 951-986
- Kapellmann, Klaus D.
Schuldrechtsmodernisierungsgesetz: Baurechtlicher Ergänzungsentwurf des Arbeitskreises beim Institut für Baurecht Freiburg
in: *NZBau* 2001, S. 183 ff.
- Kapellmann, Klaus D. /
Vygen, Klaus
Jahrbuch Baurecht 2002;
Aktuelles, Grundsätzliches, Zukünftiges,
5. Auflage 2002. Zitiert: Kapellmann/Vygen.
- Karollus, Martin
UN-Kaufrecht, Wien 1991. Zitiert: Karollus,
UN-Kaufrecht.
- Karollus, Martin
Der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts im
Überblick
in: *JuS* 1993, S. 378-382. Zitiert: Karollus *JuS*.
- Kniffka, Rolf
Das gesetzliche Bauvertragsrecht
in: *ibr-online-Kommentar, Bauvertragsrecht*
Stand: 17.03.2008
- Koch, Jens
Die Einheit der nationalen Rechtsordnung und
die europäische Privatrechtsangleichung
in: *JZ* 2006, S. 277 ff.
- Kohler, Jürgen
Verfassungswidrigkeit des § 640 Abs. 2 BGB?
oder: Handwerk und Gerechtigkeit in der Ge-
setzgebung
in: *JZ* 2003, S. 1081 ff. Zitiert: Kohler *JZ*.
- Das Werk im Kauf in: *Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag*, hrsg. v. Klaus Brüggemann, Peter Michael Oppler, Christian Wenner, München 2002. Zitiert: Kohler, *FS Jagenburg*.
- Konopka, Silvia/
Acker, Wendelin
Schuldrechtsmodernisierung: Anwendungsbe-
reich des § 651 BGB im Bau- und Anlagenbau-
vertrag
in: *BauR* 2004, S. 251 ff. Zitiert:
Konopka/Acker.

- Kutscher, Hans
Thesen zu den Methoden der Auslegung des
Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Rich-
ters
in: Gerichtshof der Europäischen Gemeinscha-
fen, Begegnungen von Justiz und Hochschule
am 27. und 28. September 1976, Luxemburg,
1976, S. I-1 ff.
- Lehmann, Michael
Informationsverantwortung und Gewährleistung
für Werbeanlagen beim Verbrauchsgüterkauf
in: JZ 2000, S. 280 ff.
- Lehr, Wolfgang /
Wendel, Heiko
Die EU-Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf
und -garantien
in: Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht;
1999, S. 321 ff. Zitiert: Lehr/Wendel.
- Leible, Stefan
Wege zu einem europäischen Privatrecht, ein-
gereichte Habilitationsschrift, Bayreuth, 2001
- Leistner, Matthias
Die „richtige“ Auslegung des § 651 BGB im
Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertrags-
recht
in: JA 2007, S. 81 ff.
- Leupertz, Stefan
Baustofflieferung und Baustoffhandel: Im juris-
tischen Niemandsland
in: BauR 2006, S. 1648 ff.
- Lorenz, Stephan
Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im
Kaufrecht
in: NJW 2003, S. 1417 ff. Zitiert: Lorenz NJW
2003.
- Lorenz, Stephan
Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfül-
lungspflicht durch Neulieferung
in: NJW 2009, S. 1633 ff. Zitiert: Lorenz NJW
2009.
- Lutter, Marcus
Die Auslegung angeglichenen Rechts
in: JZ 1992, S. 593 ff. Zitiert: Lutter JZ.
- Lutter, Marcus
Zur überschießenden Umsetzung von Richtli-
nien der EU
in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze,
München 2005, S. 571 ff. Zitiert: Lutter, FS
Heinze.

- Mallmann, Roman A. Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, (Schriften des Rechtszentrums für Europäische und Internationale Zusammenarbeit, Band 15), München 2002
- Mankowski, Peter Werkvertragsrecht – Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag
in: MDR 2003, S. 854 ff.
- Martinek, Michael Unsystematische Überregulierung und kontraindentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr
in: Grundmann, Stefan (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, Tübingen 2000, S. 511 ff.
- Matthiessen, Holger / Lindner, Beatrix EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf - Anlass für eine Reform des deutschen Schuldrechts
in: NJ 1999, S. 617 ff. Zitiert: Matthiessen/Lindner.
- Mayer, Christian / Schürnbrand, Jan Einheitlich oder gespalten? - Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien
in: JZ 2004, S. 545 ff. Zitiert: Mayer/Schürnbrand.
- Metzger, Axel Der neue § 651 BGB - Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung?
in: AcP 2004, S. 231 ff.
- Micklitz, Hans-W. Der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie
in: EuZW 1999, S. 485 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland, Band 2, §§ 241 – 432, 5. Auflage, München 2007. Zitiert: Bearbeiter in Münchener Kommentar.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland, Band 3 §§ 433 – 610 und CISG, 5. Auflage, München 2008. Zitiert: Bearbeiter in Münchener Kommentar.

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland, Band 4, §§ 611 – 704, 5. Auflage, München 2009. Zitiert: Bearbeiter in Münchener Kommentar.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 6, §§ 373 – 406, 2. Auflage, München 2007. Zitiert: Bearbeiter in Münchener Kommentar.
- Nicklisch, Fritz Bau- und Anlagenbauverträge, Risiken, Haftung, Streitbeilegung, Technologie und Recht, Band 4, Heidelberg 1984. Zitiert: Nicklisch, Bau- und Anlagenbauverträge.
- Nicklisch, Fritz Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? – unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge - in: JZ 1984, S. 757 ff. Zitiert: Nicklisch JZ.
- Niemann, Christopher Einheitliche Anwendung des UN-Kaufrechts in italienischer und deutscher Rechtsprechung und Lehre (Diss. Bochum), Frankfurt am Main 2006
- Oppermann, Thomas Europarecht, 2. Auflage, München 1999
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, München 2009. Zitiert: Bearbeiter in Palandt.
- Peters, Frank Das geplante Werkvertragsrecht II, in: Ernst, Wolfgang; Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 277 ff.
- Pfeiffer, Thomas Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle-Folgeentscheidung des BGH in: NJW 2009, S. 412 ff.
- Pick, Eckhart Zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung in: ZIP 2001, S. 1173 ff.
- Piltz, Burghard UN-Kaufrecht: Gestaltung von Export- und Importverträgen, Wegweiser für die Praxis, 2. Auflage, Bonn 1996. Zitiert: Piltz, UN-Kaufrecht.

- Piltz, Burghard Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München 1993. Zitiert: Piltz, Internationales Kaufrecht.
- Preussner, Mathias Das neue Werkvertragsrecht im BGB 2002 in: BauR 2002, S. 231 ff.
- Prütting, Hanns /
Wegen, Gerhard /
Weinreich, Gerd Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, Köln 2009. Zitiert: Bearbeiter in Prütting/Wegen/Weinreich.
- Raiser, Gottfried Modernisierung des Schuldrechts: Werkvertragsrecht in: AnwBl 2001, S. 402 ff.
- Redeker, Helmut Von Dauerbrennern und neuen Entwicklungen im Recht der Leistungsstörungen in: CR 2005, S. 700 ff.
- Reich, Norbert Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht in: NJW 1999, S. 2397 ff.
- Reinhart, Gert UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg 1991
- Rieger, Gregor Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vor dem Hintergrund des geltenden Rechts in: VuR 1999, S. 287 ff.
- Rohlfing-Dijoux, Stephanie Umsetzungsüberlegungen zur Kaufgewährleistungs-Richtlinie in Frankreich in: Grundmann, Stefan; Medicus, Dieter; Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Köln 2000, S. 145 ff.
- Roskosny, Sigrid /
Bolz, Stephan Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB und seine Berechnung in: BauR 2006, S. 1804. Roskosny/Bolz.
- Roth, Herbert Die Reform des Werkvertragsrechts

in: JZ 2001, S. 543 ff. Zitiert: H. Roth.

- Roth, Wulf-Henning Europäisches Recht und nationales Recht,
in: Canaris, Claus-Wilhelm; Heldrich, Andreas;
Hopt, Klaus J.; Roxin, Claus; Schmidt, Karsten;
Widmair, Gunter (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft,
Band II. Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, München, 2000, S. 847 ff. Zitiert: W.-H. Roth.
- Roth, Wulf-Henning Transposing „Pointillist“ EC Guidelines into
Systematic National Codes – Problems and
Consequences
in: ERPL 2002, S. 761 ff. Zitiert: W.-H. Roth.
- Röthel, Anne Herstellungsverträge und Eigentumsordnung
in: NJW 2005, S. 625 ff.
- Rudolph, Helga Kaufrecht der Export- und Importverträge:
Kommentierung des UN-Übereinkommens über
internationale Warenkaufverträge mit Hinweisen
für die Vertragspraxis, Freiburg 1996
- Rudolph, Jochen Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht
gem. § 651 BGB, Baden Baden 2009
- Sandrock, Andrea Vertragswidrigkeit der Sachleistung. Eine Untersuchung
zum europäischen Privatrecht, Tübingen 2003
- Schiller, Sabine Die Richtlinie über Verbrauchsgüter- und
-garantien
in: PHi 1999, S. 118 ff.
- Schlechtriem, Peter Verbraucherkaufverträge – ein neuer Richtlinienentwurf
in: JZ 1997, S. 441 ff. Zitiert: Schlechtriem JZ.
- Schlechtriem, Peter Die Anpassung des deutschen Rechts an die
Klausel-Richtlinie und den Richtlinienentwurf zum
Verbraucherkaufrecht
in: ZSR 1999, S. 335 ff. Zitiert: Schlechtriem,
ZSR .
- Schlechtriem, Peter Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht
der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf
in: Ernst, Wolfgang; Zimmermann, Reinhard

- (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 205 ff.
Schlechtriem, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform.
- Schlechtriem, Peter
Kaufrechtsangleichung in Europa. Licht und Schatten der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
in: Schack, Haimo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, S. 675 ff. Zitiert: Schlechtriem in GS Lüderitz.
- Schlechtriem, Peter /
Schwenzer, Ingeborg
Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, - CISG -
5. Auflage, München 2008. Zitiert: Bearbeiter in Schlechtriem/Schwenzer.
- Schlosser, Peter
EuGVÜ. EU-Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2003
- Schmidt-Räntsch, Jürgen
Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie
in: ZeuP 1999, S. 294 ff.
- Schnorbus, York
Autonome Harmonisierung in den Mitgliedsstaaten durch die Inkorporation von Gemeinschaftsrecht
in: RabelsZ Bd. 65 (2001), S. 654 ff.
- Schudnagies, Jörg
Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform
in: NJW 2002, S. 396 ff.
- Schuhmacher, Wolfgang
Die Anpassung des österreichischen Rechts an die EU-Vertragsklauselrichtlinie sowie an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
in: ZSR 1999, S. 361 ff.
- Schuhmann, Ralph
Werkvertrag oder Kaufvertrag? - § 651 BGB im Lichte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
in: ZGS 2005, S. 250 ff. Zitiert: Schuhmann ZGS.
- Schuhmann, Ralph
Handbuch des Anlagenvertrages; Ein Leitfaden zur Prüfung und Verhandlung,
Düsseldorf 2001. Zitiert: Schuhmann, Handbuch des Anlagenvertrages.

- Schulte-Nölke, Hans Elf Amtssprachen, ein Recht? Folgen der Mehrsprachigkeit für die Auslegung von Verbraucherschutzrichtlinien
in: Schulze, Reiner (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, 1999, S. 143 ff.
- Schulz, Florian Der Ersatzlieferung- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG,
Frankfurt am Main 2001
- Schurr, Francesco Die neue Richtlinie 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung – Chancen und Gefahren für das deutsche Kaurecht
in: *ZfRV* 1999, S. 222 ff.
- Schwartze, Andreas Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa – Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung
in: *ZeUP* 2000, S. 543 ff.
- Schwenzer, Ingeborg Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European und UNI-DROIT-Principles, im Gandolfi-Entwurf sowie im Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
in: *Schlechtriem* (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts*, Baden-Baden 2002, S. 223-227
- Sienz, Christian Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
in: *BauR* 2002, S. 181 ff.
- Sirks, Boudewijn Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, Hrsg. Schermaier, Martin; Jakab, Eva; Schrage, Eltjo; Vecchi, Paolo M.; Wehrt, Klaus; Schwartze, Andreas; Rainer, J. Michael; Gruber, Michael; Gerkens, J.F.; Saenger, Ingo; de los Mozes, Jose J.; Sefton-Green, Ruth; Garofalo, Luigi; Sirks, Boudewijn; Pichonnaz, Pascal; Howells, Gerraint; Tigg-Flessner, Christian, München 2003, S. 277
- Skamel, Frank Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen
in: *NJW* 2008, S. 2820 ff.

- Soergel, Hans Theodor Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht III/1, (§§ 516-651), Gesetz zur Regelung der Miethöhe; Verbraucherkreditgesetz, 12. Auflage, Stuttgart 1997. Zitiert: Bearbeiter in Soergel.
- Staudenmeyer, Dirk Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf
in: NJW 1999, S. 2393 ff.
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch, §§ 631-651, 13. Auflage, Berlin 1994. Zitiert: Bearbeiter in Staudinger.
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch, §§ 631-651, Berlin 2008. Zitiert: Bearbeiter in Staudinger.
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch, §§ 433-487; Leasing, Berlin 2004. Zitiert: Bearbeiter in Staudinger.
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener UN-Kaufrecht, 2005. Zitiert: Bearbeiter in Staudinger.
- Teichmann, Arndt Kauf- und Werkvertrag in der Schuldrechtsreform
in: ZfBR 2002, S. 13 ff. Zitiert: A. Teichmann.
- Teichmann, Christoph Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Werkvertragsrecht
in: JuS 2002, S. 417 ff. Zitiert: Ch. Teichmann.
- Thewalt, Stephan, Softwareherstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag
in: CR 2002, S. 1 ff.
- Thode, Reinhold EG-Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter – Ihre Auswirkungen auf das deutsche Werkvertragsrecht
in: ZfBR 2000, S. 363 ff. Zitiert: Thode ZfBR.
- Thode, Reinhold Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme – Teil 1
in: NZBau 2002, S. 297 ff. Zitiert: Thode NZBau.

- Thode, Reinhold Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme – Teil 2
in: NZBau 2002, S. 360 ff. Zitiert: Thode NZBau.
- Voit, Wolfgang Die Änderungen des allgemeinen Teils des Schuldrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und ihre Auswirkungen auf das Werkvertragsrecht
in: BauR 2002, S. 145 ff.
- Voit, Wolfgang Die Bedeutung des § 651 BGB im Baurecht nach der Schuldrechtsmodernisierung
in: BauR 2009, S. 369 ff.
- Vorwerk, Volkert Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht
in: BauR 2003, S. 1 ff.
- Wasmer, Wolfgang Vertragsfreiheit und UN-Kaufrecht, Hamburg 2004
- Watterson, Stephen Consumer Sales Directive 1999/EG an the impact on English law,
in: ERPL 2001, S. 197 ff.
- Weick, Günter Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht
in: NJW 1978, S. 11 ff.
- Weis, Hubert Einführung in den Diskussionsentwurf, in: Ernst, Wolfgang; Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 25 ff.
- Werner, Ulrich / Pastor, Walter Der Bauprozess, Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses, 12. Auflage, Köln 2008. Zitiert: Bearbeiter in Werner/Pastor.
- Westermann, Harm Peter Das neue Kaufrecht
in: NJW 2002, S. 241 ff. Zitiert: Westermann NJW.
- Westermann, Harm Peter Vorschlag für eine Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht, in: Grundmann, Stefan; Medicus, Dieter; Rolland, Walter (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleis-

tungsrecht. Reform und Internationalisierung
des deutschen Schuldrechts, Köln 2000,
S. 251 ff. Zitiert: Westermann, Europäisches
Kaufgewährleistungsrecht.

Witz, Wolfgang /
Salger, Hanns-Christian

International Einheitliches Kaufrecht, Praktiker-
Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG,
Heidelberg 2000. Zitiert: Witz/Salger.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ERPL	European Review of Public Law (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
Phi	Produkt- und Umwelthaftpflicht international – Recht und Versicherung (Zeitschrift)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeit- schrift)
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Österreich)
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis)
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

Zu den sonstigen verwendeten Abkürzungen siehe Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage 2008.

Erstes Kapitel

Einleitung

1. Das Anliegen der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit untersucht die Frage, welche Bau- und Anlagenbauverträge der am 01.01.2002 in Kraft getretene § 651 BGB dem Kaufrecht zuordnet und welche weiterhin dem Werkvertragsrecht unterliegen. Betroffen sind Verträge über die Errichtung von Hoch- und Tiefbauten und technische Anlagen aller Art. Untersucht werden darüber hinaus Verträge über ergänzende Bauleistungen, d.h. über herzustellende Bauteile, Maschinen und Anlagenkomponenten, die in zu errichtende oder zu verändernde Bauten oder technische Gewerke eingebaut oder in sonstiger Weise integriert werden sollen.

Seit der Einführung des neuen § 651 BGB ist unklar, welche Vertragsordnung für viele dieser Verträge gilt.¹ Werden sie dem Kaufrecht zugewiesen oder sind es Werkverträge? Verfolgt man die Errichtung von nicht oder kaum unterkellerten Fertighäusern, wie sie heute in großer Zahl insbesondere in Ballungsräumen als Reihenhäuser entstehen, so drängt sich diese Frage angesichts des Grades der Vorfertigung der Teile und der Montage innerhalb kürzester Zeit geradezu auf. Werden hier fertige Gegenstände i. S. d. §§ 433 ff. BGB verkauft oder werden Werke i. S. d. § 631 BGB hergestellt? Dieselbe Frage stellt sich, wenn Ingenieure Maschinen für bestimmte Produktionsanlagen planen und herstellen, damit diese Maschinen anschließend vom Auftraggeber oder Dritten in den technischen Kreislauf der Produktionsanlagen integriert werden können. Erhalten die Auftraggeber hier jeweils einen Kaufgegenstand i.S.d. § 433 BGB oder nehmen sie Werke i.S.d. § 631 BGB entgegen? Kaufrecht und Werkvertragsrecht sind auch nach der Schuldrechtsreform im Gesetz unterschiedlich geregelt, so dass die Einordnung eines Vertrages in die eine oder andere Vertragsordnung rechtliche Konsequenzen hat.²

In der wissenschaftlichen Literatur sind einzelne Aspekte der Thematik mit unterschiedlichen Ergebnissen untersucht worden. Eine aussagekräftige Judikatur fehlt

¹ Hagen S. 713 ff.; Konopka/Acker S. 251 ff.; Leistner S. 81 ff.; Leupertz S. 1648 ff.; Mankowski S. 854 ff.; Metzger S. 231 ff.; Preussner S. 231 ff.; Röthel S. 625 ff.; Schudnagies S. 396 ff.; Sienz S. 181 ff.; Teichmann JuS 2002, 417 ff.; Thode NZBau 2002, S. 360 ff.; Voit, BauR 2002, S. 145 ff.; Voit, BauR 2009, S. 369 ff.; Schuhmann ZGS 2005, 250 ff.; Hagen S. 713 ff.

² Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, 2002; Lorenz NJW 2003, S. 1417 ff.; Pick ZIP 2001, S. 1173 ff.; Raiser S. 402 ff.; Redeker S. 700 ff.; Roth JZ 2001, S. 543 ff.; Teichmann ZfBR 2002, S. 13 ff.; Thode ZfBR 2000, S. 363 ff.; Vorwerk S. 1 ff.; Westermann S. 241 ff.

zum großen Teil noch. Durch diese Arbeit wird erstmals eine systematische Erörterung des Themas unter Einbeziehung der Rechtsprechung der Obergerichte und des BGH bis August 2009 und eine Auslegung des § 651 BGB auf der Grundlage der durch die Norm transformierten Inhalte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgelegt.

2. Die untersuchten Bau- und Anlagenbauverträge

Die einzuordnenden Bau- und Anlagenbauverträge, um die es in dieser Arbeit geht, können in vier Gruppen gegliedert werden:

a. Verträge über die Errichtung von Bauwerken³ und größere maschinelle Anlagen⁴

Zu dieser Gruppe gehören Verträge, in denen sich ein Unternehmer verpflichtet, auf einem Grundstück des Auftraggebers ein ganzes Gebäude oder sonstiges Bauwerk oder eine komplette maschinelle Anlage⁵ aus vorgefertigten Komponenten oder in maßgefertigter konventioneller Errichtungsweise, als wesentliche Grundstücks- oder Gebäudebestandteile oder als Scheinbestandteile i.S.d. § 95 BGB oder als bewegliche Sachen i.S.d. §§ 90 ff. BGB zu errichten. Planungs-, Projektierungsleistungen und Baumanagement können hinzukommen, notwendig ist dieses jedoch nicht. Entscheidend ist, dass es sich um eine schlüsselfertige Erstellung d.h. um einen sog. Turnkey-Contract handelt.

b. Verträge über die Herstellung und Lieferung nebst dem Einbau von Sachen in Bauwerke und größere maschinelle Anlagen

Hierzu gehören Verträge, in denen der Unternehmer von einem Auftraggeber beauftragt wird, Bau- oder Anlagenteile zu erstellen und diese in ein zu errichtendes, oder zu sanierendes Gebäude oder in eine entsprechende maschinelle Anlage einzubauen. Ein Vertrag in dem sich ein Schreiner verpflichtet, Fenster in Standard- oder Individualausführung im Auftrag des Bauherrn oder des Generalunternehmers anzufertigen, anzuliefern und mit eigenen Mitarbeitern vor Ort einzubauen, ist ein Beispiel hierfür. Ein anderes Beispiel ist der Vertrag, in dem sich ein Maschinenbauunternehmen verpflichtet, eine Maschine in einem Anlagenpark durch Erneuerung

³ Hiermit sind Bauwerke i.S.d. § 438, 634a, 648, 648a BGB zu verstehen.

⁴ Hierunter sind Maschinen und Industrieanlagen zu verstehen, die keine wesentlichen Bestandteile eines Grundstücks oder Gebäudes i.S.d. §§ 93 ff. BGB oder Bauwerke i.S.d. §§ 438, 634a, 648, 648a BGB sein müssen.

⁵ Zu den Vertragsinhalten typischer Anlagenbauverträge vgl. Schuhmann, Handbuch des Anlagenvertrages, 2001, Ziffern, 1.2.1 f.; Jousen S. 25 ff.; Hilgers/Buscher Rdnr. 20 ff.

bestimmter, in einer Leistungsbeschreibung spezifizierter und von dem Unternehmen herzustellender Teile nachzurüsten oder zu reparieren.

c. Verträge über die Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers

Zu dieser Gruppe gehören in erster Linie Verträge, deren Gegenstand die Herstellung einer neuen Sache im wesentlichen aus Materialien des Auftraggebers ist. Verpflichtet sich ein Unternehmer, aus antiken Holzvorräten des Bauherrn ein Geländer für eine Original-Treppe in einem Altbau herzustellen, so handelt es sich um einen Vertrag aus dieser Gruppe. Hierzu gehören aber auch Sanierungs-, Nachrüstungs- und Reparaturverträge, in denen durch eine funktionale Leistungsbeschreibung vereinbart wird, welchen Zustand die vom Unternehmer zu sanierenden oder zu ertüchtigenden Gewerke bei Fertigstellung der Leistung haben sollen. Wird ein Ingenieur damit beauftragt, den Trittschallschutz einer Zwischendecke für eine bestimmte Nutzung anzupassen, so ist es ihm überlassen, welche Gegenstände er dafür einbaut und welche Maßnahmen er durchführt. Der Unternehmer hat bei diesen Verträgen auf eigenes Risiko die geeigneten Sachen und Arbeiten für den geschuldeten Erfolg auszuwählen.

d. Verträge über die Herstellung und Lieferung von Sachen zum Einbau in Bauwerke und größere maschinelle Anlagen durch den Auftraggeber oder Dritte

Hierzu gehören Verträge, in denen sich ein Unternehmer verpflichtet, dem Auftraggeber Bauteile oder Maschinen zu dem Zweck zu liefern, dass der Auftraggeber oder ein Dritter sie in ein Gebäude einbaut oder einem Anlagenkreislauf einpasst.

Beauftragt ein Generalunternehmer ein Fensterbauunternehmen, Fenster für ein zu errichtendes Gebäude herstellen und auf die Baustelle zu liefern, damit der Generalunternehmer sie einbauen kann, so handelt es sich um einen Vertrag dieses Typs.

3. Die Problematik

a. § 651 BGB als Verweisungsnorm vertraglicher Sachverhalte in das Kauf- und Werkvertragsrecht vor dem 01.01.2002

§ 651 BGB a.F. bildete bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung die Norm, die Bau- und Anlagenbauverträge den Vertragsordnungen des Werkvertragsrechts oder des Kaufrechts zuwies.

Nach § 651 BGB a.F. war Kaufrecht anwendbar, wenn der Unternehmer

mit von ihm zur Verfügung zu stellenden Stoffen eine vertretbare Sache herzustellen und dem Auftraggeber zu verschaffen hatte. War eine unvertretbare Sache herzustellen, so galt Werkvertragsrecht. Werkvertragsrecht galt auch, wenn der Unternehmer die Sache - egal ob vertretbar oder unvertretbar - aus Stoffen herzustellen hatte, die ihm vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden waren.⁶

b. Die Rechtsprechung des BGH zur anwendbaren Vertragsordnung auf Bau- und Anlagenbauverträge

Der BGH sah § 651 BGB a.F. für die Abgrenzung der Verträge am Bau als ungeeignet an. Er negierte die Vorschrift und entwickelte ein eigenes judikatives Abgrenzungssystem für die Verträge im Bau- und Anlagenbaubereich.⁷ An diesem Abgrenzungssystem orientierte sich die Vertragspraxis.

Der BGH unterschied bis zur Schuldrechtsmodernisierung Werklieferungsverträge im eigentlichen und im uneigentlichen Sinn. Erstere waren die Verträge, für die § 651 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB a.F. auf die Regelungen des Werkvertragsrechts verwies. Uneigentliche Werklieferungsverträge waren die Verträge, die § 651 BGB a.F. in das Kaufrecht verwies. Der BGH nahm die Einordnung anhand funktionaler Kriterien vor.

Werklieferungsverträgen im eigentlichen Sinne, d.h. Verträge, die der Vertragsordnung der §§ 631 ff. BGB unterlagen, waren für den BGH Verträge, in denen sich der Unternehmer zur Herstellung, Lieferung und Montage von Gegenständen verpflichtete, wenn die Verpflichtung des Unternehmers auf den einheitlichen und umfassenden Werkerfolg der Herstellung und Montage an einem bestimmten Ort gerichtet war. Allein die vom Unternehmer neben der Lieferung geschuldete Funktionsgerechtigkeit der Sache für ein spezielles Bauwerk war das maßgebliche Kriterium für die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts.⁸ Die sachenrechtliche Zuordnung der vertragsgegenständliche Sache als bewegliche Sache, Grundstücksbestandteil oder Scheinbestandteil gem. § 95 BGB war für die Abgrenzung bedeutungslos.

Nach diesen Kriterien hat der BGH einen Vertrag über die Lieferung und Montage einer Tierkörperverwertungsanlage dem Werkvertragsrecht zu-

⁶ Peters in Staudinger, 1994, Rdnr. 1 zu § 651.

⁷ Thode NZBau 2002, 360.

⁸ Ibidem (nachfolgend: „Ibd.“)

geordnet.⁹ Die genannten Grundsätze hat der BGH auch als erfüllt angesehen bei einem Vertrag, in dem sich der Unternehmer verpflichtet hatte, eine Ballenpresse für eine Papierförderanlage plangerecht einzubauen und anzuschließen.¹⁰ In der Entscheidung „Einbauküche“ hat der BGH Werkvertragsrecht i.S.d. § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB a.F. mit der Begründung angewandt, der Unternehmer habe sich nicht nur zur Lieferung serienmäßiger Möbel und Elektrogeräte verpflichtet, sondern auch zum plangerechten Einbau und zum Anschluss der Geräte.¹¹

Werklieferungsverträge im eigentlichen Sinne gem. § 651 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB a.F. waren nach der Rechtsprechung des BGH auch Verträge, durch die sich der Unternehmer verpflichtete, bewegliche Sachen herzustellen oder zu bearbeiten, die zum Einbau durch einen anderen Unternehmer in ein konkretes Bauwerk bestimmt waren. Als Voraussetzung für die Einordnung als Werklieferungsvertrag im eigentlichen Sinne verlangte der BGH lediglich die Kenntnis des herstellenden und liefernden Unternehmers von der Zweckbestimmung seiner Leistung.¹²

Verträge über die Bebauung von Grundstücken mit Bauwerken ordnete der BGH dem Werkvertragsrecht zu und zwar ebenfalls unabhängig davon, ob ein Grundstücksbestandteil oder ein Scheinbestandteil gem. § 95 BGB oder eine bewegliche Sache hergestellt wurde.¹³

Da der BGH auch Verträge als Werkverträge einordnete, bei denen die geschuldete Sache nicht wesentlicher Bestandteil des Gebäudes oder Grundstücks wurde, sondern ihren sachenrechtlichen Status als bewegliche Sache behielt, konnten auch Verträge über die Errichtung oder den Einbau solcher maschineller Anlagen, die vom BGH nicht als Bauwerke oder wesentliche Bestandteile eines solchen i.S.d. §§ 93, 94 BGB, sondern als bewegliche Sachen i.S.d. § 90 BGB eingeordnet wurden, dem Werkvertragsrecht zugeordnet werden.¹⁴

Die Verträge, deren Gegenstand die Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers bildete, waren bereits nach dem Wortlaut des § 651 BGB a.F. Werkverträge. Sofern sie beinhalteten, dass aus Material des Auftragge-

⁹ BGHZ 83, 197.

¹⁰ BGHZ 99, 160.

¹¹ BGH BauR 1990, 351.

¹² BGHZ 72, 206; BGH BauR 1980,355; BGH BauR 1990, 603.

¹³ BGHZ 117, 121; BGH BauR 1991, 741; BGH BauR 1983, 64; BGH BauR 1997, 640; BGH BauR 1999, 670.

¹⁴ Thode, NZBau 2002, 360.

bers vom Unternehmer eine neue Sache herzustellen war, galten sie als "klassischer" Fall des Werkvertrages.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass alle typischen Verträge des Bau- und Anlagenbaubereichs vor dem 01.01.2002 Werkverträge waren.

c. § 651 BGB n.F. als Verweisungsnorm für Bau- und Anlagenbauverträge in das Kaufrecht

Seit dem 1. Januar 2002 gilt § 651 BGB mit wesentlich verändertem Inhalt. § 651 BGB n.F. unterstellt Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender¹⁵ beweglicher Sachen dem Kaufrecht. Dieses gilt unabhängig davon, ob eine vertretbare oder unvertretbare Sache herzustellen ist.¹⁶ Es gilt auch unabhängig davon, ob die Sache aus Stoffen des Bestellers oder des Unternehmers herzustellen bzw. zu erzeugen ist (§ 651 Satz 3 BGB).¹⁷ Im Falle der Herstellung unvertretbarer Sachen werden zwar einzelne Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar erklärt. Die Einordnung der betroffenen Verträge in das Kaufrecht berührt dieses jedoch nicht.¹⁸ Die werkvertraglichen Vorschriften gelten lediglich zusätzlich zum Kaufrecht.

§ 651 BGB wurde neu gefasst durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, das u. a. die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft aus dem Jahre 1999 in das deutsche Recht transformierte. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (nachfolgend auch "Richtlinie" genannt) verweist Verträge über die Lieferung herzustellender Verbrauchsgüter in das Kaufrecht. Da zu diesen Verträgen auch solche gehören, die von § 651 BGB a.F. und der Rechtsprechung des BGH dem Werkvertragsrecht zugeordnet wurden, musste in der Neufassung des § 651 BGB die Trennungslinie zwischen Kaufrecht und Werkvertragsrecht in Richtung des Kaufrechts verschoben werden.¹⁹

Der Gesetzgeber hielt die Verweisung von Werk- und Werklieferungsverträgen in das Kaufrecht durch § 651 BGB für unproblematisch, da er durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz Regelungen des Kauf- und Werkvertragsrechts einander angeglichen hatte.

¹⁵ Auf die Erzeugung wird in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen, da sie im Rahmen von Bau- und Anlagenbauverträgen keine Bedeutung hat.

¹⁶ Schwenker in Erman Rdnr. 3 zu § 651; Rudolph S. 90 f.

¹⁷ Peters in Staudinger Rdnr. 2 zu § 651; Rudolph S. 98 ff. m.w.N.

¹⁸ Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 19 zu § 651.

¹⁹ Thode ZfBR 2000, 363 ff.; Peters in Staudinger Rdnr. 1 ff. zu § 651.

d. Die Bedeutung der Verweisung in § 651 BGB für das Bau- und Anlagenbauvertragsrecht

a.a. Relevante Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht nach dem 01.01.2002?

Das Kaufrecht und das Werkvertragsrecht sind durch die Schuldrechtsmodernisierung rechtlich in vielen Aspekten einander angenähert worden. Es bestehen aber weiterhin wesentliche Unterschiede, da die Regelungskonzepte von Kauf- und Werkvertragsrecht nach wie vor auf stark voneinander abweichende Lebenssachverhalte ausgerichtet sind.

Die Konzeption des Kaufrechts ist auf den zügigen Umsatz von Waren gegen Vergütung d.h. auf die mehr oder weniger sofortige Realisierung des Leistungsaustausches gerichtet. Über den Leistungsgegenstand im Kaufrecht bestehen in der Regel von vorn herein eindeutige Vorstellungen, da andere Exemplare oder Modelle des Kaufgegenstandes existieren. Wegen der regelmäßigen sofortigen Verfügbarkeit des Kaufgegenstandes ist die Durchführung des Vertragsverhältnisses nicht für einen längeren Zeitraum geplant.²⁰

Im Werkvertrag verspricht hingegen der Unternehmer die Erstellung und Verschaffung eines Werkes, das bei Vertragsschluss noch nicht existiert und über dessen Ausmaß, Gestalt und Funktionsweise die Parteien oft noch keine konkreten Vorstellungen haben. Erst im Laufe des sich über einen längeren Zeitraum gestaltenden Vertragsverhältnisses wird die geschuldete Leistung konkretisiert.²¹

Wegen dieser unterschiedlichen Grundkonzepte von Kauf- und Werkvertragsrecht sind die Mängelrechte, die Fälligkeit der Vergütung, die Sicherheiten und die Mitwirkungspflichten der Vertragsparteien auch nach dem 01.01.2002 im Gesetz unterschiedlich für die beiden Vertragsordnungen geregelt. Die Einordnung eines Vertragsverhältnisses als Werkvertrag oder als Kaufvertrag führt somit zu unterschiedlichen Rechtsfolgen und hat für die Vertragsparteien weitreichende Konsequenzen.

²⁰ Beckmann in Staudinger § 433 ff. Rdnr. 1.

²¹ Sprau in Palandt Einführung vor § 631 Rdnr. 1.

b.b. Unklarer Anwendungsbereich des § 651 BGB

Es bestehen viele ungelöste Fragen über den Anwendungsbereich des § 651 BGB im Hinblick auf Bau- und Anlagenbauverträge. Die Norm ist in ihrem Wortlaut nicht eindeutig. Bei ihrer Auslegung sind nicht nur die Auslegungsregeln des deutschen Rechts zu berücksichtigen, sondern auch die Inhalte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, soweit deren Regelungsbereich § 651 BGB erfasst. Die bisherigen Abgrenzungskriterien zwischen Kauf- und Werkverträgen für die Vertragsverhältnisse im Bau- und Anlagenbaubereich, die von der Rechtsprechung zu § 651 BGB a.F. entwickelt wurden, sind nicht mehr ohne weiteres anwendbar. Neue gesicherte Abgrenzungskriterien liegen für weite Bereiche der Thematik noch nicht vor.

4. Überblick über die vertretenen Lösungsansätze zur Problematik des § 651 BGB

a. Die Judikatur

Der BGH hat in seinem Urteil vom 23. Juli 2009²² entschieden, dass Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- und Anlagenteilen zum Gegenstand haben, Kaufverträge i.S.d. § 651 BGB sind und zwar unabhängig davon, ob sie mit Verbrauchern oder zwischen Unternehmern geschlossen wurden. Die Zweckbestimmung der Teile, später durch den Auftraggeber oder Dritte in ein Gebäude eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Ob etwas anderes gilt, wenn der Unternehmer auch zum Einbau der Teile in ein Bauwerk verpflichtet ist, musste der BGH im zu entscheidenden Fall nicht klären. Er hat die Frage ausdrücklich offen gelassen. Der BGH weicht mit der Entscheidung von seiner bisherigen Rechtsprechung ab. Wie oben dargestellt, ordnete er unter der Geltung des § 651 BGB a.F. Verträge über die Lieferung von herzustellenden Sachen, die, für den Unternehmer erkennbar, zum Einbau in ein Bauwerk durch den Auftraggeber oder Dritte bestimmt waren, dem Werkvertragsrecht zu. Diese Rechtsprechung gibt der BGH im Hinblick auf die Neuregelung des § 651 BGB nun ausdrücklich auf. Zur Inhaltsbestimmung des Begriffs der „beweglichen Sachen“ in § 651 BGB n.F. trifft der BGH in dem Urteil keine Feststellungen. Er weist lediglich darauf hin, dass dem Gesetz keine Beschränkung derart entnommen werden könne, dass nur Verträge über typische Massengüter oder zum Verbrauch bestimmte Güter erfasst seien.

²² BGH Urteil vom 23. Juli 2009-VII ZR 151/08.

Anlass für die obige Entscheidung des BGH war ein Urteil des OLG Nürnberg,²³ wonach § 651 BGB auf Verträge zwischen Unternehmern nicht anzuwenden sei, wenn Vertragsgegenstand die Lieferung eines herzustellenden beweglichen Investitionsgutes (im Unterschied zu einem Verbrauchsgut) sei. Unternehmerverträge über Investitionsgüter seien vielmehr nach den bisherigen Kriterien der Rechtsprechung dem Kauf- oder Werkvertragsrecht zuzuweisen. Dem ist der BGH in obiger Entscheidung entgegen getreten.²⁴

Das Kammergericht²⁵ ordnete in einer Entscheidung zum neuen Recht einen Vertrag über die Lieferung und den Einbau einer herzustellenden Einbauküche weiterhin nach den bisherigen Abgrenzungskriterien des BGH dem Werkvertragsrecht zu. Das OLG Sachsen-Anhalt²⁶ sah einen Vertrag über die Bearbeitung von Baustoffen des Auftraggebers als Werkvertrag an, da keine komplett neue Sache durch die Bearbeitung entstanden war. Die Rechtsprechung der unteren Gerichtsinstanzen ist - soweit ersichtlich - uneinheitlich. Auf sie wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen.

b. Die Rechtswissenschaft

Die Stimmen aus der Rechtswissenschaft, die sich mit dem Thema beschäftigen, stellen übereinstimmend fest, dass zweifelhaft sei, welche Verträgen des Bau- und Anlagenbaubereichs § 651 BGB in das Kaufrecht verweise. Weitgehende Einigkeit besteht auch in der Beurteilung, dass durch die Rechtslage nach dem 01.01.2002 eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Kaufrechts zu Lasten des Werkvertragsrechts entstanden ist und dass diese Ausweitung unerwünscht ist.

Einige Autoren versuchen, die Anwendbarkeit des § 651 BGB durch restriktive Auslegung zurückzudrängen, um Raum für die bisherigen Abgrenzungskriterien des BGH zu Gunsten des Werkvertragsrechts zu gewinnen. Ansatzpunkte hierfür sind eine restriktive Auslegung der Begriffe "Lieferung" und "bewegliche Sache."

Im Rahmen der restriktiven Auslegung des Lieferbegriffs werden Verträge, deren Schwerpunkt nicht die Herstellung und Übereignung einer Sa-

²³ OLG Report München Stuttgart Karlsruhe Nürnberg Bamberg 2009, 77 f.

²⁴ In einem ähnlichen Fall mit privaten Auftraggebern hatte das OLG Nürnberg auf den streitgegenständlichen Vertrag Kaufrecht gem. § 651 BGB angewendet; OLG Nürnberg BauR 2007, 122 ff.

²⁵ KG MDR 2007, 76.

²⁶ OLG Sachsen-Anhalt IBR 2008, 137.

che, sondern ihr Einbau ist, aus dem Anwendungsbereich des § 651 BGB ausgeschlossen und Werkvertragsrecht unterstellt.²⁷ Auch Verträge, bei denen der Auftraggeber von Gesetzes wegen und nicht durch rechtsgeschäftliche Übereignung Eigentümer der vom Unternehmer hergestellten Sache wird, werden aus dem Anwendungsbereich des § 651 BGB herausgenommen und dem Werkvertragsrecht unterstellt.²⁸

Über eine restriktive Auslegung des Begriffs der "beweglichen Sache" werden Verträge über die Herstellung und Lieferung von Investitionsgütern vom Anwendungsbereich des § 651 BGB ausgeschlossen und Werkvertragsrecht unterstellt.²⁹

Andere Autoren in der Rechtswissenschaft plädieren, vorwiegend im Hinblick auf die Inhalte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, für eine Auslegung des § 651 BGB, die mehr Raum für die Einbeziehung von Bau- und Anlagenbauverträgen belässt.³⁰

5. Gang der nachfolgenden Darstellung

Im zweiten Kapitel werden die Entstehungsgeschichte und die gesetzgeberischen Ziele des § 651 BGB n.F. dargestellt, da die Historie und die Teleologie zu den Kriterien gehören, die zur Auslegung des § 651 BGB heranzuziehen sind.

Sodann wird die Relevanz der Einordnung ermittelt, d.h. es wird festgestellt, welche unterschiedlichen Rechtsfolgen durch die Einordnung von Bau- und Anlagenbauverträgen in das Kaufrecht oder in das Werkvertragsrecht entstehen. Anschließend werden die offenen Fragen zur Auslegung und Anwendung des § 651 BGB zusammen gestellt.

Das dritte Kapitel widmet sich der Darstellung und anschließenden Bewertung der Inhalte der Rechtsprechung und der Vorschläge der Wissenschaft zur Auslegung des § 651 BGB und der Einordnung der Verträge des Bau- und Anlagenbaubereichs.

Im vierten Kapitel wird schließlich im Hinblick auf die Bewertung im dritten Kapitel eine neue Auslegung der Norm auf der Grundlage der Inhalte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erarbeitet. Die Fallgruppen, die im ersten Kapitel für Bau- und Anlagenbauverträge gebildet wurden, werden sodann der für sie vorge-

²⁷ Kniffka 27.4.3; Leupertz BauR 2006, 1650; Schuhmann ZGS 2005, 255.

²⁸ Voit in BauR 1a/2002 S. 146 f.

²⁹ Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich Rdnr. 8 f. zu § 651; Kniffka 27.4.3 Rdnr. 19.

³⁰ Metzger S. 263; Leistner S. 86.

sehenen Vertragsordnung zugewiesen.

Zweites Kapitel

Entstehung, Bedeutung und Inhalt des § 651 BGB n.F. im Hinblick auf Bau- und Anlagenbauverträge

1. Entstehung und Teleologie des § 651 BGB

§ 651 BGB regelte bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes den „*Werklieferungsvertrag*“ mit dem im ersten Kapitel, Ziffer 3 lit. a genannten Inhalt. Die Vorschrift unterlag in erheblichem Umfang richterlicher Rechtsfortbildung, die ihren Wortlaut weitgehend ignorierte³¹ und die Abgrenzung nach den im ersten Kapitel, Ziffer 3 lit. b geschilderten funktionalen Kriterien vornahm. Im Zuge der Modernisierung des Schuldrechts kam die Vorschrift neu in den Fokus des Gesetzgebers und der Wissenschaft.

a. Das Anliegen einer Modernisierung des Schuldrechts

Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung war ursprünglich eine umfassende Erneuerung des Werkvertragsrechts angestrebt worden.³² Der vom Bundesministerium der Justiz vorgelegte Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4. August 2000 sah eine solche Erneuerung vor und verfolgte das Ziel, das Werkvertragsrecht so weit wie möglich dem Kaufrecht anzupassen.³³ Grundlage dieses Diskussionsentwurfs waren die Ausarbeitungen der Schuldrechtskommission aus dem Jahre 1991.³⁴ Unter der Leitung des Freiburger Instituts für Baurecht wurde 2001 ein Ergänzungsentwurf erstellt,³⁵ der die Stellungnahmen der Wissenschaft und Rechtsprechung seit 1991 verarbeitete, die in dem ursprünglichen Diskussionsentwurf vom 4. August 2000 noch nicht berücksichtigt worden waren.³⁶

b. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25.05.1999

Unmittelbarer Anlass für die am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierung war dann jedoch im wesentlichen der Umstand, dass drei EU-Richtlinien in nationales Recht umzusetzen waren. Unter diesen

³¹ Thode NZBau 2002, 360.

³² Preussner S. 231.

³³ Ibd.

³⁴ Thode NZBau 2002 S. 298 m.w.N.

³⁵ Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZBau 2001, 183 ff.

³⁶ Zur Historie auch Rudolph S. 27 f.

befand sich die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aus dem Jahre 1999.³⁷ Sie war gem. ihrem Art. 11 Abs. 1 bis zum 31. Dezember 2001 in das deutsche Recht zu transformieren.³⁸

Die Richtlinie bezieht sich auf „einige Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“. Sie basiert auf dem Grünbuch der EG-Kommission aus dem Jahre 1993³⁹ über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst und einem fast vier Jahre dauernden europäischen Gesetzgebungsverfahren.⁴⁰ Vorbild der Richtlinie ist das Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf zwischen Gewerbetreibenden aus dem Jahre 1980 (CISG).⁴¹ Die Richtlinie enthält zudem Parallelen zu den Vorschlägen der Schuldrechtskommission aus dem Jahre 1992, da sich auch diese am Wiener Übereinkommen orientierten.⁴² Die Richtlinie zielt auf die Verbesserung des Schutzes des Verbrauchers insbesondere bei grenzüberschreitenden Käufen im Binnenmarkt. Darüber hinaus soll dem Verbraucher der Vergleich ausländischer mit einheimischen Angeboten erleichtert werden. Er soll keiner Ungewissheit mehr über die in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Gewährleistungs- und Garantierechte ausgesetzt sein. Das Mittel hierfür ist eine Mindestharmonisierung der Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf.⁴³

Die Richtlinie regelt im Themenbereich der vorliegenden Arbeit Verträge mit Verbrauchern über die Lieferung herzustellender oder zu liefernder Verbrauchsgüter. Die Bezeichnung des Regelungsgegenstandes in Art. 1 der Richtlinie, der Verbrauchsgüterkauf, ist aus der Sicht des deutschen Rechts irreführend, weil die Richtlinie auch Werklieferungsverträge und Werkverträge über bewegliche Sachen umfasst. Die Einbeziehung von Werkverträgen in den Bereich des Kaufrechts durch die Richtlinie resultiert aus dem Konzept des europäischen Privatrechts, das Art. 1 Absatz 4 der Richtlinie zugrunde liegt. Dieses kennt die Kategorien des Kauf- und Werkvertrags im Sinne des deutschen Rechts nicht. Der europäische Ge-

³⁷ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABIEG Nr. 171 v. 7. Juli 1999 S. 12.

³⁸ Beckmann in Staudinger Rdnr. 26 vor §§ 433 ff.

³⁹ Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst vom 15.11.1993 KOM (93) 509 endg., S. 9.

⁴⁰ Hänlein S. 1641.

⁴¹ Reich S. 2398; Staudenmayer S.2394; Beckmann in Staudinger Rdnr. 27 vor §§ 433 ff.

⁴² Beckmann in Staudinger Rdnr. 25 zu §§ 433 ff.

⁴³ Begründung in: Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien vom 18.06.1996, ZIP 1996, 1845 ff.

setzgeber hat vielmehr durch diverse Rechtsakte die eigene Kategorie der Verträge über die Lieferung beweglicher Gegenstände („Waren“) herausgebildet. Diese Kategorie hat in §§ 312b Abs.1, 358 Abs.1, 3 BGB und Art. 29 Abs. 1 EGBGB auch Eingang in das deutsche Recht gefunden.⁴⁴

Der ursprüngliche Richtlinien-Vorschlag der EG-Kommission⁴⁵ erstreckte sich nur auf Kaufverträge über die Lieferung von fertigen Verbrauchsgütern. Die Erweiterung der Richtlinie auf Verträge über die Lieferung herzustellender Verbrauchsgüter beruht auf einem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments,⁴⁶ durch den der erste Teil des Art. 3 Abs. 1 CISG, der diese Regelung fast wortgleich enthält, in den Richtlinienvorschlag⁴⁷ übernommen wurde. Durch den Rat wurde dann der noch fehlende Teil des Art. 3 Abs. 1 CISG eingefügt, wonach solche Verträge nicht erfasst sind, bei denen der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung notwendigen Stoffe zur Verfügung stellt.⁴⁸ Nach Kontroversen über diese Einfügung zwischen den europäischen Organen wurde im Zuge des Vermittlungsverfahrens der zweite Teil des Art. 3 Abs. 1 CISG wieder gestrichen und Art. 2 Abs. 3 Alt. 3 der Richtlinie eingefügt, wonach die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen ist, wenn die Vertragswidrigkeit der Sache auf den vom Verbraucher zu liefernden Stoff zurückzuführen ist.⁴⁹ Eine Regelung entsprechend Art. 3 Abs. 2 CISG wurde zu keiner Zeit in den Richtlinien text aufgenommen. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Anwendung des UN-Kaufrechts auf solche Verträge ausgeschlossen ist, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht. Die Nichtaufnahme einer solchen Regelung in die Richtlinie trotz offensichtlich intensiver Beschäftigung mit dem CISG durch den Richtliniengeber und trotz dessen grundsätzlicher Absicht, sich eng am CISG zu orientieren, zeigt, dass man sich bewusst für eine Ausweitung der Verbraucherschutzvorschriften auch auf Verträge entschlos-

⁴⁴ Mankowski S. 855.

⁴⁵ Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien vom 18. Juni 1996 KOM (95) 520 endg., ABIEG Nr. C 307 vom 16. Oktober 1996, S. 8.

⁴⁶ Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 10. März 1998, ABIEG Nr. C 104 vom 6. April 1998.

⁴⁷ Geänderter Vorschlag der EG-Kommission vom 1. April 1998, ABIEG Nr. C 148 v. 14. Mai 1998, S. 12.

⁴⁸ Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 24. September 1998, ABIEG Nr. C 333 v. 30. Oktober 1998 S. 46.

⁴⁹ Staudenmayer S. 2394.

sen hat, die in den Mitgliedstaaten Werkverträge sind.⁵⁰

Das Grünbuch hatte ursprünglich zusätzlich zum Kauf auch den Kundendienst thematisiert. Dieser betraf alle Serviceleistungen, die nach dem Erwerb der Ware außerhalb einer Garantie oder der Gewährleistung durch den Verkäufer oder Hersteller erbracht werden.⁵¹ Insbesondere Montageleistungen und Reparaturarbeiten durch den Verkäufer und die Verfügbarkeit von Ersatzteilen gehörten hierzu.⁵² Die Harmonisierung des Kundendienstes wurde im weiteren Verlauf des Verfahrens aufgegeben. Dieses wurde u. a. damit begründet, dass Serviceleistungen zu komplex und vieltätig seien, um ohne weiteres einheitlich geregelt werden zu können.⁵³ Es wurde dann ein Kompromiss zwischen der Ausweitung des Harmonisierungsbereichs auf alle Serviceleistungen, die im Rahmen eines Kaufs anfallen und der Beschränkung der Harmonisierung nur auf die Lieferung der Kaufsache geschlossen. In der Endfassung der Richtlinie werden nur Montageleistungen als Serviceleistungen im Rahmen eines Kaufs von den Gewährleistungsregelungen der Richtlinie erfasst. Dieser Kompromiss ist in Art. 2 Ziffer 5 der Richtlinie formuliert worden.⁵⁴

c. **Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001**

Die EU-rechtlichen Vorgaben wurden zum Anlass einer grundsätzlichen Reform des Schuldrechts genommen. Die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie haben die Inhalte des neuen Schuldrechts, insbesondere des Kaufrechts, erheblich beeinflusst. Von der ursprünglich geplanten umfassenden Erneuerung des Werkvertragsrechts wurde hingegen abgesehen. In diesem Bereich kam es nur zu einigen inhaltlichen Angleichungen zum neuen Kaufrecht.⁵⁵

Soweit die Modifizierungen des Kaufrechts der Umsetzung der Richtlinie dienten, sollte nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers kein gesondertes Kaufrecht für Verbraucher geschaffen werden. Ziel der Novellierungen im Schuldrecht war es vielmehr, ein einheitliches Kaufrecht auf

⁵⁰ Ehmman/Rust S. 856; Lehr/Wendel S. 321; Hänlein S. 1641 f.

⁵¹ Höffe S. 16 ff.

⁵² Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Grünbuch, ABIEG. C 307 vom 16.10.1996, S. 8 ff.

⁵³ Dok. KOM (95) 520 endg., S. 13.

⁵⁴ Jud ÖJZ 1997, 441 f.; in der Begründung des Kommissions-Entwurfs (ZIP 1996, 1850) wird dazu ausgeführt: „Demgemäß lässt sich bei der Montage von Gütern im Verbund mit einem Kaufabschluss diese Ausweitung problemlos bewerkstelligen bzw. ist sie aufgrund der Schwierigkeit, in der Praxis diese beiden Leistungen des Gewerbetreibenden deutlich zu unterscheiden, und der Notwendigkeit, den Verbraucher auf homogene Weise zu schützen, sogar unerlässlich.“

⁵⁵ Roth S. 543.

der Grundlage der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu schaffen.⁵⁶

Die Neuregelung des § 651 BGB wurde erforderlich, weil die Richtlinie - wie oben ausgeführt wurde - in Art. 1 Abs. 4 Verträge, welche die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen betreffen, dem Kaufrecht unterstellt. Soweit diese Vertragsverhältnisse im bisherigen § 651 BGB dem Werkvertragsrecht zugeordnet worden waren, mussten sie jetzt in das Kaufrecht verwiesen werden.⁵⁷ Nur das Kaufrecht war durch die Schuldrechtsmodernisierung ausreichend an die europäischen Vorgaben angepasst worden. § 651 BGB ergreift nach seinem Wortlaut nicht nur Verbraucherverträge, sondern auch sonstige Verträge, insbesondere solche zwischen Unternehmern und folgt so dem Konzept des Gesetzgebers, ein einheitliches Kaufrecht zu schaffen und nicht nur ein Verbraucherkaufrecht.⁵⁸

d. Die Begründung zum Regierungsentwurf des § 651 BGB

Dem Regierungsentwurf des § 651 BGB wurde eine umfangreiche Begründung beigegeben, aus der sich die Motive für die Neufassung deutlich ergeben und die auch Anhaltspunkte für die Auslegung der Inhalte und Begriffe der Norm enthält.

a.a. Umsetzung der Anforderungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

§ 651 BGB setzt Art. 1 Absatz 4 der Richtlinie in das deutsche Recht um. In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es dazu, es entfalle mit der Neuregelung der typologischen Abgrenzung nun die Notwendigkeit, im Werkvertragsrecht besondere Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf bzw. -werkvertrag für die unter die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie fallenden Werkverträge vorzusehen.⁵⁹ § 651 BGB in seiner neuen Fassung entspreche ferner weitgehend Artikel 3 Abs. 1 UN-Kaufrecht. Dort seien allerdings ausgenommen die Fälle, in denen der Besteller einen wesentlichen Teil der zur Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen habe. Diese Einschränkung habe die Richtlinie, die sich im übrigen bei dieser Frage an dem UN-

⁵⁶ Westermann S. 241 f.

⁵⁷ Teichmann S. 423.

⁵⁸ Thode NZBau 2002, 300.

⁵⁹ Begründung zum Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 14/6040 S. 268.

Kaufrecht orientiere, nicht mit übernommen.⁶⁰

§ 651 BGB in der Neufassung sei im übrigen - dem Anwendungsbereich der Richtlinie folgend - auf bewegliche Sachen beschränkt. Von dem Anwendungsbereich des Werkvertragsrecht erfasst würden damit weiterhin im wesentlichen die Herstellung von Bauwerken, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nicht-körperlicher Werke.⁶¹

Satz 2 des neuen § 651 BGB enthalte eine Besonderheit bei der Anwendung des Kaufrechts auf die in Satz 1 genannten Werkverträge. Sie beziehe sich auf den neuen § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB, der den Ausschluss der Rechte des Käufers bei Kenntnis des Mangels betreffe. Dieser Ausschluss werde ausgedehnt auf die Fälle, in denen der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen sei. Dies entspreche dem letzten Fall des Artikels 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der unter diesen Voraussetzungen einen Mangel verneine. Diese Konstellation könne nur dann eintreten, wenn aus diesem gelieferten Stoff eine Sache herzustellen sei, es sich mithin um einen der Werkverträge handle, auf die die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gem. Artikel 1 Abs. 4 Anwendung finde. Deshalb solle dieser Fall im Zusammenhang mit der Bestimmung geregelt werden, die das Kaufrecht auf derartige Werkverträge für entsprechend anwendbar erklärt.⁶²

b.b. Wegfall des Erfordernisses eines gesonderten Vertragstyps „Werklieferungsvertrag“

Der Regierungsentwurf begründet die Reform weiter mit dem Argument, es bestehe kein Bedarf mehr nach einem „gesonderten Typus“ des Werklieferungsvertrags. Der bisherige § 651 BGB habe seinen Grund in den erheblichen Unterschieden zwischen Kauf- und Werkvertrag bei der Haftung für Sachmängel gehabt. Der fehlende Nacherfüllungsanspruch beim Kaufvertrag, die nicht sofort mögliche Wandelung und Minderung beim Werkvertrag sowie die unterschiedlichen Gewährleistungsfristen bei Bauwerken hätten der Zuordnung zu einem der Vertragstypen erhebliche Bedeutung

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

geben. Diese Unterschiede würden im neuen Gesetz beseitigt.⁶³

Es sei deshalb gerechtfertigt, Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Sachen anzuwenden. Die Fälle der zu erzeugenden Sachen dürften ohnehin regelmäßig auch ohne besondere Regelung dem Kaufrecht unterfallen. Es dürfte sich nahezu ausschließlich um Gattungskäufe handeln. Aber auch bei der Herstellung nicht vertretbarer Sachen, auf die nach bisherigem Recht Werkvertragsrecht anzuwenden wäre, könne Kaufrecht zur Anwendung kommen. Dies sei nach bisherigem Recht problematisch, weil die Herstellungsverpflichtung im Kaufrecht insbesondere bei der Sachmängelhaftung keine angemessene Berücksichtigung finde. Es fehle vor allem ein Nachbesserungsanspruch. Die weitgehende Angleichung der Mängelhaftung bei den Vertragstypen Kauf- und Werkvertragsrecht, wie sie die Neuregelung vornehme, nehme der Einordnung des Vertrags ihre Bedeutung und lasse es in weit größerem Umfang als nach bisherigem Recht zu, auch Verträge mit einer Herstellungsverpflichtung dem Kaufrecht zu unterstellen.⁶⁴

c.c. Beseitigung unübersichtlicher Verweisungen in § 651 BGB a.F. und Vereinfachung der Norm

Die Schuldrechtskommission hatte die Streichung der gesamten Vorschrift vorgeschlagen, da sie unübersichtliche Verweisungen enthalte und ihr Grund - die erheblichen Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertrag bei der Haftung für Sachmängel - durch die Reform entfallen würde. Stattdessen sollte in einem neuen § 631 Abs. 2 die Herstellung unvertretbarer Sachen ausschließlich dem Werkvertragsrecht zugewiesen werden.⁶⁵ Diese Vorschläge sind, wie oben gezeigt wurde, nicht verwirklicht worden.

Der Regierungsentwurf begründet die Reform des § 651 BGB jedoch ebenfalls mit dem Zweck der Vereinfachung und mit der Beseitigung unübersichtlicher Verweisungen.⁶⁶ Ein Mangel des § 651 BGB a.F. habe in der unübersichtlichen Verweisung auf einzelne Vorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechts gelegen.

⁶³ Ibd.

⁶⁴ Ibd.

⁶⁵ Bundesminister der Justiz (Hsg.) Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, 243 ff.

⁶⁶ Begründung zum Regierungsentwurf, S. 268.

§ 651 BGB sei deshalb völlig neu gefasst und stark vereinfacht worden.⁶⁷

d.d. Anwendbarkeit von Vorschriften des Werkvertragsrechts in § 651 Satz 3 BGB auf Initiative des Bundesrates

§ 651 S. 3 BGB, der für Verträge über die Herstellung unvertretbarer Sachen einzelne Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar erklärt, war im ursprünglichen Regierungsentwurf nicht enthalten. Der Satz wurde erst nachträglich auf Veranlassung des Bundesrates aufgenommen, der darauf hinwies, dass das Kaufrecht für die Lieferung nicht vertretbarer Sachen keinen befriedigenden Rechtsrahmen bereit stelle, insbesondere keine Reaktion auf tatsächliche Veränderungen während des Herstellungsprozesses zulasse.⁶⁸

2. Die Bedeutung der Einordnung von Bau- und Anlagenbauverträgen in das Kauf- und Werkvertragsrecht

In der Begründung zum Regierungsentwurf wurde geäußert, dass die Angleichungen zwischen Werkvertragsrecht und Kaufrecht durch die Schuldrechtsmodernisierung der Abgrenzung dieser beiden Vertragstypen die Bedeutung nehme.⁶⁹ Sollte diese Behauptung zutreffen, hätten Rechtsfragen zu Inhalt und Anwendung des § 651 BGB für die juristische Vertragspraxis nur untergeordnete Bedeutung.

Die nachfolgende Analyse wird jedoch zeigen, dass wesentliche Unterschiede zwischen Werkvertrags- und Kaufrecht in den für Bau- und Anlagenbauverträge relevanten Rechtsbereichen bestehen und diese Unterschiede Konsequenzen für die Vertragsabwicklung und die vertragliche Risikoverteilung auslösen.

a. Die partielle Angleichung von Kauf- und Werkvertragsrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001

Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts wurden für das Kauf- und Werkvertragsrecht das Leistungsstörungs- und das Verjährungsrecht vereinheitlicht. Die Mängelhaftungsvorschriften des Kaufrechts wurden an das Leitbild des Werkvertrages angepasst.

Der Werkvertrag als eigener Vertragstyp wurde beibehalten. Das Werkvertragsrecht charakterisieren auch nach dem neuen Recht die gesetzlichen

⁶⁷ Bundestagsdrucksache 14/6857, S. 38.

⁶⁸ Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 2 zu § 651.

⁶⁹ Begründung zum Regierungsentwurf S. 267 f.

Vorschriften über Abschlagszahlungen, die Selbstvornahme, das Vorschussrecht, das Wahlrecht des Unternehmers bei Leistungsstörungen, die Abnahme, die Gefahrtragung, die Sicherungsrechte und das freie Kündigungsrecht des Bestellers.⁷⁰ Diese Regelungen tragen den besonderen Konstellationen der Vertragsabwicklung und Risikoverteilung Rechnung, die sich aus der Verpflichtung des Unternehmers zu einem Herstellungserfolg und dem zeitlich ausgedehnte Entstehungsprozess, durch den das geschuldete Vertragsobjekt geschaffen wird, ergeben.⁷¹ Das Kaufrecht enthält auch nach dem 01.01.2002 keine vergleichbaren Regelungen.

b. Die für Bau- und Anlagenbauverträge relevanten Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht

Nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bestehen im wesentlichen folgende Unterschiede der gesetzlichen Regelungen der beiden Vertragsordnungen.

a.a. Fälligkeit der Vergütung; Ablehnungsrecht bei Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit

Der Werkunternehmer ist gem. § 641 BGB vorleistungspflichtig. Dadurch wird berücksichtigt, dass er die Erstellung eines individuellen Werkes verspricht, das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht existent ist und dessen Herstellungserfolg für den Besteller ungewiss ist.⁷²

Liegt ein Kaufvertrag vor, ist dagegen gem. §§ 433 Abs. 2, 271 BGB der Kaufpreis bereits bei Vertragsschluss fällig. Der Kaufvertrag ist von seinem Typus her auf einen unmittelbaren Umsatz von Waren gegen Geld gerichtet.⁷³ Üblicherweise ist der Kaufgegenstand eine existierende Sache, bei der es dem Käufer möglich ist, sie vor Vertragsschluss zu prüfen.⁷⁴

Liegt ein Werkvertrag vor, ist die Vergütung bei der Abnahme zu entrichten.⁷⁵ Für die Prüfung auf Vertragsgemäßheit nach Fertigstellung benötigt der Besteller wegen der Individualität des Werkes

⁷⁰ Thode NZBau 2002, 298.

⁷¹ Ibd.

⁷² Vgl. Nicklisch JZ 1984, 758.

⁷³ Beckmann in Staudinger, Vorbemerkung zu §§ 433 ff. Rdnr. 1.

⁷⁴ Metzger S. 236.

⁷⁵ Leistner S. 84.

einen längeren Zeitraum. Die Abnahme ist gem. § 640 BGB die körperliche Entgegennahme des vertragsgemäß hergestellten Werkes verbunden mit der Anerkennung der Werkes als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung.⁷⁶

Die aufgezeigten Unterschiede bei der Fälligkeit der Vergütung werden abgeschwächt durch das Zurückbehaltungsrecht des Käufers gem. § 320 BGB. Danach darf der Käufer die Bezahlung der Kaufsache gegenüber dem Verkäufer verweigern, bis dieser dem Käufer die Kaufsache übergeben und übereignet hat (Zug um Zug Leistung).⁷⁷

Auch unter Berücksichtigung dieses Zurückbehaltungsrechts des Käufers verbleiben wesentliche Unterschiede zwischen der Rechtsstellung des Käufers und der Rechtsstellung des Bestellers bei der werkvertraglichen Abnahme gem. § 640 BGB. Der Käufer, dem die Kaufsache vom Verkäufer zur Übergabe und Übereignung angeboten worden ist oder der sie schon vom Verkäufer entgegengenommen hat, darf nach §§ 320, 433 Abs.1 Satz 2 BGB die Zahlung des Kaufpreises nur verweigern, wenn er sich auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache beruft und die Kaufsache auch tatsächlich mangelhaft ist.⁷⁸ Der Käufer trägt das Risiko, durch die Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises in Schuldnerverzug zu geraten, wenn sich seine Annahme der Mangelhaftigkeit der Kaufsache als unzutreffend herausstellt. Dem gegenüber ist der Besteller des ihm zur Übergabe und Übereignung angebotenen oder von ihm entgegen genommenen Werkes nach §§ 640 f. BGB nicht zur Zahlung des Werklohnes verpflichtet, solange er das Werk auf Vertragsgemäßheit prüft. Der Besteller muss sich während der angemessenen Prüfungszeit nicht auf eine Mangelhaftigkeit des Werkes berufen.⁷⁹

Liegt ein Kaufvertrag vor, muss nur die mangelfreie Sache vom Käufer entgegengenommen werden. Die Grenze bilden lediglich Treu und Glauben und das Schikaneverbot.⁸⁰ Liegt ein Werkvertrag vor, darf der Besteller wegen unwesentlicher Mängel die Ab-

⁷⁶ BGHZ 33, 236; 48, 257/62; 50, 160, 162; 61, 42, 45.

⁷⁷ Grüneberg in Palandt Rdnr. 9 zu § 320; Grothe in Bamberger/Roth Rdnr. 7 zu § 320.

⁷⁸ BGH ZIP 1991, 319, 320 und Metzger S. 239.

⁷⁹ Metzger S. 237 f.

⁸⁰ Voit BauR 2009, 369, 371.

nahme nicht verweigern. § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB räumt dem Werkunternehmer nämlich einen Anspruch auf Abnahme bereits dann ein, wenn das Werk zwar im Wesentlichen mangelfrei ist, aber unbedeutende Mängel aufweist. Der entscheidende Unterschied für den Unternehmer besteht darin, dass er bei einem Kaufvertrag die mangelhafte Kaufsache nicht bei dem Auftraggeber lassen kann, sondern sie auf seine Kosten wieder zurück transportieren muss. Nach Beseitigung der Mängel hat er sie dann erneut auf seine Kosten bei dem Auftraggeber anzuliefern. Wenn ein Werkvertrag vorliegt, ist der Unternehmer ebenfalls verpflichtet, die Mängel zu beseitigen. Da der Auftraggeber die Sache jedoch in mangelhaftem Zustand abnehmen muss, kann der Unternehmer die Arbeiten am Ort des Auftraggebers ausführen, was der Unternehmer, der Bauteile oder maschinelle Anlagen zu liefern hat, regelmäßig vorzuziehen wird.

b.b. Vorfinanzierungsrisiko, Abschlagszahlungen, Sicherheiten

Liegt ein Werkvertrag vor, gewährt § 632a BGB dem Unternehmer das Recht, Abschlagszahlungen vom Auftragnehmer zu verlangen, um seinem besonderen Vorfinanzierungs- und Vorleistungsrisiko Rechnung zu tragen.⁸¹

Der Werkunternehmer benötigt nicht selten Monate oder Jahre für die Herstellung des versprochenen Werkes.⁸² Ihn trifft dadurch eine Vorfinanzierungsverpflichtung und ein entsprechendes Risiko über einen beträchtlichen Zeitraum. Darüber hinaus trägt er gem. § 644 BGB bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr. Ausnahmen gelten nur, wenn Stoffe des Bestellers verwendet wurden oder Anweisungen durch den Besteller erteilt wurden.

Ein vergleichbares Recht besteht zu Gunsten des Verkäufers nicht.⁸³ Da das Kaufrecht von einer kurzfristigen Abwicklung der Geschäftsbeziehung ausgeht, wird vom Bestehen eines Vorfinanzierungsrisikos in nennenswertem Umfang regelmäßig nicht ausgegangen.

Die Einordnung eines Vertragsverhältnisses als Kauf- oder Werkvertrag kann in Bezug auf die unterschiedliche Behandlung des

⁸¹Peters in Staudinger Rdnr. 1 zu § 632a.

⁸² Metzger S. 239.

⁸³ Mankowski S. 860; Voit BauR 2002, 148.

Vorfinanzierungsrisikos des Unternehmers für diesen somit von erheblicher Bedeutung sein. Dieses gilt insbesondere in Fällen der Herstellung von größeren Maschinen, Anlagenteilen und Gewerken für Gebäude, da diese Sachen gewöhnlich einen längeren Herstellungsprozess erfordern. Liegen Kaufverträge vor, so entfällt der Anspruch auf Abschlagszahlungen und der Unternehmer fällt nach Abschluss des Herstellungsprozesses u.U. nicht nur mit seinem Zahlungsanspruch gegen den Auftraggeber aus. Er wird häufig sogar zusätzliche Kosten durch die Entsorgung des produzierten Gegenstandes haben, wenn dieser für ein bestimmtes Bauvorhaben oder eine Großanlage speziell hergestellt worden war.⁸⁴

Im Werkvertragsrecht gibt es die Möglichkeit, den Vergütungsanspruch durch ein Werkunternehmerpfandrecht, eine Bauherrensicherungshypothek oder eine Sicherheitsleistung abzusichern. Auch diese Rechte beruhen auf der Pflicht des Unternehmers zur Vorleistung und dem typischen längeren Herstellungsprozess im Bereich des Werkvertrags.

Fallen bei einem Kaufvertrag für den Unternehmer erhebliche Aufwendungen für die Herstellung einer Sache an, die er vorfinanzieren muss, stehen ihm diese Rechte nicht zu. Das Eigentum an einer herzustellenden Sache, das der Unternehmer bis zur Übergabe innehat, ist keine gleichwertige Sicherheit. Wie oben dargestellt wurde, sind die aufgrund von Bau- und Anlagenbauverträgen hergestellten Gegenstände häufig Spezialanfertigungen, die außerhalb des konkreten Bauvorhabens nicht oder nur mit Preisabschlägen oder erst nach Umrüstungen zu weiteren Kosten anderweitig verwendet werden können.⁸⁵

In vielen Fällen im Bereich des Baugewerbes hat der Unternehmers das Eigentum an der herzustellenden Sache bei Fälligkeit des Kaufpreises sogar bereits an den Auftraggeber verloren. Wenn herzustellende Bauteile in das Bauwerk des Auftraggebers eingebaut werden, gehen sie regelmäßig vor Zahlung des Kaufpreises in das Eigentum des Auftraggebers, der Grundstückseigentümer ist, über. Auch ein im Kaufvertrag vereinbarter Eigentumsvorbehalt kann den Unternehmer hiergegen nicht schützen.

⁸⁴ Thewald will auf Kaufverträge gemäß § 651 Satz 3 § 632a BGB analog anwenden, CR 2002, 1. Diese Ansicht ist u.a. mit Leistner S. 84 abzulehnen, da es hierfür an einer planwidrigen gesetzlichen Lücke fehlt.

⁸⁵ Voit BauR 2009, 376.

Wird der Unternehmer, der Sachen des Auftraggebers zu verarbeiten hat, nicht Eigentümer der neu hergestellten Sache i.S.d. § 950 BGB, kann er sich an dieser, wenn Kaufrecht gilt, nicht wirksam das Eigentum im Kaufvertrag vorbehalten. Ihm steht auch nicht das Pfandrecht gem. § 647 BGB zu, da dieses nur dem Unternehmer eines Werkvertrags eingeräumt ist.⁸⁶

c.c. Rechte bei Mängeln

Erhebliche Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht bestehen im Bereich der Mängelrechte. Die wesentlichen Unterschiede werden nachfolgend in einem Überblick dargestellt. Dabei wird im Rahmen des Themas dieser Arbeit jedoch auf Einzelheiten nicht eingegangen.

a.a.a. Wahlrecht des Auftraggebers oder des Auftragnehmers

Gilt Kaufrecht, besteht gem. § 439 Abs. 1 BGB grundsätzlich ein Wahlrecht des Auftraggebers zwischen der Beseitigung des Mangels und der Lieferung eines neuen, mangelfreien Gegenstandes durch den Unternehmer. Der Auftraggeber hat das Wahlrecht, weil der Gesetzgeber für das Kaufrecht unterstellt, dass Kaufgegenstand vorwiegend industriell hergestellte Massenware ist, bei der ein Stück leicht gegen ein anderes ausgetauscht werden kann.⁸⁷ Nachbesserung wird der Auftraggeber unter der Geltung von Kaufrecht in der Regel nur wählen, wenn es sich um schwer zu beschaffende oder seltene Gegenstände handelt.⁸⁸ Wählt der Auftraggeber die Lieferung einer mangelfreien Sache, so kann sich der Unternehmer bei Geltung von Kaufrecht hiergegen nur auf der Grundlage von § 439 Abs. 3 BGB zur Wehr setzen.⁸⁹ Er kann die vom Auftraggeber gewählte Art der Nacherfüllung grundsätzlich nur verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll diese Einwendung des Verkäufers jedoch nur „im Ein-

⁸⁶ Röthel S. 625 f.; Mankowski S. 860.

⁸⁷ Metzger S. 241.

⁸⁸ Ibd.

⁸⁹ Mankowski S. 859.

zelfall“ zulässig sein.⁹⁰ Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 439 Abs. 3 BGB sind im einzelnen strittig.⁹¹

Gilt Werkvertragsrecht, hat gem. § 635 BGB nicht der Auftraggeber, sondern der Unternehmer das Wahlrecht, ob er den Mangel beseitigt oder ein neues Werk herstellt. Hier verhält es sich somit genau umgekehrt wie unter der Geltung von Kaufrecht.⁹²

Sowohl für den Unternehmer als auch für den Auftraggeber dürfte es insbesondere bei wertvollen und in der Herstellung aufwendigen Vertragsgegenständen einen erheblichen Unterschied bedeuten, ob ihm selbst oder aber seinem Vertragspartner das Wahlrecht über die Art der Nacherfüllung zusteht. Ist für den Auftraggeber ein größeres Bauteil oder eine technische Anlage auszuführen, dürfte er unter der Geltung von Kaufrecht häufig überfordert sein, die wirtschaftlich und technisch sachgerechte Auswahl zwischen Nachbesserung und Neuherstellung zu treffen. Der im Kaufrecht geltende § 439 Abs 3 BGB kann den Unternehmer vor ihm nachteiligen Fehlentscheidungen des Auftraggebers nur eingeschränkt schützen

b.b.b. Das Recht zur Selbstvornahme

Gilt Werkvertragsrecht, kann gem. § 637 BGB der Auftraggeber eines Werkes nach fruchtlosem Ablauf der dem Unternehmer gesetzten Nacherfüllungsfrist den Mangel des Werkes selbst beseitigen und Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Für die Aufwendungen hat er einen Vorschussanspruch gegen den Unternehmer (§ 637 Abs. 3 BGB).

Im Kaufrecht ist ein Recht zur Selbstvornahme nicht vorgesehen.⁹³ Der Auftraggeber kann jedoch Ersatz seiner Aufwendungen als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 440, 281 BGB verlangen. Voraussetzung hierfür ist jedoch ein Verschulden des Unternehmers gem. §

⁹⁰ Regierungsbegründung, Bundestagsdrucksache 14/6040, 232.

⁹¹ Bittner/Meidt ZIP S. 2121 f.; Huber S. 1008.

⁹² Mankowski S. 859.

⁹³ Mankowski S. 858.

280 Abs.1 Satz 2 BGB.⁹⁴ Auch muss nach § 441 Abs. 3 BGB der Unternehmer dem Auftraggeber die Aufwendungen nur bis zur Höhe des Minderwertes der Sache ersetzen. Ein weiterer Nachteil für den Auftraggeber besteht darin, dass er im Falle der Wahl des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung seinen Nacherfüllungsanspruch gegen den Unternehmer gem. § 281 Abs. 4 BGB verliert. Im Werkvertragsrecht kann hingegen der Auftraggeber auch nach einer gescheiterten Selbstvornahme, für die er Aufwendungsersatz erhalten hat, unter bestimmten Voraussetzungen noch Nacherfüllung vom Unternehmer verlangen.⁹⁵ Ein Vorschussanspruch des Auftraggebers für seine Aufwendungen ist im Kaufrecht nicht vorgesehen.⁹⁶ Alternativ kann der Auftraggeber gem. § 441 BGB unter bestimmten Voraussetzungen den Kaufpreis mindern.⁹⁷

Gilt Werkvertragsrecht, sind dem Auftraggeber gem. § 637 BGB alle erforderlichen Aufwendungen vom Unternehmer zu ersetzen, auch wenn diese den Minderwert der Sache übersteigen.⁹⁸

Um dem Auftraggeber unter der Geltung von Kaufrecht einen Anspruch auf Ersatz seiner sämtlichen Aufwendungen für eine Nachbesserung in Eigenregie zu geben, erwägen einige Autoren ein Selbstvornahmerecht des Käufers auf der Grundlage einer Geschäftsführung ohne Auftrag.⁹⁹ Ein Anspruch auf dieser Rechtsgrundlage ist jedoch bisher weder in der Rechtswissenschaft noch in der Rechtsprechung anerkannt worden.¹⁰⁰ Andere erwägen für Kaufverträge nach § 651 BGB eine analoge Anwendung des § 637 BGB.¹⁰¹ Ob die hierfür erforderliche planwidrige Lücke im

⁹⁴ Lorenz NJW 2003, 1417 f.

⁹⁵ Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 9 zu § 637.

⁹⁶ Roth S. 546.

⁹⁷ Weidenkaff in Palandt Rdnr. 12 ff. zu § 441.

⁹⁸ OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1988, 918.

⁹⁹ Mankowski S. 854.

¹⁰⁰ Ablehnend Leistner S. 85.

¹⁰¹ Peters in Staudinger Rdnr. 67 zu § 637

Gesetz besteht, dürfte jedoch zweifelhaft sein.¹⁰²

Da dem Auftraggeber nach Kaufrecht kein Vorschussanspruch für seine Aufwendungen im Rahmen einer Mängelbeseitigung zustehen, trägt er auch das Risiko der Durchsetzbarkeit seiner Ansprüche.¹⁰³

Die Unterschiede zwischen Kaufrecht und Werkvertragsrecht im Bereich der Selbstvornahme haben auf Bau- und Anlagenbauverträge erhebliche rechtliche Auswirkungen. Lässt ein Generalunternehmer, der für einen Auftraggeber ein Gebäude auf der Grundlage eines Werkvertrages zu errichten hat, Fertigteile für das Gebäude von einem Zulieferer herstellen und baut er diese ein, so hat er bei Mängeln der vom Zulieferer gelieferten Fertigteile nach fruchtlosem Ablauf der dem Zulieferer gesetzten Frist keine Möglichkeit der Selbstvornahme zur Mängelbeseitigung, wenn das Vertragsverhältnis zwischen Zulieferer und Generalunternehmer ein Kaufvertrag ist.¹⁰⁴ Ihm bleibt dann nur die Möglichkeit, die ihm entstandenen Mängelbeseitigungskosten als Schadensposten im Wege des „kleinen Schadensersatzes“ gegenüber dem Zulieferer abzurechnen. Dieses setzt, wie oben gezeigt, voraus, dass der Verkäufer den Mangel oder zumindest die fehlende Mängelbeseitigung zu vertreten hat.¹⁰⁵ Dem Bauherrn haftet der Generalunternehmer jedoch aus Werkvertragsrecht, d.h. der Auftraggeber kann nach Fristablauf die Ersatzvornahme gegenüber dem Generalunternehmer durchführen und diesem sämtlichen Aufwendungen in Rechnung stellen. Auf Verschulden des Generalunternehmers kommt es dabei nicht an.

c.c.c. Nebenkosten der Nachlieferung

Wenn ein vom Unternehmer geliefertes mangelhaftes Bauteil vom Auftraggeber eingebaut wurde und nur durch Zerstörung anderer Gewerke ausgetauscht werden kann, stellt sich die Frage, wer die Kosten des Ausbaus und der Wie-

¹⁰² Ablehnend wohl BGH NJW 2005, 1348 ff.

¹⁰³ Metzger S. 241.

¹⁰⁴ Voit BauR 2009, 369, 376 mit Hinweis auf Kniffka ibr-online-Kommentar Stand: 30.12.2008, § 651 BGB, Rdnr. 7.

¹⁰⁵ Ibid.

derherstellung der zerstörten Gewerke trägt.

Gilt Werkvertragsrecht, sind die Nebenkosten der Mängelbeseitigung gem. § 635 BGB vom Unternehmer zu tragen.¹⁰⁶ Müssen nachfolgend errichtete Werke wieder zerstört werden, um an der mangelhaften Leistung die erforderlichen Nachbesserungsarbeiten ausführen zu können, so trägt der Unternehmer nicht nur die Kosten für die Freilegung der Werkleistung und die Behebung des Mangels, sondern auch für die Wiederherstellung der dabei beschädigten Gegenstände des Auftraggebers. Er muss z.B., verschuldensunabhängig, nach Freilegen und Austausch fehlerhafter Rohrleitungen unterhalb eines Parkettbodens, diesen Boden wiederherstellen.

Gilt Kaufrecht, so ist die Rechtslage anders zu beurteilen. Wurde vom Unternehmer Parkett hergestellt und an den Auftraggeber geliefert, der dieses dann selbst verlegte oder durch Dritte verlegen ließ, und muss dieses Parkett wegen Mängeln ausgetauscht werden, hat der Auftraggeber aus § 439 BGB keinen Anspruch darauf, dass das neue Parkett auf Kosten des Unternehmers wieder verlegt wird. Der Nacherfüllungsanspruch im Wege der Neulieferung geht nicht weiter als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.¹⁰⁷ Hat ein Generalunternehmer von einem Unternehmer aufgrund eines Kaufvertrages mangelhafte Fertigteile zum Bau eines Fertighauses erhalten und diese vor Ort eingebaut, kann sich der Unternehmer nach § 439 BGB auf den Standpunkt zurückziehen, das Fertigteil werde nachgeliefert, für den Einbau sei der Generalunternehmer zuständig.¹⁰⁸ Die Kosten der Neuverlegung bzw. des neuen Einbaues können lediglich Gegenstand eines Schadensersatzanspruchs sein, der aber gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB Vertretenmüssen des Unternehmers voraussetzt. Als Folge dieses Schadensersatzanspruchs ist der Käufer gem. § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie er im Falle ordnungsgemäßer Leistung stünde. In diesem Fall wären die Kosten für die Demontage und die erneute Montage nicht angefallen.

¹⁰⁶ BGHZ 72, 32, 33; BGH NJW 1979, 2095, 2096.

¹⁰⁷ BGH NJW 2008, 2837; Lorenz, NJW 2009, 1634.

¹⁰⁸ Skamel S. 2820.

Der Unternehmer schuldet somit die Kosten der Demontage und der neuen Montage. Die Kosten der ursprünglichen Montage schuldet er nicht. Nur erhöhte Kosten der Erstmontage, die durch die Mangelhaftigkeit der Sache verursacht wurden, sind Teil des Schadensersatzanspruchs. Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Erstmontage hat der Auftraggeber nur, wenn er von dem Kaufvertrag gem. §§ 437 Nr. 2, 323 BGB zurücktritt. In diesem Fall kann er auch die Kosten der Demontage geltend machen. Die Kosten einer erneuten Montage stehen ihm dann jedoch nicht zu.

Ob dem Auftraggeber gegen den Unternehmer ein Anspruch auf Übernahme der Kosten für die Entfernung des mangelhaften Parketts bzw. die Demontage der mangelhaften Fertigteile aus § 439 BGB zusteht, d.h. außerhalb des oben geschilderten verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs, wird in der Kommentarliteratur und in der obergerichtlichen Rechtsprechung bejaht.¹⁰⁹ Eine Entscheidung des BGH liegt hierzu noch nicht vor. Der BGH hat vielmehr die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt, da der Nacherfüllungsanspruch des § 439 BGB Art. 3 Abse. 2 und 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie transformiert und richtlinienkonform auszulegen ist, mindestens soweit Verbraucherverträge betroffen sind.

Bei Kaufverträgen, die den Unternehmer neben der Herstellung und Lieferung auch zum Einbau verpflichten, kann eine Parallele zur Rechtslage nach Werkvertragsrecht angenommen werden, soweit es um die erneute Montage nach der Lieferung des mangelfreien Bauteiles geht. In diesem Bereich erscheint die Argumentation möglich, zur Nachlieferung gehöre die Wiederholung der Montageleistung, auch wenn diese bei der Erstmontage der mangelhaften Sache mangelfrei war.¹¹⁰ Nach dieser Argumentation muss ein Unternehmer die Montage eines Bauteiles, das er z.B. wegen Farbabweichungen auszutauschen hatte, wiederholen und kann sich nicht auf die Position zurückziehen, die Montageleistung sei bei der ersten Lieferung einwandfrei

¹⁰⁹ Lorenz NJW 2009, 1633, 1634.

¹¹⁰ Skamel S. 122.

durchgeführt worden und er schulde diese bezüglich des neuen Bauteils nicht.

Wird die Montageleistung allerdings durch weitere Arbeiten überlagert, so ist die Rechtsposition des Auftraggebers nach Kaufrecht wieder schlechter als nach Werkvertragsrecht. Hat der Unternehmer, der ein Bauteil herstellen, liefern und einbauen musste, das Bauteil mit Farbabweichungen hergestellt und in die dafür vorgesehenen Positionen des Gebäudes eingesetzt und wurden diese Positionen vom Auftraggeber anschließend weiter bearbeitet (z.B. verschalt oder verspachtelt), trägt der Auftraggeber nach der Rechtsprechung des BGH die Kosten der erneuten Weiterbearbeitung, wenn das Bauteil wegen der Farbabweichungen ausgetauscht werden muss.

Wenn der Unternehmer die Farbabweichung zu vertreten hat, steht dem Auftraggeber möglicherweise ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der erneuten Weiterbearbeitung zu.¹¹¹ Im Falle der Lieferung eines mangelhaften PKW wurden die sinnlos aufgewendeten Kosten für die Zulassung des Fahrzeuges vom BGH unter § 284 BGB subsumiert, nachdem der Käufer vom Kaufvertrag zurückgetreten war.¹¹² § 284 BGB setzt aber in den Fällen, in denen die Nachlieferung möglich ist, den Ablauf einer Nacherfüllungsfrist voraus. Wird innerhalb der Frist das mangelhafte Bauteil vertragsgemäß nachgeliefert, steht dem Auftraggeber der Anspruch aus § 284 BGB nicht zu. Außerdem besteht der Aufwendungsersatzanspruch gem. § 284 BGB nur anstelle des Schadensersatzanspruchs gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB. Werden somit nach fruchtlosem Fristablauf vom Auftraggeber die Kosten für die Weiterbearbeitung der Bauteile geltend gemacht, kann er daneben nicht auch Nacherfüllung (§ 281 Abs. 4) oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Ob der Auftraggeber Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 BGB hat, da die aufgewendeten Kosten der Weiterbearbeitung auch bei fristgerechter Nachlieferung des ordnungsgemäßen Bauteils nicht mehr entfallen, erscheint

¹¹¹ Voit BauR 2009, 376.

¹¹² BGHZ 163, 381.

zweifelhaft, da der BGH in der oben genannten Entscheidung die Zulassungskosten nicht unter § 280 BGB sondern unter § 284 BGB subsumiert hat.

d.d.d. Der Ausschluss von Rechten wegen Mängelkenntnis; die Verantwortung für die zur Verfügung gestellten Stoffe; Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB

Gilt Werkvertragsrecht, führt die Abnahme eines Werkes in Kenntnis eines Mangels nach § 640 Abs. 2 BGB zum Verlust der Mängelrechte aus § 634 Nrn. 1 bis 3 BGB. Schadensersatzansprüche gemäß § 634 Nr. 4 BGB verliert der Auftraggeber in diesem Falle jedoch nicht

Gilt Kaufrecht, trifft den Auftraggeber die Rechtsfolge des Verlustes der Mängelrechte nur, wenn er den Mangel schon bei Vertragsschluss kannte. War dem Auftraggeber der Mangel erst im Zeitpunkt der Übergabe bekannt, ist diese Kenntnis im Kaufrecht grundsätzlich folgenlos. Dieses gilt auch für Kaufverträge über die Lieferung herzustellender unvertretbarer Sachen nach § 651 Satz 3 BGB, da § 640 Abs. 2 BGB auch für diese Kaufverträge nicht gilt.¹¹³

Nur wenn der Vertrag zwischen Kaufleuten geschlossen wurde, können dem Auftraggeber unter der Geltung von Kaufrecht Mängelansprüche verloren gehen, wenn er sie bei der Übergabe kennt. Nach §§ 377 f. HGB ist der Auftraggeber nämlich in diesem Fall zur unverzüglichen Rüge der Mängel verpflichtet, wenn er sich seine Mängelansprüche erhalten will. Nach § 381 Abs. 2 HGB finden die Grundsätze über den Handelskauf und damit u.a. die §§ 377 f. HGB auch auf Verträge Anwendung, die sich auf die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen beziehen.¹¹⁴ Dieses bedeutet, dass von der Rügepflicht der §§ 377 f. HGB auch Verträge unter Unternehmern erfasst sind, die durch § 651 BGB in das Kaufrecht verwiesen werden.

An die Untersuchungspflicht nach §§ 377 f. HGB werden deutlich höhere Anforderungen gestellt, als an die Voraus-

¹¹³ Kohler S. 1083; Peters in Staudinger Rdnr. 53 zu § 640.

¹¹⁴ Bartsch S. 649, 655; Mankowski S. 859.

setzungen, unter denen nach § 640 BGB die Kenntnis des Auftraggebers von einem Mangel angenommen wird. Auch die Rechtsfolge einer unterlassenen Rüge ist für den Auftraggeber belastender als der unterlassene Mängelvorbehalt bei der Abnahme nach § 640 BGB. Nach Werkvertragsrecht gehen dem Auftraggeber nur die Mängelrechte verloren. Nach Kaufrecht verliert er auch seine mangelbedingten Schadensersatzansprüche.¹¹⁵

Für Kaufverträge nach § 651 Satz 2 BGB gilt, dass die Mängelrechte des Auftraggebers auch ausgeschlossen sind, wenn der Mangel der hergestellten Sache auf den vom Auftraggeber gelieferten Stoff zurückzuführen ist (§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ob der Ausschluss der Mängelrechte an den Stoffmangel als solchen geknüpft wird, d.h. ob er unabhängig von der Kenntnis des Auftraggebers vom Mangel zu einem Ausschluss der Mängelrechte führt, ist strittig.¹¹⁶ In der Literatur wird von einigen Autoren verlangt, die Kenntnis des Auftraggebers müsse bei Vertragsschluss vorliegen.¹¹⁷ Andere verlangen die Kenntnis bei der Materialgestellung.¹¹⁸ Die letzte Ansicht entfernt sich weit vom Wortlaut der Vorschriften. Begründet wird die Verschiebung des Zeitpunktes der Kenntnis auf die Materialgestellung damit, dass ansonsten dem Unternehmer ein zu hohes Risiko in Fällen aufgebürdet werde, in denen der Auftraggeber den Stoff erst nach Vertragsschluss beschaffe.

Im Werkvertragsrecht gilt die Parallelregelung des § 645 BGB. § 645 Abs. 1 BGB weist dem Auftraggeber das Risiko für den Stoffmangel aber nur dann zu, wenn der Unternehmer den Mangel nicht zu vertreten hat. Der Unternehmer muss die Eignung des Stoffes prüfen und nur in dem Fall, dass er dabei den Mangel nicht feststellen konnte, trägt der Auftraggeber die Folgen des Stoffmangels.

Gilt Werkvertragsrecht, bleibt der Unternehmer in jedem Fall zur Beseitigung des Mangels verpflichtet. Vor der Ab-

¹¹⁵ Leupertz BauR 2006, 1654.

¹¹⁶ Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 15 zu § 651.

¹¹⁷ Sprau in Palandt Rdnr. 7 zu § 651.

¹¹⁸ Mankowski S. 858.

nahme folgt dieses aus §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1 BGB; nach der Abnahme ergibt es sich aus §§ 634, 635 BGB. Er kann jedoch, wenn er den Mangel des vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Stoffes nicht erkennen konnte, eine Zusatzvergütung für die Mangelbeseitigung verlangen. Damit wird erreicht, dass das Werk auf jeden Fall mangelfrei herzustellen ist. Anders als der Unternehmer, der auf der Grundlage eines Kaufvertrages herstellt, kann sich der Unternehmer bei der Geltung von Werkvertragsrecht nicht darauf zurückziehen, der Mangel sei vom Auftraggeber verursacht worden und müsse daher vom Unternehmer nicht beseitigt werden.

Bei Verträgen über unvertretbare Sachen ist, wenn sie als Kaufverträge einzuordnen sind, § 645 über die Verweisung in § 651 Satz 3 BGB anwendbar. Diese Regelung führt in Verbindung mit §§ 651 Satz 2, 442 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unterschiedlichen Rechtsfolgen, je nach dem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer den Mangel des vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Stoffes erkennt. Wird ein Mangel des vom Auftraggeber gelieferten Stoffes vom Unternehmer in der Phase vor dem Abschluss der Herstellung bemerkt, muss er die daraus resultierende Verschlechterung seines Werkes, ggfs. gegen Zusatzvergütung, beseitigen. (§ 645 BGB). Wird der Stoffmangel erst nach Gefahrübergang, d.h. nach der Lieferung der Sache bemerkt, stehen dem Auftraggeber keine Mängelrechte zu und somit auch kein Nachbesserungsrecht (§ 651 Satz 2 BGB).¹¹⁹ Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen im Kaufrecht können im Vergleich mit den Regelungen des Werkvertragsrechts, das einen Nachbesserungsanspruch des Auftraggebers unabhängig davon vorsieht, ob der Mangel des vom Auftraggeber gelieferten Stoffes vor oder nach der Abnahme des Werkes erkannt wird (§§ 631 Abs.1, 633 Abs.1, 634, 635 BGB), als unangemessen empfunden werden. Ob eine restriktive Auslegung des § 651 Satz 2 BGB möglich ist, wurde in Wissenschaft und Rechtsprechung noch nicht geklärt.

¹¹⁹ Voit BauR 2009, 374.

d.d. Kündigungsrechte

Gilt Werkvertragsrecht, kann der Auftraggeber gemäß § 649 BGB bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag gegenüber dem Unternehmer kündigen. Kündigt der Auftraggeber, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und abzüglich der Erträge eines anderweitigen Erwerbs oder einer Erwerbsmöglichkeit zu verlangen.

Ein solches freies Kündigungsrecht gegenüber dem Unternehmer hat der Auftraggeber grundsätzlich nicht, wenn Kaufrecht anwendbar ist.¹²⁰ Nur Verträge über die Herstellung unvertretbarer beweglicher Sachen, die § 651 Satz 3 BGB dem Kaufrecht zuweist und für die § 649 BGB gilt, kann der Auftraggeber frei kündigen.¹²¹

e.e. Gefahrübergang, Verjährung, Beweislast

Gilt Werkvertragsrecht, ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Abnahme gem. § 640 BGB. Der Auftraggeber soll die Möglichkeit haben, die Werkleistung auf Mangelfreiheit zu untersuchen, bevor sie in seinen eigenen Verantwortungsbereich übergeht.¹²²

Gilt Kaufrecht, sind dagegen die §§ 446 und 447 BGB anwendbar. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Gefahrübergang ist die Übergabe der Sache an den Auftraggeber. Auch für Kaufverträge über die Herstellung unvertretbarer Sachen gem. § 651 Satz 3 BGB tritt an die Stelle der Abnahme der nach §§ 446 und 447 BGB maßgebliche Zeitpunkt.

Aus den unterschiedlichen Regelungen zum Gefahrübergang im Kauf- und Werkvertragsrecht ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen.

Nach § 438 Abs 2 BGB kommt es im Kaufrecht für den Beginn der Verjährungsfrist auf die „Ablieferung der Sache,, an.¹²³ Mit der Übergabe der Sache an den Auftragge-

¹²⁰ Mankowski S. 859.

¹²¹ Mankowski S. 859.

¹²² Sprau in Palandt Rdnr. 3 zu § 640.

¹²³ Metzger S. 243.

ber ist in der Regel auch die Ablieferung vollzogen, wenn die Sache dem Auftraggeber so überlassen ist, dass er sie untersuchen kann.¹²⁴ Im Werkvertragsrecht beginnt die Verjährungsfrist dagegen erst mit der Abnahme des Werkes durch den Auftraggeber zu laufen.¹²⁵ Die Verjährungsfristen im Werkvertrags- und Kaufrecht sind durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hinsichtlich ihrer Laufzeit einander angeglichen worden. Insbesondere ist die Verlängerung der kaufrechtlichen Verjährung auf 5 Jahre bei Bauwerken durch § 438 Abs. 1 Nr. 2 lit b BGB eingeführt worden. Ein unterschiedlicher Beginn der Verjährungsfrist relativiert diese Angleichungen jedoch wieder.¹²⁶

Ist Vertragsgegenstand z.B. eine komplexe Maschine, die nach den besonderen Spezifikationen des Auftraggebers erstellt wurde und sich in den Gesamtprozess eines Anlagenparks einfügen muss, so fällt die gesamte Zeit, die für Testläufe zur Ermittlung der Mängelfreiheit und für Nachbesserungsmaßnahmen an der Anlage aufgewendet wird, in die laufende Gewährleistungszeit, wenn Kaufrecht gilt. Wenn die Anlage dann nach zeitaufwändigen Nachjustierungen im wesentlichen mängelfrei funktioniert, hat der Auftraggeber bereits einen erheblichen Teil seiner kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist eingebüßt. Unter der Geltung eines Werkvertrages läge zu diesem Zeitpunkt erst die Abnahmefähigkeit der Anlage vor und die Gewährleistungszeit würde zu diesem Zeitpunkt erst zu laufen beginnen.¹²⁷

Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs hat auch Auswirkungen auf die Beweispflicht und die Beweislast, d.h. auf die Frage, welcher Vertragspartner einen Mangel beweisen muss und wer das Risiko des mangelnden Beweises trägt. Im Werkvertragsrecht gilt, dass grundsätzlich der Unternehmer beweispflichtig für die Mängelfreiheit seiner Leistung bis zur Abnahme ist. Erst nach der Abnahme verlagert

¹²⁴ BGH 93, 338/45.

¹²⁵ Metzger S. 243.

¹²⁶ Mankowski S. 859; Metzger S. 242; Leupertz BauR 2006, 1655; Kohler schlägt deshalb vor, die Ablieferung entsprechend den Voraussetzungen der Abnahme zu definieren, Kohler, FS für Jagenburg S. 398 ff.

¹²⁷ Leistner S. 84.

sich die Beweispflicht auf den Auftraggeber.¹²⁸ Im Kaufrecht gehen die Beweispflicht und die Beweislast schon mit der Übergabe der Sache auf den Auftraggeber über. Lässt sich der Zustand der Sache erst in einem längeren Verfahren von Testläufen und Untersuchungen feststellen, wie dieses bei komplexen Anlagen der Fall sein kann, ist der Auftraggeber eines Kaufvertrages in einer wesentlich ungünstigeren Position. Es muss beweisen, dass die Mängel schon vor der Übergabe bestanden und nicht erst durch die Testläufe und Untersuchungen verursacht wurden.

Erbringt ein Unternehmer Teilleistungen, bestehen im Kauf- und Werkvertragsrecht unterschiedliche Rechtsfolgen hinsichtlich der Gefahrtragung. Nach Kaufrecht geht die Gefahr von Teilleistungen auf den Auftraggeber über, sobald sie diesem vom Unternehmer übergeben wurden. Nach Werkvertragsrecht trägt der Unternehmer für ausgeführte Teile des Gesamtwerkes grundsätzlich die Leistungsgefahr bis zur Abnahme der gesamten Werkes durch den Auftraggeber.

f.f. Mitwirkungsrechte und -pflichten

Da der Werkvertrag auf einen längeren Herstellungsprozess angelegt ist, bei dem die Einzelheiten der Leistungsbeschreibung erst im Laufe der Zeit entwickelt bzw. vom Auftraggeber benannt werden können (z.B. Bemusterungen für Material, Farbe, Zuschnitt sind abhängig von Vorgewerken), sind in den Vorschriften der §§ 642, 643 BGB die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung geregelt. Dem Unternehmer steht gegen den Auftraggeber ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch¹²⁹ aus § 642 BGB zu, wenn der Auftraggeber Informationen, die der Unternehmer im Zusammenhang mit der Herstellung der geschuldeten Sache benötigt, nicht oder verspätet vorlegt. Der Unternehmer soll, über den allgemeinen Aufwendungsersatzanspruch im Verzugsfall (§ 304 BGB) hinaus, verschuldensunabhängig dafür entschädigt werden, dass er während des Verzugs des Auftraggebers bezüglich der Mitwirkungspflichten, Ar-

¹²⁸ Pastor in Werner/Pastor Rdnr. 2597 ff.

¹²⁹ Sprau in Palandt Rdnr. 5 zu § 642.

beitskraft und Kapital bereithält und seine zeitlichen Dispositionen durchkreuzt werden.¹³⁰ Erfasst sind u.a. Gerätestillstandskosten¹³¹ und Verwaltungsmehraufwand¹³², Kosten von späteren Beschleunigungsprogrammen.¹³³

Solche Vorschriften bestehen im Kaufrecht nicht. Die typische Kaufsache ist vertretbar und ihre Herstellung oder Beschaffung bedarf keiner Mitwirkung des Auftraggebers. Nur in Kaufverträgen über die Lieferung herzustellender unvertretbarer beweglicher Sachen gem. § 651 Satz 3 BGB finden die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers durch die Verweisung auf §§ 642 und 643 BGB Anwendung. Für Kaufverträge über die Lieferung herzustellender vertretbarer Sachen kann allenfalls eine vertragliche Nebenpflicht zur Mitwirkung des Auftraggebers angenommen werden, die zu einem Schadensersatzanspruch des Unternehmers führen kann.¹³⁴ Dieser setzt aber, anders als der werkvertragliche Anspruch nach § 642 BGB, Verschulden des Auftraggebers voraus.¹³⁵ Am Verschulden wird es regelmäßig dann fehlen, wenn der Auftraggeber für die Mitwirkung auf Informationen Dritter angewiesen ist und diese nicht vorliegen. Solche Dritte sind grundsätzlich keine Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers gegenüber dem Unternehmer. Ob dem Unternehmer überhaupt ein kaufvertraglicher Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten des Auftraggebers zusteht, könnte zweifelhaft sein. Der Auftraggeber wird durch einen kaufvertraglichen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 f. BGB grundsätzlich stärker belastet als der Auftraggeber nach Werkvertragsrecht durch einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB.¹³⁶

¹³⁰ Ibd.

¹³¹ LG Brschw BauR 2004, 1621.

¹³² BGH 143, 32, 40.

¹³³ LG Köln NJW-RR 2004, 818.

¹³⁴ BGH NJW 1992, 1222 bejaht für Aufklärungspflichten.

¹³⁵ Weidenkaff in Palandt Rdnr. 49 zu § 433.

¹³⁶ Roskosny/Bolz S.1804.

3. Die offenen Fragen der Auslegung des § 651 BGB

In Ziffer 2 dieses Kapitels wurde gezeigt, dass die Einordnung eines Bau- und Anlagenbauvertrages in das Kauf- oder Werkvertragsrecht für die Rechtslage bei der Vertragsabwicklung und der Risikoverteilung von erheblicher Bedeutung ist. Ob ein Vertrag Kauf- oder Werkvertragsrecht unterliegt, muss daher für die Vertragsparteien in jedem Fall entschieden werden.

§ 651 BGB verweist Verträge anhand eines mehrdeutigen Wortlautes in das Kaufrecht. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist nicht klar umrissen. Die offenen Fragen zum Inhalt, die den Bau- und Anlagenbaubereich betreffen, werden nachfolgend zusammengestellt.

a. „Herzustellende“ Sachen i.S.d. § 651 Satz 1 BGB

Durch das Merkmal des „Herstellens“ grenzt sich der Vertragsgegenstand, der gem. § 651 BGB in das Kaufrecht verwiesen wird, vom Vertragsgegenstand des reinen Kaufvertrags gem. § 433 BGB ab. Der reine Kaufvertrag verpflichtet den Unternehmer zur Übergabe und Übereignung der Sache (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB). § 651 BGB verpflichtet den Unternehmer zu Lieferung einer herzustellenden Sache.

Was mit dem Begriff der Herstellung gemeint ist, erschließt sich weder aus dem Wortlaut, noch aus der Entstehungsgeschichte oder dem Zweck der Norm ohne weiteres. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf ergibt sich lediglich, dass Reparaturaufträge nicht von § 651 BGB erfasst sein sollen. Auch der im wesentlichen identische Wortlaut des Art. 1 Absatz 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gibt zu dieser Frage keinen Aufschluss.

a.a. Herstellung als Schaffung einer neuen Sache oder auch als Wertschöpfung an einer bestehenden Sache?

Es besteht die Frage, ob § 651 BGB eine Regelung nur für Verträge trifft, bei denen die Schaffung einer neuen Sache geschuldet ist. Vertragsgegenstände über Tätigkeiten, die nicht auf Neuschaffung gerichtet sind, sondern Bestehendes zum Inhalt haben, wären dann nicht erfasst.

Der Begriff des Herstellens in § 651 BGB könnte jedoch auch parallel zu § 631 BGB zu verstehen sein. Herstellen im Sinne des § 631 BGB ist die Wertschöpfung dadurch, dass der Unternehmer durch seine Arbeitsleistung für den Besteller das vereinbarte Werk

schafft.¹³⁷ Bei dieser Auslegung könnte auch ein Vertrag über Reparaturleistungen grundsätzlich § 651 BGB unterfallen, sofern an der reparierten Sache eine Wertschöpfung entsteht und die so bearbeitete Sache dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt wird.

Bei Verträgen über Reparaturleistungen stellt sich zudem die Frage, ob als Vertragsgegenstand die Bearbeitung der bestehenden Sache oder die Herstellung und Lieferung nebst dem Einbau neuer Sachen, nämlich der vom Unternehmer gefertigten Ersatzteile, anzusehen ist.

b.b. Verpflichtung des Auftragnehmers zur Herstellung?

Es besteht weiter die Frage, ob der Begriff der Herstellung in § 651 BGB impliziert, dass sich der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber zur Herstellung der Sache verpflichtet, oder ob § 651 BGB auch Verträge erfasst, bei denen der Unternehmer nur zur Lieferung verpflichtet ist und sich eine herzustellende Sache lediglich beschaffen muss.

Relevant wird diese Frage z.B. bei einem Vertrag, in dem sich ein Parkettleger verpflichtet, Sockelleisten in einem Altbau zu ergänzen, die nach seinem vor Ort genommenen Aufmass von einem Schreiner für ihn erstellt werden. Je nach Beurteilung könnte entweder ein Kaufvertrag gem. § 651 Satz 3 BGB, ein Kaufvertrag gem. §§ 433 ff. BGB mit Montageverpflichtung oder aber auch ein Werkvertrag gem. §§ 631 ff. BGB vorliegen.¹³⁸

c.c. Zeitpunkt der Herstellung

§ 651 BGB wirft weiter die Frage auf, wann die Herstellung i.S.d. § 651 BGB stattzufinden hat. Liegt eine Herstellung nur dann vor, wenn die Sache vor Vertragsschluss noch nicht hergestellt war oder sind auch Sachen erfasst, die der Unternehmer schon vor dem Vertragsschluss hergestellt hat oder hat herstellen lassen? Verträge über vor Vertragsabschluss vom Unternehmer hergestellte Sachen können zumindest dann von § 651 BGB erfasst sein, wenn die Herstellung für den Auftragnehmer über das Vorhandensein der Sache hinaus eine eigenständige Bedeutung hat (z.B. bestimmter Herstellungsprozess, bestimmte Materialien).

¹³⁷ Sprau in Palandt Rdnr. 1 vor § 631.

¹³⁸ Letzteres aber nur, wenn man den Vertrag als Herstellungsvertrag ansieht. Siehe hierzu die Ausführungen in lit. cc.

b. Lieferung i.S.d. § 651 Satz 1 BGB i.V.m. der Verweisung auf die Vorschriften des Kaufrechts

§ 651 BGB setzt eine „Lieferung“ der herzustellenden Sache voraus und verweist auf die Vorschriften des Kaufrechts.

Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Norm des § 651 BGB lassen nicht erkennen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit das Vorliegen einer „Lieferung“ angenommen werden kann. Auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie definiert den Lieferbegriff in diesem Zusammenhang nicht.

a.a. Lieferung als rechtsgeschäftliche Besitz- und Eigentumsübertragung?

Lieferung könnte die rechtsgeschäftliche Übertragung von Besitz und Eigentum bedeuten. Da § 651 BGB die der Vorschrift unterfallenden Verträge in das Kaufrecht verweist, liegt diese Auslegung aus systematischen Gründen nahe. § 433 BGB verpflichtet den Verkäufer, dem Käufer die Kaufsache zu übergeben und rechtsgeschäftlich zu übereignen.

Verträge, die auf die Verschaffung von herzustellenden Sachen gerichtet sind, die bereits vor Besitzübergang im Eigentum des Auftraggebers stehen oder die anders als durch rechtsgeschäftliche Übertragung in das Eigentum des Auftraggebers übergehen, könnten nach diesem Verständnis des Lieferbegriffs keine Kaufverträge i.S.d. § 651 BGB sein. Ein Vertrag, in dem sich ein Schreiner verpflichtet, aus dem vom Auftraggeber erhaltenen Holzlatten ein Rosenspalier zu erstellen und dieses sodann am Haus zu befestigen, könnte kein Vertrag i.S.d. § 651 BGB sein. Eigentümer des Spaliers wäre nämlich der Auftraggeber schon vor Besitzübertragung gem. § 950 BGB geworden. Auch der Vertrag, in dem sich ein Schreiner verpflichtet, Fenster herzustellen und in ein Bauwerk einzubauen, könnte kein Kaufvertrag i.S.d. § 651 BGB sein, da das Eigentum an den herzustellenden Fenstern durch den Einbau gem. § 946 BGB in das Eigentum des Auftraggebers übergeht. Nur wenn der Schreiner die hergestellten Fenster vor dem Einbau an den Auftraggeber übereignet, kommt bei diesem Verständnis des Lieferbegriffs ein Kaufvertrag in Frage.

b.b. Lieferung als Besitzübertragung und Eigentumsübergang

Alternativ ist denkbar, dass für eine „Lieferung“ nach § 651 BGB zwar ein Eigentumsübergang an der Kaufsache erforderlich ist, dieser aber nicht rechtsgeschäftlich erfolgen muss.

§ 651 Satz 2 BGB könnte diese Auslegung aus systematischen Gründen nahelegen. Die Vorschrift schließt Mängelrechte des Käufers aus, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Werden Sachen aus Stoffen des Auftraggebers vom Unternehmer hergestellt, wird der Auftragnehmer regelmäßig das Eigentum gem. § 950 BGB erwerben. Verlangt man für die „Lieferung“ in § 651 BGB eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums i.S.d. § 433 BGB, ist der Anwendungsbereich des § 651 Satz 2 BGB sehr klein. Verträge, nach denen der Unternehmer aus einem Stoff des Auftraggebers eine Sache herzustellen hat, könnten nur dann Kaufverträge i.S.d. § 651 BGB sein, wenn der Unternehmer Eigentümer der neuen Sache nach § 950 BGB wird. Dieses ist nur dann der Fall, wenn der Wert der Verarbeitung nicht wesentlich geringer als der Wert des Stoffes ist. Im Bereich der Bau- und Anlagenbauverträge dürfte diese Situation selten vorkommen.

c.c. Vertragsgegenstand Lieferung oder Herstellung ?

Im Zusammenhang mit dem Lieferbegriff stellt sich auch die Frage, ob der Gegenstand eines Vertrages, durch den sich der Unternehmer neben der Herstellung, Besitz- und Eigentumsverschaffung auch zum Einbau der Sache verpflichtet, eine „Lieferung“ i.S.d. § 651 BGB ist. Gegenstand eines solchen Vertrages könnte statt dessen ein Gesamterfolg aus Herstellung und funktionsgerechtem Einbau sein. Die Lieferung der herzustellenden Sache wäre bei diesem Verständnis nur als Vorbereitungshandlung für den vertraglich geschuldeten Einbauerfolg anzusehen und nicht als Vertragsgegenstand.

Als systematischer Anhaltspunkt für eine Auslegung kommt § 434 Abs. 2 BGB in Frage. Die Vorschrift regelt, dass ein Sachmangel auch dann gegeben ist, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer unsachgemäß durchgeführt wurde. § 434 Abs. 2 BGB betrifft Kaufverträge und stellt damit klar, dass Verträge mit vereinbarten Einbauleistungen insgesamt Kaufverträge sein können.

c. Bewegliche Sache i.S.d. § 651 Satz 1 BGB

Auslegungsbedürftig ist auch der Begriff der „beweglichen Sache“ in § 651 BGB. Aus der Begründung des Regierungsentwurfs ergibt sich, dass Bauwerke nicht von § 651 BGB erfasst sein sollen. Des Begriffes der „beweglichen Sache“ wirft trotzdem Fragen auf.

a.a. Begriffsbestimmung i.S.v. §§ 90 ff. BGB oder in Abgrenzung zum Begriff des Bauwerks in §§ 634a Abs. 1 Nr. 2, 648, 648a BGB oder nach einem „natürlichen Sprachgebrauch“ ?

Bewegliche Sachen i.S.d. § 651 könnten entsprechend der Systematik der §§ 90 ff. BGB alle Sachen sein, die nicht Grundstücke oder deren wesentliche Bestandteile sind.

Ob Scheinbestandteile, die gem. § 95 BGB bewegliche Sachen sind, dann in den Anwendungsbereich des § 651 BGB fallen, könnte gleichwohl zweifelhaft sein. Scheinbestandteile gem. § 95 BGB sind Sachen, die nicht zu wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks oder Gebäudes werden, sondern bewegliche Sachen bleiben, weil sie nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden oder dem Gebäude verbunden worden sind. Scheinbestandteile sind auch Gebäude oder andere Werke, die in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden sind. Zählt man Scheinbestandteile zu den bewegliche Sachen i.S.d. § 651 BGB, könnte ein Bauvertrag über die schlüsselfertige Errichtung eines Fertighauses auf einem Erbbaugrundstück wegen § 12 Abs. 1, 2 ErbbauRG i.V.m. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Kaufvertrag gem. § 651 BGB sein. Der Vertrag über das gleiche Gebäude würde nicht in den Anwendungsbereich des § 651 BGB fallen, wenn das Gebäude auf dem Grundstück des Auftraggebers errichtet würde.

Alternativ könnte der Begriffs der beweglichen Sache in § 651 BGB an der Schnittstelle zum Begriff des Bauwerks, wie er in §§ 634a Abs. 1 Nr. 2, 648, 648a BGB enthalten ist, abgegrenzt werden. Ein Bauwerk in diesem Sinne ist nach der Rechtsprechung des BGH eine durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdreich hergestellte Sache, die unbeweglich ist, sei es auch nur wegen ihrer Größe und ihres Gewichts.¹³⁹ Sie darf

¹³⁹ BGHZ 57, 60.

nur mit erheblichem Aufwand vom Grundstück trennbar sein.¹⁴⁰ Die sachenrechtliche Zuordnung zum Grundstück ist keine Voraussetzung, sodass auch Scheinbestandteile i.S.d. § 95 BGB von diesem Bauwerksbegriff erfasst sind.¹⁴¹

Da § 651 BGB Inhalte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umsetzt, ist schließlich denkbar, den Begriff der beweglichen Sache in § 651 BGB nach einem „natürlichen Sprachgebrauch“ zu verstehen und hierunter z.B. alle Gegenstände zu fassen, die nicht ohne weiteres von der Stelle bewegt werden können.

b.b. Maßgebender Zeitpunkt für die Qualifikation einer Sache als "beweglich"

Herzustellende Sachen, deren Einbau in ein Gebäude oder in ein Grundstück vom Unternehmer geschuldet wird, sind zunächst meistens beweglich und verlieren erst durch den Einbau diese Eigenschaft, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Umgekehrt kann ein Vertrag über eine Sache geschlossen werden, die bei Vertragsschluss noch in einem Gebäude oder Grundstück eingebaut ist (Maschine in einer Anlage), dann vom Unternehmer ausgebaut, bearbeitet und an den Auftraggeber geliefert wird. Ob Vertragsgegenstand in diesen Fällen eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache ist, richtet sich nach dem Zeitpunkt ihrer Betrachtung. § 651 BGB regelt nicht, welcher Zeitpunkt entscheidend ist.

d. Gespaltene Auslegung des § 651 BGB für Verbraucherverträge und Unternehmerverträge?

Wie oben ausgeführt wurde, setzt § 651 BGB Inhalte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht um. Der Anwendungsbereich der Richtlinie bezieht sich nur auf Verbraucherverträge. Die Begriffe in § 651 BGB, die im Harmonisierungsbereich der Richtlinie richtlinienkonform auszulegen sind, könnten im nicht harmonisierten Bereich, d.h. insbesondere im Bereich reiner Unternehmerverträge anders auslegbar sein, sodass eine gespaltene Auslegung innerhalb des § 651 BGB entstünde. Sollte eine gespaltene Auslegung zulässig sein, wäre sie z.B. mit dem Inhalt denkbar, dass der Begriff der beweglichen Sache in § 651 BGB außerhalb von Verbraucherverträgen auf Konsumgüter beschränkt wird, sodass Investitions-

¹⁴⁰ BGH NJW-RR 2003, 1320.

¹⁴¹ BGH NJW 1992, 1445.

güter nicht erfasst wären. Auch könnte im Bereich der Unternehmerverträge der Begriff der „Lieferung“ enger ausgelegt werden, sodass dort Verträge mit dem Schwerpunkt auf tätigkeitsbezogenen Leistungen dem Werkvertragsrecht unterstellt werden könnten.

4. Ergebnis

Die Darstellung in Ziffer 2 hat ergeben, dass für den Unternehmer eines Bau- oder Anlagenbauvertrags das Kaufrecht, anders als das Werkvertragsrecht, in vielen Fällen keine sachgerechten Regelungen für seine berechtigten Interessen nach Abschlagszahlungen, Sicherheiten, Mitwirkung des Auftraggebers bei der Leistungserbringung, bei den Mängelrechten und dem Verfahren bei Bagatellmängeln vorsieht. Andererseits benachteiligt das Kaufrecht den Auftraggeber eines Bau- und Anlagenbauvertrags gegenüber dem Werkvertragsrecht in seinen berechtigten Interessen bei der Abnahme bzw. Übernahme des Kaufgegenstandes, der Fälligkeit der Vergütung, der Verjährung, dem Kündigungsrecht, den Nebenkosten der Nachbesserung bzw. Nacherfüllung und den rechtlichen Möglichkeiten einer Selbstvornahme. Der Frage, welche Verträge des Bau- und Anlagenbaubereichs § 651 BGB erfasst und dem Kaufrecht zuordnet und welche Verträge weiterhin Werkvertragsrecht unterliegen, kommt daher für die Vertragsparteien erhebliche Bedeutung zu.

Die Untersuchung in Ziffer 3 hat gezeigt, dass die in § 651 BGB verwendeten Begriffe der Lieferung, der Herstellung und der beweglichen Sache mehrdeutig sind. Über ihre Auslegung kann der Anwendungsbereich des § 651 BGB und damit auch die Anwendbarkeit von Kaufrecht auf Bau- und Anlagenbauverträge weiter oder enger sein. Wie die Auslegung vorgenommen könnte, ist im folgenden zu untersuchen.

Drittes Kapitel

Die Auffassungen von Rechtsprechung und Wissenschaft zur Einordnung von Bau- und Anlagenbauverträgen in das Kauf- oder Werkvertragsrecht durch § 651 BGB

In diesem Kapitel wird der aktuelle Stand der Rechtsprechung und der wissenschaftlichen Diskussion zu den im zweiten Kapitel ermittelten Auslegungsfragen des § 651 BGB dargestellt.

1. Verträge über die Errichtung von Bauwerken und maschinellen Anlagen auf Grundstücken

Für die Einordnung dieser Verträge ist der Begriff der "beweglichen Sachen" in § 651 BGB von zentraler Bedeutung. Da Arbeitsleistungen bei der Errichtung von Bauwerken einen wesentlichen Teil der geschuldeten Leistung ausmachen, ist auch der Begriff der „Lieferung“ zu klären, d.h. ob unter § 651 BGB auch Verträge fallen, bei denen Arbeitsleistungen bzw. funktionsgerechte Einbauleistungen den Schwerpunkte des Vertragsgegenstandes bilden.

a. Die Rechtsprechung

a.a. Urteil des BGH vom 22.12.2005

Ein Vertrag, in dem sich der Unternehmer zur Bebauung eines Grundstücks des Auftraggebers mit einem Ausbauhaus verpflichtet, wird in einer Entscheidungen des BGH zum Recht nach dem 01.01.2002 als Werkvertrag gem. §§ 631 ff BGB angesehen.

Im zu entscheidenden Fall¹⁴² geht es um die Einordnung eines Ausbauhauslieferungsvertrags. Der BGH hat ausgeführt, der Vertrag über die Lieferung und Errichtung des geschuldeten Ausbauhauses sei wie der Vertrag über die Errichtung eines Fertighauses rechtlich als Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB zu qualifizieren. Für die rechtliche Beurteilung der von dem Unternehmer zu erbringenden Leistungen komme es nicht darauf an, in welchem Umfang der Bauherr nach dem Vertrag hinsichtlich der Erstellung der Fundamentplatte und des Innenausbaues Eigenleistungen zu erbringen hatte. Entgegen der Ansicht des Bauherrn sei ebenfalls nicht von Bedeutung, ob die Montage der Bauteile insgesamt nur wenig Zeit beanspruchte. Entscheidend für die rechtliche Einordnung sei, ob nach dem Vertrag die Pflicht zur Eigentumsübertra-

¹⁴² BGH NJW 2006, 904 ff.

gung zu montierender Einzelteile oder eine Herstellungspflicht im Vordergrund stehe. Nach dem Inhalt des Vertrags stelle die Errichtung des Ausbauhauses die für die Rechtsbeziehungen der Parteien wesentliche Vertragspflicht dar. Vertraglicher Zweck, der für die rechtliche Einordnung von Grenzfällen bedeutsam sein könne, sei die dauerhafte und ortsfeste Herstellung eines Wohnhauses. Der Unternehmer habe dem Bauherrn neben bestimmten planerischen Leistungen die Lieferung und Errichtung eines sogenannten P-Hauses geschuldet, das den Rohbau einschließlich Dach und Dacheindeckung, den Fußbodenaufbau, den Einbau der Außentüren, Fenster und Treppen sowie bestimmte Installationsleistungen umfasste. Der Unternehmer habe neben der Pflicht zur Lieferung der serienmäßig vorgefertigten Bauteile zur Errichtung des Ausbauhauses die Pflicht gehabt, sicherzustellen, dass hinsichtlich der Bauweise und der verwendeten Baustoffe bestimmte technischen Anforderungen erfüllt wurden. An einer die Annahme eines Kaufvertrages nahe liegenden Verpflichtung, Eigentum und Besitz an den Einzelteilen auf den Bauherrn zu übertragen, fehle es. Das Interesse des Bauherrn sei nicht auf die Übereignung der vorgefertigten Bauteile, sondern auf die Erstellung eines funktionsfähigen und zum Ausbau geeigneten Wohngebäudes gerichtet gewesen. Die Lieferung der zur Herstellung erforderlichen Bauteile trete in diesem Fall hinter die Verpflichtung zur Erstellung des Ausbauhauses als dem eigentlichen Vertragsziel zurück. An dieser Beurteilung ändere nichts die Entscheidung des Senats vom 15.04.2004, die noch zum alten Schuldrecht ergangen war, in der die Verpflichtung, ein standardisiertes und serienmäßig ausgestattetes Mobilheim zu liefern und auf vom Erwerber zu errichtenden Fundamente zu stellen, nach Kaufrecht beurteilt wurde. Im Hinblick auf die serienmäßige Herstellung solcher Mobilheime habe dort die den Warenumsatz prägende Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum und Besitz im Vordergrund gestanden. Der Verpflichtung zur Montage, die im wesentlichen darin bestand, das Mobilheim auf die vom Erwerber zu errichtenden Fundamente aufzusetzen, sei kein solches Gewicht zugekommen, dass sie die Annahme eines Werkvertrags gerechtfertigt hätte.

Ob der BGH § 651 BGB nicht anwendet, weil er in der Errichtung des Ausbauhauses die Lieferung einer unbeweglichen Sache sieht oder weil er das Merkmal der „Lieferung“ verneint, wird aus den Entscheidungsgründen nicht klar. Unterstellt man, dass der BGH von der Herstellung einer unbeweglichen Sache ausgeht und

§ 651 BGB bereits deshalb ausscheidet, bezieht sich die Entscheidung auf die Abgrenzung zwischen Kaufverträgen nach §§ 433 ff. BGB und Werkverträgen nach §§ 631 ff. BGB. Für die Rechtslage nach dem 01.01.2002 ist die Entscheidung dann insofern relevant, als sie zeigt, dass der BGH auch unter der Geltung des neuen Rechts – außerhalb des § 651 BGB - grundsätzlich daran festhält, auf Verträge mit dem Schwerpunkt auf dem funktionsgerechten Ein- und Zusammenbau Werkvertragsrecht anzuwenden. Ob der BGH anhand letzterer Kriterien den Begriff der „Lieferung“ in § 651 BGB einschränkend auslegen wird, ist jedoch offen.

b.b. Urteil des BGH vom 27.04.2006 zur Lieferung eines Fertighauses

Im Urteil vom 27.04.2006¹⁴³ hat der BGH diese Auffassung für einen Fertighausvertrag noch einmal bestätigt. Er führt auch dort aus, ein Vertrag, in dem sich ein Unternehmer zur Errichtung eines Fertighauses verpflichte, sei ein Werkvertrag entsprechend der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts (BGHZ 87, 112 = NJW 1983, 1489).

c.c. Urteil des OLG Düsseldorf vom 14.06.2005 zur Lieferung eines Fertighauses

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Bezug auf die Entscheidung des BGH in BGHZ 87, 112 mit Urteil vom 14.06.2005¹⁴⁴ zum Recht nach dem 01.01.2002 entschieden, der Vertrag über die Errichtung eines Fertighauses sei ein Werkvertrag. Wie beim Bauvertrag über ein konventionelles Haus stehe die für den Werkvertrag typische Schöpfung eines Werkes im Mittelpunkt der vertraglichen Beziehung. Dem Bauherrn komme es neben der Lieferung der vorgefertigten Teile in erster Linie auf die Errichtung des Bauwerks an, bei dem es sich um das die Rechtsnatur des Fertighausvertrages prägende Merkmal handle. Da die Errichtungsverpflichtung die wesentliche Vertragspflicht des Fertighausvertrages sei, finde allein das Werkvertragsrecht Anwendung.

Dieses Urteil entspricht den oben dargestellten BGH Urteilen und geht in seiner Aussagekraft über diese nicht hinaus.

¹⁴³ BGH, NJW 2006, 2551 ff.

¹⁴⁴ OLG Düsseldorf BauR 2006, 1636 ff.

d.d. Urteil des BGH vom 23.07.2009 zur Lieferung von Bauteilen für ein Silolager

Das Urteil des BGH vom 23.07.2009¹⁴⁵ stellt zum Begriff der beweglichen Sachen in § 651 BGB klar, dass sich dieser nicht nur auf typische Massengüter oder Verbrauchsgüter beschränkt, sondern im Hinblick auf die Begriffsbestimmung in Art. 1 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie grundsätzlich alle beweglichen körperlichen Gegenstände erfasse. Was hierunter zu verstehen ist, lässt der BGH jedoch offen, sodass insbesondere nicht geklärt wird, ob Scheinbestandteile eines Grundstücks gem. § 95 BGB bewegliche Sachen i.S.d. § 651 BGB sind und ob Bauwerke im Sinne der Rechtsprechung des BGH, soweit sie keine wesentlichen Bestandteile eines Grundstücks sind, unter den Begriff der beweglichen Sachen in § 651 BGB fallen.

b. Die Wissenschaft

In der wissenschaftlichen Literatur werden Verträge über die Errichtung von Bauwerken und größeren maschinellen Anlagen überwiegend nicht als Fälle des § 651 BGB angesehen. Die meisten Autoren gehen davon aus,¹⁴⁶ dass keine bewegliche Sache hergestellt wird. Zum Teil wird darüber hinaus angenommen, es fehle am Merkmal der „Lieferung.“¹⁴⁷ Einige Autoren erwägen jedoch die Anwendung von Kaufrecht, wenn das zu errichtende Bauwerk ein Scheinbestandteil gem. § 95 BGB ist

Im einzelnen:

Nach *Schuhmann*¹⁴⁸ sind Verträge über die Erstellung kompletter Großanlagen und über die Errichtung von Gebäuden Werkverträge, da Gegenstand der Verträge nicht eine bewegliche Sache i.S.d. § 651 BGB sei. Werkvertragsrecht gelte für diese Verträge aber auch deshalb, weil kauf fremde Leistungen mehr als bloße Nebenleistungen seien. Nach Schuhmann sind größere maschinelle Anlagen, die einen dauerhaften Grundstücksbezug entsprechend einem Bauwerk gem. § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB aufweisen, keine beweglichen Sachen i.S.d. § 651 BGB. Dieses gelte unabhängig davon, ob sie in einem Gebäude aufgestellt, in es eingefügt oder

¹⁴⁵ Urteil vom 23. Juli 2009-VII ZR 151/08.

¹⁴⁶ Schwenker in Erman Rdnr. 4 zu § 651; Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 3 zu § 651.

¹⁴⁷ Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 9 zu § 651; Leupertz BauR 2006, 1650; Kniffka Rdnr. 11 zu § 651.

¹⁴⁸ Schuhmann ZGS 2005, 255.

im Freien errichtet würden. § 651 BGB komme grundsätzlich nur für Verträge über die Errichtung von maschinellen Anlagen, die keine Bauwerke i.S.d. § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB seien, zur Anwendung. Sofern in den Verträgen kauffremde Leistungen, die Schuhmann mit Montage (Einbau), Inbetriebnahme, Schulung des Personals etc. umreißt, mehr als einen Neben aspekt darstellen, liege jedoch kein Fall des § 651 BGB vor. Wann im Einzelnen diese Voraussetzungen gegeben seien, habe die Rechtsprechung zu klären.

*Metzger*¹⁴⁹ sieht Verträge über die Herstellung von Bauwerken und größeren maschinellen Anlagen als Werkverträge an, da der Begriff der beweglichen Sache im Sinne des § 651 durch sie nicht erfüllt sei. Er führt aus, das BGB enthalte keine Legaldefinition der beweglichen Sache. Aus den Überschriften der §§ 925 ff. BGB einerseits („Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken“) und der §§ 929 ff. BGB andererseits („Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen“) lasse sich nur schließen, dass Grundstücke und ihre Bestandteile nach § 94 BGB nach sachenrechtlicher Terminologie als unbeweglich und Scheinbestandteile als beweglich zu qualifizieren seien. Er plädiert dafür, die Begrifflichkeit des BGB für § 651 BGB nicht zu übernehmen und stattdessen auf den natürlichen Sprachgebrauch abzustellen. Für diesen sei es unerheblich, ob es sich bei einem Gebäude sachenrechtlich um einen Bestandteil des Grundstücks handle oder nicht. Nach seiner Auffassung liegt für den natürlichen Sprachgebrauch eine Abgrenzung entsprechend der strafrechtlichen Begriffsdefinition nahe, wonach eine bewegliche Sache ein Gegenstand ist, der tatsächlich fortgeschafft werden kann.¹⁵⁰

Nach *Voit*¹⁵¹ sind Verträge, die zur Herstellung eines Gebäudes verpflichten, nicht auf die Lieferung beweglicher Sachen gerichtet, so dass die Voraussetzungen des § 651 BGB nicht erfüllt seien. Auch *Voit* legt den Begriff der beweglichen Sache in einem natürlichen, vom Sprachgebrauch des BGB abweichenden Sinne aus und betrachtet Scheinbestandteile gem. § 95 BGB als unbewegliche Sachen i.S.d. § 651 BGB. Die Vorschrift diene der Umsetzung einer europäischen Richtlinie und der Sprachgebrauch dieser Richtlinie entspreche nicht zwingend dem des deutschen Rechts. Die Beschränkung des Begriffs der beweglichen Sache auf einen natürlichen Sprachgebrauch diene jedoch weniger der Richtlinienkonformität, sondern sie sei eine teleologische Auslegung des Begriffs vor dem Hinter-

¹⁴⁹ Metzger S. 244 f.

¹⁵⁰ *Ibd.*

¹⁵¹ *Voit* im Bamberger/Roth Rdnr. 3 zu § 651.

grund der Zielsetzung der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht. Als Alternative schlägt er vor, das Tatbestandsmerkmal der Lieferung in § 651 BGB „eng“ auszulegen. Verträge über die Errichtung eines Gebäudes als Scheinbestandteil verpflichteten zwar zur Herstellung, nicht aber zur Lieferung einer herzustellenden Sache, da die Herstellungspflicht und nicht die Besitz- und Eigentumsverschaffung im Vordergrund stehe.

*Leupertz*¹⁵² will den Begriff der beweglichen Sache in § 651 BGB wohl grundsätzlich anhand der sachenrechtlichen Einordnung der §§ 90 ff. BGB abgrenzen und unterstellt Verträge über die Errichtung von unbeweglichen Gegenständen in diesem Sinne nicht dem § 651 BGB. Da Scheinbestandteile i.S.d. § 95 BGB bewegliche Sachen seien und Verträge über die Errichtung von Scheinbestandteilen somit in den Anwendungsbereich des § 651 BGB fallen könnten, liege eine richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs nahe, die nicht an den sachenrechtlichen Maßstäben des BGB orientiert sei. Die Richtlinie erfasse nach ihrem Ziel und Zweck nur zum Verbrauch bestimmte Güter. Daher sei zu erwägen, nur solche Waren als bewegliche Sachen anzusehen. Dann könne auf Scheinbestandteile eines Grundstückes Werkvertragsrecht Anwendung finden.

*Preussner*¹⁵³ geht ohne nähere Begründung davon aus, dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche Behandlung von wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks und Scheinbestandteilen nicht gewollt habe. Der Gesetzgeber habe den von der Richtlinie vorgegebenen Begriff „beweglicher körperlicher Gegenstand“ umsetzen wollen. Es sei daher naheliegend, die beweglichen Sachen in § 651 BGB europarechtlich in dem Sinn auszulegen, dass der jeweilige Gegenstand tatsächlich physisch beweglich zu sein habe. Scheinbestandteile nach § 95 BGB würden diese Vorgabe nicht erfüllen und seien daher unter Werkvertragsrecht zu behandeln.¹⁵⁴

*Kniffka*¹⁵⁵ hält die Diskussion über den Begriff der beweglichen Sache bei Verträgen über die Errichtung von Bauwerken für nicht entscheidend. Es sei bei dem Begriff der „Lieferung“ anzusetzen. Ein Vertrag über die Errichtung eines Bauwerks sei stets Werkvertrag, da er mit keiner Lieferpflicht i.S.d. § 651 BGB verbunden sei. Bei diesen Verträgen sei es auch ohne Bedeutung, ob das Bauwerk auf einem im Eigentum des Bestellers stehenden Grundstück errichtet werde oder auf einem im Erbbaurecht ste-

¹⁵² Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich Rdnrn. 8 u. 9 zu § 651.

¹⁵³ Preussner S. 241.

¹⁵⁴ *Ibd.*

¹⁵⁵ Kniffka 27.4.1, Rdnr. 12.

henden Grundstück. Die Diskussion über die Verträge über die Errichtung von Bestandteilen von Grundstücken werde allzu sehr von dem Begriff der beweglichen Sache dominiert, ohne dass immer ausreichend erkannt werde, dass Gegenstand des Vertrages eine Lieferverpflichtung sein müsse, um § 651 zu erfüllen.¹⁵⁶

Auch nach *Peters*¹⁵⁷ ist Werkvertragsrecht auf Verträge über die Bebauung von Grundstücken anwendbar. Werkvertragsrecht finde auch dann Anwendung, wenn ein Scheinbestandteil eines Grundstücks i.S.d. § 95 BGB geschaffen werden solle. Für den Bauunternehmer könne es keinen Unterschied machen, ob er das Gebäude für den Grundstückseigentümer oder seinen Mieter errichte. Die eigentümlichen Eigentumsverhältnisse im Rahmen des § 95 BGB seien für die hier zu regelnden Zusammenhänge ohne Belang. Die Abgrenzung von Peters lässt nicht erkennen, ob er § 651 BGB nur ausschließt, wenn die Bebauung zu einem Bauwerk führt, dass nach den Regelungen der §§ 93 ff. BGB unbeweglicher Gegenstand ist, oder ob er, wie Schuhmann, die Abgrenzung anhand des Bauwerksbegriffes der §§ 634a, 648, 648a vornimmt.¹⁵⁸

*Sienz*¹⁵⁹ gibt zu bedenken, dass eine von der Terminologie des BGB abweichende Auslegung des Begriffs der beweglichen Sache in § 651 BGB einen nicht unerheblichen Wertungswiderspruch darstellen würde. Ein und derselbe Begriff würde innerhalb eines Gesetzes unterschiedlich ausgelegt. Nach seiner Ansicht ist das Problem durch Auslegung nicht lösbar. Es erfordere eine Klarstellung im Gesetz.

Nach *Mankowski*¹⁶⁰ unterliegen Verträge über die Herstellung von unbeweglichen Sachen i.S.d. §§ 93 f. BGB einschließlich der Scheinbestandteile gem. § 95 BGB dem Werkvertragsrecht. *Mankowski* vertritt die Auffassung, dass die Auslegung des im europäischen Recht wurzelnden § 651 BGB im Lichte des § 95 BGB eine rein nationale Auslegung wäre. Sie würde der zu Grunde liegenden europäischen Kategorie des Warenlieferungsvertrags nicht gerecht. Es sei zwar misslich, zwei vordergründig gleich lautende Begriffe innerhalb desselben Gesetzes verschieden auszulegen, es erscheine jedoch im Falle des § 651 BGB geboten.

¹⁵⁶ *Ibd.*

¹⁵⁷ *Peters* in *Staudinger*, Rdnr. 4 zu § 651.

¹⁵⁸ *Ibd.*

¹⁵⁹ *Sienz* S. 191.

¹⁶⁰ *Mankowski* S. 856 f.

*Thode*¹⁶¹ ist von der Auslegung des Begriffs der beweglichen Sache in einem der Terminologie des BGB widersprechenden Sinn nicht überzeugt. Die sich aus der Anwendung des § 651 BGB auf Scheinbestandteile ergebende Konsequenz der Anwendbarkeit des Kaufrechts sei allerdings „deströrs.“ Die Problematik lasse sich nicht durch eine richtlinienkonforme Auslegung lösen, da die Richtlinie keine eindeutigen Hinweise auf die Bedeutung der von ihr verwendeten Begriffe des beweglichen Gegenstandes und des Verbrauchsgutes enthalte. Da es sich um Begriffe des sekundären Gemeinschaftsrechts handle, sei ihre Bedeutung durch eine autonome Auslegung zu ermitteln und nicht durch eine Auslegung, die am deutschen Sachenrecht orientiert sei. Nach der Auffassung von *Thode* werden die Zweifel über die Bedeutung des Begriffs der beweglichen Sache bezüglich der Abgrenzung von Kauf- und Werkvertragsrecht erst geklärt sein, wenn der Europäische Gerichtshof auf die Vorlage eines deutschen Gerichts hin nach Art. 234 Abs. 1 lit. c EGV die Auslegungsfrage beantwortet hat.¹⁶²

Nach *Busche*¹⁶³ fallen Leistungen, die auf die Errichtung eines Bauwerkes gerichtet sind nicht unter § 651 BGB, sondern unter das Werkvertragsrecht. Dieses gelten unabhängig davon, ob das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstückes werde (§§ 93, 94) oder lediglich Scheinbestandteil sei. Die Anwendung von Kaufrecht werde der Interessenlage der Beteiligten und dem Charakter des Vertrages kaum gerecht. Der vertragstypische Inhalt der Leistungsverpflichtung werde nicht dadurch ein anderer, dass das zu errichtende Bauwerk schließlich nur Scheinbestandteil des Grundstückes sei. Hinzu komme, dass der Vorgang der Errichtung eines Bauwerkes auch sprachlich nicht als „Lieferung“ einer Sache erfasst werden könne, wie es § 651 BGB voraussetze.

*Schwenker*¹⁶⁴ definiert den Begriff der beweglichen Sache in § 651 grundsätzlich im Sinne der sachenrechtlichen Einordnung der §§ 90 ff. BGB. Verträge, die zur Errichtung eines Gebäudes verpflichten, seien damit nicht auf die Lieferung beweglicher, sondern unbeweglicher und § 651 BGB nicht unterfallender Gegenstände gerichtet. Darauf finde allein Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB Anwendung. Problematisch sei, ob über § 651 BGB Kaufrecht Anwendung finde für Verträge über solche Sachen, die § 95 BGB unterfallen. Ähnlich wie Leupertz tendiert Schwenker

¹⁶¹ Thode NZBau 2002, S. 361.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 9 zu § 651.

¹⁶⁴ Schwenker in Erman Rdnrn. 4 und 5 zu § 651.

dazu, den Begriff der beweglichen Sache mit Blick auf die Richtlinie auf Verbrauchsgüter einzuschränken. Allerdings habe diese Auslegung zur Folge, dass dem Begriff der beweglichen Sache an unterschiedlichen Stellen des Gesetzes unterschiedliche Bedeutung zukäme. Ob diese Auslegung möglich sei, lässt Schwenker im Ergebnis offen.

2. Verträge über die Herstellung, Lieferung und den Einbau von Sachen

Für die Einordnung dieser Verträge stellt sich die Frage, ob eine vom Unternehmer hergestellte bewegliche Sache durch den von ihm durchgeführten Einbau in ein Bauwerk zu einer unbeweglichen Sache i.S.d. § 651 BGB werden kann. Eine weitere Frage ist, ob ein gesetzlicher Eigentumsübergang der Sache durch Einbau gem. § 946 BGB, der zur Folge hat, dass der Unternehmer das Eigentum an der hergestellten Sache nicht rechtsgeschäftlich auf den Auftraggeber übertragen kann, zum Ausschluss einer „Lieferung“ i.S.d. § 651 BGB führt. Haben die vom Unternehmer geschuldeten tätigkeitsbezogenen Leistungen einen größeren Umfang, stellt sich auch für die hier behandelten Verträge die Frage, ob eine „Lieferung“ i.S.d. § 651 vorliegt.

a. Die Rechtsprechung

a.a. Die Haltung des BGH

Wie der BGH diese Verträge unter dem Regime des neuen § 651 BGB einordnet, ist offen. Die in Ziffer 1 dieses Kapitels vorgestellten Entscheidungen des BGH zu einem Fertighaus und einem Ausbauhaus könnten allerdings darauf hin deuten, dass der BGH § 651 BGB nicht anwenden wird, wenn der geschuldete Einbauerfolg den Schwerpunkt des Vertragsgegenstandes bildet. Auch im Urteil des BGH vom 23. Juli 2009¹⁶⁵ deutet der BGH für Verträge mit einer Einbauverpflichtung des Unternehmers bezüglich der herzustellenden Sache die Möglichkeit der Anwendung von Werkvertragsrecht an, wenn er ausführt:

„Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden Bau- und Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind gemäß § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Inwieweit etwas anderes gilt, wenn der Lieferant eine Verpflichtung zum Einbau der Teile in ein Bauwerk eingegangen ist, (...) ist hier nicht zu klären.“

Der BGH hatte in dem zu entscheidenden Fall auch zu klären, in-

¹⁶⁵ Urteil vom 23. Juli 2009-VII ZR 151/08.

wieweit Planungsleistungen, die der Unternehmer neben der Herstellung und Lieferung der Bauteile zu erbringen hatte, die Anwendung von Werkvertragsrecht auf den Vertrag rechtfertigen könnte. Der BGH deutet eine Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht anhand des Kriteriums des Schwerpunktes der Leistung an, wenn er ausführt:

„ Jedoch sind die (Planungs-)Leistungen der Beklagten nicht von solchem Gewicht, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts gerechtfertigt wäre. Das Berufungsgericht verkennt die Bedeutung der Planungsleistung im Anwendungsbereich des § 651 BGB. Danach können solche Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrages stehenden Lieferung herzustellender Anlagenteile anzusehen sind, der Beurteilung des Vertrages nach den Vorschriften über den Kauf regelmäßig nicht entgegenstehen. Wäre es anders, würde die Vorschrift des § 651 BGB weitgehend leer laufen, denn jeder Herstellung geht eine gewisse Planungsleistung voraus. Eine Ausnahme kann deshalb allenfalls dann gelten, wenn die Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert. Das kann z.B. dann der Fall sein, wenn es bei der Beauftragung im wesentlichen um die allgemein planerische Lösung eines konstruktiven Problems geht.“

Überträgt man diese Feststellungen zu Planungsleistungen auf Einbauleistungen, die vom Unternehmer zusätzlich zur Herstellung und Lieferung geschuldet werden, könnte der BGH erwägen, nicht Kaufrecht gem. § 651 BGB sondern Werkvertragsrecht auf diese Verträge anzuwenden, wenn der geschuldete Einbauerfolg den Schwerpunkt des Vertragsgegenstandes bildet bzw. den Vertrag prägt.

b.b. Urteil des Kammergerichts vom 17.03.2006

Das Kammergericht hat in einem Urteil vom 17.03.2006¹⁶⁶ entschieden, die Lieferung und Montage einer an die besonderen räumlichen Verhältnisse angepassten Einbauküche in ein Einfamilienhaus unterliege ausschließlich werkvertraglichen Bestimmungen.

¹⁶⁶ KG MDR 2007, S. 76 ff.

Die Vorinstanz, das Landgericht Berlin, hatte auf den Vertrag über die Herstellung, Lieferung und Montage der streitgegenständlichen Küche Kaufrecht angewendet. Dieses beurteilte das Kammergericht als unzutreffend. Es gehe vorliegend um einen Vertrag über die Lieferung und den maßgeschneiderten Einbau einer hochwertigen Einbauküche in das Haus des Klägers. Auch nach neuem Schuldrecht handele es sich daher trotz der §§ 434 Abs. 2, 651 BGB nicht um einen Kaufvertrag, sondern um einen Werkvertrag. Es gehe nicht nur um die Lieferung und den Aufbau der Küche, sondern als Schwerpunkt gerade um die genaue Einpassung der Küche in ein Gesamtwerk, nämlich in das Gebäude des Klägers, für das die Küche eine wesentliche Bedeutung habe.

In dieser Entscheidung legt das Kammergericht den Begriff der Lieferung in § 651 BGB eng aus und wendet ihn nicht auf Verträge an, in denen die Montage den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung bildet. Über diese enge Auslegung des Lieferbegriffs gelangt das Gericht zur Anwendung der bisherigen Kriterien der Rechtsprechung zur Abgrenzung von Kauf- und Werkvertragsrecht auf den streitgegenständlichen Vertrag. Mit der Frage, ob durch den Einbau der Küche ein wesentlicher Gebäudebestandteil entstanden ist und dieser Sachverhalt dazu führt, dass keine „bewegliche Sache“ i.S.d. § 651 BGB geschuldet wurde und die Vorschrift deshalb auf den Fall nicht zur Anwendung kommt, musste sich das Gericht bei seiner Argumentation nicht beschäftigen.

b. Die Wissenschaft

Einige Autoren nehmen die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht für die hier untersuchten Verträge nach sachenrechtlichen Kriterien vor. Werde die Sache durch den Einbau ein wesentlicher Gebäudebestandteil, gelte Werkvertragsrecht. Andere Autoren grenzen nach dem Schwerpunkt der geschuldeten Leistung oder den Wertverhältnissen zwischen Herstellungs- und Einbauleistung ab. Überwiegt der Wert oder die Bedeutung des Einbaues, soll Werkvertragsrecht, ansonsten § 651 BGB zur Anwendung kommen. Andere Autoren wenden auf die Verträge grundsätzlich Kaufrecht an und begründen diese Wahl u.a. mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

Im einzelnen:

Nach *Teichmann*¹⁶⁷ ist unklar, ob Verträge über die Lieferung und Montage beweglicher Sachen zur Errichtung oder Sanierung von Bauwerken wie bisher dem Werkvertragsrecht zugeordnet werden können. Dem Wortlaut nach sei dieses eine Lieferung beweglicher Sachen. Die Verjährungsregelung im Kaufrecht gehe auf derartige Gegenstände sogar ausdrücklich ein (§ 438 I Nr. 2 b BGB). Auch die Montage der Sache durch den Lieferanten spreche nicht zwingend gegen einen Kaufvertrag, wie § 434 Abs. 2 Satz 1 BGB zeige. Andererseits liege der Schwerpunkt der Vereinbarung hier auf der Werkleistung des Unternehmers. In Zweifelsfällen der Abgrenzung von Werkvertragsrecht und Kaufrecht entscheide die Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Ob diese die Lieferung von Sachen erfassen wolle, die dazu dienen, im Rahmen eines Werkvertrages eingebaut zu werden, könne letztlich nur der EuGH klären.

*Thode*¹⁶⁸ führt aus, Verträge über die Herstellung beweglicher Sachen, die der Errichtung eines Bauwerks dienen und die von dem Unternehmer auf dem Grundstück eingebaut werden, seien nach der Neuregelung des § 651 BGB nur dann Werkverträge, wenn sie nach sachenrechtlichen Grundsätzen wesentliche Bestandteile des Bauwerks würden. Ansonsten sei Kaufrecht anwendbar.

*Metzger*¹⁶⁹ weist darauf hin, dass im Bereich der hier zu untersuchenden Verträge erfolgsbezogene Verträge überaus gängig seien. Diese würden zwar auch die Pflicht zur Herstellung und Lieferung einer beweglichen Sache beinhalten, der Vertragsgegenstand beschränke sich aber nicht auf die bloße Herstellung und Lieferung der beweglichen Sache. Es gehe in solchen Verträgen z.B. um geschuldete Erfolge, bei denen vor der eigentlichen Herstellung eine erhebliche andere Leistung stehe, z.B. die ingenieurmäßige Planung eines Investitionsgutes. Der Wortlaut des § 651 BGB umfasse auch ein Auslegungsergebnis, welches bei derartigen Verträgen von einem umfassenderen Vertragsgegenstand ausgehe, welcher zwar auch unter anderem die Herstellung und Lieferung der Sache selbst umfasse, welcher aber insgesamt eher das Wesen eines echten Werkvertrages habe. Üblich seien auch Verträge, bei denen nach der Lieferung der Sache eine erhebliche Aufbau- und Anpassungsleistung durchzuführen sei. In solchen Fällen könne die Anpassungsleistung wirtschaftlich einen bedeutenden Teil des Vertrages ausmachen. Auch hier sei die Anwendung von Werkvertragsrecht zu erwägen. Zumindest bei Verträgen unter Unterneh-

¹⁶⁷Teichmann JuS 2002, 423.

¹⁶⁸ Thode NZBau 2002, S. 361.

¹⁶⁹ Metzger S. 246.

mern, deren Gegenstand die Lieferung von Investitionsgütern seien, bestehe bei dieser Auslegung auch kein Konflikt mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Bei Verträgen über die Lieferung von Konsumgütern müsse vor dem Hintergrund der Richtlinie wohl unabhängig von der Frage, ob auch Montage oder andere Leistungen geschuldet seien, Kaufrecht angewendet werden. Die sachenrechtliche Einordnung der herzustellenden und einzubauenden Sache hält Metzger für kein geeignetes Kriterium der Einordnung. Diese Einordnung müsse bei Verträgen, in denen die herzustellende bewegliche Sache später mit dem Bauwerk oder einer anderen beweglichen Sache verbunden werde, zumindest dann außer Betracht bleiben, wenn man ansonsten die Einordnung des schuldrechtlichen Vertrags von der sachenrechtlichen Terminologie trenne. Der Umstand, dass der Gegenstand nach der Montage Teil einer anderen Sache werde, dürfe für die vertragstypologische Einordnung letztlich keine Rolle spielen.

*Leistner*¹⁷⁰ nimmt ähnlich wie *Metzger* an, dass es dem europäischen Verbraucherrecht entspreche, auch tätigkeitsbezogene Elemente in den Kaufvertragsbegriff einzubeziehen. Verträge über herzustellende bewegliche Sachen seien daher auch dann Kaufverträge, wenn sie ganz wesentlich von Konstruktions- und Implementierungsleistungen geprägt seien.

*Leupertz*¹⁷¹ hält die sachenrechtliche Einordnung insoweit für bedeutungslos, als diese erst durch den Einbauvorgang ausgelöst wird. Er führt aus, es könne nicht darauf ankommen, ob die zuvor hergestellte Sache durch den Einbau fest mit dem Gebäude verbunden und auf diese Weise wesentlicher Bestandteil desselben sowie des Grundstückes werde. Jedenfalls lasse sich aus § 651 BGB Derartiges nicht herleiten. Aus der vom Baustofflieferanten übernommenen Einbauverpflichtung folge nicht, dass der Vertrag die Lieferung einer unbeweglichen Sache zum Gegenstand habe, wenn erst die mit dem Einbau einhergehende Erfüllung der Lieferverpflichtung dazu führt, dass die bis dahin bewegliche Sache wesentlicher Bestandteil des Gebäudes wird. Gleichwohl ordnet *Leupertz* die Verträge über Herstellung, Lieferung und den Einbau von Sachen typologisch dem Werkvertrag zu, wenn der Baustofflieferant, der die zu liefernden Baustoffe oder Bauteile selbst herstellt, auch noch den Einbau der Materialien schuldet. Der Unternehmer habe zu den typologisch über § 651 BGB dem Kaufrecht zuzuordnenden Herstellungs- und Lieferpflichten, die ihrer Struktur nach werkvertragliche Leistungsverpflichtung übernommen, unmittelbar an der Verwirklichung des Bauerfolges mitzuwirken. Die kraft Gesetzes nach

¹⁷⁰ Leistner S. 86.

¹⁷¹ Leupertz S. 1650.

§ 946 BGB vollzogene Lieferverpflichtung trete in ihrer Bedeutung für die Verwirklichung des vertraglich vereinbarten Leistungszwecks hinter die auf die Realisierung des Bauerfolgs gerichteten Montageleistungen zurück, wenn diese nach den rechtsgeschäftlichen Vorstellungen der Vertragsparteien den Schwerpunkt der Leistungsverpflichtung des Baustofflieferanten bilden sollen. Die Tatsache, dass bei vielen Einbauvorgängen eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung nicht stattfinde, sei für § 651 BGB und den Lieferbegriff bedeutungslos.¹⁷²

Konopka und *Acker*¹⁷³ gehen davon aus, dass es für die Abgrenzung des Kauf- vom Werkvertragsrecht seit der Neuregelung des § 651 BGB nicht mehr entscheidend sein, ob die Montageleistung eine vertragliche Neben- oder aber eine Hauptleistungspflicht sei. In beiden Fällen komme Kaufrecht zur Anwendung. Sie nehmen über die sachenrechtliche Einordnung der eingebauten Sache die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht vor. Sie wenden § 651 BGB daher nicht an, wenn die hergestellte und gelieferte Sache durch den Einbau zu einem wesentlicher Bestandteil des Gebäudes i.S.d. § 946 BGB wird. In diesem Fall sei Werkvertragsrecht auf den Vertrag anwendbar. Wird eine Sache nach dem Einbau Scheinbestandteil i.S.d. § 95 BGB, wie im Falle der Montage einer Einbauküche, erwägen sie die Anwendung von Werkvertragsrecht über den Weg einer richtlinienkonformen Auslegung. Die Verbrauchsgüterrichtlinie zähle Scheinbestandteile wohl nicht zu den beweglichen Sachen. Letztlich könnten jedoch nur der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung die Abgrenzungsprobleme lösen.

Nach *Schwenker*¹⁷⁴ liegen keine Fälle des § 651 BGB vor, wenn der mit der Einbautätigkeit zu erbringende Erfolg im Vordergrund steht oder der Unternehmer das Eigentum an der Sache nicht rechtsgeschäftlich übertragen kann. Die Qualifikation eines Vertrages als Werkvertrag werde nicht dadurch gehindert, dass der Werkunternehmer zur Errichtung des vertraglich geschuldeten Erfolges auch einzelnen Sachen verarbeiten müsse. Bei der Erbringung eines werkvertraglichen Erfolges an Gebäuden werde der Besteller häufig schon wegen § 946 BGB Eigentum an der Sache erwerben, so dass es an einer „Lieferung“ i.S.d. § 651 fehle.¹⁷⁵

*Mankowski*¹⁷⁶ weist darauf hin, dass die hier besprochenen Vertragsver-

¹⁷² Leuperts in Pütting/Wegen/Weinreich Rdnr. 10 zu § 651.

¹⁷³ Konopka/Acker S. 252 ff.

¹⁷⁴ Schwenker in Erman Rdnr. 13 zu § 651.

¹⁷⁵ Schwenker in Erman Rdnr. 13 zu § 651.

¹⁷⁶ Mankowski S. 856.

hältnisse von der Rechtsprechung bisher ausschließlich als Werkverträge qualifiziert worden seien, ohne dass es darauf angekommen wäre, ob die eingebauten Sachen wesentliche Grundstücksbestandteile geworden wären oder nicht. Unter neuem Recht laute die Alternative: isolierte Betrachtung, ob die Sache vor der Lieferung beweglich war, mit der Folge, dass Kaufrecht anwendbar ist oder Fortschreiben der bisherigen Rechtsprechung mit der Folge, dass Werkvertragsrecht anwendbar sei. Die Reform befasse sich damit nicht. Sie habe die bisherige Rechtsprechung also nicht ausdrücklich aufgehoben. Dieses könne „mit erheblichen Zweifeln“ für die zweite Alternative sprechen. Allerdings bestünde dann jedenfalls, soweit Lieferungen an Verbraucher betroffen seien, ein Konflikt mit dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung. Denn über die sachliche Reichweite und Abgrenzung des Kaufrechts entscheide insoweit die Auslegung des Art. 1 Abs. 4 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Ein Argument für die Anwendung des Kaufrechts könne sein, dass § 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BGB solche Verträge im Rahmen der kaufrechtlichen Verjährungsregelung ausdrücklich erwähnt. Dieses Argument sei freilich nicht zwingend. Als nicht tragfähige Hilfe erscheine die Differenzierung danach, ob der Herstellungsprozess selbst im Vordergrund stehe und der eigentliche Einbau in das Bauwerk nur eine Nebenleistung sei.

*Voit*¹⁷⁷ geht davon aus, dass auch nach der Neuregelung des § 651 BGB Werkvertragsrecht anwendbar ist, wenn die Herstellung beweglicher Sachen als Vorarbeit erforderlich ist und die hergestellte bewegliche Sache dann in das Gebäude eingefügt wird. Bei der Frage, ob die Herstellung nur als Vorarbeit für ein Werk, das der Unternehmer am Grundstück erbringe, anzusehen sei, komme es darauf an, worin der zugesagte Erfolg auf der Grundlage der vertraglichen Einigung bestehe. So handele es sich um einen Werkvertrag, wenn der Unternehmer den Einbau der Fenster zusage und dazu die Fenster nach Maß anfertige. Gleiches gelte, wenn der Werkunternehmer eine Einbauküche nach Maß verspreche und dazu einzelne Elemente zunächst als bewegliche Sachen neu hergestellt würden. Stehe dagegen der Herstellungsprozess selbst im Vordergrund und stelle sich die Arbeit am Grundstück nur als Nebenleistung dar, so finde auf den Vertrag grundsätzlich Kaufrecht Anwendung.

*Busche*¹⁷⁸ will Werkvertragsrecht auf alle Verträge über Leistungen, die einem Grundstück oder Gebäude zu Gute kommen, anwenden. Verträge, die auf die Herstellung einer beweglichen Sache gerichtet seien und inso-

¹⁷⁷ Voit, BauR 1a/2002, S. 146; Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 6 zu § 651.

¹⁷⁸ Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 10 zu § 651.

weit § 651 BGB zuzuordnen wären, würden dem Werkvertragsrecht unterfallen, wenn die Sachen zum Einbau in ein Bauwerk bzw. zu dessen Errichtung und damit zur Herstellung eines Gesamtwerks bestimmt seien. Als Beispiele werden die Herstellung von Fenstern und Türen zum Einbau in ein Gebäude und die Herstellung, Lieferung und Montage von Fertigelementen zur Errichtung eines Gebäudes angeführt. Die Einbau- und Montageleistungen müssten dabei im Hinblick auf den mit der Herstellung des Gesamtwerks bezweckten Erfolg im Vordergrund stehen. Handelt es sich bei der Verpflichtung zum Einbau der beweglichen Sache dagegen im Verhältnis zu ihrer Herstellung nur um eine Zusatzleistung, verbleibe es bei der Anwendung von Kaufrecht gem. § 651 BGB. Ein Konflikt mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sei insoweit zwar im Wortlaut angelegt, nach dem unter dem Begriff des Verbrauchsgutes bewegliche körperliche Gegenstände zu verstehen seien. Der Richtliniengeber habe aber zum Verbrauch bestimmte Güter vor Augen gehabt. Darunter würden nach Sinn und Zweck nicht bewegliche Sachen fallen, die der Errichtung eines Gebäudes dienen. Der Regelungsanspruch der Richtlinie sei daher begrenzt, so dass für die Anwendung des Werkvertragsrechts auf die fraglichen Verträge kein Hinderungsgrund bestehe.

3. Verträge über die Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers

Bei der Einordnung dieser Verträge steht die Frage im Vordergrund, ob der Begriff der "Herstellung" i.S.d. § 651 BGB die Schaffung einer neuen Sache voraussetzt, oder ob die Wertschöpfung an einer bestehenden beweglichen Sache ausreicht. Da § 950 BGB im Bau- und Anlagenbaubereich regelmäßig dem Auftraggeber das Eigentum an einer neuen Sache zuweist, die aus von ihm zur Verfügung gestellten Stoffen vom Unternehmer hergestellt wurde, ist ein weiterer Schwerpunkt die Frage, ob der Begriff der „Lieferung“ eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung voraussetzt.

a. Die Rechtsprechung

a.a. Die Haltung des BGH

Vom BGH liegt zu diesen Verträgen noch keine Entscheidung vor. Vor dem 01.01.2002 waren diese Verträge bereits nach dem Wortlaut des § 651 BGB a.F. Werkverträge.

b.b. Urteil des OLG Sachsen-Anhalt vom 20.12.2007

Eine einschlägige Entscheidung liegt vom OLG Sachsen-Anhalt¹⁷⁹

¹⁷⁹ OLG Sachsen-Anhalt IBR 2008, 137.

vor. Das Urteil vom 20.12.2007 befasst sich mit der Einordnung eines Vertrages, in dem sich der Unternehmer zur Zerkleinerung von Betonbruchmaterial eines Auftraggebers unter konkreter Vereinbarung der Qualität des Endproduktes verpflichtet. Das OLG Sachsen-Anhalt ordnet diesen Vertrag als Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB ein. Kaufrecht gem. § 651 BGB sei nicht anwendbar. Die Abgrenzung zwischen Werkverträgen und Verträgen nach § 651 BGB habe unter funktionaler Betrachtungsweise zu erfolgen, d.h. danach, ob der Schwerpunkt der Verpflichtung des Leistungserbringers in der Eigentumsverschaffung an neuen beweglichen Sachen bestehe, dann sei Kaufrecht anwendbar, oder ob die Schöpfung eines über die Sache hinausgehenden Gesamterfolgs Vertragszweck sei. Im zu entscheidenden Fall habe die Klägerin ihre Leistung an einer ihr von der Beklagten zur Verfügung gestellten beweglichen Sache, dem Betonbruch, erbringen sollen. Sie habe keine völlig neue Sache herstellen und „liefern“, sondern die Wiederverwendbarkeit des bereits vorhandenen Baumaterials durch bloße Zerkleinerung erreichen sollen.

Das entscheidende Kriterium für die Anwendung von Werkvertragsrecht scheint das Gericht darin zu sehen, ob durch die Leistung des Unternehmers eine neue Sache entstanden ist oder lediglich eine bestehende Sache bearbeitet wurde. Nur in ersterem Fall soll Kaufrecht gem. § 651 BGB anwendbar sein und auch nur dann, wenn die Lieferung, d.h. die Besitz und Eigentumsverschaffung und nicht ein weitergehender Zweck im Vordergrund des Vertrages stehe. Indirekt nimmt das Gericht in dieser Entscheidung wohl auch Stellung zu der Frage, ob die Lieferung i.S.d. § 651 BGB eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung voraussetzt. Da im entschiedenen Fall das Material vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde, und dieser gem. § 950 BGB wohl Eigentümer einer aus dem Material entstandenen neuen Sache geworden wäre, hätte das Gericht § 651 BGB von vorne herein ausschließen können, wenn es für den Lieferbegriff des § 651 BGB eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung voraussetzen würde.

b. Die Wissenschaft

Die Meinungen in der wissenschaftlichen Literatur stimmen im wesentlichen darin überein, dass durch die Bearbeitung eine neue Sache entstehen muss, damit § 651 BGB zur Anwendung kommen kann. Im übrigen gehen die Meinungen auseinander. Einige Autoren wollen Werkvertragsrecht anwenden, wenn der Auftraggeber gem. § 950 BGB Eigentümer der Sache

wird, da der Unternehmer sie dann nicht übereignen könne. Andere wenden Kaufrecht an mit der Begründung, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wolle auch diese Verträge erfassen. Die Entscheidung für das Kaufrecht gem. § 651 BGB wird jedoch bei den Autoren, die den Begriff der „Lieferung“ im übrigen eng auslegen, sodass er Verträge mit tätigkeitsbezogenen Schwerpunkten nicht erfasst, im Ergebnis vielfach wieder zu Gunsten des Werkvertragsrechts verdrängt. Die Stellungnahmen zu Verträge über Reparaturleistungen sind im übrigen vage und inhaltlich uneinheitlich.

Im einzelnen:

*Peters*¹⁸⁰ vertritt die Auffassung, dass die Bearbeitung des Unternehmers zu einer neuen Sache i.S.d. § 950 BGB führen müsse, damit § 651 BGB und somit Kaufrecht anwendbar sei. Aber auch dann, wenn eine neue Sache entstehe, komme es nicht stets über § 651 Satz 1 BGB zu einer Anwendung des Kaufrechts, sondern nur dann, wenn die Verarbeitung oder Umbildung durch den Unternehmer den Anforderungen des § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. entspreche. Die Leistung des Unternehmers dürfe wertmäßig nicht erheblich geringer sein als der Wert des bearbeiteten Stoffes, sofern letzterer von dem Auftraggeber stamme. Liege diese Voraussetzung nicht vor, sei Werkvertragsrecht anzunehmen. Stamme der Ausgangsstoff vom Unternehmer, sei ohnehin Kaufrecht anwendbar. Auf die Kasuistik zu § 950 BGB könne zurückgegriffen werden.¹⁸¹ Reparaturaufträge sind nach Peters dann keine Verträge nach § 651 BGB sondern Werkverträge, wenn die typische Situation vorliege, dass der Kunde vom Unternehmer eine umfassende Diagnose und im Ergebnis einen Reparaturserfolg erwarte. Ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung liege jedoch vor, wenn der Kunde Diagnose und Therapieversuch schon selbst entwickelt habe und den Unternehmer gezielt beauftrage, ein bestimmtes Ersatzteil einzubauen.¹⁸² Eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung für die Erfüllung des Begriffs der „Lieferung“ verlangt Peters nicht.¹⁸³

Auch *Leupertz*¹⁸⁴ verlangt wohl für die Anwendbarkeit von § 651 BGB die Herstellung einer neuen Sache. Dabei will er Kaufrecht auch dann anwenden, wenn der Unternehmer durch die Bearbeitung der Sache kein Eigentum erwirbt. Für den Lieferbegriff verlangt er die Besitzverschaffung

¹⁸⁰ Peters in Staudinger Rdnr. 9 zu § 651

¹⁸¹ *Ibd.*

¹⁸² *Ibd.* Rdnr. 13.

¹⁸³ *Ibd.* Rdnr. 11.

¹⁸⁴ Leupertz BauR 2006, 1651.

der Sache durch den Unternehmer an den Auftraggeber und den Eigentumsübergang als solchen. Die Sache sei auch dann geliefert, wenn der Eigentumserwerb des Auftraggebers gesetzliche Folge des Herstellungsprozesses gem. § 950 BGB sei. Dieses Ergebnis diene der richtlinienkonformen Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die in Art. 2 Abs. 3 gerade die hier in Rede stehenden Fälle dem Kaufrecht zuordnen wolle. Auch könne es im Hinblick auf die Fallkonstellationen, in denen der Unternehmer einer herzustellenden Sache das Eigentum daran durch Einbau kraft Gesetzes verliert und bei denen es - seiner Ansicht nach - nicht auf diesen sachenrechtlichen Eigentumsverlust ankomme, bei den hier untersuchten Fällen nicht auf die Rechtsnatur des Eigentumsübertragungsaktes ankommen. Eine sachliche Begründung dafür, dass allein der Zeitpunkt des sachenrechtlichen Eigentumsübergangs - hier der Herstellungsprozess selbst und dort der der Herstellung nachfolgende Einbau - entscheidend sein könne, lasse sich schwerlich finden. Auch die vom Gesetzgeber offenbar bewusst aufgenommene Verweisung auf § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB in § 651 Satz 2 BGB liefe weitgehend leer, wenn die Anwendbarkeit des § 651 BGB nur bei Stellung eines untergeordneten Teils des für die Herstellung benötigten Materials eröffnet wäre.

Nach *Schuhmann*¹⁸⁵ setzt § 651 BGB keine Pflicht zur rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung voraus. Andernfalls würde § 651 Satz 2 BGB auf atypische Fälle beschränkt, was sich mit Art. 2 Abs. 3 Alt. 3 der Richtlinie nicht vereinbaren lasse. Löse man sich von der überholten Vorstellung, dass Arbeiten an, aus oder auf Sachen des Bestellers den typischen Fall des Werkvertrags darstellen, sei auch nicht ersichtlich, welchen Unterschied es bei identischer Herstellungsleistung für die vertragliche Position des Verbrauchers machen solle, ob der Gegenstand in seinem Eigentum stehe oder nicht.

*Röthel*¹⁸⁶ nimmt an, dass auf Verträge über die Lieferung von durch Bearbeitung hergestellten neuen Sachen grundsätzlich Kaufrecht gem. § 651 BGB anzuwenden sei. Die Verweisung auf § 433 Abs. 1 BGB müsse jedoch teleologisch reduziert werden, wenn man den Begriff der Lieferung in § 651 BGB ohne die Pflicht zur Eigentumsverschaffung, d.h. im Sinne bloßer Besitzverschaffung verstehen wolle. Auch würde ein solcher Kauf ohne Übereignung einen Fremdkörper in der tradierten Konzeption des Kaufs darstellen. Solche systematischen Bedenken müssten aber hinter die bewusste Zielsetzung der Richtlinie zurückgestellt werden. Gleichwohl

¹⁸⁵ Schuhmann ZGS 2005, 255.

¹⁸⁶ Röthel S. 627 ff.

bleibe auch diese Lösung unbefriedigend im Hinblick auf die Sicherung des Unternehmers. Sofern der Besteller Stoffe zur Verfügung stelle und infolgedessen nach derzeitiger Lesart des § 950 BGB in jedem Fall Eigentümer der neu hergestellten Sache werde, könne sich der Unternehmer weder das Eigentum vorbehalten, weil er nicht Eigentümer der Sache sei, noch stehe ihm, mangels Verweisung auf § 647 BGB, ein gesetzliches Pfandrecht an der hergestellten Sache zu. Da nicht erkennbar sei, dass der Gesetzgeber die Sicherheitssituation des Unternehmers mit der Neufassung des § 651 BGB ändern wollte, müsste konsequenterweise auch § 647 BGB analog angewendet werden. Hiergegen aber bestünden angesichts des klaren Wortlauts des § 651 BGB methodische Bedenken. Röthel löst den Konflikt, indem sie bei der Auslegung des § 950 BGB ansetzt. Mit der Neufassung des § 651 BGB sei das bislang auf systematische Gründe rückführbare Bedürfnis entfallen, den Besteller, der eigene Stoffe bereitstellt, als Hersteller und damit originären Eigentümer der neuen Sache anzusehen. Hersteller i.S.d. § 950 BGB sei vielmehr in jedem Fall der Unternehmer, und zwar unabhängig davon, ob er eine neue Sache kraft vertraglichen Auftrags oder aus Stoffen des Bestellers herstelle.¹⁸⁷ Diese im Eigentum des Unternehmers stehende Sache könne der Unternehmer dann nach den Regeln des Kaufrechts rechtsgeschäftlich übereignen.

Nach *Voit*¹⁸⁸ ist unter Lieferung i.S.d. § 651 BGB die Besitz- und Eigentumsübertragung durch den Unternehmer zu verstehen. Anders als Röthel geht er davon aus, dass man die im Rahmen des § 950 BGB weitgehend anerkannte Abgrenzung zugrunde legen müsse und so die Herstellung einer neuen beweglichen Sache weiterhin nach Werkvertragsrecht zu behandeln sei, sofern die Sache aus Stoffen des Bestellers hergestellt werde und damit eine Lieferung einer Sache im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung nicht geschuldet sei. Nach *Voit* hat diese Auslegung des § 651 BGB die Konsequenz, dass sich die Verweisung in § 651 Satz 2 BGB auf § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Fälle beschränkt, in denen der Besteller trotz der Stellung der Stoffe nicht als Hersteller i.S.d. § 950 BGB anzusehen ist, etwa deshalb, weil er nur einen untergeordneten Teil der Stoffe zur Verfügung stellt. Nach *Voit* scheidet § 651 BGB aus den genannten Gründen auch dann aus, wenn der Unternehmer im Namen des Bestellers den Stoff beschafft und ihn bearbeitet.¹⁸⁹

Auch *Konopka* und *Acker*¹⁹⁰ gehen davon aus, dass der Lieferbegriff des

¹⁸⁷ *Ibd.*

¹⁸⁸ *Voit* *BauR* 1a/2002 S. 146 f.

¹⁸⁹ *Ibd.*

¹⁹⁰ *Konopka/Acker* S. 255.

§ 651 BGB die rechtsgeschäftliche Besitz- und Eigentumsübertragung umfasst. Sie argumentieren, die Verweisung auf das Kaufrecht hätte keine Bedeutung, wenn der Besteller ungeachtet der Lieferung bereits Eigentümer der hergestellten Sache sei. Sie könne ihm schließlich dann nicht mehr entsprechend den Grundpflichten nach § 433 BGB verschafft werden. Dieses bedinge weiter, dass Kaufrecht im Rahmen solcher Herstellungsprozesse keine Anwendung finde, in denen der Besteller vor Lieferung Eigentümer der Sache kraft Gesetzes werde. Hierher würden die Fälle des § 950 BGB gehören, in denen die Sache aus Stoffen des Bestellers hergestellt wird.¹⁹¹

Auch *Busche*¹⁹² nimmt an, die Verpflichtung zur Lieferung entspreche der kaufrechtlichen Verschaffungspflicht gem. § 433 Abs. 1 BGB, die auf Verschaffung von Eigentum und Besitz gerichtet sei. Stelle der Besteller den vom Unternehmer zu bearbeitenden Stoff zur Verfügung, so werde es häufig an dem weiteren Erfordernis der Lieferung einer erst noch herzustellenden Sache fehlen, wenn der Unternehmer durch die Bearbeitung nicht selbst Eigentum an dem vom Besteller zur Verfügung gestellten Stoff erwerbe. Maßgebend sei insoweit, ob die Bearbeitung zu einem Eigentumserwerb i.S.v. § 950 führe. Sei dieses nicht der Fall, komme Werkvertragsrecht zur Anwendung. Arbeiten, die zum Zwecke der Instandhaltung, Wartung, Reparatur oder sonstigen Veränderung der Sache erfolgen, seien dem Werkvertragsrecht zu unterstellen. Das gelte selbst dann, wenn speziell für diese Arbeiten einzelne Ersatzteile hergestellt und geliefert würden. Insofern handele es sich nur um Nebenleistungen im Rahmen des Werkvertrages. Das gelte auch, wenn die Ersatzteile wie z. B. ein Austauschmotor, im Verhältnis zur Reparaturleistung einen erheblichen Wert darstellen.¹⁹³ Ob diese Einordnung auch gelten soll, wenn der Vertrag in einer Leistungsbeschreibung regelt, welche Sachen der Unternehmer im Rahmen der Reparatur einzubauen hat, bleibt offen.

*Hagen*¹⁹⁴ hält das Ergebnis, Werkvertragsrecht anzuwenden, wenn der Unternehmer die durch Bearbeitung neu hergestellte Sachen nicht rechtsgeschäftlich übereignen könne, für nicht überzeugend. Der Gesetzgeber habe den Anwendungsbereich des § 651 BGB hin zum Kaufrecht ausweiten wollen. Hier die vom Gesetzgeber fallen gelassene Beschränkung auf vom Unternehmer zu liefernde Stoffe quasi durch die Hintertür der „Liefere-

¹⁹¹ *Ibd.*

¹⁹² *Busche* in Münchener Kommentar Rdnr. 4 zu § 651.

¹⁹³ *Ibd.* Rdnr. 11 zu § 651.

¹⁹⁴ *Hagen* S. 716.

zung“ in die Neufassung hinein zu interpretieren, erscheine widersinnig. Weiter wäre bei dieser Interpretation § 651 Satz 2 BGB fast ohne Anwendungsbereich, betreffe er doch gerade Mängel an den vom Besteller gelieferten Stoffen. Ausschlaggebend sei die europäische Grundlage des § 651 BGB. Es sei nicht ersichtlich, dass der europäische Gesetzgeber Lieferung dahingehend verstehe, dass nur Verträge erfasst sein sollen, die eine Übereignung zum Gegenstand haben. Dazu sei der Zeitpunkt des tatsächlichen Eigentumsübergangs in den einzelnen Rechtsordnungen zu divergent. Durch die Richtlinie sollten vielmehr alle Arten von Lieferungsgeschäften erfasst werden, speziell auch, wenn der Besteller die Stoffe geliefert habe. Eine gemeinschaftskonforme Auslegung erfordere also, dass jeder Vertrag, der die Herstellung einer beweglichen Sache zum Gegenstand habe, ohne Ansehen der Herkunft der Ausgangsstoffe unter §§ 651, 433 ff. BGB falle. Den dogmatischen Widerspruch, dass der Kunde mit Herstellung gem. § 950 BGB originär Eigentum an der Ware erwirbt, gleichwohl der Unternehmer gem. §§ 651 Satz 1 i.V.m. 433 Abs. 1 Satz 1 BGB die Pflicht hat, jenem Eigentum zu verschaffen, löst Hagen, ähnlich wie Röhmel, indem er von einer Akzentverschiebung in § 950 BGB ausgeht. Es sei stets der Unternehmer derjenige, der durch Verarbeitung eine neue Sache herstelle. Der Unternehmer erwerbe mit Herstellung Eigentum an der neuen Sache, das er an den Käufer übertragen könne.

Leistner,¹⁹⁵ hält es ebenfalls mit der europarechtlichen Herkunft des § 651 BGB für nicht vereinbar, durch enge Auslegung des Lieferbegriffs im Sinne einer Besitz- und Eigentumverschaffung Verträge aus dem Anwendungsbereich des Kaufrechts auszunehmen, bei denen gem. § 950 BGB der Besteller von vorn herein Eigentümer ist. Allerdings will *Leistner* dieses Ergebnis wohl nicht über die Neuinterpretation des § 950 BGB, sondern durch weite Auslegung des Lieferbegriffs bzw. durch Inkaufnahme eines systematischen Bruchs mit den Anforderungen der §§ 433 ff. BGB erreichen.

*Schwenker*¹⁹⁶ verlangt für eine Herstellung i.S.d. § 651 BGB eine neue Sache. Er unterstellt Reparaturverträge auch dann dem Werkvertragsrecht, wenn in erheblichem Maße Ersatzteile einzubauen sind, da auch in diesem Falle nichts Neues geschaffen werde. Wie bei Busche ist auch bei Schwenker nicht klar, ob diese Einordnung auch gilt, wenn die Ersatzteile vertraglich nach Art und Umfang festgelegt sind. Für den Begriff der „Lieferung“ fordert Schwenker - wie oben gezeigt wurde¹⁹⁷ - die rechtsge-

¹⁹⁵ Leistner S. 82.

¹⁹⁶ Schwenker in Erman Rdnr. 8 zu § 651.

¹⁹⁷ *Ibd.* Rdnr. 13.

schäftliche Eigentumsübertragung. Er dürfte somit Verträge über die Herstellung neuer Sachen, an denen der Auftraggeber gem. § 950 BGB das Eigentum erwirbt, nicht § 651 BGB unterstellen.¹⁹⁸

*Mankowski*¹⁹⁹ und *Kniffka*²⁰⁰ sind der Auffassung, das es nicht darauf ankomme, wer durch den Herstellungsprozess Eigentümer der Sache werde. Es handele sich in beiden Fällen um Kaufverträge.

*Sprau*²⁰¹ verlangt für die Lieferung i.S.d § 651 BGB die Eigentumsübertragung und kommt daher wohl zu dem Ergebnis, dass Werkvertragsrecht anwendbar ist, wenn diese wegen §§ 946, 950 BGB fehlt.

4. Herstellung und Lieferung von Sachen zum Einbau durch den Auftraggeber oder Dritte

Wie im ersten Kapitel, Ziffer 3 lit. b gezeigt wurde, sind diese Verträge von der Rechtsprechung zum Recht vor dem 01.01.2002 als Werkverträge behandelt worden, wenn der Unternehmer Kenntnis davon hatte, dass die von ihm herzustellende Sache dazu diene, vom Auftraggeber oder einem Dritten in ein Bauwerk eingebaut zu werden. Unter dem neuen Recht hat sich in der Wissenschaft noch keine herrschende Meinung heraus gebildet. In der Rechtsprechung hingegen ist die Frage durch das Urteil des BGH vom 23. Juli 2009 im Sinne der Anwendung von Kaufrecht gem. § 651 BGB weitgehend entschieden worden.

a. Die Rechtsprechung

a.a. Die Haltung des BGH

Der BGH hatte im Urteil vom 23. Juli 2009²⁰² über einen Vertrag zu entscheiden, der den Unternehmer (Beklagte) verpflichtete, an den Auftraggeber (Klägerin) die für die Erstellung einer Siloanlage erforderlichen Teile und Materialien (u.a. Dammwände, Stützen und Zugstangen) einschließlich einer prüffähigen Statik zu liefern. Die Klägerin hatte in Russland für einen Auftraggeber eine Siloanlage zur Einlagerung von Graspellets zu erstellen und auf einem von ihrem Auftraggeber zu errichtenden Fundament zu montieren.

¹⁹⁸ Allerdings fordert Schwenker unter Rdnr. 12 zu § 651 für den Lieferbegriff nur die Verschaffung der Sache, wozu im Einzelfall die bloße Bereitstellung zur Abholung anstehe. Hier besteht ein gewisser Widerspruch.

¹⁹⁹ Mankowski S. 854 f.

²⁰⁰ Kniffka 27.4.3. Rdnr. 20.

²⁰¹ Sprau in Palandt Rdnr. 2 zu § 651.

²⁰² Urteil vom 23. Juli 2009-VII ZR 151/08.

Hierfür benötigte sie die von der Beklagten herzustellenden Teile. Für die Beurteilung der Mängelansprüche der Klägerin war zu klären, ob der Vertrag Kaufrecht oder Werkvertragsrecht unterliegt. Der BGH hat hierzu in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden:

„Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden Bau- und Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind gemäß § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. (.....) Unmaßgeblich ist, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach altem Recht Verträge über die Lieferung von unvertretbaren Sachen, die erkennbar für ein Bauwerk bestimmt waren, nach Werkvertragsrecht beurteilt hat. (...) Denn die Einordnung als Werkvertrag beruhte auf der Anwendung des nicht mehr maßgeblichen, durch die Neufassung des § 651 BGB überholten Rechts.“

Zum Begriff der „beweglichen Sachen,“ in § 651 BGB hat der BGH festgestellt:

„Nach jeder in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeit hatte die Beklagte bewegliche Sachen zu liefern. Die Beklagte schuldete lediglich die Anlieferung der Anlagenteile, so dass sie keine feste Verbindung mit einem Grundstück herzustellen hatte. Der Einordnung als bewegliche Sache im Sinne des § 651 BGB steht nicht entgegen, dass die Anlagenteile dazu bestimmt waren, zu einer Anlage zusammengesetzt und dann auf einem Grundstück fest installiert zu werden. Maßgeblich ist, ob die Sachen im Zeitpunkt der Lieferung beweglich sind.“

b.b. Urteil des OLG Nürnberg vom 11.10.2005

Schon vor obiger Entscheidung des BGH hatte das OLG Nürnberg mit Urteil vom 11.10.2005²⁰³ für einen vergleichbaren Vertrag, der allerdings ein Verbrauchervertrag war, entschieden, das Kaufrecht i.S.d. § 651 BGB auf diese Fälle anzuwenden sei.

In dem Urteil geht es um die Einordnung eines Vertrages über die Herstellung und Lieferung von maßgefertigten Türen für den Einbau in ein Wohnhaus. Der Unternehmer schuldete dem privaten

²⁰³ OLG Nürnberg BauR 2007, 122 ff.

Auftraggeber nur die Herstellung und die Lieferung der Türen. Der Auftraggeber ließ die Türen anschließend von einem anderen Unternehmer in das Gebäude einbauen. Dem Unternehmer war die geplante Verwendung seiner herzustellenden Sachen bekannt. Er hatte zur Herstellung vom Auftraggeber ein Aufmass erhalten. Das Gericht nimmt für diesen Sachverhalt einen Kaufvertrag mit der Begründung an, der Unternehmer schulde nach dem Vertragsinhalt keine Arbeiten an einem bestehenden Gebäude, die für einen Werkvertrag sprechen würden. Die Montage der Türen sei ausschließlich Sache des Bauherrn gewesen. Der Unternehmer habe keinen Einbau geschuldet. Die Annahme von Werkvertrag lasse sich auch nicht damit begründen, dass der Unternehmer die Türen nach Aufmass hergestellt und dazu Aufmasse und einen Architektenplan erhalten habe, aus dem die Lage der einzelnen Türen im Gebäude hervorgehe. Selbst wenn der Unternehmer am Aufmass teilgenommen und einzelne Aufmasse geprüft und selbst vor Ort genommen haben sollte, habe er keinen über die Fertigung der Türen hinausgehenden Erfolg geschuldet, der Voraussetzung für einen Werkvertrag wäre. Die Leistungspflicht des Unternehmers habe sich daher nur auf die Herstellung und Lieferung der Türen unter Berücksichtigung der Masse erstreckt und sei daher ein Vertrag nach § 651 BGB und kein Werkvertrag.

Für das Gericht spielt der Einbau der vom Unternehmer hergestellten Sache bei der Einordnung des Vertrages als Kauf- oder Werkvertrag dann keine Rolle, wenn nicht der Unternehmer, sondern der Auftraggeber oder ein von ihm beauftragter Dritter den Einbau vornimmt. Diese Interpretation liegt zumindest nahe, da es dem Auftraggeber, nach dem Sachverhalt zu urteilen, offensichtlich in erster Linie um den funktionsgerechten Einbau der Türen ging. Wenn das Gericht gleichwohl nicht Werkvertragsrecht angenommen hat, kann diese Entscheidung nur bedeuten, dass ein entsprechender (dem Unternehmer bekannter) Wille des Auftraggebers zumindest dann für die Wahl der Vertragsordnung bedeutungslos ist, wenn der die Sache herstellende Unternehmer diese nicht auch einbaut.²⁰⁴ In diesem Fall liegt ein Kaufvertrag gem. § 651 BGB vor, sofern die geschuldete Leistung des Unternehmers die Lieferung einer herzustellenden beweglichen Sache beinhaltet. Hätte der Unternehmer, der die Türen hergestellt hat, diese auch eingebaut,

²⁰⁴ Vgl. die Interpretation dieser Entscheidung bei Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich Rdnr. 7 zu § 651 BGB.

wäre die Einordnung des Vertrages durch das OLG wahrscheinlich anders ausgefallen. Die Entscheidungsgründe deuten darauf hin, dass das Gericht, wie auch das Kammergericht, die bisherigen Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht im Wege einer restriktiven Auslegung des Lieferbegriffs in § 651 BGB beibehalten will. Das Gericht hätte dann wegen der Bedeutung des funktionsgerechten Einbaus der Türen wohl Werkvertragsrecht angewendet und eine Lieferung i.S.d. § 651 BGB verneint.

b. Die Wissenschaft

Einige Autoren, die sich mit der Anwendung von § 651 BGB befassen, nehmen zu diesen Verträge nicht Stellung. Insbesondere die Ausführungen von *Mankowski*²⁰⁵ und *Voit*²⁰⁶ lassen nicht erkennen, in welche Vertragsordnung sie diese Verträge verweisen wollen.

Die Autoren, die Stellung beziehen, wollen grundsätzlich Kaufrecht anwenden. Über eine enge Auslegung des Begriffs der „beweglichen Sachen“, die nur Verbrauchsgüter umschließt, versuchen einige Autoren jedoch wieder, zur Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht zu gelangen.

Im einzelnen:

Nach *Kniffka*²⁰⁷ kann Werkvertragsrecht grundsätzlich wohl nicht angewendet werden, wenn der Unternehmer lediglich Teile für ein Bauwerk zu errichten hat, die für sich gesehen bewegliche Sachen sind und er nicht gleichzeitig die Verpflichtung übernommen hat, diese Teile in das Bauwerk einzubauen. Als Konsequenz daraus sei Kaufrecht auch auf die Lieferung größerer Bauteile anwendbar, wenn nicht gleichzeitig deren Einbau vertraglich geschuldet werde. Kaufrecht finde Anwendung auf den Vertrag über die Lieferung von Baumaterialien und zwar unabhängig davon, ob der Lieferant die Baumaterialien selbst herstelle oder nur weiter veräußere. Es komme auch nicht darauf an, ob vertretbare oder unvertretbare Sachen geliefert würden. Kaufrecht finde danach Anwendung auf die Lieferung von vom Unternehmer herzustellenden Gegenständen, wie Baubeton, Fertigteile, Träger, Balken, Türen, Fenster u.ä., solange der Unternehmer die Baumaterialien aufgrund derselben vertraglichen Verpflichtung nicht selbst einbaue. Im Hinblick darauf, dass heute ganze Häuser aus

²⁰⁵ Mankowski S. 856.

²⁰⁶ Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 6 zu § 651.

²⁰⁷ Kniffka 27.4.3.

vorgefertigten Teilen bestehen könnten, führe die Neuregelung zu einer Dominanz des Kaufrechts im Fertigbau. Das sei nicht nachvollziehbar, müssten doch diejenigen Regeln, die die Anwendung des Werkvertragsrechts beim Bauen rechtfertigen, auch für diese Leistungen gelten. Eine Lösung könne über eine dem Zweck der Regelung angepasste Definition des Begriffs der beweglichen Sache erreicht werden. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beschränke ihren Anwendungsbereich auf Verbrauchsgüter. Das seien Massengüter zum Verbrauch und nicht Immobilien. Danach erscheine es nicht von vornherein ausgeschlossen, nicht als Verbrauchsgüter zu qualifizierende Gegenstände, die von vornherein dazu bestimmt sind, in ein Bauwerk eingebaut zu werden, nicht als bewegliche Gegenstände im Sinne des § 651 BGB einzuordnen.²⁰⁸ Auf diese Weise wäre die Anwendung des Werkvertragsrechts auch dann eröffnet, wenn der Unternehmer die Sache nicht selbst in das Bauwerk einbaue. Im Hinblick darauf, dass das Gesetz sich ausdrücklich nicht allein auf Verbrauchsgüter beschränke, scheine allerdings fraglich, ob die Auslegung, von vornherein für die Errichtung von Bauwerken hergestellte Sachen seien von § 651 BGB nicht erfasst, wenn sie keine Verbrauchsgüter seien, noch möglich sei.

Nach *Schuhmann*²⁰⁹ fallen Verträge über die Herstellung eines Gegenstandes für ein spezielles Bauwerk zur Montage durch Dritte in den Anwendungsbereich des § 651 BGB. Dieses entspreche Wortlaut und Normzweck von § 651 BGB und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Dieses führe bei der Erstellung von komplexen Gegenständen und bei einer Untervergabe ohne Montageverpflichtung zu wenig sachgerechten Ergebnissen. Angesichts der Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sei dieses jedoch hinzunehmen, zumal ein maßgeblicher Grund für die Anwendung des Werkvertragsrechts, nämlich die unterschiedlichen Verjährungsfristen bei Kauf- und Werkvertrag, entfallen sei.

*Leupertz*²¹⁰ unterstellt die hier untersuchten Vertragsverhältnisse grundsätzlich ebenfalls dem Kaufrecht. Nach neuem Recht gelte in erster Linie Kaufrecht für alle Verträge, welche die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen zum Gegenstand hätten. Das betreffe auch unvertretbare Sachen, etwa vom Baustofflieferanten nach Sondermaßen gefertigte und gelieferte Türen oder Fenster, die der Bauunternehmer in das von ihm zu errichtende Gebäude einbauen solle. Allerdings eröffne dann § 651 Satz 3

²⁰⁸ *Ibd.* Rdnr. 19.

²⁰⁹ *Schuhmann* ZGS 2005, 255.

²¹⁰ *Leuperts* BauR 2006, 1651 f.

BGB die Anwendung einzelner Regelungen des Werkvertragsrechts.²¹¹ Wie oben dargestellt, zieht *Leupertz* jedoch in Erwägung, den Begriff der beweglichen Sache auf Verbrauchsgüter zu beschränken, sodass er, ähnlich wie *Kniffka*, über diese Auslegung zur Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht kommen könnte.

*Thode*²¹² will wohl Kaufrecht auf diese Fälle anwenden. Er führt aus, Verträge über ergänzende Leistungen für ein Bauwerk, die regelmäßig die Herstellung von beweglichen Sachen i.S.d. § 90 BGB zum Gegenstand hätten, seien dem Kaufrecht zugewiesen und nicht mehr, wie nach der BGH Rechtsprechung zum alten Recht, dem Werkvertragsrecht.

5. Die Bewertung der vertretenen Lösungen

In diesem dritten Kapitel ist verdeutlicht worden, dass die Rechtsprechung und Wissenschaft überwiegend bemüht ist, die argumentativen Voraussetzungen für die Anwendung von Werkvertragsrecht auf Bau- und Anlagenbauverträge auch unter dem seit dem 01.01.2002 geltenden Recht herzustellen. Vor dem Hintergrund der weiterhin mit erheblichen Unterschieden geregelten gesetzlichen Vertragsordnungen des Kauf- und Werkvertragsrechts ist dieses Bemühen verständlich. Über den Weg einer engen Auslegung des Begriffs der „Lieferung“ in § 651 BGB scheint eine Möglichkeit eröffnet zu sein, zur Anwendbarkeit der vor dem 01.01.2002 entwickelten Kriterien für die Abgrenzung von Kauf- und Werkverträgen zu gelangen.²¹³ Auch eine enge und nicht an den Begriffen des BGB orientierte Auslegung des Begriffs der beweglichen Sache in § 651 BGB wird mit dem Ziel einer Zurückdrängung des § 651 BGB erwogen.²¹⁴ Die kritischen Stellungnahmen sehen in einer solchen Verengung des Anwendungsbereichs des § 651 BGB jedoch Konflikte mit dem Europarecht.²¹⁵

a. Ausreichende Berücksichtigung des Gebotes richtlinienkonformer Auslegung?

In den in Ziffern 1 bis 4 dieses Kapitels vorgestellten Stellungnahmen der Rechtsprechung und Wissenschaft werden die Inhalte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zum Teil nicht oder nur am Rande für die Beurteilung der

²¹¹ Leuperts in Pütting/Wegen/Weinreich Rdnr. 10 zu § 651.

²¹² Thode NZBau 2002, S. 361.

²¹³ Leupertz BauR 2006, 1649 f.; Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 8 ff. zu § 651; Schwenker in Erman S. 13 zu § 651; Kniffka Rdnr. 11 ff. zu 27.4.1; Schuhmann S. 254; Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 9 zu § 651.

²¹⁴ Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich Rdnr. 8 und 9 zu § 651; Kniffka Rdnr. 18 zu 27.4.3; Schwenker in Erman Rdnr. 5 zu § 651; Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 3 zu § 651.

²¹⁵ Metzger S. 145; Leistner S. 86; Mankowski S. 856; Teichmann S. 423.

Begriffe des § 651 BGB heran gezogen.²¹⁶ Auch die Autoren, die der Richtlinie im Rahmen der Auslegung des deutschen Rechts größere Bedeutung einräumen, führen keine systematische Analyse ihrer in § 651 BGB transformierten Inhalte unter konsequenter Anwendung der vom EuGH entwickelten Auslegungsgrundsätze zum europäischen Sekundärrecht durch.²¹⁷ Die Stellungnahmen zu den Inhalten der Richtlinie und ihrer Bedeutung für die Auslegung des § 651 BGB bleiben daher insgesamt vage oder auf Teilaspekte des § 651 BGB beschränkt.

Da § 651 BGB Inhalte der Richtlinie in das deutsche Recht transformiert und die deutschen Gerichte nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auf der Grundlage des Umsetzungsgebotes des Art. 249 Abs. 3 EG (Art. 189 Abs. 3 EGV) und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue aus Art. 10 EG (Art. 5 EGV) verpflichtet sind, zur Durchführung einer europäischen Richtlinie erlassene Normen unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraumes, den ihnen das nationale Recht einräumt, im Lichte des Wortlautes und des Zweckes der Richtlinie auszulegen,²¹⁸ muss die Auslegung des § 651 BGB jedoch an erster Stelle bei einer Inhaltsbestimmung der durch die Norm transformierten Inhalte des europäischen Sekundärrechts ansetzen.

Dieses gilt für die Definition der auslegungsbedürftigen Begriffe der „beweglichen Sachen“, der „Lieferung“ und der „Herstellung“ in § 651 BGB. Es gilt auch für die Frage, ob Verträge mit einem Schwerpunkt auf Einbauleistungen aus dem Anwendungsbereich des § 651 BGB herausgenommen werden können. Jede Auslegung des § 651 BGB, die den Anwendungsbereich der Vorschrift zu Gunsten der Anwendung von Werkvertragsrecht einschränkt, ist aus der Sicht des Europarechts problematisch, da das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB die Anforderungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie an den Verbraucherschutz, anders als das Kaufrecht, nach einhelliger Auffassung nicht erfüllt. Auch die gespaltene Auslegung des § 651 BGB kann unter bestimmten Voraussetzungen europarechtswidrig sein.²¹⁹

²¹⁶ Konopka/Acker S. 251 ff.; Leupertz BauR 2006, 1648 ff.; und in Prütting/Wegen/Weinreich Rdnr. 8 ff. zu § 651; Preussner S. 231 ff.; Voit BauR 2002, 145 ff.

²¹⁷ Metzger S. 250 ff.; Leistner S. 81 ff.; Schuhmann ZGS 2005, 250 ff.; Hagen S. 713 ff.; Mankowski S. 854 ff.; Thode ZfBR 2000, 363 ff. und NZBau 2002, 360 ff.

²¹⁸ EuGH NJW 1984, 2021-von Colson und Kamann; Brechmann S. 247 ff.; Franzen S. 292 ff.; Herrmann S. 94 ff.

²¹⁹ Siehe hierzu im einzelnen Kapitel 4, Ziffer 3, lit. b, aa.

b. Der Beurteilungszeitpunkt für das Merkmal der „beweglichen Sachen“ in § 651 BGB

In den Stellungnahmen der meisten Autoren erfährt die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Beurteilung durchzuführen ist, ob eine Sache beweglich oder unbeweglich i.S.d. § 651 BGB ist, wenig Aufmerksamkeit. Der Wortlaut des § 651 BGB legt nahe, dass die Sache bei der Lieferung beweglich sein muss.²²⁰ Welches ist der Lieferzeitpunkt bei herzustellenden Sachen, die der Unternehmer einzubauen hat? Ist es die Verbringung auf die Baustelle, der Besitzerwerb durch den Auftraggeber gem. § 854 BGB, die Ablieferung gem. § 438 BGB oder der Eigentumsübergang? Bestehen unterschiedliche Lieferzeitpunkte je nach dem, ob eine im wesentlichen vorher fertig gestellte Sache eingebaut wird, oder ob die vertraglich geschuldete Sache durch den Einbauvorgang im wesentlichen erst entsteht? Je nach dem zu welchem Ergebnis man gelangt, wird über das Kriterium der beweglichen Sache der Anwendungsbereich des § 651 BGB auf Bau- und Anlagenbauverträge größer oder kleiner sein. Auch für die Beantwortung dieser Fragen dürfte der Inhalt der Richtlinie von entscheidender Bedeutung sein.

c. Ergänzende Untersuchungen zur Ermittlung der Inhalte des § 651 BGB

Um den Anwendungsbereich des § 651 BGB ohne Verstoß gegen europarechtliche Vorschriften bestimmen zu können, sind daher ergänzende Untersuchungen notwendig. Nachfolgend wird der Inhalt des durch die Norm transformierten europäischen Sekundärrechts erarbeitet und § 651 BGB sodann möglichst europarechtskonform ausgelegt.

²²⁰ So auch der BGH im Urteil vom 23. Juli 2009. Im zu entscheidenden Fall war der Lieferzeitpunkt jedoch ohne weiteres bestimmbar. Der Unternehmer hatte die herzustellende Sache dem Auftraggeber nur zu übergeben. Die Übergabe war somit der Lieferzeitpunkt.

Viertes Kapitel

Die Auslegung des § 651 BGB auf der Grundlage der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Sofern nicht der Gesetzgeber erkennbar ausschließlich den Zweck verfolgte, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht umzusetzen - wofür aufgrund der im zweiten Kapitel dargestellten Entstehungsgeschichte des § 651 BGB im Kontext der grundlegenden Modernisierung des Schuldrechts nichts spricht - dürfte es erforderlich sein, die Inhalte der nationalen Vorschrift und der Richtlinie gesondert nach ihren jeweils eigenen Auslegungskriterien zu beurteilen. Anschließend sind die Auslegungsergebnisse der nationalen Vorschrift, die mit den Inhalten der Richtlinie nicht in Übereinstimmung stehen, auszusondern,²²¹ soweit das deutsche Recht eine entsprechende Auslegung der Norm zulässt.²²² Am Ende der Analyse müsste sich eine Auslegung des § 651 BGB ergeben, die so weit wie möglich europarechtskonform ist.

1. Die Auslegung der Normen der Richtlinie, die durch § 651 BGB in das deutsche Recht transformiert wurden

a. Die Auslegungsregeln des europäischen Rechts

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH muss jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang gesehen sowie im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seinen Zielen und seines Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschriften ausgelegt werden.²²³

Die Auslegung nach dem Wortlaut spielt nur eine untergeordnete Rolle, da die gemeinschaftsrechtlichen Sekundärakte in allen Amtssprachen abgefasst werden, die gleichermaßen Verbindlichkeit beanspruchen.²²⁴ Ein weiterer Grund für die geringe Bedeutung dieser Auslegungsmethode ist der Umstand, dass bei der Auslegung von Vorschriften durch den EuGH der Wortlaut nicht die Grenze zwischen einer noch zulässigen Auslegung und einer darüber hinausgehenden Rechtsfortbildung bildet. Der gemeinschaftsrechtliche Auslegungsbegriff umfasst vielmehr sowohl die Ausle-

²²¹ Brechmann S. 259 ff.; Baldus/Becker ZEuP S. 882 f.; Ehrlicke 612 ff.; Hommelhoff S. 891.

²²² Für eine vereinfachende Methode, die den Richtlinieninhalt bereits beim Auslegungsvorgang an der nationalen Vorschrift einen Vorrang einräumt: Canaris 81 ff.; Herrmann S. 145 ff.; Leible § 5 E.III.2.c.dd.; Roth in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, 847, 876.

²²³ EuGH, Urt. vom 06.10.1982, Rs. 283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 3415, 3430 Rdnr. 20.

²²⁴ Kutscher I-21; Schulte-Nölke S. 157; Oppermann Rdnr. 580; a.A. Lutter JZ 1992, 593, 602.

gung als auch die Rechtsfortbildung.²²⁵

Auch die historische Auslegungsmethode hat vielfach eine nur untergeordnete Bedeutung, da sich der EuGH bei seiner Auslegungsarbeit im Laufe der Zeit immer weniger an den subjektiven Willen des europäischen Gesetzgebers gebunden fühlt, sondern eine dynamische Auslegungspraxis anwendet.²²⁶

Die systematische Auslegung findet statt, indem die auszulegende Norm der Richtlinie in einen Zusammenhang mit anderen Regelungen derselben Hierarchieebene gestellt oder an höherrangigem Recht gemessen wird. Da ein gemeinschaftsrechtliches Schuldrechtssystem bisher nur in Ansätzen existiert, ist eine aussagekräftige systematischer Auslegung häufig kaum möglich.²²⁷

Die teleologische Auslegung ist daher die vorherrschende Methode für die Auslegung des sekundären Gemeinschaftsrechts. Der Zweck der auszulegenden Regelung ist anhand ihrer Rechtsgrundlage und der allgemeinen Vertragsziele des europäischen Primärrechtes sowie der Erwägungsgründe, die dem Sekundärrechtsakt vorangestellt sind, zu ermitteln. Ziel der Auslegung sind die objektiven, vom gesetzgeberischen Willen losgelösten Funktionen, die der betreffende Sekundärrechtsakt innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung zu verwirklichen hat. Innerhalb der teleologischen Auslegungsmethode legt der EuGH besonderes Gewicht auf diejenigen Auslegungsergebnisse, durch die das mit der sekundärrechtlichen Maßnahme verfolgte Ziel mit größtmöglicher praktischer Wirksamkeit erreicht werden kann. Bezogen auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verlangt dieser Effektivitätsgrundsatz („effet utile“) daher eine Auslegung, durch die sich die Wirkung der Richtlinie am besten entfalten kann und durch die sich ihr praktischer Nutzen für den binnenmarktaktiven Verbraucher optimieren lässt.²²⁸

²²⁵ Vgl. z.B. EuGH, Urt. vom 23.04.1986, Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339, 1365 f., Rdnr. 23 ff.

²²⁶ Vgl. EuGH, Urt. vom 13.07.1989, Rs. 215/88 (Casa Fleischhandel), Slg. 1989, 2789, 2808 Rdnr. 31; Leible § 2 B.2.b.; Anweiler S. 262.

²²⁷ Kutscher in: Begegnungen, I-40 f.; Anweiler S. 186; Kutscher, I-42; Oppermann Rdnr. 582; Dreher S. 168; Roth ERPL 2002, 761, 763 ff..

²²⁸ Leible § 5 E.II.4; Anweiler S. 61 ff.; Bleckmann S. 1178; Kutscher I-43 f.; Dumon III-90 ff.

b. Die Entstehungsgeschichte und die Zielsetzung der Richtlinie

Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie und einzelner Normen, die im Rahmen der Inhaltsbestimmung des § 651 BGB Bedeutung haben, wurde im zweiten Kapitel unter Ziffer 1 lit. b dargestellt. Sie ist im Rahmen der Auslegung der Richtlinie von erheblicher Bedeutung.

Die vom Europäischen Gesetzgeber mit der Richtlinie verfolgten Ziele ergeben sich aus Art. 1 der Richtlinie, den Erwägungsgründen 1 bis 5 sowie aus Art. 95 EGV.

Ein Zweck der Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines einheitlichen Verbraucherschutz-Mindestniveaus im Rahmen des Binnenmarktes. Ein weiterer Zweck ist die Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Es soll den Verbrauchern aus einem Mitgliedstaat möglich sein, auf der Grundlage angemessener einheitlicher Mindestvorschriften über den Kauf von Verbrauchsgütern im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates frei einzukaufen. Die Richtlinie dient weiter dem Abbau von Wettbewerbsverzerrungen. In Erwägungsgrund 4 wird hierzu ausgeführt, dass die einzelstaatlichen Absatzmärkte für Verbrauchsgüter uneinheitlich seien, da die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Kauf von Verbrauchsgütern unterschiedlich seien. Hierdurch könnten bei den Verkäufern Wettbewerbsverzerrungen eintreten.²²⁹

Weiterer Zweck der Richtlinie ist die Vollendung des Binnenmarktes. Hierzu wird in Erwägungsgrund 5 ausgeführt, die Möglichkeiten der Verbraucher hätten durch die neuen Kommunikationstechnologien, die einen leichteren Zugang zu den Vertriebssystemen in anderen Mitgliedstaaten oder in Drittländern bieten, deutlich zugenommen. Ohne eine Mindestharmonisierung der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf könnte die Weiterentwicklung des Warenkaufs mit Hilfe der neuen Fernkommunikationstechniken behindert werden.²³⁰

Schließlich dient die Richtlinie der Stärkung des Vertrauens der Verbraucher in die Nutzung des Binnenmarktes durch die Schaffung eines gemeinsamen Mindestsockels von Verbraucherrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten.²³¹

²²⁹ Vgl. die allgemeine Begründung I A Nr. 4 (Fn. 9), ZIP 1996, 1846; Ehmman/Rust S. 853; Lehmann S. 280; Hänlein S. 1641.

²³⁰ Erwägungsgrund 4 sowie I A Nr. 4 der allgemeinen Begründung, ZIP 1996, 1846.

²³¹ Allgemeine Begründung I A Nr. 5, ZIP 1996, 1847.

c. Die durch § 651 BGB transformierten Normen der Richtlinie

Einfluss auf den Regelungsbereich des § 651 BGB haben Art. 1 Abs. 1 Ziffer 2 lit. b, Abs. 4, Art. 2 Absätze 3 und 5, Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie.

Art. 1 Abs. 1 Ziffer 2 lit b regelt den Begriff der Verbrauchsgüter und definiert ihn als „bewegliche körperliche Gegenstände.“ Art. 1 Abs. 4 verweist Verträge über die Lieferung herzustellender Verbrauchsgüter in das Kaufrecht. Art. 2 Abs. 5 bestimmt, dass ein Mangel infolge unsachgemäßer Montage des Verbrauchsgutes der Vertragswidrigkeit gleichsteht, wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrages über das Verbrauchsgut war und vom Verkäufer oder unter dessen Verantwortung vorgenommen wurde. Art. 2 Abs. 3 bestimmt, dass keine Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes vorliegt, wenn die Vertragswidrigkeit auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Art. 3 Ziffer 1 bestimmt, dass der Verkäufer dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit haftet, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht. Art. 7 Abs. 1 Unterabsatz 1 schließlich bestimmt, dass Vereinbarungen der Vertragsparteien, durch welche die mit der Richtlinie gewährten Rechte unmittelbar oder mittelbar außer Kraft gesetzt oder eingeschränkt werden, für den Verbraucher gemäß dem innerstaatlichen Recht nicht bindend sind.

d. Verbrauchsgüter gem. Art. 1 Ziffer 2 lit. b der Richtlinie

Das Grünbuch sah vor, in die Harmonisierung nur „bewegliche, langlebige, neue Verbrauchsgüter“ einzubeziehen.²³² Diese Formulierung wurde vom Parlament und in der weiteren Diskussion im wesentlichen mit der Begründung verworfen, die Probleme der Verbraucher seien nicht auf diese Geschäfte beschränkt und der Begriff „langlebig“ werfe Abgrenzungsschwierigkeiten auf.²³³ Der ursprüngliche Kommissionsentwurf vom 25. August 1996 definierte das Verbrauchsgut als „Jedes in der Regel für den Letztverbrauch oder zur Letztverwendung bestimmte Erzeugnis mit Ausnahme von Immobilien.“²³⁴ Diese Formulierung wurde später durch die in Art. 1 Abs. 2 lit b aufgenommene endgültige Definition „bewegliche körperliche Gegenstände“ ersetzt.²³⁵ Diese Änderung des Wortlautes könnte

²³² Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst vom 15. November 1993 KOM (93) 509 endg. S. 9.

²³³ Entschließung des Parlaments zum Grünbuch der Kommission über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst vom 6. Mai 1994 Nr. C 205/563.

²³⁴ Art. 1 Abs. 2 lit. b des Entwurfs, KOM (95) 520 endg., ABIEG 1996 C 307/8.

²³⁵ Schwartze S. 552.

bedeuten, dass die Verwendungsabsicht für das Gut irrelevant ist und es nicht zum Verbrauch bestimmt sein muss. Es könnte sich dann auch um ein Investitionsgut handeln.²³⁶ Wenn der Text der Richtlinie gleichwohl an vielen Stellen den Begriff des Verbrauchsguts enthält, könnte dieses aus dem Umstand zu erklären sein, dass der Zweck der Richtlinie allein der Verbraucherschutz ist.²³⁷ Aus den oben dargestellten Zielsetzungen der Richtlinie, insbesondere den Erwägungsgründen 1 bis 5 der Richtlinie könnte man gleichwohl den Eindruck gewinnen, dass Gegenstand der Richtlinie nur konsumtaugliche Standard- und Massenware sei und insbesondere Investitionsgüter wie Bauteile, Maschinen und technische Anlagen nicht erfasst sein sollen. Angesichts des klaren Wortlautes der Definition der Verbrauchsgüter als bewegliche körperliche Gegenstände in Art. 1 Abs. 2 lit b der Richtlinie und dem Umstand, dass der Verweis auf die Letztverwendung gestrichen worden ist, dürften die Formulierungen in den Erwägungsgründen jedoch nur bedeuten, dass der Richtliniengeber den Binnenmarkt in erster Linie für Konsumgüter (teil-) harmonisieren wollte und die weiteren von der Richtlinie erfassten Güter nicht im Vordergrund standen. Sie sind deswegen aber nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen. Auch ist nicht zweifelhaft, dass Baustoffe, Maschinen und sonstige bewegliche Investitionsgüter im europäischen Binnenmarkt auch mit Verbraucherbeteiligung gehandelt werden und das Harmonisierungsziel der Richtlinie somit in Bezug auf diese Gegenstände erreicht werden kann. Auch der BGH ist gemäß seinem Urteil vom 23. Juli 2009²³⁸ der Auffassung, dass die Richtlinie keine Einschränkung auf Konsum- oder Massengüter enthalte und auch ihr Sinn und Zweck eine solche Einschränkung nicht rechtfertige. Die Auffassungen von *Leupertz*,²³⁹ *Kniffka*²⁴⁰ und des OLG Nürnberg²⁴¹ die einen auf Konsumgüter beschränkten Anwendungsbereich der Richtlinie erwägen, sind angesichts obiger Argumente nicht überzeugend.

a.a. Bewegliche körperliche Gegenstände gem. Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie

Die Richtlinie definiert den Begriff „beweglich“ nicht. Auch die

²³⁶ Nach Schwartz wird der Sachkauf nach deutschem Recht mit Ausnahme des Grundstückskauf vollständig abgedeckt, Schwartz S. 553.

²³⁷ Serrano in Grundmann/Bianca Rdnr. 29 zu Art. 1; Doehner S. 107.

²³⁸ Urteil vom 23. 07.2009-VII ZR 151/08.

²³⁹ Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich, Rdnr. 8 f. zu § 651.

²⁴⁰ Kniffka Rdnr. 18 zu 27.4.3.

²⁴¹ OLG Nürnberg, OLG Report 2009, 77 ff.

Vorentwürfe und das Grünbuch sagen zu dem Begriff nichts aus. Der Begriff ist daher auszulegen.

a.a.a. Europarechtliche Auslegung des Begriffs oder Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen

Ein Sachenrecht der Gemeinschaft besteht noch nicht in nennenswertem Umfang und enthält für den Begriff „beweglich“ keine Anhaltspunkte. Die Grundsätze des EuGH zum Immobiliengerichtsstand in Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ sind nicht aufschlussreich, da sie sich mit der Abgrenzung dinglicher von schuldrechtlichen Fragen beschäftigen, nicht jedoch mit der Abgrenzung beweglicher Sachen von unbeweglichen Sachen.²⁴²

Man könnte bei dieser Situation annehmen, dass die Richtlinie zur Begriffsbestimmung des beweglichen Gegenstandes auf die nationalen Rechtsordnungen verweist, in Deutschland z.B. auf die Vorschriften in §§ 90 ff. BGB. *Pfeiffer*²⁴³ nimmt an, dass die Richtlinie zur Definition der beweglichen Sache auf das nationale Recht verweise. Auch *Höffe*²⁴⁴ und *Sirks*²⁴⁵ gehen hiervon aus. Sie argumentieren, die Richtlinie und das europäische Recht seien für eine autonome europarechtliche Begriffsbestimmung nicht aussagekräftig. Daher bleibe nur die Ausfüllung des Begriffs durch die nationalen Rechtsordnungen.

Die nationalen Sachenrechtsordnungen weichen jedoch voneinander ab. Insbesondere die zum Grundstück gehörenden Sachen (Grundstücksbestandteile) werden unterschiedlich abgegrenzt. So führt der Einbau von ursprünglich beweglichen Sachen in einigen Rechtsordnungen, auch der deutschen, zu einer veränderten Qualifikation. In einigen Rechtsordnungen wird die Sacheigenschaft von Rechten fingiert, in anderen werden unbewegliche Gegenstände vor ihrer Trennung vom Grundstück bereits als bewegliche

²⁴² Pfeiffer in Dauner-Lieb Rdnr. 7 zu Art. 1; EuGH, Urt. vom 17.05.1994 – Rs. C-294/92 (Webb), Slg. 1994, I-1717, 1738 Rdnr. 14; Urt. vom 10.01.1990 – Rs. C-115/88 (Reichert) Slg. 1990, I-27, 41 f. Rdnr. 8 ff.; vgl. dazu Schlosser Rdnr. 2 ff. zu Art. 22 EuGVVO.

²⁴³ Pfeiffer in Dauner-Lieb Rdnr. 7 zu Art. 1.

²⁴⁴ Höffe S. 11.

²⁴⁵ Sirks S. 277.

Gegenstände qualifiziert.²⁴⁶ Würde man auf die nationalen Besonderheiten abstellen, wäre der Anwendungsbereich der Richtlinie in den Mitgliedstaaten über die unterschiedliche Definition des Begriffs des beweglichen Gegenstandes wohl unterschiedlich weit. Die Verwirklichung der Harmonisierungsziele der Richtlinie, die oben dargestellt wurden, könnte möglicherweise hierdurch erschwert werden. Eine Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie dahingehend, dass die Vorschrift zur Bestimmung des Begriffs des bewegliche Gegenstandes auf das nationale Recht verweist, könnte daher auch im Hinblick auf den Auslegungsgrundsatz des *effet utile* problematisch sein. Aus diesem Grund gehen die Stellungnahmen in der Literatur überwiegend davon aus, dass der Begriff europarechtlich autonom auszulegen sei.²⁴⁷ *Schuhmann*²⁴⁸ will den deutschen Begriff des Bauwerks in §§ 438, 634a, 648, 648a BGB zur europarechtlichen Definition des Begriffes des beweglichen körperlichen Gegenstandes heranziehen und alle Gegenstände, die nicht Bauwerke in diesem Sinne sind, als beweglich gem. Art. 1 Abs. 2 lit b der Richtlinie ansehen. Dieses entspreche einer natürlichen Betrachtungsweise. Angesichts der hohen Anforderungen, die der BGH an die Größe und Ortsfestigkeit einer maschinellen Anlage stelle, damit sie Bauwerk i.S.d. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB sei, würden sich auch keine Bedenken ergeben, dass die Richtlinie andere Ergebnisse fordere. *Preussner*²⁴⁹ versteht den Begriff europarechtlich dahingehend, dass der jeweilige Gegenstand physisch beweglich sein müsse. Auch *Metzger*²⁵⁰ und *Voit*²⁵¹ halten einen natürlichen Sprachgebrauch für maßgeblich. *Metzger* konkretisiert diesen Sprachgebrauch und nimmt an, dass der Begriff der Beweglichkeit erfüllt sei, wenn die Sache tatsächlich fortgeschafft werden könne.

²⁴⁶ Serrano in Grundmann/Bianca Rdnr. 31 zu Art. 1.

²⁴⁷ Serrano in Grundmann/Bianca, Rdnr. 28 ff. zu Art. 1; Staudenmayer S. 2393 f.; Doehner S. 107; Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich Rdnr. 7 f. zu § 651; Kniffka Rdnr. 18 zu 27.4.3; Schwenker in Erman Rdnr. 5 zu § 651; Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 3 zu § 651; Metzger S. 145; Leistner S. 85 f.; Mankowski S. 855 ff.; Schuhmann ZGS 2005, 253 f.; Thode NZBau 2002 S. 362 und ZfBR 2000, 366.

²⁴⁸ Schuhmann ZGS 2005, 254.

²⁴⁹ Preussner S. 241.

²⁵⁰ Metzger S. 245.

²⁵¹ Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 3 zu § 651.

*Mankowski*²⁵² definiert den Begriff nur insoweit, als er Gebäude, die nach deutschem Recht Scheinbestandteile gem. § 95 BGB sind, nicht als bewegliche körperliche Gegenstände i.S.d. Art. 1 Abs. 2 lit b der Richtlinie ansieht. Für *Leupertz*,²⁵³ *Kniffka*²⁵⁴ und *Schwenker*²⁵⁵ ist die europarechtliche Auslegung dahingehend denkbar, dass der Begriff nur Konsumgüter und nicht Investitionsgüter umfasst. *Thode*,²⁵⁶ der ebenfalls europarechtlich auslegen will, legt keinen Vorschlag für eine Definition vor. Er weist stattdessen darauf hin, dass in der Richtlinie und im europäischen Recht keine Anhaltspunkte für eine autonome Auslegung des Begriffs vorhanden seien und daher auf eine Entscheidung durch den EuGH gewartet werden müsse. In diese Richtung geht auch die Ansicht von *SiENZ*.²⁵⁷

Auch wenn eine europarechtlich autonome Auslegung des Begriffs der beweglichen körperlichen Gegenstände gegenüber einer nationalen Begriffsbestimmung aus den oben genannten Gründen vorzugswürdig ist, kann der Begriff nach der hier vertretenen Auffassung auf der Grundlage eines „natürlichen Sprachgebrauchs“ oder der „tatsächlichen Beweglichkeit“ nicht abgegrenzt werden. Ein europaweiter „natürlicher Sprachgebrauch“ ist nicht feststellbar. Die Vorschläge der obigen Autoren zur Begriffsdefinition sind entweder inhaltlich unbestimmt oder haben, wie der Vorschlag von *Schuhmann* zu einer „natürlichen Betrachtungsweise“, keine empirische Grundlage. Sofern keine ausreichenden Anhaltspunkte aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie, der Systematik des Europarechts oder der Teleologie der Richtlinie für die Bestimmung des Begriffs der „beweglichen körperlichen Gegenstände“ in Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie gefunden werden können, muss nach der hier vertretenen Auffassung trotz den damit verbundenen Erschwernissen für die Harmonisierungsziele der Richtlinie angenommen werden, dass der Richtliniengeber

²⁵² Mankowski S. 856 f.

²⁵³ Leupertz in Prütting/Wegen/Weinreich Rdnr. 7 f. zu § 651.

²⁵⁴ Kniffka Rdnr. 18 zu 27.4.3.

²⁵⁵ Schwenker in Erman Rdnr. 5 zu § 651.

²⁵⁶ Thode NZBau 2002 S. 361.

²⁵⁷ SiENZ S. 191.

die Ausfüllung des Begriffs durch das nationale Recht beabsichtigt hat oder zumindest zulässt.

Da die europarechtlich autonome Auslegung des Begriffs des beweglichen Gegenstandes aus den oben dargestellten Gründen vorzuziehen ist und vom Richtliniengeber auch beabsichtigt sein dürfte, wenn sie möglich erscheint, ist zu prüfen, ob genügend geeignete Anhaltspunkte für eine solche Auslegung vorhanden sind.

b.b.b. Auslegung unter Heranziehung des UN-Kaufrechts und des Haager Kaufrechts

Anhaltspunkte für eine europarechtlich Auslegung des Begriffs des beweglichen Gegenstandes ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie. Wie oben ausgeführt wurde, strebte der europäische Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie eine weitgehende Parallelität mit dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen (CISG)²⁵⁸ an.²⁵⁹ Das CISG ist nach seinem Art. 1 Abs. 1 auf „Kaufverträge über Waren“ anwendbar. Es definiert den Begriff der „Waren“ jedoch nicht.

Auch hier besteht zunächst die Frage, ob der Begriff der „Waren“ internationalrechtlich autonom zu bestimmen ist, oder ob das CISG für den Warenbegriff auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten verweist. Die herrschende Auffassung geht von einer internationalrechtlichen Auslegung aus.²⁶⁰ Eine Mindermeinung nimmt an, dass auf die *lex rei sitae* verwiesen werde.²⁶¹ Die herrschende Meinung dürfte aus denselben Gründen vorzugswürdig sein, die auch für die nicht nationale Auslegung des Begriffs des Verbrauchsgutes in der Richtlinie sprechen.

Anhaltspunkte für eine internationale Auslegung des Wa-

²⁵⁸ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.04.1980 BGBl. 1989 II, S. 588 ff.

²⁵⁹ Schlechtriem JZ S. 442 ff.

²⁶⁰ Vgl. Säger in Bamberger/Roth Rdnr. 2 zu Art 1; Brunner, Art. 2, Rn. 1; Diedrich, S. 443 f.; Säger in Ferrari Rdnr. 2 zu Art. 1; Benicke in Münchener Kommentar zum HGB Rdnr. 16 zu Art. 1; Niemann S. 89; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 2 Rn. 49; Reinhart Art. 1, Rn. 1.

²⁶¹ Magnus in Staudinger Rdnr. 54 zu Art. 1; Garro/Zuppi S. 78 f.

renbegriffs liefert das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen aus dem Jahre 1975 (Haager Kaufrecht),²⁶² dessen Definition seines Anwendungsbereichs jedoch vom CISG abweicht. Das Haager Kaufrecht ist nicht auf „Waren,“ sondern auf „bewegliche körperliche Sachen“ anwendbar.

Nach herrschender Ansicht hat die Wahl des Begriffs der „Waren“ im CISG keine inhaltlichen Unterschiede zur Begriffsbestimmung im Haager Kaufrecht bezweckt.²⁶³ Es sollte im CISG lediglich eine „unverbrauchte und damit international auslegungsfähige Formulierung an die Stelle des durch die nationalen Rechtsordnungen vorgeprägten Begriffs der „beweglichen körperlichen Sachen“ im Haager Kaufrecht treten.²⁶⁴ Das CISG spricht im Originaltext von „marchandises“ während das Haager Kaufrecht präziser die Begriffe „objects mobiliers corporels“ verwendet. In den englischen Originalfassungen beider Normen wird einheitlich der Begriff „goods“ verwendet.²⁶⁵

„Waren“ i.S.d. CISG sind daher bewegliche körperliche Gegenstände. Irrelevant ist es dabei, ob es sich um herzustellende oder bereits hergestellte Sachen handelt.²⁶⁶ Unter den Begriff fallen auch Sachgesamtheiten wie Warenlager.²⁶⁷ Zu den Waren gehört auch Grundstückszubehör, wenn der Begriff der Ware nicht nach nationalen Rechtsgrundsätzen ausgelegt wird. Es kommt dann nicht darauf an, dass Grundstückszubehör nach einigen nationalen Rechtsordnungen nicht selbständig verkehrsfähig ist.²⁶⁸

Aus dem Begriff der „Waren“ wird einhellig abgeleitet, dass Grundstücke und Immobilien als unbewegliche Sa-

²⁶² BGBl. 1975 I S. 856 ff.

²⁶³ Niemann S. 90; Ferrari in Schlechtriem/Schwenzer Rdnr. 34 zu Art. 1; Magnus in Staudinger Rdnr. 43 zu Art. 1; wohl auch Lüderitz/Fenge in Soergel, Rdnr. 21 zu Art. 1; a.A. Karollus S. 21, die neue Terminologie führe zur „Ausdehnung des Waren-Begriffs auf alle Sachen, die Gegenstand von Handelskäufen sind.“

²⁶⁴ zumindest für Teilbereiche: Magnus in Staudinger Rdnr. 43 zu Art. 1.

²⁶⁵ *Ibd.*

²⁶⁶ Magnus in Staudinger, Rdnr. 52 zu Art. 1.

²⁶⁷ Westermann in Münchener Kommentar Rdnr. 6 zu Art. 1; Magnus in Staudinger, Rdnr. 51 zu Art. 1.

²⁶⁸ A.A. Magnus in Staudinger Rdnr. 54 zu Art.

chen nicht erfasst seien.²⁶⁹ Mit der Frage, wie „Immobilien“ von beweglichen Gegenständen abzugrenzen sind, befassen sich die einschlägigen Stellungnahmen jedoch nicht. Insbesondere bleibt ungeklärt, inwieweit größere ortsfeste Anlagen und Maschinen, die nicht als Gebäude anzusehen sind (z.B. Druckmaschinen, Großsilos) „Immobilien“ sind. Möglicherweise hängt diese Zurückhaltung in den Stellungnahmen zum Inhalt des CISG damit zusammen, dass Verträge über größere Anlagen und Maschinen aufgrund von Art. 3 Abs. 2 CISG regelmäßig aus dem Anwendungsbereich des CISG, das nur auf Verträge zwischen Unternehmen Anwendung findet, herausfallen. Anlagenbauverträge, die zwischen Unternehmen geschlossen werden, beziehen sich zumeist auf die Errichtung von Konstruktionen, die zu einem erheblichen Teil Arbeits- und Dienstleistungen erforderlich machen. Solche Verträge erfasst das CISG nach Art. 3 Abs. 2 nicht.²⁷⁰ Auch sind im Anlagenbau Standardverträge und Geschäftsbedingungen vorherrschend, die das dispositive Recht des CISG ohnehin verdrängen.²⁷¹ Auf die begriffliche Abgrenzung von beweglichen Gegenständen zu „Immobilien“ kommt es daher regelmäßig nicht an.

Fest steht, dass die Qualifikation als „Ware“ bei der Lieferung vorliegen muss. „Lieferung“ ist der Zeitpunkt des Gefahrüberganges gem. Art. 36 Abs. 1, 67-69 CISG.²⁷² Es ist daher unschädlich, wenn ein Gegenstand, der bei der Übergabe beweglich ist, bei Vertragsschluss noch mit dem Grundstück fest verbunden ist (z.B. Mineralien im Steinbruch) oder nach der Lieferung mit dem Grundstück fest verbunden, z.B. eingebaut wird.²⁷³ Eine „Ware“ liegt auch vor, wenn der Käufer die Trennung selbst vornehmen soll,

²⁶⁹ Enderlein/Maskow/Strohbach, Anm. 2 zu Art. 1; Ferrari, *Applicabilità ed applicazioni*, S. 162 f.; Siehr in Honsell Rdnr. 9 zu Art. 2; Karollus, S. 380; Westermann in Münchener Kommentar Rdnr. 4 vor Art. 1; Reinhart, Art. 1, Rn. 3; Rudolph, Art. 1, Rn. 4, Wasmer S. 14; Lorenz in Witz/Salger/Lorenz Rdnr. 5 zu Art. 1; Ferrari in Schlechtriem/Schwenzer Rdnr. 35 zu Art. 1; Herber/Czerwenka Rdnr. 7 zu Art. 1; Czerwenka S. 147 ff.

²⁷⁰ Herber/Czerwenka, Rdnr. 5 zu Art. 3; Ferrari in Schlechtriem/Schwenzer Rdnr. 17 ff. zu Art. 3.

²⁷¹ Hilgers/Buscher Rdnr. 2.4.2 ff.

²⁷² Micklitz S. 232.

²⁷³ Magnus in Staudinger Rdnr. 50 zu Art. 1 m.w.N., Säger in Bamberger/Roth Rdnr. 6 zu Art. 1; Herber/Czerwenka, Rdnr. 7 zu Art. 1; Piltz, *Internationales Kaufrecht*, Rdnr. 36; wohl auch Westermann in Münchener Kommentar Rdnr. 8 zu Art. 1.

z.B. Mineralien abbauen, Maschinen ausbauen, ein Silo demontieren soll.²⁷⁴

Alle körperlichen Gegenstände einschließlich Zubehör von Grundstücken, die nicht im Zeitpunkt der Lieferung Grundstücke oder „Immobilien“ sind, stellen somit bewegliche Gegenstände im Sinne des Warenbegriffs des Art. 1 CISG dar.²⁷⁵

Wegen der ungeklärten Inhaltsabgrenzung des Begriffs der „Immobilien“ ist der Begriff der „Waren“ im CISG nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nur eingeschränkt für die Definition der „beweglichen körperlichen Gegenstände“ in der Richtlinie verwendbar. Eine eindeutige Begriffsbestimmung ist anhand des Begriffs der „Waren“ im CISG nicht möglich. Dieses bedeutet, dass allein durch Bezugnahme auf das CISG der Begriff der beweglichen körperlichen Gegenstände in Art. 1 Abs. 2 lit b der Richtlinie nicht zu bestimmen ist.

c.c.c. Auslegung unter Heranziehung der Produkthaftungsrichtlinie

Weitere Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffs der „beweglichen körperlichen Gegenstände“ der Richtlinie könnten sich aus der Definition des Produktes in der Produkthaftungsrichtlinie²⁷⁶ ergeben. Diese geht vom Begriff der „beweglichen Sache“ aus. Art. 2 Satz 1 dieser Richtlinie bestimmt, dass bewegliche Sachen auch ein Produkt im Sinne der Vorschrift darstellen, wenn sie (im physischen Sinne) Teil einer anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache sind. Eine vergleichbare Vorschrift wurde für den Begriff der beweglichen körperlichen Gegenstände in Art. 1 Abs. 2 lit b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht aufgenommen. Aus systematischer Sicht legt dieses Fehlen nahe, dass der Begriff „bewegliche körperliche Gegenstände“ in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zusammengesetzte Gegenstände nicht erfassen soll. Man könnte aus dem Feh-

²⁷⁴ Magnus in Staudinger Rdnr. 51 zu Art. 1.

²⁷⁵ Herber/Czerwenka, Art. 1, Rn. 7; Westermann in Münchener Kommentar, Rdnr. 8 zu Art. 1; a.A. Magnus in Staudinger Rdnr. 54 zu Art. 1.

²⁷⁶ RL 85/374/EWG.

len eines dem Art. 2 Abs. 1 der Produkthaftungsrichtlinie entsprechenden Satz weiter folgern, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf den Kauf isolierter Verbrauchsgütergüter zielt, während die Produkthaftungs-Richtlinie den Schutz des Verbrauchers vor fehlerhaften Produkten unabhängig von deren räumlicher Selbständigkeit bezwecke.²⁷⁷ Unter diesem systematischen Aspekt könnte weiter geschlossen werden, dass Gegenstände nur dann „beweglich“ i.S.d. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind, wenn sie nach der Verkehrsauffassung nicht Teil eines Grundstücks oder eines Bauwerks sind. Ob dieser Schluss allein aus dem Fehlen einer Art. 2 Abs. 1 der Produkthaftungsrichtlinie entsprechenden Vorschrift in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gezogen werden kann, ist jedoch zweifelhaft. Nach *Doehner*²⁷⁸ liegen unter dem systematischen Aspekt des Art. 2 Abs. 1 der Produkthaftungsrichtlinie die Voraussetzung für einen beweglichen Gegenstand gem. Art. 1 Abs. 2 lit b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vor, wenn der Gegenstand von einem Grundstück ohne Zerstörung oder wesensmäßige Veränderung getrennt werden kann. *Doehner*, der eine europarechtlich autonome Auslegung anstrebt, räumt ein, dass die vorgeschlagene Abgrenzung Kriterien deutschen Rechts entspreche. Sie könnte aber auch für eine europäische Verkehrsauffassung herangezogen werden. Ob es eine solche europäische Verkehrsauffassung gibt und ob sie für die Definition des Begriffs der beweglichen körperlichen Gegenstände in Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie herangezogen werden kann, bleibt jedoch ungewiss.

Insgesamt dürfte die Beurteilung gerechtfertigt sein, dass auch die Produkthaftungsrichtlinie keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Definition des Begriffs der beweglichen körperlichen Gegenstände in Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie enthält.

d.d.d. Begriffsbestimmung nach nationalem Recht

Aus obiger Darstellung ergibt sich, dass für eine europarechtlich autonome Auslegung des Begriffs der beweglichen körperlichen Gegenstände in der Richtlinie keine aus-

²⁷⁷ Doehner S. 109.

²⁷⁸ *Ibd.*; unklar bei Pfeiffer in Dauner-Lieb Rdnr. 7 zu Art. 1.

reichenden Anhaltspunkte historischer, systematischer oder teleologischer Art vorhanden sind. Weder der Warenbegriffs des CISG noch der Produktbegriff der Produkthaftungsrichtlinie ergeben genügend Hinweise für eine zweifelsfreie Abgrenzung.²⁷⁹ Es ist somit *Thode*²⁸⁰ zuzustimmen, der den Begriff der beweglichen körperlichen Gegenstände in der Richtlinie als inhaltlich unklar beurteilt. Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Richtlinie kann eine nur vage europarechtliche Begriffsbestimmung nicht herangezogen werden, da sie eine einheitliche Anwendung des Begriffs in den Mitgliedstaaten nicht ermöglicht und zu Rechtsunsicherheit führt.

Angesichts der dargestellten Schwierigkeiten einer europarechtlichen Bestimmung des Begriffs des beweglichen körperlichen Gegenstandes in Art. 1 Abs. 2 lit b der Richtlinie, sollte der Begriff, wie es von *Pfeiffer*²⁸¹ und anderen Autoren vorgeschlagen wird, durch die nationalen Rechtsordnungen mit Inhalt gefüllt werden. Dieses kann zwar zu unterschiedlichen Anwendungen der Richtlinie in den Mitgliedstaaten führen, es ermöglicht aber zumindest eine praktikable und rechtssichere Anwendung der Richtlinie.

Nach deutschem Recht kann die Abgrenzung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sache anhand der §§ 90 ff. BGB vorgenommen werden. Die sachenrechtlichen Abgrenzungen und Zuweisungen in §§ 90 ff. BGB dienen der Bestimmung von Eigentumsrechten und bezwecken die Sicherheit im Rechtsverkehr.²⁸²

Alternativ könnte die Abgrenzung anhand des Bauwerksbegriff in §§ 438, 634a, 648, 648a BGB vorgenommen werden. Dieser Begriff grenzt in §§ 438, 634a BGB Verjährungsfristen für vertragliche Ansprüche ab und regelt somit den Interessenausgleich zwischen Vertragspartnern.²⁸³ In §§ 648, 648a BGB regelt er Vertragsansprüche

²⁷⁹ Höffe S. 11.

²⁸⁰ Thode NZBau 2002, 361.

²⁸¹ Pfeiffer in Dauner-Lieb Rdnr. 7 zu Art. 1.

²⁸² BGH NJW 1999, 2434.

²⁸³ Schuhmann ZGS 2006, 253.

des Werkunternehmers. Wegen seiner vertragsrechtlichen Ausrichtung wird der Begriff nicht über die Kriterien des § 94 BGB, sondern unabhängig von diesen bestimmt. Nach allgemeiner Ansicht ist der Begriff des Bauwerks weiter als der des Gebäudes in § 94 BGB.²⁸⁴ Er umfasst insbesondere auch Scheinbestandteile gem. § 95 BGB.

In der Richtlinie werden anhand des Begriffs des beweglichen körperlichen Gegenstände Verträge der Vertragsordnung des Kaufrechts zugewiesen. Der Begriff dient somit einer vertragsrechtlichen Abgrenzung und nicht der sachenrechtlichen Zuordnung von Eigentum und vergleichbaren Rechten. Diese Funktion des Begriffs in der Richtlinie macht eine Abgrenzung, die nicht auf spezifisch sachenrechtliche Kriterien abstellt, sondern auch Scheinbestandteile gem. § 95 BGB als unbewegliche Gegenstände einordnet, vorzugswürdig gegenüber der Abgrenzung nach §§ 90 ff. BGB. Die Abgrenzung des Begriffs der beweglichen körperlichen Gegenstände der Richtlinie sollte daher anhand des Bauwerksbegriff in §§ 438, 634a, 648, 648a BGB vorgenommen werden.

Die Kriterien, die von der Rechtsprechung für den Bauwerksbegriff entwickelt wurden, sind auch hinreichend klar. Ein Bauwerk ist anzunehmen, wenn es sich um eine durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache handelt.²⁸⁵ Die Sache muss von erheblicher Größe sein und nur mit unverhältnismäßigem Aufwand demontiert werden können.²⁸⁶ Erfasst sind insbesondere Gebäude, die mit dem Grund und Boden aufgrund ihrer Schwerkraft oder einer bautechnischen Konstruktion fest verbunden sind. Diese Gegenstände sind allerdings auch unbeweglich im Sinne der sachenrechtlichen Abgrenzung in § 94 BGB. Daneben gehören zu den Bauwerken auch größere maschinelle Anlagen ungeachtet dessen, ob sie nach den sachenrechtlichen Grundsätzen der §§ 90 ff. BGB als beweglich oder unbeweglich zu

²⁸⁴ Peters in Staudinger Rdnr. 37 zu § 638 a.F. und Rdnr. 11 zu § 648.

²⁸⁵ BGH NJW-RR 2003, 1320; Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 18 zu § 634a.

²⁸⁶ BGH NJW 1999, 2434 f.; Peters in Staudinger Rdnr. 37 zu § 638 a.F. und Rdnr. 11 zu § 648; Schuhmann ZGS 2005, 253.

qualifizieren sind. So hat der BGH eine Müllpresse²⁸⁷ von 11 Tonnen Gewicht und eine Förderanlage in der Automobilindustrie²⁸⁸ als Bauwerke qualifiziert. Das OLG Düsseldorf bejahte die Bauwerkseigenschaft bei Spritzkabinen²⁸⁹ von 5,70 Metern Höhe, 21 Metern Länge und 15 Metern Breite.

Ob Sachen des Zubehörs eines Grundstücks gem. § 97 BGB, die nach deutschem Recht bewegliche Sachen sind, bewegliche körperliche Gegenstände im Sinne des Art. 1 Absatz 2 lit. b der Richtlinie sein können, ist zweifelhaft. Gegen diese Zuordnung richtet sich die in der Literatur vertretene Auffassung, Grundstückszubehör würde dem gängigen innereuropäischen Warenverkehr ebenso wenig unterliegen wie das Grundstück selbst, weshalb der Europäische Gesetzgeber mangels Richtlinienkompetenz dessen Mitverkauf nicht dem Regime der Richtlinie habe unterwerfen können und wollen.²⁹⁰ Gegen diese Auffassung wird vorgebracht, der Verbraucherschutz sei bei beweglichen Gegenständen, die Teil eines Immobiliengeschäftes sind, genauso erforderlich bzw. wünschenswert wie dieses in anderen Bereichen des Warenverkehrs der Fall sei. Unterschiede im Schutzbedürfnis, die eine unterschiedliche Behandlung dieser Sachverhalte rechtfertigen, seien nicht ersichtlich.²⁹¹ Zu Gunsten ersterer Ansicht spricht, dass Zubehör gem. § 97 BGB dadurch charakterisiert ist, dass es sich in dauerhafter räumlicher Verbindung zum Grundstück befindet²⁹² und daher als solches nicht am grenzüberschreitenden Warenverkehr teilnimmt. Andererseits ergibt sich aus den Erwägungsgründen der Richtlinie, dass Zwecke der Harmonisierung auch der Abbau von Wettbewerbsverzerrungen und die Gewährleistung eines einheitlichen Mindestniveaus des Verbraucherschutzes im Binnenmarkt ist. Die Harmonisierung greift somit nicht nur für Geschäfte

²⁸⁷ BGH NJW-RR 2002, 664, 665.

²⁸⁸ BGH BauR 1999, 670 ff.

²⁸⁹ OLG Düsseldorf BauR 2002, 103 ff.

²⁹⁰ Feller S. 85; Martinek S. 546 f.; Bohne in Hoeren/Martinek, Teil 1 Rdnr. 542 sowie § 474 Rdnr. 7 a.E.

²⁹¹ Doehner S. 117.

²⁹² BGH NJW 1962, 1498.

ein, die einen grenzüberschreitenden Warentransfer beinhalten. Vor dem Hintergrund der genannten Zielsetzungen der Richtlinie erscheint letztere Ansicht daher vorzugswürdig. Die Veräußerung bestehenden Zubehörs dürfte daher vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sein. Diese Fälle regelt Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie jedoch nicht. Er bezieht sich vielmehr nur auf herzustellendes Zubehör. Wird ein herzustellender beweglicher Gegenstand jedoch erst durch die Lieferung an den Auftraggeber zu einem Teil des Zubehörs eines Grundstücks, bestehen die obigen Zweifel nicht. In diesem Fall kann der herzustellende Gegenstand durchaus am grenzüberschreitenden Warenverkehr teilnehmen und der Vertrag, aufgrund dessen der herzustellende bewegliche Gegenstand an den Auftraggeber geliefert wird, dürfte in jedem Fall in den Harmonisierungsbereich der Richtlinie einbezogen sein.

b.b. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Qualifizierung eines Gegenstandes als „beweglich“ im Sinne der Richtlinie.

Es stellt sich weiter die Frage, welcher Zeitpunkt für die Qualifizierung eines Gegenstandes als „beweglich“ maßgeblich ist.

a.a.a. Die Zeitpunkte des Vertragsschlusses und des Eigentumsübergangs

Übereinstimmung dürfte darin bestehen, dass es nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht auf den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs ankommt.²⁹³ Auf den Vertragsschluss kann es nicht ankommen, da zu diesem Zeitpunkt die herzustellende Sache noch nicht existiert. Der Eigentumsübergang kann ebenfalls nicht maßgeblich sein. Die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen sehen hierfür voneinander abweichende Zeitpunkte vor. In einigen Rechtsordnungen wird das Eigentum bereits durch Einigung der Parteien übertragen. Hier kann der Eigentumsübergang schon vor der Übergabe vorliegen.²⁹⁴ In anderen Rechtsordnungen, wie der deutschen, bedarf es zur Eigentumsübertragung grundsätzlich der Übergabe der Sache. Das Abstellen auf den Eigentumsübergang könnte somit zu

²⁹³ Doehner S. 107.

²⁹⁴ Bianca in Grundmann/Bianca Rdnr. 13 zu Art. 3.

unterschiedlichen Ergebnissen führen, was im Hinblick auf den Harmonisierungszweck der Richtlinie problematisch wäre.

b.b.b. Der Zeitpunkt der Lieferung gem. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie

Entscheidend kann nur der Zeitpunkt sein, an den die Richtlinie die Beurteilung der Mängelfreiheit des Verbrauchsgutes knüpft, somit der Haftungszeitpunkt.²⁹⁵ Dieser ist gem. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie der Zeitpunkt der Lieferung. Was unter „Lieferung“ zu verstehen ist, definiert die Richtlinie nicht. Es könnte sich um den Zeitpunkt der physischen Übergabe der Sache an den Auftraggeber handeln. Für die Ausfüllung des Begriffs könnte jedoch auch auf den Gefahrübergang nach den nationalen Regelungen der Mitgliedsstaaten verwiesen sein.

Der ursprüngliche Richtlinienentwurf aus dem Jahre 1996 sah vor, dass der Haftungszeitpunkt die Besitzübergabe sein sollte und davon zu Ungunsten des Verbrauchers abweichende nationale Vorschriften zu ändern seien.²⁹⁶ Aus dem Erwägungsgrund 14 der endgültigen Richtlinie ergibt sich hingegen ein Verweis auf die Gefahrtragungsregelungen der nationalen Rechtsordnungen. In Erwägungsgrund 14 wird ausgeführt: „Die Bezugnahmen auf den Zeitpunkt der Lieferung bedeuten nicht, dass die Mitgliedstaaten ihre Vorschriften über den Gefahrübergang ändern müssen.“²⁹⁷ Ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach nationalem Recht für den Haftungszeitpunkt und somit den Lieferzeitpunkt i.S.d. Art 3 Abs. 1 der Richtlinie entscheidend, sind nach deutschem Recht die §§ 446 und 447 BGB einschlägig.

Trotz dem klaren Wortlaut des Erwägungsgrund 14 der Richtlinie ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum strittig, ob Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie hinsichtlich des Haftungszeitpunktes tatsächlich auf die nationalen Rechtsordnungen verweist oder den Haftungszeitpunkt vielmehr au-

²⁹⁵ Doehner S. 107.

²⁹⁶ Dok. KOM (95) 520 endg. „Übergabe der Sache an den Verbraucher“, S. 13; Jud S. 444.

²⁹⁷ Abl.L 171 v. 07.07.1999 S. 13.

tonom im Sinne des Übergabezeitpunktes bestimmt. Die wohl überwiegende Meinung²⁹⁸ geht von einem Verweis auf die nationalen Vorschriften des Gefahrübergangs aus. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie habe nur den Zweck, klarzustellen, dass nicht der Vertragsschluss der maßgebende Zeitpunkt sei. Der ungenaue Begriff sei gewählt worden, um den Mitgliedsstaaten genügend Spielraum für die nationalen Regelungen zu gewähren. Die Entscheidung sei im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz getroffen worden.

Die Gegenmeinung²⁹⁹ nimmt an, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie mit „Lieferung“ die Übergabe meine. Daran könne auch der Erwägungsgrund 14 nichts ändern. Eine dritte Meinung steht auf dem Standpunkt, die Richtlinie regle den Zeitpunkt des Gefahrüberganges insoweit, als dieser nicht aufgrund nationaler Vorschriften vor dem Übergabezeitpunkt nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie liegen dürfe.³⁰⁰ Werde hiergegen verstoßen, sei der Mindestverbraucherschutz unterschritten.³⁰¹

Erstere Ansicht erscheint vorzugswürdig, da sie von Erwägungsgrund 14 sowie der Begründung zum geänderten Richtlinienvorschlag gestützt wird. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie kann dieser Auslegung nicht entgegen stehen, da der in Art. 3 Abs. 1 verwendete Begriff der „Lieferung“ durchaus mehrdeutig ist. Er kann nicht ausschließlich im Sinne von Übergabe verstanden werden. Er könnte sich z.B. auch auf den Zeitpunkt der Erfüllung, somit den Eigentumsübergang, beziehen. *Höffe*³⁰² ist beizupflichten, wenn sie darauf hinweist, dass der Begriff der Lieferung unklar und unjuristisch sei und auch mit Hilfe der Materialien zur Richtlinie nicht gefüllt werden könne.

Da eine tragfähige europäisch-autonome Bestimmung des Begriffs der Lieferung nicht möglich ist und der Erwä-

²⁹⁸ Ernst/Gsell S. 1415; unklar Schwartze S. 559; Höffe S. 56; Staudenmayer S. 2395, Ehmann/Rust S. 857.

²⁹⁹ Lehr/Wendel S. 323; Micklitz S. 485 f.; Schiller S. 118.

³⁰⁰ Bianca in Grundmann/Bianca Rdnr. 12 zu Art. 3; Grundmann in Grundmann/Bianca Rdnr. 46 zu Art. 2.

³⁰¹ Bianca in Grundmann/Bianca Rdnr. 15 zu Art. 3.

³⁰² Höffe S. 55.

gungsgrund 14 nahelegt, dass der Begriff durch die nationalen Rechtsordnungen ausgefüllt werden soll, ist als maßgeblicher Zeitpunkt für die „Lieferung i.S.d. Art. 3 Abs 1 der Richtlinie der Gefahrübergang nach §§ 446 f. BGB anzusehen. Dieser ist dann auch der entscheidende Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Gegenstand „beweglich“ i.S.d. Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie ist.³⁰³

c.c.c. Der Gefahrübergang gem. §§ 446 f. BGB

Nach § 446 BGB gilt, dass mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer übergeht, sofern die Parteien keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen haben.³⁰⁴

Bei Sachen, die vom Unternehmer an den Auftraggeber nur zu übergeben und zu übereignen sind, geht die Gefahr mit der Übergabe der Sache an den Auftraggeber auf diesen über. Lieferzeitpunkt nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie in Verbindung mit § 446 BGB ist in diesen Fällen somit der Übergabezeitpunkt. An diesen Zeitpunkt knüpft die Beurteilung an, ob die vom Unternehmer geschuldete herzustellende Sache ein „beweglicher körperlicher Gegenstand“ i.S.d. Definition des Art. 1 Abs. 2 lit b der Richtlinie ist.

Bei Verträgen, die den Unternehmer verpflichten, die herzustellende Sache erst am Ort des Auftraggebers zusammenzubauen oder in ein Bauwerk einzubauen, kommen für den Lieferzeitpunkt i.S.d. Art. 3 Abs.1 der Richtlinie, d.h. für den Gefahrübergang i.S.d. § 446 BGB unterschiedliche Zeitpunkte in Frage.

Schuldet der Unternehmer Bauteile, die im wesentlichen vor dem Antransport auf die Baustelle fertig hergestellten sind (z.B. Fenster) und die er anschließend in das Gebäude

³⁰³ Der Vorschlag für eine Verbraucherrichtlinie vom 08.10.2008, KOM (2008) 614 endg. 2008/0196(COD) sieht in Art. 23 eine Regelung über den Gefahrübergang in Kaufverträgen über Waren vor, der von § 447 BGB zu Lasten des Verkäufers abweicht. Die Gefahr geht mit der Übergabe an den Käufer auf diesen über, sofern er sich nicht in Annahmeverzug befindet. Sollte die Richtlinie mit diesem Inhalt in Kraft treten, dürfte die Änderung sich auf den Gefahrübergang der Verträge mit Einbauleistungen nicht auswirken, da ein Versandungskauf hierfür nicht in Betracht kommt.

³⁰⁴ Beckmann in Staudinger Rdnr. 30 zu § 446.

einzubauen hat, könnte der Zeitpunkt für den Gefahrübergang i.S.d. § 446 BGB die Vollendung der Anlieferung der (fertigen) Bauteile auf die Baustelle, d.h. in den Verfügungs- und Einwirkungsbereich des Auftraggebers (Generalunternehmer, Bauherr) sein. Die Gefahr würde in diesem Fall vor dem Einbau der Sachen auf den Auftraggeber übergehen. Würde das Bauteil auf der Baustelle zufällig zerstört, bevor der Unternehmer es eingebaut hat, lägen die Sach- und die Vergütungsgefahr bei dem Auftraggeber. Für den Gefahrübergang zu diesem Zeitpunkt spricht, dass im Baugewerbe Bauteile häufig aus Gründen der Koordination der Baumaßnahme längere Zeit auf der Baustelle lagern müssen, bevor sie vom Unternehmer, der sie hergestellt hat, eingebaut werden können. Die Sicherheit und Organisation der Baustelle fällt regelmäßig in den Verantwortungsbereich des Bauherrn. Gleiches gilt für größere Industrieanlagen. Gegen die Annahme des Gefahrübergangs zu diesem Zeitpunkt könnte jedoch der Umstand sprechen, dass für den Gefahrübergang nach § 446 BGB grundsätzlich die Anforderungen an eine Übergabe i.S.d §§ 433, 854 BGB vorliegen müssen und es nach § 854 Abs 1 BGB zum Besitzerwerb außer der Erlangung der tatsächlichen Gewalt eines Besitzbegründungswillens durch den Besitzer bedarf. Dieser Wille könnte fehlen, wenn der Auftraggeber vor dem Einbau der Sache kein Interesse an deren Besitz hat und sie erst nach der Fertigstellung des Einbaus „übernehmen“ will. Hiervon dürfte jedoch im Regelfall nicht auszugehen sein. Vielmehr dürfte der Auftraggeber Baustoffen und Bauteilen, die bestimmungsgemäß auf die Baustelle oder das Grundstück des Auftraggebers geliefert werden, grundsätzlich in Besitz nehmen wollen. Sofern dem Auftraggeber die Rechtsfolgen, insbesondere die Untersuchungspflichten aus §§ 377 f. HGB unbekannt sind, ist dieses bedeutungslos. Aus vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass der Lieferzeitpunkt i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie in den genannten Fällen vor dem Einbau der Sache in das Bauwerk liegt. Für die Beurteilung, ob es sich bei der herzustellende Sache um einen „beweglichen körperlichen Gegenstand“ gem. Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie handelt, ist somit ihre Qualifikation im noch nicht eingebauten Zustand maßgeblich. Da § 446 BGB abdingbar ist, kann durch entsprechende Vereinbarung zwischen dem

Unternehmer und dem Auftraggeber allerdings der Gefahrübergang auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Einbaues festgelegt werden. Zu diesem Zeitpunkt wären die in ein Bauwerk eingebauten Teile in vielen Fällen wesentliche Bestandteile des Bauwerks und somit unbeweglich im Sinne der obigen Abgrenzung nach deutschem Recht. Es stellt sich die Frage, ob eine solche Sache die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie nicht erfüllt, mit der Folge, dass Verträge über entsprechende Sachen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie heraus fallen.

Dieselbe Frage stellt sich bei den Verträgen, nach denen der Unternehmer einen Gegenstand herzustellen hat, der im wesentlichen erst durch den Einbau in ein Gebäude oder durch den Zusammenbau auf einem Grundstück entsteht. Beispiele hierfür sind eine maßgefertigte Einbauküche und eine aus einzelnen maschinellen Komponenten zusammengesetzte Fertigungsanlage. Anders als bei den Gegenständen, die vor dem Einbau im wesentlichen fertig gestellt sind, kann bei diesen Sachen die Gefahr wohl in keinem Fall vor der Fertigstellung des Einbaus oder Zusammenbaus auf den Auftraggeber übergehen, da vor dem Einbau bzw. Zusammenbau nur mehr oder weniger maßgefertigte Einzelteile existieren, nicht jedoch der vertraglich geschuldete Gegenstand der Einbauküche bzw. der Fertigungsanlage. Wird durch den Einbau oder Zusammenbau die Sache mit dem Grundstück oder einem Bauwerk dergestalt verbunden, dass sie ein Bauwerk oder Bestandteil eines solchen im Sinne der §§ 438, 634a, 638, 638a BGB wird, und geht die Gefahr gem. § 446 BGB erst nach der Fertigstellung des Ein- oder Zusammenbaues auf den Auftraggeber über, liegt im Lieferzeitpunkt des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie eine unbewegliche Sache nach den oben entwickelten Abgrenzungskriterien des deutschen Rechts vor. Es stellt sich die Frage, ob dieses dazu führt, dass die Sachen nicht mehr die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie erfüllen.

Die Frage dürfte ohne weiteres zu bejahen sein für die Fälle, bei denen durch den Zusammenbau der Einzelkomponenten ein vertraglich geschuldeter Gegenstand entsteht, der aufgrund seiner Schwere oder seiner Gründung im Boden ein Bauwerk i.S.d. §§ 438, 634a, 638, 638a BGB ist. Es

wird sich im wesentlichen um Häuser, Industrieanlagen und ähnliches handeln. Solche Sachen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie.

Problematisch erscheint die Nichtanwendung des Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie jedoch in den Fällen, in denen die Gegenstände erst durch den Einbau in das Bauwerk zu wesentlichen Bestandteilen desselben und somit zu unbeweglichen Sachen werden, wie im Falle der maßgefertigten Einbauküche. Gleiches gilt für die Fälle des Einbaus im wesentlichen vorher fertig gestellter Gegenstände in Bauwerke, wenn die Parteien den Gefahrübergang gem. § 446 BGB und somit den Lieferzeitpunkt des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie auf die Zeit nach der Fertigstellung des Einbaus vereinbart haben.

Sieht man für diese Sachen Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie als nicht erfüllt an, weil im Lieferzeitpunkt eine unbewegliche Sache vorliegt, steht dieses Ergebnis nicht zu Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie in Widerspruch. Diese Vorschrift betrifft nur Fälle, in denen der Gefahrübergang des einzubauenden Gegenstandes vor der Montage stattfindet, da Montagemängel, die bei dem Einbau von herzustellenden Gegenständen entstehen, deren Besitz und Gefahr erst nach der Montage auf den Auftraggeber übergehen, direkt von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie erfasst sind.³⁰⁵

Dem Ergebnis steht auch nicht die Ansicht von *Metzger*³⁰⁶ entgegen, der in anderem Zusammenhang zu bedenken gibt, in Anbetracht der verbraucherschützenden Zielsetzung der Richtlinie sei es schwer vorstellbar, dass der EuGH eine Anwendung der Schutzvorschriften der Richtlinie mit dem formal sachenrechtlichen Argument verweigern werde, es handele sich ab einer bestimmten Phase des Vertrags um unbewegliche, weil mit dem Gebäude verbundene Gegenstände oder unselbständige Sachen. Hier deute die Richtlinie ebenfalls auf eine Anwendung von Kaufrecht. Dies betreffe den Vertrag über den Einbau einer Einbauküche oder individuell gefertigter Bauteile, etwa den Vertrag über eine

³⁰⁵ Vgl zu der entsprechenden Rechtslage bei § 434 Abs. 2 BGB Matusche-Beckmann in Staudinger Rdnr. 96 zu § 434 und Büdenbender in Dauner-Lieb Rdnr. 17 zu § 434.

³⁰⁶ Metzger S. 256.

individuell gefertigte und eingepasste Holzterrasse. Diese Ansicht von *Metzger* ist insofern zutreffend, als er von einer europarechtlich autonomen Auslegung des Begriffs der beweglichen körperlichen Gegenstände in Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie ausgeht. Unter seiner Prämisse einer europarechtlich autonomen Auslegung des Begriffs nach einem „natürlichen Sprachgebrauch“ wäre es problematisch, einen eingebauten Gegenstand unter Hinweis auf das nationale Recht als unbeweglich und somit außerhalb des Harmonisierungsbereichs der Richtlinie stehend, anzusehen. Auf der Grundlage der hier vertretenen ohnehin nationalen autonomen Auslegung des Begriffs der „beweglichen körperlichen Gegenstände“ in Art. 1 Abs. 2 lit b der Richtlinie ist seine Argumentation hingegen nicht zwingend.

Dem Ergebnis steht auch die Entscheidung des BGH vom 23. Juli 2009 nicht entgegen.³⁰⁷ Der BGH hatte über einen Vertrag zu entscheiden, der den Unternehmer zur Herstellung und zur Lieferung von Bauteilen an den Auftraggeber verpflichtete, nicht jedoch auch zum Einbau der Teile. Der Auftraggeber hatte die Bauteile selbst zusammen zu bauen und auf dem von seinem Auftraggeber in Russland zur Verfügung gestellten Fundament zu montieren. Es handelte sich gerade nicht um einen Vertrag mit Einbauverpflichtung des Unternehmers. Deshalb hat der BGH auch ausdrücklich klargestellt, dass seine Entscheidung vom 23. Juli 2009 nicht übertragbar sei auf Fälle, in denen der Unternehmer eine Verpflichtung zum Einbau der Teile in ein Bauwerk eingegangen ist. Wenn der BGH in der Entscheidung feststellt, dass die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, unmaßgeblich sei, so bezieht sich diese Äußerung auf die durch das Urteil aufgebene frühere Rechtsprechung, wonach auch Verträge allein über die Herstellung und Lieferung von Bauteilen Werkverträge waren, sofern die Teile erkennbar dazu bestimmt waren, vom Auftraggeber oder Dritten in ein Bauwerk eingebaut zu werden. Zu den hier analysierten Verträgen mit einer Einbauverpflichtung des Unternehmers trifft der BGH im Urteil vom 23. Juli 2009 keine Feststellungen. Man kann dem Urteil allenfalls die Tendenz entnehmen, Verträ-

³⁰⁷ BGH Urteil vom 23. Juli 2009-VII ZR 151/08.

ge mit einer Einbauverpflichtung des Unternehmers im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BGH dem Werkvertragsrecht zuordnen zu wollen, wenn der Schwerpunkt der Leistung nicht auf der Übergabe und Eigentumsverschaffung, sondern auf dem funktionsgerechten Einbau liegt. Den oben als Beispiel angeführten Vertrag über die Herstellung, Lieferung und den Einbau einer maßgefertigten Einbauküche würde der BGH dann wohl dem Werkvertragsrecht zuordnen.³⁰⁸

Obwohl dem obigen Ergebnis somit weder Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie noch die Entscheidung des BGH vom 23. Juli 2009 noch die Überlegungen von *Metzger* entgegenstehen, erscheint es zweifelhaft, ob der Richtliniengeber die genannten Gegenstände, wenn sie ausschließlich durch den Einbau unbeweglich werden, aus dem Harmonisierungsbereich der Richtlinie herausfallen lassen wollte. Der Richtliniengeber hat zwar nach der hier vertretenen Auffassung die Bestimmung des Begriffs der beweglichen körperlichen Gegenstände in Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie den nationalen Rechtsordnungen überlassen und geregelt, dass sich auch die Inhalte des Begriffs der „Lieferung“ i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie nach den nationalen Vorschriften des Gefahrübergangs richten. Es ist dennoch kaum anzunehmen, dass er den Umfang des Harmonisierungsbereichs der Richtlinie davon abhängig machen wollte, ob ein Gegenstand durch Einbau in ein Bauwerk rechtlich unbeweglich wird oder rechtlich beweglich bleibt. Es liegt vielmehr die Annahme nahe, dass der Richtliniengeber die rechtliche Einordnung eines herzustellenden Gegenstandes als beweglich oder unbeweglich losgelöst von einem etwaigen Einbau in ein Bauwerke beurteilt sehen wollte. Ebenso ist es wahrscheinlich, dass der Richtliniengeber den Anwendungsumfang der Richtlinie in den Mitgliedsstaaten nicht von Vereinbarungen der Vertragsparteien über den Gefahrübergang der herzustellenden Gegenstände abhängig machen wollte. Es sprechen somit gewichtige Argumente dafür, einen vertraglich geschuldeten körperlichen Gegenstand nur dann als unbeweglich im Sinne der Richtlinie zu

³⁰⁸ In diesem Sinne zum neuen Recht das Kammergericht, KG MDR 2007, 76 ff.; siehe Besprechung in Kapitel 3 Ziffer 2 lit a, bb.

definieren, wenn er losgelöst vom Einbau in ein Bauwerk durch den Unternehmer die Voraussetzungen eines Bauwerks i.S.d. §§ 438, 634a, 648, 648a BGB erfüllt. Unter systematischen Gesichtspunkten ist diese Lösung nicht konsequent, da sie eine Ausnahme von der Maßgeblichkeit des Lieferzeitpunktes i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie für die rechtliche Qualifikation der Sache darstellt. Wenn man jedoch das Risiko einer den Anwendungsbereichs der Richtlinie unzulässig verengenden Auslegung vermeiden möchte, muss man wohl von dieser Lösung ausgehen.

d.d.d. Ergebnis

Der Zeitpunkt für die Beurteilung ob eine herzustellende und zu liefernde Sachen „bewegliche körperliche Gegenstände“ i.S.d Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie sind, richtet sich grundsätzlich nach dem Lieferzeitpunkt i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie. Dieser ist der Gefahrübergang der Sache auf der Grundlage des nationalen Rechts, somit der §§ 446, 447 BGB. Nach diesen Vorschriften ist für den Gefahrübergang die Übergabe i.S.d. §§ 433, 854 BGB entscheidend, sofern die Parteien nicht abweichende Vereinbarungen getroffen haben. Die Übergabe findet bei zusammenzubauenden Sachen grundsätzlich nicht vor der Fertigstellung des Zusammenbaus statt. Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie ist somit erfüllt, wenn solche Sachen auch nach ihrem Zusammenbau beweglich im Sinne der oben entwickelten Abgrenzungskriterien des deutschen Rechts sind.

Bei Verträgen über vom Unternehmer herzustellende und in ein Bauwerk einzubauende Gegenständen ist zu differenzieren:

Handelt es sich um Gegenstände, die vor dem Einbau im wesentlichen fertig gestellt sind (z.B. Fenster zum Einbau), geht die Gefahr regelmäßig nach der Anlieferung und vor dem Einbau in das Bauwerk auf den Auftraggeber über. Daraus folgt, dass solche Sachen die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie erfüllen, wenn sie vor dem Einbau nach obigen Abgrenzungskriterien des deutschen Rechts beweglich sind.

Bei vertraglich geschuldeten Gegenständen, die erst durch

den Einbau entstehen (z.B. maßgefertigte Einbauküche) und bei Gegenständen, die vor dem Einbau im wesentlichen fertig gestellt sind, für die von den Parteien jedoch der Gefahrübergang gem. § 446 BGB auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Einbaues vereinbart haben, ist der Lieferzeitpunkt i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie erst die Fertigstellung des Einbaues.

Abweichend von obiger Systematik sind aus übergeordneten Gründen des Harmonisierungszweckes der Richtlinie die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie für diese Sachen aber dann erfüllt, wenn sie losgelöst von ihrem Einbau in das Bauwerk beweglich im Sinne der obigen Abgrenzung des deutschen Rechts sind.

e. Vertrag mit überwiegend tätigkeitsbezogenen Leistungspflichten

Zu klären ist weiter, ob ein Vertrag, in dem sich der Unternehmer verpflichtet, dem Auftraggeber herzustellende bewegliche Gegenstände anzutransportieren und diese dann mit mehr oder weniger großem Arbeitsaufwand in ein Bauwerk einzubauen, um an dessen Errichtung oder Sanierung mitzuwirken, ein Vertrag über eine Lieferung i. S. d. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie ist, oder als Vertrag über eine funktionsgerechte Herstellung außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie steht.

a.a. Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie

Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie regelt, dass ein Montagemangel der Vertragswidrigkeit gleichgestellt ist, wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrags über das Verbrauchsgut ist. Ein Vertrag mit einer Montagepflicht des Unternehmers kann somit ein Kaufvertrag nach der Richtlinie sein.

Ob unter einer Montage i.S.d. Art. 2 Abs. 5 nur untergeordnete oder auch umfangreiche, komplizierte und aufwändige Anschluss- und Installationsarbeiten zu verstehen sind, die den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung bilden, ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht. Da sich die Vorschrift nur auf die Montage nach der Übergabe der herzustellenden Gegenstände bezieht, somit auf die Montage von im wesentlichen vor dem Einbau fertig gestellten Gegenständen, wird es sich zumeist um unterge-

ordnete Einbauleistungen handeln.³⁰⁹ Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die Richtlinie nicht auch sonstige und insbesondere solche Montage- und Einbauleistungen erfassen will, die den Vertrag prägen und im Vordergrund der Leistungserbringung stehen.³¹⁰ Über den Anwendungsbereich der Richtlinie in dieser Hinsicht sagt Art. 2 Abs. 5 nichts aus.

b.b. Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 2 und Abs. 2 CISG

Für die Einbeziehung sämtlicher Verträge über den Ein- oder Zusammenbau von zu liefernden herzustellenden beweglichen Gegenständen, ungeachtet des Umfangs und der Bedeutung der tätigkeitsbezogenen Leistungspflichten des Unternehmers im Gesamtgefüge der Verträge könnte die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie sprechen. Wie im zweiten Kapitel, Ziffer 1 lit. b im einzelnen dargestellt wurde, hat sich der europäische Gesetzgeber inhaltlich in vielen Bereichen am CISG ausrichtet. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie und Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 1 CISG stimmen fast wörtlich überein. Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 1 CISG lautet: „Den Kaufverträgen stehen Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Waren gleich.“

Art. 3 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 CISG sind in den Text der Richtlinie hingegen nicht übernommen worden. Hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 2 CISG wurde bereits oben dargestellt, dass dieser Satz in einen Vorentwurf der Richtlinie eingefügt wurde, in der Endfassung der Norm aber nicht mehr enthalten war. Art. 3 Abs. 2 CISG war in keinem Entwurf der Richtlinie enthalten.

Art. 3 Abs. 2 CISG nimmt solche Verträge von der Anwendung des CISG aus, deren überwiegende Verkäuferpflichten nicht auf den Warenumsatz, sondern auf die Ausführung von Arbeiten oder sonstigen Dienstleistungen abzielen. Da Art. 3 Abs. 2 CISG in die Richtlinie nicht aufgenommen wurde, obwohl der Richtliniengeber offensichtlich den Wortlaut von Art. 3 CISG als Vorlage für Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie benutzte und sich auch sonst intensiv mit den

³⁰⁹ Vgl. zum transformierten Recht in § 434 Abs. 2 BGB Matusche-Beckmann Rdnr. 96 zu § 434 und Büdenberger in Dauner-Lieb Rdnr. 17 zu § 434. Für die Fälle, in denen die Übergabe erst mit der Fertigstellung des Einbaues der herzustellenden Sache stattfindet, ist die Gewährleistung für Montagefehler von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie erfasst. Die fehlerhaft montierte Sache ist in diesen Fällen im Lieferzeitpunkt des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie selbst fehlerhaft. Die Regelung des Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie ist für diese Fälle überflüssig.

³¹⁰ Rudolph S. 192.

Inhalten des Art. 3 CISG im Zusammenhang mit dem Entwurf des Richtlinien textes auseinandersetzt, liegt die Annahme nahe, dass der Richtliniengeber auch wesentliche und den Vertrag prägende Arbeiten und Dienstleistungen im Rahmen eines geschuldeten Einbaus als kaufvertragliche Leistungspflichten ansieht.³¹¹ Dieser Schluss wäre allenfalls dann unzulässig, wenn Art. 3 Abs. 2 CISG keinen eigenen Regelungsinhalt hätte und nur eine Klarstellung über den ohnehin entsprechend eingeschränkten Anwendungsbereich des CISG enthalten würde.³¹² Diese Annahme findet im CISG jedoch keine Grundlage. Verträge über herzustellende Bauteile, die in ein Gebäude eingebaut werden sollen, und deren Schwerpunkt auf der Ausführung von Arbeiten liegt, fallen nach h. M. allein wegen der Regelung in Art. 3 Abs. 2 CISG nicht in den Anwendungsbereich der Kodifikation.³¹³ Die Einschränkung des Anwendungsbereichs greift nach wohl ebenfalls h.M. auch nur dann ein, wenn der außerhalb der Herstellung liegende Anteil an Arbeitsleistungen einen Wert von über 50% erreicht.³¹⁴

Auch die Nichtaufnahme des Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 2 CISG in die Richtlinie spricht dafür, dass auch Verträge mit tätigkeitsbezogenen Schwerpunkten erfasst sein sollen. Nach dieser Vorschrift unterliegen Verträge nicht dem CISG, in denen der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung stellt. Hieraus wird für den Anwendungsbereich des CISG geschlossen, dass Verträge über Reparaturleistungen und vergleichbaren Arbeiten an Sachen des Auftraggebers nicht erfasst seien.³¹⁵ Da diese Vorschrift nicht in die Richtlinie aufgenommen wurde, ist anzunehmen, dass Verträge, die Leistungen und Arbeiten an Sachen des Auftraggebers beinhalten, auch wenn sie umfangreich und für den Vertrag prägend sind, nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind. Art. 2 Abs. 3 Alt. 3 der Richtlinie bestätigt dieses Ergebnis. Die Vorschrift enthält eine Haftungsregelung für Verbrauchsgüter aus Stoffen des Verbrauchers. Auch sie deutet darauf hin, dass Verträ-

³¹¹ Hähnlein S. 1642; Leistner S. 86; Metzger S. 256; Ehmann/Rust S. 856; Lehr/Wendel S. 321.

³¹² Rudolph S. 192.

³¹³ Ferrari in Schlechtriem/Schwenzer Rdnr. 18 ff. zu Art. 3; Sänger in Bamberger/Roth Rdnr. 6 zu Art. 3; Westermann in Münchener Kommentar Rdnr. 5 zu Art. 3.

³¹⁴ Sänger in Bamberger/Roth Rdnr. 6 zu Art. 3; Westermann in Münchener Kommentar Rdnr. 5 zu Art. 3.

³¹⁵ Huber S. 418 f.; Enderlein/Maskow/Strohbach Rdnr. 4 zu Art. 3.

ge, die Arbeiten und Dienstleistungen beliebigen Umfangs an Sachen des Auftraggebers umfassen, nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden sollten.

Die Ansicht von *Schuhmann*,³¹⁶ wonach die Richtlinie nur Einbauleistungen erfassen wolle, die eine vertragliche Nebenpflicht darstellen, dürfte allein Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie im Blick haben und den Umstand der bewussten Nichtaufnahme von Art. 3 Abs. 2 CISG in die Regelungen der Richtlinie durch den Richtliniengeber zu wenig berücksichtigen. Die von *Pfeiffer*³¹⁷ vertretenen Auffassung, die Richtlinie erfasse keine Verträge mit Dienstleistungsschwerpunkt, da es bei diesen an einer „Lieferung“ fehle, orientiert sich offensichtlich an der bisherigen Abgrenzung der deutschen Rechtsprechung zum Kauf- und Werkvertragsrecht und dürfte weder im Text noch in der Entstehungsgeschichte oder dem Harmonisierungszweck der Richtlinie verankerbar sein. *Metzger*³¹⁸ weist hingegen zutreffend darauf hin, dass Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie im Lichte der nicht einbezogenen Regelung des Art. 3 Abs. 2 CISG betrachtet werden müsse. Bedenke man die Tendenz der Richtlinie, die Verbraucherschützenden Vorschriften entgegen Art. 3 Abs. 2 CISG auch auf andere als reine Kaufverträge auszuweiten, erscheine eine Herausnahme von Verträgen, bei denen die Montage wirtschaftlich bedeutsam sei, oder den Charakter des Vertrages mitbestimme, als wenig überzeugend. Ähnlich wie *Metzger*³¹⁹ ist *Leistner*³²⁰ der Auffassung, dass es dem Geist der Richtlinie entspreche, auch weitergehende Montageleistungen zu erfassen. Nach *Serrano*³²¹ sind sämtliche Werk- und Werklieferungsverträge durch die Richtlinie den Kaufverträgen gleichgestellt, soweit sie Verbrauchsgüter betreffen. Die Ansicht von *Doehner*,³²² die Richtlinie bezwecke lediglich die Binnennachfrage nach beweglichen Gütern und nicht nach ausländischen Werkleistungen zu steigern, und Verträge über wesentliche Einbauleistungen seien daher nicht erfasst, überzeugt im Hinblick auf die Ziele der Richtlinie, die sich aus Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie und den

³¹⁶ Schuhmann S. 254.

³¹⁷ Pfeiffer in Dauner/Lieb Rdnr. 17 zu Art. 1.

³¹⁸ Metzger S. 256.

³¹⁹ Metzger S. 256.

³²⁰ Leistner S. 86.

³²¹ Serrano in Grundmann/Bianca Rdnr. 16 zu Art. 1.

³²² Doehner S. 123.

Erwägungsgründen 1 bis 5 ergeben, nicht. Der Warenverkehr im Binnenmarkt wird auch durch die Harmonisierung von Verträgen über bewegliche Sachen gefördert, wenn der Schwerpunkt des Vertrages auf Arbeits- und Dienstleistungen liegt.

c.c. Ergebnis

Ein Liefervertrag i.S.d. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie liegt nach der hier vertretenen Ansicht auch vor, wenn der Unternehmer den herzustellenden beweglichen Gegenstand in einem mehr oder weniger aufwendigen Arbeitsprozess einbauen, anschließen oder zusammenmontieren muss und zwar ungeachtet dessen, ob für den Auftraggeber diese Arbeiten den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung des Unternehmers ausmachen oder nur eine untergeordnete Bedeutung haben. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie erfasst somit auch Verträge über die Reparatur, Modernisierung oder Umgestaltung einer bestehenden Sache des Auftraggebers, sofern die Gegenstände, die der Unternehmer hierfür herzustellen und einzubauen hat (Motoren, Türklinken, Scheiben etc.), in einer vertraglich vereinbarten Leistungsbeschreibung klar definiert sind.

f. Die Zweckbestimmung des Verbrauchsgutes, vom Auftraggeber oder Dritten in ein Bauwerke eingebaut zu werden

Der Wortlaut der Richtlinie enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass sie Verträge über die Herstellung beweglicher Gegenstände, die erkennbar zum Einbau in Bauwerke durch den Auftraggeber oder Dritte bestimmt sind, von ihrem Anwendungsbereich ausschließen wollte. Auch aus den erklärten Zielen des Richtliniengebers ergeben sich für eine solche Verengung des Harmonisierungsbereichs keine Anhaltspunkte. Das Kriterium der Zweckbestimmung der Sache für die Einordnung von Verträgen in das Kauf- oder Werkvertragsrecht ist eine Kategorie der deutschen Rechtsprechung, nicht jedoch des europäischen Rechts. Zutreffend führt daher der BGH in seiner Entscheidung vom 23. Juli 2009³²³ aus, es sei nicht erkennbar, dass Verträge über die Lieferung von Bauteilen vom Geltungsbereich der Richtlinie im Hinblick darauf ausgenommen sein sollten, dass die Teile später vom Auftraggeber oder Dritten in Bauwerke eingebaut würden. Dem ist zuzustimmen.

³²³ BGH Urteil vom 23. Juli 2009-VII ZR 151/08.

g. Die Herstellung eines Verbrauchsgutes

Ein Vertrag i.S.d. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie setzt voraus, dass ein neuer Gegenstand hergestellt wird und nicht nur eine Wertschöpfung an einer bestehenden Sache vorgenommen wird.³²⁴ Dabei ist es aufgrund von Art. 2 Abs. 3 Alt. 3 der Richtlinie bedeutungslos, ob dieser Gegenstand aus Stoffen des Verbrauchers oder des Unternehmers hergestellt wird.

Die Gegenansicht, wonach das Fehlen einer Regelung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 2 CISG in der Richtlinie bedeute, dass deren Art. 1 Abs. 4 auch Verträge umfasse, die ausschließlich Reparaturen und Bearbeitungen, somit Wertschöpfungen an Bestehendem zum Gegenstand hätten, dürfte zu weit gehen. Sie findet weder im Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 CISG noch des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie einen ausreichenden Anhalt. Auch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie spricht nicht für diese Auslegung. Zwar ist, wie oben dargestellt wurde, eine Regelung entsprechend Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 2 CISG zunächst in den Richtlinienentwurf aufgenommen und später wieder gestrichen worden. Die Streichung hatte aber nur zur Folge, dass nunmehr auch (neue) Gegenstände, die aus Stoffen des Auftraggebers vom Unternehmer hergestellt werden, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Anhaltspunkte dafür, dass wegen der Streichung der Art. 3 Abs. 1 Halbsatz 2 CISG entsprechenden Regelung in der Richtlinie auch reine Reparaturverträge in den Harmonisierungsbereich einbezogen sein sollen, bestehen nicht. Auch der Harmonisierungszweck der Richtlinie dürfte sich auf solche Reparaturverträge nicht richten. Durch diese Verträge kann der Warenverkehr im Binnenmarkt nicht nennenswert gefördert werden. Der Richtliniengeber kann sie daher nicht im Auge gehabt haben.

Verträge über Reparaturen, Umgestaltungen u.ä., bei denen keine neue Sache entsteht und die auch keine Vereinbarung über herzustellende und einzubauende Ersatzteile o.ä. enthalten, d.h. deren Vertragsgegenstand nur durch eine funktionale Leistungsbeschreibung konkretisiert wird, sind somit keine Verträge i.S.d. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie. Der Leistungsgegenstand dieser Verträge ist weder eine herzustellende und zu übergebende neue Sache noch eine herzustellende und einzubauende neue Sache, sondern ein Bearbeitungserfolg an einer bestehenden Sache des Auftraggebers durch beliebige geeignete Mittel, die der Unternehmer auszuwählen hat.

Ob Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie nur Verträge erfasst, bei denen die neue

³²⁴ Pfeiffer in Dauner-Lieb Rdnr. 10 zu Art. 1; Serrano in Grundmann/Bianca Rdnr. 16 zu Art. 1.

Sache erst nach Vertragsabschluss hergestellt wird und ob die Sache vom Unternehmer hergestellt werden muss oder auch von Dritten hergestellt werden kann, ist im Anwendungsbereich der Richtlinie bedeutungslos. Die Richtlinie erfasst den Kauf bestehender und künftiger Verbrauchsgüter und stellt über Art. 1 Abs. 4 sicher, dass nicht Verträge über künftig herzustellende bewegliche Gegenstände, mithin Werk- und Werklieferungsverträge, aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausfallen.³²⁵ Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie ist somit ein Auffangtatbestand und gilt für Verträge über die Lieferung von Verbrauchsgütern, die noch nach Abschluss des Kaufvertrags hergestellt werden müssen.³²⁶ Hersteller muss nicht notwendig der Unternehmer sein.

h. Die „Lieferung“ im Lichte der Verweisung in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie in das Kaufrecht

Zu fragen ist schließlich, ob ein Verträge über eine Lieferung herzustellender Verbrauchsgüter i.S.d. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie auch dann vorliegt, wenn der Unternehmer dem Auftraggeber nur den Besitz, nicht aber das Eigentum an der Sache übertragen kann, weil der Auftraggeber von Gesetzes wegen Eigentümer wird.

Die Richtlinie enthält keine Definition des Begriffs des Kaufvertrags. Nach *Serrano*³²⁷ dürfte der Grund hierfür sein, dass alle nationalen Rechtsordnungen den Begriff des Kaufvertrags übereinstimmen als gegenseitigen Vertrag verstehen, bei dem ein Austausch von Sachen und Preis synallagmatisch verbunden sei. Entscheidend für die Auslegung des Begriffs sei das in allen Mitgliedsstaaten gemeinsame Verständnis von Kaufvertrag. *Doehner*³²⁸ nimmt für einen Kaufvertrag nach der Richtlinie zweierlei an, nämlich die Verpflichtung der Parteien, Ware gegen Geld einzuwechseln, sowie die angestrebte Dauerhaftigkeit des Vermögensaustausches. Eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung sei nicht erforderlich. Auch *Pfeiffer*³²⁹, *Schuhmann*,³³⁰ *Hagen*³³¹, *Höffe*³³² und *Watter-*

³²⁵ Serrano in Grundmann/Bianca Rdnr. 16 zu Art. 1.

³²⁶ Pfeiffer in Dauner-Lieb Rdnr. 13 zu Art. 1.

³²⁷ Serrano in Grundmann/Bianca, Rdnr. 9 zu Art. 1.

³²⁸ Doehner S. 120.

³²⁹ Pfeiffer in Dauner-Lieb Rdnr. 4 zu Art. 1.

³³⁰ Schuhmann ZGS 2005, 254.

³³¹ Hagen S. 714.

³³² Höffe S. 56.

*son*³³³ verlangen keinen rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang. *Schuhmann* hält die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung bereits deshalb für entbehrlich, weil der Lieferbegriff der Richtlinie nur eine allgemeine Verschaffungspflicht ohne konkreten sachenrechtlichen Bezug beinhaltet.

Diesen Stellungnahmen ist im Ergebnis zuzustimmen. Eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung kann nicht verlangt werden, wenn diese Voraussetzung dazu führt, dass der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie durch nationale Rechtsvorschriften über die Art des Eigentumsübergangs beeinflusst werden kann. Wie *Hagen*³³⁴ zutreffend anmerkt, würde eine solche Auslegung dem *effet utile* widersprechen. Der Harmonisierungsbereich der Richtlinie würde dann je nach Rechtsordnung willkürlich erweitert oder verengt. Dieses kann der Richtliniengeber nicht beabsichtigt haben und es widerspricht auch dem Ziel der Richtlinie, den grenzüberschreitenden Warenverkehr rechtlich zu vereinheitlichen. Daraus folgt, dass die Richtlinie bei den Verträgen, die Art. 1 Abs. 4 erfasst, zwar den Eigentumsübergang auf den Auftraggeber verlangt, nicht aber voraussetzt, dass dieser Eigentumsübergang durch rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums vom Unternehmer auf den Auftraggeber zustande kommt. Dieses Ergebnis wird auch gestützt durch Art. 3 Ziffer 3 der Richtlinie. Danach sind Verträge über Sachen, die aus Stoffen des Auftraggebers hergestellt werden, in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen. Nicht nur nach deutschem Recht wird bei dieser Herstellung zumeist nicht der Unternehmer, sondern der Auftraggeber, der den Stoff zur Verfügung gestellt hat, Eigentümer der neuen Sache von Gesetzes wegen. Der Richtliniengeber kann nicht beabsichtigt haben, diese Fälle einerseits durch Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie einzubeziehen, um sie andererseits durch die Anforderungen an den Lieferbegriff wieder aus dem Harmonisierungsbereichs der Richtlinie auszugrenzen.

Nach dieser Auslegung des Lieferbegriffs fallen Verträge über herzustellende Gegenstände, die vom Unternehmer in ein Gebäude oder eine maschinelle Anlage eingebaut werden, sodass der Auftraggeber gem. § 946 BGB und nicht durch Übereignung gem. § 433 BGB Eigentümer der Sache wird, unter dem Aspekt des Lieferbegriffs in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Es liegt ein dauerhafter Vermögensaustausch zwischen der vertraglich geschuldeten Sache und dem Kaufpreis vor.

Auch Verträge, die den Unternehmer verpflichten, einen neuen Gegenstand aus Stoffen des Auftraggebers herzustellen, an dem gem. § 950 BGB

³³³ Watterson S. 200.

³³⁴ Hagen S. 714.

der Auftraggeber von Gesetzes wegen Eigentum erhält, gehören zu Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie. Die Voraussetzung des dauerhaften Vermögensaus-tausches liegt auch bei diesen Verträgen vor, wenn man den Kaufpreis als Gegenleistung für den in der neuen Sache verkörperten und dem Auftrag-geber zur Verfügung gestellten Arbeits- bzw. Bearbeitungserfolg ansieht. Es besteht ein Austausch zwischen Geld einerseits und der in dem neuen Gegenstand verkörperter Wertschöpfung andererseits.

2. **Zwischenergebnis: Die von der Richtlinie erfassten Bau- und Anlagenbau-verträge**

a. Von der Richtlinie werden erfasst:

a.a. Verträge mit Verbrauchern, deren Gegenstand die Herstellung und Lieferung (ohne Einbau) von Sachen ist, die im Zeitpunkt des Ge-fahrübergangs auf den Auftraggeber keine Bauwerke im Sinne der §§ 438, 634a, 638, 638a BGB (bewegliche Gegenstände) sind.

Ohne Bedeutung ist,

- ob die Sachen nach dem Gefahrübergang gem. § 446 BGB vom Auftraggeber oder Dritten in ein Bauwerk oder Grundstück eingebaut werden;
- ob die Sachen aus Stoffen des Unternehmers oder des Auf-traggebers erstellt werden.

b.b. Verträge mit Verbrauchern, deren Gegenstand die Herstellung, Lieferung und der Einbau von Sachen in ein Bauwerk ist, sofern die Sachen bei einer vom Zustand des Einbaus losgelösten Be-trachtung keine Bauwerke im obigen Sinn sind.

Ohne Bedeutung ist,

- ob die Einbau- und Montageleistungen den Schwerpunkt der geschuldeten Leistung oder nur eine Nebenleistung dar-stellen;
- ob der Unternehmer dem Auftraggeber das Eigentum rechtsgeschäftlich überträgt oder der Auftraggeber von Ge-setzes wegen Eigentum erhält.

c.c. Verträge mit Verbrauchern, deren Gegenstand die Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers ist, sofern hierdurch eine neue Sache entsteht, die kein Bauwerk im obigen Sinne ist. Ohne Bedeutung

ist auch hier, ob der Unternehmer dem Auftraggeber das Eigentum an der neuen Sache rechtsgeschäftlich überträgt oder der Auftraggeber gem. § 950 BGB Eigentum erhält.

- b. Nicht erfasst sind:
 - a.a. Verträge, deren Gegenstand die Errichtung von Bauwerken gem. §§ 438, 634a Abs. 1 Nr. 2, 648, 648a BGB ist.
 - b.b. Verträge über die Bearbeitung (Reparatur, Modernisierung, Umgestaltung) von Sachen des Auftraggebers, die nicht von lit a, bb. und cc. erfasst sind, d.h.
 - bei denen keine neue Sache hergestellt wird und der Unternehmer keine Sachen herzustellen und einzubauen hat, die in einer Leistungsbeschreibung spezifiziert wurden
 - bei denen die Bearbeitung aufgrund einer funktionalen Leistungsbeschreibung vom Unternehmer durchgeführt wird.

3. Die Auslegung des § 651 BGB auf der Grundlage der in Ziffer 1 ermittelten Inhalte der Richtlinie

Wie oben dargestellt wurde, sind die Ergebnisse der europarechtlichen Auslegung der Richtlinie mit den Inhalten des § 651 BGB zu vergleichen. Die Inhalte, die in Widerspruch zur Richtlinie stehen, sind zu eliminieren, soweit das nationale Recht dieses zulässt.³³⁵

Der Harmonisierungsbereich der Richtlinie beschränkt sich auf Verbraucherverträge, während § 651 BGB auch auf Verträge zwischen Unternehmern anwendbar ist. Da für die Auslegung nationaler Normen, die kein Gemeinschaftsrecht transformieren, grundsätzlich die nationalen und nicht die europäischen Auslegungsregeln gelten,³³⁶ wird die nachfolgende Auslegung des § 651 BGB für Verbraucherverträge und Unternehmerverträge getrennt durchgeführt. Zum leichteren Verständnis werden bei der Auslegung des § 651 BGB die Ergebnisse der Auslegung der Richtlinie jeweils sogleich gegenüber gestellt und die richtlinienkonformen Inhalte des § 651 BGB dabei ermittelt.

³³⁵ Brechmann S. 259 ff.; Baldus/Becker ZEuP S. 882 f.; Ehrlicke 612 ff.; Hommelhoff S. 891.

³³⁶ Büdenbender S. 47 f., 52 ff.; Canaris S. 74; Hommelhoff S. 915 f.; Lutter in: GS Heize, 2005, S. 571 ff.; Mayer/Schürnbrand S. 548 f.; Schnorbus S. 685 f.; für ein europäisches Gebot einheitlicher Auslegung jedoch Drexel S. 70 ff.

a. Verbraucherverträge

Weder der Wortlaut des § 651 BGB noch die Systematik des deutschen Rechts, noch der aus dem Entstehungsprozess der Norm erkennbar gewordene Wille des Gesetzgebers stehen einer Auslegung des § 651 BGB im Sinne der in diesem Kapitel ermittelten Ergebnisse der europarechtlichen Auslegung der Verbrauchsgüterrichtlinie entgegen.

Im einzelnen:

a.a. Bewegliche Sachen i.S.d. § 651 BGB

Die Auslegung des Begriffs des Verbrauchsgutes in Art. 1 Abs. 2 lit b der Richtlinie hat ergeben, dass der Begriff nach den Vorschriften des nationalen Rechts zu definieren ist.³³⁷ Wie oben dargestellt wurde, sollte der Begriff des Bauwerks in §§ 438, 634a, 648, 648a BGB zur Abgrenzung der beweglichen von den unbeweglichen körperlichen Gegenständen verwendet werden.

Für die Definition des Begriffs der beweglichen Sache in § 651 BGB ist der Begriff des Bauwerks ebenfalls zur Abgrenzung von unbeweglichen Sachen geeignet und einer Begriffsbestimmung mittels der §§ 90 ff. BGB aus denselben Gründen vorzuziehen. Dieses bedeutet, dass Gebäude, die Scheinbestandteile eines Grundstücks gem. § 95 BGB sind, als Bauwerke gem. §§ 438, 634a, 648, 648a BGB keine beweglichen Sachen i.S.d. § 651 BGB sind. Mit dieser Begriffsbestimmung kann erreicht werden, dass die Errichtung von Gebäuden, die wesentliche Grundstücksbestandteile werden und die Errichtung von Gebäuden, die Scheinbestandteile werden, im Hinblick auf die anzuwendende Vertragsordnung gleich behandelt werden. Größere Maschinen und maschinelle Anlagen, die als Bauwerke gelten, sind ebenfalls keine beweglichen Sachen i.S.d. § 651 BGB.

Die Abgrenzung des Begriffs der beweglichen Sache in § 651 BGB durch den Begriff des Bauwerks verstößt auch nicht gegen den Wortlaut des BGB. *Konopka* und *Acker*³³⁸ sowie *Schuhmann*³³⁹ und *Metzger*³⁴⁰ weisen zutreffend darauf hin, dass im

³³⁷ Vgl. Kapitel IV, Ziffer 1 lit d, aa.

³³⁸ Konopka/Acker S. 252.

³³⁹ Schuhmann ZGS 2005, 253.

³⁴⁰ Metzger S. 244.

BGB keine Definition der Begriffs der beweglichen Sache enthalten sei. Das Gesetz unterscheide zwar in §§ 91, 92 und 94 bis 97 BGB zwischen beweglichen Sachen einerseits und Grundstücken andererseits. Das Gesetz setze beide Begriffe jedoch voraus und definiere sie nicht. Nur aufgrund der Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 87, 43, 51 würden alle Sachen als „beweglich“ qualifiziert, die nicht Grundstück, dem Grundstück gleichgestellt oder Grundstücksbestandteil seien.³⁴¹

Die Abgrenzung verstößt auch nicht gegen die Systematik des Gesetzes, da die §§ 438, 634a BGB den Begriff des Bauwerks einheitlich zur Bestimmung von Verjährungsfristen für vertraglich geschuldete Leistungen verwenden. §§ 638 und 638a BGB verwenden den Bauwerksbegriff im Werkvertragsrecht wiederum einheitlich für die Zuweisung von vertraglichen Ansprüchen. Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 651 BGB anhand des Bauwerksbegriffs fügt sich in dieses System ein.

Die Abgrenzung dürfte auch den Absichten des Gesetzgebers entsprechen. In der Begründung zum Regierungsentwurf des § 651 BGB wird darauf hingewiesen, dass die Herstellung von Bauwerken weiterhin vom Werkvertragsrecht erfasst sei.³⁴² *Schuhmann* weist zutreffend darauf hin, dass der Gesetzgeber in der Begründung wohl von „Grundstücksbestandteilen“ hätte sprechen müssen, wenn er eine Abgrenzung über den Bauwerksbegriff habe vermeiden wollen.³⁴³

Die Meinung in der Literatur, die eine Auslegung des Begriffs der beweglichen Sache in § 651 BGB anhand der §§ 90 ff. BGB oder anhand eines „natürlichen Sprachgebrauchs“ vornimmt, kommt für Gebäude im wesentlichen zu denselben Ergebnissen, da ihre Vertreter, wohl mit Ausnahme von *Thode*,³⁴⁴ die Herstellung von Scheinbestandteile gem. § 95 BGB nicht dem Regime des § 651 BGB unterwerfen.

Unterschiede zwischen der an den §§ 90 ff. BGB orientierten Abgrenzung und der Definition anhand des Bauwerksbegriff ergeben

³⁴¹ *ibid*; ebenso Preussner S. 241.

³⁴² Begründung zum Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 14/6040 S.268 und oben Kapitel II, Ziffer 1 lit. d, aa.

³⁴³ *Schuhmann* ZGS 2005, 254.

³⁴⁴ *Thode* NZBau 2002, 361.

sich jedoch für Verträge über die Errichtung von größeren maschinellen Anlagen. Diese werden von der Rechtsprechung zu einem erheblichen Teil als Bauwerke qualifiziert, obwohl sie sachenrechtlich bewegliche Sachen und nicht Grundstücksbestandteile i.S.d. § 94 BGB sind.³⁴⁵

Der Zeitpunkt für die Beurteilung, ob eine bewegliche Sache i.S.d. § 651 BGB vorliegt, ist grundsätzlich der Zeitpunkt der „Lieferung“ gem. § 651 BGB. Dieser ist der Gefahrübergang gem. § 446 BGB, somit regelmäßig die Übergabe der vertraglich geschuldeten Sache gem. § 854 BGB an den Auftraggeber. Den Parteien steht es frei, hiervon abweichende Vereinbarungen zu treffen, da § 446 BGB auch in Verbraucherverträgen dispositives Recht darstellt.

Wie oben gezeigt wurde, geht bei einem Vertrag über die Lieferung einer herzustellenden Sache, die erst durch den Einbau in ein Gebäude oder eine industrielle Anlage entsteht (Einbauküche, Fertigungsanlage), die Gefahr nicht vor der Fertigstellung des Einbaus auf den Auftraggeber über. Die Sache wird in diesen Fällen im maßgeblichen Lieferzeitpunkt häufig unbeweglich im Sinne obiger Abgrenzungskriterien sein. Wegen der mutmaßlichen Zielsetzung der Richtlinie, auch Verträge über diese Sachen zu erfassen, sofern sie losgelöst vom Einbau bewegliche Sachen sind, müssen diese Sachen auch im Anwendungsbereich des § 651 BGB als beweglich qualifiziert werden. Der Wortlaut des § 651 BGB steht dem nicht entgegen.

Der Ansichten von *Leupertz*³⁴⁶, und *Metzger*³⁴⁷, dass auch dann eine bewegliche Sache vorliege, wenn die Erfüllung der Lieferverpflichtung in einem festen Einbau der Sache in ein Gebäude bestehe, sind vor diesem Hintergrund im Ergebnis überzeugend.

Die Gegenansicht von *Thode*,³⁴⁸ *Konopka* und *Acker*,³⁴⁹ wonach die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht bei Bau- und Anlagenbauverträgen danach vorzunehmen sei, ob die eingebaute Sache wesentlicher Grundstücksbestandteil ist oder nicht, ist

³⁴⁵ BGH NJW 1999, 2434 f.; BGH NJW-RR 2006, 664, 665; BGH BauR 1999, 670 ff.; OLG Düss. BauR 2002, 103 ff.

³⁴⁶ Leupertz BauR 2006, 1650.

³⁴⁷ Metzger S. 256.

³⁴⁸ Thode NZBau 2002 S. 361.

³⁴⁹ Konopka/Acker S. 252.

konsequent, da sie wohl durchgängig den Gefahrübergang als maßgebliches Kriterium für die Beurteilung der Beweglichkeit der Sache anwendet. Unter dem Blickpunkt des Harmonisierungsumfangs der Richtlinie führt diese Ansicht aber wohl zu keiner richtlinienkonformen Auslegung des § 651 BGB.

b.b. Die Zweckbestimmung der Sache, vom Auftraggeber oder einem Dritten in ein Bauwerk eingebaut zu werden.

Oben wurde dargestellt, dass der BGH in seiner Entscheidung vom 23. Juli 2009³⁵⁰ zutreffend festgestellt hat, dass die Richtlinie auch Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen erfasst, wenn diese Sachen erkennbar dazu bestimmt sind, vom Auftraggeber oder Dritten später in ein Bauwerk eingebaut zu werden. Für die Auslegung des § 651 BGB stellt der BGH hiervon ausgehend konsequent fest:

„Eine teleologische Reduktion des § 651 BGB, die die Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher , die für den Einbau in ein Bauwerk vorgesehen sind, von seinem Geltungsbereich ausnimmt, ist schon deshalb nicht veranlasst, weil das mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren wäre.“

Die weiteren Gründe des BGH für die Einbeziehung dieser Verträge in den Anwendungsbereich wurden bereits oben im einzelnen dargestellt.

c.c. Verträge mit überwiegend tätigkeitsbezogenen Leistungspflichten

Die Auslegung der Vorschriften der Richtlinie hat ergeben, dass ein Vertrag über die Lieferung einer herzustellenden Sache nicht deshalb außerhalb des Harmonisierungsbereichs der Richtlinie steht, weil der Unternehmer auch den Einbau der Sache in ein Bauwerk oder eine Anlage schuldet und die funktionsgerechte Herstellung des Einbaus den Schwerpunkt des Vertrages bildet.

Für § 651 BGB folgt hieraus, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht mit der Begründung eingeschränkt werden kann, ein Vertrag mit dem Schwerpunkt auf der Herstellung eines funktionsfähigen Einbauerfolges erfülle nicht den Begriff der „Liefere-

³⁵⁰ BGH Urteil vom 23. Juli 2009-VII ZR 151/08.

zung“ i.S.d. § 651 BGB. § 651 BGB erfasst vielmehr auch Verträge mit überwiegend tätigkeitsbezogenen Leistungspflichten des Unternehmers. Die Kriterien der Rechtsprechung zur Abgrenzung von Kauf- oder Werkvertragsrecht bei Bau- und Anlagenbauverträgen sind, entgegen der Ansicht von *Leupertz*,³⁵¹ *Kniffka*,³⁵² *Busche*³⁵³ und anderen Autoren aufgrund der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 651 BGB nicht mehr anwendbar. Aus denselben Gründen nicht mit europäischem Recht vereinbar ist die von *Schuhmann*,³⁵⁴ *Voit*³⁵⁵ und anderen Autoren vertretene Auslegung, wonach § 651 BGB nur anwendbar sei, wenn der Einbau nicht mehr als eine Nebenleistung darstelle.

Der BGH hat zu der Thematik noch nicht Stellung genommen, jedoch in seiner Entscheidung vom 23. Juli 2009³⁵⁶ angedeutet, dass den Vertrag prägende tätigkeitsbezogenen Leistungen möglicherweise die Anwendung von Werkvertragsrecht rechtfertigen.

Die Auslegungen in der Literatur und Rechtsprechung, wonach § 651 BGB nicht anwendbar sei, wenn die tätigkeitsbezogenen Leistungen mehr als eine vertragliche Nebenleistung darstellen oder der funktionsgerechte Einbau den Vertragsschwerpunkt bildet, dürften nicht nur wegen einer unzulässigen Verengung des Lieferbegriffs des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie nicht richtlinienkonform sein, sondern auch gegen Art. 7 Abs. 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie verstoßen. Diese Vorschrift bestimmt u. a., dass Vereinbarungen der Parteien, durch die ein den Anforderungen der Richtlinie nicht genügendes Recht zur Anwendung kommt, im Anwendungsbereich der Richtlinie für den Verbraucher unwirksam sind. Die Auslegung, dass Gegenstand der Verträge mit tätigkeitsbezogenem Schwerpunkt ein Herstellungserfolg und nicht die Verschaffung des Besitzes und des Eigentums an einer herzustellenden Sache sei, um den Vertrag nicht dem harmonisierten Recht unterwerfen zu müssen, könnte als Umgehung des harmonisierten Rechts i.S.d. Art. 7 Ziffer 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie angesehen werden.³⁵⁷

³⁵¹ Leupertz BauR 2006, 1650.

³⁵² Kniffka Rdnr. 12 zu 27.4.1.

³⁵³ Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 10 zu § 651.

³⁵⁴ Schuhmann BauR 2006, 254.

³⁵⁵ Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 6 zu § 651.

³⁵⁶ BGH Urteil vom 23.07.2009-VII ZR 151/08

³⁵⁷ Ablehnend Doehner S. 123.

Die aufgrund der Umgehung zur Anwendung kommenden Vorschriften des Werkvertragsrechts entsprechen nicht den Anforderungen an den Verbraucherschutz der Richtlinie. Auch aus diesen Überlegungen folgt somit, dass die in Rede stehenden Verträge in den Anwendungsbereich des § 651 BGB gehören.

d.d. Die „Lieferung“ in § 651 BGB im Lichte der Verweisung in das Kaufrecht

In Kapitel IV, Ziffer 1 lit. h wurde dargestellt, dass zur „Lieferung“ im Sinne der Richtlinie nicht die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung, sondern nur der Eigentumserwerb durch den Auftraggeber gehört. Ob letzterer rechtsgeschäftlich durch Übereignung stattfindet oder nach der jeweiligen nationalen Rechtsordnung von Gesetzes wegen eintritt, ist bedeutungslos.

Für den Begriff der Lieferung i.S.d. § 651 BGB muss daher ebenfalls der Eigentumserwerb genügen. § 651 Satz 2 BGB, der sich auf Kaufverträge über Sachen bezieht, die aus Stoffen des Bestellers hergestellt werden, enthält wegen des regelmäßigen Bestellereigentums, das gem. § 950 BGB entsteht, für diese Auslegung auch deutliche Anhaltspunkte. Auch stellt § 651 BGB eine Rechtsfolgenverweisung und keine Rechtsgrundverweisung dar.³⁵⁸

Verlangt man für einen Vertrag, der in den Anwendungsbereich des § 651 BGB fällt, keine rechtsgeschäftliche Übereignung, entstehen allerdings systematische Widersprüche zu den Regelungen des Kaufrechts, in das § 651 BGB verweist. Nach § 433 BGB gehört zu den Verkäuferpflichten eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung. Nach einer Auffassung in der Literatur³⁵⁹ sollen die systematischen Widersprüche zu den Regelungen der §§ 433 ff. BGB, die dadurch entstehen, dass § 651 BGB Verträge dem Kaufrecht zuweist, in denen der Auftraggeber wegen § 950 BGB von Gesetzes wegen Eigentümer der herzustellenden Sache wird, dadurch beseitigt werden, dass § 950 BGB im Lichte des § 651 BGB ausgelegt wird. Nicht mehr der Auftraggeber, der den Stoff zur Verfügung stellt, sondern der Unternehmer soll als Hersteller und damit Eigentümer der neuen Sache angesehen werden. Für diese Lösung spricht, dass der Verzicht auf eine rechtsgeschäftliche Übereignung gem. § 433 BGB aus systematischen Gründen dort

³⁵⁸ Mankowski S. 854 f.

³⁵⁹ Röthel S. 627 ff.; Hagen S. 715.

hinnehmbar erscheint, wo die rechtsgeschäftliche Einigung durch den gesetzlichen Eigentumsübergang ersetzt wird, mithin eine Rechtsverschiebung vom Unternehmer auf den Auftraggeber stattfindet.³⁶⁰ Dieses ist der Fall, wenn vom Unternehmer aus eigenen Stoffen hergestellte Gegenstände in ein Grundstück oder ein Gebäude des Auftraggebers eingebaut werden und der Unternehmer gem. § 946 f. BGB das Eigentum an der Sache an den Auftraggeber verliert. In den Fällen des § 950 BGB kann eine rechtsgeschäftliche Einigung über den Eigentumsübergang aber nicht stattfinden, da der Auftraggeber von Anfang an Eigentümer der Stoffe ist. Auch eine Rechtsverschiebung ist kaum denkbar, wenn der Auftraggeber schon Eigentümer der Ausgangsstoffe der herzustellen- den Sache ist. Es besteht somit durchaus Anlass, die durch § 950 BGB ausgelösten systematischen Widersprüche zwischen § 651 BGB und § 433 BGB zu beseitigen.

Gegen diese Lösung spricht der klare entgegenstehende Wortlaut des § 950 BGB. Nicht der Unternehmer sondern der Auftraggeber wird Eigentümer der neuen Sache, wenn nicht im Bau- und Anlagenbaubereich ausnahmsweise der Fall vorliegt, dass der Wert der Bearbeitung den Materialwert übersteigt. Auch sind Systemwidersprüche im nationalen Recht, die durch die Integration von Regelungen europäischer Herkunft in die nationalen Rechtsordnungen aufgenommen werden, nichts Ungewöhnliches. Europarechtliche Rechtskonstruktionen und die nationalen Rechtssysteme, die sie aufnehmen, können nicht in allen Fällen in Einklang gebracht werden und müssen dann nebeneinander bestehen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass der Zweck der Auslegungsänderung in § 950 BGB, nämlich systematische Widersprüche zwischen dem Kaufrecht nach § 433 BGB und Kaufrecht nach § 651 BGB zu vermeiden, hierdurch nur teilweise erreicht werden kann. Die Fälle des § 651 BGB, in denen der Unternehmer das Eigentum gem. § 947 BGB verliert, werden durch diese Auslegung des § 950 BGB nicht gelöst. Für diese Verträge wird durch obige Lösung der Systemwiderspruch zwischen § 651 BGB und dem Kaufrecht nach §§ 433 BGB nicht aufgelöst. Es liegt daher nahe, den Systemwiderspruch insgesamt hinzunehmen und die Auslegung des § 950 BGB nicht zu verändern.

*Doehner*³⁶¹ weist zutreffend darauf hin, dass ein Systembruch

³⁶⁰ Hagen S. 715.

³⁶¹ Doehner S. 128.

durch § 651 BGB im Kaufrecht hingenommen werden könne, da ein rechtswirksamer Kaufvertrag auch vorliege, wenn die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung unmöglich sei. Ein solcher Vertrag könne mit seinem übrigen Inhalt vollzogen werden. Insbesondere die Mängelvorschriften könnten angewendet werden. *Hagen*³⁶² weist für diese Fälle noch darauf hin, dass man nicht behaupten könne, die Erfüllung der kaufvertraglichen Eigentumsverschaffungspflicht sei dem Unternehmer unmöglich, denn Eigentum könne auch derjenige verschaffen, der die Voraussetzungen für einen originären Erwerbstatbestand setze. Dem ist zuzustimmen. Auch auf die Fälle des § 950 BGB ist letzteres Argument insofern anwendbar, als man die Herstellung der neuen Sache durch den Unternehmer als Voraussetzung des Eigentums des Auftraggebers an der neuen Sache ansehen kann.

e.e. Herstellung einer neuen Sache, Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers, Reparaturverträge

Wie oben gezeigt wurde, bezieht sich Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie auf neu herzustellende Sachen. Dieses bedeutet, dass Verträge über bloße Bearbeitungen bestehenden Sachen, z.B. Reparaturen, nicht erfasst sind. Eine Ausnahme gilt nur für solche Reparaturverträge, bei denen sich aus der vereinbarten Leistungsbeschreibung ergibt, welche Gegenstände der Unternehmer zur Reparatur herzustellen und einzubauen hat. Diese Verträge sind eigentlich Einbauverträge, d.h. sie betreffen die Herstellung, Lieferung und den Einbau von Gegenständen und sind daher grundsätzlich von Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie erfasst.

Es sind keine Gründe ersichtlich, diesen Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie nicht auch für § 651 BGB heranzuziehen. Auch in der Literatur geht die ganz h. M. dahin, dass § 651 BGB nur neue herzustellende Sachen erfasst und reine Bearbeitungen an Bestehendem aufgrund funktionaler Leistungsbeschreibung nicht erfasst sind.³⁶³ Auch die Begründung zum Regierungsentwurf geht davon aus, dass Verträge über Reparaturen von § 651 BGB nicht erfasst sind.³⁶⁴

³⁶² Hagen S. 715.

³⁶³ Doehner S. 122; Thode ZfBR 2000 S. 367; Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 11 zu § 651; Schwenker in Erman Rdnr. 8 zu § 651; Peters in Staudinger Rdnr. 8 zu § 651; Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 5 zu § 651; a.A. Sprau in Palandt Rdnr. 2 zu § 651.

³⁶⁴ Begründung zum Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 14/6040 S. 268.

f.f. Der Hersteller und der Zeitpunkt der Herstellung in § 651 BGB

Wie oben dargestellt wurde, sollen von der Richtlinie alle Verträge über die Lieferung von Verbrauchsgütern erfasst werden. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie dient als Auffangtatbestand für die Verträge nach deren Abschluss das Verbrauchsgut erst hergestellt werden muss.

§ 651 Abs. 3 BGB regelt hingegen einen eigenständigen Vertragstypus innerhalb des Kaufrechts.³⁶⁵ Kaufverträge nach § 651 Satz 3 BGB haben andere Rechtsfolgen als Kaufverträge nach §§ 433 ff. BGB. In § 651 Satz 3 BGB werden für den Kauf unvertretbarer herzustellender Sachen Vorschriften des Werkvertragsrecht ergänzend für anwendbar erklärt. Kaufverträge nach §§ 433 ff. BGB folgen hingegen nicht werkvertraglichen Vorschriften. Kaufverträge nach § 651 BGB müssen daher von Kaufverträgen nach §§ 433 ff. BGB abgegrenzt werden.

Ein wesentliches Kriterium für einen Vertrag nach § 651 BGB ist die Herstellung des Kaufgegenstandes nach dem Vertragsschluss. Ist der Gegenstand bereits vor Vertragsschluss hergestellt worden, kommt Kaufrecht gem. §§ 433 ff. BGB zur Anwendung. Die meisten Autoren, die sich mit der Auslegung von § 651 BGB beschäftigen, stellen dieses nicht ausdrücklich fest. Ausführungen finden sich bei *Peters*.³⁶⁶ Er nimmt an, dass die Sache nach Kaufvertragsabschluss hergestellt werden müsse und der Unternehmer im Zweifel berechtigt sei, die Herstellung weiter zu vergeben. Es komme auf die Verkehrssitte und die Auslegung der Vereinbarung der Parteien an. Zu berücksichtigen sei, ob der Unternehmer eine eigene Fertigung habe, die eine besondere Qualität garantiere oder sonst einen besonderen Ruf genieße. Auch *Schwenker*³⁶⁷ geht davon aus, dass eine Herstellung durch den Unternehmer selbst von § 651 BGB nicht gefordert werde. *Teichmann*,³⁶⁸ *Voit*³⁶⁹ und *Busche*³⁷⁰ weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass § 651 BGB in

³⁶⁵ Schuhmann JZ 2008, 117.

³⁶⁶ Peters in Staudinger Rdnr. 8 zu § 651.

³⁶⁷ Schwenker in Erman Rdnr. 11 zu § 651.

³⁶⁸ Teichmann in Soergel Rdnr. 18 zu § 651 a.F.

³⁶⁹ Voit in Bamberger/Roth Rdnr. 13 zu § 651.

³⁷⁰ Busche in Münchener Kommentar Rdnr. 5 zu § 651.

das Kaufrecht verweise und diesem eine Herstellungspflicht fremd sei. Mangels abweichender Vereinbarungen der Parteien sei nur die Lieferung der herzustellenden Sache die im Synallagma stehende Pflicht des Unternehmers.

Diese Ansichten sind überzeugend und werden auch vom Wortlaut des § 651 BGB gestützt, der nur von „herzustellenden...Sachen“ spricht und nicht formuliert: „vom Unternehmer herzustellenden Sachen.“

b. Unternehmerverträge

§ 651 BGB verweist nicht nur Verbraucherverträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen in das Kaufrecht, sondern u.a. auch Verträge zwischen Unternehmern (Unternehmerverträge). Da der Anwendungsbereich der Richtlinie auf Verbraucherverträge beschränkt ist, wurde die Richtlinie in personeller Hinsicht somit überobligatorisch in das deutsche Recht transformiert.³⁷¹

Wie oben dargestellt wurde, sind die Begriffe in § 651 BGB im Anwendungsbereich von Verbraucherverträgen richtlinienkonform auszulegen. Außerhalb von Verbraucherverträgen, d.h. insbesondere für Unternehmerverträge sind die Begriffe grundsätzlich nach den Regeln des deutschen Rechts auszulegen, da sie in diesem Bereich keine europäische Richtlinie transformieren.³⁷² Die richtlinienkonforme Auslegung einerseits und die Auslegung nach nationalen Auslegungsregeln andererseits können dazu führen, dass eine gespaltene Auslegung der Norm entsteht. Bei § 651 BGB würden die Begriffe im Bereich der Unternehmerverträge einen anderen Inhalt haben als im Bereich der Verbraucherverträge. Es ist zu klären, ob eine solche gespaltene Auslegung einer Norm rechtlich zulässig ist und ob sie für die Norm des § 651 BGB in Frage kommt.

a.a. Die Voraussetzungen einer gespaltenen Auslegung

Grundsätzlich lässt das Gemeinschaftsrecht eine gespaltene Auslegung außerhalb des Harmonisierungsbereichs einer Richtlinie nach der Rechtsprechung des EuGH zu.³⁷³

³⁷¹ zur überobligatorischen Umsetzung siehe Habersack/Mayer S. 914 f.

³⁷² Büdenbender S. 47 f., 52 ff; Canaris S. 74; Hommelhoff S. 915 f.; Lutter in: GS Heize, 2005, S. 571 ff.; Mayer/Schürnbrand S. 548 f.; Schnorbus S. 685 f.; für ein europäisches Gebot einheitlicher Auslegung jedoch Drexl S. 70 ff.

³⁷³ Brechmann S. 273.

Der EuGH konstatiert jedoch unter bestimmten Voraussetzungen eine europarechtlichen Pflicht der Mitgliedsstaaten, nationale Normen auch außerhalb des Regelungsbereiches einer Richtlinie einheitlich richtlinienkonform auszulegen.

Eine solche Pflicht nimmt der EuGH dann an, wenn andernfalls aufgrund von Rückwirkungen einer abweichenden Auslegung auf den harmonisierten Bereich die Effektivität der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts im Kontext des nationalen Rechts der Mitgliedsstaaten beeinträchtigt würde.³⁷⁴ Solche Rückwirkungen auf den harmonisierten Bereich entstehen vor allem dann, wenn nach der Konzeption der nationalen Norm eine einheitliche Auslegung aufgrund eines einheitlichen Gesetzeszwecks oder gleich gelagerter Sachverhalte im harmonisierten und im überschießenden Bereich nahe liegt. Abweichungen im nichtharmonisierten Bereich können dann unter Gleichheitsgesichtspunkten einen Anpassungsdruck auch auf den harmonisierten Bereich entfalten, der dort zu Auslegungsproblemen führt.

Eine europarechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nimmt der EuGH weiter an, wenn das nationale Recht für den Regelungsbereich einer Norm, der nicht in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fällt, gleichwohl eine richtlinienkonforme Auslegung vorschreibt.³⁷⁵ Eine solche nationale Anweisung liegt nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch nicht vor, wenn das nationale Recht die Richtlinie nur als Modell für den betroffenen nationalen Regelungsinhalt herangezogen hat und nicht den Anwendungsbereich der Richtlinie im nationalen Recht horizontal erweitern wollte.³⁷⁶

Das deutsche Recht lässt die gespaltene Auslegung nach herrschender Auffassung grundsätzlich ebenfalls zu. Die überschießende Umsetzung macht die davon betroffenen Vorschrift nicht zu einer europäischen Vorschrift, so dass ihr Bedeutungsgehalt ausschließlich durch Auslegung des nationalen Rechts zu bestimmen ist.³⁷⁷ Der Umstand dass der Gesetzgeber das nationale Recht den

³⁷⁴ EuGH, Urteil vom 16.07.1998, Rs. C-264/96, Slg. 1998, I-4695 - Imperial Chemical Industries.

³⁷⁵ EuGH, Urteil vom 18.10.1990, Rs. C-297/88 u.a. Slg. 1990, I-3763 - Dzodzi; EuGH Urteil vom 17.07.1997, Rs. C-28/95, Slg. 1997, I-4161 - Leur-Bloem.

³⁷⁶ EuGH, Urteil vom 28.03.1995, Rs. C-346/93, Slg. 1995, I-615 – Kleinwort Benson.

³⁷⁷ Büdenbender S. 47 f., 52 ff; Canaris S. 74; Hommelhoff S. 915 f.; Lutter in: GS Heize, 2005, S. 571 ff.; Mayer/Schürnbrand S. 548 f.; Schnorbus S. 685 f.; für ein europäisches Gebot einheitlicher Auslegung jedoch Drexl S. 70 ff.

Vorgaben der Richtlinie auch außerhalb ihres originären Anwendungsbereichs angepasst habe, begründet jedoch eine widerlegliche Vermutung dafür, dass er eine einheitliche Ausgestaltung des nationalen Rechts angestrebt habe.³⁷⁸

b.b. Gespaltene Auslegung des § 651 BGB?

Der Wortlaut des § 651 BGB enthält keine Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Anwendung der Norm auf Verbraucherverträge und Unternehmerverträge. Dieses ist als Indiz dafür zu werten, dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche Anwendung der Norm nicht beabsichtigt hat.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 651 BGB ergeben sich ebenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei der Verweisung von Werk- und Werklieferungsverträgen über bewegliche Sachen in das Kaufrecht durch § 651 BGB zwischen Verbraucherverträgen und anderen Verträgen einen Unterschied machen wollte.³⁷⁹ Er beabsichtigte im Gegenteil ein einheitliches Kaufrecht für alle Verträge und wollte, wie aus der Begründung zum Regierungsentwurf ersichtlich ist, die Regelungen des § 651 BGB stark vereinfachen.

Die abweichende Ansicht von *Metzger*³⁸⁰ ist nicht überzeugend. Er weist zutreffend darauf hin, dass die Transformation der Richtlinie in das deutsche Recht nur ein Teil der Motivation des Gesetzgebers für die Novellierung des Schuldrechts war. Seine Ansicht, der Gesetzgeber habe ein modernes Schuldrecht unter weitgehender Angleichung von Werkvertrags- und Kaufrecht schaffen wollte und es sei ihm nicht darum gegangen, Werkverträge zwischen Unternehmern den Inhalten der Richtlinie zu unterwerfen, trifft wohl ebenfalls zu. Der Umstand, dass die Transformation der Richtlinie nicht im Vordergrund stand und es dem Gesetzgeber nicht darauf ankam, Unternehmerverträge der Richtlinie zu unterwerfen, lässt aber nicht den von Metzger daraus gezogenen Schluss zu, dass der Gesetzgeber, als er die Zuweisung bestimmter Werk- und Werklieferungsverträge in das Kaufrecht durch § 651 BGB vornahm, diese Zuweisung nicht einheitlich für alle Verträge verstanden wissen

³⁷⁸ Canaris S. 74; Hommelhoff S. 915 ff.; Lorenz in Münchener Kommentar Rdnr. 4 vor § 474; Lutter in: GS Heinze, 2005, S. 575 ff.; Mayer/Schürnbrand S. 551; BGH NJW 2002, 1881 („Heininger“).

³⁷⁹ Westermann S. 241 f.

³⁸⁰ Metzger S. 261 ff.

wollte.

Anders als *Metzger*³⁸¹ annimmt, dürfte auch auszuschließen sein, dass der Gesetzgeber die Fälle der individuellen Erstellung von Investitionsgütern bei seinen Erwägungen zu § 651 BGB nicht berücksichtigt hat und diese Unternehmensgeschäfte nicht in seinem gesetzgeberischen Willen enthalten waren. Die in § 651 Satz 3 BGB eigens auf Initiative des Bundesrates für Verträge über unvertretbare Sachen zusätzlich für anwendbar erklärten Vorschriften des Werkvertragsrechtes zeigen, dass der Gesetzgeber die Problematik der Anwendung des Kaufrechts auf Verträge über individuell erstellte Gegenstände erkannt hat. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber angesichts dieser Beschäftigung mit der Materie die wesentlichen Anwendungsfälle aus dem Unternehmensbereich nicht in seine Erwägungen einbezogen hat.

Im übrigen kann auch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber eine Regelung schaffen wollte, nach der Verträge über die Lieferung bestimmter herzustellender Sachen verschiedenen gesetzlichen Vertragsordnungen nach dem Kriterium zugewiesen werden sollten, ob ein Verbraucher oder ein Unternehmer Auftraggeber ist. Dieses würde zu einer nicht nachvollziehbaren gesetzlichen Ungleichbehandlung von im wesentlichen gleichgelagerten Sachverhalten führen. Der Verbraucher, der als Auftraggeber einen Vertrag über ein Investitionsgut (neue Fenster in Einfamilienhaus) abschließt, befindet sich in einer im wesentlichen gleichen Situation wie ein Unternehmer, der Auftraggeber des gleichen Investitionsgutes ist. Den Unternehmervertrag und den Verbrauchervertrag gleichwohl unterschiedlichen Vertragsordnungen zu unterstellen, was das Ziel der Vorschläge des OLG Nürnberg³⁸² und einigen Autoren in der Literatur zu einer gespaltenen Auslegung ist, wäre vor diesem Hintergrund kein sachgerechtes Ergebnis und kann daher dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 23. Juli 2009³⁸³ zutreffend festgestellt, § 651 BGB gelte für sämtliche Verträge, also auch für Verträge zwischen Unternehmern. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts habe nicht nur die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt, sondern hätten auch Mängel der alten Rechtslage beseitigt

³⁸¹ Metzger S. 252.

³⁸² OLG Report München Stuttgart Karlsruhe Nürnberg Bamberg 2009, 77 f.

³⁸³ BGH Urteil vom 23.07.2009-VII ZR 151/08.

werden sollen. Wie oben dargestellt wurden, verneint der BGH in seiner Entscheidung vom 23. Juli 2009 mit vergleichbarer Begründung auch die unterschiedliche Auslegung des Begriffs der beweglichen Sachen in § 651 BGB für Verbraucher- und Unternehmerverträge. Dieses erscheint zutreffend.

Das Gesetz räumt Unternehmern die Möglichkeit ein, etwaige Besonderheiten von Unternehmensgeschäften individuell vertraglich zu regeln, da sie nicht an die Beschränkungen der §§ 474 ff. BGB gebunden sind. Dadurch kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass im Unternehmensbereich aufgrund der Größe und Komplexität der Projekte das Kaufrecht häufig keine sachgerechten Regelungen der Vertragsbeziehung vorsieht.

Es ist daher von einem gesetzgeberischen Willen auszugehen, § 651 BGB einheitlich auf Verbraucher- und Unternehmerverträge anzuwenden und die Vorschrift auch im überobligatorisch Umsetzungsbereich richtlinienkonform auszulegen. Eine gespaltenen Auslegung ist unter diesen Voraussetzungen nach deutschem Recht unzulässig.

Ob eine gespaltene Auslegung nach den oben dargestellten Grundsätzen des europäischen Rechts zulässig ist, kann zumindest bezweifelt werden. Wenn man davon ausgeht, dass der deutsche Gesetzgeber die Regelungen der Richtlinie für Unternehmerverträge nicht nur „modellhaft“ übernehmen wollte, sondern den Anwendungsbereich der Richtlinie horizontal auf diese Verträge erstrecken wollte, läge eine nationale Anweisung der horizontalen Ausweitung der Anwendungsbereichs der Richtlinie im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH vor. Eine den Inhalten der Richtlinie widersprechende gespaltene Auslegung des § 651 BGB wäre dann europarechtlich unzulässig.

4. Ergebnis und Ausblick

Die obige Untersuchung hat ergeben, dass § 651 BGB aus den im ersten Kapitel unter Ziffer 2 aufgelisteten Vertragsgruppen die folgenden Bau- und Anlagenbauverträge in das Kaufrecht verweist:

a. **Verträge über die Errichtung von Bauwerken und größeren maschinellen Anlagen**

Verträge über die Errichtung von Bauwerken gem. § 438, 634a, 648, 648a BGB sind Werkverträge und keine Kaufverträge i.S.d. § 651 BGB. Alle Verträge über die Errichtung von Anlagen, Maschinen und Baulichkeiten des Hoch- oder Tiefbaus, die keine Bauwerke im vorgenannten Sinne sind, fallen in den Anwendungsbereich des § 651 BGB und zwar auch dann, wenn der vom Unternehmer geschuldete funktionsgerechte Herstellungs- und Einbauerfolg im Vordergrund der Leistungserbringung steht oder die tätigkeitsbezogenen Leistungspflichten mehr als nur Nebenleistungen darstellen. Viele Verträge des Anlagenbaubereichs sind nach dieser Definition Kaufverträge gem. § 651 BGB, während sich die Errichtung von Gebäuden regelmäßig nach Werkvertragsrecht richtet.

b. **Verträge über die Herstellung, Lieferung nebst dem Einbau von Sachen in Bauwerke und größere maschinelle Anlagen**

§ 651 BGB erfasst Verträge, in denen sich der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber zur Übergabe und zum Einbau einer nach Vertragsabschluss herzustellenden neuen Sache verpflichtet und der Auftraggeber Eigentümer dieser Sache wird. Die Sache darf im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bei einer vom eingebauten Zustand losgelösten Betrachtung kein Bauwerk im Sinne der § 438, 634a, 648, 648a BGB sein.

§ 651 BGB hat bei Verträgen mit Einbaupflichten einen großen Anwendungsbereich. Bei den typischen Bauverträgen über Baustoffe und Bauteile (z.B. Fenster, Türen, Betonwände, Dachlatten), die vom Unternehmer gefertigt und von ihm zur Errichtung oder Sanierung eines Gebäudes eingebaut werden müssen, ist die Vorschrift anwendbar. Die Bauteile sind zwar im Zeitpunkt des Gefahrübergangs durch den Einbau Bestandteile des Bauwerks und damit unbewegliche Sachen geworden. Bei der europarechtlich erforderlichen von diesem Einbau losgelösten Betrachtung handelt es sich jedoch regelmäßig um bewegliche Sachen, sodass § 651 BGB anwendbar ist.

Auch im Bereich typischer Verträge des Anlagenbaus wird § 651 BGB häufig zur Anwendung kommen. Wenn der Unternehmer Maschinen oder

Anlagenteile (Motoren, Turbinen, Wälzlager etc.) herstellen und in eine industrielle Fertigungsanlage oder eine sonstige technische Installation einfügen, montieren oder anschließen muss, entsteht regelmäßig keine Verbindung gem. §§ 94, 946 BGB zum Grundstück oder zu einem Bauwerk. Die herzustellenden und einzubauenden Gegenstände werden häufig dergestalt angeschlossen und eingebaut, dass sie ohne Schwierigkeiten oder Veränderungen wieder deinstalliert werden können. Die Komponenten, an die sie angeschlossen werden, sind häufig bewegliche Gegenstände gem. § 90 BGB. Die zu liefernde Maschinen oder Anlagenteile sind zu meist auch selbst keine Bauwerk i.S.d. § 634a BGB. Die Verträge über die Herstellung, Lieferung und Installation dieser Gegenstände sind stets Kaufverträge gem. § 651 BGB auch wenn der Schwerpunkt der vom Unternehmer geschuldeten Leistung auf der Montage und Einpassung in den Anlagenkreislauf besteht. Aber auch dann, wenn feste Installationen vorgenommen werden, kommt § 651 BGB regelmäßig zur Anwendung, da bei der erforderlichen vom Einbauzustand losgelöster Betrachtung die zu installierenden Sachen regelmäßig keine Bauwerke, sondern bewegliche Sachen sind.

Viele dieser Verträge kommen vor allem im Unternehmensbereich vor. Dort gelten die §§ 474 BGB nicht, sodass für die Vertragsparteien die Möglichkeit besteht, durch individuelle vertragliche Vereinbarungen von den gesetzlichen Regelungen des Kaufrechts abzuweichen.

c. Verträge über die Bearbeitung von Sachen des Auftraggebers

§ 651 BGB erfasst Verträge, in denen sich der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber zur Übergabe einer von ihm oder einem Dritten nach Vertragsschluss aus Stoffen des Auftraggebers herzustellenden neuen beweglichen Sache verpflichtet.

Die typischen Verträge über Bearbeitungsleistungen im Bau- und Anlagenbaubereich sind Sanierungs- und Reparaturverträge. § 651 BGB hat für diese nur geringe Bedeutung. Durch Bearbeitung von Materialien und Gewerken des Auftraggebers wird nur selten eine neue Sache entstehen. Die typischen Bearbeitungsleistungen sind Maler- und Dämmarbeiten an Gebäuden, sowie Nachrüstungen oder Reparaturen an Anlagen und Maschinen.

Wenn keine neue Sache durch die Bearbeitung entsteht, ist § 651 BGB nur anwendbar, wenn die vereinbarte Leistungsbeschreibung die zum Zweck der Bearbeitung herzustellenden und einzubauenden beweglichen Sachen spezifiziert. Der Vertrag fällt dann nämlich in die unter lit. b dargestellte

Kategorie. Solche Verträge werden im Baubereich und im Bereich des Anlagenbaus zumindest im Unternehmensbereich häufig vorkommen. Hier ist es nicht unüblich, die nachzurüstenden Maschinen und Anlagenteile genau zu spezifizieren und bereits vor dem Einbau vom Auftraggeber prüfen und „abnehmen“ zu lassen. Selbst wenn kein Gefahrübergang vor der Installation stattfindet, bleibt das herzustellende Ersatzteil häufig auch nach dem Einbau eine bewegliche Sache gem. § 90 BGB, da es sich ohne Schwierigkeiten deinstallieren lässt und die Anlage, für die es hergestellt wird, selbst eine bewegliche Sache i.S.d. § 90 BGB ist. Sofern die einzubauenden Teile fest installiert werden, gilt ebenfalls Kaufrecht. Auch hier sei darauf hingewiesen, dass Unternehmer untereinander ihre Vertragsbeziehung abweichend von den gesetzlichen Vorschriften individuell vereinbaren können. Verbraucher werden solche Verträge in der Regel schon deshalb nicht abschließen, weil ihnen die Fachkenntnisse für die Vereinbarung eines Leistungsverzeichnisses fehlt, das die spezifischen Komponenten für die Reparatur oder Umrüstung auflistet.

d. Verträge über die Herstellung und Lieferung von Sachen zum Einbau in Bauwerke und größere maschinelle Anlagen durch Dritte

§ 651 BGB erfasst auch Verträge, in denen sich der Unternehmer zur Lieferung einer nach Vertragsabschluss von ihm oder einem Dritten hergestellten beweglichen Sache verpflichtet, die dem Zweck dient, vom Auftraggeber oder einem Dritten in ein Gebäude oder eine maschinelle Anlage eingebaut zu werden. Für die Sache gelten die unter lit. b. genannten Voraussetzungen.

Im Unternehmensbereich werden vielfach Verträge nur über die Zulieferung von Bauteilen und -stoffen (Fenster, Türen, Betonfertigteile etc.), Maschinen und Anlagenteile geschlossen, ohne dass der liefernde Unternehmer auch Einbau- und Installationspflichten übernimmt. Im Verbraucherbereich werden diese Verträge weniger häufig vorkommen, da Verbraucher Bauaufträge vorwiegend mit dem Inhalt vergeben, dass der herstellende und die Bauteile liefernde Unternehmer (z.B. Fenster zum Nachrüsten eines Altbaus) diese auch einbauen muss.

Die obige Einordnung der Verträge des Bau- und Anlagenbaubereichs stellt die Vertragsparteien im Unternehmensbereich angesichts der teilweise nicht sachgerechten Regelungen des Kaufrechts für diese Verträge vor Probleme, die nur durch Vertragsgestaltung gelöst werden können. Die Entwicklung sachgerechter Vertragsklauseln, die der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB standhalten, ist erst in Ansätzen durchgeführt worden. Hierbei wird zu berücksichtigen sein, dass § 651 Satz 3 BGB einen eigenen Vertragstyp innerhalb des Kaufrechts darstellt, der vom eigentlichen gesetzlichen Leitbild des Kaufvertrags der

§§ 433 BGB abweicht. Auch steht die Kautelarpraxis vor der Frage, ob im Anwendungsbereich des § 651 BGB formularmäßige Vertragsgestaltungen, die bis zum 01.01.2002 dem gesetzlichen Leitbild entsprachen, nach neuem Recht als unabgemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders angesehen werden müssen. Viele Fragen um den § 651 BGB herum sind nach wie vor ungeklärt und bedürfen der künftigen Untersuchung durch die Rechtswissenschaft.