

Abgrenzungen im Werkvertragsrecht

Werkvertrag - Dienstvertrag	
Werkvertrag Arbeitsergebnis ist geschuldet	Dienstvertrag Dienstleistung ist geschuldet
<ul style="list-style-type: none"> - Verpflichteter hat für die Verwirklichung des angestrebten Erfolges einzustehen (= Unternehmerrisiko). - Entgelt nur bei Erfolgseintritt. - Leistung muss i.d.R. nicht persönlich erbracht werden. 	<ul style="list-style-type: none"> - Verpflichteter muss nur Dienst ordnungsgemäß ausüben. Das Risiko des Nichteintritts eines Arbeitserfolges trägt er nicht. - Entgelt auch ohne Erfolgseintritt. - Leistung muss persönlich erbracht werden.

Die Abgrenzung kann nicht allein nach der **Art oder dem Gegenstand** der geschuldeten Tätigkeit vorgenommen werden. Es kommt vielmehr auf die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien an.

Auch die **Art der vereinbarten Vergütung** lässt keinen sicheren Schluss auf die Art des Vertrages zu. So kann auch der Lohn aus einem Dienstvertrag an dem eingetretenen Arbeitserfolg festgemacht werden (z.B. Akkordlohn), andererseits ist auch bei einem Werkvertrag eine Abrechnung entsprechend dem zeitlichen Aufwand des Unternehmers (z.B. Stundensätze) möglich.

Auch die **rechtliche Stellung** (Arbeitnehmer / Selbständiger) gegenüber dem Auftraggeber führt nicht zwingend zu einer bestimmten Einordnung des Vertragsverhältnisses. Zwar ist davon auszugehen, dass ein **Arbeitnehmer** stets in einem dienstvertraglichen Verhältnis zu seinem Arbeitgeber steht. Jedoch ist bei **Selbständigen** nicht zwangsläufig von einem Werkvertrag auszugehen. Auch Selbständige können sich durch Dienstverträge verpflichten, ohne dadurch zu abhängig Beschäftigten zu werden; andererseits kann auch der Werkunternehmer engen Vorgaben durch den Besteller unterliegen.

Werden allerdings die **Arbeitsmittel** gestellt und die Arbeiten in den **Räumlichkeiten des Auftraggebers** ausgeführt, der zudem die Arbeiten im Einzelnen überwacht, so kann von einem **Dienstvertrag** ausgegangen werden.

Werkvertrag - Werklieferungsvertrag	
Werkvertrag	Werklieferungsvertrag
Es wird der Erfolg an der dem Besteller gehörenden Sache geschuldet.	Der Unternehmer stellt das Werk aus von ihm zu beschaffenden Materialien neu her, an dem der Besteller erst durch Übereignung Eigentum erlangt. Merke: Der Bauvertrag ist kein Werklieferungsvertrag, weil die Materialien nur Nebensache sind; Hauptsache ist das Grundstück, auf dem das Gebäude errichtet wird.

Werklieferungsvertrag - Kaufvertrag

Auf den Werklieferungsvertrag findet grundsätzlich Kaufrecht Anwendung (§ 651 I 2 BGB). Die Sachmängelhaftung folgt also den Regeln des Kaufrechts. Dies gilt nach der Neuregelung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sowohl für die Neuherstellung vertretbarer als auch für unvertretbare Sachen.

Überblick

Pflichten aus dem Werkvertrag

I. Pflichten des Unternehmers

1. **Hauptpflicht:** der vertragsgemäße Erfolg, dazu gehören:
 - a) **Herstellung eines mangelfreien Werkes**, § 633 I BGB
 - b) nur ausnahmsweise **persönliches Tätigwerden** des Unternehmers, z.B. bei Kunstwerken

2. **Nebenflichten:** Schutz-, Sorgfalts- und Treuepflichten, z.B. :
 - a) **fachmännische Beratung**
 - b) **sorgfältige Aufbewahrung** der vom Besteller gelieferten Materialien
 - c) **Anzeigepflicht** bei drohender Überschreitung des Kostenanschlages, § 650 II BGB
 - d) **Schweigepflicht**

II. Pflichten des Bestellers

1. **Hauptpflichten:**
 - a) **Vergütungspflicht;** Fälligkeit der Vergütung mit Abnahme, §§ 641, 640, 646 BGB
 - b) **Abnahmepflicht**, § 640 BGB

2. **Nebenflichten: Schutz-, Sorgfalts- und Treuepflichten**, z.B. :
 - a) Fürsorge für den Unternehmer und seine Leute
 - b) Fürsorge für die Gerätschaften des Unternehmers
 - c) Fürsorge für die Sicherung des Unternehmers und seine Leute analog § 618 BGB, falls beim Besteller gearbeitet wird
 - d) Mitwirkung, § 642 BGB (beachte: nur Obliegenheit des Bestellers, d.h. es besteht kein Anspruch des Unternehmers auf Mitwirkung; Besteller gerät aber in Annahmeverzug, §§ 293 ff BGB; daneben §§ 642, 643, 645 BGB)

Überblick

Ansprüche aus Leistungsstörungen beim Werkvertrag

A. Rechte des Bestellers

I. Der Unternehmer leistet nicht, obwohl er zur Leistung imstande wäre

1. Klagbarer **Erfüllungsanspruch**
2. **Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers nach § 320 BGB**
3. Ersatz des **Verzögerungsschadens, §§ 280 I, II, 286 BGB**
4. **Schadensersatz statt der Leistung** nach Fristsetzung gem. **§§ 280 I, III, 281 BGB**
5. **Aufwendungsersatz, §§ 284, 280 I, III, 281 BGB**
6. **Rücktritt vom Vertrag** nach Fristsetzung, **§ 323 I BGB**

II. Unternehmer kann nicht leisten

1. **Anfängliche Unmöglichkeit**
 - a) Schadensersatz statt der Leistung nach § 311 a II BGB
 - b) Aufwendungsersatz gem. §§ 311a II, 284 BGB
 - c) Besteller braucht nicht zu zahlen, § 326 I BGB
2. **Nachträgliche Unmöglichkeit**
 - a) Der Besteller braucht nicht zu zahlen, § 326 I BGB
 - b) Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises, § 326 IV BGB
 - c) **Schadensersatz statt der Leistung** ohne Fristsetzung gem. **§§ 280 I, III, 283 BGB**
 - d) **Aufwendungsersatz** nach **§§ 284, 280 I, III, 283 BGB**
 - e) **Rücktritt vom Vertrag** ohne Fristsetzung gem. **§§ 326 V, 323 BGB**

III. Schlechterfüllung durch Unternehmer

1. Unternehmer liefert mangelhafte Sache.
 - a) **Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 634 Nr. 1, 635 BGB**
 - b) **Anspruch auf Aufwendungsersatz** bei Selbstvornahme, **§§ 634 Nr. 2, 637 BGB**
 - c) **Rücktritt vom Vertrag** nach **§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 V BGB**
 - d) **Minderung der Vergütung, §§ 634 Nr. 3, 638 BGB**
 - e) **Schadensersatz statt der Leistung** gem. **§§ 634 Nr. 4, 636, 280 I, III, 281 BGB** (wenn Nacherfüllung möglich)
 - f) **Schadensersatz statt der Leistung** gem. **§§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283 BGB** (wenn Nacherfüllung/mangelfreie Lieferung nachträglich unmöglich)
 - g) **Schadensersatz statt der Leistung** gem. **§§ 634 Nr. 4, 311 a II BGB** (wenn Nacherfüllung/mangelfreie Lieferung anfänglich unmöglich)
 - h) **Schadensersatz neben der Leistung** bei Mangelfolgeschaden nach **§§ 634 Nr. 4, 280 I BGB**
 - i) **Aufwendungsersatz** nach **§§ 634 Nr. 4, 636, 284, 280 I, III, 281 BGB** (wenn Nacherfüllung/mangelfreie Lieferung möglich)
 - j) **Aufwendungsersatz** nach **§§ 634 Nr. 4, 284, 280 I, III, 283 BGB** (wenn Nacherfüllung/mangelfreie Lieferung unmöglich)
 - k) **Aufwendungsersatz** nach **§§ 437 Nr. 3, 311a II, 284 BGB** (wenn Nacherfüllung/mangelfreie Lieferung anfänglich unmöglich)

2. Unternehmer verletzt vertragliche Nebenpflicht:

- a) **Schadensersatz neben der Leistung** gem. § 280 I BGB
- b) **Schadensersatz statt der Leistung** gem. §§ 634 Nr. 4, 636, 280 I, III, 282 BGB
- c) **Aufwendungsersatz** nach §§ 634 Nr. 4, 636, 284, 280 I, III, 282 BGB

Beachte: Bei Unmöglichkeit der Nebenpflichterfüllung: Unmöglichkeitensrecht, vgl. oben unter II.

B. Rechte des Unternehmers

I. Klagbarer **Erfüllungsanspruch**, § 631 BGB

Außerdem Rechte aus allgemeinem Leistungsstörungenrecht, z.B.

II. **Einrede des nichterfüllten Vertrages**, § 320 BGB

III. **Verzögerungsschaden**, §§ 280 I, II, 286 BGB

IV. **Schadensersatz wegen Nichterfüllung** §§ 280 I, III, 281 BGB

V. **Rücktritt**, § 323 BGB

VI. **Schadensersatz neben der Leistung bei Nebenpflichtverletzung**, § 280 I BGB

Beachte: Auch sonstige Ansprüche aus allgemeinem Leistungsstörungenrecht

C. Kein Ausschluss der Sachmängelrechte

1. Durch Rechtsgeschäft

a) **Vertrag**

1. Ausschluss durch Individualvereinbarung ist grds. gem. § 639 BGB wirksam.

2. Beim Verbrauchsgüterkauf ist eine **Beschränkung der Sachmängelhaftung** nach § 475 I BGB **grundsätzlich nicht möglich**. Diese Regelung gilt wegen des Verweises des § 651 BGB auf das Kaufrecht in weitem Umfang auch für die Lieferung neu herzustellender Sachen. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages, sondern nur zur Unwirksamkeit der entsprechenden Vereinbarung.

Beschränkbar ist lediglich die Schadensersatzpflicht des Verkäufers (§ 475 III BGB), die jedoch einer Überprüfung anhand der Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 307-309 BGB) standhalten muss.

Auch die **Verjährungsvorschriften** können gem. § 475 II BGB nicht abbedungen werden oder der Beginn der Verjährung vorverlegt werden. Lediglich für gebrauchte Sachen ist eine Reduzierung der Verjährung auf 1 Jahr möglich.

b) **AGB**

Beachte Inhaltskontrolle §§ 309, 308, 307 BGB

2. Durch Gesetz

a) Kenntnis des Bestellers vom Mangel bei Abnahme ohne Vorbehalt (§ 640 II BGB)

b) Verwirkung oder widersprüchliches Verhalten, § 242 BGB

ansonsten: Ausschluss nach allgemeinen Regelungen (z.B. §§ 323 V 2, 323 VI BGB)

D. Keine Verjährung gem. § 634a BGB; vgl. Blatt 47

Überblick

Der Begriff des Sachmangels beim Werkvertrag, § 633 II BGB

Während im Rahmen des § 633 BGB a.F. umstritten war, ob der subjektive Fehlerbegriff (so die h.M.) oder der objektive Fehlerbegriff gelten soll, hat der Gesetzgeber nunmehr den **subjektiven Fehlerbegriff** in **§ 633 II BGB** seiner Regelung zugrunde gelegt und greift auf die Ansätze des objektiven Fehlerbegriffs nur zurück, wenn eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung fehlt. Wie in § 378 HGB a.F. setzt § 633 II 3 BGB nunmehr die Lieferung einer **Mindermenge** oder eines **Aliuds** dem Sachmangel gleich. Folgerichtig wurde daher auch § 378 HGB a.F. gestrichen.

I. Beschaffenheitsvereinbarung, § 633 I S. 1 BGB

Mit der Entscheidung des Gesetzgebers für den subjektiven Fehlerbegriff in § 633 II 1 BGB ist klar, dass es vorrangig auf eine **Beschaffenheitsvereinbarung zwischen den Parteien** ankommt. Hierzu gehört neben der ausdrücklichen Vereinbarung über die Eigenschaften eines Werkes auch all das, was der **Unternehmer dem Besteller gegenüber als vorhandene Eigenschaften des Werkes beschreibt**, sofern der Besteller vor diesem Hintergrund seine Entscheidung getroffen hat. Die – auch nur beschreibenden – Erklärungen des Unternehmers werden damit zum Inhalt des Vertrages und damit zur Beschaffenheitsvereinbarung.

Fraglich ist hierbei jedoch, ob sich der Begriff der Beschaffenheit **nur** auf die **physischen Eigenschaften** des Werkes bezieht oder ob auch **außerhalb der Sache liegende Umstände** eine Rolle spielen (vgl. Blatt 5 SR BT I)

Fehlt es an einer **Beschaffenheitsvereinbarung**, so bestimmt § 633 II 2 BGB welche Beschaffenheit als vereinbart gilt.

II. Eignung zur vertraglich vereinbarten Verwendung, § 633 II 2 Nr. 1 BGB

Auch wird deutlich, dass der Gesetzgeber seine Neuregelung vorrangig an dem subjektiven Fehlerbegriff ausrichtet. Nach § 633 II 2 Nr. 1 BGB ist Mängelfreiheit nämlich ansonsten dann anzunehmen, wenn die Sache sich für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet. Dieser Verwendungszweck muss allerdings **zum Inhalt des Vertrages gemacht** worden sein. Die einseitige Erwartung des Bestellers reicht nicht aus (beachte aber § 633 II 2 Nr. 2 BGB).

Anders ist es jedoch zu sehen, wenn diese **Erwartungshaltung** des Bestellers bei den Vertragsverhandlungen **klar zum Ausdruck gekommen** ist und der Unternehmer dieser Erwartungshaltung nicht widerspricht. Hier kann wohl von einer stillschweigenden Verwendungsvereinbarung ausgegangen werden.

III. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, § 633 II 2 Nr. 2 BGB

Fehlt es an einer Vereinbarung über die Verwendung, so muss das Werk für die gewöhnliche Verwendung geeignet sein und eine Beschaffenheit aufweisen, die **üblicherweise erwartet** werden kann. Anders als im Kaufrecht (vgl. § 434 I 3 BGB) kommt es hier jedoch nicht auf die öffentlichen Äußerungen des Unternehmers an.

Überblick

Gefahrübergang im Werkvertragsrecht nach § 644 BGB

Gefahrübergang nach § 644 I BGB

Nach wie vor muss der Mangel bei Gefahrübergang vorliegen. Dieser tritt nach § 644 S. 1 BGB nach wie vor **grundsätzlich mit der Abnahme (vgl. Blatt 48)** ein. Allerdings setzt § 644 I S. 2 BGB nunmehr den **Gläubigerverzug** des Bestellers nach §§ 293 ff. BGB der Abnahme gleich.

Gefahrübergang nach § 644 I BGB

Nach § 644 II BGB gilt auch im Werkvertragsrecht die Vorverlagerung des Gefahrübergangs nach § 447 BGB auf den Zeitpunkt der Übergabe an die Transportperson, wenn das Werk auf Verlangen des Bestellers an einen anderen Ort als an den Erfüllungsort versendet wird.

Prüfungsschema

Anspruch des Bestellers auf Aufwendungsersatz bei Selbstvornahme, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB

1. **Werkvertrag**
2. **Sachmangel** (§ 633 II BGB)
 - a) Beschaffenheitsvereinbarung (§ 633 II 1 BGB)
 - b) Eignung zur vereinbarten Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB)
 - c) Eignung zur üblichen Verwendung / Aufweisen üblicher Beschaffenheit (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB)
 - d) Lieferung eines Aliuds (§ 633 II 3 BGB)
 - e) Minderlieferung (§ 633 II 3 BGB)
3. Vorliegen im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** (vgl. §§ 644 BGB)
4. **Fristsetzung** zur Nacherfüllung (§ 637 I BGB) oder deren Entbehrlichkeit
 - a) Nacherfüllung ist bereits fehlgeschlagen, § 637 II 2 1. Alt. BGB
 - b) Nachbesserung ist dem Besteller unzumutbar, § 637 II 2 2. Alt. BGB
 - c) nach § 323 II BGB (vgl. Blatt 42 SR AT)
5. Nichtvornahme trotz Fristsetzung
6. keine **Berechtigung des Unternehmers zur Verweigerung** der Nacherfüllung (vgl. §§ 635 III, 275 I – III BGB)
7. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung
8. Erforderlichkeit der Aufwendungen
9. kein **Ausschluss** nach § 640 II BGB
10. keine **Verjährung** gem. § 634a BGB
Beachte: Allgemeine Verjährungsfrist für Sachmängel nunmehr 2 Jahre (§ 634a I Nr. 1 BGB); bei Bauwerken u.ä. 5 Jahre, ansonsten 3 Jahre
(Vgl. hierzu im Einzelnen Blatt 47)

Statt nachträglichem Aufwendungsersatz kann der Besteller auch einen Vorschuss für die Mängelbeseitigung verlangen!!!

Fall 4
Der Parkettboden

E ist stolzer Eigentümer einer gemütlichen Altbauwohnung. Im Rahmen der Renovierung beauftragt er den Unternehmer U mit der Verlegung eines Parkettfußbodens in seinem Esszimmer. Als Festentgelt werden 1.500,00 Euro vereinbart.

Vereinbarungsgemäß nimmt U auch die Verlegung des Parketts vor, dass E zuvor beschafft hat. Es gelingt ihm sogar, die Arbeiten bis zum Abend des betreffenden Tages zu beenden. Nach Abschluss der Arbeiten macht er den E aber noch ausdrücklich darauf aufmerksam, dass das frisch verlegte Parkett nicht vor dem nächsten Nachmittag betreten werden darf. Er werde dann in 2 Tagen wiederkommen, um die Versiegelung vorzunehmen.

Am Abend desselben Tages stellt E allerdings die Waschmaschine im benachbarten Badezimmer an und sieht gemütlich im Wohnzimmer einen Film. Als er in der Werbetauschpause das Bad aufsuchen will, stellt er zu seinem Erschrecken fest, dass die Waschmaschine ausgelaufen ist. Das Wasser ist bereits in den Eingangsbereich des Esszimmers vorgedrungen. Trotz sofortiger Entfernung des Wassers ist das Parkett im Eingangsbereich am nächsten Morgen aufgequollen. Erregt ruft er gleich den U an und fordert ihn auf, den Bereich des Bodens nachzubessern, bevor die Versiegelung vorgenommen wird.

U weist jedoch daraufhin, dass die Verschlechterung nicht auf seine Arbeitsleistung zurückzuführen ist, führt aber gleichwohl die Nacharbeiten vor der Versiegelung durch.

Frage 1: Kann U hierfür ein gesondertes Entgelt verlangen?

Nach erfolgter Versiegelung ist E mit dem Ergebnis zufrieden und zahlt dem U sowohl die Kosten für die Nacharbeiten als auch die vereinbarten 1.500,00 Euro. Nach 3 Wochen muss er jedoch feststellen, dass sich trotz ordnungsgemäßer Nutzung bereits Kratzer auf dem Parkett befinden. Der Bekannte B des E, der ebenfalls in dieser Branche tätig ist, schaut sich die Versiegelung an und teilt dem E mit, dass diese nicht fachgerecht erfolgt und daher zu weich ist, so dass das Parkett leicht verkratzt. Daraufhin fordert der E den U auf, die Versiegelung binnen 2 Wochen nachzubessern. U meldet sich daraufhin und teilt mit, er werde die Nacherfüllung nicht vornehmen, weil E sich das Zimmer ordentlich angesehen und nichts bemängelt habe. Außerdem gehe er davon aus, dass E erneut durch eigenes Fehlverhalten das Verkratzen des Parkettbodens herbeigeführt habe. Daraufhin bittet E den B, die Versiegelung neu zu machen. B macht ihm dafür einen Freundschaftspreis von 350,00 Euro, welchen E nunmehr von U ersetzt verlangt.

Frage 2: Hat E einen Anspruch auf Ersatz der 350,00 Euro?

Übersicht Fall 4

Frage 1

A. Anspruch des U gegen E auf Werklohnzahlung gem. § 631 I BGB

- I. Anspruch entstanden
 1. Werkvertrag
 2. Fälligkeit des Anspruchs
- II. Ergebnis

B. Anspruch des U gegen E auf Teilvergütung nach § 645 I 1 BGB

C. Anspruch des U gegen E auf Teilvergütung analog § 645 BGB

- I. Sphärentheorie
- II. Analoge Anwendung
- III. Anwendung auf den Fall
- IV. Rechtsfolge

Frage 2

Anspruch des E gegen U auf Aufwendungsersatz für Selbstvornahme gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB

1. Werkvertrag
2. Sachmangel (§ 633 II BGB)
 - a) Beschaffenheitsvereinbarung (§ 633 II 1 BGB)
 - b) Eignung zur vereinbarten Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB)
 - c) Eignung zur üblichen Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB) /Aufweisen der üblichen Beschaffenheit
3. Vorliegen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (vgl. §§ 644 BGB)
4. Fristsetzung zur Nacherfüllung (§ 637 I BGB)
5. Nichtvornahme trotz Fristsetzung
6. Berechtigung des U zur Verweigerung der Nacherfüllung
7. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung
8. Erforderlichkeit der Aufwendungen
9. kein Ausschluss nach § 640 II BGB
10. keine Verjährung gem. § 634a BGB

Lösungsvorschlag: Der Parkettboden

Probleme: Fälligkeit der Werklohnforderung; Teilvergütungsanspruch bei Verschlechterung durch Besteller; Aufwendungsersatz bei Selbstvornahme

Blätter:

Abgrenzungen im Werkvertragsrecht	31
Überblick	
Pflichten aus dem Werkvertrag	32
Überblick	
Ansprüche aus Leistungsstörungen beim Werkvertrag	33/34
Überblick	
Begriff des Sachmangels, § 633 II BGB	35
Überblick	
Gefahrübergang im Werkvertragsrecht nach § 644 BGB	36
Überblick/Prüfungsschema	
Der Nacherfüllungsanspruch des § 635 BGB	37
Prüfungsschema	
Anspruch des Bestellers auf Aufwendungsersatz bei Selbstvornahme gem. § 634 Nr. 2, 637 BGB	38

Frage 1

A. Anspruch des U gegen E auf Werklohnzahlung gem. § 631 I BGB

U könnte gegen E einen Anspruch auf Werklohnzahlung gem. § 631 I BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Dieser Anspruch muss zunächst entstanden sein.

1. Werkvertrag

Zunächst muss zwischen den Parteien ein wirksamer Werkvertrag geschlossen worden sein. Ein Werkvertrag liegt vor, wenn der Hersteller die **Erstellung eines Werkes** verspricht, ohne dass hierbei eine neue Sache hergestellt wird (dann Werklieferungsvertrag, der nach § 651 BGB dem Kaufrecht unterliegt).

Hier soll U Arbeiten an einer Sache des E durchführen, nämlich der Eigentumswohnung, so dass ein Werkvertrag geschlossen wurde, der alle wesentlichen Vertragsbestandteile enthält und mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch wirksam ist.

2. Fälligkeit des Anspruchs

Der Anspruch müsste auch fällig sein. Die Vergütung wird beim Werkvertrag mit der Abnahme durch den Besteller fällig, § 641 I BGB.

(vgl. **Abnahme eines Werkes (Blatt 48)**)

Beispielfälle zur Abnahme nach der herrschenden Theorie der Annahme als Erfüllung (Blatt 49)

Abnahme ist nach der herrschenden Theorie der Annahme als Erfüllung die **körperliche Entgegennahme des Werks** durch den Besteller verbunden mit seiner **Erklärung, das Werk im wesentlichen als vertragsgemäß anzuerkennen**⁹. Die Anerkennung kann auch durch schlüssige Handlung erfolgen, so z.B. durch die Ingebrauchnahme des im Wesentlichen funktionstüchtigen Werkes.

Hier muss aber noch die für einen Parkettboden zwingend notwendige Versiegelung vorgenommen werden, so dass die Arbeit noch nicht abgeschlossen und das Werk daher im Sinne des § 640 BGB noch gar nicht „hergestellt“ ist. Eine Abnahme kommt daher nicht in Betracht.

Für eine Teilabnahme nach § 641 I 2 BGB durch Ingebrauchnahme fehlt es an der erforderlichen Vereinbarung einer Teilvergütung¹⁰. Somit scheidet auch eine Teilabnahme aus.

II. Zwischenergebnis

Mangels Abnahme ist der Anspruch nicht fällig und damit noch nicht entstanden.

Allerdings besteht mangels Unmöglichkeit (s.o.) der Anspruch des E gegen U auf Herstellung eines ordnungsgemäßen Parkettbodens fort. Sobald U dies getan und E das Werk abgenommen hat, muss E die vereinbarte Vergütung zahlen.

Anmerkung:

Zu der Abnahme ist B dann verpflichtet, denn die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Bestellers¹¹. Nimmt der Besteller gleichwohl das Werk nicht ab, muss die Abnahme eingeklagt werden¹², wobei diese Klage allerdings mit der Vergütungsklage verbunden werden kann¹³. Wenn der Besteller die Abnahme verweigert, kann diese auch durch eine Fertigstellungsbescheinigung eines Gutachters nach § 641a BGB ersetzt werden.

B. Anspruch des U gegen E auf Teilvergütung nach § 645 I 1 BGB

Möglicherweise steht U trotz der fehlenden Abnahme ein Anspruch auf einen Teil der vereinbarten Vergütung zu.

Anmerkung: *Der Anspruch aus § 645 I BGB steht neben dem nach Abnahme des fertigen Werks entstehenden Anspruch auf die vereinbarte Vergütung und modifiziert die allgemeinen Unmöglichkeitregeln.*

Nach § 645 I BGB trägt der Besteller die Vergütungsgefahr schon vor der Abnahme. Danach kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung (sowie Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen) vor der Abnahme verlangen, wenn das Werk infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat.

Das von U begonnene Werk ist verschlechtert worden. Diese Verschlechterung muss aber nach § 645 I BGB infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffs oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung eingetreten sein. Das von E zur Verfügung gestellte Parkett war aber einwandfrei und Anweisungen für die Ausführung der Arbeiten hat er auch nicht gegeben.

⁹ BGHZ 48, 257, 262; Palandt-Thomas, § 640 Rn.2

¹⁰ Palandt-Thomas, § 641 Rn.4

¹¹ Palandt-Thomas, § 640 Rn.1

¹² BGH NJW 1996, 1749

¹³ Palandt-Thomas, § 640 Rn.1

Exkurs:

Der Begriff „Stoff“ i.S.d. § 645 I BGB umfasst alle Gegenstände, aus denen oder mit deren Hilfe das Werk herzustellen ist¹⁴.

Eine Anweisung i.S.d. § 645 I BGB liegt vor, wenn der Besteller für eine von ihm gewünschte Modalität der Ausführung das Risiko übernimmt, auch indem er trotz Bedenken des Unternehmers auf seinem Wunsch beharrt¹⁵.]

Damit liegen die Voraussetzungen des § 645 I BGB nicht vor. Auch trifft den E kein Verschulden, so dass sich auch aus § 645 II BGB nichts anderes ergibt.

C. Anspruch des U gegen E auf Teilvergütung analog § 645 BGB

Fraglich ist, ob sich ein Anspruch des U auf eine Teilvergütung aus einer analogen Anwendung des § 645 BGB ergeben kann.

Grundsätzlich trägt nach § 644 I BGB der Unternehmer das Risiko des Untergangs und der Verschlechterung bis zur Abnahme. § 645 BGB modifiziert, wie gesehen, diese Folge für die Fälle der Mangelhaftigkeit der Materialien oder der Fehlerhaftigkeit der Anweisungen. In allen anderen Fällen bleibt es bei der Gefahrtragungsregel des § 644 I BGB. Grundsätzlich ist das auch sachgerecht, weil der Unternehmer bis zur Abnahme regelmäßig die Verfügungsgewalt über das Werk hat. Wenn jedoch ausnahmsweise der Besteller Zugriff auf das Werk hat und zu seinem Untergang/seiner Verschlechterung beiträgt, so ist es unbillig, dies allein zu Lasten des Unternehmers gehen zu lassen. Daher herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Regelung der §§ 644 I, 645 BGB modifiziert werden müssen, hinsichtlich Art und Umfang herrscht jedoch Streit.

I. Sphärentheorie

Nach dieser Theorie¹⁶ ist der Regelungsgehalt des § 645 BGB dahin auszudehnen, dass der Unternehmer immer dann die Vergütung erhalten soll, wenn der Umstand, der den Untergang, die Verschlechterung oder die Unausführbarkeit bewirkt hat, der Sphäre des Bestellers zuzurechnen ist.

Der Defekt der Waschmaschine ist hier der Sphäre des E zuzurechnen, so dass U dieser Auffassung Teilvergütung analog § 645 BGB verlangen kann.

II. Analoge Anwendung

Nach dem Normzweck des § 645 I BGB soll dem Unternehmer ein Vergütungsanspruch zustehen, wenn der Besteller durch sein willentliches Verhalten den Untergang, die Verschlechterung oder die Unausführbarkeit verursacht hat, auch wenn Verschulden i.S.d. § 645 II BGB fehlt¹⁷. In diesen Fällen ist § 645 I BGB analog heranzuziehen.

¹⁴ Palandt-Thomas, § 645 Rn.8

¹⁵ Palandt-Thomas, § 645 Rn.8; im Einzelnen vgl. dazu BGH NJW 1980, 2189

¹⁶ Erman, JZ 1965, 657; Fikentscher, § 80 II 4 c

¹⁷ Medicus, BR, Rn 269; BGH, NJW 1982, 1458 f

E hat durch das Anstellen der Waschmaschine die Verschlechterung herbeigeführt. Diese ist daher auf ein willentliches Verhalten des E zurückzuführen. Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 645 I BGB sind damit im vorliegenden Fall gegeben.

Beide Auffassungen kommen hier zum selben Ergebnis, so dass es auf eine Streitentscheidung nicht ankommt.

Argumentation:

Sollte eine Streitentscheidung erforderlich sein, so vermag die Sphärentheorie nicht zu überzeugen. Gegen diese Auffassung spricht die Regelung des § 644 I 1 BGB, wonach das Risiko des von keiner Partei zu vertretenden Untergangs grundsätzlich beim Unternehmer liegt. Nach § 644 I 3 BGB erhält der Besteller dagegen gerade keinen Ersatz, wenn der Stoff zufällig in der Sphäre des Unternehmers untergeht. Die Theorie widerspricht daher der grundsätzlichen Risikoverteilung im Werkvertragsrecht. Die analoge Anwendung des § 645 I BGB ist aber dann sachgerecht, wenn der Untergang/die Verschlechterung auf die Einwirkungsmöglichkeiten des Bestellers zurückzuführen ist. Die gesetzliche Risikoverteilung geht davon aus, dass das Werk sich bis zur Abnahme beim Unternehmer befindet, der dieses erstellt. Unterliegt das Werk hingegen während seiner Erstellung der Einflussnahmemöglichkeit des Bestellers, so ist ihm eine hierdurch erfolgte Verschlechterung oder ein herbeigeführter Untergang auch zurechenbar, so dass eine Teilvergütung des Unternehmers angezeigt erscheint.

IV. Rechtsfolge

E muss U damit analog § 645 I BGB einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zahlen.

Ergebnis: U hat gegen E für die zusätzlich erforderlichen Arbeiten einen Teilvergütungsanspruch analog § 645 BGB.

Frage 2

Anspruch des E gegen U auf Aufwendungsersatz für Selbstvornahme gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB

E könnte gegen U einen Anspruch auf Aufwendungsersatz für Selbstvornahme in Höhe von 350 Euro gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB haben.

1. Werkvertrag

Zwischen den Parteien wurde ein wirksamer Werkvertrag geschlossen (s.o.).

2. Sachmangel (§ 633 II BGB)

(vgl. Blatt 35: Überblick: Begriff des Sachmangels, § 633 II BGB)

Das von U hergestellte Werk, also die Verlegung des Parkettbodens, muss mangelhaft sein.

a) Beschaffenheitsvereinbarung (§ 633 II 1 BGB)

Eine Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit liegt hier nicht vor.

b) Eignung zur vereinbarten Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB)

Auch wurde hier kein Verwendungszweck gesondert vereinbart.

c) **Eignung zur üblichen Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB) /Aufweisen der üblichen Beschaffenheit**

Allerdings ist bei Parkett als einem hochwertigen Bodenbelag üblicherweise davon auszugehen, dass die übliche Benutzung nicht zu Kratzern in der Oberfläche führt. Dies ist hier aber der Fall, so dass der verlegte Parkettboden nicht die übliche Beschaffenheit aufweist.

Es liegt damit ein Sachmangel vor.

3. Vorliegen im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** (vgl. §§ 644 BGB)

(vgl. Blatt 36: Überblick: Gefahrübergang im Werkvertragsrecht nach § 644 BGB)

Dieser Sachmangel muss aber im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen. Der Gefahrübergang erfolgt beim Werkvertrag nach § 644 BGB regelmäßig mit der Abnahme des Werkes nach § 640 BGB.

Abnahme ist nach der herrschenden Theorie der Annahme als Erfüllung die **körperliche Entgegennahme des Werks** durch den Besteller verbunden mit seiner **Erklärung, das Werk im wesentlichen als vertragsgemäß anzuerkennen**¹⁸. Die Anerkennung kann auch durch schlüssige Handlung erfolgen, so z.B. durch die Ingebrauchnahme des im Wesentlichen funktionstüchtigen Werkes.

Hier hat E das Esszimmer in Gebrauch genommen und dem U seinen Werklohn gezahlt, so dass von einer konkludenten Annahme auszugehen ist.

4. **Fristsetzung** zur Nacherfüllung (§ 637 I BGB)

E hat dem U auch angemessene Frist für die Nacherfüllung gesetzt.

5. **Nichtvornahme trotz Fristsetzung**

Gleichwohl hat U die Nacharbeiten nicht durchgeführt

6. Eine **Berechtigung des U zur Verweigerung** der Nacherfüllung (vgl. §§ 635 III, 275 I – III BGB) ist nicht ersichtlich

7. **Selbstvornahme der Mängelbeseitigung**

Daher war E berechtigt, die Mängel selbst zu beseitigen, bzw. durch U beseitigen zu lassen.

8. **Erforderlichkeit der Aufwendungen**

Hierdurch sind ihm Aufwendungen von 350 Euro entstanden. Diese waren auch erforderlich. Angesichts des „Freundschaftspreises“ des B ist nicht davon auszugehen, dass es sich hier um unangemessen hohe Aufwendungen handelt.

9. kein **Ausschluss** nach § 640 II BGB

U macht hier geltend, E habe sich den Boden angesehen und für gut befunden. Er beruft sich daher auf einen Ausschluss der Sachmängelhaftung nach § 640 II BGB. Dies setzt allerdings voraus, dass E den Parkettboden in Kenntnis der Mangelhaftigkeit abgenommen hat. Bei Abnahme war jedoch noch nicht ersichtlich, dass die Versiegelung zu weich ist. Dies stellte sich erst durch die Ingebrauchnahme heraus. Er hat das Werk daher nicht in Kenntnis der Mangelhaftigkeit abgenommen, so dass auch kein Gewährleistungsausschluss nach § 640 II BGB greift.

¹⁸ BGHZ 48, 257, 262; Palandt-Thomas, § 640 Rn.2

10. keine Verjährung gem. § 634a BGB

Die Sachmängelansprüche des E verjähren nach § 634a I Nr. 1 BGB innerhalb von 2 Jahren nach Abnahme. Diese Frist ist hier noch nicht abgelaufen, so dass E den Aufwendungsersatzanspruch für die Selbstvornahme noch geltend machen kann.

Ergebnis: E hat gegen U einen Anspruch auf Aufwendungsersatz für Selbstvornahme in Höhe von 350 Euro gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB.

Kontrollfragen zu Fall 4:

1. Wie grenzt man den Werkvertrag vom Dienstvertrag ab?
2. Was ist ein Werklieferungsvertrag?
3. Wie kann dieser vom Werkvertrag abgegrenzt werden?
4. Wie ist der Werklieferungsvertrag vom Kaufvertrag abzugrenzen?
5. Welche Pflichten des Unternehmers und welche Pflichten des Bestellers entstehen aus dem Werkvertrag?
6. Ist die Abnahme des Werkes wie die Abnahme der Sache beim Kaufvertrag eine Nebenpflicht?
7. Was versteht man unter Abnahme des Werkes nach §§ 634a II, 640, 641, 644, 645 BGB?
8. Welche Folgen knüpfen sich an die Abnahme? Wo ist das geregelt?
9. Was ist, wenn eine Übergabe der Sache wegen der Natur der Sache nicht in Betracht kommt?
10. Ist die Entgegennahme der Leistung und die Zahlung des Werklohnes nach h.M. als stillschweigende Abnahme anzusehen?
11. Welche Rechte hat der Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes? Wo ist das geregelt?
12. Wann ist ein Werk mangelhaft? Wo ist das geregelt?
13. Wann geht die Gefahr über?
14. Ist es ein Fall der Unmöglichkeit, wenn das von dem Unternehmer zu streichende Haus abbrennt? Ist es ein Fall der Unmöglichkeit, wenn ein teilweise hergestelltes Haus abbrennt? Warum?
15. Wer trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs der vom Besteller gelieferten, zur Herstellung erforderlichen Stoffe?
16. In welchem Verhältnis steht der Anspruch nach § 645 I BGB zu dem eigentlichen Anspruch aus § 631 BGB?
17. Erklären Sie den Begriff „Sphärentheorie“ im Zusammenhang mit § 645 I BGB!
18. Ist dem § 645 I BGB ein allgemeiner Sphärengeanke zu entnehmen?
19. Nennen Sie die allgemeinen Voraussetzungen für eine Analogie!
20. zur Wiederholung: Was ist eine teleologische Reduktion?
21. In welcher Frist verjähren Gewährleistungsansprüche des Bestellers?
22. Zu welchem Zeitpunkt beginnt die Verjährung beim Werkvertrag?
23. Nach welcher Anspruchsgrundlage wird der Mangelfolgeschaden ersetzt?
24. Hat der Besteller einen Anspruch auf Neuherstellung?
25. Kann der Besteller bei Fehlerhaftigkeit des Werkes sofort zurücktreten? Wann gilt etwas anderes?
26. Welche Pflichten hat der Dienstverpflichtete und welche der Dienstberechtigte?

27. Wie kann ein Dienstvertrag beendet werden?
28. Wer trägt beim Dienstvertrag die Gegenleistungsgefahr? Warum?
29. Gilt der Grundsatz ohne Arbeit kein Lohn ohne Ausnahme?
30. Welche Besonderheiten gelten bei der Haftung aus einem Dienstvertrag für den Arbeitnehmer?
31. Gilt das auch für den selbständigen Dienstleister?