

Buch 2

Recht der Schuldverhältnisse

Abschnitt 8

Einzelne Schuldverhältnisse

Titel 9

Werkvertrag und ähnliche Verträge

Untertitel 1

Werkvertrag

Kapitel 1

Allgemeine Vorschriften

Vorbemerkungen zu §§ 631 ff

ÜBERSICHT

<b>I. Der Typus des Werkvertrags . . . .</b>	<b>1, 2</b>	5. Aufführungsvertrag (Kunst) . . . . .	32–34
<b>II. Die Systematik des Neunten Titels . . . . .</b>	<b>3–6</b>	6. Auskunftsvertrag . . . . .	35, 36
<b>III. Die Geschichte des Werkvertrags</b>	<b>7–12</b>	7. Autorenvertrag . . . . .	37, 38
<b>IV. Die Abgrenzung zum Kaufvertrag . . . . .</b>	<b>13–17</b>	8. Beförderungsvertrag . . . . .	39–41
<b>V. Die Abgrenzung zum Dienstvertrag . . . . .</b>	<b>18–20</b>	9. Bestattungsvvertrag . . . . .	42
<b>VI. Die Abgrenzung zum Auftrag . . . . .</b>	<b>21</b>	10. Facility Management-Vertrag . . . . .	43, 44
<b>VII. Die Abgrenzung zum Geschäftsbesorgungsvertrag . . . . .</b>	<b>22</b>	11. Forschungs- und Entwicklungsvertrag . . . . .	45, 46
<b>VIII. Einzelne Arten von Werkverträgen (alphabetisch) . . . . .</b>	<b>23–71</b>	12. Gutachtenvertrag . . . . .	47–50
1. Abfallentsorgungsvertrag . . . . .	23–25	13. Internet-Provider-Verträge . . . . .	51–53
2. Anlagenvertrag/ Industrieanlagenvertrag . . . . .	26, 27	14. Montagevertrag . . . . .	54
3. Anzeigenvertrag . . . . .	28	15. Partnervermittlungsvertrag . . . . .	55
4. Arztvertrag (auch Tier- und Zahnarzt) . . . . .	29–31	16. Projektsteuerungsvertrag . . . . .	56
		17. Reinigungsvertrag . . . . .	57
		18. Rechtsanwaltsvertrag . . . . .	58–60
		19. Reparaturvertrag . . . . .	61, 62
		20. Software-Entwicklungsvertrag . . . . .	63, 64
		21. Steuerberater- und Wirtschaftsprüferverträge . . . . .	65
		22. Tierzuchtvertrag . . . . .	66
		23. Verlagsvertrag . . . . .	67, 68
		24. Wartungsvertrag . . . . .	69, 70
		25. Werbevertrag . . . . .	71

**Schrifttum (siehe auch unten zu den einzelnen Vertragstypen und bei § 631):** Dankwardt, Die locatio conductio operis, JherJb 13 (1847), 299; Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1900; Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905; Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrages nach deutschem Rechte, Diss München 1906; Weyers, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, AcP 182 (1982), 60; Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, II 1981, Band III 1983; Teichmann, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Gutachten A für den 55. DJT, 1984; Peters, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Werkvertragsrecht, in: Ringvorlesung „Rechtsdogmatik und Rechtspolitik“ des Fb Rechtswissenschaft I Hamburg, 1990, 235; Droste, Der Liefervertrag mit Montageverpflichtung, Diss Bonn 1991; Medicus, Kaufvertrag u Werkvertrag, JuS 1992, 273; Roth, Die Reform des Werkvertragsrechts, JZ 2001, 543; Teichmann, Kauf- und Werkvertrag in der Schuldrechtsreform, ZfBR 2002, 13; Ganten, Dienstleistungen als Werkleistungen, in: Festschr für Thode, 2005, S. 21; Zänker, Der Funktionswandel des Werkvertrags, Diss Bremen 2006; Unberath, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008, 745; Greiner, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, AcP 211 (2011), 221; Rudolph, Der Lieferungsvertrag mit Montageverpflichtung – ein „Klassiker“ in (teilweise) neuem Licht, BauR 2012, 557; Wietfeld, Die Rolle von Verkehrssicherungspflichten bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen, NJW 2014, 1206; Kniffka/Retzlaff, Das neue Recht nach dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung und zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes (BauVG), BauR 2017, 1747.

## I. Der Typus des Werkvertrags

- 1 In einem Rechtssystem, das auf der **Vertragsfreiheit** beruht, ist die Typisierung von Verträgen durch den Gesetzgeber immer ein schwieriges Unterfangen. Dies zeigt sich besonders bei allen Arten von Verträgen, bei denen Dienstleistungen erbracht werden. Die Vielzahl an möglichen Lebenssachverhalten erschwert hier die kodifikatorische Arbeit. Der Gesetzgeber des BGB 1900 löste die Problematik dahingehend, dass nur eine grobe Unterteilung aller Dienstleistungsverträge in **Dienstverträge**, **Werkverträge** und **Werklieferungsverträge** vorgenommen und die Arbeit im Einzelfall der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft überlassen wurde. Man kann diese Regelungstechnik kritisieren, da für konkrete Einzelfragen keine Festlegungen getroffen wurden. Andererseits bewahrte sich das Gesetz so eine große Flexibilität und musste in den folgenden Jahrzehnten kaum verändert werden. Die weitgehend abstrakt gehaltenen Normen enthielten nur wenige, dafür aber verallgemeinerungsfähige rechtliche Grundgedanken, mit denen ein verständiger Rechtsanwender durchaus zu arbeiten vermochte.
- 2 Die Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber allzu detaillierten Normen änderte sich im Werkvertragsrecht erst im Jahre 1979, als der **Reisevertrag** gesondert geregelt wurde. Angesichts des stetig steigenden Umfangs von Pauschalreisen sah man sich veranlasst, den Verbraucherschutz zu stärken und dafür Sonderregelungen im BGB zu schaffen (näher dazu Rz 4 ff vor § 651a). Zum 1. Januar 2018 wurden dann auch der **Bauvertrag**, der **Verbraucherbauvertrag**, der **Architekten- und Ingenieurvertrag** sowie der **Bau trägervertrag** kodifiziert (näher dazu Rz 98–100, 103–105 vor § 650a). Auf Altverträge, die vor diesem Datum geschlossen worden sind, ist das BGB in seiner bisherigen Fassung anzuwenden (EGBGB Art 229 § 39). Während für eine Normierung des Bauvertrags eine gewisse praktische Notwendigkeit nicht von der Hand zu weisen ist – die Vertragspraxis behelft sich hier mit ausführlichen Individualvereinbarungen und/oder einer Vereinbarung der VOB/B – liegt dies bei den anderen neuen Vertragstypen nicht unbedingt auf der Hand. Jedenfalls entspricht die Kodifizierung weiterer Vertragstypen aber einer allgemeinen Tendenz, die sich etwa auch beim Dienstvertrag zeigt, der seit 2013 um den Behandlungsvertrag ergänzt worden ist. Das BGB läuft inzwischen Gefahr, wieder zur Kasuistik des Preußischen Allgemeinen Landrechts zurückzukehren.

## II. Die Systematik des Neunten Titels

- 3 In systematischer Hinsicht bilden die allgemeinen Normen des Werkvertragsrechts (§§ 631–650) nach wie vor die Grundstruktur für alle Werkverträge sowie für werkvertragsähnliche Verträge. Unter den Begriff des Werkvertrags fallen dabei sowohl die allgemeinen Werkverträge als auch der Bauvertrag und der Verbraucherbauvertrag als Sondertypen des Werkvertrags (§§ 650a–650o). Diese „echten“ Werkverträge bilden gemeinsam den **Untertitel 1**.
- 4 Den echten Werkverträgen stehen die werkvertragsähnlichen Verträge gegenüber. Darunter fallen zunächst Architekten- und Ingenieurverträge, die folglich einen eigenen **Untertitel 2** erhalten haben (§§ 650p–650t). Auch der Bau trägervertrag ist als werkvertragsähnlicher Vertrag in einem eigenen **Untertitel 3** normiert worden (§§ 650u–650v), außerdem der bereits erwähnte Reisevertrag und die davon abgeleiteten Vertragstypen in **Untertitel 4** (§§ 651a–651y).
- 5 Die Trennung in echte Werkverträge und werkvertragsähnliche Verträge ist durchaus **sachgerecht**. Viele Tätigkeiten, etwa die Bauüberwachung durch einen Architekten, ähneln eher dem Dienst- als dem Werkvertrag. Der Bau trägervertrag hat Verwandtschaft mit dem Kauf, der Reisevertrag mit einer Vielzahl anderer Typen, sodass diese Verträge vom allgemeinen Bild eines Werkvertrags deutlich weiter entfernt sind als etwa der Bauvertrag.
- 6 Die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts sind auf Bauverträge und Verbraucherbauverträge ohne Weiteres **anwendbar**, da diese lediglich Sonderformen des Werkvertrags sind (vgl. § 650a Abs 1 Satz 2 und § 650i Abs 3: „ergänzend“). Bei den werkvertragsähnlichen Verträgen sind die allgemeinen Vorschriften dagegen nur kraft Verweisung anwendbar, was für die Architekten- und Ingenieurverträge (§ 650q Abs 1) sowie den Bau trägervertrag (§ 650u Abs 1 Satz 2) angeordnet ist, nicht aber für den Reisevertrag. Dies ist vor allem dadurch bedingt, dass der Reisevertrag ein eigenes Leistungsstörungenrecht kennt.

## III. Die Geschichte des Werkvertrags

- 7 Der Werkvertrag des BGB ist ein Produkt des 19. Jahrhunderts. Da die Rechtswissenschaft des **19. Jahrhunderts**, die Pandektistik, auf den Quellen des römischen Rechts aufbaute, ist deren Verständnis auch für das BGB noch von Bedeutung.

Das **römische Recht** kannte detaillierte und ausdifferenzierte Regeln, die auf diejenigen 8  
Rechtsverhältnisse anwendbar sind, die wir heute als Werkverträge klassifizieren. Die meisten dieser Regeln entstammten dem Bereich der sogenannten locatio conductio, einem Konsensualvertrag, der die heutigen Vertragstypen Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag umfasst. Infolge dieser historischen Verwandtschaft sprach man im 19. Jahrhundert häufig von „Dienstmiete“ um die Inanspruchnahme von Dienstleistungen zu beschreiben. Noch die Verfasser des BGB betonten die „nahe Verwandtschaft“ von Miet- und Dienstvertrag<sup>1</sup>, die uns heute völlig fernliegend erscheint.

Das römische Recht enthielt allerdings keine systematische Unterteilung der locatio conductio, 9  
sondern fasste diese als Einheit auf<sup>2</sup>. Wenn vereinbart worden war, ein Werk (opus) zu erstellen, lässt sich untechnisch zwar von einer locatio conductio operis sprechen. Diese kann jedoch keineswegs mit dem modernen „Werkvertrag“ gleichgesetzt werden<sup>3</sup>. Die locatio conductio operis war nämlich nicht notwendig erfolgsbezogen. Vielmehr ergab sich die Erfolgsbezogenheit erst im Einzelfall, wenn die Parteien eine Abnahme (probatio) vereinbart hatten<sup>4</sup>. Neben der locatio conductio wurden Werkverträge im römischen Recht auch in Form von einseitigen Schuldversprechen (stipulatio) geschlossen<sup>5</sup>. Inhaltlich wurden alle wesentlichen Fragen des Werkvertrags – etwa die Formen der Preisvereinbarungen, die Gefahrverteilung, die Haftung für Verzug und Baumängel – auch vom römischen Recht behandelt und einer rechtlichen Lösung zugeführt. Noch stärker als heute war der Inhalt des Rechtsverhältnisses von der Vereinbarung der Parteien abhängig.

Durch die systematischen Bestrebungen der Pandektistik wurde die Vielfalt der römischen 10  
Quellen im 19. Jahrhundert auf eine klarere Struktur gebracht. Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag wurden voneinander abgegrenzt und das „Erfolgsgesetz“ als Kriterium für den Werkvertrag herausgearbeitet<sup>6</sup>. Die dadurch eintretende Abstraktion suchte der **erste Entwurf zum BGB** noch dadurch zu vermeiden, dass die Regelungen über den Werkvertrag direkt nur auf die Herstellung und Veränderung von Sachen anwendbar waren und für sonstige Werkverträge, die einen anderweitigen durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstand haben, eine Verweisungsnorm galt<sup>7</sup>. Durch die zweite Kommission wurden allerdings auch diese unkörperlichen Werke unter den Begriff des Werkvertrags gefasst<sup>8</sup>, sodass die Regelung nur klarstellenden Charakter bekam und als zweiter Absatz der Grundnorm über den Werkvertrag angehängt wurde, wo sie noch heute in § 631 Abs 2 ihren Platz hat.

Nach seiner Kodifizierung im BGB blieb der Werkvertrag ein Jahrhundert lang weitgehend 11  
unangetastet<sup>9</sup>. Erst ab dem Jahr 2000 erfolgten verschiedene Neuregelungen, die zunächst vor allem das Ziel hatten, notleidenden (Bau-)Unternehmern zu helfen. Durch das „**Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen**“ vom 30. März 2000 wurden die Zinssätze für Verzugszinsen erhöht, der Unternehmer erhielt ein Recht auf Abschlagzahlungen, die fiktive Abnahme wurde ermöglicht und an Stelle der Abnahme wurde auch die Möglichkeit einer Fertigstellungsbescheinigung eingeführt<sup>10</sup>. Letztere hat sich als untauglich erwiesen und wurde daher zum 1. Januar 2009 wieder abgeschafft; im Übrigen sind diese Neuerungen erhalten geblieben.

Kurz darauf wurde durch das **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz** 2002 auch das Werkvertragsrecht umgestaltet<sup>11</sup>. Vor allem wurde das Gewährleistungsrecht an das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht angepasst und mit diesem zu großen Teilen vereinheitlicht. Dadurch sollte die Rechtsanwendung bei diesen beiden Vertragstypen, die viele Ähnlichkeiten aufweisen, vereinfacht werden<sup>12</sup>. Das **Forderungssicherungsgesetz** ergänzte 2009 die Regelung zu Abschlagszahlungen und einige weitere Details; die Vorschrift über die Fertigstellungsbescheinigung wurde wie bereits erwähnt gestrichen<sup>13</sup>. Mit der Reform des **Bauvertragsrechts** traten zum 1. Januar 2018 weitgehende systematische Änderungen ein und das Bauvertragsrecht wurde als ein besonderer Werkvertrag in den §§ 650a–650h gesondert normiert (dazu Vor §§ 650a–650v Rz 78 ff)<sup>14</sup>. 12

**IV. Die Abgrenzung zum Kaufvertrag**

Der Werkvertrag hat mit dem Kaufvertrag (§ 433) eine Reihe von **Gemeinsamkeiten**, denn in 13  
beiden Fällen muss der Schuldner der Sachleistung dem Gläubiger einen bestimmten Vermögens-

1	Mot II, 455 (Mugdan II, 253).	8	Prot II, 2206 (Mugdan II, 917).
2	Fiori, La definizione della locatio conductio, 1999.	9	Details bei Staud/Peters Rz 9 f; sa MünchKomm/Busche § 631 Rz 5.
3	So aber BeckOGK/Merkle, § 631 Rz 2.	10	BGBI I 330.
4	Buchwitz ZRG RA 126 (2009), 358, 371–378.	11	BGBI 2001 I 3138.
5	Ries, Bauverträge im römischen Recht, Diss München 1989, S 40–42.	12	BT-Drucks 14/6040, S 260 ff; vgl auch MünchKomm/Busche § 631 Rz 6.
6	Dankwardt JherJb 13 (1847), 299, 303 Fn 4, 317 § 2; vgl auch Mot II, 471; RG, 16.11.1909, VII 577/08, RGZ 72, 179, 180.	13	BGBI I 2022.
7	E I § 579.	14	BGBI 2017 I 969; zur Neuerung Busche ZfPW 2018, 285; MünchKomm/Busche § 631 Rz 8.

wert verschaffen: Beim Kaufvertrag die Sache bzw das Recht, beim Werkvertrag den vereinbarten Werkerfolg. Daher haben beide Vertragstypen ein sehr ähnliches Gewährleistungsrecht, das immer dann eingreift, wenn der Gläubiger diesen Vermögenswert nicht oder nur unvollständig erhält.

- 14 Im **Gegensatz** zum Kaufvertrag existiert beim Werkvertrag allerdings der Vertragsgegenstand bei Vertragsschluss noch nicht, sondern muss vom Unternehmer zunächst geschaffen werden. Der Werkvertrag ist damit auf eine längere Zeit der Vertragsdurchführung angelegt und enthält ein ungewisses, schöpferisches Element. Daher erhält die Frage der Risikoverteilung beim Werkvertrag besonderes Gewicht<sup>15</sup>.
- 15 Die Verwandtschaft mit dem Kauf ist am deutlichsten, wenn der vereinbarte Werkerfolg in der Herstellung und Lieferung einer beweglichen Sache besteht. Daher sieht das Gesetz hier einen eigenen Vertragstyp vor, den **Werklieferungsvertrag**, auf den die Regeln des Kaufrechts anwendbar sind (§ 650). Selbst wenn die wesentlichen Leistungen hier in der Planung, Konstruktion und Herstellung der Sache liegen, bleibt der Vertrag ein Werklieferungsvertrag und wird dadurch nicht zu einem Werkvertrag<sup>16</sup>.
- 16 Problematisch ist die Abgrenzung zum Kauf in den Fällen, in denen der Schuldner der Sachleistung auch die **Montage** der Sache beim Gläubiger schuldet. Es läge an sich nahe, in solchen Fällen von einem typengemischtem Vertrag auszugehen, bei dem auf die Lieferung der Sache Kaufrecht und auf die Montageleistung Werkvertragsrecht anwendbar wäre. Jedoch hält der Gesetzgeber eine solche Spaltung für eine unnötige Verkomplizierung der rechtlichen Situation und hat daher durch Schaffung von § 434 Abs 2 zum Ausdruck gebracht, dass auch auf Lieferverträge mit Montageverpflichtung grundsätzlich ausschließlich das Kaufrecht anzuwenden ist. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Montage eindeutig den Schwerpunkt des Vertrags ausmacht, weil es dem Gläubiger der Sachleistung hauptsächlich darum geht, dass diese vor Ort richtig installiert und den örtlichen Gegebenheiten angepasst wird. Dann liegt (nur) ein Werkvertrag vor<sup>17</sup>.
- 17 Ein echter typengemischter Vertrag ist der **Bauträgervertrag**. Hier findet auf die Verpflichtung zur Errichtung des Hauses Werkvertragsrecht, auf die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Grundstück Kaufrecht Anwendung (§ 650u).

## V. Die Abgrenzung zum Dienstvertrag

- 18 Mit dem Dienstvertrag (§ 611) hat der Werkvertrag die meisten Gemeinsamkeiten. In beiden Fällen erbringt der Schuldner der Sachleistung gegen Entgelt eine Dienstleistung. Beim Werkvertrag kommt es zusätzlich auf den Werkerfolg an. Entscheidend für die Abgrenzung ist also stets, ob die Vertragsparteien einen Werkerfolg mit vereinbart haben oder ob es ihnen lediglich auf die **Dienst- oder Arbeitsleistung „als solche“** ankam<sup>18</sup>. Im Einzelnen kann sehr fraglich sein, was die Parteien tatsächlich bei Vertragsschluss intendierten, sodass es auf eine normative Vertragsauslegung ankommt. Zu Einzelfällen s auch die Auflistung unten VIII.
- 19 Mit der Verpflichtung des Werkunternehmers zur Erreichung eines Werkerfolges korrespondiert typischerweise auch seine Eigenverantwortlichkeit in der Wahl der dafür erforderlichen Mittel<sup>19</sup>. Die Ausführung der Werkleistung obliegt daher meist ihm allein. Anders verhält es sich beim Dienstvertrag, denn wenn nur die Dienste als solche geschuldet werden und diese nicht näher durch einen zu erreichenden Erfolg spezifiziert werden, erfolgt die Anweisung zur Art der Ausführung typischerweise in detaillierter Form durch den Dienstgeber. Daraus folgt auch, dass bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag die **Weisungsabhängigkeit** der Tätigkeit ein wichtiges Kriterium zur Einstufung als Dienstvertrag liefert<sup>20</sup>.
- 20 Die Abgrenzung des Werk- vom Dienstvertrag hat viel **größere Konsequenzen** als die Abgrenzung vom Kaufvertrag. Denn ein Gewährleistungsrecht besteht beim Dienstvertrag gerade nicht. Auch die Gefahrtragung und die Möglichkeit der Kündigung unterscheiden sich ganz grundlegend<sup>21</sup>.

## VI. Die Abgrenzung zum Auftrag

- 21 Der Auftrag (§ 662) ist im Gegensatz zum Werkvertrag **unentgeltlich**. Damit besteht typologisch zunächst ein klares Kriterium für die Abgrenzung zum Werkvertrag. Eine unentgeltliche

15 Vgl Staud/Peters Rz 2.

16 BGH, 23.07.2009, VII ZR 151/08, BauR 2009, 1581.

17 BGH, 19.07.2018, VII ZR 19/18, BauR 2018, 1879.

18 Vgl die Mot II, 455 (Mugdan II, 253 f).

19 BeckOK/Voit, § 631 Rz 6.

20 BGH, 26.03.1996, X ZR 100/94, juris Rz 18; MünchKomm/Busche Rz 17, 19; einschränkend Staud/Peters Rz 30.

21 MünchKomm/Busche Rz 11-15.

Dienstleistung kann lediglich ein Auftrag sein oder ein Gefälligkeitsverhältnis. Allerdings hat auch der Beauftragte einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen (§ 670). Dies deckt sich inhaltlich mit der Vergütung bei manchen Arten von Werkverträgen, etwa beim Selbstkostenvertrag (§ 631 Rz 83). Daher kommt es neben dem Kriterium, dass ein Beauftragter zumindest keinen unternehmerischen Gewinn beanspruchen kann, auch darauf an, dass dieser dem Willen der Parteien nach nicht wie ein Werkunternehmer für einen Erfolg einzustehen hat, sondern nur sein Bemühen um die Besorgung des ihm übertragenen Geschäfts schuldet<sup>22</sup>.

VII. Die Abgrenzung zum Geschäftsbesorgungsvertrag

Schwierig ist die Abgrenzung des Werkvertrags zum Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675), der einen Unterfall des Werkvertrags wie auch des Dienstvertrags darstellt. Der Gesetzgeber hat die Frage, was eine Geschäftsbesorgung ist, auch offengelassen und damit Praxis und Wissenschaft überantwortet<sup>23</sup>. Nach überwiegender Ansicht ist eine Geschäftsbesorgung eine **selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen**<sup>24</sup>, worunter insbesondere Verträge mit Rechtsanwälten, Steuerberatern, Vermögensbetreuern ua fallen. Fasst man den Begriff weiter, so gibt es kaum einen Dienst- oder Werkvertrag, der nicht auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist<sup>25</sup>. Daher spricht mehr für einen engeren Begriff, auch wenn dieser dann vom Auftragsrecht abweicht<sup>26</sup>. Beispielsweise dürfte der Vertrag über die Bergung eines havarierten LKW entgegen der Ansicht des OLG Frankfurt kein Geschäftsbesorgungs-, sondern ein normaler Werkvertrag sein<sup>27</sup>.

VIII. Einzelne Arten von Werkverträgen (alphabetisch)

1. **Abfallentsorgungsvertrag.** Ein Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, gegen Entgelt **Abfall zu entsorgen** (zB Hausmüll, Gewerbemüll, Gülle), ist in der Regel ein Werkvertrag<sup>28</sup>. Der Umstand, dass bestimmte Abfälle als Wertstoffe verwendet werden können, macht aus dem Vertrag erst dann einen Kaufvertrag, wenn der Erwerb der Abfälle eindeutig im Vordergrund steht. Solange jedoch der Gesamtcharakter eines Entsorgungsvertrages im Vordergrund steht, bei dem es in erster Linie einer Partei darum geht, von dem angefallenen Abfall befreit zu werden, handelt es sich um einen Werkvertrag. Inhaltlich ist der Entsorgungsvertrag nämlich darauf gerichtet, den Abfall entsprechend den anwendbaren öffentlichrechtlichen Vorschriften (KrWG nebst RechtsVO sowie Landesabfallrecht) ordnungsgemäß zu entsorgen, um eine Gefährdung für Mensch und Umwelt zu minimieren.

Auch ein Vertrag, der nur die **Abfuhr von Abfall** umfasst, ist ein Werkvertrag<sup>29</sup>. Es handelt sich dann um einen besonderen Transportvertrag.

Rechtliche Probleme bereitete der Abfallentsorgungsvertrag in den letzten Jahren vor allem im Hinblick auf sogenannte „**Bring-or-Pay-Klauseln**“, also vertragliche Regelungen, wonach der Besteller verpflichtet ist, den vertraglich vereinbarten Preis für die Abfallentsorgung auch dann an den Unternehmer zu bezahlen, wenn er keinen Abfall anliefert. Diese Regelungen sind nach der Rechtsprechung des BGH eine Form von pauschalisiertem Schadensersatz und gemäß § 307 unwirksam, da sie das unternehmerische Risiko des Betreibers der Müllverbrennungsanlage in vollem Umfang auf den Besteller verlagern und dem Unternehmer zudem die Möglichkeit verschaffen, die nicht in Anspruch genommenen Kapazitäten ein weiteres Mal zu vermarkten<sup>30</sup>.

2. **Anlagenvertrag/Industrieanlagenvertrag.**

**Schrifttum:** Graf v Westphalen, Rechtsprobleme des Anlagenvertrages, BB 1971, 1126; Schuhmann, Handbuch des Anlagenvertrages, 2001; Schuhmann, Kooperationspflichten des Anlagenvertrages: Rechtliche Substanz und praktische Konsequenzen, BauR 2003, 162; Schulze-Hagen, Allgemeine Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr mit Fokus auf den Bau und Anlagenbau, NZBau 2016, 395; Bonke/Stumpf, Das FIDIC Yellow Book 2017: Neuer Vertragsstandard für den Anlagenbau im Lichte des deutschen AGB-Rechts, NZBau 2018, 449.

22

Staud/Peters Rz 46; MünchKomm/Busche § 631 Rz 22.

23

Prot II 377; zur Entstehungsgeschichte vgl Beck-OGK/Teichmann, § 675 Rz 2 ff.

24

BGH, 29.04.2004, III ZR 279/03, NJW-RR 2004, 989.

25

Sa Staud/Peters Rz 48.

26

MünchKomm/Heermann § 675 Rz 3.

27

Frankfurt, 06.06.1969, 10 U 135/67, VersR 1970, 260.

28

Oldenburg, 05.11.2009, 14 U 61/09, NJW-RR 2010, 1030.

29

BGH, 30.06.1977, VII ZR 81/76, DB 1977, 2230.

30

BGH, 22.11.2012, VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 Rz 20; 22.10.2015, VII ZR 58/14, ZVertriebsR2016, 221; dazu Schütt BB 2013, 403.



- 26 Ein Vertrag über die Herstellung einer (Industrie-)Anlage ist in der Regel ein Werkvertrag, da er auf Herstellung der fertigen und funktionstüchtigen Anlage gerichtet ist<sup>31</sup>. Steht für die Vertragsparteien allerdings der Warenaustausch im Mittelpunkt, besteht also die Wertschöpfung in der Herstellung und Lieferung einer Sache, liegt ein Werklieferungsvertrag vor. Liegt dagegen der Schwerpunkt des Vertragsinhalts nicht in der Lieferung herzustellender Sachen, sondern in einer, wenn auch Herstellung und Lieferung von Sachen voraussetzenden, Schöpfung eines Werks, liegt ein reiner Werkvertrag vor<sup>32</sup>.
- 27 Der Anlagenvertrag hat für die deutsche Wirtschaft, vor allem den unternehmerischen Mittelstand, eine erhebliche Bedeutung. Wegen der großen Haftungsrisiken für den Anlagenbauer (Folgeschäden, Betriebsausfallschäden) werden oftmals Klauseln zur Haftungsbegrenzung im Werkvertrag vereinbart, die jedoch an der strengen Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im geschäftlichen Verkehr zu messen sind<sup>33</sup>. Daher weichen die Vertragsparteien häufig auf ausländisches Recht und die Streitentscheidung durch ein Schiedsgericht aus<sup>34</sup>.

### 3. Anzeigenvertrag.

**Schrifttum:** Löffler (Begr), Presserecht Kommentar, 2015<sup>6</sup>, Besonderer Teil: Recht der Anzeige. Siehe auch unten: Werbevertrag, Nr 25.

- 28 Ein Vertrag über die Schaltung einer Anzeige, etwa in einer Zeitung oder einem Online-Medium, ist in der Regel ein Werkvertrag<sup>35</sup>. Er ist auf einen konkreten Erfolg gerichtet, nämlich die Sichtbarkeit der Anzeige für den Adressatenkreis für einen bestimmten Zeitraum. Der Unternehmer erfüllt seine Hauptleistungspflicht also dadurch, dass er die Anzeige in der Zeitung abdruckt und die Zeitung ausliefert bzw dadurch, dass er die Anzeige für den vereinbarten Zeitraum in dem Online-Medium sichtbar macht<sup>36</sup>. Es ist – vorbehaltlich einer anderweitigen Vereinbarung – nicht erforderlich, dass ein bestimmter Werbeerfolg bzw eine bestimmte Wirksamkeit der Werbung tatsächlich eintritt<sup>37</sup>.

### 4. Arztvertrag (auch Tier- und Zahnarzt).

**Schrifttum:** Jakobs, Die zahnärztliche Heilbehandlung als Werkvertrag, NJW 1975, 1437; Rösch, Zur Rechtsnatur des Zahnarztvertrages, VersR 1979, 12; Schneider, Der Behandlungsvertrag, JuS 2013, 104; Spickhoff, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267; Makowsky, Grundzüge des Behandlungsvertragsrechts, JuS 2019, 332.

- 29 Behandlungsverträge mit Ärzten können sowohl Dienst- als auch Werkverträge sein. In aller Regel handelt es sich um Dienstverträge, da ein Arzt nach der Verkehrsauffassung nicht für einen bestimmten Erfolg einstehen muss, etwa die Gesundung des Patienten, sondern lediglich sein lege artis erfolgtes Bemühen schuldet, den Patienten bei der Heilung zu unterstützen. Allerdings kommt es für die Abgrenzung auf die jeweils **konkret geschuldete ärztliche Tätigkeit** an<sup>38</sup>. Die Herstellung einer Zahnprothese wird daher vom BGH als eine werkvertragliche Leistung angesehen<sup>39</sup>, die vorangehende Untersuchung des Patienten und die spätere Anpassung der Zahnprothese an den Mund dagegen als dienstvertragliche Tätigkeiten<sup>40</sup>. Allerdings liegt hier wohl eher ein einheitlicher Werkvertrag vor, da die Anpassung der Prothese zum vereinbarten Erfolg dazu gehört<sup>41</sup>. Die Durchführung von Laborarbeiten wird als Werkvertrag eingestuft<sup>42</sup>. Im Regelfall ist die ärztliche Leistung jedoch ein Dienstvertrag, selbst wenn dadurch ein bestimmtes Resultat erzielt werden soll (zB Schönheitsoperation)<sup>43</sup>.
- 30 Die grundsätzliche Einordnung als Dienstvertrag wird durch den seit 2013 normierten **Behandlungsvertrag** (§§ 630a ff) bestätigt<sup>44</sup>. Die entsprechenden Vorschriften sind auf ärztliche Tätigkeiten neben dem allgemeinen Dienstvertragsrecht (§ 630b) zusätzlich anwendbar, aber auch auf sonstige heilberufliche Tätigkeiten wie die Leistungen von Psychotherapeuten, Geburtshelfern

31 Erman/Schwenker/Rodemann Rz 24; BeckOK/Voit § 631 Rz 13 mwN.

32 BGH, 07.12.2017, VII ZR 101/14, BGHZ 217, 103 Rz 49 (Anlage zur Herstellung von Kartoffelchips); sa BGH, 09.11.2017, VII ZR 116/15, ZfBR 2018, 148 (Anlage zur Bearbeitung von Getränkeleergut).

33 Vgl zB BGH, 05.12.1995, X ZR 14/93, NJW-RR 1996, 783 (Toluol-Anlage); zum Gesamtkomplex Schulze-Hagen NZBau 2016, 395.

34 Näher dazu Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S 14, 89, 174, 312.

35 BeckOK/Voit § 631 Rz 15; Erman/Schwenker/Rodemann Rz 24 mwN.

36 BGH, 17.05.2018, VII ZR 70/17, NJW-RR 2018, 1319 Rz 13.

37 BGH, 17.05.2018, VII ZR 70/17, NJW-RR 2018, 1319 Rz 16 (anders die Vorinstanz).

38 BeckOK/Voit § 631 Rz 17.

39 BGH, 09.12.1974, VII ZR 182/73, NJW 1975, 305, unter I.4.b) der Gründe.

40 BGH, 09.12.1974, VII ZR 182/73, NJW 1975, 305, unter I.4.c) der Gründe; 13.09.2018, III ZR 294/16, NJW 2018, 3513 Rz 15; Frankfurt, 22.04.2010, 22 U 153/08, NJOZ 2011, 900.

41 Staud/Peters Rz 35.

42 Makowsky JuS 2019, 332, 333.

43 Naumburg, 16.02.2012, 1 U 88/11, BeckRS 2012, 15459.

44 BeckOK/Voit § 631 Rz 17.

oder Masseuren. Sollte ausnahmsweise ein Werkvertrag vorliegen, sind diese Vorschriften nicht anwendbar<sup>45</sup>.

Auf Verträge über **tierärztliche Leistungen** sind die §§ 630a ff nicht anwendbar. Hier gelten die Regelungen des Dienstvertragsrecht sowie nach den genannten Kriterien in Ausnahmefällen das Werkvertragsrecht. 31

### 5. Aufführungsvertrag (Kunst).

**Schrifttum:** Zumpf, Kündigung – oder Rücktritt vom Tourneevertrag?, ZUM 2016, 393; Michow, § 66 Veranstaltungs- und Künstlervermittlungsverträge, in: Moser/Scheuermann/Drücke, Handbuch der Musikwirtschaft, 2018<sup>7</sup>; Spenner/Estner, Absage von Veranstaltungen wegen des Coronavirus – wer zahlt?, BB 2020, 852.

Wer die Aufführung eines künstlerischen Werkes verspricht, schließt damit einen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung. Dies betrifft etwa Theateraufführungen, Musikaufführungen, Comedy, Variété usw. Dabei wird es sich in der Regel um einen Werkvertrag handeln. Dies ist besonders augenfällig, wenn der Vertrag die Aufführung eines bestimmten künstlerischen Werkes, etwa einer bestimmten Symphonie oder eines bestimmten Theaterstücks, zum Inhalt hat<sup>46</sup>. 32

Für allgemeiner gehaltene Darbietungen, etwa Begleitmusik oder die Aufführung von Musik einer bestimmten Epoche, wird teilweise vertreten, dass es sich um einen Dienstvertrag handeln soll<sup>47</sup>. Das ist unzutreffend. Ein werkvertraglicher Erfolg kann im Rahmen der Vertragsfreiheit auch allgemeiner definiert sein, ohne dass sich dadurch am Vertragstyp etwas ändern würde. Die Bemühungen, bestimmte Vertragsverhältnisse unter das Dienstvertragsrecht zu fassen, sind denn auch mehr vom Ergebnis her gedacht und dem Bemühen geschuldet, den Künstler nicht für Schlechtleistungen haften zu lassen<sup>48</sup>. Allerdings ist dieser Gefahr auch im Rahmen des Werkvertragsrechts beizukommen; so wird man eine Interpretation, die sich im Bereich künstlerischer Freiheit bewegt, schon nicht als Werkmangel ansehen können<sup>49</sup>, auch wenn sie sich mit den Erwartungen des Auftraggebers nicht deckt, und selbst bei objektiven Fehlern, etwa falschen Tönen eines Musikers, meist von einem konkludenten Gewährleistungsausschluss ausgehen können. 33

Der geschuldete Erfolg beim Aufführungsvertrag ist die Darbietung des entsprechenden Werkes, das nicht durch ein anderes Werk ersetzt werden kann. Wenn der Künstler nicht mehr zur Verfügung steht, etwa wegen Krankheit oder Tod, wird in der Regel Unmöglichkeit vorliegen, es sei denn, die Person des Künstlers ist unerheblich oder ein Mitglied einer Künstlergruppe kann durch ein anderes ersetzt werden<sup>50</sup>. 34

### 6. Auskunftsvertrag.

**Schrifttum:** Schnauder, Auskunfts- und Beratungsvertrag beim Vertrieb von Kapitalanlagen, JZ 2013, 120; Schmitt, Beraterhaftung für Insolvenzverschleppungsschäden, 2017; Schrems, Die Haftung des Kunstexperten, 2017; Artz/Harke, EU-Übereinstimmungsbescheinigung als Auskunfts- und Garantievertrag, NJW 2017, 3409; Leyens, Expertenhaftung: Ersatz von Vermögensschäden im Dreipersonenverhältnis nach Bürgerlichem Recht, JuS 2018, 217.

Ein Vertrag, der auf die Erteilung einer Auskunft gerichtet ist, ist in der Regel ein Werkvertrag, da die Beschaffung einer konkreten Information ein durch Dienstleistung herbeizuführender Erfolg ist<sup>51</sup>. Demnach ist insbesondere der Auskunftsvertrag über Wirtschaftsauskünfte mit einer Auskunft als Werkvertrag anzusehen<sup>52</sup>. Ein Auskunftsvertrag wird häufig auch konkludent abgeschlossen, wenn eine Partei in besonderem Umfang Vertrauen oder Sachkunde für sich in Anspruch nimmt und die andere Partei erkennbar darauf vertraut<sup>53</sup>. Der Umfang der geschuldeten Auskunft ergibt sich aus der Auslegung des Vertrags im Einzelfalle<sup>54</sup>. 35

Anders kann es sich bei einer länger andauernden Geschäftsbeziehung verhalten, die auf laufende Versorgung mit Informationen gerichtet ist. Diese ist eher als Dienstvertrag mit Geschäftsbezugsscharakter einzuordnen<sup>55</sup>. 36

45 BT-Drucks 17/10488, S 17.

46 München, 26.05.2004, 7 U 3802/02, NJW-RR 2005, 616 (Orchestermusik); Karlsruhe, 16.05.1990, 1 U 307/89, NJW-RR 1991, 1245 (Quartett); LG Berlin, 17.11.2015, 27 O 238/15, juris (Sängerin).

47 AG Ludwigslust, 14.10.2003, 3 C 473/03, NJW 2005, 610 (Duo spielt deutsche und englische Oldies); zustimmend Zumpf ZUM 2016, 393, 394 f.

48 Vgl neben dem vorgenannten Urt d AG Ludwigslust auch AG Soest, 23.06.1995, 3 C 329/95, NJW 1996, 1144.

49 Vgl auch MünchKomm/Busche § 631 Rz 130.

50 München, 26.05.2004, 7 U 3802/02, NJW-RR 2005, 616 (Dirigent).

51 Erman/Schwenker/Rodemann Rz 24.

52 RG, 14.12.1926, RGZ 115, 122, 125.

53 Vgl zB Düsseldorf, 06.10.2015, I-21 U 70/15, BeckRS 2016, 12278 Rz 21; Hamm, 07.05.2019, 34 U 75/18, BeckRS 2019, 39019 Rz 111.

54 BGH, 17.09.2015, I ZR 47/14, GRUR 2016, 526.

55 BeckOGK/Merkle, § 631 Rz 316.

## 7. Autorenvertrag.

**Schrifttum:** Schricker, Verlagsrecht, 2001<sup>3</sup>; Delp, Der Verlagsvertrag, 2008<sup>8</sup>; Wegner/Wallenfels/Kaboth/Haupt, Recht im Verlag, 2011<sup>2</sup>.

- 37 Ein Vertrag mit einem Autor über die Erstellung von Texten (Zeitungsbeitrag, Buch) oder anderen Medieninhalten (Hörfunkbeitrag, Film) ist ein Werkvertrag, da er auf einen konkreten Arbeitserfolg gerichtet ist<sup>56</sup>. Dementsprechend besteht regelmäßig ein freies Kündigungsrecht gemäß § 648<sup>57</sup>. Auch dann, wenn als „Autor“ der Medieninhalte eine Gesellschaft operiert, etwa bei der Herstellung von Filmen, handelt es sich um einen Werkvertrag<sup>58</sup>.
- 38 Vom Autorenvertrag sind der Verlagsvertrag und der Bestellvertrag zu unterscheiden (unten Nr 23).

## 8. Beförderungsvertrag.

**Schrifttum:** Basedow, Der Transportvertrag, 1987; Tonner, Der Luftbeförderungsvertrag zwischen europäischer und globaler Regulierung, NJW 2006, 1854; Schmid/Puscharski, Die Abrechnung beim Luftbeförderungsvertrag nach Kündigung durch den Fluggast, NJW 2018, 65; Klocke/Matschiner, Die Widerrufbarkeit von Verträgen über den Erwerb einer Bahncard, VuR 2019, 99.

- 39 Ein Vertrag über die Beförderung von Personen oder Sachen ist als Werkvertrag zu qualifizieren<sup>59</sup>. Geschuldet ist nämlich die Ortsveränderung als Werkerfolg. Die §§ 631 ff gelten allerdings meist nur subsidiär, da bei gewerblichen Beförderungsverträgen die besonderen Vorschriften des Handelsrechts zu beachten sind, also insbesondere der Frachtvertrag (HGB §§ 407 ff), der Speditionsvertrag (HGB §§ 453 ff) und der Personenbeförderungsvertrag (HGB §§ 536 ff). Die Rechte von Fahrgästen bei Personenbeförderung sind außerdem durch Europarecht determiniert, vor allem durch die Fluggastrechte-VO (Nr 261/2004) und die Fahrgastrechte-VO im Eisenbahnverkehr (Nr 1371/2007). Entsprechend diesen Regelungen wurden auch Verordnungen für die Rechte von Fahrgästen im Schiffsverkehr (Nr 117/2010) und im Busverkehr (Nr 181/2011) erlassen.
- 40 Das allgemeine Werkvertragsrecht hat etwa für die Frage nach der **Kündigung** des Beförderungsvertrags Relevanz. So besteht grundsätzlich ein freies Kündigungsrecht nach § 648, doch kann dieses bei entsprechenden Interessen der Vertragsparteien durch AGB eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden<sup>60</sup>. Dadurch werden gezahlte Beförderungsentgelte nicht „stornierbar“.
- 41 Bei einem Beförderungsvertrag bedient sich der Unternehmer in der Regel einer Reihe von Hilfspersonen, für deren Verschulden er dann gemäß § 278 einzustehen hat<sup>61</sup>.

## 9. Bestattungsvertrag.

**Schrifttum:** Widmann, Der Bestattungsvertrag: im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht; mit zahlreichen rechtsvergleichenden Hinweisen auf weitere europäische und außereuropäische Rechtsordnungen, 2015<sup>6</sup>; Kurze/Goertz, Bestattungsrecht in der Praxis, 2016<sup>2</sup>; Janda, Bestattungsvorsorgeverträge: Praktische Bedeutung, rechtliche Konsequenzen, GewArch Beilage WiVerw Nr 01/2018, 36.

- 42 Der Bestattungsvertrag umfasst in der Regel eine Gesamtheit von Leistungen, zu denen auch kaufvertragliche Elemente wie die Beschaffung des Sarges gehören. Insgesamt überwiegt jedoch das werkvertragliche Element, also die Überführung und Beerdigung des Leichnams, sodass der Vertrag als einheitlicher Werkvertrag anzusehen ist<sup>62</sup>. Der Besteller hat also beispielsweise das Recht zur freien Kündigung (§ 648)<sup>63</sup>.

## 10. Facility Management-Vertrag.

**Schrifttum:** Hellerforth, Handbuch Facility Management für Immobilienunternehmen, 2006 (daraus v.a. 5.2); Najork, Der Facility Management-Vertrag, NJW 2006, 2881; Schweiger, Die Obergrenze von Malusregelungen in FM-Verträgen, NZBau 2013, 548.

- 43 Ein Facility Management-Vertrag ist ein längerfristig abgeschlossener Vertrag über die Pflege eines Gebäudes, insbesondere den Betrieb und die etwaige Instandsetzung sämtlicher technischer Anlagen des Gebäudes. Es handelt sich damit um ein Dauerschuldverhältnis, das in seinem

56 Naumburg, 08.05.2008, 2 U 9/08, NJW 2009, 779; MünchKomm/Busche § 631 Rz 132; offen BGH, 11.01.1983, VI ZR 234/81, NJW 1983, 1189.

57 Vgl Naumburg, vorige Fn. 56.

58 LG Frankfurt (Oder), 18.05.2017, 31 O 65/13, BeckRS 2017, 113806.

59 BGH, 16.02.2016, X ZR 97/14, NJW 2016, 2404 Rz 14 mwN; sa BGH, 15.05.2018, X ZR 79/17, NJW 2018, 2954 Rz 8; Staud/Peters Rz 77.

60 BGH, 20.03.2018, X ZR 25/17, NJW 2018, 2039.

61 BGH, 17.01.2012, X ZR 59/11, NJW 2012, 1083 (Eisenbahnverkehrsunternehmen und Bahnhof).

62 AG Berlin-Spandau, 09.03.2020, 6 C 568/19, BeckRS 2020, 7178 Rz 7; BeckOGK/Merkle § 631 Rz 323.

63 AG Berlin-Spandau, vorige Fn. 62.



Schwerpunkt ein Dienstvertrag ist<sup>64</sup>. Nur in einzelner Hinsicht, nämlich in Bezug auf die Reparatur von Mängeln an den technischen Anlagen, hat dieser Vertrag auch werkvertragliche Elemente. Insoweit ist nach der Kombinationslehre Werkvertragsrecht anwendbar<sup>65</sup>. Meistens werden aber ohnehin umfangreiche Vertragswerke abgeschlossen, welche die Rechte und Pflichten der Parteien abschließend regeln.

Im Gegensatz zum (umfassenderen) Facility Management-Vertrag hat der Wartungsvertrag 44 (unten Nr 24) nur die Erhaltung der Funktionstüchtigkeit einer technischen Anlage für den entsprechenden Zeitabschnitt zum Gegenstand, nicht aber die fortwährende Serviceleistung<sup>66</sup>.

### 11. Forschungs- und Entwicklungsvertrag.

**Schrifttum:** Möffert, Der Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2008<sup>3</sup>; Winzer, Forschungs- und Entwicklungsverträge – Ein Vertragshandbuch, 2011<sup>2</sup>; Lieb/Hans, Forschungs- und Entwicklungsverträge – „The Great Game of Powers“, GWR 2016, 329; Weitnauer, Innovations-Partnering, Praktische Herausforderungen und rechtliche Gestaltungsformen gemeinsamer Forschungs- und Entwicklungsprojekte, GWR 2019, 173.

Ein Vertrag über Forschungs- und Entwicklungsleistungen kann Dienst- oder Werkvertrag 45 sein<sup>67</sup>. Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis lässt sich hier nicht feststellen. Es kommt entscheidend darauf an, ob ein bestimmter inhaltlicher Erkenntnisgewinn geschuldet ist oder bloß die Forschungstätigkeit als solche unabhängig vom dabei erzielten Resultat. Dafür sind die Vereinbarungen und die Interessenlage der Parteien im Einzelfall entscheidend. Bei der Auslegung ist allerdings zu berücksichtigen, dass eine Übernahme des Erfolgsrisikos durch den Unternehmer umso ferner liegt, je größer die mit der Forschungstätigkeit erkennbar verbundenen Unwägbarkeiten sind<sup>68</sup>.

Forschungs- und Entwicklungsverträge können auch als Kooperationsverträge angelegt sein<sup>69</sup>. 46 In diesem Fall führt nicht eine Partei für eine andere eine Dienstleistung aus, sondern beide Parteien wirken bei der Forschung oder Entwicklung zusammen und bringen ihr jeweiliges Know-how mit ein. Dann dürfte in der Regel ein Gesellschaftsvertrag vorliegen.

### 12. Gutachtenvertrag.

**Schrifttum:** Ulrich/Ulrich, Die Sachverständigen und ihr Honorar, 2018; Hille, Die Haftung des Sachverständigen nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, DS 2018, 295.

Ein Vertrag über die Erstattung eines Gutachtens ist ein Werkvertrag<sup>70</sup>. Dies trifft sowohl dann 47 zu, wenn der Gutachter über eine Sachfrage befinden soll (zB die Mängel eines Bauwerks oder den Umfang eines eingetretenen Schadens), als auch, wenn er als Rechtsgutachter tätig wird. Der Gutachter haftet nach den allgemeinen Vorschriften für die Richtigkeit seines Gutachtens (§§ 633 ff). Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass der Gutachter auch den Sachverhalt (bzw beim Rechtsgutachten die Rechtslage) selbst ermitteln muss und sich nicht lediglich auf Angaben des Auftraggebers verlassen darf<sup>71</sup>.

Wird ein Gutachter als gerichtlicher Sachverständiger durch das **Gericht** bestellt, entsteht kein 48 privatrechtlicher Vertrag, sondern ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis. Die Haftung des Sachverständigen bemisst sich dann nur nach § 839a.

Wird ein Gutachter von einem **Schiedsgericht** bestellt, handelt es sich dagegen um einen 49 privatrechtlichen Werkvertrag. Dieser kommt mit den Schiedsparteien zustande, da diese die Schiedsrichter konkludent zum Abschluss von Gutachtenverträgen bevollmächtigt haben<sup>72</sup>. Die Haftung bestimmt sich dann nach den allgemeinen Vorschriften, wobei die Rechtsprechung eine konkludente Haftungsbeschränkung befürwortet<sup>73</sup>.

Der Vertrag mit einem **Schiedsgutachter** ist – ähnlich wie auch der Vertrag mit einem Schieds- 50 richter – kein Werkvertrag, sondern eine Sonderform des Dienstvertrags<sup>74</sup>.

### 13. Internet-Provider-Verträge.

**Schrifttum:** Fritzemeyer, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; Redeker, IT-Recht, 2020<sup>7</sup>.

64 Vgl auch Staud/Peters Rz 35 (Geschäftsbesorgung).

65 Najork, NJW 2006, 2881, 2882 f.

66 BeckOK/Voit § 631 Rz 44.

67 Erman/Schwenker/Rodemann Rz 24.

68 BGH, 16.07.2002, X ZR 27/01, NJW 2002, 3323, 3324; MünchKomm/Busche § 631 Rz 148.

69 Bsp: BGH, 05.04.2016, X ZR 8/13, GRUR 2016, 745.

70 BGH, 04.04.2006, X ZR 122/05, NJW 2006, 2475.

71 Staud/Peters Rz 36.

72 BGH, 19.11.1964, VII ZR 8/63, NJW 1965, 298; Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S 171.

73 BGH, 19.11.1964, VII ZR 8/63, NJW 1965, 298; aA MünchKomm/Wagner § 839a Rz 13; MünchKomm/Busche § 631 Rz 153.

74 Näher Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S 115-120, 309.

- 51 Unter dem Oberbegriff der Internet-Provider-Verträge wird eine Vielzahl verschiedener Verträge zusammengefasst, die Dienstleistungen zur Nutzung des Internet betreffen<sup>75</sup>. Ob es sich dabei um Dienst- oder Werkverträge handelt, ist im Einzelfall zu ermitteln.
- 52 Um einen Werkvertrag handelt es sich insbesondere bei den häufigen Verträgen über die Erstellung und Betreuung einer Webpräsenz. Wer für einen anderen die Erstellung eines Internetauftritts übernimmt (Webdesign), verspricht – ähnlich wie ein Autor (oben Nr 7) – einen konkreten Gestaltungserfolg. Auch die Beschaffung und Registrierung einer Internetdomain ist ein Werkerfolg. Die Betreuung einer Webpräsenz hat die Abrufbarkeit für Internetnutzer zum Gegenstand und ist daher ebenfalls als Werkvertrag einzuordnen<sup>76</sup>. Wenn der Dienstleister nur den Speicherplatz für die Website zur Verfügung stellt (Web-Hosting), kann ebenfalls ein Werkvertrag vorliegen, da es auch hier auf die Abrufbarkeit ankommt<sup>77</sup>.
- 53 Anders verhält es sich bei einem reinen Access-Provider. Dieser schuldet nur die Bereithaltung eines Anschlusses und sein sachgerechtes Bemühen um die Herstellung der Verbindung in das Internet, sodass ein Dienstvertrag vorliegt. Auch die Nutzung von Software über das Internet (Application-Service-Providing) ist kein Werkvertrag, sondern ein Mietvertrag<sup>78</sup>.

#### 14. Montagevertrag.

**Schrifttum:** Schneidewindt, Erwerb und Installation einer Photovoltaik-Dachanlage: Kauf- oder Werkvertrag?, NJW 2013, 3751.

- 54 Ein Vertrag, der nur die Montage bzw Installation einer Sache umfasst, ist zweifellos ein Werkvertrag. Häufig liefert der Monteur aber auch die zu installierende Sache, sodass die Abgrenzung zum Kauf- und Werklieferungsvertrag von Bedeutung ist. Aus § 434 Abs 2 Satz 1 folgt, dass ein einheitlicher Kaufvertrag vorliegt, wenn die Montage nur eine Nebenleistung des Verkäufers ist. Je nach den Umständen, insbesondere bei Einbau in einem Gebäude, kann man hier aber auch zu anderen Ergebnissen kommen. Ausschlaggebend dafür ist auch der jeweilige Umfang, den die Montageleistung im Vergleich zur Lieferung hat<sup>79</sup>. Ein Werkvertrag wird anzunehmen sein, wenn es hauptsächlich um die Anpassung an die konkreten örtlichen Gegebenheiten geht<sup>80</sup>.

#### 15. Partnervermittlungsvertrag.

**Schrifttum:** Peters, Die Partnerschaftsvermittlung im deutschen und schweizerischen Privatrecht, 2019; Meyer, Auf der Abschlusliste: Der Heiratsmakler im BGB, ZfPW 2019, 488, Peters, Der Online-Partnervermittlungsvertrag, JuS 2021, 104.

- 55 Der Partnervermittlungsvertrag ist in der Regel auf ein bloßes Tätigwerden des Vermittlers angelegt und damit ein Dienstvertrag<sup>81</sup>. Allerdings kann es sich auch um einen Werkvertrag handeln, etwa wenn die Bereitstellung eines oder mehrerer konkreter Partnervorschläge als wesentlicher Leistungsumfang geschuldet ist<sup>82</sup>. In jedem Falle zu beachten ist die entsprechende Anwendbarkeit des § 656<sup>83</sup>.

#### 16. Projektsteuerungsvertrag.

**Schrifttum:** Eschenbruch, Recht der Projektsteuerung, 2003<sup>2</sup>; Zöpfl, Rechtsnatur und Rechtsprobleme des Projektsteuerungsvertrages, 2003; Eschenbruch, Projektmanagement und Projektsteuerung für die Immobilien- und Bauwirtschaft, 2015<sup>4</sup>; Eschenbruch/Bodden, Der Value-Engineering-Vertrag, NZBau 2015, 587; Pauly, Der Projektsteuerungsvertrag – Grundlegendes und Aktuelles, BauR 2020, 1240.

- 56 Ein Projektsteuerungsvertrag wird bei umfangreichen Bauwerken geschlossen, die aus einer komplexen Gesamtheit verschiedener Teilprojekte bestehen. In solchen Fällen hat der Bauherr häufig nicht genügend eigene Kapazitäten für die Planung und Organisation. Der Projektsteuerer koordiniert dann die verschiedenen am Projekt Beteiligten mit dem Ziel, einen planmäßigen Ablauf zu gewährleisten und Reibungsverluste zu verhindern. Infolge dieses weitgehend tätigkeitsbezogenen Aufgabenspektrums handelt es sich bei einem Projektsteuerungsvertrag in der Regel

75 Zusammenfassung bei BGH, 04.03.2010, III ZR 79/09, NJW 2010, 1449 Rz 16 ff.

76 BGH, 04.03.2010, III ZR 79/09, NJW 2010, 1449 Rz 20-22; BGH, 27.01.2011, VII ZR 133/10, NJW 2011, 915; BeckOK/Voit § 631 Rz 37.

77 Düsseldorf, 26.02.2003, 18 U 192/02, MMR 2003, 474.

78 Näher BGH, 04.03.2010, III ZR 79/09, NJW 2010, 1449 Rz 18 f.

79 Erman/Schwenker/Rodemann Rz 24; Münch-Komm/Busche § 631 Rz 156.

80 Vgl etwa BGH, 30.08.2018, VII ZR 243/17, NJW

2018, 3380 Rz 24 ff; sa BGH, 10.01.2019, VII ZR 184/17, NJW 2019, 1593; BGH, 02.06.2016, VII ZR 348/13, NJW 2016, 2876; Düsseldorf, 21.03.2018, 27 U 14/16, juris.

81 Nürnberg, 13.06.2018, 12 U 1919/16, NJW-RR 2018, 1390 Rz 69; Dresden, 19.08.2014, 14 U 603/14, juris.

82 Bamberg, 21.11.1983, U 91/81, NJW 1984, 1466; Staud/Peters, Rz 73 f; aA wohl BeckOK/Voit § 631 Rz 38; MünchKomm/Busche § 631 Rz 158 in Fn 442.

83 BGH, 11.07.1990, IV ZR 160/89, NJW 1990, 2550.