

1. Kapitel: Die Typisierung des Vertrages über die Herstellung, Lieferung und Montage von Baustoffen und Bauteilen

I. Überblick

Gibt es bei der Durchführung eines Vertrages, in dem die Herstellung, Lieferung und evtl. die Montage von Baustoffen eine Rolle spielt, Probleme, treten insbesondere Mängel auf, stellt sich die Frage, welcher Vertragstypus vorliegt, da das Gesetz die unterschiedlichen Vertragstypen unterschiedlich regelt. In der Regel geht es darum, ob der abgeschlossene Vertrag ein Werk- oder Kaufvertrag ist: Beim Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, das **Eigentum** an der Kaufsache **zu übertragen**, wohingegen der Werkunternehmer sich durch Abschluss eines Werkvertrages verpflichtet, das geschuldete **Werk herzustellen**. 8

Die **Mängelrechte** im Kauf- und Werkvertragsrecht wurden zwar aneinander angeglichen, aber es bestehen nach wie vor gewichtige Abweichungen: 9

Während der Besteller der Werkleistung bei Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Unternehmer ein **Selbstvornahmerecht** und entsprechende Kostenerstattungs- bzw. Vorschussansprüche hat, § 637 Abs. 1, 3 BGB, fehlen solche Ansprüche des Käufers. Der Käufer hat ein **Wahlrecht**, ob er im Rahmen der Nacherfüllung Neulieferung oder Nachbesserung verlangt (§ 439 Abs. 1 BGB), im Werkvertragsrecht ist es der Unternehmer, der die Form der Nacherfüllung bestimmen darf (§ 635 Abs. 1 BGB). Schließlich existieren im Kaufrecht die besonderen **Verbraucherschutzvorschriften** der §§ 474 ff. BGB. Für den Werkvertrag wird häufig die **VOB/B** vereinbart, die abermalige Änderungen mit sich bringt, und zwar nicht nur im Vergleich zum Kaufrecht, sondern auch im Vergleich zum BGB-Werkvertragsrecht. Nicht zuletzt ist auch der **Begriff des Sachmangels** im Kauf- und Werkvertragsrecht unterschiedlich. Dieser ist im Kaufrecht dahingehend erweitert worden, dass der Verkäufer nun auch für öffentliche Äußerungen des Herstellers (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB) sowie für die Lieferung einer mangelhaften Montageanleitung (§ 434 Abs. 2 Satz 2 BGB) einzustehen hat. 10

Nicht alle Verträge im Zusammenhang mit Baustoffen und Bauteilen sind schwierig einzuordnen: 11

- Der Vertrag eines Stuckateurmeisters über 20 kg Gips aus dem Lager des Herstellers ist ein Kaufvertrag.
- Gleiches gilt für die Bestellung von bereits fertigen Kalksandsteinen eines Bauherrn beim Baustoffhändler.
- Der Vertrag eines Bauherrn mit einem Maurer, den Rohbau eines Hauses zu erstellen, ist reiner Werkvertrag, auch wenn der Maurer zu diesem Zwecke die vereinbarten Porotonsteine bestellen muss. Den Bauherrn interessiert hier ausschließlich die fertige Werkleistung. Der Werkunternehmer selbst muss entscheiden, welche Stoffe er für die Vertragserfüllung benötigt.

Schwierigkeiten bestehen immer dann, wenn kauf- und werkvertragliche Elemente zusammenfallen: Ein Vertrag über die Herstellung und Lieferung von beweglichen Sachen wird gem. § 651 BGB dem Kaufrecht unterworfen, obwohl die Herstellung eine typische werkvertragliche Pflicht ist. Geht es um die Herstellung **nicht vertretbarer** Sachen, finden nach § 651 Satz 3 BGB auch eine Reihe werkvertraglicher Vorschriften Anwendung. Der Anwendungs- 12

bereich des § 651 BGB auf Baustoffe ist aber schon im Kern problematisch, **denn Baustoffe sind bewegliche Sachen, die unbeweglich werden.** Nach umstrittener Auffassung¹ ist § 651 BGB daher auf einen Vertrag über die Herstellung von Baustoffen nicht anzuwenden. Auch ohne Herstellungspflicht des Verkäufers ergibt sich eine werk- und kaufrechtliche Gemengelage:

Hat der Verkäufer die Kaufsache auch zu montieren, liegt trotz § 434 Abs. 2 BGB ein Werkvertrag vor, wenn der Montagepflicht des Verkäufers stärkeres Gewicht zukommt als der Übereignungspflicht. Diese Gewichtung ist auch nach neuem Schuldrecht schwierig und wertungsabhängig.

Schließlich kommen auch Verträge vor, die sowohl eine Herstellungspflicht als auch eine Montageverpflichtung zum Gegenstand haben: Der Auftragnehmer hat Bauteile, z. B. Fenster, herzustellen, zu liefern und einzubauen.

- 13** Nachfolgend sollen die verschiedenen in Frage kommenden Sachverhaltskonstellationen untersucht und vertragsrechtlich eingeordnet werden. Zur Orientierung dient die nachfolgende Übersicht.

Zeile	Herstellung	Lieferung	Montage	Anzuwendende Vorschriften	Beispiele
1	Ja	Ja	Nein	– §§ 651, 433 ff. BGB	Ein Bauherr bestellt Keramikfliesen im Werk des Herstellers, die, wie beide Parteien wissen, noch angefertigt werden müssen.
				– Bei nicht vertretbaren Sachen zusätzlich § 651 Satz 3 i. V. m. §§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB	Ein Bauherr lässt sich speziell für sein Bauvorhaben zugeschnittene Fassadenplatten aus Carraramarmor herstellen.
2	Ja	Ja	Ja	– §§ 651, 433 BGB, wenn Eigentumsverschaffung im Vordergrund steht	Ein Bauträger bestellt für seine Bauträgermaßnahme sämtliche Innentüren bei einem Baustoffhändler und lässt diese auch gleich montieren.
				– Bei nicht vertretbaren Sachen zusätzlich § 651 Satz 3 i. V. m. §§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB	Ein Bauherr lässt die eigens für ihn hergestellten bleiverglasten Innentüren auch gleich montieren.
				– §§ 631 ff. BGB, wenn eine Werkschöpfung im Vordergrund steht	Ein Betonzulieferer stellt Beton bestimmter Rezeptur für ein Rohbauunternehmen her, liefert den Beton an die Baustelle und verfüllt ihn sofort in die Schalung.
3	Ja	Nein	Ja	In der Montage liegt zugleich die Lieferung, es gilt Zeile 2	Ein Bauherr lässt die eigens für ihn hergestellten bleiverglasten Innentüren auch sofort montieren.
4	Nein	Ja	Ja	– §§ 433 ff. BGB, wenn die Eigentumsverschaffung im Vordergrund steht	Ein Installateur liefert für ein Bestandsgebäude einen Heizkörper und schließt diesen auch sofort an.
				– §§ 631 ff. BGB, wenn eine Werkschöpfung im Vordergrund steht	Ein Installateur legt sämtliche Leitungen für Elektro-, Wasser- und Abwasserleitungen und installiert die entsprechenden elektronischen Geräte dazu.

Legende: Ja = Geschuldete Vertragspflicht Nein = Nicht geschuldete Vertragspflicht

¹ Schudnagies NJW 2002, 396, 398; Mankowski MDR 2003, 854, 856; Voit BauR 2002, 145, 146.

II. Die Typisierung des Vertrages über die Herstellung und Lieferung von Baustoffen und Bauteilen (ohne Montage)

Zunächst geht es um den Vertrag über die Herstellung und Lieferung von Baustoffen, also etwa den Fall, dass ein Fassadenbauer speziell zuzuschneidende Natursteinplatten bei einem Lieferanten bestellt, ein Bauherr bei einem Schreiner Fenster für sein Eigenheim anfertigen lässt oder ein Baustoffhändler für einen bestimmten Kunden Mörtel einer bestimmten Zusammensetzung beim Hersteller in Auftrag gibt. Für die Frage, um welche Typen es sich bei diesen Verträgen handelt, ist zunächst § 651 BGB zentrale Prüfungsvorschrift: 14

„¹Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.“ 15

²§ 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. 16

³Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.“ 17

Soweit der Anwendungsbereich dieser Norm eröffnet ist, ist auf den zu beurteilenden Vertrag also **Kaufrecht** anzuwenden, es wird auf die §§ 433 ff. BGB verwiesen. Besonderheiten gelten für die Herstellung nicht vertretbarer Sachen. Nach § 651 Satz 3 BGB sind in diesem Fall **zusätzlich** werkvertragliche Vorschriften anzuwenden. § 651 Satz 2 BGB betrifft einen Sonderfall der Mängelhaftung. Ist § 651 BGB nicht einschlägig, gelten die allgemeinen werk- und kaufvertraglichen Abgrenzungskriterien, auf die noch einzugehen sein wird. 18

Ob bei den hier zu beurteilenden Baustoffverträgen die Abgrenzungsnorm des § 651 BGB einschlägig ist, hängt, je nach Sachverhaltskonstellation, davon ab, 19

- ob Baustoffe überhaupt bewegliche Sachen im Sinne des § 651 BGB sind (dazu Rn. 20 ff.),
- ob die Herstellungsverpflichtung Vertragsgegenstand ist (dazu Rn. 30 ff.),
- ob die hergestellte Sache geliefert werden muss (dazu Rn. 43 ff.).

1. Baustoffe als bewegliche Sachen/Beweglichkeit trotz Zweckrichtung Einbau

§ 651 BGB findet nur Anwendung, wenn es um die Herstellung **beweglicher** Sachen geht. Das ist für Baustoffe unproblematisch, da diese beweglich sind.² 20

Dennoch hat die Literatur³ hier Zweifel: Die beweglichen Baustoffe werden nach dem Vertragszweck bzw. der Kenntnis des den Baustoff oder das Bauteil fertigenden Unternehmens in ein Bauwerk eingebaut und werden somit regelmäßig gem. § 94 BGB **unbeweglich**. Das soll dafür sprechen, § 651 BGB nicht 21

² So jetzt ausdrücklich: BGH NJW 2009, 2877 = WM 2009, 1901 = BauR 2009, 1581 = ZfIR 2009, 813 mit Anm. Schwenker ZfBR 2009, 735; Thode jurisPR – PrivBauR 11/2009 Anm. 1; Krug jurisPR – BGH ZivilR 18/2009 Anm. 3; Rudolph BauR 2009, 1806; Gay ZfIR 2009, 816.

³ Schudnagies NJW 2002, 396, 398; Mankowski MDR 2003, 854, 856; Voit BauR 2002, 145, 146.

anzuwenden, denn die Rechtsprechung zum alten Schuldrecht habe derlei Verträge dem Werkvertragsrecht zugeordnet.⁴

- 22** Diese Literaturmeinung übersieht allerdings, dass die in den angeführten Urteilen enthaltenen Argumente für den hier aufgeworfenen Problembereich belanglos sind. Der BGH hatte nämlich seinerzeit nicht Kaufrecht und Werkvertragsrecht voneinander abzugrenzen, wie es die Aufgabe des § 651 BGB ist, sondern er hatte stets darüber zu entscheiden, ob es sich bei den Leistungen, die zweifelsohne als Werkleistungen einzuordnen waren, um **Arbeiten an einem Bauwerk** im Sinne des § 638 Satz 1, letzte Alternative BGB a.F. handelte oder um **sonstige Werkleistungen**.⁵
- 23** Z. B. hatte der BGH zu entscheiden, ob es sich um Bauleistungen, die der langen Gewährleistungsfrist von 5 Jahren gem. § 638 BGB a.F. unterliegen, handelt, wenn ein Subunternehmer Gegenstände, die für ein bestimmtes Bauwerk verwendet werden sollen, zuvor von einem weiteren Subunternehmer bearbeiten lässt und der weitere Subunternehmer die Zweckbestimmung seiner Leistung kennt.⁶ Die vorzunehmende Beschichtungsleistung war Werkleistung, weil sie an vom Auftraggeber gelieferten Behältern vorzunehmen war, die Voraussetzungen des § 651 BGB a.F. also nicht vorlagen. Der BGH hat das Vorliegen einer **Bauleistung** bejaht, weil dem Schutzgedanken des Gesetzgebers, für Leistungen an Bauwerken eine fünfjährige Gewährleistungsfrist zuzulassen, Rechnung getragen werden müsse.⁷ Maßgebliches Abgrenzungskriterium war die Frage, ob der Bauherr durch Zubilligung einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist geschützt werden musste, weil es sich um Arbeiten handelte, die aufwändig und kostspielig waren und die ihrer Natur nach Mängel erst Jahre nach ihrer Ausführung sichtbar werden ließen.
- 24** In *NJW 1980, 2081* hatte der BGH allerdings im Rahmen des damaligen § 651 BGB a.F. zu entscheiden, ob es sich bei der Lieferung von Fußbodenplatten, die speziell für ein Flughafengebäude in Nigeria anzufertigen waren, um einen **Lieferungskauf** oder ein **Lieferungswerk** handelte. Zu diesem Zwecke musste der BGH aber gemäß der damaligen Vorschrift differenzieren, ob die speziell angefertigten Bodenplatten vertretbare oder unvertretbare Sachen waren und kam zu dem Ergebnis, dass es sich um nicht vertretbare Sachen handelte. Auch hier spielte die Unbeweglichkeit also keine Rolle.
- 25** Die erforderliche Unterscheidung zwischen der Abgrenzung kaufrechtlicher Regelungen/werkvertraglicher Regelungen einerseits und Werkleistungen/Bauwerkleistungen andererseits werden in *BGHZ 99, 160* ganz besonders deutlich. Dort hatte der BGH zu entscheiden, ob die Errichtung einer Papierentsorgungsanlage in einem Verwaltungsgebäude nach § 651 a.F. BGB werkvertragsrechtlichen Regelungen oder kaufvertragsrechtlichen Regelungen unterlag, was eine Frage der Vertretbarkeit der Anlage war. Für den Fall, dass werkvertragsrechtliche Regelungen Anwendung gefunden hätten, wäre weiter zu prüfen, ob Arbeiten an einem Bauwerk vorgelegen hätten oder sonstige Werkleistungen. Der BGH kam zu dem Schluss, dass Werkvertragsrecht Anwendung finde, da es sich um eine unvertretbare Sache handele. Wegen der festen Verbindung und den üblichen Zweckmäßigkeitserwägungen („Die

⁴ Beispielhaft wird angeführt: BGH NJW 1979, 2202; BGH MDR 1980, 305; BGH MDR 1980, 748; BGHZ 83, 197; BGHZ 99, 160; BGHZ 117, 121; BGH MDR 1999, 737; BGH BauR 1990, 603.

⁵ Vgl. Gay ZfR 2009, 816.

⁶ BGH BB 1990, 1374 ff. = ZfBR 1990, 2222 = WM 1990, 1625 = NJW-RR 1990, 1108 = BauR 1990, 603.

⁷ Zustimmend: von Craushaar BauR 1980, 112 ff.

Einordnung der Leistung der Beklagten als Bauwerksleistung ist auch allein sachgerecht.“) hat er die Anlage außerdem als Arbeit an einem Bauwerk angesehen.

Die genannte Literaturmeinung⁸ erläutert, der BGH habe als Kriterium für die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht darauf abgestellt, ob neben der Lieferung der Sache „die Montage zur Errichtung oder Sanierung eines Bauwerks“ vorgesehen sei. „Die vom Unternehmer neben der Lieferung geschuldete Funktionsgerechtigkeit der Sache für ein spezielles Bauwerk ist das maßgebliche Kriterium für die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts. Diese Zweckbestimmung unterscheidet diesen Vertragstyp von den übrigen Verträgen über die Lieferung und Montage einer beweglichen Sache“.⁹ Systematisch ist das kaum haltbar und findet in den Urteilsbegründungen auch keine Stütze. So kann es für die Frage, ob es sich bei dem Vertrag über die Eloxierung von Fenstern um einen Kauf- oder Werkvertrag handelt, nicht darauf ankommen, ob, wie der Unternehmer weiß, das eloxierte Fenster später in ein Bauwerk oder einen Wohnwagen eingebaut werden soll. Der Vertrag über die Eloxierung von vom Auftraggeber gelieferten Fenstern, der vom BGH¹⁰ als Werkvertrag eingestuft wurde, ist deshalb nach altem Recht als Werkvertrag anzusehen, weil das zum Eloxieren erforderliche Material nur Zutat im Sinne des § 651 Abs. 2 BGB a.F. sein dürfte und der Besteller Eigentum gem. § 950 BGB erworben haben dürfte.¹¹ Erst in einem zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, ob die als Werkleistungen einzustufenden Arbeiten solche „bei Bauwerken“ sind, was der BGH ebenfalls bejahte.

In BGH NJW 2002, 2100 hat der BGH nur deshalb die Bauwerksbezogenheit des zu liefernden Getriebegenerators geprüft, weil das Berufungsgericht es unterlassen hatte, die an sich vorrangige Frage, ob es sich bei dem Generator um eine unvertretbare Sache handele und daher Werkvertragsrecht anzuwenden sei (§ 651 BGB a.F.), zu beantworten. Um hier nicht in die tatrichterliche Instanz zurückverweisen zu müssen, unterstellte der BGH zugunsten des Beklagten die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts, verneinte aber die Bauwerksbezogenheit.

Auf die Frage der **Unbeweglichkeit** kommt es in der Rechtsprechung aber auch bei der Abgrenzung einer Bauleistung von einer normalen Werkleistung nicht an¹² und dies hat auch Sinn: § 638 BGB a.F. sah unterschiedliche Gewährleistungsfristen für Arbeiten an einem Grundstück einerseits (Gewährleistungsfrist 1 Jahr) und Arbeiten an einem Bauwerk andererseits (Gewährleistungsfrist 5 Jahre) vor, obwohl es sich zweifelsohne in beiden Fällen um Arbeiten an Immobilien handelt. Die Unterscheidung zwischen beiden hat die Rechtsprechung nun wiederum ausschließlich nach dem **Schutzzweck der Verjährungsfristen** vorgenommen. Bauwerksarbeiten konnten danach auch vorliegen, wenn sie nicht bauwerksbezogen, aber grundstücksbezogen waren.¹³ Andererseits stellten kleinere Arbeiten an einem bestehenden Gebäude keineswegs Arbeiten an einem Bauwerk, sondern bloß an einem Grundstück dar.¹⁴ Deshalb wurden Sanierungs- und Reparaturarbeiten an einem Gebäude nur dann als Arbeiten an einem Bauwerk angesehen, wenn diese für Funktion und Erhalt des Gebäudes

8 Thode NZBau 2002, 360; Thode ZfBR 2000, 363, 367.

9 Thode NZBau 2002, 360.

10 BGH BauR 1979, 54 = ZfBR 1979, 28 = BGHZ 72, 206.

11 Vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 2.

12 So aber Mankowski MDR 2003, 854, 856.

13 BGHZ 57, 60.

14 BGH NJW 1970, 942; BGH WM 1991, 1804.

von wesentlicher Bedeutung waren, etwa eine Dachreparatur¹⁵, nicht jedoch die Erneuerung eines normalen Hausanstriches.¹⁶ Zwar hat die Rechtsprechung Bauwerksleistungen zunächst nur dann angenommen, wenn das hergestellte Bauteil mit dem Grundstück bzw. mit dem Gebäude **fest verbunden** wurde,¹⁷ wodurch das Bauteil de facto unbeweglich wurde. Später hat die Rechtsprechung auf das Erfordernis der festen Verbindung aber verzichtet.¹⁸

- 29 Entgegen der dargestellten Literaturmeinung ist die Rechtsprechung des BGH zu § 638 BGB a.F. nicht auf § 651 BGB n.F. zu übertragen. Das hat der BGH jetzt auch deutlich festgehalten.¹⁹

2. Herstellung

- 30 a) **Vertragsgegenstand.** § 651 BGB setzt weiter voraus, dass der Vertrag die Herstellung der Sache **zum Gegenstand** hat. Zwar bezieht sich grammatikalisch die Formulierung „zum Gegenstand“ zunächst nur auf die Lieferung. Das Gerundivum „herzustellender“ bzw. „zu erzeugender“ bezeichnet aber die **Notwendigkeit** einer Handlung,²⁰ sodass die Lieferung und die Herstellung bzw. die Erzeugung gleichrangig nebeneinander stehen. Das Tatbestandsmerkmal der Herstellung ist dann gegeben, wenn **nach den Vorstellungen der Parteien der zu liefernde Gegenstand noch hergestellt werden muss**.²¹
- 31 Bestellt **beispielsweise** der Auftraggeber Beton einer bestimmten Rezeptur, der, wie beide Parteien wissen, noch hergestellt werden muss, hat der Vertrag die Herstellung zum Gegenstand.
- 32 Ist der bestellte Baustoff bereits hergestellt oder ist den Parteien bei Vertragsabschluss unklar, ob er bereits fertig ist, im Lager des Lieferanten liegt oder ob er noch hergestellt werden muss, greift § 651 BGB nicht ein. Dann liegt ein reiner Kaufvertrag vor. Es bedarf dann nicht der Verweisung des § 651 BGB.
- 33 Man kann es nicht generell dahinstehen lassen, ob Kaufrecht genuin oder über § 651 BGB Anwendung findet²²: § 651 BGB unterscheidet die Rechtsfolgen danach, ob vertretbare oder nicht vertretbare Sachen hergestellt werden, eine Differenzierung, die nach Kaufrecht nicht zu treffen ist. Auch kann es in einem genuinen Kaufvertrag gegen § 307 BGB verstoßen, wenn sich der Käufer in seinen AGB das Recht auf Kontrolle des Herstellungsvorganges vorbehält. Dies gilt nicht im Anwendungsbereich des § 651 BGB.²³
- 34 Die **Literatur** grenzt den reinen Kaufvertrag von dem Vertrag gem. § 651 BGB auf den Kaufrecht anzuwenden ist, viel komplizierter ab als Vertrag gem. § 651 BGB, auf den Kaufrecht anzuwenden ist, oben beschrieben. Sie nimmt eine **Abwägung der Parteiinteressen** vor:

15 BGHZ 19, 319.

16 OLG Köln NJW-RR 1989, 1181.

17 BGH NJW 1999, 2434, 2435; BGH NJW 1974, 136.

18 BGH NJW 1979, 419; BGH WM 1970, 287.

19 BGH NJW 2009, 2877 = WM 2009, 1901 = BauR 2009, 1581; zustimmend Rudolph, BauR 2009, 1806, 1810.

20 Meyers großes Taschenlexikon, Stichwort: Gerundivum.

21 Diese Auslegung entspricht auch den Vorgaben der Verbrauchsgüterrichtlinie. Diese bestimmt in Art. 1 Abs. 4: „Als Kaufverträge im Sinne dieser Richtlinie gelten auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter.“ In der Richtlinie ist zwar nicht ausdrücklich vom Vertragsgegenstand die Rede, die Verpflichtung zur Herstellung wird aber durch den Gebrauch des Gerundivums „herzustellender“ klargestellt.

22 A. A. Rudolph BauR 2009, 1806 (1811).

23 Staudinger/Peters/Jacoby BGB § 651 Rn. 19.

So soll ein reiner Kaufvertrag vorliegen und nicht ein nach § 651 BGB einzustufender Herstellungskauf, wenn es den Parteien ausschließlich **um das fertige Produkt geht**, die **Anfertigung** desselben **im Vorfeld** des Vertrages bleibt bzw. es dem Käufer um die **bekannten Produkte** des Verkäufers geht.²⁴ Dies soll auch dann gelten, wenn der zu liefernde Gegenstand bei Vertragsschluss noch nicht hergestellt ist, sondern noch angefertigt werden muss und sogar dann, wenn die **Anfertigung nur von dem Verkäufer selbst** vorgenommen werden kann, es sich um seine Serienproduktion handelt.²⁵ Die Bestellung eines PKW nach Preisliste soll reiner Kauf sein, Bestellung von Stoffen bestimmter Zusammensetzung und Webart Lieferungskauf.²⁶ Ein gewisses Indiz sei, ob der Lieferant einen **eigenen Produktionsbetrieb** unterhalte oder nicht.²⁷

Diese Auffassung ist abzulehnen, weil sie zu Rechtsunsicherheit führt. Eine Interessenabwägung kann nämlich nicht verlässlich durchgeführt werden. Deshalb der Besteller eines Listen-PKW weniger Interesse an der Herstellung haben soll als der Besteller bestimmter Stoffe, bleibt völlig offen. Beiden dürfte insbesondere gleichgültig sein, ob die Sache schon angefertigt ist und auf Lager liegt oder noch anzufertigen ist. **35**

Die Auffassung, die eine Interessenabwägung vornimmt, ist auch deshalb schlecht begründet, weil sie nicht hinreichend differenziert zwischen dem Interesse an der Herstellung einerseits und der Frage, ob vertretbare oder nicht vertretbare Sachen hergestellt werden, andererseits.²⁸ Dies mag daran liegen, dass sich die genannte Literaturmeinung an der Rechtsprechung orientiert.²⁹ Auch die Rechtsprechung unterscheidet hier nicht klar, was folgende Urteilsbegründung zeigt... **36**

*„Die Klägerin hat bei der Beklagten nicht die Erstellung einer Förderanlage in Auftrag gegeben, sondern zwei Pendelbänderwerke eines bestimmten Typs (‘Apollo, Typ 150ZK’ und ‘Apollo, Typ 150Z2S’) und einen Trogkettenförderer zu einem Gesamtpreis gekauft. Die Beklagte schuldete auch dann, wenn sie die Montage übernommen hatte, nicht die entgeltliche Herstellung der Förderanlage für die Klägerin. Die Anlage wurde **nicht** eigens für die Klägerin – **ihren Wünschen angepasst** – hergestellt. Vielmehr entstammt die Anlage – wie die Typenbezeichnung belegt – einer **Serienproduktion**, sodass die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz auf die Klägerin im Vordergrund stand. Der Klägerin konnte **gleichgültig** sein, ob die Beklagte die Anlage **ihren Vorräten entnahm, erst herstellte oder durch Dritte herstellen ließ**. Bei einer solchen Sachlage hat der Senat schon wiederholt einen Werkvertrag verneint und entweder einen reinen Kaufvertrag oder einen Werklieferungsvertrag, auf den ebenfalls Kaufrecht Anwendung findet, angenommen.“³⁰* **37**

In der zitierten Begründung werden Argumente für beide Tatbestandsmerkmale miteinander vermengt. Dass der Klägerin gleichgültig sein konnte, ob die Beklagte die Anlage ihren Vorräten entnahm, sie selbst herstellte oder durch Dritte herstellen ließ, führt zur Verneinung des Interesses an der Herstellung. Die Feststellung, dass die Anlage Typbezeichnungen hatte und somit der Serien- **38**

24 Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 14, MünchKomm/Westermann Vor § 433 Rn. 21.

25 Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 14.

26 Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 14.

27 Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 14.

28 Grunewald Kaufrecht § 3 Rn. 18 nimmt immer eine nicht vertretbare Sache an, wenn eine Herstellungsverpflichtung bejaht wird.

29 Vgl. die Beispiele bei Grunewald Kaufrecht § 3 I Rn. 18.

30 BGH NJW 1998, 3197, 3198, Hervorhebungen durch Verfasser.

produktion der Beklagten entstammte, ohne den Wünschen der Klägerin angepasst worden zu sein, betrifft die Vertretbarkeit.

- 39** Will man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – für die Frage, ob die Herstellung Vertragsgegenstand ist, doch auf die Interessenlage der Parteien, also insbesondere auf die Interessen des Auftraggebers an der Herstellung sowie die Verkehrssitte abstellen, dürften folgende Aspekte relevant sein:

- Der Auftraggeber hat Interesse an der Produktion, wenn er sich **Kontrollrechte** und **Qualitätssicherungsrechte** bei der Herstellung einräumen lässt.

Kommt es **beispielsweise** bei der Herstellung von Rohren, die später als Pressverbindungen zu Trinkwasserleitungen zusammengesetzt werden sollen, darauf an, dass diese alle die gleiche Stärke haben und will der Auftraggeber daher den Produktionsablauf stichprobenartig inspizieren, hat er ein Interesse an der Herstellung.

- Der Besteller hat ein Interesse am Produktionsvorgang, wenn aus **von ihm gelieferten Sachen** eine neue Sache hergestellt wird.

Beispiel:

Der Bauherr liefert Holz seiner eigenen Eichenplantage an einen Schreiner und beauftragt diesen, daraus Fenster herzustellen und zu liefern.

- Ein Interesse besteht auch dann, wenn der **Produktionsprozess vom Besteller** vorgegeben wird.

Beispiel:

Beton wird nach einer speziellen Rezeptur des Bestellers gemischt.

- Der Besteller hat auch dann ein Interesse an der Herstellung, wenn der **Zeitpunkt der Herstellung** entscheidend ist, weil z.B. das Material vor Einbau nicht allzu alt sein darf oder die Stoffe „just in time“ fertig sein müssen.

Beispiel:

Ein Bauherr beauftragt einen Glashersteller mit der Herstellung bestimmter Glasfassadenelemente, die nach dem Bauzeitenplan vom Unternehmer in fünf Monaten eingebaut werden sollen. Die Herstellungszeit für die Elemente dauert vier Monate. Dem Bauherrn ist nicht damit gedient, erst nach Ablauf von vier Monaten die Lieferung verlangen zu können. Er muss nach Vertragsabschluss verlangen können, dass der Verkäufer unverzüglich mit der Produktion beginnt.

- Weiter ist das Interesse des Herstellers zu bejahen, wenn der **Herstellungsprozess kompliziert** ist und die Herstellung die Qualität des Endproduktes bestimmt.

Beispiel:

Bestimmte Feuerfest-Bauteile bedürfen, um den Qualitätsanforderungen zu entsprechen, eines kontrollierten Herstellungsvorgangs.

- Nach *Staudinger/Peters*³¹ soll auch entscheidend sein, ob der **Lieferant selbst einen Produktionsbetrieb** unterhält. Unklar bleibt aber, wie sich dies

³¹ Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 14.

- auswirken soll. Hat der Lieferant einen eigenen Produktionsbetrieb und weiß der Besteller demgemäß, dass die Produkte, die er erhält, ohnehin aus der Produktion des Lieferanten stammen, wird es ihm gleichgültig sein, ob die Produkte schon hergestellt sind oder nicht. Man kann aber auch umgekehrt argumentieren, dass gerade dann, wenn beim Produzenten bestellt wird, ein besonderes Interesse an der Herstellung gegeben ist.
- Der Herstellungsvorgang dürfte immer dann belanglos sein, wenn den Besteller die **Person des Herstellers** nicht interessiert und er nur ein Produkt mit den beschriebenen Beschaffenheitsmerkmalen wünscht.

b) Neue Sache. Der Herstellungsvertrag unterfällt dann § 651 BGB, wenn es um die Produktion **neuer** Sachen geht.³² Abzugrenzen ist die Herstellung einer neuen Sache von Arbeiten an bereits Vorhandenem.³³ Deshalb sind Wartungsarbeiten, Reparaturarbeiten oder Behandlungen der Sache in anderer Weise keine Herstellung im Sinne des § 651 BGB.³⁴ Für die Beantwortung der Frage, ob eine neue Sache entstanden ist, ist auf die **Verkehrsanschauung** abzustellen. Die Auslegung soll sich an § 950 BGB orientieren.³⁵ Danach ist die Sache neu, wenn sich nach der Herstellung ihre **Bezeichnung** oder ihr Name **geändert** hat,³⁶ wenn **wirtschaftliche Gesichtspunkte** für die Neuheit sprechen³⁷ oder wenn die Sache eine **erhebliche Wesensveränderung** erfahren hat.³⁸ Eine Wesensänderung soll vorliegen, wenn sich eine deutlich hervortretende **Substanzveränderung** ergibt und mit den Verarbeitungsprodukten keine Identität mehr besteht.³⁹ Im Rahmen des § 651 BGB spielt es allerdings keine Rolle, ob der Wert der Verarbeitung denjenigen der Einsatzstoffe überwiegt.⁴⁰

Beispiel:

Vereinbaren die Parteien, dass Rohre mit einer bestimmten Beschichtung herzustellen und zu liefern sind, liegt die Herstellung einer neuen Sache vor, wenn Rohre und Beschichtung vom Verkäufer hergestellt werden.

Nimmt der Auftragnehmer hingegen nur die Beschichtung an Rohren vor, die von einem Dritten geliefert werden, fehlt es an der Herstellung einer neuen Sache, weil sich die Rohre nicht wesentlich verändert haben.

Nach diesen Grundsätzen wird bei der Produktion von Ziegeln aus Ton eine neue Sache hergestellt,⁴¹ ebenso bei der Herstellung getrockneter Torfziegel.⁴²

Soweit angenommen wird,⁴³ bei einem Vertrag über den **Einbau anzufertigender Fenster in ein bestehendes Gebäude** sei das Merkmal der Herstellung neuer Sachen nicht gegeben und deshalb Werkvertragsrecht anwendbar, dürfte nur die Schlussfolgerung richtig sein: Fenster, die aus Glas, Holz usw. hergestellt

32 Dauner-Lieb/Raab § 651 Rn. 15; Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 9.

33 Bamberger/Roth/Voit § 651 Rn. 5; dieses Tatbestandsmerkmal ersetzt im Prinzip § 651 Abs. 2 BGB a.F., der lautete: „Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung.“ Stellt nämlich der Unternehmer bloße Zutaten, der Auftraggeber hingegen die Hauptsache, so wird die Tätigkeit des Unternehmers regelmäßig nicht zur Herstellung einer neuen Sache führen, die bereits vorhandene Sache wird dann nur verändert.

34 Bamberger/Roth/Voit § 651 Rn. 5; Erman/Schwenker § 651 Rn. 8; Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 9.

35 Dauner-Lieb/Raab § 651 Rn. 16; Mankowski MDR 2003, 854; Voit BauR 2002, 145, 146.

36 Bamberger/Roth/Kindl § 950 Rn. 5; Erman/Ebbing § 950 Rn. 4.

37 BGH NJW 1978, 697.

38 Erman/Ebbing § 950 Rn. 4.

39 Vgl. die Zusammenfassung bei Staudinger/Wiegand § 950 Rn. 9.

40 Bamberger/Roth/Voit § 651 Rn. 5.

41 RGZ 72, 281.

42 RGZ 24, 587.

43 Bamberger/Roth/Voit § 651 Rn. 6.

werden, sind sicherlich neue Sachen im Sinne des § 950 BGB. Wenn und soweit die Einbauleistung im Verhältnis zur Fensterlieferung den Schwerpunkt des Vertrages bildet, wird man **deshalb** einen Werkvertrag annehmen müssen.⁴⁴ Nach der genannten Auffassung wird hingegen als zu bewertende Sache nicht das Fenster betrachtet, sondern das Gebäude, das durch den Fenstereinbau nicht hergestellt, sondern nur „bearbeitet“ werde. Dies erscheint unrichtig, denn der Unternehmer, der nur mit Lieferung und Einbau der Fenster beauftragt ist, hat mit dem restlichen Gebäude an sich nichts zu tun, sodass es aus seiner Warte kaum darum gehen dürfte, ein Gebäude zu bearbeiten.

3. Die Lieferung

- 43** Die Rechtsfolgen des abgeschlossenen Herstellungsvertrages bestimmen sich nur dann nach § 651 BGB, wenn die Sache vom Auftragnehmer an den Auftraggeber zu **liefern** ist. Dieser Begriff ist **wirtschaftlich** zu verstehen.
- 44** a) **Wirtschaftliche Auslegung.** Die hergestellte Sache muss **an den Auftraggeber gelangen** oder an einen von diesem bestimmten Dritten. Erforderlich ist, dass die Sache nach der Herstellung der **Disposition des Auftragnehmers entzogen** ist.⁴⁵ Die Sache muss dem Auftraggeber **verschafft** werden. Je nach vertraglicher Konstellation ist dies auch erfüllt, wenn der Auftraggeber die Sache abholen muss.⁴⁶

Beispiel:

Die Lieferung ist damit gegeben, wenn der Auftragnehmer Beton auf die Baustelle liefert oder wenn der Auftraggeber die gekauften Steine beim Auftragnehmer abholt.

Nicht erfasst sind Fälle, in denen der Auftraggeber dem Auftragnehmer Stämme liefert mit dem Auftrag, daraus Bretter zu fertigen, diese zu vermarkten und dem Auftraggeber von jedem verkauften Brett eine Vergütung zu bezahlen. Hier bleiben die hergestellten Sachen im Einflussbereich des Auftragnehmers, sie sind seiner Disposition nicht entzogen.

Hat der Auftragnehmer dagegen Kies aus der Grube des Auftraggebers auszubauen und bei ihm abzuliefern, liegt regelmäßig ein Dienstvertrag gem. § 611 BGB vor.⁴⁷ Hier fehlt es nicht an der Lieferung, sondern an der fehlenden Herstellung einer neuen Sache.

Dagegen liegt ein reiner Kaufvertrag, ohne § 651 BGB, vor, wenn der Käufer für eigene Zwecke den Kies ausbaut. Die Besonderheit liegt dann nur in der Erfüllung des Kaufvertrages, der Art der Übereignung.⁴⁸

Hat der Auftragnehmer die Kiesgrube zu unterhalten und zu sichern, liegt ein Dienstvertrag vor. Hat er zusätzlich den Kies auszubauen und an den Auftraggeber auszuliefern, liegt ebenfalls entweder ein Dienst- oder aber ein Werkvertrag vor.

Soll der Betreiber neben der Unterhaltung der Grube den Kies für eigene Zwecke ausbauen und behalten dürfen, kommt es auf den vertraglichen Schwerpunkt⁴⁹ an: Steht die Übereignung des Kiesel im Vordergrund, liegt ein Kaufvertrag vor, liegt der Schwerpunkt des Vertrages in der Unterhaltung

⁴⁴ Vgl. Rn. 67.

⁴⁵ Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 13.

⁴⁶ Palandt/Sprau § 651 Rn. 2.

⁴⁷ Vgl. die Beispiele bei Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 12.

⁴⁸ Staudinger/Peters/Jacoby § 651 Rn. 13.

⁴⁹ Vgl. zur Schwerpunkttheorie unten Rn. 62 ff.