

§ 22 Werkvertrag

I. Rechtsnatur und Inhalt:

1. Rechtsnatur: gegenseitiger Vertrag

- **Unternehmer** verpflichtet sich zur **Herstellung des versprochenen Werkes**,
- **Besteller** zur Entrichtung der vereinbarten **Vergütung** (Werklohn), § 631 I

2. Inhalt: Herstellung eines Werkes

Anders als beim **Dienstvertrag** (§ 611) schuldet der Unternehmer nicht nur einen Arbeitseinsatz, sondern einen bestimmten **Arbeitserfolg**.

Gegenstand des Werkvertrages:

a) Herstellung oder Veränderung einer Sache

Bsp.:

- Reparatur KfZ
- Errichten eines Hauses
- Baubetreuung
- Herstellung Maßanzug
- individuelle Software (nicht: Standardsoftware)

b) jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende **Erfolg** (§ 631 II)

Bsp.: Erstellen eines **Gutachtens**, Plan des Architekten, Theater- und Konzertaufführung

c) **Praxis:** Sonderregeln für Transportverträge (ADSp) und Bauleistungen (VOB), die als Spezialregeln den – dispositiven - §§ 631 ff. vorgehen

Lösung Fall 21:

I. Vertragstypen:

Entscheidend ist, ob **Zahnarzt einen Erfolg** oder nur seinen Arbeitseinsatz schuldet.

1. **Arztvertrag** (auch **Zahnarztvertrag**) ist grundsätzlich **Dienstvertrag** (§ 611)

arg.: medizinische **Heilbehandlung** hängt nicht allein von den Fähigkeiten des Arztes, sondern vor allem auch von der körperlichen und geistigen Konstitution des Patienten, die der Arzt nicht beeinflussen kann.

Er schuldet daher nur **Tätigwerden *lege artis***.

2. Bemühungen um die **Erhaltung der Zähne wie Wurzelbehandlung, Füllung und Verstärkung mit Kronen: § 611**

arg.: Zahnarzt verspricht auch hier nicht „Rettung“ der Zähne, sondern nur **Arbeit *lege artis*** (BGHZ 63, 306, 309).

Anfertigung und Implantation einer **Zahnbrücke: auch § 611**

Ausnahme: technische Herstellung einer herausnehmbaren **Zahnprothese (§ 631)**

arg.: **Herstellung ohne engen Bezug zu menschlichem Organismus;** Prothese wird häufig sogar von einem **Techniker**, nicht einem Arzt, hergestellt (BGHZ 63, 306, 310).

Ergebnis: Zahnbrücke: § 611; Zahnprothese: § 631

II. Folgen eines Mangels (Bsp OLG Koblenz NJW-RR 1994, 52, 53):

1. Implantation einer „**Brücke**“, die keinen Kontakt zu den oberen Schneidezähnen hat, ist **mangelhaft**.
2. Aber: es handelt sich **nicht um einen Werkvertrag** (Mangel i.S.d. § 634 -), sondern um einen **Dienstvertrag** (bei dem es keine Minderung wegen Mängeln gibt).

a) **Lösung OLG:** § 628 I 2

kein Anspruch auf Vergütung, wenn Patient kündigt und bei anderem Zahnarzt Reparatur durchführt.

b) **Alternative:** Schadensersatz wegen Pflichtverletzung gem. § 280 I

§ 249 II: Patient bekommt **Reparatur** durch anderen Arzt ersetzt

§ 253 I: Schmerzensgeld

Exkurs: Arzthaftungsrecht

a) **Arzt schuldet Behandlung nach den Regeln der Wissenschaft (§§ 280 I, 276 I)**

aa) **Maßstab:** objektiv (Anforderungen des Verkehrs);

wer keine Erfahrung hat, muss Patienten an Spezialisten verweisen

Bsp.: WS 2009/10 SchuldR AT § 11 III 2 c; Bsp. 1

bb) Arzt kann sich nicht damit entlasten, dass er der **Aufgabe nicht gewachsen** war (BGH NJW 2001, 1786):

Bsp.: Arzt leitete als **Assistenzarzt** eine Geburt. Als der Geburtsvorgang stockte, zog erst die Hebamme, dann der Arzt am Kopf des Kindes. Folge: Gesichtslähmung.

Arzt hat sog. **Schulterdystokie** – Schulter des Kindes blockiert nach der Geburt des Kopfes - übersehen; Ziehen am Kopf medizinisch klar kontraindiziert.

Medizinische Standards müssen auch Assistenzärzte einhalten (BGH NJW 2001, 1786; 2003, 2311 f.); auf die **subjektiven Fähigkeiten** des Arztes kommt es nicht an.

b) **Haftungsbeschränkungen:** unüblich und unangemessen (§ 307 I, II Nr. 2)

Sorgfältige Behandlung ist **Kardinalpflicht** i.S.d. § 276 (Medicus, SR II, Rn. 350)

c) **Hauptproblem:** Beweis eines Behandlungsfehlers und der Kausalität

Bei **groben Behandlungsfehlern** „Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr“

aa) Was ist „grob“?

Bsp. 1: BGH NJW 2001, 2794: Ärztin verkannte nach Anruf des Ehemanns (nachts um 3.00 Uhr) und Mitteilung, dass seine Frau „weglaufen“ wolle, dass Patientin nach Einnahme von Schlaftabletten akut **selbstmordgefährdet** war [Nein].

Bsp. 2: BGH NJW 2004, 2011: Patientin klagte nach Motorradunfall über Schmerzen beim Gehen; Arzt **unterließ Röntgenuntersuchung** und übersah daher Beckenringfraktur [Ja]

Im Zweifel entscheidet Svst.- Gutachten!

bb) **Rechtsfolgen: Vermutung**, dass Gesundheitsschaden auf dem groben Behandlungsfehler beruht, wenn der Behandlungsfehler **geeignet** ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen.

Fehler muss weder **besonders wahrscheinlich** noch **nahe liegend** sein

Arzt muss also **Gegenbeweis** führen, dass Schaden nicht auf Behandlungsfehler beruht oder jedenfalls „**äußerst unwahrscheinlich**“ ist (BGH NJW 2004, 2011, 2012: Beckenringfraktur – Haftung für Pseudarthrose und dauernde Schmerzen +).

d) **Aufklärungspflicht des Arztes:** wird Patient nicht über Risiken der Behandlung aufgeklärt, fehlt es an einer **wirksamen Einwilligung** des Patienten und der Eingriff stellt eine **unerlaubte Handlung** (§ 823) dar.

Rspr. streng: auch über seltene Risiken ist aufzuklären, insbesondere bei **freiwilligen Blutspenden** (BGHZ 166, 336: Schädigung des Nervs; Berufsunfähigkeit) oder **kosmetischen Operationen** sowie über besonders **gravierende Folgen** wie Hepatitis- oder AIDS-Infektion durch Transfusion von Fremdblut (BGHZ 116, 379).

./. Exkurs Ende

d) Sonderfall **Werklieferungsvertrag (§ 651 S. 1)**: Unternehmer verpflichtet sich, ein Werk aus **von ihm zu beschaffenden Sachen** neu herzustellen (Bsp.: Maßanzug).

aa) Inhalt: Werk herstellen (werkvertragliches Element) und **übereignen** (kaufvertragliches Element) =

bb) Rechtsfolgen:

- bei **beliebigen** beweglichen Sachen gilt **Kaufrecht (§ 651 S.1)**
- bei **unvertretbaren** beweglichen Sachen gelten teilweise Regeln des Werkvertragsrechts (§ 651 S. 3).

Konsequenz: Werkvertragsrecht gilt praktisch nur noch bei Herstellung von Bauwerken, Reparaturen und unkörperlichen Werken.

3. Vergütung

a) **primär** maßgebend: **Parteivereinbarung**

b) § 632 I: Vergütung gilt als **stillschweigend vereinbart**, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (**Vergütungsfiktion**).

Regelfall: professionelle Unternehmer arbeiten nicht umsonst.

§ 632 II: ist zwar Vergütung, **nicht aber die Höhe** dieser Vergütung vereinbart, richtet sich diese gem. nach der taxmäßigen bzw. üblichen Vergütung.

c) § 632 III: **Kostenanschlag** ist im Zweifel nicht zu vergüten;

Kostenanschlag beinhaltet im **Gegensatz zur Festpreisvereinbarung** keine Garantie, dass Preis nicht überschritten wird.

Aber: **Anzeigepflicht gem. § 650 II**, die dem Besteller die Möglichkeit gibt, den Vertrag zu kündigen (Folge: Teilvergütung gem. § 645).

d) § 632a I S. 1, 5: Unternehmer kann für vertragsgemäß erbrachte Leistung, durch die Besteller wertzuwachs erlangt hat, oder im Falle der Anlieferung von Stoffen oder Bauteilen **Abschlagszahlungen** verlangen.

Grund: Vorleistungspflicht des Unternehmers bei umfangreichen Bauarbeiten nicht interessengerecht; Druckmittel für Unternehmer, wenn Auftraggeber nicht oder schleppend zahlt.

Weitere Sicherheiten:

- Werkunternehmerpfandrecht (§ 647)
- Anspruch auf Sicherheitsleistung für Bauunternehmer und Bauhandwerker gem. §§ 648, 648a).

II. Pflichten des Unternehmers

1. Pflicht zur Herstellung des Werkes

Hauptleistungspflicht des Unternehmers (§ 631 I)

2. Pflicht zur Verschaffung eines mangelfreien Werkes

Hauptleistungspflicht des Unternehmers (§ 633 I)

a) Sachmangel, § 633 II

Wie beim Kauf: **Abweichung der Ist- von Sollbeschaffenheit**

- aa) § 633 II 1: Werk hat nicht die vereinbarte Beschaffenheit (**subjektiver Fehlerbegriff**)

Konsequenz: Fehler liegt auch vor, wenn Bauunternehmer **eigenmächtig Pläne ändert**, selbst wenn sein Konzept der vereinbarten Lösung technisch überlegen sein sollte (BGH NJW 2002, 3543: 1,15 m höhere Gründung eines Gebäudes)

- bb) § 633 II 2 Nr. 1: Werk eignet sich nicht für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung**

- cc) § 633 II 2 Nr. 2: Werk eignet sich nicht für die **gewöhnliche Verwendung** und weist nicht die **Beschaffenheit** auf, die bei Werken der gleichen Art **üblich** ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann (**objektiver Fehlerbegriff**)

Anders als im Kaufrecht spielt Haftung für **Werbeaussagen** keine Rolle, weil der Unternehmer selbst der Hersteller ist, dh von ihm zugesagte Eigenschaften eine Beschaffenheitsvereinbarung iSd § 633 II 1 darstellen

- b) **aliud, Minderlieferung:** stehen Sachmangel gleich, § 633 II 3.

- c) **Rechtsmangel:** wie Sachmangel (§ 633 I); Def. § 633 III (Rechte Dritter)

III. Pflichten des Bestellers

1. Vergütung, § 631 I

Hauptleistungspflicht

Fälligkeit: grundsätzlich **erst mit Abnahme** des Werkes (§ 641 I 1)

- Wird der fast fertige Bau durch Zufall (Brand, Naturkatastrophe) zerstört, geht Unternehmer völlig leer aus (Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages!)

Bei **Bauleistungen**: Übersenden einer prüffähigen Rechnung (BGHZ 140, 365, 368: § 14 VOB/B)

2. **Werkunternehmerpfandrecht (§ 647)** an den vom Unternehmer hergestellten oder ausbesserten beweglichen Sachen des Bestellers

- dient zur **Sicherung der Ansprüche** des Unternehmers, wenn die Sache bei der Herstellung oder zur Ausbesserung in seinen Besitz gelangt ist (§ 647).

Lösung Fall 22:

Gesetzliches Pfandrecht gem. § 647:

1. **Sachen des Bestellers**: Wagen nicht im Eigentum der Edith

2. **Gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts**:

a) § 1207 sieht einen **gutgläubigen Erwerb** für **vertragliche** Pfandrechte vor.

b) § 1257 Vorschriften über vertragliche Pfandrechte finden auch auf ein kraft Gesetzes **entstandenes** Pfandrecht Anwendung

Vorschriften über die Entstehung finden gerade **keine Anwendung**.

Anton steht daher kein Pfandrecht an dem Wagen zu.

c) Möglich ist jedoch die **Vereinbarung eines vertraglichen Pfandrechts**, auch in AGB (BGHZ 87, 274); gutgläubiger Erwerb gem. §§ 1204, 1207, 932.

Allerdings ist Unternehmer **nicht gutgläubig**, wenn in der Vergangenheit mehrfach Reparaturrechnungen unbezahlt geblieben sind (Grund: Verdacht, dass Pfand anderweitig als Kreditsicherheit dient).

A.A. Picker (NJW 1978, 1417): Vereinbarung kann einzig und **allein den Zweck** haben, gutgläubigen Erwerb zu ermöglichen (= Fälle, in denen Besteller nicht Eigentümer der Pfandsache ist); diese ist daher **sittenwidrig**.

Ergebnis: Falls A und E keine Vereinbarung getroffen haben, kein Pfandrecht des A

[Lösung BGHZ 34, 153: Verwendungsersatzanspruch A – E gem. §§ 994, 1000; Problem: §§ 994 ff. gelten für unrechtmäßigen Besitzer, der Sache herausgeben muss; E ist aber aufgrund des § 631 rechtmäßiger Besitzer; BGH: §§ 994 ff. gelten analog für „nicht mehr“ berechtigten Besitzer]

3. Pflicht zur Abnahme des Werkes, § 640 I 1

a) Hauptleistungspflicht

- entfällt, wenn Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist (§ 640 I 2).
- an die Stelle der Abnahme tritt Vollendung des Werkes (§ 646).

b) **Abnahme: körperliche Entgegennahme** des Werkes als ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als in der Hauptsache **vertragsgemäß** anerkenne (BGHZ 48, 257, 262; NJW 1993, 1972).

c) Mit der Abnahme treten folgende **Rechtswirkungen** ein:

- Fälligkeit der Vergütung, § 641
- Beginn der Verjährungsfrist für Mängelrechte, § 634 a II
- Verlust der Mängelrechte bei vorbehaltloser Abnahme, § 640 II

4. Mitwirkung bei der Herstellung des Werkes, § 642

reine Obliegenheit

IV. Folgen einer Pflichtverletzung des Unternehmers

1. Verletzung der Herstellungspflicht (Schuldrecht AT)

a) Erfüllungsanspruch, § 631 I

wenn Primärleistung möglich (§ 275 !)

b) Gegenleistungspflicht des Bestellers

aa) **bei Fortbestand der Leistungspflicht** des Unternehmers

Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320

bb) **bei Ausschluss der Leistungspflicht** des Unternehmers gem. § 275

- (1) grundsätzlich wird der Besteller gem. § **326 I** von seiner Gegenleistungspflicht frei
- (2) **Ausnahmen** (Besteller bleibt zur Zahlung der Vergütung verpflichtet):
anderweitiger Gefahrübergang

Besteller ist für den zur Unmöglichkeit führenden Umstand **allein oder weit überwiegend verantwortlich**, §§ 326 II 1, 645

Lösung Fall 23:

Vergütungsanspruch R – E: §§ 631, 632

I. Wirksamer Werkvertrag: (+)

II. Fälligkeit (§ 641): erst mit Abnahme des Werkes (-).

III. Erlöschen des Gegenleistungsanspruchs gem. § 326 I:

1. **Ausführung des Werkes unmöglich (§ 275 I);** gem. § 326 I entfällt Anspruch des Schuldners der gestörten Leistung (R) auf die Gegenleistung (§§ 631, 632).
2. **Ausnahme:** besondere Gefahrtragungsregel des § 645.

a) Voraussetzungen:

- Unausführbarkeit des Werkes
- aufgrund einer **Anweisung** des Bestellers oder wegen eines **Mangels des gelieferten Stoffes**
- Kein Vertretenmüssen des E

b) Beispiel: Übernimmt U den Transport des Pferdes von B und erkrankt dieses Pferd, ist Werkleistung unmöglich geworden (§ 275 I);

B trägt Vergütungsrisiko wegen eines Mangels des gelieferten Stoffes

c) § 645 I 1 BGB analog:

- aa) wenn Leistung des Unternehmers aus Umständen untergeht oder unmöglich wird, die in der **Person des Bestellers** liegen oder auf **Handlungen des Bestellers** zurückgehen, auch wenn es insoweit an einem Verschulden des Bestellers fehlt.

arg.: Besteller steht in diesen Fällen der Gefahr näher als der Unternehmer.

BGHZ 40, 71:

U § 631 B



Unvollendete
Scheune



§ 326 II, 2. Alt. (+)

Heu ↗

OLG Köln, JuS 1976, 257:

U § 631 B



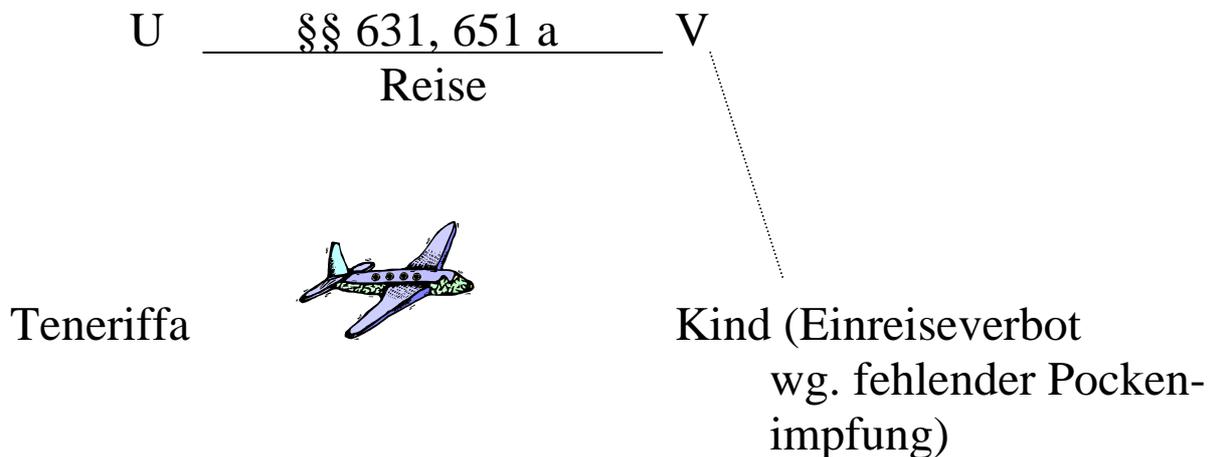
Schloss

⇒
Werk
(Holzvertäfelung)

Schweißarbeiten H

(+)

BGHZ 60, 14: Pockenimpfung



- bb) **Fallbezogen:** *Egon* hat es **unterlassen**, für funktionstüchtige Alarmanlage zu sorgen und zu verhindern, dass Diebe das Werk des *Rosario* zerstören.

Auf **Verschulden** kommt es nicht an.

Ähnlich BGHZ 136, 303: Überflutung des Schürmann – Baus in Bonn, weil Auftraggeber Hochwasserschutz übernommen hatte und den vorhandenen Schutz später wieder beseitigte.

Problem: Nähe zur Sphärentheorie!

Ergebnis: *Rosario* kann wohl gem. § 645 (**analog**) einen seiner bisher geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen.

- cc) Besteller verlangt vom Unternehmer das **stellvertretende commodum** (§ 285), § 326 III 1

- dd) Werk ist nach Gefahrübergang **zufällig** (= ohne Verschulden einer Vertragspartei) **untergegangen; Übergang der Gegenleistungsgefahr gem.**

§ 644 I 1: mit **Abnahme** bzw. Vollendung des Werkes (§ 646)

§ 644 I 2: **Annahmeverzug** des Bestellers

§ 644 II: **Versendung et** Übergang an einen anderen Ort als den Erfüllungsort

§ 645 I: wenn das Werk vor Abnahme in Folge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge einer vom Besteller erteilten Anweisung untergegangen oder unausführbar geworden ist (**und § 645 analog – Fall 3**).

2. Schadensersatz

a) wegen **Verzögerung** der Leistung

§§ 280 I, II, 286: Schadensersatz **neben** der Leistung

§§ 280 I, III, 281: Schadensersatz **statt** der Leistung

§ 284: Aufwendungsersatz

b) wegen **Unmöglichkeit** der Leistung (Schadensersatz **statt** der Leistung)

§§ 280 I, III, 283: **nachträgliche** Unmöglichkeit

§ 311 a II 1: **anfängliche** Unmöglichkeit

3. Rücktrittsrecht

a) wegen **Verzögerung** der Leistung, § 323

b) wegen **Unmöglichkeit** der Leistung, § 326 V

4. Verletzung der Pflicht zur Lieferung eines mangelfreien Werkes

a) Recht zur **Verweigerung der Abnahme** und der **Vergütungszahlung** (§ 320)

Nach der Abnahme kann der Besteller immer noch die Zahlung eines **angemessenen Teils** der Vergütung verweigern (mindestens das Dreifache der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten), § 641 III.

b) **Mängelgewährleistungsrechte, §§ 634 ff**

entsprechen weitgehend denen des Kaufrechts.

aa) **Nacherfüllung, §§ 634 Nr. 1, 635**

bb) **Selbstvornahme** und Aufwendungsersatz, §§ 634 Nr. 2, 637

Anders als im Kaufrecht kann Besteller **Nacherfüllung auch selbst vornehmen** und die dazu erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Der Besteller muss dem Unternehmer zuvor jedoch erfolglos eine angemessene **Frist** zur Nacherfüllung gesetzt haben, § 637 I (**Vorrang der Nacherfüllung**).

Fristsetzung entbehrlich:

- gem. § 323 II oder wenn
- Nacherfüllung fehlgeschlagen oder
- dem Besteller unzumutbar ist, § 637 II 2.

cc) Rücktritt, §§ 634 Nr. 3 Fall 1, 636

dd) Minderung, §§ 624 Nr. 3 Fall 2, 638

ee) Schadensersatz, § 634 Nr. 4 Fall 1

ff) Aufwendungsersatz, §§ 634 Nr. 4 Fall 2, 284

5. Verjährung der Mängelrechte

a) Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Aufwendungsersatz

aa) Länge der Frist

2 Jahre: Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen (Architekten, Bauleiter) besteht (§ 634a I Nr. 1)

5 Jahre: bei einem Bauwerk oder Werken, die sich auf ein Bauwerk beziehen (§ 634a I Nr. 2)

regelmäßige Verjährungsfrist: alle anderen Werke (§ 634 a I Nr. 3) und in den Fällen, in denen der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 634a III)

bb) Beginn der Verjährungsfrist

§ 634a II: mit Abnahme des Werkes

b) Rücktritt und Minderung

Ausübung ist gem. §§ 634a IV, V, **218** unwirksam, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Unternehmer sich darauf **beruft**.

Trotz Unwirksamkeit kann der Besteller die Zahlung der Vergütung verweigern, soweit er auf Grund des Rücktritts oder der Minderung dazu berechtigt wäre, § **634 a IV 2, V**.

V. Folgen einer Pflichtverletzung des Bestellers

1. Verletzung der Vergütungspflicht

§§ 280 I, II, 286: Ersatz des Verzögerungsschadens, Verzinsung des Betrages (§ 288)

§ 323 I: Rücktritt

2. Verletzung der Abnahmepflicht

§ 640 I 3: Fiktion der Abnahme

§§ 280 I, II, 286: Schadensersatz

3. Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit:

Annahmeverzug des Bestellers (§ 295)

Rechtsfolgen:

§ 304: Unternehmer hat Anspruch auf Ersatz der durch den Annahmeverzug entstandenen Mehraufwendungen

§ 642 auf eine angemessene Entschädigung; gem. § 643 steht ihm zudem ein Kündigungsrecht zu.

VI. Kündigung des Werkvertrages

1. durch den Besteller

- a) Bis zur Vollendung des Werks **jederzeit (§ 649 S. 1)**; Besteller bleibt aber in vollem Umfang zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.
- b) Bei **Überschreitung eines Kostenanschlags**; Besteller muss nur den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung entrichten, wenn es sich um einen **unverbindlichen Kostenanschlag** handelt (§§ 650 I, 645 I).
- c) Bei **verbindlichem Kostenanschlag** (Festpreisvereinbarung) kann Besteller Ausführung des Werks zur vereinbarten Summe verlangen; ein Kündigungsrecht steht ihm daher nicht zu (§ 650 I).

2. durch den Unternehmer

Nur gem. § 643, wenn der Besteller die für die Herstellung erforderliche **Mitwirkungshandlung** unterlässt.