

Handelt es sich bei dem Vertrag über die Lieferung und Montage einer Anlage um einen Werk- oder um einen Kaufvertrag? Die Frage, die sich im ersten Moment akademisch-juristisch und damit eher trocken anhört, kann für die Baubeteiligten und deren Verhalten auf der Baustelle ganz erhebliche – vor allem auch finanzielle – Konsequenzen haben. Der Beitrag erläutert anhand eines Fallbeispiels die Gründe.

# Pferdefuß Mängelprüfung

**Rechtliche Einordnung des Anlagenvertrags:  
Konsequenzen aus der Rechtsprechung – von René Buscher**



© ogolne - Fotolia.com

Dass die Frage „Werk- oder Kaufvertrag“ je nach Antwort entscheidende Konsequenzen nach sich ziehen kann, zeigt ein recht aktuelles Urteil des OLG Bremen /1/.

## ■ Der Fall

Die Klägerin machte gegenüber der Beklagten Schadenersatzansprüche über € 150.000 wegen der Lieferung angeblich nicht vertragsgerechter Kühlzellen beim Bau einer Mensa geltend. Die Klägerin war mit den Sanitär- und Heizungsinstallationen und der Lieferung und dem Einbau der Kühlzellen

beauftragt worden. Für die Kühlzellen schloss die Klägerin mit der Beklagten im Januar 2008 einen Nachunternehmer-Vertrag ab, der auf, von der Hauptauftraggeberin vorgegebene, diverse Vertragsbedingungen und ergänzend auf die VOB, Teile B und C Bezug nahm. Die Beklagte sollte fünf Kühlzellen und zwei Kühlräume „mit selbsttragenden Wand- und Deckenelementen in Sandwichbauweise“ herstellen. Die für die Kühlzellen verwandten Platten wurden am 15. Mai 2008 zur Baustelle gebracht und in der

Zeit vom 16. Mai bis zum 4. Juni 2008 in den hierfür vorgesehenen Räumen installiert. Eine Überprüfung erfolgte bei der Anlieferung oder bei dem Einbau nicht. Nach einer Baubegehung am 21. August 2008 rügte die Klägerin gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 27. August 2008, dass die montierten Kühlzellen erheblich von der vereinbarten Ausführung abwichen und damit vertragswidrig seien. Dies entsprach den Tatsachen. Ferner erfolgte eine Fristsetzung bis zum 8. September 2008 mit der Ankündigung, nach



*René Buscher, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, berät projektbegleitend deutschlandweit insbesondere Unternehmen bei Hoch-, Tief-, Verkehrswege- und Anlagenbauvorhaben sowie PPP/ÖPP-Projekten und vertritt diese bei außergerichtlichen Verhandlungen sowie als Prozessbevollmächtigter.  
Kontakt zum Autor: rene.buscher@cci-dialog.de, Profil unter [www.baurechtskompetenz.com](http://www.baurechtskompetenz.com).*

Fristablauf den Auftrag zu entziehen. Nach einem weiteren Rügeschreiben erfolgte durch die Klägerin die fristlose Kündigung des Vertrags. Die Klägerin ließ anschließend die vorhandenen Kühlzellen ausbauen und neue einbauen und verlangte mit der Klage die hierfür angefallenen Kosten.

„ohne schuldhaftes Zögern“ binnen weniger (zwei bis sechs) Tage zu untersuchen und – soweit erkennbar – unverzüglich Mängel zu rügen hat, da er ansonsten seine Mängelansprüche verliert. Dies gilt /3/ auch für einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. Eine derartige Konsequenz existiert demgegenüber im Werkvertragsrecht (Baurecht) nicht.

## ■ Die Entscheidung

Das Landgericht wie auch das Oberlandesgericht (OLG) gaben der Klägerin recht. Die Mängel waren im Wesentlichen unstreitig. Daher standen der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche /2/ auf Erstattung der Ersatzvorkosten sowie auf Schadenersatz zu.

**Entscheidend hierbei war die Beurteilung des Vertragscharakters. Denn wenn es sich bei dem Vertrag um einen Kaufvertrag unter Kaufleuten gehandelt hätte, wäre § 377 HGB (Handelsgesetzbuch) zur Anwendung gekommen. Dieser sieht vor, dass der Empfänger einer Ware diese unverzüglich, das heißt**

Wenn der Unternehmer die Herstellung und den Einbau beweglicher Teile vornimmt, liegt nach Auffassung des OLG ein Werklieferungsvertrag vor, sofern im Vordergrund des Vertrags die Verpflichtung steht, dass das Eigentum der Einzelteile bzw. deren Besitz übertragen wird. Dagegen gelte Werkvertragsrecht, wenn das Interesse des Bestellers an der Erstellung eines funktionsfähigen Werkes überwiegt /4/. Allerdings komme es laut BGB weder auf den Umfang eventueller Eigenleistungen des Bestellers an noch auf die Tatsache, ob die Montage der Bauteile insgesamt nur wenig Zeit beanspruche. Landgericht und OLG waren hier der Auffassung, dass die vertragliche Pflicht der Beklagten sich nicht auf die Lieferung und Übereignung der für die Herstellung der Kühlzellen erforderlichen Platten konzentrierte, also nicht das Umsatzgeschäft (wie beim Kaufvertrag) an den Platten im Vordergrund stand und dabei die mit der Beklagten zugleich vereinbarte Verpflichtung zum Zusammenbau der Platten für die rechtliche Einordnung des Vertrags nur nebensächlich war. Vielmehr zielte der mit der Beklagten abgeschlossene Vertrag darauf ab, dass die Beklagte in den dafür vorgesehenen Räumen des Bauvorhabens den vertraglichen Vorgaben entsprechende Kühlzellen fachgerecht und mängelfrei installieren und als Ergebnis ihrer Leistung ein abnahmefähiges Werk erstellen sollte (entsprechend einem Werkvertrag). Letzteres folge auch daraus, dass die Parteien ausdrücklich einen Zeitpunkt für die abnahmefähige Fertigstellung und zudem im Nachunternehmervertrag eine förmliche Abnahme im Zuge der Abnahme durch den Hauptauftraggeber gegenüber der Klägerin vereinbarten. Zudem vereinbarten die Parteien die Geltung der VOB/B,

also eines Vertragswerks, das auf werkvertragliche Verpflichtungen zugeschnitten ist. Der Nachunternehmervertrag zielt insgesamt erkennbar darauf ab, dass die Klägerin durch die Beklagte als Subunternehmerin ihre werkvertragliche Verpflichtung hinsichtlich dieses Gewerks gegenüber der Bauherrin erfüllen wollte. Damit habe für die Beklagte der Schwerpunkt ihrer Leistungsverpflichtung nicht in dem mit der Lieferung der Platten verbundenen Umsatzgeschäft, sondern in der Herstellung eines Werks gelegen.

Wäre der Vertrag als Kauf- bzw. Werklieferungsvertrag eingestuft worden, hätte dies für die Klägerin erhebliche Konsequenzen gehabt. Denn ihre Mängelrüge erfolgte erst drei Monate nach der Lieferung und zwei Monate nach der Installation. Damit wäre sie nicht mehr „unverzüglich“, sondern verspätet erfolgt, sodass die Klägerin ihre Mängelrechte verloren hätte. Bei der vorgenommenen Einstufung des Vertrags als Werkvertrag war die Prüfung auf Mängel zum Zeitpunkt der Abnahme rechtzeitig erfolgt.

#### ■ Konsequenzen

Die Entscheidung zeigt, dass die Abgrenzung zwischen Werk- und Kaufvertrag häufig nicht einfach und die konkrete Einordnung stark einzelfallabhängig, aber durchaus wichtig ist. Die Begründung des OLG, dass die Vereinbarung der VOB/B für einen Werkvertrag spreche, wird nach den Erfahrungen des Verfassers leider von vielen Gerichten gänzlich anders beurteilt. So wird häufig argumentiert, dass eine „standardmäßige“ Einbeziehung der VOB/B in AGBs noch lange nicht bedeutet, dass die rechtliche Einordnung zu einem Bau-/Werkvertrag führt.

#### ■ Rat des Autors

Allen kaufmännischen Auftraggebern in der Vertragskette des Anlagenbauvertrags kann daher nur nachdrücklich geraten werden, gelieferte oder eingebaute Anlagen oder Anlagenteile unverzüglich nach der Lieferung und dem Einbau zu untersuchen und erkennbare Mängel auch unverzüglich gegenüber dem Vertragspartner zu rügen. Während der Bauabwicklung ist noch nicht absehbar, wie ein Gericht in einem eventuell Jahre später geführten Rechtsstreit den Vertrag rechtlich einprnden wird. Bei der Mängelrüge ist darauf zu achten, dass deren Eingang beim Vertragspartner nachvollziehbar dokumentiert wird.

#### ■ Internationales Geschäft

Zu beachten ist, dass beim internationalen Anlagenbaugeschäft, bei dem einer der Vertragspartner im Ausland residiert oder sich die Baustelle im Ausland befindet, Sonderregeln gelten können. Diese können sich aus der Einbeziehung der bauvertraglichen Regelungen der

Fédération Internationale des Ingénieurs Conseil (FIDIC) des Green, Red, Yellow oder Silver Books ergeben. Handelt es sich demgegenüber um einen Kaufvertrag zwischen Vertragspartnern unterschiedlicher Nationalität, könnte das United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) einschlägig sein. Letzteres muss gegebenenfalls, falls es nicht gelten soll, ausdrücklich ausgeschlossen werden, da es sonst automatisch gelten kann. \*

/1/ Urteil des OLG Bremen vom 19. März 2010 (Aktenzeichen: 2 U 110/09), das durch Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 23. März 2011 (Aktenzeichen: VII ZR 66/10) rechtskräftig wurde  
/2/ aus §§ 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1, 4 Nr. 7 VOB/B, § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B  
/3/ gemäß § 381 Abs. 2 HGB  
/4/ siehe BGH NJW 2006, 904, 905, Tz. 12 und NJW-RR 2004, 1205