

Merkblatt 5

Abgrenzung zwischen Bauvertrag und Kauf-/Liefervertrag

Inhalt des **Kaufvertrages** (§ 433 BGB) ist die Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung einer bereits vorhandenen Sache gegen Zahlung des Kaufpreises. Charakteristisch für den Kaufvertrag ist also der **Warenumsatz** (Lieferung von Waren gegen Geld).

Der **Liefervertrag** war bisher in § 651 BGB a. F. geregelt; seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts (Gesetz vom 28.04.2017, BGBl. I 2017, S. 969) am 01.01.2018 ist die Regelung inhaltlich unverändert in § **650 BGB n. F.** enthalten. Der Liefervertrag hat – anders als der Kaufvertrag – nicht die Lieferung einer schon vorhandenen, sondern einer erst noch herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sache zum Gegenstand. Der Liefervertrag setzt sich aus einem werkvertraglichen und einem kaufvertraglichen Element zusammen; er beinhaltet

- die Verpflichtung zur **Herstellung** oder Erzeugung einer beweglichen Sache (werkvertragliches Element)
- sowie die Verpflichtung zur **Übergabe und Übereignung** dieser Sache (kaufvertragliches Element).

Auf den Liefervertrag findet nach § **650 S. 1 BGB Kaufrecht** Anwendung. Bei vertretbaren Sachen i. S. d. § 91 BGB gilt ausschließlich Kaufrecht. Bei nicht vertretbaren Sachen gelten nach § 650 S. 3 BGB ergänzend die werkvertraglichen Vorschriften der §§ 642, 643, 645, 648, 649 BGB.

Für die **Abgrenzung** zwischen Kaufvertrag und Bauvertrag (Werkvertrag) ist entscheidend, ob der Warenumsatz, also die Verschaffung von Eigentum an einer Sache, im Vordergrund steht (dann Kaufvertrag) oder ob die Herbeiführung eines über den reinen Warenumsatz hinausgehenden Erfolges geschuldet ist (dann Werkvertrag).

Ein Vertrag, der die **Errichtung eines Gebäudes** auf einem dem Auftraggeber gehörenden Grundstück zum Inhalt hat (vgl. **Fall 6**), ist daher ein **Bauvertrag** i. S. d. § 650a I 1 BGB als

Unterfall eines Werkvertrags, auch wenn zur Errichtung des Hauses bewegliche Sachen geliefert werden; denn im Vordergrund steht die Herstellung des Bauwerks als geschuldeter Erfolg. Der Vertrag zwischen dem Bauunternehmer und seinem Lieferanten über die für den Hausbau benötigten **Baustoffe** ist aber ein **Kaufvertrag**. Der Bauunternehmer haftet gegenüber dem Besteller auch für Mängel der von ihm eingesetzten Baustoffe fünf Jahre lang (§ 634a I Nr. 2 BGB). Auch nach dem bis zum 31.12.2001 gültigen Recht haftete der Werkunternehmer dem Besteller für Mängel des Bauwerks, die durch fehlerhafte Baumaterialien verursacht worden waren, fünf Jahre lang (§ 638 I 1 BGB a. F.), während er seinerseits gegen seinen Baustofflieferanten nur für die Dauer von sechs Monaten Gewährleistungsansprüche hatte (§ 477 I 1 BGB a. F.). Diese nach früherem Recht bestehende „**Verjährungs-falle**“ hat der Gesetzgeber im Zuge der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, S. 3138) mit der Regelung des § 438 I Nr. 2 b BGB erheblich entschärft: Bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, insbesondere also für Baustoffe, gilt jetzt ebenfalls eine Verjährungsfrist von fünf Jahren. Der Bauunternehmer kann den Baustofflieferanten mithin bei Mangelhaftigkeit der Baustoffe und darauf beruhenden Mängeln des Bauwerks fünf Jahre lang auf Gewährleistung in Anspruch nehmen. Ein Unterschied besteht allerdings nach wie vor hinsichtlich des Beginns der Verjährung; diese beginnt für die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gem. § 438 II BGB mit der Ablieferung der Sache, wohingegen sie für die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche nach § 634a II BGB mit der Abnahme beginnt.

Bei einem Vertrag, der den Erwerb eines Grundstücks mit einem bereits fertiggestellten „gebrauchten“, also schon vorher von einem anderen bewohnten Haus zum Gegenstand hat, findet ausschließlich Kaufrecht Anwendung, weil hier die Eigentumsverschaffung im Vordergrund steht. Ein sog. **Bau-trägervertrag** hat den Erwerb eines Grundstücks mit einem bei Vertragsschluss noch nicht vorhandenen, also erst noch von der Bau-trägergesellschaft zu erstellenden neuen Haus zum Inhalt (vgl. **Fall 7**). Nach der Rechtsprechung zum früheren, bis zum 31.12.2017 gültigen Recht (z. B. BGHZ 61, 369, 371) war in schuldrechtlicher Hinsicht zu differenzieren: In Bezug auf den Erwerb von **Grund und Boden** galt Kaufrecht, weil hier die Eigentumsverschaffung im Vordergrund steht. In Bezug auf das **Bauwerk** galt dagegen

Werkvertragsrecht, weil insoweit ein über die Eigentumsverschaffung hinausgehender Erfolg – Errichtung eines mangelfreien Hauses – geschuldet wird.

Durch das am **01.01.2018** in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts (Gesetz vom 28.04.2017, BGBl. I 2017, S. 969) hat der Gesetzgeber den Bauträgervertrag erstmals in den neuen Vorschriften §§ **650u, 650v BGB** gesetzlich geregelt. Nach § 650u I 1 BGB ist ein Bauträgervertrag ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Im Einklang mit der Rechtsprechung zum früheren Recht ordnet § 650u I 2 BGB nunmehr ausdrücklich an, dass hinsichtlich der **Errichtung** oder des Umbaus des Hauses oder vergleichbaren Bauwerks die allgemeinen **werkvertragsrechtlichen Vorschriften** der §§ 631–650 BGB, die Sondervorschriften der §§ 650a–650h BGB über den Bauvertrag sowie gegebenenfalls die weiteren Sondervorschriften der §§ 650i–650n BGB über den Verbraucherbauvertrag Anwendung finden, soweit sich aus den §§ 650u, 650v BGB nichts anderes ergibt. Ebenfalls in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung bestimmt § 650u I 3 BGB, dass hinsichtlich des Anspruchs auf **Übertragung des Eigentums** an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts die **Vorschriften über den Kauf** Anwendung finden.

Umstritten war jedenfalls bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts (Gesetz vom 28.04.2017, BGBl. I 2017, S. 969) am 01.01.2018 die Behandlung des Falles, dass ein **Vertrag über ein neu gebautes Haus erst nach dessen Fertigstellung** mit der Bauträgergesellschaft abgeschlossen wird. Die Rechtsprechung zum bis zum 31.12.2001 gültigen Schuldrecht (z. B. BGH, BauR 1977, 271; NJW 2005, 1115, 1116) behandelte diesen Fall genau so wie den eigentlichen Bauträgervertrag, d. h. Anwendung von Kaufrecht bezüglich des Erwerbs von Grund und Boden und von Werkvertragsrecht bezüglich des Gebäudes. Teile des **Schrifttums** wollten hieran auch unter Geltung des zum 01.01.2002 in Kraft getretenen modernisierten Schuldrechts in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Gesetz vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, S. 3138) festhalten (so etwa *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Voit*, BGB, 45. Edition, Stand: 01.02.2017, § 631 Rn. 17). Dagegen wollten andere Vertreter der Literatur den Fall, dass ein Vertrag über ein neu gebautes Haus erst nach dessen Fertigstellung mit der Bauträgergesellschaft geschlossen wird, einheitlich

nach Kaufrecht behandeln, weil die nach dem bis zum 31.12.2001 gültigen Recht bestehenden Unterschiede zwischen den kaufrechtlichen und werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften (nach früherem Kaufrecht einjährige Verjährungsfrist, § 477 I 1 BGB a. F., und kein Nacherfüllungsanspruch) im neuen Recht weitgehend entfallen seien (so *Palandt/Sprau*, BGB, 76. Aufl. 2017, Vorb. v. § 633 Rn. 3; *MünchKomm/Busche*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 227).

Zum modernisierten Schuldrecht in der Fassung des am 01.01.2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Gesetz vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, S. 3138) hat der **BGH** in einer ersten Entscheidung ausgesprochen, dass bei einem erst nach deren Fertigstellung geschlossenen Vertrag über eine neu gebaute Eigentumswohnung in Bezug auf das Gebäude bzw. die Eigentumswohnung jedenfalls dann Werkvertragsrecht anzuwenden ist, wenn die Parteien im Vertrag vereinbaren, dass der Bauträger noch bauliche Veränderungen an der an sich bereits fertiggestellten Wohnung vorzunehmen hat; dadurch erhalte der Vertrag „insgesamt das Gepräge eines Werkvertrages“ (BGH, NJW 2016, 1572, Rn. 29). In einer weiteren Entscheidung hat der BGH nunmehr ausdrücklich erklärt, dass er generell an seiner Rechtsprechung zum alten, bis zum 31.12.2001 gültigen Schuldrecht festhält (BGH, NJW 2016, 2878, Rn. 23 ff.). Bei einem Vertrag über ein Gebäude oder eine Eigentumswohnung, der erst nach der Fertigstellung mit einem Bauträger geschlossen wird, ist also hinsichtlich des Gebäudes bzw. der Eigentumswohnung weiterhin **Werkvertragsrecht** anzuwenden; dieses ist nach Ansicht des BGH im Vergleich zum Kaufrecht u. a. deshalb interessengerechter, weil es einen Vorschussanspruch des Bestellers und in Bezug auf die Art der Nacherfüllung ein Wahlrecht des Unternehmers vorsieht.

Die durch das **Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts** (Gesetz vom 28.04.2017, BGBl. I 2017, S. 969) mit Wirkung zum **01.01.2018** eingeführte Vorschrift des **§ 650u I BGB** erfasst nach ihrem Wortlaut nur den Fall, dass das Haus oder vergleichbare Bauwerk im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht errichtet ist (s. *MünchKomm/Busche*, BGB, 7. Aufl. 2018, § 650u Rn. 14). Den umstrittenen Fall des **Vertragsschlusses erst nach Fertigstellung** des neuen Gebäudes hat der Gesetzgeber somit **nicht ausdrücklich geregelt**. Teile des Schrifttums folgern daraus, dass das Werkvertragsrecht nach dem Willen des Gesetzgebers über § 650u I 2 BGB nur zur Anwendung kommen soll, wenn das Haus oder vergleichbare Bauwerk im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht errichtet ist (so *Palandt/Sprau*, BGB,

78. Aufl. 2019, § 650u Rn. 6; MünchKomm/*Busche*, BGB, 7. Aufl. 2018, § 650u Rn. 14). Indes lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber den bisherigen Meinungsstreit durch die Einführung des § 650u BGB entscheiden wollte (BT-Drucks. 18/8486, S. 71 ff.). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der BGH auch nach der Einführung des § 650u BGB an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten und auch weiterhin bei einem Vertrag über ein neues Gebäude oder eine neue Eigentumswohnung, der erst nach der Fertigstellung mit einem Bauträger geschlossen wird, hinsichtlich des Gebäudes bzw. der Eigentumswohnung **Werkvertragsrecht** anwenden wird.

Werkvertragsrecht findet allerdings nur Anwendung, wenn der Vertrag auf den Erwerb eines neuen, bislang noch nicht bewohnten Gebäudes gerichtet ist. Wird dagegen mit einem Bauträger ein Vertrag über eine Eigentumswohnung geschlossen, die vor dem Vertragsschluss **schon drei Jahre lang vermietet** war, ist ausschließlich **Kaufrecht** anzuwenden (BGH, NJW 2016, 1575, Rn. 25).

Auf einen Vertrag, der die Lieferung noch herzustellender **Baustoffe** (vgl. **Fall 8**: Dachpfannen) oder **Bauteile** (s. BGH, NJW 2009, 2877: Bauteile für eine Siloanlage) zum Inhalt hat, ist nach § 650 S. 1 BGB Kaufrecht anzuwenden. Dies gilt, wie der BGH klargestellt hat, auch dann, wenn die Baustoffe oder -teile zum Einbau in ein Bauwerk bestimmt sind (BGH, NJW 2009, 2877, Rn. 14 ff.). Auch der Umstand, dass der Sachleistungsschuldner im Vorfeld der Herstellung und Lieferung der Bauteile gewisse Planungsleistungen erbringen muss, führt nicht zur Anwendung von Werkvertragsrecht; etwas anderes gilt allein dann, wenn die Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrags bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert (BGH, NJW 2009, 2877, Rn. 25 f.). Die Verjährungsfrist beträgt auch bei Bestellung der Baustoffe oder Bauteile durch den Bauherrn selbst nach § 438 I Nr. 2 b BGB fünf Jahre (*Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust*, BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, § 438 Rn. 26), auch wenn dieser Sachverhalt nach früherem Recht kein Fall der „Verjährungsfalle“ (bei Bestellung und Einbau der Baustoffe durch einen Bauunternehmer, dazu oben) war. Der Umstand, dass in Fall 8 die Dachpfannen später seitens der L als wesentliche Bestandteile mit dem Gebäude und damit mit dem Grundstück verbunden worden sind (§ 94 I 1, II BGB), ändert an der Einordnung als Liefervertrag gemäß § 650 S. 1 BGB nichts; denn maßgeblich ist, ob die Sachen **im Zeitpunkt der Lieferung beweglich** sind (BGH, NJW 2009, 2877, Rn. 13).

Voraussetzung für die Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 2 b BGB ist aber stets, dass die Kaufsache **üblicherweise für ein Bauwerk verwendet wird** und auch tatsächlich verwendet worden ist. Ersteres trifft auf eine **Photovoltaikanlage**, die auf dem Dach einer Scheune installiert werden soll, zumindest dann nicht zu, wenn die Anlage nur lose und ohne größeren Eingriff in die Gebäudesubstanz auf dem Dach montiert wird und ihre Installation daher nicht als grundlegende Erneuerung des Gebäudes angesehen werden kann. Für die Gewährleistungsansprüche aus einem Kaufvertrag über die Lieferung einer solchen Anlage (ohne Montage) gilt daher nicht die fünfjährige Frist des § 438 I Nr. 2 b BGB, sondern die zweijährige Frist des § 438 I Nr. 3 BGB (BGH [VIII. Zivilsenat], NJW 2014, 845, Rn. 21; vgl. auch BGH [VII. Zivilsenat], NJW 2016, 2876, Rn. 34 f.). Wenn die Photovoltaikanlage dagegen fest mit dem Dach verbunden wird, ihre Installation mit erheblichen Eingriffen in die Gebäudesubstanz einhergeht und das Gebäude nunmehr auch dem Zweck dient, Trägerobjekt für die Anlage zu sein, liegt eine Verwendung für ein Bauwerk vor mit der Folge, dass Gewährleistungsrechte in der fünfjährigen Frist des § 438 I Nr. 2 b BGB verjähren (vgl. zu § 634a I Nr. 2 BGB BGH [VII. Zivilsenat], NJW 2016, 2876, Rn. 19 ff.).

Umstritten ist die Behandlung von Verträgen über die Herstellung und Lieferung von beweglichen Sachen, die mit dem Grundstück als **Scheinbestandteile** i. S. d. § 95 I 1 BGB verbunden werden (vgl. **Fall 9**: Gartenlaube). Die wohl herrschende Meinung fasst diesen Fall jedenfalls dann, wenn die betreffende Sache unmittelbar auf dem Grundstück hergestellt wird, nicht unter § 650 S. 1 BGB (Anwendung von Kaufrecht), sondern wendet Werkvertragsrecht an, weil bei diesem Sachverhalt keine Lieferung i. S. d. § 650 S. 1 BGB und auch keine bewegliche Sache im natürlichen Sprachgebrauch vorliege (*Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2014, § 651 Rn. 4; zu dieser Ansicht neigend auch BGH, NJW 2009, 2877, Rn. 11). Die Gegenansicht (*Ott*, MDR 2002, 361, 363) wendet dagegen auch hier § 650 S. 1 BGB und damit Kaufrecht an. Dies dürfte zumindest dann angebracht sein, wenn die Sache – wie im Fall 9 die Gartenlaube – zunächst außerhalb des Grundstücks hergestellt und erst dann auf dieses gebracht wird, weil in diesem Fall durchaus die Lieferung einer beweglichen Sache stattfindet. Im maßgeblichen Zeitpunkt der Lieferung (s. BGH, NJW 2009, 2877, Rn. 13) war die Gartenlaube mangels Verbindung mit dem Grundstück durchaus auch nach natürlichem Sprachgebrauch noch beweglich.