

Merkblatt 3

Abgrenzung zwischen Bauvertrag und Dienstvertrag

Für die Abgrenzung zwischen dem Bauvertrag (Werkvertrag) und dem Dienstvertrag ist entscheidend, ob nach dem Inhalt des Vertrages nur die **Tätigkeit als solche** (dann Dienstvertrag) oder ein durch die Tätigkeit herbeizuführender **Erfolg** geschuldet ist. Dies ist im Wege der Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien und aller Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Dabei sind in Zweifelsfällen insbesondere folgende Gesichtspunkte von Bedeutung:

- Wer trägt nach dem Inhalt des Vertrages die **Vergütungsgefahr**, also die Gefahr, dass die Sachleistung zwar erbracht worden ist, deren Schuldner aber dennoch nicht die Gegenleistung verlangen kann, etwa wegen zwischenzeitlichen Untergangs der Sachleistung? Trägt der Schuldner der Sachleistung die Vergütungsgefahr, spricht dies für einen Werkvertrag (vgl. § 644 I 1 BGB).
- Ist der Vertrag auf **längere Dauer** angelegt (dann eher Dienstvertrag) oder zeitlich und gegenständlich auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges beschränkt (dann eher Werkvertrag)?
- Wird die Leistung **selbstständig** (dann eher Werkvertrag) oder unselbstständig (dann eher Dienstvertrag) erbracht?
- Muss die Leistung nach dem Inhalt des Vertrages vom Schuldner **persönlich** erbracht werden (dann eher Dienstvertrag, vgl. § 613 S. 1 BGB) oder ist eine Delegation zulässig (dann eher Werkvertrag)?
- Wie ist die **Vergütung zu zahlen**: monatlich nach geleisteten Stunden (dann eher Dienstvertrag) oder nach vollständiger Erbringung der Leistung auf Rechnung (dann eher Werkvertrag)?
- Schließlich: Welche **Rechtsfolgen** sind für den in Rede stehenden Sachverhalt **interessengerechter**? Wenn beispielsweise der Gläubiger der Sachleistung im Fall, dass diese mangelhaft erbracht wird, eher an der Beseitigung des Mangels als an Schadensersatz interessiert ist, spricht dies wegen des beim Dienstvertrag fehlenden Nacherfüllungsanspruchs eher für einen Werkvertrag (s. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB).

Die vorstehend aufgeführten Gesichtspunkte haben jedoch **nur Indizwirkung**; erforderlich ist für die Abgrenzung immer eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles. So kann selbstverständlich auch bei selbstständiger Erbringung der Leistung ein Dienstvertrag vorliegen (z. B. Anwaltsvertrag), und auch bei einer stundenweisen Abrechnung kann ein Bauvertrag (Werkvertrag) vorliegen (z. B. Vertrag über Stundenlohnarbeiten).

Wird einem selbständigen Unternehmer der zeitlich und gegenständlich begrenzte Auftrag zur Ausführung einer bestimmten Bauleistung (z. B. **Fall 1**: Verklinkerung) erteilt, ist ein konkreter Erfolg geschuldet, so dass ein **Werkvertrag** gem. § 631 BGB vorliegt. Sofern die Bauleistung in der Herstellung, der Wiederherstellung, der Beseitigung oder dem Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon besteht, handelt es sich gem. § 650a I 1 BGB um einen **Bauvertrag** als Unterfall eines Werkvertrags. Auf den Bauvertrag finden ebenfalls die allgemeinen werkvertragsrechtlichen Vorschriften der §§ 631–650 BGB und gem. § 650a I 2 BGB ergänzend die durch das am 01.01.2018 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts (Gesetz vom 28.04.2017, BGBl. I 2017, S. 969) eingeführten Sondervorschriften der §§ 650a–650h BGB Anwendung. Im Fall 1 wird man die herzustellende Verklinkerung als Teil eines Bauwerks anzusehen haben, so dass es sich um einen Bauvertrag handelt. Ein auf Dauer angelegter Vertrag über eine unselbständige Tätigkeit ist dagegen ein **Dienstvertrag** gem. § 611 BGB (Arbeitsvertrag), auch wenn im Rahmen der Tätigkeit einzelne Bauleistungen erbracht werden müssen (vgl. **Fall 2**).

Der **Architekten- oder Ingenieurvertrag** war schon bisher nach ständiger Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 31, 224, 225 ff.) und allgemeiner Literaturansicht (vgl. etwa MünchKomm/Busche, BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 201) in aller Regel kein Dienstvertrag, sondern ein **Werkvertrag**. Der Architekt oder Ingenieur schuldet zwar nicht die körperliche Erstellung des Bauwerks. Er schuldet jedoch ein „**geistiges Werk**“, nämlich eine Gesamtheit von planerischen und sonstigen (Bauüberwachung, Baubetreuung usw.) Leistungen, die geeignet sind, ein mangelfreies körperliches Bauwerk entstehen zu lassen.

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 Architekten- und den Ingenieurvertrag nunmehr erstmals als werkvertragsähnlichen Vertrag in §§ **650p–650t BGB** gesetzlich geregelt. Ein **Architekten- oder Ingenieurvertrag** ist nach § 650p I BGB jeder Vertrag über Architekten- und Ingenieurleistungen, insbesondere über **Planungs- und Überwa-**

chungsleistungen, die der Herstellung von **Bauwerken** oder Außenanlagen dienen (s. BT-Drucks. 18/8486, S. 66 f.). § 650q I BGB ordnet jetzt ausdrücklich an, dass auf den Architekten- oder Ingenieurvertrag die allgemeinen **werkvertragsrechtlichen Vorschriften** der §§ 631–650 BGB und die für den Bauvertrag geltenden Sondervorschriften der §§ 650b, 650e–650h BGB entsprechende Anwendung finden; darüber hinaus treten teils ergänzend, teils modifizierend die speziell für den Architekten- oder Ingenieurvertrag geltenden Bestimmungen der §§ 650p–650t BGB hinzu.

Der Architekt oder Ingenieur haftet daher – sowohl nach dem früheren als auch nach dem seit dem 01.01.2018 gültigen Recht – in jedem Fall für Mängel des geistigen Werkes, insbesondere für **Planungsmängel**. Solange sich die Mängel im geistigen Werk **nicht im körperlichen Bauwerk realisiert** haben, haftet der Architekt oder Ingenieur auch auf Nacherfüllung (§§ 650q I, 634 Nr. 1, 635 I BGB) durch Korrektur der Planung. Wenn sich die Planungsmängel dagegen **bereits im Bauwerk verwirklicht** haben, ist eine Nacherfüllung durch den Architekten oder Ingenieur ausgeschlossen (vgl. **Fall 3**). Eine Korrektur der Pläne wäre sinnlos und wegen Zeitablaufs auch unmöglich (§ 275 I BGB), weil sie die Mängel im bereits erstellten körperlichen Werk nicht mehr beheben könnte; und zur Nacherfüllung in Bezug auf Mängel des körperlichen Bauwerks ist der Architekt oder Ingenieur von vornherein nicht verpflichtet, weil die Errichtung des körperlichen Bauwerks nicht zu der vom Architekten oder Ingenieur geschuldeten Leistung gehört (BGH, NJW 1965, 1175, 1176; NJW 1974, 367; NJW-RR 2008, 260, 261). Der Architekt oder Ingenieur schuldet dann aber – bei Vertretenmüssen – Schadensersatz in Höhe der Kosten für die Beseitigung der auf die fehlerhafte Planung zurückzuführenden Bauwerksmängel. Es handelt sich um **Schadensersatz neben der Leistung** gem. §§ 650q I, 634 Nr. 4, 280 I BGB (BGH, NJW 2002, 3543, 3544; *Palandt/Retzlaff*, BGB, 80. Aufl. 2021, § 634 Rn. 16; *MünchKomm/Busche*, BGB, 8. Aufl. 2020, § 634 Rn. 70; a. A. – Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 650q I, 634 Nr. 4, 280 I, III, 281, 283 BGB – *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Voit*, BGB, 57. Edition, Stand: 01.05.2020, § 636 Rn. 69).

Beschränkt sich der einem Architekten oder Ingenieur erteilte Auftrag auf die **bloße Beratung** in Bezug auf Mängel des Bauwerks und ihre Beseitigung (vgl. **Fall 4**), liegt ausnahmsweise kein Werkvertrag bzw. kein Architekten- oder Ingenieurvertrag gem. § 650p I BGB, sondern ein **Dienstvertrag** vor (OLG Hamm, NJW-RR 1995, 400; ebenso zum seit dem 01.01.2018 geltenden neuen Recht *MünchKomm/Busche*, BGB, 8. Aufl. 2020, § 650p

Rn. 39). Der Architekt oder Ingenieur schuldet in diesem Fall keinen Erfolg in Gestalt einer Beseitigung der Mängel, sondern nur eine Beratungstätigkeit, auf deren Grundlage der Auftraggeber die Mängelbeseitigung dann selbst bewirken kann.

Die Einordnung eines Vertrages mit einem Architekten oder Ingenieur, der keine planerischen Leistungen, sondern allein die **Bauleitung oder Bauaufsicht** zum Inhalt hat (vgl. **Fall 5**), war nach **früherem Recht** umstritten. Von einer älteren Ansicht wurde ein Vertrag, aus dem nur Bauaufsichtsleistungen geschuldet werden, als Dienstvertrag eingeordnet (so *Erman/Schwenker*, BGB, 11. Aufl. 2004, Vor §§ 631–651 Rn. 14; in diesem Sinne auch die ältere Rechtsprechung, s. BGH, NJW 1960, 1198, 1199; vgl. auch BGHZ 59, 163, 166). Die neuere Rechtsprechung (grundlegend BGHZ 82, 100, 105 ff.) und die herrschende Lehre (etwa *Erman/Schwenker/Rodemann*, BGB, 16. Aufl. 2020, Vor § 631 Rn. 14) sahen auch einen Vertrag, der nur die Erbringung von Bauaufsichtsleistungen zum Inhalt hat, bereits nach dem bis zum 31.12.2017 geltenden Recht als **Werkvertrag** an. Für letztere Auffassung spricht, dass auch Bauaufsichtsleistungen als „geistiges Werk“ angesehen werden können: Der zur Bauaufsicht Verpflichtete schuldet zwar nicht das Bauwerk selbst als körperliches Werk, wohl aber die Bauaufsichtsleistungen als geistiges Werk, welche dann mangelfrei sind, wenn sie so beschaffen sind, dass sie zu einem mangelfreien körperlichen Werk – dem eigentlichen Bauwerk – führen können. Für die Einordnung als Werkvertrag spricht zudem, dass § 634a I Nr. 2 BGB davon ausgeht, dass auch die Erbringung von Überwachungsleistungen für ein Bauwerk nach Werkvertragsrecht zu behandeln ist.

Mit dem am **01.01.2018** in Kraft getretenen Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts (Gesetz vom 28.04.2017, BGBl. I 2017, S. 969) hat der Gesetzgeber den Architekten- und den Ingenieurvertrag in den neuen Vorschriften der §§ **650p–650t BGB** ausdrücklich als werkvertragsähnlichen Vertrag eingeordnet. § **650q I BGB** ordnet nunmehr explizit an, dass auf den Architekten- oder Ingenieurvertrag die allgemeinen **werkvertragsrechtlichen Vorschriften** der §§ 631–650 BGB und die für den Bauvertrag geltenden Sondervorschriften der §§ 650b, 650e–650h BGB entsprechende Anwendung finden. Als **Architekten- oder Ingenieurvertrag** i. S. d. § 650p I BGB ist ohne Weiteres auch ein Vertrag mit einem Architekten oder Ingenieur anzusehen, aus dem nur Bauaufsichtsleistungen geschuldet werden (s. etwa *Palandt/Retzlaff*, BGB, 80. Aufl. 2021, § 650p Rn. 2; *MünchKomm/Busche*, BGB, 8. Aufl. 2020, § 650p Rn. 14).