

ZUR ABGRENZUNG ZWISCHEN KAUF- UND WERKVERTRAG UND ANSPRÜCHE DES BESTELLERS VOR WERKABNAHME

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail hamm@schluender.info

OLG HAMM, ENTSCHEIDUNG VOM 27.09.2022, AZ. 24 U 57/21

Das OLG Hamm hatte zwei Fragen zu klären: Zum einen wie Kauf- und Werkvertrag voneinander abzugrenzen sind, zum anderen, inwieweit der Besteller vor Abnahme des Werkes Ansprüche gegen den Unternehmer haben kann.

SACHVERHALT

Der Auftraggeber war Bauherr einer Doppelhaushälfte. Der Auftragnehmer war von ihm werkvertraglich mit der Lieferung und dem passgenauen Einbau von Fenster- und Türelementen beauftragt. Nach Ausführung der Arbeiten teilte der Auftragnehmer mit, seine Leistungen seien fertig; die Leistungen wurden zur Abnahme angeboten. Noch vor der Abnahme rügte der Auftraggeber Mängel und setzte fruchtlos Mängelbeseitigungsfristen. Erst dann erklärte der Auftraggeber die Abnahme. Der Auftraggeber verlangt Zahlung von Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung. Der Auftragnehmer stellte sich auf den Standpunkt, dass ein Kaufvertrag geschlossen sei, kein Werkvertrag, und dass vor der Abnahme jedenfalls keine wirksame Nacherfüllungsfrist gesetzt werden konnte, die aber Voraussetzung für einen solchen Anspruch sei.

ENTSCHEIDUNG

Das OLG Hamm hat zunächst entschieden, dass der zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geschlossene Vertrag als Werkvertrag zu charakterisieren sei. Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag erfolge anhand des Schwerpunktes des Vertrages. Liege dieser vorrangig darin, dem Gläubiger das Eigentum an der Sache zu verschaffen, also in der Übergabe und Übereignung i.S.d. § 929 BGB, ist

von einem Kaufvertrag nach § 433 BGB auszugehen. Liege der Fokus des Vertrages hingegen auf der Herbeiführung eines Erfolges dergestalt, dass der Schuldner entweder eine neue Sache herzustellen hat oder Einzelteile in eine Sache einfügt, sei eher ein Werkvertrag anzunehmen. Hier bejahte das OLG im Hinblick auf das passgenaue Herstellen und den Einbau von Fenstern und Türen davon aus, dass ein Werkvertrag geschlossen worden sei. Die Abgrenzung zwischen einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und einem Werkvertrag erfolgt nach der Rechtsprechung danach, ob der Schwerpunkt der vertraglichen Pflichten des Auftragnehmers in der bloßen Übergabe und Übereignung von (herzustellenden) Sachen liegt oder in der Herbeiführung eines Gesamterfolgs durch Lieferung und Montage von Einzelteilen. Für einen Werkvertrag ist dabei entscheidend, dass bei einer qualitativen Gesamtbewertung die Herstellung eines funktionstauglichen Werks im Vordergrund steht. Dabei kam es gerade auf den passgenauen Einbau durch den Auftragnehmer an. Ohne passgenauen Einbau war die fachgerechte Herstellung des Gebäudes nicht möglich.

Da nach Ansicht des OLG Hamm ein Werkvertrag geschlossen wurde, kam es auch die weitere Frage der Abnahme – diese gibt es beim Kaufvertrag nach dem Gesetz nicht – an. Grundsätzlich gibt es Mängelrechte erst nach Abnahme; damit geht das Vertragsverhältnis von der Erfüllungsebene auf die Gewährleistungsebene über. Das OLG Hamm hat im vorliegenden Fall aber einen Anspruch des Auftraggebers auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung bejaht; eine *Nacherfüllungsfrist* gem. § 637 BGB könne bereits *vor* der Abnahme wirksam gesetzt werden, sofern der Erfüllungsanspruch fällig ist, der Unternehmer das Werk als fertig gestellt zur Abnahme anbietet und der Nacherfüllungsanspruch später fällig wird. Zwar werde der Nacherfüllungsanspruch im Grundsatz erst mit der Abnahme fällig (im Ausnahmefall kann die Abnahme auch entbehrlich sein). Jedoch sind der Erfüllungs- und der Nacherfüllungsanspruch dann, wenn es um die Beseitigung von fehlerhaften Leistungen nach Fertigstellung(sanzeige) einander so ähnlich und auf das gleiche Ziel gerichtet, dass es nach Abnahme keiner (erneuten) Nachbesserungsfrist durch den Auftraggeber mehr bedürfe.