

gerregelung des Art. 7 I EVÜ, der sich in einigen Aspekten von Art. 9 III Rom I-Verordnung unterscheidet, hatte unter anderem die Bundesrepublik Deutschland einen Vorbehalt erklärt und die Vorschrift nicht in das nationale Recht transformiert.

Der Art. 9 III Rom I-Verordnung gilt uneingeschränkt für alle Mitgliedstaaten.

Im Unterschied zu Art. 7 I EVÜ gilt Art. 9 III Rom I-Verordnung nur für Eingriffsnormen derjenigen Staaten, in denen der Vertrag erfüllt werden soll oder erfüllt wurde, „so weit diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen“. Ausländische Eingriffsnormen können nur berücksichtigt werden, wenn sie „die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen“. Diese Vorausset-

zung beschränkt die Regelung auf die Vorschriften, die die Unwirksamkeit des Vertrags oder seiner Erfüllung anordnen¹⁴¹.

Ungeklärt ist, wie der Erfüllungsort zu bestimmen ist. In Betracht kommt der Erfüllungsort des Vertragsstatuts, der der *lex fori*, der des Rechts der Eingriffsnorm oder der faktische Erfüllungsort¹⁴².

141 Freitag, in: *Reithmann/Martiny* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 634 ff.; *Martiny*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 15), Art. 9 Rom I-VO Rdnr. 117; *Ringe* (o. Fußn. 87), Art. 9 Rom I-VO Rdnr. 29.

142 *Magnus*, *IPRax* 2010, 27 (41); Freitag, in: *Reithmann/Martiny* (o. Fußn. 2), Rdnrn. 638 ff.; *Martiny*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 15), Art. 9 Rom I-VO Rdnr. 116; *Ringe* (o. Fußn. 87), Art. 9 Rom I-VO Rdnr. 25.

Rechtsanwalt Andreas Weglage und Rechtsanwältin Julia Sitz*

Kaufrecht am Bau

Teil I: Die Rechtsfolgen des § 651 BGB

Dieser Aufsatz beschäftigt sich mit der bisher in der baualtäglichen Praxis sowie der Rechtsprechung und Fachliteratur weitgehend unbeachteten Problematik des bereits im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung neu gefassten § 651 BGB und seiner dabei erheblich geänderten Anwendungsbereiche im Gegensatz zu dem früheren so genannten „Werklieferungsvertrag“. Im vorliegenden Teil I wird zunächst in die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Kaufrecht und Werkvertragsrecht und Handelsrecht eingeführt, um dann unter Berücksichtigung der nun diesbezüglich ergangenen zwei bedeutenden BGH-Entscheidungen diese für die Praxis der am Bau Beteiligten darzustellen. Eine teilweise umfangreiche Neubewertung bzw. -betrachtung des § 651 BGB ist nunmehr unter Berücksichtigung dieser beiden BGH-Entscheidungen für jeden Baujuristen unumgänglich. In Teil II folgt dann im nächsten Heft eine im Schwerpunkt spezifisch architektenrechtliche Aufarbeitung dieser beiden BGH-Entscheidungen und ihrer Folgen im Hinblick auf die zukünftige Gestaltung von Architektenverträgen und für die Architektenhaftung.

I. Einführung

Am 1. 1. 2002 ist das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten. Unter anderem hat die Umsetzung der so genannten Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der EU¹ dabei zu einer vollständigen Modernisierung des Schuldrechts mit umfangreichen Änderungen des Gesetzes geführt².

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie selbst hatte zum Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen³ und mit ihrer Umsetzung zugleich einheitliche Mindestvorschriften über den Kauf von Verbrauchsgütern im Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten zu schaffen⁴. Dementsprechend erfasst die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unter anderem für ihren Anwendungsbereich auch nur Geschäfte zwischen Verbrauchern und Unternehmern und nicht Kauffälle zwischen Unternehmern untereinander gem. Art. 1 VbrGKRL⁵.

Jedoch hat sich der deutsche Gesetzgeber mit der Einführung des § 651 BGB, der eine Anwendung des Kaufrechts auch für Bauverträge vorsieht, autonom für einen über den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinaus-

gehenden eigenen innerstaatlichen Anwendungsbereich entschieden⁶, und dies nicht nur die Frage der zu berücksichtigenden Kauffälle betreffend. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist so gem. § 651 BGB ein Fall – trotz des werktypischen Charakters – unter Umständen nach Kaufrecht zu behandeln⁷.

Die daraus nun in Deutschland bei der Anwendung des Kaufrechts für Bauverträge nach § 651 BGB resultierenden Rechtsfolgen sind erheblich. Vor allem ist die Zuordnung baubezogener Herstellungs- und Lieferverträge zum Kaufrecht für die Mängelhaftung von erheblicher Bedeutung⁸. Doch dies gilt nicht nur für Bauhandwerker und -unternehmen, sondern ganz besonders auch für freiberufliche Architekten, ihre Haftungsrisiken und ihre nunmehr notwendig (diese möglichen Haftungsrisiken abwehrenden) zu ändernden (Architekten-)Vertragsgestaltungen.

Zugleich sind die Problemstellungen, die sich aus § 651 BGB ergeben, aber bisher kaum bekannt. Und selbst die zum § 651 BGB ergangenen zwei BGH-Entscheidungen⁹ fanden

* Der Autor *Weglage* ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und personenzertifizierter Sachverständiger für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken; die Autorin *Sitz* ist Rechtsanwältin in der Rechtsanwaltskanzlei *Weglage* in Ostbevern-Brock.

1 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 5. 1999, ABIEG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, S. 12, zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

2 *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 70. Aufl. (2011), § 474 Rdnr. 1; wenn auch – so die Kritik – keine übersichtlichen neuen Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf geschaffen wurden, sondern diese „verstreut“ im Allgemeinen Schuldrecht, im Allgemeinen Kaufrecht und in den §§ 474-479 BGB verteilt worden sind.

3 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 5. 1999, ABIEG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, S. 12, zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

4 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. 5. 1999, ABIEG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, S. 12, zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

5 *Rudolph*, *BauR* 2009, 1806 (1809).

6 *Rudolph*, *BauR* 2009, 1806 (1809).

7 *Rudolph*, *BauR* 2009, 1806 (1814).

8 *Jansen*, *IBR* 2010, 1361 Rdnr. 28 (nur online).

9 *BGHZ* 182, 140 = *NZBau* 2009, 644 = *NJW* 2009, 2877; *BGH*, *Urt. v.* 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468.

für Bauverträge nur wenig¹⁰ und für das Architektenrecht und die Architektenhaftung fast¹¹ gar keine fachliterarische Beachtung und somit auch nahezu keine Berücksichtigung in der alltäglichen (bau-)vertraglichen Praxis.

Dies muss sich nach Meinung der *Verfasser* dringend ändern, muss doch der Baujurist – aber auch der freiberufliche Architekt – höchstselbst die Bedeutung des § 651 BGB und die daraus resultierenden erheblichen Haftungsrisiken zukünftig rechtzeitig erkennen und zu vermeiden suchen. Diese thematische Schwerpunktsetzung ist dabei die Aufgabenstellung dieses Aufsatzes durch die entsprechende Würdigung sowohl der aktuellen Fachliteratur, der beiden oben genannten BGH-Entscheidungen, als auch der beiden (im Kontext zu den BGH-Entscheidungen) ergangenen Entscheidungen des OLG Rostock und des OLG Bremen¹².

Zunächst erfolgt eine kurze Übersicht über einige (in Bezug auf die Anwendung des § 651 BGB) wesentlichen Unterschiede verschiedener am Bau üblicher Vertragsarten bzw. Vertragstypen.

II. Besonderheiten der Vertragsarten und -typen am Bau in Bezug auf die Anwendung des § 651 BGB

1. Kaufvertrag

Die Fälligkeit des Kaufpreises tritt mit Entstehung der Forderung, das heißt also grundsätzlich mit Abschluss des Kaufvertrags ein¹³.

Im Fall der Mangelhaftigkeit der gekauften Sache haftet der Verkäufer dafür gem. den §§ 434 ff. BGB, vorausgesetzt, der Mangel der Kaufsache bestand bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Gefahrübergang ist der Zeitpunkt, wenn die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache auf den Käufer übergeht, § 446 BGB. Dieser Zeitpunkt ist grundsätzlich, abgesehen von wenigen Ausnahmen, in der Übergabe der Kaufsache zu sehen¹⁴. Ein Anspruch auf Annahme der Kaufsache entsteht aber nur, wenn die Sache gänzlich mangelfrei ist (bei unwesentlichen Mängeln entfällt lediglich das Rücktrittsrecht gem. § 325 V BGB)¹⁵.

Bei Nacherfüllungsansprüchen¹⁶ hat der Käufer das Wahlrecht, ob er den Mangel beseitigen lässt oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt, § 439 I BGB. Indes hat er kein so genanntes Selbstvornahmerecht¹⁷. Nacherfüllungsort ist der Ort, an dem sich die Sache im Zeitpunkt der Nacherfüllung vertragsgemäß befindet¹⁸. Im Ergebnis ist das in der Regel die Baustelle, weil dorthin direkt geliefert wurde, oder die Sache dorthin bestimmungsgemäß verbracht worden ist¹⁹.

Es gibt keine Abschlagszahlungen im Kaufrecht (Vorleistungspflicht des Verkäufers), der Leistungsaustausch erfolgt Zug um Zug. Zugleich gibt es aber auch keine kaufrechtsspezifischen gesetzlichen Sicherungsrechte und ein Eigentumsvorbehalt des Verkäufers geht beim Einbau der Kaufsache in ein Bauwerk ins Leere²⁰.

Die Nebenkosten der Nacherfüllung bei einer mangelbehafteten Sache (z. B. der Ausbau der mangelhaften Sache [noch streitig] und der erneute Einbau einer dann mangelfreien Sache²¹) sind bisher nicht vom Verkäufer zu tragen²². Dies wird sich zukünftig nach Meinung der *Verfasser* wegen der anderslautenden Entscheidung des *EuGH*²³ v. 16. 6. 2011 ändern.

Die Mängelansprüche des Käufers verjähren bei einem Bauwerk und bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendung für ein Bauwerk verwendet worden ist und

dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, in fünf Jahren gem. § 438 Nr. 2 a und b BGB. Die Verjährung beginnt grundsätzlich gem. § 438 II BGB mit dem Gefahrübergang (der Ablieferung bzw. Übergabe der Sache)²⁴.

2. Verbrauchsgüterkauf

Ein Verbrauchsgüterkauf liegt immer dann vor, wenn an dem Vertrag ein Verbraucher i. S. von § 13 BGB und ein Unternehmer i. S. von § 14 BGB beteiligt sind.

§ 476 BGB regelt bei Sachmängeln an der Ware innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Käufers. Der Verkäufer ist somit in der Beweispflicht, dass die Sache im Zeitpunkt der Übergabe mangelfrei war.

Es dürfen keine zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433-435, 437, 439-443 BGB abweichende Vereinbarungen vor Mitteilung eines Mangels getroffen werden, § 475 I BGB.

3. Handelskauf

Handelsgeschäfte gem. § 343 HGB sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, und dazu zählt auch der so genannte Handelskauf gem. §§ 343, 344 i. V. mit § 377 HGB²⁵.

Die Kaufmannseigenschaft wiederum bestimmt sich nach den §§ 1-7 HGB. Mit der grundlegenden Änderung und damit einhergehenden Erweiterung des Kaufmannsbegriffs durch die Handelsrechtsreform 1998 erfüllen nunmehr fast alle Bauhandwerker und -unternehmer die Kaufmannseigenschaft²⁶.

Beim Handelskauf (u. a. beim Kauf von Waren i. S. von § 377 I HGB und beim Vertrag über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen gem. § 381 II i. V. mit § 377 I HGB) ist § 377 HGB von besonderer Bedeutung (§ 381 II HGB erfasst dabei übrigens auch Verträge über unvertretbare Sachen²⁷).

Für die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Vorschriften des HGB gilt, dass der Gesetzgeber wollte, dass sich die Anwendungsbereiche von § 651 S. 1 BGB und § 381 II HGB decken, so dass sich die aus der überschießenden Umsetzung (s. o. im Rahmen des Abschnitts I „Einführung“) ergebenden Konsequenzen auch auf Nichtverbrauchergeschäfte erstre-

10 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 72 (nur online).

11 Rath, in: Festschr. f. Koeble, 2010, S. 457.

12 OLG Rostock, Beschl. v. 16. 2. 2010 – 4 U 99/09, BeckRS 2010, 19373, u. Anm. Leidig, IBR 2010, 624; OLG Bremen, Urt. v. 19. 3. 2010 – 2 U 110/09, IBR 2011, 406.

13 Palandt/Weidenkaff (o. Fußn. 2), § 433 Rdnr. 41.

14 Palandt/Weidenkaff (o. Fußn. 2), § 434 Rdnr. 8.

15 Voit, BauR 2009, 369 (371).

16 Palandt/Weidenkaff (o. Fußn. 2), § 434 Rdnr. 1.

17 Voit, BauR 2009, 369 (376); Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 42 (nur online).

18 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 33 (nur online); Voit, BauR 2009, 369 (374 f.).

19 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 33 (nur online).

20 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnrn. 44 u. 45 (nur online); Voit, BauR 2009, 369 (376).

21 So BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 = BauR 2008, 1609.

22 Voit, BauR 2009, 369 (375); Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 42 (nur online).

23 *EuGH*, NJW 2011, 2269.

24 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 29 (nur online); Voit, BauR 2009, 369 (378).

25 Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl. (2011), vor §§ 373–376 Rdnr. 1.

26 Rath (o. Fußn. 11), S. 457 (458).

27 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1815).

cken, mithin §§ 381 II und § 377 HGB anwendbar sind²⁸. Danach gilt eine (gegenüber dem Kauf nach BGB) zusätzliche unverzügliche²⁹ Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers³⁰. Im Rahmen dieser Pflicht hat der Käufer unverzüglich nach Erhalt der Kaufsache, diese auf ihre Mangelhaftigkeit hin zu prüfen (bei sehr umfangreichen Warenlieferungen gegebenenfalls Stichproben). Bei bestehenden Mängeln hat er diese gegenüber dem Verkäufer sofort anzuzeigen, § 377 I HGB. Und kommt der Käufer dieser Pflicht nicht nach, verliert er sämtliche Mängelansprüche gegenüber dem Verkäufer³¹. Am Bau gilt danach ganz konkret:

„... (Der Käufer) ist gehalten, alle angelieferten Bauteile und Baustoffe unverzüglich und sorgfältig zu prüfen, wenn er etwaige Mängelansprüche nicht verlieren will. ... Das bedeutet, er hat für fast alle angelieferten Bau- und Anlagenteile die organisatorischen und fachlichen Voraussetzungen für die gebotene Überprüfung zu schaffen und muss darüber informiert sein, welche Untersuchungsmaßnahmen jeweils als handelsüblich anzusehen sind. ...“³².

Damit geht diese Untersuchungs- und Rügepflicht nach HGB deutlich über die Fälle hinaus, in denen man nach § 640 BGB die Kenntnis eines Mangels annehmen kann³³.

§ 381 II HGB (und damit auch § 377 HGB) ist jedoch nicht anwendbar, wenn es sich nicht um Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen handelt, sondern um so genannte Lieferungsverträge mit Montageverpflichtung. Solche Verträge sind anzunehmen, wenn die Montage (bzw. der sich in der Folge der Montage ergebende Zustand) als Gesamterfolg den Schwerpunkt des Gesamtvertrags ausmacht, oder es sich um normale Änderungswerkverträge handelt³⁴.

Tritt ein Mangel trotz durchgeführter Untersuchung erst später auf, muss der Käufer auch dann den Mangel unverzüglich gegenüber dem Verkäufer anzeigen um seine Rechte zu wahren. Ansonsten verliert der Käufer bei unterlassener Untersuchungs- und Rügepflicht nur dann nicht seine Mängelrechte, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, § 377 V HGB.

4. Werkvertrag

Für die Fälligkeit gilt, der Werklohn ist bei der Abnahme des Werks zu entrichten, §§ 640, 641 BGB.

Die Haftung für Mängel tritt mit der Abnahme ein. Ein Anspruch auf Abnahme nach § 640 I 2 BGB besteht aber bereits, wenn das Werk im Wesentlichen mangelfrei ist³⁵.

Im Rahmen des Rechts des Bestellers auf Nacherfüllung ist von Bedeutung, dass dem Werkunternehmer das Wahlrecht zusteht, ob er den Mangel beseitigt oder ein neues Werk herstellt, § 635 I BGB. Zudem hat der Besteller unter bestimmten Voraussetzungen auch ein so genanntes Selbstvornahmerecht gem. § 637 BGB. Erfüllungsort für die Nacherfüllungsverpflichtung ist auch beim Werkvertrag der Ort, an dem sich die Sache im Zeitpunkt der Nacherfüllung vertragsgemäß befindet³⁶.

Beim Werkvertrag sind die Nebenkosten der Nacherfüllung vom Werkunternehmer zu tragen³⁷. Der Werkunternehmer ist somit zwar grundsätzlich zur Vorleistung verpflichtet, kann aber zum einen Abschlagszahlungen gem. § 632 a BGB begehren, zum anderen seinen Vergütungsanspruch durch Sicherheitsleistungen (z. B. § 648 a BGB etc.) absichern³⁸.

Die Verjährungsfrist nach § 634 a BGB beträgt bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen besteht, fünf Jahre gem. § 634 a I Nr. 2 BGB, und ansonsten (z. B. Erdarbeiten für Baugrube etc.) zwei Jahre gem. § 634 a I Nr. 1

BGB. Beginn der Verjährungsfrist ist grundsätzlich mit der Abnahme des Werks gem. § 634 a II BGB gegeben.

Gemäß § 649 BGB besteht zudem ein privilegiertes (freies³⁹) Kündigungsrecht. Der Besteller eines Werks kann bis zur Vollendung des Werks ohne Angaben von Gründen den Vertrag kündigen. Der Werkunternehmer behält im Falle einer solchen Kündigung seinen Vergütungsanspruch, muss sich jedoch ersparte Aufwendungen anrechnen lassen.

Zudem kann jeder Bauvertrag vom Auftraggeber und vom Auftragnehmer aus wichtigen Grund gekündigt werden.

5. VOB-Vertrag

Die Vorschriften des Werkvertrags tragen den Bedürfnissen der Vertragspartner für sachgerechte Regelungen bei der Errichtung eines Bauwerks vielfach nicht Rechnung. Aus diesem Grunde wurde die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) geschaffen, deren Teil B die so genannten Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen beinhaltet. Die VOB/B gilt jedoch nur, wenn sie zwischen den Parteien vereinbart wurde, denn sie ist weder Gesetz noch Rechtsverordnung⁴⁰, sondern reines Vertragsrecht⁴¹.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Zahlung der vereinbarten Vergütung bei Fälligkeit (die u. a. eine [Schluss]-Rechnung und eine Abnahme der Bauleistung voraussetzt, §§ 12 u. 14 VOB/B). Zudem kann der Auftraggeber bereits während und nicht erst nach der Bauleistung im Falle mangelhafter Leistungen Mängelansprüche geltend machen, § 4 VII VOB/B.

Dem Auftragnehmer steht das Wahlrecht der Art der Mangelbeseitigung zu, § 13 V Nr. 1 VOB/B. Die Verjährungsfrist gem. § 13 IV VOB/B beträgt für Bauwerke vier Jahre und für andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache liegt, zwei Jahre. Beginn der Verjährungsfrist ist grundsätzlich mit der Abnahme der Leistung gem. § 12 VOB/B.

Gemäß § 8 I Nr. 1 VOB/B besteht ein privilegiertes Kündigungsrecht, wonach der Auftraggeber bis zur Vollendung des Werkes ohne Angaben von Gründen den Vertrag kündigen kann. Der Auftragnehmer behält im Falle einer solchen Kündigung aber seinen Vergütungsanspruch, muss sich jedoch ersparte Aufwendungen anrechnen lassen gem. § 8 I Nr. 2 VOB/B.

Hinzu tritt das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund (nach VOB/B insbesondere bei mangelhafter Leistung des Auftragnehmers trotz Rüge und Nachfristsetzung während der Leistungserbringung oder im Zeitpunkt der Abnahme [dann natürlich ohne Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung]).

28 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1817).

29 Rath (o. Fußn. 11), S. 457 (461).

30 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 31 (nur online).

31 Koch, in: Oetker, HGB, 2. Aufl. (2011), § 377 Rdnr. 116; Rath (o. Fußn. 11), S. 457 (458).

32 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 31 (nur online).

33 Voit, BauR 2009, 369 (374).

34 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1815).

35 Voit, BauR 2009, 369 (371).

36 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 33 (nur online).

37 Voit, BauR 2009, 369 (375).

38 Voit, BauR 2009, 369 (376).

39 Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl. (2011), Rdnr. 1720.

40 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 39), Rdnr. 1239.

41 Werner, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 39), Rdnr. 1239.

III. Anwendung von Kaufrecht (vormals sog. Werklieferungsvertrag)

Im Unterschied zum Kaufvertrag und zum Werkvertrag nahm der vormalig so genannte Werklieferungsvertrag gem. § 651 BGB a.F. eine Zwitterstellung aus diesen beiden Vertragstypen ein und war somit auch durch Elemente beider Vertragstypen geprägt. Mit einer typologischen Einordnung (z. B. ein werktypischer Vertrag ist dem Werkvertragsrecht zuzuordnen etc.) versuchte die Rechtsprechung und Literatur die Zuordnung von Sachverhalten und Verträgen vor der Schuldrechtsmodernisierung zu regeln⁴².

Aber nicht nur der Begriff des Werklieferungsvertrags ist seit 2002 entfallen⁴³, sondern auch die oben genannte typologische Einordnung findet so nicht mehr statt. Aus einer Einordnung eines Vertrags als werktypischer Vertrag kann nun noch nicht geschlossen werden, dass das Werkvertragsrecht dann auch auf diesen Vertrag Anwendung findet⁴⁴.

Denn der § 651 S. 1 BGB gebietet in ganz bestimmten Fällen eine Zuordnung von Verträgen des Vertragstypus „Werkvertragsrecht“ dem Typenvertragsrecht des Kaufrechts. Kurz gesagt: Auf einen in der Sache „gefühlten“ Werkvertrag werden die gesetzlichen Regeln des Kaufrechts angewendet!

Gemäß § 651 BGB bedeutet dies konkret:

- Bei Lieferungen herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen gilt Kaufrecht gem. § 651 S. 1 BGB.
- Die Rechte des Bestellers/Käufers bei Mängeln, die auf den vom Besteller/Käufer zu liefernden Stoff zurückzuführen sind, sind ausgeschlossen gem. § 651 S. 2 BGB.

Für den Fall so genannter nicht vertretbarer herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen treten zum Kaufrecht die Regelungen gem. §§ 642, 643, 645, 649 und 650 BGB mit der Maßgabe hinzu, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 BGB maßgebliche Zeitpunkt tritt, § 651 S. 3 BGB.

IV. Streit und Missachtung

Mit der Anwendung des § 651 BGB taten sich die Baupraktiker wie die Baujuristen und auch die Rechtsprechung seit der Einführung gleichermaßen schwer. Vielfach kritisiert wurde insbesondere die mangelnde Notwendigkeit des gesetzgeberischen „Eifers“ bei der überschießenden Umsetzung des neuen § 651 BGB⁴⁵.

Andererseits wurde – nach Meinung der *Verfasser* zu Recht – darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit dieser überschießenden Umsetzung der Richtlinie deutlich gemacht hat, dass er keine Unterscheidung zwischen den von der Richtlinie erfassten und denjenigen Sachverhalten wollte, welche Kraft seiner freiwilligen Entscheidung über den Anwendungsbereich der von der Richtlinie erfassten Sachverhalte hinaus Anwendung finden sollen⁴⁶. Die überschießende Umsetzung war danach ein bewusster legislativer Wille⁴⁷.

Zugleich entstand auch das Bemühen diesen mutmaßlichen Eifer des Gesetzgebers zu korrigieren, zumal nur so die – als vielfach nicht baukonform empfundenen – Konsequenzen einer Anwendung des § 651 BGB einer entsprechenden Korrektur zugeführt werden konnten.

Die Wege dorthin waren mannigfaltig, geeint in dem Bemühen der Begrenzung/Eingrenzung der ansonsten erheblichen Rechtsfolgen dieser Regelung in der Praxis. Nahezu gar nicht wurden dabei aber die Wirkungen und die Konsequenzen für die Tätigkeit des freiberuflichen Architekten beachtet, sei es nun auf Grund der angestrebten abgeschwächten Wirkung des § 651 BGB (die so dann ja auch nur abgeschwächt den Architekten erreichen würde) oder auch auf Grund einer schlichten Fehlbeurteilung der Sachlage bezüglich der Konsequenzen für das Architektenrecht.

Im Ergebnis jedenfalls wurde somit letztlich der § 651 BGB faktisch zumindest teilweise missachtet und Streit bestand im Wesentlichen lediglich bezüglich der dogmatischen Begründung seiner Missachtung. Diesem allem trat nun – mit voller Wucht sozusagen – der BGH mit zwei Entscheidungen in aller Konsequenz entgegen.

V. Entscheidungen des BGH

1. Entscheidung vom 23. 7. 2009

Dieser Entscheidung lag ein Fall zu Grunde, bei dem vom Unternehmer eine Statik und danach zu erstellende Bauleistungen einem Auftraggeber zu liefern waren (die dann von diesem aber selbst zusammengebaut wurden). Im Rahmen der Streitfrage der Mangelhaftigkeit dieser Leistungen und der daraus resultierenden Rechtsfolgen stellte der BGH⁴⁸ die entsprechenden Leitsätze zum § 651 BGB auf:

1. Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.
2. Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlageteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung⁴⁹.
3. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrags auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorauszugehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrags bilden⁵⁰.

Der BGH hatte sich mit dieser Entscheidung erstmalig⁵¹ seit der Schuldrechtsmodernisierung⁵² mit der neu geregelten Anwendung des Kaufrechts gem. § 651 BGB („...den Typus des alten Werklieferungsvertrags gibt es nicht mehr ...“⁵³) zu beschäftigen und nutzte die Gelegenheit, sich mit diversen (jetzt hier im Anschluss folgenden, auszugsweise dargestellten) Rechtsansichten⁵⁴ hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 651 BGB und der Rechtsfolgen zu widmen und diesen dabei eine klare Absage zu erteilen.

So war seit der Einführung des § 651 BGB vertreten worden⁵⁵, den § 651 BGB „richtlinienkonform“ auszulegen⁵⁶, also in Bezug auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, und deshalb die Anwendung des § 651 BGB nur auf Verbraucherverträge zu beschränken und eben nicht für Verträge zwischen Unternehmern im Rahmen eines Handelsgeschäfts. Der Vorschrift wollten einige eine Beschränkung auf Verträge von typischen Massengütern oder zum Verbrauch bestimmten Gütern entnehmen können⁵⁷. Oder es sollte (auch weiterhin) Werkvertragsrecht anzuwenden sein, wenn die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen zum Einbau in Bauwerke bestimmt ist⁵⁸.

Und auch die Anknüpfung des Gesetzgebers für § 651 BGB an so genannte bewegliche Sachen hat Kritik erfahren, soweit

42 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1808).

43 Jansen, IBR 2010, 1361, Einleitung (nur online).

44 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1808).

45 Voit, BauR 2009, 369 (369).

46 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1812).

47 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1813).

48 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877.

49 Vertieft in BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468, u. Anm. Schwenker, IBR 2010, 261.

50 Vertieft in BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468, u. Anm. Schwenker, IBR 2010, 261.

51 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877.

52 Voit, LMK 2009, 291387 – beck-online.

53 Pastor, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 39), Rdnr. 40 m. w. Nachw.

54 S. z. B. Wagner, IBR 2007, 1368 (nur online).

55 S. z. B. Wagner, IBR 2007, 1368 (nur online).

56 S. z. B. Wagner, IBR 2007, 1368 (nur online).

57 Erman/Schwenker, BGB, 12. Aufl. (2008), § 651 Rdnr. 5.

58 Mankowski, MDR 2004, 854.

sie sich auf Verträge mit der Errichtung von Bauwerken auswirkt, weil dabei nicht alle Aspekte der Unterscheidung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht genügend Berücksichtigung gefunden hätten (und zudem die „alte Rechtslage“ mit einer Zuordnung zum Werkvertragsrecht zu „besseren Ergebnissen“ geführt habe⁵⁹), und zudem in der Begründung des Gesetzgebers zum § 651 BGB die Verträge über die Lieferung von Bauteilen nicht ausdrücklich erwähnt worden seien⁶⁰.

Schließlich wurde als Wertungswiderspruch kritisiert, dass derjenige, der die Herstellung und Lieferung von Bauteilen und die Errichtung eines Bauwerks damit (also mit diesen Bauteilen) schuldet, einen Werkvertrag schließt, während derjenige, der nur die Herstellung und Lieferung von Bauteilen schuldet, einen Kaufvertrag mit seinem Auftraggeber geschlossen hat⁶¹.

Zu diesen Meinungen und Rechtsansichten über die Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des § 651 BGB und den Abgrenzungskriterien zwischen Kauf-, Werk- und Werkvertragsverträgen bei baurechtlich relevanten Sachverhalten hat der BGH mit seiner oben genannten Entscheidung Stellung bezogen und sie nahezu vollumfänglich verworfen und lediglich hinsichtlich anderer zusätzlicher wesentlicher Leistungen für Investitionsgüter eine Entscheidung offen gelassen⁶².

Zumindest nach Ansicht von Teilen der Literatur hat er dabei „zukunftsweisende Abgrenzungskriterien“ herausgearbeitet⁶³ und lediglich die dogmatischen Erwägungen des BGH wurden teilweise für nicht ausreichend erachtet und eine vertiefte Auseinandersetzung in der Fachliteratur dazu nachgereicht⁶⁴.

2. Entscheidung vom 9. 2. 2010

Hier ging es um einen Fall, bei dem vom Unternehmer ein Tiefladesattelaufleger für eine bestimmte Fräsmaschine geplant und gefertigt wurde, der Aufleger auf Grund von einer Überschreitung der Achslast der Hinterachsen und der Ungeeignetheit der Ladefläche (die zu mehrfachen Reifenplatzern bei der zu transportierenden Fräsmaschine führen) mangelhaft war. Der BGH⁶⁵ hat dabei im Rahmen der Streitfrage der Mangelhaftigkeit der Leistung „Planung und Fertigung Sattelaufleger“ und der daraus resultierenden Rechtsfolgen sinngemäß wie folgt zum § 651 BGB Stellung genommen:

„Auf einen Vertrag über die Lieferung neu herzustellender beweglicher Sachen ist Kaufrecht anzuwenden. Unerheblich für die vertragsrechtliche Einordnung ist, dass die Sache nach den konkreten Vorstellungen und Vorgaben der Klägerin hergestellt werden sollte“⁶⁶.

Der X. Zivilsenat des BGH bestätigt zudem ausdrücklich die aktuelle Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zum § 651 BGB (hier unter Abschnitt V 1). Und er macht darüber hinaus mit dieser Entscheidung deutlich, dass die Anwendung von Kaufrecht auch gilt, wenn der Vertrag eine nicht vertretbare Sache zum Gegenstand hat⁶⁷. Dabei sind nicht vertretbare Sachen solche, die durch die Art ihrer Herstellung den Bestellerwünschen angepasst sind und deshalb individuelle Merkmale besitzen, nicht austauschbar und für den Hersteller schwer oder gar nicht anderweitig absetzbar sind⁶⁸.

Zudem ist für die vertragliche Einordnung unerheblich, ob die Kaufsache nach konkreten Vorstellungen und Vorgaben des Auftraggebers hergestellt werden sollte⁶⁹. Und auf den Vertrag über die Lieferung „typischer Investitionsgüter“ bleibt danach ebenfalls Kaufrecht anwendbar, wobei der Begriff des Investitionsguts unscharf ist und bleibt. Ein möglicher Vorschlag einer Definition dazu ist, so die Güter zu bezeichnen, die außerhalb des verbraucherbezogenen Endkundenvertriebs umgesetzt werden und eine gewisse Größe und Komplexität aufweisen⁷⁰.

Nach Meinung der Verfasser ist vermutlich diese Güterbezeichnung „Investitionsgut“ in der Literatur in Wirklichkeit nur aufgegriffen worden, um daraus das genau Gegenteilige der hier zitierten BGH-Entscheidung ableiten zu können: Ein fertiges Investitionsgut ist nach Kaufrecht und ein nach individuellen Vorgaben noch herzustellendes Investitionsgut ist nach Werkvertragsrecht zu beurteilen, statt nur auf eine bewegliche Sache abzustellen. Ein solche differenzierte Betrachtungs- und Behandlungsweise wollte der Gesetzgeber aber gerade nicht und – wie nun in beiden BGH-Entscheidungen deutlich geworden –, ist auch die Lieferung von Investitionsgütern nach Kaufrecht zu beurteilen⁷¹.

Die Ausnahme, die der BGH tatsächlich dabei nicht ausschließen wollte und in seiner neuerlichen Entscheidung (auch weiterhin⁷²) offen lässt, bezieht sich nach Meinung der Verfasser deshalb überhaupt nicht auf die Frage des Umgangs mit „Investitionsgütern“, sondern auf die Merkmale „... zusätzliche wesentliche ... Arbeiten ...“ (s. dazu im folgenden Abschnitt)⁷³. Die Anwendung von Kaufrecht soll danach unter Umständen nämlich dann nicht gelten, „...wenn im Zusammenhang damit die Erbringung zusätzlicher wesentlicher Planungs-, Konstruktions-, Integrations- und Anpassungsarbeiten Gegenstand des Vertrags sind. ...“. Dabei ändert die einfache Planungs- oder Montageleistung an der Anwendung des Kaufrechts nichts. Dies wird bereits aus der Anwendung des § 434 II BGB für Montagefehler als Sachmangel im Kaufrecht deutlich⁷⁴ und wird zum Beispiel für Planungsleistungen im Ergebnis so gleichlautend auch vom BGH so beurteilt, wenn er wörtlich feststellt:

„...Der Herstellung von zu liefernden Sachen gehen typischerweise gewisse Planungsleistungen voraus und die Vorschrift des § 651 BGB würde weitgehend leerlaufen, wenn dieser Umstand dazu führte, statt Kaufrecht Werkvertragsrecht anzuwenden. ...“⁷⁵.

Tritt jedoch die weitere Leistung neben der Materiallieferung so sehr in den Vordergrund, dass der dabei angestrebte Erfolg und nicht die Lieferung des Materials den Vertrag prägt, wird der Vertrag zu einem Werkvertrag⁷⁶ (z. B. tritt die weitere Leistung so sehr in den Vordergrund, dass der Erfolg und nicht Lieferung des Materials den Vertrag prägt beim Zimmerer, der einen Dachstuhl errichtet aus Balken, die er zuvor in seiner Werkstatt passend vorbereitet hat⁷⁷). Und so auch der BGH bereits in seiner vorherigen Entscheidung:

„... Eine Ausnahme kann deshalb allenfalls dann gelten, wenn die Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrags bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert. ...“⁷⁸.

59 Messerschmidt/Leidig, in: Messerschmidt/Voit, Priv. BauR, 2007, § 651 Rdnr. 28.

60 Mankowski, MDR 2004, 854.

61 Rudolph, BauR 2009, 1806.

62 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnrn. 22 u. 23, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

63 Pastor, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 39), Rdnr. 197.

64 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1806 f.).

65 BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468.

66 BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468.

67 BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468 Rdnr. 8.

68 Jansen, IBR 2010, 1361 Rdnr. 15 (nur online).

69 BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468 Rdnr. 8.

70 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1815).

71 Rudolph, BauR 2009, 1806 (1815).

72 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnrn. 12 u. 13, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

73 BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468 Rdnr. 9, u. Anm. Schwenker, IBR 2010, 261.

74 Voit, BauR 2009, 369 (370).

75 Schwenker, IBR 2010, 261.

76 Voit, BauR 2009, 369 (370).

77 Voit, BauR 2009, 369 (370).

78 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 25.

Dementsprechend muss hier auch festgestellt werden, dass ein hoher Wert des gelieferten Materials allein noch nichts über das anzuwendende Vertragsrecht besagt⁷⁹.

Schließlich ergibt sich für den BGH aus der Anwendbarkeit des Kaufrechts – auf Grund der Beteiligung von zwei Unternehmungen – auch die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB für den Käufer⁸⁰.

3. Fazit der beiden BGH-Entscheidungen

- Nach § 651 BGB finden auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung⁸¹.
- Soweit es sich dabei um nicht vertretbare Sachen handelt, ordnet § 651 S. 3 BGB die Anwendung der §§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB mit der Maßgabe an, dass an die Stelle der Abnahme der nach § 446, 447 BGB maßgeblicher Zeitpunkt des Gefahrübergangs tritt und somit Werkvertragsrecht insoweit nur ergänzend neben das Kaufrecht und nicht verdrängend an dessen Stelle tritt⁸².
- Nach § 651 BGB muss es sich um bewegliche Sachen handeln. Maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob es sich um eine bewegliche Sache handelt, ist, ob die Sache im Zeitpunkt der Lieferung beweglich ist⁸³. Abzustellen ist allein darauf, ob die Anlieferung von Anlageteilen geschuldet wird, bei denen es sich dann um bewegliche Sachen handelt⁸⁴.
- Die Anwendung des Kaufrechts wird also nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Sache für den Einbau in ein bestimmtes Bauwerk verwendet werden soll⁸⁵. Maßgebend ist also nicht die beabsichtigte Verwendung des Gegenstands, sondern der Inhalt der vertraglichen Verpflichtung⁸⁶.
- Unerheblich für die Einordnung als Kaufvertrag ist, dass der Lieferung von beweglichen Sachen unwesentliche Planungs- und Konstruktionsleistungen vorausgehen, da der Herstellung von zu liefernden beweglichen Sachen typischerweise immer gewisse Planungsleistungen vorausgehen⁸⁷.
- Es kommt hingegen zur Anwendung des Werkvertragsrechts wenn die weitere Leistung (zum Beispiel eine Planungs-, Montage- oder auch Einbauleistung) so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrags bildet⁸⁸.
- Kaufrecht gilt sowohl bei der Herstellung und Lieferung von vertretbaren Sachen, wie auch von unvertretbaren Sachen gem. § 651 S.3 BGB. Die Anwendung des Werkvertragsrechts (§§ 642, 643, 645, 649 und 650 BGB) tritt nur ergänzend hinzu und die Abnahme wird durch die Übergabe §§ 446 und 447 BGB ersetzt.
- Verträge die die Lieferung von Baustoffen beinhalten, beurteilen sich (auch weiterhin) nach Kaufrecht.
- Den Besteller als Kaufmann/Unternehmer im Rahmen eines Handelskaufs trifft eine unverzügliche Prüfungs- und Rügeobliegenheit gem. § 377 HGB⁸⁹.
- Bei der Verjährung im Rahmen des Kaufrechts ergibt sich bei Leistungen für ein Bauwerk eine Verlängerung der Verjährung von den üblichen zwei Jahren auf fünf Jahre; aber bereits ab dem Zeitpunkt der Übergabe der beweglichen Sache.

Dem oben genannten Diskussionsstand zum § 651 BGB ist der BGH somit gleich zweimal durch seine klare Positionierung begegnet und insbesondere die den Anwendungsbereich des § 651 BGB einschränkende Rechtsansichten hat der BGH – insbesondere unter mehrfachem Hinweis auf die Eindeutigkeit des gesetzgeberischen Willens diesbezüglich⁹⁰ – eine klare Absage erteilt⁹¹.

Im Ergebnis bleibt dem Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts damit nur die Herstellung eines Bauwerks, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nicht körperlicher Werke, wie zum Beispiel die Planung von Architekten oder die Erstellung von Gutachten⁹².

IV. Weitergehende Problemstellungen

Zugleich bestehen trotz (oder gerade auf Grund) dieser beiden Entscheidungen des BGH noch immer diverse in der Alltagspraxis im Bauwesen sehr relevante offene Fragen.

1. Anwendbarkeit des § 651 BGB bei Übernahme der Einbauverpflichtung durch den Auftragnehmer

Vom VII. Zivilsenat bewusst offen gelassen wurde die Entscheidung zur Frage, welches Recht Anwendung findet, „... wenn der Lieferant eine Verpflichtung zum Einbau der Teile in ein Bauwerk eingegangen ist ...“⁹³.

Daraus wird gefolgert, dass – wenn der Veräußerer selbst die Einbauverpflichtung übernimmt und eine feste Verbindung mit dem Bauwerk schafft – auch weiterhin ausschließlich Werkvertragsrecht Anwendung finden soll⁹⁴.

Diese Schlussfolgerung ergibt sich so nach Meinung der Verfasser nicht aus der Entscheidung, sondern der BGH lässt mit seiner Formulierung „... Inwieweit etwas anderes gilt, ...“ hier nicht zu klären. ...“⁹⁵ tatsächlich völlig offen, welche Entscheidung er in einem solchen Falle für die Frage des Anzuwendenden Rechts treffen würde. Und auch die möglichen Kriterien, die eine zu treffende Entscheidung dann zu berücksichtigen hätte, werden nicht weiter behandelt.

Auch hier könnten aber, folgt man dem BGH in seinen sonstigen Argumentationen, die bereits oben besprochenen Grundsätze für Planungsleistungen neben der bloßen Herstellung und Lieferung⁹⁶ beachtlich werden. Und danach würde gelten, wenn die Leistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bildet, dieses dann die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert. Mit anderen Worten, „... eine Prägung des Vertrages durch die werkvertragliche Herstellungskomponente – also weit mehr als eine bloße Montageverpflichtung – wären danach als dem Werkvertragsrecht unterliegend zu beurteilen“⁹⁷. Ab wann eine solche überwiegende Herstellungskomponente jedoch einschlägig ist, wird damit noch nicht bestimmt.

79 Voit, BauR 2009, 369 (371).

80 BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468, u. Anm. Schwenker, IBR 2010, 261.

81 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 8, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

82 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 8, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

83 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 8, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

84 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 13, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

85 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

86 Voit, LMK 2009, 291387 – beck-online.

87 BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468 Rdnr. 9, u. Anm. Schwenker, IBR 2010, 261.

88 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

89 BGH, Urt. v. 9. 2. 2010 – X ZR 82/07, BeckRS 2010, 05468 Rdnr. 10, u. Anm. Schwenker, IBR 2010, 261.

90 Voit, LMK 2009, 291387 – beck-online.

91 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575; jedoch finden sich auch bis heute Entscheidungen – auch höherinstanzlicher Gerichte – die zu anderen Schlussfolgerungen gelangen und dabei diesen vom BGH aufgestellten Grundsätzen tatsächlich nicht folgen, dies jedoch zu verdecken suchen mit Hilfe sachlich nicht gerechtfertigter Einzelfallauslegungen zur Begründung ihrer anderslautenden Entscheidungen (z. B. OLG Düsseldorf, Urt. v. 14. 5. 2009 – 5 U 135/08, u. Anm. Weyer, IBR 2010, 1109).

92 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 21, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

93 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 14.

94 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 14, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575; Pastor, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 39), S. 103 f., Rdnr. 197.

95 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 14.

96 BGHZ 182, 140 = NZBau 2009, 644 = NJW 2009, 2877 Rdnr. 25, u. Anm. Leidig, IBR 2009, 575.

97 Pastor, in: Werner/Pastor (o. Fußn. 39), Rdnr. 197.