

## § 5 Einführung in das Werkvertragsrecht, §§ 631 ff BGB

**Weiterführende Literatur:** Büdenbender, Der Werkvertrag, JuS 2001, 625; Brox/Walker, Bes. Schuldrecht, §§ 22 - 26; Ermann/Seiler, Handkommentar zum BGB, §§ 631 ff; Ingenstau/Korbion, VOB, Verdingungsordnung für Bauleistungen; Meub, Schuldrechtsreform: Das neue Werkvertragsrecht, DB 2002, 131; Münchner Kommentar/Soergel, Band 4, §§ 631 ff; Raab, Der Werkvertrag, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lebra/Ring, Das neue Schuldrecht, 2002; Wertenbach, Die Anwendung des § 275 BGB auf Betriebsstörungen beim Werkvertrag, ZGS 2003, 53.

### 1. Begriff und Grundlagen

Der Werkvertrag zählt zu den auf eine Dienstleistung gerichteten Schuldverhältnissen. Die §§ 631-650 BGB enthalten Regeln über die entgeltliche Herstellung eines Werkes. Dabei nennt das Gesetz den Schuldner der Werkleistung „Unternehmer“, den Gläubiger „Besteller“. Der Unternehmerbegriff der §§ 631 ff BGB kann jedoch nicht gleichgesetzt werden mit dem Begriff des Unternehmers nach § 14 BGB (der in Abgrenzung vom Verbraucherbegriff nach § 13 BGB z.B. für die §§ 312 ff, 355 ff BGB bestimmend ist). Der Unternehmerbegriff der §§ 631 ff BGB kann zwar deckungsgleich mit dem des § 14 BGB sein, ist jedoch insofern weiter, als der werkvertragliche Unternehmer nicht notwendigerweise gewerblich oder selbständig beruflich tätig werden muss (wie in § 14 BGB gefordert).

Der Werkvertrag ist ein **vollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag**, bei dem der Unternehmer die „Herstellung des Werkes“ und der Besteller die Zahlung des Werklohnes schuldet. Der Werkvertrag ist grundsätzlich formfrei.

Für das **Zustandekommen** eines Werkvertrages gelten die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte, §§ 104 ff BGB: Haben die Parteien sich über die Hauptleistungspflichten geeinigt, ist der Werkvertrag mit den Inhalten der §§ 631 ff BGB zustande gekommen. Haben sie weitere Nebenabreden vereinbart (z.B. eine Mängelhaftungsdauer von 6 Jahren oder eine proratorische Zahlung), gehen diese den in weiten Bereichen dispositiven Normen der §§ 631 ff BGB vor.

Dabei weist der Werkvertrag gegenüber anderen vollkommen zweiseitigen Schuldverhältnissen eine wesentliche Besonderheit auf: Die Gegenleistung, sprich der Werklohn, muss bei Vertragsschluss nicht zwingend der Höhe nach bestimmt oder bestimmbar sein, mithin auch nicht vereinbart werden. Es reicht für das Zustandekommen des Werkvertrages, dass sich die Parteien über die Werkleistung und die Entgeltlichkeit der Werkleistung geeinigt haben (näher hierzu vgl. Zif. 4.1.2.1). Die Entgeltlichkeit der Werkleistung ist also ein

begriffsnotwendiges Element des Werkvertrages. Wird ein Werk ohne Anspruch auf Gegenleistung erstellt, liegt kein Werkvertrag vor.

**Bsp.:** Ein befreundeter Kfz-Mechaniker repariert ihr Auto kostenlos. – Es liegt ein Gefälligkeitsverhältnis vor; im Falle einer mangelhaften Reparatur bestehen beispielsweise keine Gewährleistungsansprüche.

Die **Abwicklung** eines geschlossenen Werkvertrages erfolgt dann nach den vereinbarten bzw. sich aus §§ 631 ff BGB ergebenden Regeln sowie nach den für die Abwicklung aller schuldrechtlichen Verträge anwendbaren Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB bzw. des Allgemeinen Teils des Schuldrechts.

**Bsp:** Hat ein Unternehmer einen Besteller beim Abschluss des Vertrages arglistig getäuscht, kann der Besteller den Werkvertrag nach § 123 BGB anfechten.

Mit der **Erfüllung** der wechselseitigen Haupt- und ggfs. Nebenleistungspflichten endet der Werkvertrag.

Die Vorschriften des Werkvertragsrechtes sind anwendbar auf eine Vielzahl unterschiedlicher Tätigkeiten (s.u. Zif. 2.), sind jedoch von ihrem Wortlaut her vor allem auf die Herstellung oder Veränderung von Sachen zugeschnitten, was sie teilweise ein wenig unhandlich erscheinen lässt. Für eine Reihe dieser Sonderfälle hat der Gesetzgeber den besonderen Interessenlagen der beteiligten Wirtschaftskreise durch ergänzende Sonderregelungen Rechnung getragen.

**Bsp(e):** Frachtgeschäft, §§ 407 ff HGB; Speditionsgeschäft, §§ 453 ff HGB; Lagergeschäft, §§ 467 ff HGB; Verlagsvertrag, §§ 1 ff VerlagsG; Bauträger- und Baubetreuervertrag, Makler- und Bauträgerverordnung.

Darüber hinaus haben die Wirtschaftskreise für bestimmte Werkvertragsarten Allgemeine Geschäftsbedingungen erstellt, die in der Praxis breite Anwendung finden.

**Bsp(e):** Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB); Allgemeine Reparaturbedingungen für Kraftfahrzeuge.

## **2. Der Gegenstand eines Werkvertrages, § 631 BGB**

Die Werkleistung richtet sich auf die Herstellung eines Werkes, § 631 Abs. 1, wobei § 631 Abs. 2 BGB die Vielfalt der als „Werk“ in Betracht kommenden Leistungen noch erhöht. Danach kann Gegenstand eines Werkvertrages sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg sein. Verallgemeinert lässt

sich sagen: Leistungsgegenstand eines Werkvertrags kann jeder Erfolg sein, der das Ergebnis einer **erfolgsorientierten Tätigkeit** des Unternehmers ist. Folgende Arten von Leistungen kommen prinzipiell als Werk in Betracht:

- Arbeiten an **vom Besteller übergebenen Sachen**  
**Bsp(e):** Reparatur eines Fahrzeugs oder einer Maschine; Kleiderreinigung.
- Arbeiten an **Anlagen des Bestellers**  
**Bsp(e):** Instandhaltung; Raumreinigung.
- **Handwerk**  
**Bsp(e):** Änderungsschneiderei; Fotoarbeiten; Schlüsseldienst; Besohlen von Schuhen.
- **geistige Werke**  
**Bsp(e):** Gutachten; Übersetzungsarbeiten; Marktforschungen; Designerarbeiten; Manuskripte für eine Theateraufführung oder Drehbücher für einen Film; Herstellung **individueller** Softwareprogramme.
- **gewerbliche Verarbeitung**  
**Bsp(e):** Metallverarbeitung; Modellbau; Analysen.
- **Arbeiten mit Bezug auf den Körper des Bestellers**  
**Bsp(e):** Friseur; Zahntechniker; Leistungen von Optikern.
- **Bauarbeiten**  
**Bsp(e):** Architekten- und Statikerleistungen (kann in Ausnahmefällen auch Dienstvertrag sein); Ausschachtungen; Hoch- und Tiefbau, selbst wenn der Bauherr alle Baumaterialien bereitstellt; Installationen wie Spengler- und Heizungsbau, Elektriker-, Glaser-, Verputzer- und Dachdeckerarbeiten.  
Im Bauwesen wird häufig die Geltung der VOB vereinbart, wodurch dann die werkvertraglichen Regelungen des BGB überlagert werden.
- **sonstiges,**  
**Bsp(e):** Beförderung von Personen und Sachen; Durchführung einer Veranstaltung (wie Theateraufführung oder Konzert); Beschaffung von Informationen (wie Wirtschaftsauskünfte von Auskunfteien); Baumfällen.  
Bus-, Boots- oder Flugzeugcharter? – Es kommt darauf an: Wird ein Erfolg geschuldet, z.B. der Transport von Personen zu einem bestimmten Ort, ist Werkvertragsrecht anwendbar; wird nur das Zurverfügungstellen eines Transportmittels geschuldet, ist Mietrecht anwendbar.

### 3. Die Abgrenzung des Werkvertrags von anderen Vertragstypen

Gelegentlich ist nicht eindeutig, welche schuldrechtlichen Regelungen auf einen Sachverhalt Anwendung finden. Dann muss durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermittelt werden, ob Werkvertragsrecht gilt:

- Zwar wird beim **Kaufvertrag** nach §§ 433 ff BGB mit der Lieferung eines Gegenstandes auch ein Erfolg geschuldet. Im Gegensatz zum Werkvertrag wird dort aber die Übereignung eines fertigen Produktes geschuldet. Anders gewendet: Vertragsinhalt beim Kaufvertrag ist nicht die Herstellung.

Selbst dort, wo Vertragsgegenstand die Lieferung einer noch herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sache -wie einer Maschine- ist, findet nach § 651 BGB nicht Werk-, sondern Kaufvertragsrecht Anwendung. Denn auch hier steht der Warenumsatz und nicht der Herstellungserfolg im Vordergrund. Nur dort, wo es sich um eine nicht vertretbare Sache i.S.d. 91 BGB handelt, finden noch wenige werkvertragliche Regelungen ergänzend Anwendung.

- Mit dem **Dienstvertrag** nach §§ 611 ff BGB hat der Werkvertrag gemeinsam, dass eine entgeltliche Arbeitsleistung geschuldet wird. Wird beim Dienstvertrag jedoch lediglich die zur Verfügungstellung der Arbeitskraft (das: „sich Bemühen“) geschuldet, ist nach § 632 Abs. 2 BGB Inhalt der Werkleistung ein „durch Arbeit oder Dienstleistung **herbeizuführender Erfolg**“.

**Bsp(e):** Welche Leistung erbringt ein Arzt? - Schuldet er schlechthin Heilung (dann Werkvertrag) oder schuldet er nur das Bemühen darum (dann Dienstvertrag)? Da der Heilungserfolg auch von den Bemühungen des Patienten abhängt, also nicht ausschließlich von der Leistung des Arztes, nimmt die h.M. (auch bei einer simplen Blinddarmoperation) Dienstvertrag an.  
Nachhilfeunterricht.

Ein weiteres Indiz kann sein, unter wessen fachlicher Leitung die Arbeiten ausgeführt werden. Trägt beispielsweise der Besteller das unternehmerische Risiko, wird i.d.R. ein Dienstvertrag vorliegen.

- Vom **Miet- oder Leihvertrag** unterscheidet sich der Werkvertrag recht deutlich dadurch, dass die Sache nicht herzustellen, sondern zum Gebrauch zu überlassen ist. Dabei ist der Leihvertrag von seiner gesetzlichen Grundform her überdies unentgeltlich.
- Beim **Auftrag** gemäß § 662 BGB wird -ähnlich wie beim Werkvertrag- ein Tätigwerden geschuldet; er unterscheidet sich jedoch von ihm durch die Unentgeltlichkeit der Leistung.
- Bei einem **Geschäftsbesorgungsvertrag** nach § 675 BGB können zwar entgeltliche Dienst- oder Werkleistungen erbracht werden. Sie bestehen dort aber in der selbständigen Wahrnehmung **fremder**

**Vermögensinteressen.** Der Geschäftsbesorger übt also eine Tätigkeit aus, für die der Geschäftsherr ursprünglich selbst zu sorgen hatte.

- Der **Garantievertrag** und der Werkvertrag haben gemeinsam, dass auch der Garant für einen bestimmten Erfolg eintreten muss. Anders als der Unternehmer braucht der Garant jedoch keine Tätigkeit zu entfalten und kein Werk zu schaffen, er haftet lediglich für den Nichteintritt der Garantiezusage.

#### **4. Die wechselseitigen Haupt- und Nebenleistungspflichten**

Aus § 631 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes und der Besteller zur Entrichtung des Werklohns verpflichtet sind. Daneben treffen beide Parteien eines Werkvertrages weitere Pflichten, die es nachfolgend zu erörtern gilt:

##### **4.1 Die beiderseitigen Hauptleistungspflichten**

###### **4.1.1 Hauptleistungspflicht des Unternehmers**

Nach § 631 muss der Unternehmer das versprochene Werk herstellen. Oder, um es mit den Worten des BGH zu sagen: Leistungspflicht des Unternehmers ist eine entgeltliche Wertschöpfung dadurch, dass er durch seine Arbeitsleistung dem Besteller das versprochene Werk schafft (BGH NJW 1983, 1489) oder einen erfolgsbezogenen Beitrag zu seiner Verwirklichung leistet (BGH NJW 2002, 749).

Sofern die Parteien es nicht ausdrücklich vereinbart haben, braucht der Unternehmer dabei nicht persönlich tätig zu werden. Er kann sich zur Erfüllung seiner Pflichten Dritter bedienen, für deren Verhalten er jedoch nach § 278 BGB einzustehen hat.

Die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Hauptleistungspflicht setzt voraus, dass der Unternehmer das Werk am richtigen Ort, zur richtigen Zeit und ohne Sach- und Rechtsmängel dem Besteller zur Verfügung stellt oder übergibt und ggfs. das Eigentum daran verschafft.

###### **4.1.2 Die Hauptleistungspflichten des Bestellers**

###### **4.1.2.1 Die Pflicht zur Zahlung der Vergütung**

Hauptpflicht des Bestellers ist die Zahlung des Werklohns. Art und Umfang der Vergütung richten sich nach den getroffenen Vereinbarungen. In aller Regel vereinbaren die Werkvertragsparteien die Höhe des Werklohnes bei Abschluss des Vertrages. Die Vergütung muss dabei nicht nach der Zahl der hergestellten Stücke, sondern kann auch nach der aufgewandten Zeit bemessen werden. Wird eine Vergütung nicht vereinbart, ist aber die Werkleistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten, dann wird gemäß § 632 Abs. 2 (zur Vermeidung von Dissensfolgen nach § 154 BGB) eine **stillschweigende Einigung über die Vergütung fingiert**.

**Bsp.:** Ein Auto wird zur Inspektion/Reparatur in eine Kfz-Werkstatt gebracht.

Fehlt eine Vergütungsvereinbarung, bietet § 632 Abs. 2 BGB folgende Auslegungsregeln: Die Vergütung bestimmt sich nach der

- **Taxe** (= eine unter behördlicher Mitwirkung festgesetzte Vergütung)  
**Bsp(e):** Fahrpreise im Personennahverkehr; einschlägige Gebührenordnungen für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, für Ärzte (GOÄ) oder für Rechtsanwälte (RVG).
- **Üblichkeit:** Nach BGH (NJW 2001, 151 = DB 2001,432) ist eine Vergütung üblich, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt.
- **Bestimmung durch den Unternehmer.**  
Die einseitige Bestimmung ist nur zulässig, wenn der Preis nicht vereinbart oder eine Feststellung nach den vorgenannten Maßstäben nicht möglich ist. Die Bestimmung durch den Unternehmer erfolgt nach §§ 315, 316 BGB und ist nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB auf ihre Angemessenheit überprüfbar.

Die Vergütungsforderung des Unternehmers entsteht mit dem Abschluss des Werkvertrages. In Ermangelung abweichender Vereinbarungen wird der Werklohn aber erst mit der Abnahme des Werkes, § 640 BGB, hilfsweise mit dessen Vollendung, § 646 BGB fällig. Prinzipiell ist also der **Unternehmer vorleistungspflichtig**. Zum Ausgleich für dieses Vorleistungsrisiko stehen dem Unternehmer:

- das Recht zu, für vertragsgemäß erbrachte Teilleistungen Abschlagszahlungen zu verlangen, § 632a BGB.  
**Bsp.:** Ein Bauunternehmer, der die Fertigstellung eines Rohbaues schuldet, könnte jeweils nach Beendigung der Ausschaltarbeiten, nach Fertigstellung des Fundaments oder einzelner Stockwerke Abschlagszahlungen verlangen.

- An beweglichen Sachen des Bestellers, die aufgrund des Werkvertrages in den Besitz des Unternehmers gelangt sind, steht ihm kraft Gesetzes ein Unternehmerpfandrecht nach § 647 BGB zu.  
**Bsp.:** Der Uhrmacher braucht die ihm zur Reparatur übergebene Uhr erst nach Zahlung des Werklohnes herauszugeben. Gleiches gilt für den Schuster, die Kfz-Werkstätte etc.
- Im Bausektor hat der Unternehmer weiterhin das Recht, seine berechtigten Ansprüche durch eine Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB zu sichern oder eine Sicherheitsleistung nach § 648a BGB (z.B. in Form einer Bankgarantie) zu verlangen. Die Forderung einer Sicherheitsleistung gibt dem Bauhandwerker zwar keinen einklagbaren Anspruch, aber -wenn der Besteller nicht innerhalb der ihm gestellten Frist Sicherheit stellt- ein unabdingbares Leistungsverweigerungsrecht.

Ein Kosten(vor)anschlag ist nur zu vergüten, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist, § 632 Abs. 3 BGB. Will ein Unternehmer seinen Kostenvoranschlag vergütet erhalten, muss er beweisen, dass er mit dem Besteller eine Vergütungspflicht vereinbart hat. Eine Vereinbarung durch AGB's ist wegen Verstoßes gegen § 307 BGB nicht wirksam (gl. Ansicht Haas, BB 2001, 1313, 1320; näher Palandt/Sprau zu § 632 Rz. 10).

#### 4.1.2.2 Die Pflicht zur Abnahme des Werks, § 640 BGB

Nach § 640 Abs. 1 BGB muss ein Besteller das vertragsgemäß hergestellte Werk abnehmen. Vertragsgemäß hergestellt ist es dann, wenn es vollständig und mängelfrei ist.

Die Abnahme ist eine Hauptleistungspflicht des Bestellers. Sie ist -anders als im Kaufrecht- nicht nur die körperliche Entgegennahme; vielmehr setzt die Abnahme mit der h.M. zugleich auch die **Billigung des Werkes als im wesentlichen vertragsgemäß** voraus. Sie kann ausdrücklich, aber auch konkludent (z.B. durch Benutzung des Werks über einen gewissen Zeitraum) erklärt werden.

Die erfolgte Abnahme ist von hoher praktischer Bedeutung, denn sie setzt verschiedene Rechtsfolgen in Kraft:

- der Neuherstellungsanspruch erlischt;
- die Vergütung wird fällig, § 641 BGB;  
**Bsp:** Umfangreichere Werkverträge, wie z.B. Anlagenlieferungs- oder Bauträgerverträge werden in der Praxis i.d.R. unter Vereinbarung von Zahlungen pro rata temporis geschlossen. Regelmäßig ist dabei die Abnahme der Zeitpunkt der Schlussrate oder zumindest ein wesentlicher zahlungsauslösender Zeitpunkt.

- die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche beginnt zu laufen, § 634a Abs. 2 BGB;
- wird das Werk in Kenntnis der Mängel vorbehaltlos abgenommen, erlöschen die Mängelhaftungsansprüche nach § 634 Nr. 1 -3 BGB.
- die Preisgefahr geht auf den Besteller über, § 644 Abs. 1, S. 1 BGB;
- Weiterhin tritt eine Beweislastumkehr ein: Nach Abnahme muss der Besteller die Mangelhaftigkeit des Werks beweisen.

Wegen unwesentlicher Mängel kann eine Abnahme nicht verweigert werden, § 640 Abs. 1 S. 2 BGB. Eine Abnahme kann entfallen, wenn sie nach der Beschaffenheit des Werkes nicht möglich oder wirtschaftlich sinnlos ist.

**Bsp(e):** Veranstaltungen wie Gastspiele; Beförderung von Personen und Sachen. - Hier ersetzt die Vollendung nach § 646 BGB die Abnahme.

**Praxistip:** Aufgrund des hohen Stellenwerts der Abnahme im Werkvertragsrecht sollten die Parteien (ähnlich wie auch in § 12 Nr. 3 – 5 VOB) bei wirtschaftlich bedeutsamen Verträgen nicht zuletzt aus Beweissicherungsgründen regelmäßig

- die Schriftform für die Abnahme (Abnahmeprotokoll, von beiden Parteien zu unterzeichnen) vereinbaren,
- die Abnahme gemeinsam (ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen) durchführen und
- auftretende Mängel (Nachbesserungsvorbehalt!) im Protokoll erfassen (ggfs. mit Mängelbeseitigungsfristen); bei groben Mängeln sollte die Abnahme verweigert werden (ggf. im Protokoll vermerken).

## 4.2 Weitere Leistungspflichten der Parteien

### 4.2.1 Die Nebenleistungspflichten des Unternehmers

Neben der Pflicht zur Herstellung können den Unternehmer über den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Einzelfall eine Reihe von Nebenpflichten treffen. So ist er gehalten, eine sinnvolle Durchführung des Vertrages zu ermöglichen und den Besteller vor vermeidbaren Schäden zu bewahren.

**Bsp(e):** Der Unternehmer muss den Besteller fachmännisch beraten; er muss für diesen persönliche Sicherheit in den Arbeitsräumen sorgen; er muss eine sich abzeichnende Überschreitung eines unverbindlichen Kostenvoranschlages unverzüglich anzeigen, § 650 Abs. 2; er muss das Werk ggf. ordnungsgemäß verpacken; bei erklärungsbedürftigen Produkten hat der Unternehmer Gebrauchsanweisungen oder

Bedienungshinweise übergeben sowie ggfs. Personal des Bestellers zu schulen. Der Unternehmer hat das Werk zu pflegen und zu warten bis zum Gefahrübergang.

## **4.2.2 Die Nebenleistungspflichten des Bestellers**

### **4.2.2.1 Die Pflicht zur Mitwirkung bei der Herstellung, § 642 BGB**

Bei bestimmten Werkverträgen lässt sich ein Werk nicht ohne Mitwirkung des Bestellers erstellen.

**Bsp.:** Beim Hausbau muss der Besteller dem Bauunternehmer Grundstückspläne, Bauzeichnungen, Baugenehmigung und ggf. die Statik übergeben; ein Auto muss zur Reparatur gebracht werden; zur Erstellung von Software sollte ein Lastenheft bereitgestellt werden.

Diese Mitwirkungspflichten sind jedoch keine echten Vertragsnebenpflichten, sondern lediglich Vertrags**obliegenheiten** (BGH 50, 175). Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf die Mitwirkung. Unterlässt der Besteller seine Mitwirkung, gerät er jedoch unter den Voraussetzungen der §§ 293 ff BGB in Annahmeverzug mit der Folge eines Entschädigungsanspruches durch den Unternehmer.

### **4.2.2.2 Weitere Nebenpflichten des Bestellers**

Neben den oben erwähnten Mitwirkungspflichten können sich für den Besteller aber auch echte Nebenpflichten aus § 242 BGB ergeben. Zu diesen Nebenpflichten zählen insbesondere Aufklärungs-, Beratungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten.

**Bsp.:** So muss ein Besteller auf ihm bekannte Umstände hinweisen, die eine vertragsgemäße Herstellung des Werkes beeinträchtigen oder verhindern könnten. Der Besteller hat seine Räume zugänglich zu halten, Gerätschaften oder Betriebsmittel (wie Strom und Wasser), die zur Herstellung des Werkes erforderlich sind, bereitzuhalten, dem Unternehmer geeignete Räume zur Aufbewahrung seiner Werkzeuge zur Verfügung zu stellen usw.

## **4.3 Rechtsfolgen der Nichterfüllung von Leistungspflichten**

### **4.3.1 Verletzung der Hauptleistungspflicht durch den Unternehmer**

Kommt der Unternehmer seiner Pflicht zur Herstellung des versprochenen Werkes nicht nach, steht dem Besteller ein einklagbarer Anspruch auf Vertragserfüllung nach § 631 BGB zu.

**Bsp.:** Anspruch auf Übergabe des Werkes.

Dieser Anspruch ist allerdings ausgeschlossen, wenn die Erfüllung nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist, oder der Unternehmer nach § 275 Abs. 2 oder 3 BGB zur Leistungsverweigerung berechtigt ist.

Soweit der Besteller den Werklohn noch nicht bezahlt hat, kann er außerdem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320 BGB erheben, mit der Folge, dass er die Zahlung verweigern kann, bis der Unternehmer geleistet hat. Überdies hat der Besteller die Möglichkeit die Unsicherheitseinrede nach § 321 BGB zu erheben.

Daneben haftet der Unternehmer wegen der Nichterfüllung oder nicht fristgerechten Erfüllung seiner Leistungspflicht nach den Regeln der Unmöglichkeit oder des Verzuges.

#### 4.3.2 Verletzung der Hauptleistungspflicht durch den Besteller

Zahlt der Besteller den Werklohn nicht oder nimmt er das Werk nicht ab, stehen dem Unternehmer je nach Art des Werkes prinzipiell folgende Rechte offen:

- Nimmt der Besteller innerhalb einer ihm gesetzten Frist das Werk nicht ab, wird die **Abnahme fingiert**, § 640 Abs. 1 S. 3 BGB
- **Erfüllungsanspruch** nach § 631 Abs. 1, (632) BGB auf Zahlung.
- **Unternehmerpfandrecht** unter den Voraussetzungen des § 647 BGB.
- Sofern einschlägig **Sicherungshypothek** nach § 648 oder **Bauhandwerkersicherung** nach § 648a BGB.
- **Einrede des nicht erfüllten Vertrages**, § 320 BGB, sofern der Unternehmer das Werk noch nicht übereignet hat bzw. nicht vorleistungspflichtig ist.
- **Unsicherheitseinrede** nach § 321 BGB.
- Daneben haftet der Besteller unter den Voraussetzungen der §§ 293 ff BGB auf **Ersatz des Verzugschadens**.
- Gegebenenfalls kann der Unternehmer auch nach § 323 Abs. 1 BGB vorgehen und **Rücktritt vom Vertrag** erklären.
- Weiterhin hat der Unternehmer die Möglichkeit, **Schadensersatz statt der Leistung** gemäß §§ 323, 325, 280, 281 BGB zu verlangen.

#### 4.3.3 Verletzung von Nebenpflichten durch Unternehmer oder Besteller

Sowohl Unternehmer als auch Besteller sind Treu und Glauben § 242 und nach § 241 Abs. 2 gehalten, eine sinnvolle Durchführung des Vertrages zu ermöglichen und den Vertragspartner vor vermeidbaren Schädigungen zu bewahren. Verletzt eine Partei seine **Nebenleistungspflichten** kann dies Ansprüche der Gegenseite aus den jeweiligen Sondervorschriften des Werkvertragsrechts, den Regeln über Unmöglichkeit und Verzug oder aus Verletzung einer Nebenleistungspflicht zur Folge haben. Diese Ansprüche sind gerichtet entweder auf Erfüllung, Rücktritt oder Schadensersatz (weiterführend Palandt/Sprau zu § 631 Rz. 25 ff).

#### 4.3.4 Verletzung von Obliegenheiten durch den Besteller

Verletzt der **Besteller** seine **Mitwirkungsobliegenheiten**, steht dem Unternehmer **kein einklagbarer Anspruch** auf Mitwirkung zu. Verzögert oder verweigert der Besteller die erforderliche Mitwirkung, gilt:

- Ist der Unternehmer zur Leistung berechtigt, bereit und imstande, gerät der Besteller gemäß § 293 BGB in Gläubigerverzug und der Unternehmer hat nach § 304 BGB Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen, die er für das erfolglose Angebot machen musste.  
**Bsp.:** Ersatz von Transport- und Lagerkosten.
- Der Unternehmer kann eine angemessene Entschädigung verlangen, § 642.
- Der Unternehmer kann den Vertrag kündigen, wenn er dem Besteller erfolglos eine Frist zur Nachholung der Mitwirkungshandlung unter gleichzeitiger Kündigungsandrohung gesetzt hat, § 643 BGB.
- Macht der Unternehmer vom Kündigungsrecht Gebrauch, steht ihm gemäß § 645 Abs. 1 S. 2 BGB ein Teilvergütungsanspruch zu.