

## 2. Überblick über die relevanten Vertragstypen

Die Wirtschaft spricht allgemein von „Lieferungen“ von Waren/Produkten und von „Leistungen“, womit sie meist Dienstleistungen meint. Der Klarheit wegen heißt es hier gleich „Dienstleistungen“.

Vertragsgegenstand	Reiner Kauf	Kauf als Werklieferung von beweglichen Sachen	Werk über Sachen	Werk als eine Dienstleistung (ohne Sachen)	Dienste
Im Vertragsrecht	Leistungen				
In der Wirtschaft	Lieferungen			(Dienst-)Leistungen	
In diesem Buch wenn detailliert abgehandelt	Kaufsache	System wenn für beide Typen gleich		Dienstleistungen	
		Werklieferung	Werk		

Zur Vermeidung von Wiederholungen handle ich in Kapitel 5 Themen zu Leistungen ab, die mehrere Vertragstypen betreffen, und entsprechend in Kapitel 11 solche Themen zu Vertragsverletzungen.

### 2.1 Charakterisierung der Vertragstypen in Projekten

Der Besteller kann – so ICB 4 Kapitel 4.5.9 – für sein Projekt „Güter und/oder Dienstleistungen“ beschaffen, nämlich „Ressourcen (Personal, Werkzeuge, Materialien und Teillieferungen) ...“ Diese können "einen maßgeblichen Anteil des Projekts einnehmen."

Also kommen in Betracht Kaufverträge in den Varianten reine Kaufverträge und Werklieferungsverträge, Werkverträge, Dienstverträge sowie Miet- und Leasingverträge.

Das BGB charakterisiert diese Vertragstypen durch deren Hauptleistungen.

#### Vertragstypische Einordnung

§ 433 BGB Kaufvertrag: „Sache übergeben ...“ (in § 433 BGB kein Wort zu „erstellen“)

§ 650 BGB Kaufvertrag in der Variante Werklieferungsvertrag (inoffizieller Begriff): "Vertrag, der die Lieferung (!) herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. ... Kauf. Soweit ... Sachen nicht vertretbar ... sind, sind auch die §§ [Werkvertragsrecht zur Durchführung] anzuwenden ..."

§ 631 BGB Werkvertrag: "Herstellung (!) des versprochenen Werkes ..."

**Kaufverträge in zwei Varianten:** §§ 433 ff BGB regeln ausführlich den reinen Kaufvertrag. Als Dienstleistung kann nur die Montage der Kaufsache hinzukommen. Der

Auftragnehmer hat „die Sache zu übergeben...“ und "frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.“ Der Käufer hat "den Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.“ Gemeint ist damit: "entgegenzunehmen“. Mehr in Kapitel 6.

Eine bewegliche Sache braucht zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht vorhanden zu sein, kann also auch erst noch "herzustellen" sein (§ 650 BGB). Für diesen Fall unterscheidet § 650 BGB zwischen

- vertretbaren Sachen, das sind solche, die üblicherweise "im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht“ behandelt werden (§ 91 BGB), Sie unterliegen dem normalen = reinen Kaufvertragsrecht. Dazu gehören beispielsweise PKWs.
- Sachen, die nicht vertretbar sind, sondern in einer Weise individualisiert erstellt werden, dass sie als solche nicht marktfähig sind. Für sie sind die Vorschriften des Werkvertrags über die Vertragsdurchführung ergänzend „anzuwenden“ (§ 650 BGB). Diese Variante wird in der Praxis als „Werklieferungsvertrag“ bezeichnet.

Es gibt Kaufverträge, die nicht ganz in das gesetzliche Schema passen: Bei ihnen erbringt der Auftragnehmer erhebliche Dienstleistungen, ohne dass die Kaufsache dadurch nicht marktfähig, also nicht vertretbar werden würde. Das kann beispielsweise ein Standardprogramm sein, bei dem die Vergütung für die Dienstleistungen für dessen Einführung die für das Standardprogramm weit übersteigen kann. Dann besteht dasselbe Bedürfnis dafür, die Vorschriften des Werkvertragsrechts zur Durchführung ergänzend anzuwenden. Sie sind dann auch analog (= entsprechend) anzuwenden. Damit erledigt sich das Problem nahezu, die beiden Varianten voneinander abzugrenzen: Sobald der Auftragnehmer mehr als die Montage schuldet, greifen die Vorschriften über die Durchführung gemäß Werkvertragsrecht ein. Mehr in Kapitel 8.

**Werkverträge:** § 631 BGB spricht etwas altmodisch von der "Herstellung des versprochenen Werkes.“ Hier beinhaltet die Abnahme nicht nur die Entgegennahme, sondern die Abnahmeprüfung und die Abnahmeerklärung.

„Gegenstand ... kann die Herstellung ... einer Sache als auch ein ... durch ... Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.“ Der erste Teil des Satzes enthält die Abgrenzung zum Werklieferungsvertrag, der zweite die zum Dienstvertrag. Mehr in Kapitel 7.

**Dienstverträge:** Der Auftragnehmer schuldet die „Leistung der versprochenen Dienste“, der Kunde die vereinbarte Vergütung (§ 611 BGB).

Der Auftragnehmer soll nicht nur tätig werden, sondern soll Tätigkeiten in Richtung auf einen Erfolg leisten; auf den Eintritt des Erfolgs kommt es aber nicht an. Mehr in Kapitel 9.

**Mietverträge:** Der Vermieter hat "dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Der Vermieter hat die Mietsache ... in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten... Der Mieter ist verpflichtet, ... die vereinbarte Miete zu entrichten" (§ 535 BGB). Mehr in Kapitel 10.1.

**Leasingverträge** : Sie sind nach der Rechtsprechung dahingehend modifizierte Mietverträge, dass der Leasinggeber das Leasingobjekt für den Leasingnehmer erwirbt und an diesen vermietet. Dabei schließt er seine eigene Haftung möglichst dadurch aus, dass er seine Haftungsansprüche gegen den Lieferanten an den Leasingnehmer abtritt. Mehr in Kapitel 10.2.

## 2.2 Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag mit Varianten \*

Für die Abgrenzung zwischen dem reinen Kaufvertrag (höchstens mit Montage als Dienstleistung) und dem Werkvertrag gilt die Formel:

reiner Kaufvertrag = Werkvertrag *minus* Vorschriften zur Durchführung und Abnahme

Für die Abgrenzung zwischen Werklieferungsvertrag und Werkvertrag gilt:

Werklieferungsvertrag ~ Werkvertrag *minus* Abnahme

Die Formel ist nur ungefähr richtig: Im Werklieferungsvertrag geht es wie in Kap. 2.1 dargestellt um ein individualisiertes Ergebnis, im Werkvertrag um ein Werk als „Ergebnis einer individuellen Tätigkeit“ (BGH). Wortklauberei von Juristen? Unvermeidbar, weil das BGB die zwei Vertragstypen vorsieht.

Auf die Abgrenzung kommt es nur an, wenn es um bewegliche Sachen geht. Die Leistung von unbeweglichen Sachen fällt immer unter das Werkvertragsrecht.

<b>Wesentliche Rechtsfolgen bei Kaufverträgen und Werkverträgen</b>		
	Kaufvertrag	Werkvertrag
Fälligkeit der Vergütung	mit vollständiger Lieferung des Vertragsgegenstands	mit Abnahme *)
Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche	mit vollständiger Lieferung des Vertragsgegenstands	mit Abnahme
Beweislast für Mängel beim Kunden	ab Gefahrübergang (~vollständige Lieferung)	ab Abnahme
Durchführung	in der Variante Werklieferungsvertrag: ergänzend Werkvertragsrecht, aber keine Abnahme	nach Werkvertragsrecht mit Abnahme
*) Vorher Abschlagszahlungen für erbrachte und geschuldete Leistungen (auch wenn diese nicht als Teilleistungen vereinbart sind).		

Warum bringe ich Ihnen diese Wortklauberei: Zum einen, um dem Leser zu zeigen, wie schwierig es für den Gesetzgeber ist, Schubladen zu bilden, in die er die Lebenswirklichkeit hineinpackt, wären diese doch ein Kontinuum mit Schwerpunkten bildet.

Zum anderen will ich den Leser informieren, dass die Abgrenzung eine große Rolle für viele Juristen spielt, sei es dass sie die Tradition des deutschrechtlichen Werkvertrags wahren wollen oder dass Rechtsanwälte betonen wollen, wie wichtig es ist, sie bei der Wahl des richtigen Vertragstyps hinzuzuziehen.

Der Unterschied solle (!) darin liegen, dass der Auftragnehmer bei einem Werkvertrag nicht nur wie bei einem Werklieferungsvertrag ein funktionierendes System schulden würde, sondern gemäß der Definition des Werkvertrags einen "Erfolg". Mancher Kunde leitet daraus in seinem Interesse ab, dass seine (schriftlichen) Anforderungen so auszulegen seien, wie er das für seine Zwecke bräuchte. Denn nur dann könne das Ergebnis ein Erfolg genannt werden. „Herbeiführen eines Erfolgs“ klingt für den Kunden besser als „Tätigkeit“ (beim Dienstvertrag) oder „Lieferung“ beim Kaufvertrag.

Das Wort "Erfolg" dient allerdings im BGB nur der Abgrenzung von Werkvertrag zu Dienstvertrag [Kap. 2.3, S. 10]) und hat bei dieser Abgrenzung nichts zu suchen.

Ohnehin ist mit Erfolg ist nicht mehr als ein Ergebnis gemeint. Aber selbst wenn man auf den „Erfolg“ im üblichen Sinn abstellt: Auch ein Kaufvertrag kann laut BGH in diesem Sinne "erfolgsbezogen" sein.

### **2.3 Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag**

Zuerst eine Klarstellung: Der Begriff „Dienstleistung“ ist primär ein Begriff aus dem Wirtschaftsleben. Er bezieht sich nicht nur auf Dienstverträge wie Beratung bei der Auswahl von Produkten oder Organisationsberatung, sondern umfasst auch Werkverträge, die die Erstellung eines nicht körperlichen Gegenstandes beinhalten, beispielsweise die einer Spezifikation.<sup>2</sup>

In der Praxis wird häufig der Begriff "Dienstleistungsvertrag" verwendet: Entweder weil man einen Oberbegriff braucht, so im Vergaberecht, oder weil man offen lassen möchte, welcher der beiden Vertragstypen vorliegt. Schließlich kann das unerheblich sein, insbesondere bei Vergütung nach Aufwand. Oder man setzt „Dienstleistungsvertrag“ fälschlich mit „Dienstvertrag“ gleich.

**Einordnung unter die gesetzlichen Vertragstypen:** Verträge, die ohne Zusammenhang mit der Lieferung von Sachen auf Dienstleistungen gerichtet sind, können Dienstverträge oder Werkverträge sein.

Wenn Sie in der Praxis einen Vertrag einordnen müssen, sollten Sie von einem Werkvertrag ausgehen und fragen, ob dieser ausscheidet:

- Soll der Auftragnehmer ein Ergebnis abliefern, an dessen Erstellung der Kunde beteiligt ist? Dann kann kein Werkvertrag vorliegen, weil der Auftragnehmer bei diesem alleine tätig gewesen sein müsste.
- Kann man bei alleiniger Erstellung ausnahmsweise dem Auftragnehmer nicht zumuten zu haften, wenn er das Ergebnis nicht erreicht? Das kann beispielsweise bei einem Forschungs- und Entwicklungsauftrag der Fall sein (auch bei einer ärztlichen Behandlung).

---

2 Die „Erbringung von Dienstleistungen“ wird im Vergaberecht (GWB Teil 4, hier: § 113) im Gegensatz zu „Lieferungen von Waren“ und zur „Ausführungen von Bauleistungen verwendet“ und umfasst dementsprechend viele Leistungen, die dem Recht des Werkvertrags unterliegen.

Werden Dienstleistungen innerhalb eines Vertrags über die Lieferung eines Systems erbracht, bestimmt die Lieferung weitgehend auch die Regeln für dienstvertragliche Leistungen, beispielsweise für die Schulung, falls der Kunde vom Liefervertrag zurücktritt.

Ist die Aufgabenstellung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags erst vage beschrieben, liegt deswegen noch nicht ein Dienstvertrag vor; es besteht dann ein vager Maßstab für das geschuldete Ergebnis (§ 631 BGB: für den „Erfolg“), sodass unterschiedliche Ergebnisse vertragsgemäß sind.

#### **Beispiel**

Manche berühmte Persönlichkeit war mit dem Portrait, das sie bei einem modernen Künstler in Auftrag gegeben hatte, sehr unzufrieden, musste das aber bezahlen.

Gibt der Kunde die Anforderungen Stück für Stück vor, dürfte eher gemeinsame Arbeit, also ein Dienstvertrag, vorliegen. Dienstverträge kommen vor allem in Betracht, wenn die Vertragspartner das Ergebnis in einem gemeinsamen Team entwickeln.

Bei einem Werkvertrag ist der Auftragnehmer für die Gestaltung des Ergebnisses zuständig, z.B. entscheidet er, welche Entwicklungs- und Dokumentationsrichtlinien er sachgerechter Weise anwendet, wenn nichts ausdrücklich vereinbart ist. Bei einem Dienstvertrag muss er hingegen mit dem Kunden vereinbaren, welche Entwicklungs- und Dokumentationsrichtlinie das Team anwenden soll.

Die vertragstypische Einordnung ist auch hier nicht so wichtig, wie Juristen oft behaupten und Nicht-Juristen oft annehmen. Diese Überschätzung ist im Wesentlichen auf zwei Faktoren zurückzuführen.

Erstens werden in der Praxis vielfach *fälschlich* Werkvertrag mit Festpreis und Dienstvertrag mit Vergütung nach Aufwand gleichgesetzt. Daran ist nur so viel richtig, dass bei einem Werkvertrag der Arbeitsumfang oft besser als bei einem Dienstvertrag abgeschätzt werden kann und deshalb ein Festpreis eher in Betracht kommt. Es gibt aber auch viele Dienstverträge gegen eine pauschale Vergütung, also gegen einen Festpreis.

#### **Beispiele**

Ein Rechtsanwalt erhält für die Führung eines Rechtsstreits eine pauschale „Gebühr“, gleich ob er einen Schriftsatz oder viele erstellen und ob er einmal oder mehrmals zu Gericht gehen muss.

Ein Arzt erhält für sehr viele dienstvertragliche Tätigkeiten jeweils eine bestimmte Gebühr. Es handelt es sich um typische Tätigkeiten, für die der Aufwand gut geschätzt werden kann.

Zweitens möchte die Auftragnehmerseite die Abnahme sowie das Risiko vermeiden, dass sie im Werkvertragsrecht einen ominösen „Erfolg“ schulden würde, deswegen mehr leisten müsse und stärker haften würde. Andersherum sieht die Kundenseite das als Vorteile. Das zusätzliche Risiko bzw. die Vorteile werden rechtlich gesehen allerdings weit überschätzt.

### Beispiele

(1) Der Kunde möchte Schulung als Werkvertrag einordnen: Seine Mitarbeiter sollen nach der Schulung das System einsetzen können. Dafür will der Auftragnehmer aber nicht einstehen.

Damit die Idee des Erfolgs etwas hergibt, empfehlen manche Rechtsberater den Kunden, die Schulung so zu definieren, dass dessen Mitarbeiter nach der Schulung das Werk „ordnungsgemäß“ oder sogar „fehlerfrei“ einsetzen können. Eine solche Vereinbarung kann dank der Vertragsfreiheit geschlossen werden; sie ergibt sich aber *nicht* aus dem Werkvertragsrecht.

(2) Die Vergütung kann von dem Erfolg abhängig gemacht werden, den der Kunde durch den Einsatz des Werks erzielt. Das beinhaltet aber nicht den vom Auftragnehmer geschuldete Erfolg, sondern eine selbstständige Garantieerklärung.

Die Abgrenzung zwischen werkvertraglichen und dienstvertraglichen Dienstleistungen kann schwierig sein.

### Beispiele

(1) Ein Auftragnehmer soll einen Fehler in einem alten, schlecht dokumentierten IT-System finden. Er soll die Vergütung wohl auch dann bekommen, auch wenn er den Fehler trotz ordnungsgemäßem Vorgehen nicht findet (beispielsweise mangels Reproduzierbarkeit des Fehlerbildes). Deswegen wird der Vertrag als Dienstvertrag eingeordnet. Anders lag es lange Zeit bei einem modernen und gut dokumentierten IT-System. Inzwischen ... Komplexität ...? Mein IT-Berater ist davon überzeugt, dass er Dienstverträge abschließt.

(2) Ärzte schließen Dienstverträge eigener Art ab, wenn sie ihre Patienten behandeln (§§ 630a ff BGB): Sie streben den Erfolg zwar an, schulden diesen aber nicht. Sie werden sich desto stärker einsetzen, den gewünschten Erfolg zu erreichen, je (lebens-)wichtiger dieser für den Patienten ist. Aber desto weniger wollen und sollen sie diesen schulden.

In allgemeiner Rechtsprechung werden Verträge über die Erstellung von Gutachten und ähnliche Leistungen, deren Ergebnis in einem Dokument festgehalten wird, als Werkverträge eingeordnet, z.B. Gutachten über Kanalisationsschäden. Beratungsverträge dürften ebenso einzuordnen sein, wenn sie eine Auswahl *einschließlich* eines Entscheidungsvorschlags zum Gegenstand haben.

*Arbeitnehmerüberlassung*: Das ist eigentlich ein deutlich abgesetzter Vertragstyp. In der Praxis wird allerdings häufig versucht, ihn dadurch zu umgehen, dass der Vertrag, der eigentlich Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand hat, als Dienstvertrag oder sogar als Werkvertrag ausformuliert wird [Kap. 9.2.2, S. 153].

Die wesentlichen Unterschiede zwischen den relevanten Vertragstypen hinsichtlich

- der finanziellen Seite,
  - der terminlichen Seite und
  - der Qualität der Ergebnisse
- sind in der Abbildung dargestellt.

### Vertragstypen bei Beratung und Programmierung

Drei Vertragstypen für verschiedene Wege zum Ziel

<b>Vertragstyp</b>	<b>Werkvertrag</b> „AN erstellt Programm für / Konzept für ...“ (§ § 631 BGB)	<b>Dienstvertrag</b> „AN unterstützt bei folgenden Arbeiten: ...“ (§ 611 BGB)	<b>Arbeitnehmer- überlassung</b> „AN stellt Mitarbeiter für .... zur Verfügung“ (AÜG)
Geld gibt es für	das Ergebnis	das (zielgerichtete) Arbeiten	das Überlassen von Mitarbeitern
geschuldet:	Eignung des Ergebnisses (bezogen auf Vorgabe) = Mangelfreiheit	ordentliche Arbeit (mit geeigneten Mitarbeitern)	ordentliche Auswahl (also Bereitstellung geeigneter Mitarbeiter)
Haftung für Qualität	Mängelbeseitigung, bei Vertre- tenmüssen auch Schadensersatz	bei Vertretenmüssen Scha- densersatz, z.B. Aufwand für Mängelbeseitigung	bei Vertretenmüssen Schadensersatz
geschuldet:	termingerechte Übergabe	termingerechtes Arbeiten	rechtzeitige Bereitstellung
Haftung für Termine	ohne Vertretenmüssen Rücktritt, bei ~ auch Schadensersatz	ohne Vertretenmüssen a.o. Kündigung, bei ~ auch Schadensersatz	bei Vertretenmüssen Schadensersatz
Vergütungs- form	entsprechend der konkreter Vereinbarung (eher Festpreis)	entsprechend konkreter Vereinbarung (meist nach Aufwand)	nach Aufwand