

BGB

RGRK

§§ 631-811

12. ge



G

Das Bürgerliche Gesetzbuch

mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung
des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes

Kommentar

herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes
12., neubearbeitete Auflage

Band II, 4. Teil

§§ 631 — 811

bearbeitet von

Walter Dehner
Richter am BGH

Roderich Glanzmann
Vizepräsident des BGH a. D.

Josef Mormann
Richter am BGH

Dr. Otto-Friedrich Freiherr von Gamm
Richter am BGH

Dr. Günter Krohn
Richter am BGH

Dr. Claus Seibert †
Bundesrichter a. D.

Dr. Erich Steffen
Richter am BGH

(Zitierweise: BGB — RGRK)



1978

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Es haben bearbeitet:

- §§ 631—651: Roderich Glanzmann
§§ 652—656: Walter Dehner
§§ 657—687: Erich Steffen
§§ 688—700: Günter Krohn
§§ 701—704: Claus Seibert
§§ 705—761: Otto-Friedrich Freiherr von Gamm
§§ 762—764: Claus Seibert
§§ 765—778: Josef Mormann
§§ 779—811: Erich Steffen

Erscheinungsdaten der Lieferungen:

- §§ 631—651 (20. Lieferung): Oktober 1975
§§ 652—661 (34. Lieferung): Juli 1978
§§ 662—687 (7. Lieferung): Mai 1974
§§ 688—700 (13. Lieferung): Dezember 1974
§§ 701—779 (4. Lieferung): Mai 1974
§§ 780—811 (9. Lieferung): November 1974

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Das Bürgerliche Gesetzbuch:

mit bes. Berücks. d. Rechtsprechung d. Reichsgerichts u. d. Bundesgerichtshofes; Kommentar/hrsg. von Mitgliedern d. Bundesgerichtshofes. — Berlin, New York: de Gruyter.

NE: Deutschland (Bundesrepublik) / Bundesgerichtshof
Bd. 2.

Teil 4. §§ 631-811 Bearb. von Walter Dehner . . .
— 12., Neubearb. Aufl. — 1978.

(Großkommentare der Praxis)

ISBN 3-11-007795 7

NE: Walter Dehner [Mitarb.]

©

Copyright 1974/1975/1978

Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag,
Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., Berlin 30

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten.
Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne
schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet,
vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: H. Heenemann KG, Berlin 42

Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Berlin 61

Inhalt

ZWEITES BUCH

Recht der Schuldverhältnisse

Siebenter Abschnitt

Einzelne Schuldverhältnisse	§§ 433—853
<i>Siebenter Titel.</i> Werkvertrag	§§ 631—651
<i>Achter Titel.</i> Maklervertrag	§§ 652—656
<i>Neunter Titel.</i> Auslobung	§§ 657—661
<i>Zehnter Titel.</i> Auftrag	§§ 662—676
<i>Elfter Titel.</i> Geschäftsführung ohne Auftrag	§§ 677—687
<i>Zwölfter Titel.</i> Verwahrung	§§ 688—700
<i>Dreizehnter Titel.</i> Einbringung von Sachen bei Gastwirten	§§ 701—704
<i>Vierzehnter Titel.</i> Gesellschaft	§§ 705—740
<i>Fünfzehnter Titel.</i> Gemeinschaft	§§ 741—758
<i>Sechzehnter Titel.</i> Leibrente	§§ 759—761
<i>Siebzehnter Titel.</i> Spiel. Wette	§§ 762—764
<i>Achtzehnter Titel.</i> Bürgschaft	§§ 765—778
<i>Neunzehnter Titel.</i> Vergleich	§ 779
<i>Zwanzigster Titel.</i> Schuldversprechen. Schuldanerkennnis	§§ 780—782
<i>Einundzwanzigster Titel.</i> Anweisung	§§ 783—792
<i>Zweiundzwanzigster Titel.</i> Schuldverschreibung auf den Inhaber	§§ 793—808a
<i>Dreiundzwanzigster Titel.</i> Vorlegung von Sachen	§§ 809—811

SIEBENTER TITEL

Werkvertrag^{*)}

Vorbemerkungen

Vor § 631

Übersicht

Rdn.	Übersicht	Rdn.	
I. Wesen des Werkvertrags	1	IV. §§ 631 ff enthalten nachgiebiges Recht	10-17
II. Werkvertrag und Dienstvertrag	2-8	1. Allg. Geschäftsbedingungen	10
1. Wirken - Werk	2	2. Die VOB	11-16
2. Einordnung im Einzelfall	3-6	a) Entstehung, Zweck	11
a) Auslegung, Gefahrtragung, Angemes- senheit	3	b) Teil A, B, C	12-13
b) Weitere Besonderheiten	4-5	c) Unterschied zu AGB	14-16
c) Rechtsprechung	6	3. Die VOL	17
3. Praktische Bedeutung der Unterscheidung	7-8	V. Öffentlich-rechtliche Verhältnisse, insbes. die	
III. Sonderfälle des Werkvertrags	9	Post	18

I. Wesen des Werkvertrags

1

Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinn der §§ 320 ff. Der *Unternehmer* verpflichtet sich zur Herstellung des versprochenen Werks, der *Besteller* zur Entrichtung der dafür vereinbarten Vergütung (§ 631 Abs. 1). Der Begriff des Werkes wird im § 631 Abs. 2 als ein „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ umschrieben; als Beispiel dafür wird die Herstellung oder Veränderung einer Sache angeführt. Daraus, daß der Unternehmer einen Erfolg schuldet, ergibt sich eine Art *Garantenhaftung*: Er hat dafür, daß der Erfolg erreicht wird, und zwar mangelfrei erreicht wird, — in gewissen Grenzen — einzustehen, selbst wenn das Ziel ohne seine Schuld verfehlt wird (§§ 644, 633, 634, 636).

II. Werkvertrag und Dienstvertrag

2

1. Arbeit oder Dienstleistung hat der Werkvertrag mit dem Dienstvertrag gemeinsam. Bei diesem sind nach Vorstellung und Willen der Parteien die Dienste, das „**Wirken**“ als solches, nicht aber dessen Ergebnis diejenige Leistung, die der eine Teil erbringen, der andere vergüten soll. Gegenstand des Werkvertrags ist dagegen ein bestimmter, durch die Dienstleistung hervorzubringender Erfolg, eben das **Werk** (BGHZ 31 224; 54 106, 107; BGH NJW 67 719; 72 901; WM 72 947; RGZ 72 179). Selbstverständlich wird auch beim Dienstvertrag ein Arbeitsziel verfolgt, und namentlich bei Dienstverträgen von längerer Dauer werden (oft wiederkehrend) konkrete Arbeitsergebnisse hervorgebracht. Aber nicht sie sind die Leistung, für die der Empfänger die Vergütung zahlt, das ist vielmehr die aufgewandte Arbeit als solche. Vielfach ist beim Dienstvertrag das Arbeitsziel noch unbestimmt oder bei Vertragsschluß noch nicht übersehbar; jedenfalls steht der Dienstpflichtige nicht dafür ein, daß ein Erfolg erreicht wird. Anders ist es beim Werkunternehmer. Er erhält seine Vergütung (den *Werklohn*) dafür, daß er das versprochene, konkrete Arbeitsergebnis erbringt und abgeliefert, ihn trifft also die Gefahr, daß dieser Erfolg verfehlt wird. Beim Dienstvertrag fällt diese Gefahr dagegen dem Dienstberechtigten zu, dem Dienstleistenden entgeht der Lohn nicht, wenn er keinen Erfolg erzielt. Freilich kann er sich durch schuldhaftes Schlechtleistung schadensersatzpflichtig machen und den Lohnanspruch durch entsprechende Aufrechnung des andern Teils oder auch nach § 628 Abs. 1 Satz 2 einbüßen.

^{*)} Stand von Ende April 1975. Das Buch von *Ganten*, Pflichtverletzung und Schadensrisiko im privaten Baurecht, konnte nicht mehr berücksichtigt werden. Rechtsprechung des BGH ist bis Mitte Juni 1975 nachgetragen.

- 3** 2. Die **Einordnung** eines Rechtsgeschäfts unter den einen oder anderen Vertragstyp kann im Einzelfall schwierig sein.

a) Der (erklärte) Wille der Parteien ist durch *Auslegung* zu ermitteln. Anhand des von ihnen erstrebten wirtschaftlichen Zwecks ist sodann zu entscheiden, ob die Arbeit als solche oder aber deren konkreter Erfolg den wirtschaftlichen Schwerpunkt ihrer Beziehungen bildet (RAG 6 225; 10 6). Ergibt sich aus den Abmachungen die *Gefahrtragung*, so ist das ein bedeutsames Kriterium (RGZ 72 281), freilich kein unbedingt sicheres, weil die Vertragsfreiheit auch in diesem Punkt von der Norm abweichende Regelungen ermöglicht (RAG 4 269). In BGHZ 31 224, 228 wurde neben anderen Gesichtspunkten auch ins Auge gefaßt, ob die eine oder andere gesetzliche Regelung (Kündigung) dem gegebenen Rechtsverhältnis (Architektenvertrag) *angemessen* war. Selbstverständlich kann kein Werkvertrag vorliegen, wenn die Erreichung des Erfolgs gar nicht in der Macht des Arbeitenden steht.

- 4** b) Der großen Zahl von Dienst- und Werkverträgen haften *weitere Besonderheiten* an, die aber für die rechtliche Einordnung jedenfalls für sich allein nicht brauchbar sind: Der Werkunternehmer ist in der Regel wirtschaftlich unabhängig, der Dienstverpflichtete meist nicht. Der Werkunternehmer setzt meist eigene Arbeits- und Produktionsmittel ein, der Dienstverpflichtete nicht. Dieser erhält für seine Arbeit häufig ins einzelne gehende Anweisungen des Dienstberechtigten, der Werkunternehmer im allgemeinen nicht. Der Dienstverpflichtete wird meist nach der aufgewandten Zeit bezahlt, der Werkunternehmer für das Arbeitsergebnis im Stück.

- 5** Alle diese Merkmale sind aber unsicher. Es gibt Werkunternehmer, die bei persönlicher Selbständigkeit in starker wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihrem Vertragspartner stehen, wie dies etwa bei Hausgewerbetreibenden und Heimarbeitern vorkommt, und umgekehrt werden gewisse Dienste in voller wirtschaftlicher Unabhängigkeit erbracht (Rechtsanwälte, Ärzte). Ins einzelne gehende Weisungen müssen auch manche Werkunternehmer entgegennehmen (vgl. schon §§ 642, 645). Viele Dienstverpflichtete erhalten Stücklohn oder (wie Handelsvertreter) Erfolgsprovision, und umgekehrt liquidieren gewisse Werkunternehmer nach dem Zeitaufwand. Immerhin ist es statthaft, aus dem gehäuften Auftreten von Merkmalen, die überwiegend bei einer der beiden Vertragsarten vorkommen, den Schluß zu ziehen, daß das betreffende Rechtsverhältnis diesem Typ zuzuordnen ist (vgl. RGZ 81 8; RG JW 37 1234; BGH WM 72 947). Ausnahmslos läßt sich sagen, daß, wer in einem Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts steht, mit seinem Arbeitgeber keinen Werkvertrag abschließt; die dem Arbeitsverhältnis wesentliche persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber und dessen weitgehendes Weisungsrecht schließen es aus, daß der Arbeitende für den Erfolg seiner Arbeit einsteht (vgl. RAG in ArbRSI. 13 480; BAG 19 324, 329).

- 6** c) Für gewisse häufiger vorkommende Verträge ist die Zuordnung durch eine feste *Rechtsprechung* geklärt. So ist Werkvertrag der übliche Architektenvertrag. Die Verträge der Rechtsanwälte und Ärzte sind im allgemeinen Dienstverträge (Ausnahmen s. § 631 Rdn. 166, 189).

7 3. Praktische Bedeutung der Unterscheidung

a) Mancher Interessenkonflikt ist in beiden Vertragsarten *gleich* zu entscheiden. Auch kann es durch Treu und Glauben geboten sein, innerhalb des einen Vertragstyps einzelne Vorschriften des anderen anzuwenden, so etwa die dienstvertragliche Schutzvorschrift des § 618 bei gewissen Werkverträgen (§ 631 Rdn. 38, 52).

- 8** b) *Getrennte Wege* gehen Dienst- und Werkvertrag hauptsächlich bei der Sachmängelhaftung (§§ 633 ff) einschließlich der Verjährung von Ansprüchen aus mangel-

hafter Arbeit (§ 638), bei der Kündigung (§§ 620 ff — §§ 645, 649 f), dem gesetzlichen Pfandrecht und der Bausicherungshypothek (§§ 647, 648), nicht jedoch — entgegen einer früheren Rechtsprechung — bei der Verjährung des Vergütungsanspruchs (vgl. BGHZ 59 163). Es kommt vor, daß die Parteien ihren Beziehungen ausdrücklich die Regeln eines bestimmten Vertragstyps ohne Rücksicht auf die gesetzliche Einordnung zugrunde legen. Solche Vereinbarungen sind unbedenklich (BGH LM § 611 Nr. 3; NJW 56 1065), soweit nicht in zwingende gesetzliche Vorschriften eingegriffen wird, die es beim Dienstvertrag gibt (§ 626).

III. Sonderfälle

9

1. Eine Abart des Werkvertrags ist der in § 651 behandelte **Werklieferungsvertrag**, bei dem der Unternehmer ein körperliches Werk aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoff herzustellen hat. Zu seinen Pflichten gehört naturgemäß auch, daß er das fertige Werk dem Besteller zu übergeben und zu übereignen hat.

2. Ist Gegenstand des Werkvertrags eine **Geschäftsbesorgung**, so gelten neben den Werkvertragsregeln auch gewisse Vorschriften des Auftragsrechts (§ 675).

3. Einige Werkverträge, meist mit Geschäftsbesorgung, sind **gesetzlich besonders geregelt**. Die §§ 631 bis 651 kommen dann nur aushilfsweise zum Zuge. Hierher gehören Personen- und Güterbeförderungsverträge (§ 631 Rdn. 175 f) sowie gewisse Formen des Kommissionsvertrags (vgl. RGZ 71 76 gegen 92 158 u. 110 119) und des Speditionsvertrags (vgl. RGZ 112 149 gegen 109 85 u. 114 308) — §§ 383 ff, 407 ff HGB.

IV. Die §§ 631 bis 651 enthalten durchweg **nachgiebiges Recht**. Daher spielen hier vorgeformte, vom Gesetzesrecht abweichende Allgemeinregelungen, die von den Parteien in den Einzelvertrag eingeführt werden, eine erhebliche Rolle. 10

1. Außer den namentlich beim Werklieferungsvertrag auftretenden Allgemeinen **Lieferbedingungen** von Unternehmern und Unternehmerverbänden sind **Formularverträge** zu erwähnen, wie sie besonders im Architektenrecht vorkommen (dazu § 631 Rdn. 114); ferner sog. **Gebührenordnungen** einiger als Unternehmer auftretenden Berufe, wie Ingenieure und Steuerberater (§ 631 Rdn. 186, 202). Die Gebührenordnung der Architekten, die als Höchstpreisvorschrift eine staatliche Sanktion erhalten hat (§ 631 Rdn. 157), gehört jedoch nicht hierher, wohl aber gleichbleibende Allgemeine **Vertragsbedingungen von Großbestellern** wie Bauverwaltungen, Bundesbahn, Wohnungsbauträgern, ferner Allgemeine **Einkaufsbedingungen**, mit denen Besteller von Werklieferungen auf den Vertragsinhalt Einfluß nehmen.

Alle diese allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegen der richterlichen Inhaltskontrolle nach den in der jüngeren Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. Hierzu vgl. § 631 Rdn. 25, Anh. zu §§ 633—635 Rdn. 17 ff.

2. Im Baurecht ist von großer Bedeutung die **Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)**. Von ihr wird in BGHZ 55 198, 200 gesagt, sie sei „nicht ohne weiteres mit einseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf eine Stufe zu stellen“. Damit ist auf Besonderheiten hingewiesen, die auf die Entstehungsgeschichte dieses Normenwerks zurückgehen (hierzu *Weill* bei *Hereth*, VOB/A, 2. Aufl. 1960, S. 17 ff; *Daub*, Bauverwaltung 66 257).

a) Die VOB wurde erstmals 1926 von dem „*Reichsverdingungsausschuß*“ herausgegeben. Diesen hatte die Reichsregierung auf Ersuchen des Deutschen Reichstags 1921

mit dem Auftrag eingesetzt, einheitliche Verdingungsgrundsätze in Reich und Ländern zu schaffen. Außer Vertretern der Bauverwaltungen des Reichs, der Länder und der Gemeinden (als wichtigster Auftraggeber der Bauwirtschaft) gehörten ihm Vertreter der Bauindustrie, des Bauhandwerks, der Architekten und der Gewerkschaften an.

Seit 1947 setzt der „*Deutsche Verdingungsausschuß*“ dieselbe Aufgabe fort. Seine Zusammensetzung ist ähnlich; es gehören ihm auch Vertreter der gemeinnützigen Wohnungsunternehmungen, des Deutschen Industrie- und Handelskammertages und verschiedener Wirtschaftsverbände an. 1952 und dann wieder 1973 hat der Verdingungsausschuß die Teile A und B der VOB neu gefaßt; die Fassung 1973 ist vom Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau im Bundesanzeiger (Nr. 216 v. 16. 11. 73, Beil. 32/73) bekanntgemacht worden mit dem Anfügen, daß die öffentlichen Auftraggeber die Neufassung in ihrem Bereich einführen werden. Der Teil C wurde und wird laufend erneuert und weiter ausgebaut.

- 12** b) Der *Teil A der VOB* enthält „Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen“, regelt also das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren. Diese Bestimmungen sind ihrer Art nach nicht geeignet, Vertragsinhalt zu werden. Auch gibt es keine Rechtsnorm, die einen Bauherrn verpflichtete, sich bei der Vergabe an den Teil A zu halten. Trotzdem ist seine Bedeutung erheblich, denn die öffentlichen Bauverwaltungen sind fast durchweg durch Verwaltungsvorschrift gehalten, ihr Verfahren danach zu gestalten (*Ingenstau-Korbion*, VOB⁶. 1971 Einl. Rdn.-23,⁷. 1974 Einl. Rdn. 25). Hieraus können sich mittelbar Rechtswirkungen auf das Verhältnis der Parteien ergeben (§ 631 Rdn. 65 f).
- 13** Die *Teile B und C der VOB* sind dazu bestimmt, Inhalt der einzelnen Bauverträge zu werden. Dazu ist es aber notwendig, daß die Parteien es ausdrücklich vereinbaren (BGH RsprBau Z 2.0, 16; 51, 1; 400, 33). Das ist sehr häufig der Fall. Verfehlt ist aber die Vorstellung, daß dies regelmäßig auf Betreiben der Bauunternehmer („Auftragnehmer“) geschähe, weil sie durch die VOB/B ähnlich wie durch allgemeine Lieferbedingungen begünstigt würden. Wie die Erfahrung lehrt, legen die Besteller („Auftraggeber“) überwiegend ebenfalls Wert auf die Vereinbarung der VOB. Insbesondere tun dies, entsprechend der Entstehungsgeschichte der VOB, die öffentlichen Bauverwaltungen. Sie sind durch Teil A § 10 Nr. 1 gehalten, in den Verdingungsunterlagen vorzusehen, daß die Teile B und C Vertragsbestandteil werden sollen. Aber auch die privaten Wohnungsbaugesellschaften sowie die Architekten, die für ihre Bauherren Bauverträge vorbereiten oder abschließen, machen ganz überwiegend die Bestimmungen der VOB/B und C zum Inhalt dieser Verträge. Dies macht deutlich, daß die VOB die Rolle von „Lieferbedingungen“ und „Einkaufsbedingungen“ zugleich spielt und daß es ihren Verfassern gelungen ist, die gegensätzlichen Interessen in Art eines Tarifvertrags in billiger Weise auszugleichen.
- 14** c) Danach *unterscheidet sich* die VOB in der Tat *von gewöhnlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, und dem hat die richterliche Kontrolle Rechnung zu tragen (a. A. *Schmidt-Salzer*, BB 73 Beil. 1; gegen ihn mit Recht *Hesse*, BB 73 546). Vor allem geht es nicht an, einzelne Bestimmungen der VOB jeweils für sich allein ins Auge zu fassen. Vielmehr ist stets das Normenwerk als ganzes zu betrachten, das von der Gesetzesregelung nach beiden Seiten hin abweicht. Es zu bedenken, daß das BGB, von den Ausnahmen der §§ 638 Abs. 1 und 648 abgesehen, Bauverträge einerseits, Werk- und Werklieferungsverträge über bewegliche und unkörperliche Gegenstände andererseits einheitlich und gleich behandelt. Hieraus ergab sich ein Bedürfnis für gewisse Sonderregelungen, die aus Billigkeitsgründen zumeist zugunsten des Unternehmers ausfallen mußten. So ist es in Bausachen offenbar unbillig, meist überhaupt undurchführbar, von dem Unter-

nehmer zu verlangen, daß er den Werklohn bis zur Vollendung und Abnahme des Werks kreditiert (so § 641 BGB); die VOB/B schreibt deshalb Abschlagszahlungen vor (§ 16 Nr. 1). Auch ist es vernünftig, das Recht auf Wandlung eines Bauvertrags wegen der damit meist verbundenen Vernichtung von Werten nicht schon auf Grund unverschuldeter Mängel zuzulassen (so § 634 BGB), sondern der Wandlung gleichstehende Rechtsfolgen als eine denkbare Form des Schadensersatzes vom Verschulden des Unternehmers abhängig zu machen (VOB/B § 13 Nr. 7). Schließlich wird auch die ausgleichende Regelung der Gefahrtragung in § 7 VOB/B gegenüber dem starren Standpunkt des § 644 BGB Verständnis finden müssen.

Stein des Anstoßes ist hauptsächlich die in § 13 Nr. 4 VOB/B enthaltene Abkürzung der Verjährung der Mängelansprüche bei Bauwerken von 5 Jahren (§ 638 BGB) auf 2 Jahre (vgl. *von Hippel* NJW 70 1835). Hierbei ist zunächst zu beachten, daß die angeführte Bestimmung mit dem eigentlich nicht zu übersehenden Wink an den Beteiligten beginnt, die Verjährungsfrist frei zu vereinbaren. Wird hiervon kein Gebrauch gemacht, bleibt es allerdings bei den zwei Jahren. Der Nachteil der Fristverkürzung wird aber dadurch gemildert, daß der Auftraggeber auf einfache Weise ohne Anrufung der Gerichte eine unterbrechungsähnliche Erstreckung der Verjährung herbeiführen kann (so § 13 Nr. 5 S. 2 der Fassung 1973 der VOB/B im Anschluß an die frühere Rspr., s. BGHZ 62 293 m. Nachw.; vgl. § 639 Rdn. 28). Schließlich gelten die gesetzlichen Verjährungsfristen, wenn der Auftragnehmer den Schaden durch Haftpflichtversicherung gedeckt hat oder dies hätte tun können (§ 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B).

Vor allem steht den den Auftragnehmer begünstigenden Vorschriften eine lange Reihe von Bestimmungen gegenüber, die das Gesetzesrecht zugunsten des Auftraggebers abändern (zusammengestellt von *Hesse* aaO). Von diesen seien hier nur einige erwähnt. Die Vereinbarung der VOB/B umfaßt allemal auch die technischen Vorschriften des Teils C, wodurch ein wirksamer Schutz gegen Pfscharbeit geschaffen wird. Eindringlich gestaltet ist die Hinweis- und Beratungspflicht des Auftragnehmers in § 4 Nr. 3 VOB/B und weiteren Bestimmungen im Teil C, dazu vgl. auch § 13 Nr. 3 VOB/B. Schon während der Entstehung des Werks sind dem Auftraggeber nach § 4 Nr. 7 VOB/B wichtige Rechte eingeräumt. Dem Auftraggeber ist durch § 16 Nr. 1 VOB/B Zahlungsfrist gewährt, § 16 Nr. 3 schützt ihn gegen Nachforderungen.

Dies alles erklärt, daß bisher, soviel bekannt, noch kein Gericht Anlaß fand, eine der VOB-Bestimmungen für unwirksam zu erklären. Auf einem andern Blatt steht, daß in der VOB/B enthaltene Haftungsbeschränkungen wie auch sonst eng ausgelegt werden (BGHZ 55 198, 200).

Zu den ADSp. hat der BGH entschieden, die umfassende richterliche Kontrolle dieser allgemeinen Geschäftsbedingungen werde nicht dadurch berührt, daß die Spediteure bei ihrer Ausarbeitung Vertreter der Auftraggeberverbände beteiligt haben (BGHZ 20 164, 167; ebenso zu Allgemeinen Bedingungen von Transportfirmen LM AllgB Nr. 30). Dort konnte die Mitwirkung nicht verhindern, daß die ADSp. sehr einseitig zugunsten der Spediteure formuliert sind (*Helm* in GroßKomm. HGB³, Anh. I nach § 415 Anm. 12). Sie werden denn auch nur von Spediteuren in die Einzelverträge eingeführt. Die VOB/B kann dagegen als ein ausgewogenes Vertragswerk bezeichnet werden, dessen sich beide Teile bedienen.

3. Das über die VOB Gesagte gilt sinngemäß auch für die „**Verdingungsordnung für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen**“ (VOL), die in den Jahren 1932 bis 1936 entstanden ist und eine ähnliche Vorgeschichte hat. Die VOL befaßt sich im Teil A mit dem Verfahren bei der Leistungsvergabe; die Besteller der öffentlichen Hand

richten sich danach. Der Teil B enthält Regeln über den Inhalt von nicht unter die VOB fallenden Kauf-, Werk- und Werklieferungsverträgen. Diese Vertragsbestimmungen werden üblicherweise in Verträgen mit Bestellern vereinbart, die zur öffentlichen Hand zu rechnen sind.

18 V. Gewisse Werk- (und Dienst-)leistungen von Amtsträgern und öffentlichen Anstalten werden nicht auf Grund privatrechtlicher Verträge, sondern auf Grund **öffentlich-rechtlicher Beziehungen** erbracht. Hierher gehört u. a. die **Deutsche Bundespost** (nicht aber die Bundesbahn, vgl. § 631 Rdn. 175 f).

Das Rechtsverhältnis der Post zu ihren Benutzern („Postbenutzungsrecht“) richtet sich nach dem Gesetz über das Postwesen (PostG) vom 28.7. 69 (BGBl. I 1006), dem Gesetz über Fernmeldeanlagen i. d. F. v. 14. 1. 28 (BGBl. III 9020-1) sowie den auf Grund des § 14 PostverwaltungsG v. 24.7. 53 (BGBl. III 900-1) ergangenen Benutzungsverordnungen, insbesondere der Postordnung vom 16. 5. 63 (BGBl. III 901-1-1), der Postzeitungsordnung v. 10.7. 70 (BGBl. I 1068), der Postreiseordnung v. 6. 12. 72 (BGBl. I 2255), der Postscheckordnung v. 1. 12. 69 (BGBl. I 2159), der Postsparkassenordnung v. 1. 12. 69 (BGBl. I 2164), der Fernmeldeordnung i. d. F. v. 5. 5. 71 (BGBl. I 541), der Telegrammordnung i. d. F. v. 26. 2. 74 (BGBl. I 373), meist mit späteren Änderungen, s. Fundstellenverzeichnis Bundesrecht unter 901 u. 902. Danach ist das Postbenutzungsrecht hoheitlich geregelt (vgl. § 7 PostG, auch § 452 HGB; ferner — zum früheren Recht — BGHZ 20 102). Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, bei Lücken der gesetzlichen Regelung privatrechtliche Grundsätze sinngemäß heranzuziehen (BGHZ 9 13, 18). Für den Bereich des Postreise-, Postscheck- und Postsparkassendienstes ist in den §§ 18 bis 20 PostG ausdrücklich bestimmt, daß die Post für Schäden „entsprechend den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Schuldners für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten“ hafte.

Auf den Gebieten des Fernmelde- und Telegrafienwesens finden sich Bestimmungen über die Haftung der Post in § 49 FernmO, § 21 TelO (hierzu BGH NJW 64 41 u. 403). Zur Haftung im Postscheckdienst Böhlke, NJW 73 357.

§ 631

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

E I 567 II 529 P 2 309

		<i>Übersicht</i>	
	Rdn.		Rdn.
I. Das Werk	1-2	e) Recht auf Herstellung?	11
II. Vertragsschluß	3-5a	f) Mehrheit von Unternehmern	12
1. Ausschreibung	3	2. Ablieferung	13-15
2. Öffentliche Besteller	4	IV. Hauptpflichten des Bestellers	16-31
3. Formfreiheit	5	1. Vergütung	16-30
4. Nachunternehmer	5a	a) Inhalt	16
III. Hauptpflichten des Unternehmers	6-15	b) Vereinbarung; insb. Pauschalpreis, Festpreis, Aufwendungen	17-20
1. Herstellung	6-12	c) Preisvorschriften	21
a) Beschaffenheit des Werks	6	d) Beweislast	22
b) Vorleistungspflicht	7-8	e) Abrechnung?	23
c) Mangelfreiheit	9	f) Entstehung der Forderung	24
d) Persönliche Herstellung?	10		

	Rdn.		Rdn.
g) Aufrechnung	25-26	3. Bewahrung vor Haftpflicht gegenüber Dritten	44-45
h) Abtretung	27-29	4. Besondere Bestellerpflichten	46-49
i) Bei vorzeitigem Vertragsende	30	5. Schutzpflichten zugunsten Dritter	50-57
2. Abnahme	31	a) Allgemeines	50-51
V. Nebenpflichten der Parteien	32-57	b) Einzelfälle	52-56
1. Aufklärung, Beratung	33-37	c) Drittschadensliquidation	57
a) Unternehmer	33-36	VI. Bauvertrag – Übersicht S. 20	58-102
b) Besteller	37	VII. Architektenvertrag – Übersicht S. 33	103-165
2. Schutz und Fürsorge	38-43	VIII. Einige weitere typische Werkverträge – Übersicht S. 51	166-209
a) für Leben und Gesundheit	38-40		
b) für Eigentum	41-43		

1 I. Das Werk

Der Werkvertrag ist auf entgeltlichen Umsatz eines künftigen, erst zu schaffenden Gutes, eben des Werks, gerichtet. Dieses kann in der Herstellung oder Veränderung einer Sache (§ 90) oder in einem anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg bestehen (Abs. 2). Hierzu und insbesondere über den Unterschied zum Dienstvertrag vgl. Vorbem. Rdn. 2 ff.

Es gibt also *körperliche* und *unkörperliche Werke*. Die gesetzlichen Vorschriften sind in erster Linie auf körperliche Werke zugeschnitten, lassen sich jedoch unschwer auf die nicht körperlichen anwenden.

2 Unkörperliche Werke können von der Art sein, daß sie sich als flüchtige Güter 2 im Herstellungsprozeß erschöpfen (z. B. eine musikalische Aufführung). Andere führen eine bleibende Änderung in der Außenwelt herbei (z. B. ein Transport), wieder andere haben einen gegenständlichen Träger, ein *Substrat* (z. B. die Niederschrift eines Gutachtens; die zeichnerische Darstellung eines Entwurfs). Im letzten Fall ist das geistige Werk zusammen mit dem Substrat der Gegenstand des Werkvertrags. Ein Werk kann auch in der Besorgung eines Geschäftes bestehen, wenn nicht die Tätigkeit als solche, sondern ihr Erfolg geschuldet wird (§ 675; BGH WM 72 947).

3 II. Der Vertragsschluß

1. Ihm geht häufig eine öffentliche oder beschränkte **Ausschreibung** voraus, in der der Besteller zur Abgabe von Angeboten auffordert. Er bedingt sich dabei in der Regel eine Zuschlagsfrist aus. Während dieser ist der Anbietende nach § 145 an sein Angebot gebunden; ein Widerruf ist nach § 242 ausnahmsweise möglich, wenn es für ihn wegen unvorhersehbarer Änderung der Umstände gänzlich unzumutbar wird, an dem Angebot festgehalten zu werden (BGH WM 64 1253). Der rechtzeitige Zuschlag des Bestellers stellt die Annahme des Angebotes dar (vgl. § 148).

Die Teilnahme an einer Ausschreibung begründet zwischen den Anbietern und dem Ausschreibenden ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, das Grundlage von Ansprüchen aus culpa in contrahendo sein kann (BGH VersR 65 764).

4 2. **Öffentliche Besteller** sind, wie in den interessierten Kreisen bekannt ist, gehalten, bei der Vergabe von Werkleistungen allgemeiner Art die *VOL Teil A*, bei der von Bauleistungen die *VOB Teil A* zu beachten (Vorbem. Rdn. 12). Die sich hieraus ergebenden Fragen sind für Bauleistungen unten Rdn. 65 f behandelt. Das dort Ausgeführte gilt für Leistungen anderer Art sinngemäß (vgl. VOL/A § 10).

Öffentliche Auftraggeber haben bei der Vergabe von Werkleistungen gewisse Personenkreise bevorzugt zu berücksichtigen, insbesondere Schwerbeschädigte, Verfolgte, Vertriebene (§ 37 Abs. 2 SchwerBeschG; § 68 BEG; § 74 BVFG). Verletzung dieser Vorschriften kann den Träger der Behörde zum Schadensersatz verpflichten, sei es aus

(7)

Amtspflichtverletzung, sei es wegen culpa in contrahendo. Hierzu vgl. BGH VersR 65 764; BVerwGE 7 89; 14 65; BVerwG in RzW 65 464; *Bettermann RzW* 66 80.

- 5** 3. Der Abschluß des Werkvertrags ist **formfrei**; s. jedoch § 651 Rdn. 6. Bisweilen schreiben Parteien, die schriftlich abschließen, auch für Änderungen und Ergänzungen des Vertrags oder wenigstens für weitere Bestellungen die Schriftform vor (§ 127). Hiervon können sie aber nachträglich auch formlos und für den Einzelfall abgehen (BGH RsprBau Z 2.310, 19; 502, 1). Ein Verzicht auf das Formerfordernis wird jedoch aus einem bloß schlüssigen Verhalten des Bestellers im allgemeinen noch nicht entnommen werden können.
- 5a** 4. **Nachunternehmer** (Subunternehmer) ist, wer sich durch Vertrag mit einem andern, dem Hauptunternehmer, verpflichtet, ein Werk ganz oder teilweise herzustellen, das der Hauptunternehmer auf Grund Werkvertrags einem Dritten schuldet. Der Nachunternehmer schließt also mit dem Hauptunternehmer, der insoweit Besteller ist, seinerseits einen Werkvertrag; übrigens kommen auch Innengesellschaften zwischen Haupt- und Nachunternehmer vor. Zu dem (Haupt-)Besteller steht der Nachunternehmer in keiner Vertragsbeziehung; s. jedoch Rdn. 52. Trotzdem kommt es vor, daß der (Haupt-)Besteller sich genötigt sieht, eine Werklohnforderung des Nachunternehmers unmittelbar zu befriedigen, weil dieser von dem Hauptunternehmer eine fällige Zahlung nicht erlangen kann und deshalb mit seiner Arbeit zurückhält. In diesem Fall steht dem Hauptbesteller u. a. wegen positiver Vertragsverletzung der Rückgriff gegen den Hauptunternehmer zu (BGH JZ 62 92). S. auch Rdn. 58 sowie Anh. zu §§ 633—635 Rdn. 3.

Einen Sonderfall, in dem die Beteiligten einen vom Besteller beauftragten Unternehmer rückwirkend in die Rolle des Nachunternehmers eines anderen Unternehmers versetzten, behandelt die Entscheidung BGH RsprBau Z 2.212, 20.

6 III. Die Hauptpflichten des Unternehmers

sind Herstellung und Ablieferung des versprochenen Werks.

1. Die Herstellung (Abs. 1)

a) *Was für ein Werk* herzustellen ist und welche *Eigenschaften* es haben soll, ergibt sich aus dem Vertrag, notfalls durch Auslegung („Nachsehen“ eines Badeofens: RGZ 127 14; „Durchsicht“ eines Kraftwagens auf Mängel: OLG Celle VersR 74 388). Sind einzelne Eigenschaften des Werks bei Vertragsschluß offen geblieben, so sind sie nachträglich gemäß §§ 315, 316 nach billigem Ermessen durch einen der Vertragsteile, im Zweifel den Besteller, zu bestimmen. Wenn die Parteien jedoch mehrere verschiedene Ausführungsarten wahlweise ins Auge gefaßt haben, so liegt ein Wahlschuldverhältnis nach § 262 vor; die Wahl steht, wenn nichts anderes bestimmt oder den Umständen zu entnehmen ist, dem Unternehmer zu, sie ist nicht durch die Billigkeit des Ermessens, sondern nur durch das allgemeine Verbot des Rechtsmißbrauchs beschränkt (BGH RsprBau Z 2.311, 5: Farbton nach Wahl des Bestellers).

Einem *Künstler* steht bei Schaffung des bestellten Werks die seiner künstlerischen Eigenart entsprechende Gestaltungsfreiheit zu. Der Besteller darf die Abnahme nicht verweigern, weil es nicht seinem Geschmack entspricht (BGHZ 19 382). Freilich kann die Freiheit der Gestaltung vertraglich beschränkt und z. B. bei Bestellung eines Portraits ausdrücklich oder schlüssig vereinbart werden, der Dargestellte müsse „erkennbar sein“ (OLG Karlsruhe Justiz 74 123).

Nach dem Vertrag bestimmt sich auch, ob der Unternehmer Hilfsstoffe (Zutaten) zu beschaffen hat; hierdurch wird der Vertrag noch nicht zum Werklieferungsvertrag (§ 651 Abs. 2).

Der vertraglich geschuldete Erfolg ist nicht zu verwechseln mit einem darüber hinausreichenden Ziel, das sich der Besteller von dem Werk verspricht, etwa Hebung des Umsatzes als Folge einer zugesagten Werbemaßnahme (BGH WM 72 947).

b) Mit der Herstellung (Anfertigung) des Werks muß der Unternehmer *vorleisten* (RGZ 171 297; BGHZ 61 42; vgl. Rdn. 13). In der zur Herstellung entfalteten Tätigkeit liegt meist nicht bloß die Vorbereitung der eigentlichen Unternehmerleistung; so ist es freilich beim Werklieferungsvertrag. In der Mehrzahl der Fälle hat der Unternehmer die der Herstellung dienenden Handlungen im Rechtsbereich des Bestellers vorzunehmen, sie bewirken dort auf die Dauer angelegte Veränderungen, die Bestandteil der Gesamtleistung bleiben sollen. Dann gehören die Handlungen zur Vertragserfüllung selbst. So ist es namentlich, wenn das Werk an der Person des Bestellers, vor allem aber, wenn es an, auf oder aus seiner Sache hervorzubringen ist oder auf seine Sache sonst bleibend einwirkt, wie beim Beförderungsvertrag, Reparaturvertrag, Bauvertrag, der bauleitenden Tätigkeit des Architekten u. a. m. (OGHZ 3 308, 312 f; BGHZ 1 229 und 234; BGH LM § 18 Abs. 1 Nr. 2 UmstG Nr. 8). Hieraus ergeben sich Folgerungen, wenn der Werkvertrag vorzeitig endet: vgl. § 636 Rdn. 8, 18, § 640 Rdn. 16, 22, § 643 Rdn. 7, § 649 Rdn. 8, 19.

Einerlei ob die Herstellungshandlungen die Erfüllung nur vorbereiten oder schon zu ihr gehören, können dem Besteller schon jetzt nach Lage des Falls in Bezug auf das im Entstehen begriffene Werk Rechte (z. B. Weisungsrechte; bei besonders schwierigen Werken auch Anspruch auf Zuziehung von Sachverständigen, RG Recht 10 2356) zustehen und Pflichten (vgl. Rdn. 46) obliegen. Der Unternehmer kann mit der Herstellung zurückhalten, wenn der Besteller eine versprochene und fällige Abschlagszahlung nicht erbringt (BGH 22. 11. 73 VII ZR 14/72). Auch kann er dann nach § 326 vorgehen. Die Rechte aus § 321 stehen ihm zu, wenn auch nur der Anspruch auf eine vereinbarte Abschlagszahlung gefährdet ist und die übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind.

c) Herzustellen ist, wie sich aus § 633 Abs. 1 ergibt, ein *mangelfreies* Werk. Zu der dabei gebotenen Sorgfalt gehört grundsätzlich die Beachtung der Regeln des Fachs, wie sie vielfach in DIN-Vorschriften u. dergl. niedergelegt sind.

d) Der Unternehmer ist *nicht* verpflichtet, das Werk durch *eigene persönliche Tätigkeit* herzustellen (anders beim Dienstvertrag, § 613). Pflicht zu persönlicher Herstellung kann aber abgesprochen werden oder sich sonst aus dem Vertragsinhalt ergeben, z. B. bei einem Künstler. Sonst aber darf der Unternehmer die Herstellung einem Dritten übertragen (dazu Anh. zu §§ 633—635 Rdn. 2 ff). Deshalb beendet im Zweifel der Tod des Unternehmers das Vertragsverhältnis nicht; anders aber beim Geschäftsbesorgungswerkvertrag nach § 675 i. V. m. § 673.

e) Ein *Recht auf Herstellung* des Werks hat der Unternehmer insofern nicht, als der Besteller — wenn dies nicht nach Sinn und Inhalt des Vertrags abbedungen ist — bis zur Vollendung des Werks den Vertrag jederzeit kündigen kann (§ 649). Solange aber der Vertrag besteht, muß man auch ein Recht des Unternehmers annehmen, durch Herstellung und Ablieferung des Werks den Werklohn zu verdienen.

f) Wird die Herstellung eines Werkes von *mehreren gemeinschaftlich* übernommen, so haften diese für die Erfüllung des Vertrags als Gesamtschuldner (§ 427). Ein häufiger Fall ist die Übernahme großer Werke mit hohem Kapitaleinsatz durch sogenannte Arbeitsgemeinschaften mehrerer Unternehmer. Diese bilden unter sich meist

eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (BGHZ 23 307, 313; ausführl. in WM 57 394). Wegen eines weiteren Falls einer Gesamtschuld s. Rdn. 71.

Nach § 425 würden die Folgen von Verzug und Verschulden nur denjenigen Gesamtschuldner treffen, bei dem diese Umstände eintreten; doch gilt das nicht, wenn „sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt“. Gerade dies ist im Zweifel der Fall, wenn mehrere gemeinschaftlich ein Werk herzustellen haben. Da es ihnen überlassen bleibt, wie sie die Arbeiten unter sich verteilen, ist anzunehmen, daß sie die gemeinschaftliche sorgfältige Herstellung versprochen haben, also jeder für das Verschulden des andern (und von dessen Erfüllungsgehilfen) einstehen will (*Enneccerus/Lehmann*, SchuldR¹⁵. § 93 IV).

Ferner gibt es den Fall, daß nicht die Erfüllungs-, sondern erst die Gewährleistungsverpflichtungen mehrerer Unternehmer eine Gesamtschuld darstellen (BGHZ 43 227; dazu Anh. zu §§ 633—635 Rdn. 89).

- 13** 2. Die **Ablieferung** des Werks an den Besteller ist in § 631 nicht genannt und dort anscheinend zur Herstellung gerechnet, wohl aber in § 634 Abs. 1 S. 2 (vgl. auch §§ 377 Abs. 1, 381 Abs. 2 HGB). Abzuliefern ist das fertige Werk. Nach § 640 hat der Besteller es abzunehmen; also muß der Unternehmer es ihm — am Erfüllungsort — so bereitstellen, daß es geprüft und abgenommen werden kann (vgl. BGH LM § 377 HGB Nr. 10). Bei der Ablieferung tritt der synallagmatische Charakter des Werkvertrags zutage: Abzuliefern ist, wie aus § 641 hervorgeht, Zug um Zug gegen Entrichtung der Vergütung (BGHZ 50 177; 61 42). Eine Ablieferung in Teilen setzt voraus, daß sie im Vertrag gestattet ist; andererseits kann der Besteller Ablieferung des unfertigen Werkes, jedenfalls solange der Vertrag besteht, nicht verlangen.

Erfüllungsort für die Ablieferung ist im Zweifel der Ort, an dem nach dem Vertrag die Herstellungsarbeiten vorzunehmen waren (LG Bremen NJW 65 203).

- 14** *Unkörperliche Werke* ohne Substrat sind im allgemeinen nicht abnahmefähig. Ihre „Ablieferung“ besteht darin, daß sie dem Besteller im Zug ihrer Schaffung zugeführt werden (z. B. Aufführung eines Konzerts); alsdann ist die Vergütung zu leisten, § 646. Hier ist das Synallagma nur unvollkommen durchführbar. Weiteres Erl. zu § 646.
- 15** Das Werk ist im *vertragsmäßigen Zustand* abzuliefern (§ 640), d. h. mangelfrei. Andernfalls kann der Besteller die Abnahme ablehnen (Rdn. 20 zu § 640). Mängel sind grundsätzlich auch noch nach der Abnahme zu beseitigen; der Herstellungsanspruch beschränkt sich dann hierauf (Rdn. 44 zu § 633).

16 IV. Die Hauptpflichten des Bestellers

sind Entrichtung der Vergütung und Abnahme des Werks.

1. Die Vergütung (der Werklohn)

a) Die Vergütung kann in *jedem Vermögensvorteil*, nicht bloß in Geld bestehen. Es ist denkbar, daß nach Art eines Tausches jeder Teil als Entgelt für das Werk des andern diesem seinerseits ein Werk erbringt. Bei Unentgeltlichkeit liegt kein Werkvertrag vor, sondern Auftrag oder Schenkung.

- 17** b) Das Gesetz geht davon aus, daß die Parteien Art und Höhe der Vergütung *vereinbaren*.

aa) Sie können einen Pauschbetrag, also einen bestimmten Gesamtbetrag festsetzen (*Pauschalvertrag*). Auch die Bemessung nach preislich festgelegten Mengeneinheiten, deren Zahl nach Fertigstellung des Werks ermittelt wird, kommt vor, insbesondere beim

Bauvertrag (*Einheitspreisvertrag*). Möglich ist auch eine Vergütung auf Grund der dem Unternehmer erwachsenden Selbstkosten; eine Abart dieses *Selbstkostenerstattungspreises* ist die Vergütung nach der aufgewendeten Arbeitszeit und/oder den verbrauchten Stoffen.

Der Besteller kann davon ausgehen, daß in der vertraglichen Vergütung, auch in Einheitspreisen, die Umsatzsteuer (*Mehrwertsteuer*) enthalten ist. Der Unternehmer darf sie ihm also nicht zusätzlich in Rechnung stellen (OLG Karlsruhe NJW 72 451), es sei denn, daß, wie bei Selbstkostenpreisen, etwas anderes vereinbart ist. Zu der Übergangsvorschrift in § 29 UStG 1967 s. BGH RsprBau Z 2.13, 39. **18**

bb) Eine nach § 631 im Vertrag vereinbarte Pauschal- oder Einheitspreisvergütung ist ein „fester Preis“ (*Festpreisvertrag*); d. h. keine Partei kann nachträglich seine Änderung verlangen, auch wenn bis zur Vollendung des Werks die Bemessungsfaktoren sich ändern, es sei denn, dies wäre im Vertrag, z. B. durch eine Lohn- oder Preisgleitklausel, vorgesehen oder durch Wegfall der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt (hierzu Rdn. 84 ff). Eine Lohngleitklausel wird auch dann anwendbar, wenn der Unternehmer durch Tarifvertrag verpflichtet wird, seinen Arbeitnehmern höhere vermögenswirksame Leistungen zu gewähren (OLG Hamburg NJW 74 2049). Wenn der Unternehmer durch vom Besteller zu vertretende Umstände gehindert wird, das Werk innerhalb der vorgesehenen Zeit herzustellen, so kann der Besteller wegen Verzugs oder positiver Vertragsverletzung verpflichtet sein, ihm den durch Lohn- oder Preissteigerung entstehenden Schaden zu ersetzen (vgl. BGH 22. 11. 73 VII ZR 14/72). **19**

Waren die Parteien mündlich über eine feste Vergütung einig geworden, so würde ein erst im Bestätigungsschreiben des Unternehmers enthaltener Vorbehalt, daß der Preis sich im Fall von Lohnsteigerungen erhöhe, daran nichts ändern, auch wenn der Besteller nicht widerspricht; der nachträgliche Vorbehalt würde sich vom Vereinbarten allzuweit entfernen (BGH RsprBau Z 2.301, 22).

Die Parteien können vereinbaren, daß ein etwaiger Wegfall der Geschäftsgrundlage ohne Einfluß auf die Vergütung sein soll. Jedoch wird die Klausel, die vereinbarte Vergütung sei ein „Festpreis“, für sich allein im Zweifel nicht in diesem Sinn zu verstehen sein, vielmehr nur zum Ausdruck bringen, daß die Parteien (was ohnehin Rechtens ist) an die einmal vereinbarte Vergütung gebunden sind (vgl. unten Rdn. 88).

cc) Beim *geschäftsbesorgenden* Werkvertrag kann vereinbart werden, daß die *Aufwendungen*, die der Besteller nach §§ 675, 670 dem Unternehmer an sich zu ersetzen hat, mit einem als Werklohn bedungenen Festpreis abgegolten sein sollen. Wer aus einer solchen Abrede Ansprüche herleitet, hat sie zu beweisen (BGH LM § 632 Nr. 6). **20**

dd) Für den Fall, daß die Parteien *unterlassen* haben, den Werklohn festzusetzen, s. § 632.

c) Für Werkverträge der Öffentlichen Hand bestehen noch *Preisvorschriften*: **21** VO PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. 11. 53 (BANz. Nr. 244 vom 18. 12. 53) mit späteren Änderungen, zuletzt VO PR Nr. 7/67 vom 12. 12. 67 (BANz. Nr. 237 vom 19. 12. 67). Wegen der Baupreisverordnung s. unten Rdn. 78.

d) Den Unternehmer trifft die *Beweislast* für die Tatsachen, aus denen er seine Vergütungsforderung herleitet, also den Inhalt der seinem Anspruch zugrunde liegenden Vereinbarung (BGH LM § 632 Nr. 6). Dies gilt im Grundsatz auch, wenn der Besteller Unentgeltlichkeit einwendet. Sind aber die Voraussetzungen des § 632 Abs. 1 gegeben, so trifft den Besteller die Beweislast für jenen Einwand (§ 632 Rdn. 3). Über die Beweislast, wenn der Unternehmer die übliche Vergütung fordert, s. § 632 Rdn. 19. Behauptet der Besteller, der Unternehmer habe ihm bei Vertragsschluß auf die Angebotspreise einen Abschlag zugestanden, so muß der Unternehmer das widerlegen (BGH VII **22**

ZR 238/64 v. 12. 1. 67). Dieser muß, soweit der geforderte Betrag davon abhängt, auch die Richtigkeit des Aufmaßes, die aufgewandte Arbeitszeit, das verbrauchte Material usw. nachweisen. Spätere Änderungen des beim Vertragsschluß Vereinbarten hat der Besteller zu beweisen.

- 23** e) Nach RGZ 72 177 hat der Besteller keinen klagbaren Anspruch auf Erteilung einer *Abrechnung* über die geleisteten Arbeiten; eine solche gehöre zu der dem Unternehmer obliegenden Begründung seines Vergütungsanspruchs; solange und soweit sie fehle, brauche der Besteller nicht zu zahlen. Dem ist zuzustimmen mit der Einschränkung, daß ein besonderes Interesse des Bestellers, etwa aus dem Verhältnis zu seinen Kreditgebern, ihm doch einen Anspruch auf eine prüfungsfähige Rechnung verschaffen kann. Enthält der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung, so trifft den Unternehmer eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nach §§ 675, 666.
- 24** f) Die Vergütungsforderung *entsteht* mit dem Abschluß des Werkvertrags. Von da ab ist sie erfüllbar (BGH NJW 63 1869); eine zu ihrer Sicherung eingetragene Hypothek steht dem Unternehmer bereits zu (RG JW 32 1216). Für den Beginn der Verjährung ist jedoch (trotz des abweichenden Wortlauts des § 198) die (erste) Fälligkeit maßgebend (BGHZ 53 222, 225; BGH NJW 68 1962; RsprBau Z 3.00, 202). *Fällig* ist die Vergütung — vorbehaltlich abweichender Absprache — nach § 641 bei der Abnahme des Werks, d. h. sie ist Zug um Zug gegen dessen Ablieferung zu entrichten. Dabei ist Ablieferung in mangelfreiem Zustand vorausgesetzt. Weiteres dazu s. § 641 Rdn. 2 f. Bei nicht abnahmefähigen Werken ist die Vergütung nach Fertigstellung zu entrichten.
- Verweigert der Besteller grundlos und endgültig seine notwendige Mitwirkung, so daß das Werk nicht fertiggestellt werden kann, so wird die Vergütung alsbald fällig (BGHZ 50 175). Dasselbe gilt, wenn er es grundlos und endgültig ablehnt, das Werk abzunehmen und zu bezahlen (BGH aaO; RGZ 171 297, 301).
- 25** g) *Aufrechnung gegen die und mit der Vergütungsforderung.*
- aa) *Aufrechnungsverbote.* Allgemeine Geschäftsbedingungen der Unternehmer, die eine Aufrechnung des Bestellers gegen die Werklohnforderung ausschließen, sind im Grundsatz nicht zu beanstanden (vgl. BGH NJW 66 1452). Solche Klauseln sind insbesondere wirksam, wenn der Besteller mit einer Gegenforderung aus einem andern Rechtsverhältnis aufrechnen möchte. Nicht anerkannt wird aber nach § 242 das Aufrechnungsverbot, wenn der Besteller eine spruchreife Forderung aus demselben Werkvertrag hat, etwa eine Schadensersatzforderung wegen Verzugs oder wegen in Lossagung vom Vertrag bestehender positiver Vertragsverletzung (BGHZ 62 323, 328; BGH NJW 60 859; VersR 69 733). Wegen der Aufrechnung mit Ansprüchen aus Werksmängeln s. auch Anh. zu §§ 633—635 Rdn. 24 f. Im Konkurs des Unternehmers gilt das in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Aufrechnungsverbot nicht (BGH NJW 75 442).
- 26** bb) Über den Fall, daß dem Vergütungsanspruch eine *Schadensersatzforderung* des Bestellers *wegen Nichterfüllung* gegenübersteht (Aufrechnung oder Abrechnung?) s. für §§ 326, 325 Rdn. 20 f zu § 636; für § 635 dort Rdn. 12 ff. Eine Aufrechnungslage besteht jedenfalls dann, wenn der Unternehmer Werklohn, der Besteller Ersatz eigener Aufwendungen zur Mangelbeseitigung (§ 633 Abs. 3) oder einen Vorschuß hierfür (§ 633 Rdn. 33) fordert (BGHZ 54 244; vgl. 62 323).
- 27** h) *Abtretung der Vergütungsforderung.*
- aa) Zahlreiche Besteller, insbesondere Behörden, setzen eine vertragliche *Einschränkung der Abtretbarkeit* (§ 399) durch, sei es, daß diese überhaupt ausgeschlossen oder von der Zustimmung des Bestellers abhängig gemacht wird. Dadurch wird es dem

Unternehmer unmöglich gemacht oder erschwert, die Werklohnforderung als Unterlage für einen Kredit durch Lieferanten (insbesondere durch sog. verlängerten Eigentumsvorbehalt) oder Banken zu verwenden, dessen er vielleicht bedarf, um das Werk herstellen zu können. Dies kann volkswirtschaftlich unerwünscht sein. Doch läßt sich hieraus keine Sittenwidrigkeit der Abtretungsbeschränkung herleiten; denn der Besteller hat ein anerkanntes Interesse, den Abrechnungsverkehr übersichtlich zu halten und zu verhindern, daß ihm eine im voraus nicht übersehbare Vielzahl von Gläubigern gegenübertritt (BGHZ 51 113; 40 156; 55 34; 56 173). An die Abtretungsbeschränkung ist auch der Konkursverwalter des Gläubigers gebunden (BGHZ 56 228).

bb) Bei *Teilabtretung* ist namentlich dann, wenn das Werk noch nicht fertig ist, 28 der Frage der Bestimmtheit der entstehenden Teilforderungen besondere Aufmerksamkeit zu schenken (§ 398 Rdn. 52 ff). Haben, wie regelmäßig, die Teilforderungen gleichen Rang, so gebühren geschuldete Teilzahlungen des Bestellers jedem der Teilgläubiger nach dem Verhältnis ihrer Forderungen. Ebenso ist eine Minderung des Vergütungsanspruchs auf Grund des § 634 Abs. 1 Satz 3 verhältnismäßig an jeder der Teilforderungen vorzunehmen (BGHZ 46 242). Ist den Teilforderungen im Abtretungsvertrag verschiedener Rang beigelegt, so gebühren geschuldete Teilzahlungen dem rangbesseren Gläubiger; umgekehrt ist eine Minderung an der letzttrangigen Teilforderung abzurechnen (aaO).

Über den Fall, daß der Unternehmer nur einen Teil seiner Forderung einklagt und der Besteller Minderung einwendet, s. BGHZ 56 312 und § 634 Rdn. 25.

cc) *Einwendungen, Aufrechnung gegenüber dem Zessionar*: Verletzt der Unternehmer den Vertrag, indem er das Werk nicht, verspätet oder mangelhaft erbringt, so kann der Besteller Einwendungen hieraus dem Zessionar auch dann nach § 404 entgegenhalten, wenn der Vertragsverstoß erst nach der Abtretung begangen wurde. Ebenso gelten Gegenforderungen, die der Besteller durch eine solche Vertragsverletzung erlangt, für die Aufrechnung nach § 406 als schon vor der Abtretung entstanden. Es genügt, daß die Einwendung oder Gegenforderung ihren Rechtsgrund im Werkvertrag hat (BGH JZ 62 92; NJW 73 39; 75 1121; BGHZ 56 111, 114; 58 327). Im Fall des § 406 setzt die Aufrechnung auch voraus, daß die Gegenforderung nicht nach der Vergütung fällig wird. Das ist regelmäßig der Fall, weil die Vergütung erst bei der Abnahme zu zahlen ist (§ 641). Waren frühere Abschlagszahlungen vereinbart, so wird der Vertragsverstoß dem Besteller in der Regel die Einrede des nicht erfüllten Vertrags verschafft haben; hierdurch wird die Fälligkeit der Vergütung aufgeschoben (BGHZ 58 327, 331; 55 198, 200).

Über den Fall, daß der Besteller dem Zessionar entgegenhält, daß ihm der Unternehmer (Zedent) zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 326, 325 oder § 635 verpflichtet sei, s. § 636 Rdn. 20 f, § 635 Rdn. 12 f.

i) *Vergütung bei vorzeitigem Vertragsende*. Ein Werkvertrag kann ein vorzeitiges 30 Ende nehmen, bevor das begonnene Werk fertig ist, namentlich durch Kündigung oder Rücktritt einer Partei (§ 636 Rdn. 8 ff, § 643 mit Rdn. 7, § 649). Es kann sein, daß der Besteller das Stückwerk dann abnimmt (§ 640 Rdn. 16, 22). Eine ähnliche Rechtslage kann sich ergeben, wenn eine Partei Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur für den vom Unternehmer noch nicht erfüllten Teil des Werks verlangt (§ 636 Rdn. 21, § 643 Rdn. 7). Dann muß der Besteller für das Teilwerk eine Teilvergütung entrichten (vgl. BGH NJW 75 826), soweit er nicht wegen Mängeln des Teilwerks davon befreit ist (Anh. zu §§ 633—635 Rdn. 8 ff) oder umgekehrt nach § 649 S. 2 noch weitergehende Verpflichtungen bestehen (vgl. aber § 649 Rdn. 17, 19). Gesetzlich geregelt ist die Teilvergütung für die Fälle, daß der Unternehmer nach § 643 oder der Besteller nach § 650 kündigt: § 645 Abs. 1 S. 2, dazu dort Rdn. 8 ff und § 650 Rdn. 14. In den anderen Fällen ist die Teil-