

schwarz

§ 631

Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

genüber der bloße Verweis auf ihre Geltung (BGH BauR 99, 1186; BGHZ 86, 135). Ebenso, wenn der Auftraggeber durch einen Architekten oder einen anderen Baufachmann rechtsgeschäftlich vertreten/beraten wird (Hamm NJW-RR 91, 277 – Architekt; Ddorf BauR 93, 508 – Treuhänder). Vertragsinhalt wird, sofern die Vertragsparteien keine andere Vereinbarung getroffen oder die (nach Köln BauR 05, 765 unklare) Formulierung „in der jeweils gültigen Fassung“ verwendet haben, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses veröffentlichte aktuelle Fassung (derzeit: 18.10.06 – BANz Nr 196). Allerdings ist insoweit auch eine nachträgliche Parteivereinbarung möglich (BGH NJW 99, 3261). Umstr. ist, ob dabei der Zeitpunkt der „Veröffentlichung“ mit dem Tag des Abdrucks im Bundesanzeiger, ein früherer (so Köln IBR 05, 128 mit Anm. *Putzier*) oder ggf. ein späterer (Verbindlichkeitserklärung) maßgebend ist. Hinsichtlich eines Fassungswechsels während der Vertragsverhandlungen ist auf die allgemeinen Regeln zum Vertragsschluss abzustellen (Kobl NJW-RR 99, 748). Im Prozess ist **von Amts wegen** zu überprüfen, ob die sich so ergebenden Anforderungen an eine wirksame Einbeziehung erfüllt sind. Die Parteien obliegt es mithin, hierzu nachprüfbar vorzutragen (*Kniffka/Koeble*, 3. Teil Rn 11, 14 aE).

- 27 Weitgehend ungeklärt ist, ob und wenn ja, inwieweit die Bestimmungen der VOB/B einer **isolierten Inhaltskontrolle** nach §§ 307 ff entzogen sind. Die ältere Rspr sah die VOB/B unter der Geltung des alten Schuldrechts und anknüpfend an § 23 II Nr 5 AGBG aF ohne weiteres als insgesamt privilegiert an, und zwar selbst dann, wenn die Vertragsparteien einzelne Regelungen der VOB/B im Vertrag abgeändert hatten, soweit darin kein Eingriff in den Kernbereich der VOB/B lag (grdl: BGH BauR 83, 161; zuletzt: BauR 03, 380). Diese sog. „**Kernbereichrechtsprechung**“ hat der BGH im Jahr 2004 aufgegeben (BGH NJW 04, 1597 = BauR 04, 668); dem sind die Instanzgerichte weitgehend gefolgt. Deshalb kommt jetzt nur noch bei Vereinbarung der VOB/B **ohne jede Abänderung** („als Ganzes“) eine Gesamtprivilegierung überhaupt in Betracht. Ob diese Privilegierung Bestand haben wird, ist allerdings im Lichte der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ausdrücklich lediglich hinsichtlich der in Einzelatbestände in § 309 Nr 8 b ff (Verjährung – § 13 Nr 4, 5 VOB/B) und § 308 Nr 5 (fingierte Erklärungen, insbes. fiktive Abnahme gem § 12 Nr 5 VOB/B) prolongierten Privilegierung fraglich und wird insbes. für die Verwendung der VOB/B ggü. Verbrauchern mit Blick auf den Regelungsgehalt der Richtlinie 93/13/EWG (Klauselrichtlinie) zunehmend in Frage gestellt (vgl. hierzu insbes.: Gutachten Prof. Dr. Micklitz für Verbraucherzentrale Bundesverbandes vom 1.4.04, bei *ibr-online* „Materialien“; Ingenstau/Korbion/*Vygen* Einl. Rn 26 ff; für Gesamtprivilegierung auch gegenüber Verbrauchern: LG Berlin BauR 06, 384).
- 28 **3. VOB/C. Teil C der VOB** enthält in den dort als DIN-Normen niedergelegten Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) nicht nur **anerkannte Regeln der Technik** (iE dazu sowie zu deren Bedeutung für die Sachmängelhaftung § 633 Rn 24), sondern auch **Vertragsregeln** zur Bestimmung und Abrechnung einer Bauleistung. (Jedenfalls) Insoweit handelt es sich um **AGB** (BGH NJW-RR 04, 1248), die grds. nur kraft wirksamer Einbeziehung (dazu oben Rn 12) unmittelbare Geltung beanspruchen (ausführlich hierzu: Beck'scher VOB-Komm/Vogel, Teil C, Syst. V, Rn 14 ff). Indes: Haben gewerblich im Baugeschäft tätige Unternehmer die VOB/B wirksam vereinbart, so werden die Bestimmungen der VOB/C auch ohne besonderen Einbeziehungsakt bereits durch die Verweisung in § 1 Nr 1 VOB/B Vertragsbestandteil (BGH BauR 06, 2040). Anders, wenn es sich bei dem Vertragspartner des Verwenders um einen nicht im Baugewerbe bewanderten **Verbraucher** handelt. Dann setzt die wirksame Einbeziehung der VOB/C auch iRe VOB/B-Vertrages voraus, dass ihm Gelegenheit gegeben wird, in angemessener Weise vom Inhalt der VOB/C-Bestimmungen Kenntnis zu nehmen (BGH NJW 94, 2547; *Tempel* NZBau 03, 465; s. iE Rn 12).
- 29 Soweit die VOB/C Vertragsbestandteil geworden ist, kommt ihr insbes. durch die in Abschnitt 4 der einzelnen DIN-Normen geregelte Unterscheidung zwischen Nebenleistungen und Besonderen Leistungen Bedeutung für die **Vertragsauslegung** im Zusammenhang mit der Ermittlung des (vergütungspflichtigen) Leistungsumfangs zu (so jetzt ausdrücklich: BGH BauR 06, 2040). Ob und wenn ja, in welchem Umfang sie auch ohne eine wirksame Einbeziehung Auslegungskriterium idS sein kann, ist bisher nicht abschließend geklärt (ausführlich zur Rechtsnatur und Bedeutung der VOB/C: Beck'scher VOB-Komm/Motzke, Teil C, Syst. III, Rn 55 ff mwN; vgl. auch: *Kniffka*, *ibr-online-Kommentar* Bauvertragsrecht, Stand 24.10.06, § 631 Rn 445 ff).

§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag. (1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

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

- 1 **A. Regelungsgehalt und allgemeine Grundlagen.** § 631 definiert die im Synallagma stehenden werkvertraglichen Leistungspflichten (zur Rechtsnatur des Werkvertrages iE: Einf. zu § 631 Rn 1 ff), ohne deren Inhalt näher festzulegen. Die Vorschrift bestimmt solcherart also lediglich den Rahmen, in dem die Vertragsparteien privatautonom darüber entscheiden, worin der geschuldete **Werkerfolg** bestehen soll und welche **Vergütung** hierfür als Gegenleistung zu zahlen ist. Das führt in der Praxis dann zu erheblichen Problemen, wenn – wie

schwarz

Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

§ 631

insbes im Baugeschäft üblich – der Besteller über die bloße Festlegung des Werkergebnisses hinaus im Wege einer konkreten **Leistungsbeschreibung** Vorgaben dazu macht, welche Leistungen im Einzelnen ausgeführt werden sollen, um den erstrebten Werkerfolg zu erreichen (vgl dazu: BGH NJW 02, 265). Dann stellt sich oft die Frage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer auch solche (Teil-) Leistungen erbringen muss, die über den vom Besteller vorgegebenen Leistungsumfang hinaus zur Verwirklichung eines den Vorstellungen der Vertragsparteien entsprechenden, **funktionierenden Gewerkes** erforderlich sind. Insofern erlangt der Grundsatz besondere Bedeutung, dass der Unternehmer den vereinbarten **Erfolg** (BGH BauR 03, 236, 238) und nicht (nur) die Abarbeitung der Ausführungsvorgaben in der Leistungsbeschreibung des Bestellers schuldet (BGHZ 139, 244 = BGH NJW 98, 3707; BGH NJW-RR 00, 465; ausf: Kniffka/Koebke, 6. Teil, Rn 22 ff). Wird der funktionale Erfolg trotz vollständiger und mangelfreier Umsetzung der Leistungsbeschreibung verfehlt, so haftet der Unternehmer nach den Vorschriften des werkvertraglichen Sachmängelhaftungsrechts (§§ 634 ff), wenn er den Besteller nicht rechtzeitig und ausreichend auf für ihn **erkennbare Unzulänglichkeiten** der Leistungsbeschreibung und die sich hieraus für die Realisierung des Bauvorhabens ergebenden Konsequenzen **hingewiesen** hat (vgl §§ 13 Nr 3, 4 Nr 3 VOB/B, deren Regelungsgehalt über § 242 auch auf den BGB-Bauvertrag Anwendung findet – BGH BauR 87, 86; Ddorf BauR 94, 762; iE zu **Prüfungs- und Hinweispflichten** des Unternehmers: Rn 26).

Noch schwieriger zu beantworten ist in derartigen Fällen die Frage, ob der Unternehmer für solche **zusätzlichen Leistungen** ein **besonderes Entgelt** erhält. Dafür ist zunächst – ggf im Wege der **Vertragsauslegung** (§§ 133, 157 – eingehend hierzu: BGH BauR 06, 2040; vgl auch: Leupertz/Merkens, § 7 Rn 19 f; *Markus*, Jahrbuch Baurecht 04, S. 1 ff) – der nach dem Vertrag **vergütungspflichtige Leistungsumfang** zu ermitteln, der nach obigen Grundsätzen nicht notwendig dem tatsächlich erforderlichen Leistungsumfang entspricht. Denn die Vertragsparteien gehen iR ihrer nach allgemeinen Grundsätzen zur Geschäftsgrundlage zu rechnenden **Äquivalenzerwartung** in Ermangelung gegenteiliger tatsächlicher Anhaltspunkte regelmäßig davon aus, dass bereits die Erbringung der nach der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Leistungen zur Erreichung des Bauermittels führen wird und dass die hierfür vereinbarte Vergütung eine adäquate Gegenleistung (nur) für diese Leistungen darstellt (vgl: *Leupertz* BauR 05, 775, 788 mwN). Daraus folgt: Die vertraglich vereinbarte Vergütung deckt nur den nach obigen Grundsätzen verpreisten Leistungsumfang ab. Zusätzlich für die Erreichung des Werkerfolgs notwendig werdende Leistungen sind nach dem auch für den BGB-Werkvertrag geltenden **Konsensprinzip** nur dann gesondert zu vergüten, wenn und soweit die Parteien eine entsprechende **rechtsgeschäftliche Vereinbarung** nach Maßgabe der §§ 631, 632 treffen (anders beim VOB/B-Vertrag, wo dem Besteller durch §§ 1 Nr 3, Nr 4 VOB/B mit den durch §§ 2 Nr 5, Nr 6, Nr 7 VOB/B festgelegten Folgen für die (Nachtrags-) Vergütung ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt ist). Für das (konkludente) Zustandekommen einer solchen vertraglichen Abrede reicht die schlichte Entgegennahme der Zusatzleistungen durch den Besteller uU nicht aus (BGH NJW 97, 1982), erst recht nicht, wenn Uneinigkeit zwischen den Parteien über den nach dem Ausgangsvertrag geschuldeten Leistungsumfang besteht und sich nachträglich herausstellt, dass die vermeintlich zusätzlich erforderlichen Leistungen schon vom ursprünglich verpreisten Leistungsumfang umfasst waren (*Kniffka*, ibi-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 24.10.06, § 631 Rn 355; zur Unterscheidung zwischen kostenloser **Mängelbeseitigung** und vergütungspflichtigem Zusatzauftrag: *Celle* BauR 03, 265; *Karlsru* BauR 03, 1241). Andererseits hat der zur Verwirklichung eines mangelfreien, funktionstauglichen Gewerkes gezwungene Unternehmer (so Rn 1) uU einen Anspruch darauf, vom Besteller gegen entsprechendes Entgelt mit der Ausführung tatsächlich erforderlicher Zusatzleistungen beauftragt zu werden (hierzu: *Kniffka*, ibi-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 24.10.06, § 631 Rn 352 – Ausfluss der **Kooperationspflicht**, vgl BGH BauR 00, 409). Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, bleibt ihm indes nur der Weg über Ansprüche aus GoA, Bereicherungsrecht oder aus dem Gesichtspunkt einer Vertragsanpassung wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage gem § 313 II (eingehend hierzu: *Leupertz* BauR 05, 775; zur Anwendbarkeit des § 313 II bei signifikanten **Mengenänderungen**: *Werner/Pastor* Rn 2501 mwN; *Leupertz/Merkens*, § 9 Rn 26).

B. Wirksamer Vertrag. I. Zustandekommen. Maßgebend für das Zustandekommen eines wirksamen Werkvertrages sind die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre – § 104 ff. Unternehmer und Besteller müssen sich also mit **Angebot und Annahme** über die wesentlichen Vertragsbedingungen (essentialia negotii) einigen (bei der **öffentlichen Vergabe** erfolgt die Annahme des Angebots durch den Zuschlag – zB § 28 VOB/A), wozu außer der Bestimmung der werkvertraglichen Leistungsverpflichtung des Unternehmers grds auch die hierfür vom Besteller als Gegenleistung zu zahlende Vergütung gehört (§ 631 I; s oben Rn 2). Allerdings gilt für den Werkvertrag die sich aus § 632 I ergebende Besonderheit, dass die Vertragsparteien keine Vergütungsvereinbarung treffen müssen, um einen wirksamen Werkvertrag zu schließen (Ddorf NZBau 02, 279). Vielmehr reicht es aus, wenn die Herstellung des ausbedungen Werkes nach den **Umständen** nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (iE dazu: § 632 Rn 3). Solche Umstände muss der Unternehmer darlegen und beweisen, wobei sich insbes der **gewerbliche Unternehmer** idR auf den **Erfahrungssatz der Entgeltlichkeit** berufen kann (hierzu: BGH BauR 87, 454; ausführlich: *Kniffka*, ibi-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 24.10.06, § 632 Rn 17). Demgegenüber trägt nach Auffassung des BGH (BauR 87, 454) der Besteller die Beweislast für eine die Fiktion des § 632 I beseitigende **Unentgeltlichkeitsabrede** (krit

PWW

Leupertz | 1131

schwarz

hierzu: *Kniffka*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 24. 10. 06, § 632, Rn 22). Allerdings muss in Abgrenzung zum Gefälligkeitsverhältnis in jedem Fall ein **Rechtsbindungswille** der Vertragsparteien gegeben sein. Daran kann es im Einzelfall fehlen, wenn der Unternehmer Bauleistungen nicht in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit, sondern auf der Grundlage **freundschaftlicher, nachbarschaftlicher oder verwandtschaftlicher Beziehungen** zum Besteller erbringt (vgl hierzu: BGH NJW 85, 1778; Celle BauR 02, 1427; Köln NJW-RR 94, 1239, 1240 – keine unentgeltliche Gefälligkeit bei Leistungen von bedeutendem Wert unter Einsatz eigener Finanzmittel).

- 4 Daran anknüpfend stellt sich insbes im Zusammenhang mit **Architektenleistungen** oft die Frage, wann der Bereich der unentgeltlichen **Akquisition**, dh der werbenden Tätigkeit endet. Erbringt der Architekt solche Leistungen (zumeist Grundlagenermittlung oder Vorentwürfe – Lph 1, 2 nach § 15 II HOAI) lediglich in der Erwartung, dadurch den Abschluss eines weitergehenden Architektenvertrages zu befördern, so handelt es sich nach der – allerdings oft bedenklich weit gehenden – Rspr der Instanzgerichte um „Hoffnungsinvestitionen in die Zukunft“ ohne rechtsgeschäftliche Grundlage, die dementsprechend vergütungslos bleiben (vgl: Celle BauR 04, 361; Ddorf BauR 03, 1251; Dresden BauR 01, 1769; Hamm NZBau 01, 508). Ob das der Fall ist, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände ermittelt werden (BGH BauR 99, 1319, 1320; Kobl IBR 05, 428; Thode/Wirth/Kuffer/Schwenker § 4, Rn 95 mwN). Dabei kann allein aus der Entgegennahme von Vorentwürfen nicht ohne weiteres auf den Willen des Bauherrn geschlossen werden, ein evt. darin liegendes Vertragsangebot anzunehmen (BGH BauR 99, 1319, 1320). Nicht mehr im vergütungsfreien akquisitorischen Bereich anzusiedeln ist es hingegen, wenn sich der Bauherr die Planungsleistungen iR einer Bauvoranfrage (BGH BauR 97, 1060; IBR 00, 331) oder einer Genehmigung mit Ausnahmen von den Festsetzungen des Bebauungsplans (Stuttg BauR 05, 1202) nutzbar macht. Gleiches gilt, wenn der Bauherr die vom Architekten erbetenen Planungsleistungen zur Einschätzung der Baukosten verwendet (Stuttg BauR 05, 1202). Darlegungs- und beweispflichtig für einen Vertragsschluss mit wechselseitigen Rechtsbindungswillen ist der Architekt (BGH NJW-RR 05, 19), für den allerdings zumindest im Ausgangspunkt ebenfalls die Vermutung spricht, dass er in aller Regel nur entgeltlich arbeitet (BGH NJW 87, 2742; s Rn 2).
- 5 Kein vollwirksamer Werkvertrag liegt vor, wenn dieser unter einer **aufschiebenden Bedingung** (§ 158 I) geschlossen wurde und die Bedingung (noch) nicht eingetreten ist (Beispiele für solche Bedingungen: Erwerb des Baugrundstücks, Finanzierung, Erteilung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen; zur Rechtslage bis zum Ausbleiben der Bedingung: § 158 Rn 23). Das gilt ebenso bei Eintritt einer vereinbarten **aufhebenden Bedingung** (§ 158 II). Auch für diese Fälle gilt im Ausgangspunkt, dass die **Beweislast** für den Vertragsschluss grds derjenige trägt, der aus dem Vertrag Rechte herleiten will (BGH NJW 85, 497; MüKo/Westermann § 158 Rn 49 mwN). Daran ändert sich nichts, wenn der auf die vertragliche Vergütung in Anspruch genommene Auftraggeber einwendet, der Vertrag sei aufschiebend bedingt geschlossen worden und die Bedingung sei (noch) nicht eingetreten. Dann muss nach herrschender **Leugnungstheorie** der Unternehmer im Streitfall nicht nur den Abschluss eines unbedingten Vertrages, sondern ggf auch den Eintritt der Bedingung beweisen (BGH NJW 02, 2862; Jena MDR 99, 1381; Staud/Bork Vor §§ 158 ff Rn 50; MüKo/Westermann § 158, Rn 49; aA: AnwK/Wackerbarth § 158 Rn 77; Soergel/Wolf Vor § 158 Rn 47). Berufet sich der Besteller hingegen auf eine nachträgliche Änderung des zunächst unbedingten geschlossenen Vertrages durch die spätere Vereinbarung und den Eintritt einer auflösenden Bedingung, so trägt er hierfür die Beweislast (*Kniffka/Koebke*, 12. Teil, Rn 23).
- 6 Einigen sich die Parteien auf die Erbringung **zusätzlicher oder geänderter Leistungen** (vgl hierzu Rn 2), ohne hierfür eine Vergütung zu bestimmen, ergibt sich die Vergütungspflicht grds aus § 632, es sei denn die Parteien haben anderes vertraglich vereinbart (Bsp: Vereinbarung der VOB/B. Aufgrund der Regelungen in § 2 VOB/B findet § 632 keine Anwendung). AGB, wonach die Vergütung für zusätzliche Leistungen von einem schriftlichen Auftrag abhängig gemacht wird, sind idR unwirksam (§ 307, BGH BauR 05, 94). Verlangt der Unternehmer eine (vertragliche) Vergütung für die Mehrleistungen, muss er nicht nur den Vertragsschluss, sondern auch beweisen, dass die Mehrleistungen nicht bereits zum ursprünglichen Leistungsumfang gehörten (BGH NJW 02, 740; NJW-RR 96, 952; s.a. Rn 2). Bei Architekten-/Ingenieurleistungen ist zudem das zwingende Preisrecht der HOAI zu beachten.
- 7 Die Parteien können sich bei Abschluss des Vertrages nach allgemeinen Grundsätzen **rechtsgeschäftlich vertreten** lassen – §§ 164 ff. Allerdings ist der vom Besteller mit der Planung und/oder Überwachung des Bauvorhabens beauftragte Architekt nicht ohne weiteres **bevollmächtigt**, ggü dem Unternehmer rechtsgeschäftliche Erklärungen für den Besteller abzugeben (ebenso: Bauleiter und Baubetreuer). Vielmehr bedarf es hierfür der rechtsgeschäftlichen Erteilung einer Vollmacht (vgl BGH NJW 78, 995; Ddorf BauR 00, 1198; ausführlich: Kuffer/Wirth/Neumeister, 10. Kap, Teil A, Rn 172 ff mwN), die sich aus dem Architektenvertrag ohne besondere Regelungen allenfalls für die einem geordneten Bauablauf geschuldete Erteilung von **kleineren Zusatzaufträgen** ergibt (BGH NJW 60, 859; BauR 75, 358; Saarbr NJW-RR 99, 668). IU sind die Grundsätze der **Duldungs- und Anscheinsvollmacht** zu beachten.

II. Form. Der Werkvertrag ist grds **formfrei**, die Parteien können jedoch anderes bestimmen. Gemischte oder zusammengesetzte Verträge, bei denen Teile formbedürftig sind (zB nach § 311 b), unterliegen demgegenüber insgesamt dem Formzwang, soweit ein einheitlicher Vertrag vorliegt. So insbes Verträge über die Verpflichtung zur Errichtung eines Gebäudes auf sodann zu übertragendem Grundstück (BGH NJW 81, 2749). Dann erstreckt sich die Beurkundungspflicht auf sämtliche Vertragsbestandteile, auch auf die zum Vertragsgegenstand erhobene Baubeschreibung (BGH BauR 05, 866). Von den bindenden Preisvorschriften der **HOAI** können die Vertragsparteien eines Architektenvertrages gem § 4 I HOAI nur durch schriftliche Vereinbarung abweichen, die zudem bei Auftragserteilung getroffen werden muss. Sonst schuldet der Auftraggeber nur das Mindestsatzhonorar – § 4 IV HOAI. **Schriftformklauseln** sind – auch als AGB – grds zulässig. Unwirksam sind jedoch formularmäßige Schriftformklauseln, die dazu dienen, nach Vertragsschluss getroffene mündliche Individualabreden auszuschließen (BGH NJW 04, 502; IBR 06, 52). IRd Stellvertretung bedarf die **Vollmacht** des abschlussberechtigten Vertreters keiner Form (§ 167 II).

Rechtsfolge der Formunrichtigkeit ist regelmäßig die Nichtigkeit des Vertrages (§ 125, bei Teilbarkeit § 139 Hs 2). Die formunwirksam iRe Werkvertrages vereinbarte Übertragung von Grundstückseigentum kann allerdings gem § 311 b I 2 durch Auflassung geheilt werden. Bei Vertragsschlüssen mit **Kirchen und Kommunen** ist zwischen gesetzlichen Form- und Vertretungsregeln zu unterscheiden. Bei Kirchen liegen gem EGBGB bundesrechtliche Formvorschriften iSd § 125 vor. Bei Kommunen finden sich in den jeweiligen Landesregelungen materielle Vertretungsregeln iSd §§ 164 ff (§ 54 GemO-BW, § 64 I GO-NRW, § 63 GO-Niedersachsen). Sie dienen dem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und ihrer Mitglieder (BGH BauR 04, 495). Bei nicht ordnungsgemäßer Vertretung der Kommune ist zunächst von schwebender Unwirksamkeit des Vertrags auszugehen (§§ 177 ff), eine Genehmigung ist möglich (BGH NJW 72, 940); ggf Vergütungsansprüche aus § 2 Nr 8 II VOB/B (instruktiv BGH BauR 04, 495 zur Frage „mutmaßlicher Wille“) oder §§ 677, 812 ff (BGH BauR 04, 495) sowie Schadensersatz nach § 311 (BGHZ 157, 168).

III. Widerrufsrecht des Bestellers. Bei Verbraucherverträgen hat der Besteller die gesetzlichen Widerrufsrechte (s für Haustürgeschäfte § 312; für Fernabsatzgeschäfte § 312 b; für Darlehen/Zahlungsaufschub/Teilzahlungsgeschäfte §§ 495, 499 I, 501). Bei Bauverträgen kommen insbes § 312 b III Nr 4, § 491 II Nr 3 iVm § 499 III Bedeutung zu.

IV. Unwirksamkeit. 1. § 134. Die Unwirksamkeit des Werkvertrages kann sich aus einem Verstoß gegen gesetzliche Verbote iSd § 134 ergeben. Danach ist der Werkvertrag bspw nichtig, wenn **beide Seiten** gegen das Gesetz zur Bekämpfung verbotener **Schwarzarbeit** verstoßen (BGHZ 85, 39; 111, 308, 311; BGH NJW 90, 2542). Anders hingegen, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dem Besteller ein solcher Verstoß bewusst war (Ddorf NJW-RR 05, 852). Bei einem einseitigem Verstoß muss die andere Partei diesen nämlich zumindest erkennen und zudem bewusst zu ihrem Vorteil ausnutzen; ansonsten ist der Vertrag wirksam (BGH NJW 85, 2403; NJW-RR 02, 557; NJW 84, 1175; Ddorf NJW-RR 98, 1710; aA AnwK/von Sachsen Gesaphe § 817 Rn 6 mwN – halbseitige Nichtigkeit). Insgesamt nichtig ist das Grundgeschäft hingegen idR bei Verstößen gegen das **Rechtsberatungsgesetz** (BGH BauR 01, 397; NJW 01, 3774 – Treuhänder; auch für Bevollmächtigung: BGH NJW 02, 66) oder das StBerG (BGH NJW-RR 05, 1290). Allein die fehlende Eintragung eines Bauhandwerkers in der Handwerksrolle lässt die Wirksamkeit des Vertrages nicht entfallen (BGH MDR 76, 392; Ddorf NJW-RR 96, 661). Gleiches gilt für die Vereinbarung der Abrechnung ohne Rechnung, dh ohne MwSt (BGHZ 136, 125; NJW-RR 01, 380).

Auch das **Koppelungsverbot** in Art 10 § 3 MRVG stellt ein gesetzliches Verbot iSd § 134 dar. Danach sind Vereinbarungen untersagt, durch die der Erwerb eines Grundstückes von der Beauftragung eines bestimmten Architekten oder Ingenieurs für den Entwurf (BGH NJW 82, 2189), die Planung und die Ausführung eines Bauwerkes auf dem Grundstück abhängig gemacht wird (KG BauR 04, 385). **Rechtsfolge** des Verstoßes gegen das Koppelungsverbot ist die Unwirksamkeit des solcherart abgeschlossenen Architektenvertrages, wohl auch des mit dem Nachweis eines Baugrundstückes gekoppelten Architektenvorvertrages (Palandt/Sprau § 631 Rn 2). Demgegenüber bleibt die Wirksamkeit der den Erwerb des Grundstückes betreffenden schuldrechtlichen und dinglichen Vereinbarungen idR unberührt (Ausführlich zum Ganzen: Kobion/Mantscheff/Vygen/Vygen, Art 10 § 3 MRVG Rn 1 ff; Werner/Pastor Rn 668 ff mwN).

2. § 138. Ob ein Vertrag sittenwidrig (§ 138) ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen (s hierzu iE § 138). So zieht bspw die Zahlung von **Bestechungsgeldern**, die für einen der Beteiligten zu einer nachteiligen Vertragsgestaltung führt, regelmäßig die Nichtigkeit des Vertrages nach sich (BGH NJW 01, 1065). Auch die Vereinbarung einer **stark überhöhten Vergütung** kann im Einzelfall sittenwidrig sein (Frankfurt NJW-RR 02, 471; KG NJW-RR 95, 1422), zB wenn die Vergütung den Wert der Leistung um ca das Doppelte übersteigt (BGH NJW 04, 2671). Gleiches gilt für eine nach den Umständen völlig unangemessen geringe Vergütung. Die Vermutung einer verwerflichen Gesinnung setzt nicht voraus, dass der Begünstigte das besonders grobe Missverhältnis kannte (BGH 146, 298).

- 14 **3. Rechtsfolgen der Nichtigkeit des Werkvertrages.** Ist der Werkvertrag nichtig, so bestehen wechselseitig keine vertraglichen Erfüllungs- und/oder Mängelansprüche. Vielmehr hat die Abwicklung der auf unwirksamer Vertragsgrundlage gegründeten Rechtsbeziehungen der Beteiligten nach den Grundsätzen der GoA, sonst bereicherungsrechtlich nach Maßgabe der §§ 812 ff zu erfolgen. Geht es dabei um bereits erbrachte Werkleistungen des Unternehmers, so muss der Besteller idR den Wert des ohne Rechtsgrund Erlangten abzüglich evtl mangelbedingter Wertminderungen erstatten (BGHZ 111, 308, 314; Ddorf BauR 93, 124). Allerdings ist in den Fällen, in denen auch den Bereicherungsgläubiger (Leistenden) der Vorwurf eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten trifft, der **Kondiktionsausschlussgrund** des § 817 S 2 zu beachten (iE hierzu, insbes zu den Problemen bei Schwarzarbeit: § 817 Rn 4, 13 ff mwN).
- 15 **V. Beendigung.** Das Vertragsverhältnis als Schuldverhältnis iwS endet abgesehen von evt nachwirkenden Treuepflichten (s § 362 Rn 15) „planmäßig“, wenn die wechselseitigen vertraglichen Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung (Herstellung des Werkes sowie Abnahme und Bezahlung desselben – § 631 I) vollständig und vertragsgerecht **erfüllt** sind – §§ 362 ff. Zum gleichen Ergebnis führt der Eintritt einer **auflösenden Bedingung** (§ 158 II; ebenso iE das (endgültige) Ausbleiben einer aufschiebenden Bedingung § 158 I, weil durch die Bedingung nur die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts bis zum Ereignis hinausgeschoben sind – s § 158 Rn 23 und oben Rn 5).
- 16 In der Praxis hat die Beendigung des Vertragsverhältnisses durch **Kündigung** große Bedeutung. Das hängt in erster Linie damit zusammen, dass § 649 S 1 dem Besteller ein **freies Kündigungsrecht** gewährt, für dessen Ausübung es keiner sachlichen Gründe bedarf (vgl iE die Kom zu § 649). Weitere Kündigungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Rechtsfolgen finden sich in § 650 I (Überschreitung des Kostenanschlages) und § 643 (Kündigung bei unterlassener Mitwirkung – § 642); darüber hinaus besteht für beide Parteien nach allgemeinen Grundsätzen das Recht, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Und schließlich können sie den Vertrag durch übereinstimmende rechtsgeschäftliche Erklärungen **aufheben**.
- 17 Von alledem zu unterscheiden sind die Fallkonstellationen, in denen das auf den Leistungsaustausch gerichtete Vertragsverhältnis insgesamt in ein **Abrechnungs- oder Abwicklungsverhältnis** übergeleitet wird. So etwa, wenn der Besteller aufgrund vom Mängeln der Werkleistung (wirksam) vom Vertrag **zurücktritt** (§§ 634 Nr 3, 636, 323 I, V; 346ff) oder **Schadensersatz statt der ganzen Leistung** beansprucht (§§ 634 Nr 4, 280, 281 I 2, V – dazu § 281 Rn 21 ff). Ebenso kann **Unmöglichkeit**, die zunächst nur die jeweilige Leistungsverpflichtung als Schuldverhältnis iEs entfallen lässt, über § 326 I 1, V zu einer Umgestaltung des gesamten Vertrages und zur Rückabwicklung des bereits vollzogenen Leistungsaustausch nach Maßgabe der §§ 346 ff führen. Auch in der **Insolvenz** einer Vertragspartei entsteht eine Abrechnungsverhältnis, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung ablehnt (§ 103 InsO; vgl BGH NJW 97, 3434; zur Rechtslage bis zur Entscheidung des Insolvenzverwalters: BGH BauR 02, 1264; *Koenen* BauR 05, 202, 210).
- 18 **C. Vertragsparteien. I. Besteller und Unternehmer.** Die Parteien eines Werkvertrages bezeichnet das Gesetz als Besteller und Unternehmer, die VOB/B als Auftraggeber und Auftragnehmer. **Besteller** ist derjenige, dem ggü sich der Unternehmer zur Erbringung einer Werkleistung verpflichtet hat. Gibt es mehrere Besteller, so sind diese im Hinblick auf die geschuldete Werkleistung zumeist Mitgläubiger iSd § 432 (s dort) und bzgl der Verpflichtung, den Werklohn zu leisten, Gesamtschuldner nach § 421. Der Begriff des Unternehmers iSd § 631 ist historisch gewachsen und nicht identisch mit dem Unternehmerbegriff des § 14. Werkunternehmer kann demnach auch ein Verbraucher iSd § 13 sein; es kommt insbes nicht darauf an, ob er die Werkleistungen als Kaufmann (§§ 1 ff HGB) oder überhaupt iR einer gewerblichen Tätigkeit ausübt.
- 19 **II. Unternehmereinsatzformen/mehrere Unternehmer. 1. Allgemeines.** Bei umfangreicheren Projekten (insbes Bauwerken) sind oft mehrere Unternehmer beteiligt. Für das Baugeschäft haben sich im Wesentlichen folgende Unternehmereinsatzformen herausgebildet, wobei die Terminologie nicht immer ganz einheitlich ist:
- Der vom Bauherrn mit einem oder mehreren Gewerken beauftragte **Hauptunternehmer** überlässt die Ausführung eines Teils der Leistungen kraft eigenständiger vertraglicher Vereinbarung nachgeordneten **Subunternehmern**, die ihrerseits in keiner vertraglichen Beziehung zum Bauherrn stehen. Allerdings ist der Subunternehmer Erfüllungsgehilfe (§ 278) des Hauptunternehmers im Verhältnis zum Besteller/Bauherrn.
 - Der **Nachunternehmer** erbringt sein Gewerk auf der Grundlage bereits fertig gestellter Werkleistungen des **Vorunternehmers** (Beispiel: Der Nachunternehmer bringt den Außenputz auf das vom Rohbauunternehmer errichtete Mauerwerk auf).
 - Der **Generalunternehmer** unterscheidet sich vom Hauptunternehmer dadurch, dass er sämtliche zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Bauleistungen übernommen hat, diese selbst aber nur zT ausführt und iÜ Subunternehmern überlässt.
 - Auch der **Generalübernehmer** hat sich gegenüber dem Bauherrn zur Herstellung des gesamten Bauwerks verpflichtet, lässt aber sämtliche Bauleistungen von Subunternehmern ausführen (vgl BGH NJW 78, 1054). In der Praxis treten insbes Wohnungsunternehmen und Anlagegesellschaften als Generalübernehmer auf.
 - Von **Totalunternehmer** und **Totalübernehmer** spricht man, wenn zu den Bauleistungen auch noch die für die Realisierung des Bauvorhabens erforderlichen Planungsleistungen übernommen werden.

- Vor allem für große Bauvorhaben mit unterschiedlichen Spezialisierungsanforderungen an die ausführenden Unternehmen ist es üblich, dass sich mehrere Unternehmen zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zusammenschließen. Das geschieht meistens in der Rechtsform der OHG (so Dresd BauR 02, 1414; KG BauR 01, 1790; Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt/Thierau, Anhang Teil A, Rn 119 ff mwN; vgl auch Scheef BauR 04, 1079) oder der BGB-Gesellschaft (so für die Zeit vor der Handelsrechtsreform vom 1. 7. 98: BGH NJW 97, 2754), die nach der neueren Rspr des BGH ebenfalls teilrechts- und parteifähig ist (BGH NJW 01, 1056; 02, 1207). Die ARGE schließt als solche den Bauvertrag mit dem Auftraggeber und regelt im Innenverhältnis durch entsprechende rechtsgeschäftliche Abreden die Modalitäten der Auftragsausführung (meist Subunternehmerverhältnis zu Mitgliedern der ARGE).
- Der **Baubetreuer** verpflichtet sich, auf dem Grundstück des Bauherrn für dessen Rechnung ein Bauvorhaben auszuführen bzw ausführen zu lassen. Davon zu unterscheiden ist der **Bauträger**, der es übernimmt, auf einem eigenen oder von ihm noch zu erwerbenden Grundstück ein Bauwerk für fremde Rechnung zu errichten. Der Bauträger schließt die Bauverträge mit den ausführenden Bauhandwerkern in der Regel im eigenen Namen und verpflichtet sich, das Eigentum an dem fertig bebauten Grundstück auf den Erwerber zu übertragen. Auf den Bauträgervertrag findet nach ganz hM Werkvertragsrecht Anwendung (s. Vor §§ 631 bis 651 Rn 15). Darüber hinaus sind die Bestimmungen der **Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)** zu beachten.

2. Rechtsbeziehungen bei mehreren Unternehmern. Der Besteller kann anstelle der Beauftragung eines Generalunternehmers/Generalübernehmers nebeneinander verschiedene Unternehmer mit unterschiedlichen Gewerken für die Realisierung seines Bauvorhabens beauftragen. Dann begründet er mehrere, voneinander unabhängige Rechtsbeziehungen zu den von ihm beauftragten Unternehmern, die getrennt nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen und abzuwickeln sind. Zwischen den Beteiligten solcher mehrgliedrigen Vertragskonstellationen bestehen idR **keine Gesamtschuldverhältnisse**, und zwar grds auch nicht zwischen **Vor- und Nachunternehmern** (Oldbg OLGR 04, 6; MüKo/Busche § 631 Rn 40; Zerr NZBau 02, 241), es sei denn, es entstehen Mängel, die ihre Ursache zumindest teilweise in beiden Gewerken haben und sinnvoll nur einheitlich beseitigt werden können. Dann haften Vor- und Nachunternehmer uU als Gesamtschuldner auf Mängelbeseitigung (BGH BauR 03, 1378, 1380; vgl auch Frankf BauR 04, 1669; Stuttg IBR 05, 312). IU treffen den Nachunternehmer **Prüfungs- und Hinweispflichten** hinsichtlich der Qualität der Leistungen des Vorunternehmers (§ 4 Nr 3 VOB/B – gilt über § 242 auch für den BGB-Werkvertrag – BGH BauR 96, 702, Hamm NZBau 01, 691; iE Rn 26), deren Missachtung selbst dann zur Mängelhaftung des Nachunternehmers führen kann, wenn seine Werkleistung nur aufgrund der unzureichenden Beschaffenheit des Vorunternehmergewerkes mangelhaft ist (vgl § 13 Nr 3 VOB/B; Beispiel: Der vom Parkettleger aufgebrachte Oberboden löst sich, weil der darunter vom Estrichleger hergestellte Estrich – für den Parkettleger erkennbar – nicht vertragsgerecht verlegt worden war; iE hierzu: *Werner/Pastor* Rn 1527 ff mwN). Gleiches gilt, wenn der Unternehmer auf der Grundlage einer für ihn erkennbar fehlerhaften Planung des Architekten einen Baumangel produziert (BGH BauR 03, 690; Dresd BauR 03, 262).

Demgegenüber ist der einzelne Unternehmer kein **Erfüllungsgehilfe** anderer Unternehmer im Verhältnis zum Besteller oder des Bestellers in dessen Verhältnis zu anderen Unternehmern (Hamm NJW-RR 98, 163). Das gilt insbes für den Vorunternehmer im Verhältnis des Bestellers zum Nachunternehmer (BGH BauR 85, 561 – „Vorunternehmer I“; BGH BauR 00, 722 – „Vorunternehmer II“; auch zu Ersatzansprüchen aus § 642). Dem Besteller ist das Verschulden eines Unternehmers im Verhältnis zu anderen Unternehmern daher nicht gem § 278 mit den sich aus § 254 ergebenden Folgen zuzurechnen (BGHZ 143, 32). Ausnahmen von diesem Grundsatz können sich allerdings ergeben, soweit einzelne Unternehmer Pflichten des Bestellers im Verhältnis zu anderen Unternehmern übernommen haben, so zB bei Übernahme der Planung und Koordinierung von Ausführungsgewerken durch den Architekten (BGHZ 95, 128). Dementsprechend ist der mit **Planungsleistungen** beauftragte **Architekt oder Sonderfachmann** Erfüllungsgehilfe des Bestellers im Verhältnis zu den mit der Ausführung der Werkleistungen befassten Unternehmern (BGHZ 95, 128; BGH BauR 02, 86; Ergebnis: Besteller muss sich gem § 278 Planungsfehler des Architekten gegenüber dem Unternehmer iRd § 254 als eigenes Mitverschulden zurechnen lassen – Köln NJW-RR 02, 15; Hamm NZBau 01, 691), nicht jedoch der lediglich mit der **Objektüberwachung** betraute Architekt, weil der Besteller den Unternehmern keine Bauüberwachung schuldet (BGH NZBau 02, 514; vgl zum Ganzen auch: Kuffer/Wirth/Leupertz, 10. Kap, Teil C, Rn 172 ff; ausführlich zu Gesamtschuldverhältnissen im Baugeschäft: *Soergel* BauR 05, 239ff mwN; zu den Problemen beim gestörten Gesamtschuldnerausgleich: *Kniffka* BauR 05, 274ff).

D. Vertragspflichten des Unternehmers. I. Hauptpflichten. Zu der Vergütungspflicht des Bestellers als Hauptpflicht steht im Synallagma die Hauptpflicht des Unternehmers der rechtzeitigen mangelfreien **Herstellung und Verschaffung** des versprochenen Werks §§ 631 I, 633 (zu den Anforderungen an eine vertragsgerechte Ausführung: § 633 Rn 11 ff und Rn 1f). Der Unternehmer kann hieraus allerdings kein Recht auf Herstellung herleiten, da der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit kündigen kann (§ 649). Das BGB-Werkvertragsrecht kennt grds keine Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung, es sei denn, die Realisierung des Werkerfolgs ist an eine höchstpersönliche Erbringung der Werkleistungen

schwarz

§ 631

Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

geknüpft (BGHZ 89, 369). Solches kann sich im Einzelfall aus der Natur des geschuldeten Werks ergeben (Gesangsdarbietung, Portrait) oder durch die Notwendigkeit besonderer Fähigkeiten oder Vertrauenswürdigkeit auf Seiten des Unternehmers bedingt sein. Die Einbeziehung von Gehilfen oder Subunternehmern ist also möglich (und insbes im Baugeschäft üblich), wenn nichts Abweichendes vereinbart ist (vgl § 4 Nr 8 VOB/B). Bei künstlerischen Leistungen hat der Unternehmer eine weitgehende Gestaltungsfreiheit, die seiner künstlerischen Eigenart entspricht und ihm erlaubt, seine individuelle Schöpferkraft und seinen Schöpferwillen zum Ausdruck zu bringen (BGHZ 19, 382). Abhängig von der Art des Werks ist der Unternehmer auch zur Eigentums- und Besitzübertragung verpflichtet (s Vor §§ 631 bis 651 Rn 11, 15). Die Verletzung von herstellungsbezogenen Hauptleistungspflichten führt zur **Sachmängelhaftung** des Unternehmers nach Maßgabe des §§ 633 ff (s dort). Darüber hinaus kommt bei mangelbedingter Verletzung anderer Rechtsgüter des Bestellers eine **deliktische Haftung** des Unternehmers aus § 823 in Betracht (BGHZ 55, 392, 394f; BGH BauR 92, 388, 392).

- 23 **1. Leistungs-/Erfüllungsort.** Der **Leistungsort** bestimmt sich nach § 269. **Erfüllungsort** idS wird häufig der Ort sein, an dem das Werk nach dem Vertrag herzustellen ist. Zwingend ist das indes nicht. So fallen Herstellungsort und Ablieferungsort auseinander, wenn der Unternehmer das Werk im eigenen Betrieb herstellen soll und zusätzlich die Verpflichtung übernommen hat, das fertige Gewerk dem Besteller an dessen Wohnsitz zu übergeben. Dann ist dessen Wohnsitz Erfüllungsort (Staud/Peters § 631 Rn 48). Für den Bauvertrag wird ein gemeinsamer Erfüllungsort für Werkerstellung und Vergütung am Ort des Bauwerkes angenommen (BGH NJW 86, 935), ebenso beim **Architektenvertrag**, soweit bauwerkbezogene Planungs- und Überwachungsleistungen zu erbringen sind (BGH BauR 01, 979).
- 24 **2. Fälligkeit.** Für die **Fälligkeit** der Werkleistung sind in erster Linie die vertraglich vereinbarten Termine oder Fristen maßgeblich (BGH NJW 00, 1403). Ansonsten tritt Fälligkeit nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Frist ein (§ 271 I). Hierbei ist zu beachten, dass der Unternehmer vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen (Kapellmann/Messerschmidt/Langen, Teil B, § 5 Rn 59f) oder sonstiger Sachzwänge (Beispiel: Notwendige Planvorgaben des Bestellers fehlen; dann ggf Verstoß gegen Mitwirkungspflicht nach § 642 und Annahmeverzug; vgl auch München NJW-RR 00, 204: vorbehaltene Freigabe durch Besteller) mit der Herstellung alsbald zu beginnen und sie in angemessener Frist zügig zu beenden hat (BGH NJW-RR 04, 209, 210; 01, 806; vgl auch § 5 VOB/B). Der Werkunternehmer trägt die Beweislast dafür, dass die angemessene Herstellungsfrist noch nicht abgelaufen ist (BGH NJW-RR 04, 209, 210). Wenn nichts anderes vereinbart ist, kommt es auf den Zeitpunkt für die Ablieferung des Gesamtwerkes an (BGH NJW-RR 97, 1376; zur vereinbarten Herstellung in selbständigen Teilabschnitten: BGHZ 1, 234).
- 25 **3. Erfüllung.** Die Erfüllung der Verpflichtung zur Werkerstellung und -verschaffung erfolgt mit der **Abnahme** des Werkes (§ 640). Neben der Pflicht zur Herstellung besteht je nach Art des Werkes die Verpflichtung zur Ablieferung des Werkes, dh der Unternehmer ist verpflichtet, Besitz- und Eigentum zu übertragen (s § 633 I). Da die Vergütung im Gegensatz zur Herstellungspflicht gem § 641 erst mit Abnahme fällig wird, ist der Unternehmer vorleistungspflichtig. Die rechtzeitige Erfüllung kann durch ein Vertragsstrafversprechen des Unternehmers bzw durch Erfüllungsbürgschaften abgesichert werden. Die Leistungspflicht kann nach § 275 mit den sich aus § 326 ergebenden Konsequenzen ausgeschlossen sein.
- 26 **II. Nebenpflichten. 1. Allgemeines.** Den Nebenpflichten kommt im Werkvertragsrecht aufgrund der häufig bestehenden Unwägbarkeiten bei der Vertragsabwicklung eine besondere Bedeutung zu. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Erreichung des Werkerfolgs – insbes bei Bauverträgen – eine längerfristige kooperative Zusammenarbeit der Vertragsparteien voraussetzt. Die Vertragsparteien sind verpflichtet, alles zu tun, was den Werkerfolg herbeiführt und alles zu unterlassen, was diesen verhindern oder gefährden könnte (grdl zur **Kooperationspflicht** der Vertragsparteien: BGH BauR 96, 542; 00, 409). Nebenpflichten können sich aus der Natur des Werkvertrages, bzw aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242) ergeben oder vertraglich vereinbart sein. Dabei ist zwischen leistungsbezogenen und nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten zu unterscheiden.
- 27 **2. Leistungsbezogene Nebenpflichten.** Leistungsbezogene Nebenpflichten berühren das Leistungsinteresse des Bestellers. Beziehen sie sich auf die mangelfreie Herstellung des Werks, können sie zu Hauptleistungspflichten des Unternehmers werden (BGH NJW 00, 280, Karlsr NJW-RR 03, 963). Als leistungsbezogene Pflichten kommen vor allem **Beratungs-, Prüfungs-** (BGH NJW 00, 280; Prüfung vom Besteller gelieferter Sachen; jedoch ggf keine eigene Prüfungspflicht des Unternehmers, wenn Architekt des Bauherrn nach eigener Prüfung Leistungen eines Vorunternehmers freigibt, Frankf BauR 03, 1727; auch keine Vorort-Prüfung von Vorleistungen vor Angebotsabgabe, BauR 05, 602), **Aufklärungs-, Überwachungs-, Informations- und Hinweispflichten** (BGH BauR 05, 1016: Hinweis des Unternehmers auf vertragswidrige Planung des Architekten; BGHReport 03, 1053: Hinweis auf Frostgefahr bei verlegten Rohren) in Betracht. Anlass zur Aufklärung und Beratung des Bestellers hat der Unternehmer immer dann, wenn sich konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Vertragsdurchführung ergeben (BGH NJW-RR 87, 664; Zweibr NJW-RR 03, 1600). Der Umfang der Beratungs- und Prüfungspflicht bestimmt sich nach der vertraglich übernommenen Ver-

pflichtung (BGH NJW 00, 2102). Dabei ist auch der Beratungsbedarf des Bestellers zu beachten (unter Berücksichtigung ihm zurechenbarer Kenntnis seiner Fachleute; dann uU verminderte Anforderungen an Hinweis- und Beratungspflichten des Unternehmers – BGH BauR 01, 622; 97, 420, 421). Ebenso der Kenntnisstand des Unternehmers. Der Besteller kann hierbei beim Unternehmer das für die Erstellung des Werks erforderliche Fachwissen voraussetzen (BGH NJW-RR 96, 789). Aufklärungs-, Prüfungs- und Beratungspflichten beschränken sich auf das beauftragte Werk und damit zusammenhängender Umstände (für den Fall der Kfz-Reparatur: Ddorf NJW-RR 99, 1210), sofern nicht erkennbare Sicherheitsmängel vorliegen (Zweibr NJW-RR 00, 1554). Der Unternehmer hat vor Abgabe eines Angebots eine Erkundigungspflicht, wenn er Lücken oder Fehler des Leistungsverzeichnisses erkennt (BGH NJW-RR 87, 1306; BGH NJW 66, 398; Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags iR v Vergabeverfahren bei unterlassener Rüge erkannter Lücken oder Fehler § 107 III GWB). Der Unternehmer muss den Besteller über die mit der Verwendung bisher nicht erprobter Baustoffe verbundenen Gefahren hinweisen (BGH WM 02, 2254). Baut seine Leistung auf einer Vorleistung eines anderen Unternehmers auf, hat er auch diese zu prüfen und Erkundigungen über deren Geeignetheit für sein Werk einzuholen, bei Mängeln auf diese hinzuweisen (Fliesenlegerarbeiten auf für Nassräume ungeeignetem Estrich, Kobl IBR 05, 13). Bei Divergenzen zwischen Produktempfehlungen des Herstellers und DIN-Normen muss der Unternehmer beim Hersteller rückfragen oder auf den Einbau ggf verzichten (BGH IBR 05, 141).

Unabhängig davon, ob man die Pflichten des **Architekten** im Zusammenhang mit den Kostenermittlungen als Haupt- oder leistungsbezogene Nebenpflichten ansieht, geht der BGH (BauR 05, 400) davon aus, dass eine nicht zutreffende oder nicht rechtzeitige Information des Auftraggebers/Bauherrn über die voraussichtlichen **Baukosten** die Verletzung einer Aufklärungspflicht darstellen kann. Dies unabhängig davon, dass der Architekt turnusmäßig (vgl § 10 II HOAI und den Grundleistungskatalog zu § 15 II HOAI) verschiedene Kostenermittlungen vorzulegen hat und iÜ für die Einhaltung verbindliche Kostenzusagen (= Beschaffenheitsvereinbarung iSd § 633 II) einstecken muss (zum Problemkreis **Bausummenüberschreitung**: Kuffer/Wirth/Leupertz, 10. Kap, Teil C, Rn 113 ff mwN). Bereits iRd Grundlagenermittlung ist er gehalten, für seinen Auftraggeber den wirtschaftlichen Rahmen des Bauvorhabens abzustecken (bereits BGH BauR 91, 366f) und diesen hinsichtlich der Kosten aufzuklären und zu beraten (BGH NJW-RR 05, 318, vgl auch Ddorf BauR 04, 1024).

Weitere Nebenpflichten können sein, die Überlassung von **Bedienungs- und Gebrauchsanleitungen**, das hergestellte Werk zur Abnahme zu bringen, die Verwahrung des Werks bis zur Abholung, die Herausgabe von Versicherungsleistungen (Dresd NJW-RR 98, 373). Zweifelhafte ist, ob die Überlassung von Plänen (Bauplänen, Genehmigungspläne, Bewehrungspläne), statischen Berechnungen oder Nachweisen (zB zum Schallschutz) eine Nebenpflicht des Architekten oder Bauunternehmers darstellt (für den Kauf: Hamm NJW-RR 00, 867; Köln MDR 83, 225f, die § 444 weit auslegen; abl München BauR 92, 95; Karlsruh NJW 75, 694). Darüber hinaus sind insbes bei Werkverträgen mit Geschäftsbesorgungscharakter Nebenpflichten zur Auskunft und Rechnungslegung gegeben (BGHZ 41, 318). Zusätzlich können nachvertragliche Aufklärungs- und Betreuungspflichten bestehen (Architekt BGH NJW-RR 01, 383; Bauunternehmer BGH NJW 83, 876).

3. Nicht leistungsbezogene Nebenpflichten/Schutzpflichten. Vertragliche **Fürsorgepflichten** iSd § 241 II betreffen den Schutz des Bestellers (zB bei Beförderungsverträgen, aber auch Bau- und Architektenverträgen), seines Eigentums und Vermögens sowie uU den Schutz dritter Personen. Dazu gehören Familienangehörige des Bestellers (BGH BB 94, 1455), dessen Mitarbeiter und sonstige Betriebsangehörige (BGH NJW 89, 2115; VersR 74, 889), zudem andere mit der Erstellung der jeweiligen Werkleistung befasste Unternehmer (Frankf BauR 92, 258 – Subunternehmer; Brandbg BauR 01, 656, 657). Auch können sich aus dem Vertrag weitergehende Fürsorgepflichten ergeben (BGH WM 72, 138), insbes nachvertragliche Sorgfaltspflichten des Unternehmers (Zweibr NJW-RR 03, 1600). Abseits dieser vertraglichen Nebenpflichten trifft den Unternehmer für die Dauer der Bauzeit die primäre **Verkehrssicherungspflicht**, für die Sicherheit auf der Baustelle zu sorgen und die nach den allgemeinen Sicherungserwartungen geeigneten und erforderlichen Maßnahmen zum Schutze Dritter vor den von seinen Werkleistungen ausgehenden Gefahren des Baustellenbetriebs zu treffen (Brandenbg BauR 01, 656, 657).

IR seiner **Obhutspflicht** hat der Unternehmer die zu bearbeitenden Sachen des Bestellers durch geeignete Sicherungsmaßnahmen im zumutbaren Umfang vor Schaden oder Verlust zu bewahren (BGH NJW 83, 113; 05, 422; Köln BauR 99, 768). Die Obhutspflicht kann nach § 241 II auch bzgl bestellereigener Sachen bestehen, die nicht selbst Gegenstand des herzustellenden Werks sind (BGH VersR 76, 166). So dürfte beim Notschutz gegen eindringendes Regenwasser iRv Bauarbeiten, die das Abdecken des Daches erfordern, eine Obhutspflicht zu bejahen sein (Celle NJW-RR 03, 15); nicht hingegen für den ausschlich mit der Abdeckung und Entsorgung eines alten Hausdaches beauftragten Unternehmer, der diese Arbeiten bei gutem Wetter ausführt und dahin informiert wurde, dass am nächsten Tag der Zimmermann einen neuen Dachstuhl errichten soll (Ddorf BauR 01, 1760).

Bei schuldhafter Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten ist der Unternehmer zum **Schadenersatz** gem §§ 280 I, 241 II verpflichtet (für Verstoß gegen Kooperationspflicht: BGH BauR 00, 409). Das folgt für den vorvertraglichen Bereich aus § 311 II (früher cic). Die vertraglichen Erfüllungsansprüche des Bestellers bleiben davon grds unberührt. Allerdings kann der Besteller gem § 282, 281, 241 II zum **Schadenersatz**

statt der Leistung übergehen oder gem §§ 324, 241 II zurücktreten, wenn ihm die Leistung des Schuldners infolge der Pflichtverletzung nach den Umständen nicht mehr zugemutet werden kann. Dann erlöschen insoweit seine Erfüllungsansprüche und der Schadensersatzanspruch des Bestellers erstreckt sich auf die Nachteile, die er durch die Nichtausführung der Leistung erleidet (AnwK/Raab § 631 Rn 41). Darüber hinaus kann der Besteller bei schwerwiegenden Pflichtverstößen zur **Kündigung** des Vertrages aus wichtigem Grund berechtigt sein. Für Schadensersatzansprüche wegen Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten aus §§ 280, 282, 241 II, 311 II gilt die **Regelverjährung** von drei Jahren gem §§ 195, 199. Für den Rücktritt (unverjährbares Gestaltungsrecht) ist § 218 zu beachten.

- 33 **4. Sicherheiten des AN.** Der AN hat Sicherheiten (Vorauszahlungs-, Erfüllungs- o Gewährleistungsbürgschaft) nur bei besonderer Vereinbarung zu stellen (s.a. *Thode* ZfBR 02, 4), die wirksam auch formularmäßig getroffen werden kann (BGH NJW-RR 04, 814). Dann allerdings zumindest iRe Bauvertrages nicht in Form einer Bürgschaft auf erstes Anfordern (zur Vertragserfüllungsbürgschaft aeA: BGH NJW 02, 2388; bei Verträgen vor 1. 1. 03: Auslegung als Anspruch auf einfache selbstschuldnerische Bürgschaft entgegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion – BGH NJW 02, 3098; Ddorf BauR 04, 1319; auch bei Beteiligung der öffentlichen Hand, BGH NJW-RR 04, 880).
- 34 **E. Vertragspflichten des Bestellers. I. Hauptleistungspflichten. 1. Übersicht.** Vertragliche Hauptleistungspflichten des Bestellers sind die Entrichtung der (vereinbarten) **Vergütung** (§ 631 I, 632; vgl auch: § 632 Rn 4 ff) und die **Abnahme** des Gewerkes (§ 640). Daneben hat der Unternehmer zur Absicherung seines Vorleistungsrisikos unter den in §§ 648, 648 a genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf Gestellung von **Sicherheiten** (Sicherungshypothek und Bauhandwerkersicherheit). Die Mitwirkung des Bestellers an der Herstellung des Werkes (§ 642; idR nur Obliegenheit) kann als Hauptpflicht vereinbart werden.
- 35 **2. Die vereinbarte Vergütung – § 631 I. a) Allgemeines.** § 631 I bestimmt, dass der Unternehmer für die vertragsgerechte Herstellung des Gewerkes die vereinbarte Vergütung erhält. Welcher **Art** diese Vergütung ist, ergibt sich hieraus nicht. Sie wird zwar fast immer in einer Geldleistung bestehen; den Parteien steht es allerdings frei, anderes zu vereinbaren (anders gem § 433 II beim Kauf – „Kaufpreis“). Auch über die **Höhe** der Vergütung sagt das Gesetz nichts. Ihre Bestimmung unterliegt vielmehr auch insoweit der privatautonomen Entscheidung der Vertragsparteien, die grds von der zur Geschäftsgrundlage zu rechnenden Vorstellung getragen ist, dass der zu zahlende Werklohn einen **äquivalenten Gegenwert** für die ausbedungenen Werkleistungen darstellt (s Rn 2). Der solcherart „verpreiste“ Leistungsumfang kann insbes bei Bauverträgen mit Rücksicht auf die komplexen, bei Vertragsschluss in ihren Einzelheiten oft nicht absehbaren bautechnischen Anforderungen an die Verwirklichung des Bauvorhabens schwer zu bestimmen sein. Er deckt sich deshalb nicht notwendig mit dem tatsächlich für die Herstellung des Werkes erforderlichen Leistungen. Diese Erkenntnis hat in der Praxis große Bedeutung, weil die Vertragsparteien nicht selten darüber streiten, ob der Unternehmer für **zusätzlichen Aufwand** eine besondere, über die vertraglichen Preisabsprachen hinausgehende Vergütung beanspruchen kann. Dann ist zunächst mit den Mitteln der **Vertragsauslegung** zu klären, ob es sich überhaupt um solche zusätzlichen, im Ausgangsvertrag nicht verpreisten Leistungen handelt (iE zum Ganzen: Rn 1 f mwN). Um diese, sich aus der Komplexität des Baugeschehens ergebenden Unwägbarkeiten abzufedern, haben sich in der Baupraxis verschiedene Vergütungsmodelle herausgebildet (dazu Rn 38 ff).
- 36 Der Unternehmer trägt die **Darlegungs- und Beweislast** für Grund und Höhe seiner Werklohnforderung (BGH BauR 95, 91). Das betrifft auch diejenigen Umstände, aus denen sich bei fehlender Vergütungsvereinbarung gem § 632 I die Vergütungspflicht ergeben soll (iE hierzu: Rn 3, 5). Behauptet der Besteller eine vereinbarte (Pauschal-) Vergütung (§ 631 I), muss der nach (Einheitspreisen bzw) der Üblichkeit (§ 632 II) abrechnende Unternehmer im Prozess beweisen, dass eine entsprechende Vereinbarung nicht getroffen wurde (BGH NJW 81, 1442; Hamm NJW-RR 93, 1490). Allerdings ist es in diesen Fällen zunächst Sache des Bestellers, das Zustandekommen der behaupteten Vergütungsabrede schlüssig darzulegen (BGH NJW-RR 92, 848; Ddorf BauR 00, 269). Das gilt im Ausgangspunkt auch für den **Architektenvertrag** (vgl § 4 I, IV HOAI), für den allerdings das **bindende Preisrecht der HOAI** zu beachten ist (Lit hierzu: Motzke/Wolff; Praxis der HOAI, 3. Aufl; Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 6. Aufl; s.a. die zusammenfassende Darstellung in Kuffer/Wirth/Neumeister, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 10. Kap, Teil D). Die Vergütung umfasst die üblicherweise für die Werkerstellung anfallenden Nebenleistungen (Fahrtkosten, Sicherungsmaßnahmen), es sei denn, Abweichendes wurde vereinbart. Zur Teilvergütung nach Kündigung s § 649 Rn 9 f. Der Vergütungsanspruch **verjährt** nach den allgemeinen Regelungen in §§ 195, 199. Zur Abtretbarkeit der Werklohnforderung und der Wirkung von vertraglichen **Abtretungsverboten** (§ 399): MüKo/Busche § 631 Rn 100 ff – unter Hinweis auf die Ausnahmevorschrift des § 354 a HGB.
- 37 **b) Mehrwertsteuer, Bauabzugssteuer.** Grds schließt der vereinbarte Preis die Umsatzsteuer ein, für eine abw Vereinbarung ist der Unternehmer beweispflichtig (BGH NJW 01, 2464). Ist bei einer Bauleistung (nicht Planungsleistungen des Architekten, BGH IBR 05, 549) der Besteller als Leistungsempfänger Unternehmer iSd § 2 UstG oder juristische Person des öffentlichen Rechts, ist er gem § 48 EStG zu Abzug und Abführung der Bauabzugssteuer iHv 15 % des Bruttowerklohnes verpflichtet, es sei denn eine Freistellungsbescheinigung iSd

schwarz

Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

§ 631

§ 48 b EStG liegt vor (bei Abtretung der Werklohnforderung ist eine entspr Bescheinigung des Leistenden erforderlich, BGH IBR 05, 411). Nimmt ein Leistungsempfänger den Steuerabzug vor und führt er den Abzugsbetrag an das Finanzamt ab, tritt hinsichtlich der Werklohnforderung entsprechend Erfüllungswirkung ein (im Zeitpunkt der Zahlung; Anmeldung allein ist nicht ausreichend, München BauR 05, 1188; auch iF der Abtretung BGH NJW-RR 05, 1261). Dies gilt nicht, wenn für den Leistungsempfänger im Zeitpunkt der Zahlung eindeutig erkennbar war, dass eine Verpflichtung zum Steuerabzug nicht bestand (BGH IBR 05, 411).

c) **Einzelne Vergütungsmodelle.** aa) **Einheitspreisvertrag.** Der Einheitspreisvertrag, bei dem es sich nach 38 herkömmlichen, an § 2 Nr 2 VOB/B anknüpfendem Verständnis um den Normaltyp des Bauvertrages handeln soll (Hamm BauR 02, 319, 320; Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Nr 2 Rn 1; kritisch zu Recht: Horsch/Oberhauser; Jahrbuch Baurecht 99, 136; jedenfalls besteht trotz § 2 Nr 2 keine tatsächliche Vermutung für das Zustandekommen eines Einheitspreisvertrages – Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Teil B, § 2 Rn 131), basiert idR auf den in der **Leistungsbeschreibung (Leistungsverzeichnis, Baupläne, Baubeschreibungen, Verhandlungsprotokollen)** niedergelegten Ausführungsvorgaben des Bestellers. Allerdings ergibt sich der Vertragspreis grds erst nach der Fertigstellung der Arbeiten aus der Summe der im Leistungsverzeichnis den einzelnen Leistungspositionen zugewiesenen Positionspreise, die sich wiederum aus dem Produkt der **Einheitspreise** mit den nach Aufmaß **tatsächlich angefallenen Massen** (Vordersätze) errechnen. Anders ausgedrückt: Beim Einheitspreisvertrag ist die Vergütung durch die Festlegung der Einheitspreise für die den einzelnen Leistungspositionen zugeordneten Teilleistungen „bestimmt“ iSd § 631. Gleichwohl wissen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht, wie hoch die letztlich zu zahlende Vergütung sein wird, weil für die Preisbildung (vereinbarungsgemäß!) nicht die im Leistungsverzeichnis in Ansatz gebrachten Mengen und Massen (Vordersätze), sondern die tatsächlichen Ausführungsmengen maßgeblich sind (BGH NJW 96, 1282; Kleine-Möller/Merl/Kleine-Möller § 10 Rn 14; vgl § 2 Nr 2 VOB/B). Das bedeutet in rechtlicher Konsequenz, dass **Mengen- und Massenabweichungen** beim Einheitspreisvertrag strukturell von der Preisvereinbarung der Parteien erfasst sind, die damit wechselseitig das Risiko für Unzulänglichkeiten der Ermittlung des vertraglich zugrunde gelegten Leistungsumfanges übernommen haben. Eine Anpassung der Vergütung kommt insoweit also nur in Betracht, wenn in besonders gelagerten Einzelfällen die zu Geschäftsgrundlage zu rechnende Äquivalenzerwartung der Vertragsparteien tangiert und nach allgemeinen Grundsätzen eine **Vertragsanpassung** gem § 313 II veranlasst ist (hierzu: Werner/Pastor Rn 2501; Leupertz/Merkens, § 9 Rn 26; iE anders beim VOB/B-Vertrag, wo § 2 Nr 3 eine Anpassung der Einheitspreise schon für Mengen- und Massenabweichungen von mehr als 10 % gewährt). Soweit indes **Änderungen der im Leistungsverzeichnis niedergelegten Leistungspositionen** (bspw: Bauplanänderungen; zusätzlich für die Erreichung des Bauerfolges erforderliche Leistungen) zu Mehraufwand führen, so liegt darin eine Abweichung vom vergütungspflichtigen Leistungsumfang (Bausoll), die nicht kalkulatorische Unzulänglichkeiten der Vordersätze (Mengenannahmen) betrifft. Hierfür kann der Unternehmer grds eine zusätzliche Vergütung beanspruchen, die er allerdings rechtsgeschäftlich mit dem Besteller vereinbaren muss (zur Verpflichtung des Bestellers, einen entsprechenden Zusatzauftrag zu erteilen: Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 24. 10. 06, § 631 Rn 351 ff; vgl auch: BGH BauR 00, 409, s.a. Rn 2). Sonst bleiben nur Ersatzansprüche aus GoA oder Bereicherungsrecht (hierzu ausführlich: Leupertz BauR 05, 775ff).

bb) **Pauschalvertrag.** Beim Pauschalpreisvertrag ist die Vergütung im Unterschied zum Einheitspreisvertrag 39 **betragsmäßig** bestimmt. Das beantwortet freilich nicht die Frage, für welche Leistungen der solcherart festgelegte Werklohn geschuldet ist. Insoweit kommt es auf die Struktur des Pauschalvertrages an. Es ist zu unterscheiden zwischen **Detail- und Globalpauschalverträgen**.

Dem **Detailpauschalvertrag** liegt – ebenso wie dem Einheitspreisvertrag (Rn 36) – eine detaillierte Leistungs- 40 beschreibung mit konkreten Ausführungsvorgaben zugrunde. Allerdings ist die vertraglich geschuldete Vergütung im Unterschied zum Einheitspreisvertrag durch die Pauschalierung des Gesamtpreises von den tatsächlich für die vertragsgerechte Bauausführung erforderlichen Mengen und Massen abgekoppelt. Mengenabweichungen haben also keinen Einfluss auf den pauschalierten Vertragspreis (vgl § 2 Nr 7 I VOB/B). Demgegenüber bleibt es auch für den Detailpauschalvertrag bei dem Grundsatz, dass nach dem Vertrag nicht vorgesehener **Mehraufwand** nicht vom Vertragspreis umfasst ist (s Rn 2, 36). Soweit der Unternehmer solchen Mehraufwand zur Verwirklichung des vom Besteller vorgegebenen funktionalen Bauerfolgs (Erfolgssoll) erbringen muss, kann er hierfür idR vom Besteller die Erteilung eines entsprechenden entgeltlichen Zusatzauftrages verlangen (s Rn 2 mwN). In der Praxis versuchen Auftraggeber häufig das ihnen nach obigen Grundsätzen auch bei Abschluss eines Detailpauschalvertrages verbleibende Risiko betreffend den Leistungsumfang durch sog **Komplettheitsklauseln** auf den Unternehmer abzuwälzen. Solche Klauseln sind beim Detailpauschalvertrag jedenfalls dann unwirksam, wenn sie vom Besteller als **AGB** in den Vertrag eingeführt werden und auch die der Leistungsbeschreibung zugrunde liegende Ausführungsplanung von ihm stammt. Dies deshalb, weil der Besteller sich auf diese Weise von den in seine Planungsverantwortung fallenden Folgen einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung auf Kosten des Unternehmers befreien möchte, der seinerseits

schwarz

§ 631

Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

- mit unkalkulierbaren Risiken belastet wird (Brandbg BauR 03, 716, 718; München NJW-RR 87, 621; München BauR 90, 776; ausführlich; Kapellmann/Messerschmidt/*Kapellmann*, Teil B, § 2 Rn 244 mwN).
- 41 Werden solche Komplettheitsklauseln hingegen individuell vereinbart, sind sie wirksam und es entsteht ein (**einfacher**) **Globalpauschalvertrag**, durch den der Unternehmer kraft rechtsgeschäftlicher Abrede auch das kalkulatorische Planungsrisiko und damit das Risiko übernimmt, selbst dann alle zur Realisierung des Bauerefolgs erforderlichen Leistungen zum Vertragspreis erbringen zu müssen, wenn hierfür nach dem Vertrag nicht vorgesehener **Mehraufwand** erforderlich ist. Das freilich nur in dem Umfang, in dem er sich vernünftigerweise bereit erklärt hat, die vergütungsrechtlichen Folgen von Divergenzen zwischen den Leistungsvorgaben des Bauvertrages und dem tatsächlichen für die Verwirklichung des funktionalen Bauerefolgs erforderlichen Aufwand zu tragen (so zutreffend insb: Kapellmann/Messerschmidt/*Kapellmann*, Teil B, § 2 Rn 265 mwN). Hierfür ist die **Auslegung** des Vertrages maßgebend (grdl hierzu: BGH BauR 06, 2040), die regelmäßig zu der Erkenntnis führen wird, dass der Unternehmer jedenfalls nicht für **Planungsfehler** des Bestellers einstehen will (Kapellmann/Messerschmidt/*Kapellmann*, Teil B, § 2 Rn 265, 272; vgl auch: BGH BauR 97, 126; BauR 99, 37). Dass iÜ planänderungsbedingter Mehraufwand nicht vom Vertragspreis umfasst ist, ergibt sich bereits nach allgemeinen Grundsätzen (s Rn 2, 36).
- 42 Beim **komplexen Globalpauschalvertrag** lösen sich die Vertragsparteien völlig von einer detaillierten Beschreibung des für die Herstellung des Werkes erforderlichen Leistungsumfangs. Stattdessen beschreibt der Besteller die Bauleistung zielorientiert mit **funktionalen Leistungsvorgaben**, die lediglich die Beschaffenheit des fertigen Bauwerks definieren. Eine solche funktionale Ausschreibung mit **Leistungsprogramm** sieht § 9 Nr 10 bis 12 VOB/A für die öffentliche Bauvergabe ausdrücklich als eine Art der Leistungsbeschreibung vor. Sie findet auch für den privaten Baubereich insbes im **Schlüsselfertigbau** und bei sonstigen Verträgen mit Totalunternehmern/-übernehmern Anwendung. Hat der Unternehmer solcherart über die Ausführung der Bauleistung hinaus die gesamte Planungsverantwortung übernommen, so sind die für die Verwirklichung des Bauerefolgs tatsächlich erforderlichen Leistungen „Bausoll“ und damit vom Pauschalpreis umfasst. Das gilt indes auch beim Globalpauschalvertrag nicht für zusätzlichen Aufwand, der aus einer vom Besteller nachträglich veranlassenen Änderung der Bauplanung (vgl § 1 Nr 3 VOB/B) resultiert. In der Praxis behält sich allerdings der Besteller häufig die Bauplanung oder Teile hiervon trotz funktionaler Ausschreibung vor (hierzu: Kapellmann/Messerschmidt/*Kapellmann*, Teil B, § 2 Rn 263 ff mwN). Dann ist es abermals eine Frage der **Vertragsauslegung**, inwieweit der tatsächlich erforderliche Aufwand vom vergütungspflichtigen Leistungsumfang abgedeckt ist (eingehend hierzu: Kapellmann/Messerschmidt/*Kapellmann*, Teil B, § 2 Rn 265, 269).
- 43 **cc) Stundenlohnvertrag.** Beim Stundenlohnvertrag ist nicht der Leistungsumfang, sondern der **Aufwand an Zeit und Material** maßgebend für die Preisbildung. Solche reinen **Aufwandsverträge** sind wegen der damit für den Besteller verbundenen Kalkulationsrisiken in der Praxis selten; gebräuchlich sind hingegen Einheits- und Detailpauschalverträge mit sog **angehängten Stundenlohnarbeiten**, woraus ein Leistungsvertrag mit Elementen des Aufwandsvertrages entsteht, der dementsprechend differenziert abgerechnet werden muss. Die Vergütung nach Aufwand setzt iRe VOB/B-Vertrages eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vereinbarung voraus – § 2 Nr 10 VOB/B. Das gilt nicht für den BGB-Werkvertrag (Ingenstau/Korbion/*Keldungs*, Teil B, § 2 Nr 10 Rn 5). Fehlt eine ausdrückliche Stundenlohnabrede, so ist gem § 632 I, II uU dennoch nach Aufwand abzurechnen, wenn gerade das der **Üblichkeit** entspricht, wie etwa bei kleineren Baunebenleistungen ohne nennenswerten Materialaufwand (Reparatur- und Nacharbeiten, Baustellenreinigung, Handaushub ...). Die Abrechnung von Stundenlohnarbeiten setzt den Nachweis des tatsächlich angefallenen Aufwandes voraus, der in der Praxis durch vom Besteller (oder seinem Repräsentanten auf der Baustelle) abgezeichnete Stundenlohnzettel (Rapportzettel, Tagesberichte; zu den Sonderregelungen für den VOB/B-Vertrag vgl § 15 VOB/B) geführt wird. In der Unterzeichnung solcher Stundenlohnzettel liegt regelmäßig ein **deklaratorischen Anerkenntnis** des Bestellers betreffend Art und Umfang der dokumentierten Leistungen (BGH BauR 94, 760), nicht hingegen hinsichtlich der **Erforderlichkeit** jener Leistungen für die Herstellung des Gewerkes (Hamm BauR 02, 319, 321; Frankf NZBau 01, 27, 28). Allerdings muss der Besteller nach Auffassung des BGH iE **darlegen und beweisen**, dass der abgerechnete Aufwand nicht der geschuldeten wirtschaftlichen Geschäftsführung entsprach und deshalb nicht erforderlich war (BGH BauR 00, 1197, 1198 – für Wirtschaftsprüferhonorar; iE ebenso: *Keldungs* BauR 02, 322; *Leupertz/Merkens* § 9, Rn 83; aA: Hamm BauR 02, 319, 321). Eine andere Form des Aufwandsvertrages ist der **Selbstkostenerstattungsvertrag** (hierzu: AnwK/*Langen*, Anhang zu §§ 631-651: „Vertragstypen im Baurecht“, Rn 62).
- 44 **II. Nebenpflichten.** Die den Besteller betreffenden **Aufklärungs-, Schutz- und Obhutspflichten** sind zumeist nicht leistungsbezogen (§ 241 II). Die Mitwirkung des Bestellers an der Herstellung des Werks kann Nebenpflicht sein (wohl idR bloße Obliegenheit § 642, Vertragsauslegung; iE s § 642 Rn 3). Der Besteller hat den Unternehmer insbes auf ihm bekannte, für den Unternehmer jedoch schwer erkennbare Umstände hinzuweisen, durch die die Herstellung des Werkes gefährdet werden könnte (MüKo/*Soergel* § 631 Rn 180; vgl auch Stuttg NJW-RR 97, 1241). Er hat darüber hinaus ggf das Nötige zu unternehmen, um die Verwirklichung solcher Gefahren zu verhindern (BGH NJW 00, 280; *Soergel/Teichmann* § 631 Rn 49 – Schutz von Arbeitsgerät). Im Verhältnis zwischen Nachunternehmer und Besteller ist der von diesem eingeschaltete Vorunternehmer

nicht Erfüllungsgehilfe (BGH BauR 00, 722 = NJW 00, 1336). Verstöße gegen derartige Pflichten führen zur **Schadensersatzpflicht** des Bestellers gem §§ 280, 241 II, 311 II und berechtigen den Unternehmer gem §§ 241 II, 324 ggf, vom Vertrag zurückzutreten. Hinsichtlich der Rechtsfolgen grds nicht schadensersatzbewehrter **Obliegenheitsverletzungen** finden sich Sonderregelungen in § 642 (Entschädigungsanspruch), § 643 (Kündigung) und § 648 a I 1 (Leistungsverweigerungsrecht).

F. VOB/B. Die VOB/B enthält zahlreiche, zT erheblich vom BGB-Werkvertragsrecht abw Bestimmungen zur Ausgestaltung der wechselseitigen vertraglichen Pflichten der Bauvertragsparteien (zusammenfassende Darstellung: AnwK/Leupertz, Anh zu §§ 631-651; Der VOB/B-Bauvertrag Rn 15 ff). Die wichtigsten sind:

- § 1 Nr 3 VOB/B: einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers durch **bauplanänderungsbedingte Anordnungen** gegen zusätzliche Vergütung nach Maßgabe der §§ 2 Nr 5, Nr 7 VOB/B;
- § 1 Nr 4 VOB/B: einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers für **zusätzliche Leistungen**, soweit diese für die Erreichung des geschuldeten Bauerfolgs erforderlich sind; zusätzliche Vergütung gem § 2 Nr 6, Nr 7 VOB/B;
- § 2 Nr 3 VOB/B: Vergütungsanpassung bei **Mengenmehrungen/Mengenminderung**; Pauschalpreisvertrag – § 2 Nr 7 VOB/B;
- § 2 Nr 5 VOB/B: Zusätzlichen Vergütung bei **bauplanänderungsbedingtem Mehraufwand** (auch infolge „sonstiger Anordnungen“) – s § 1 Nr 3 VOB/B; Pauschalpreisvertrag – § 2 Nr 7 VOB/B;
- § 2 Nr 6 VOB/B: Zusätzliche Vergütung für **erforderlichen Mehraufwand** – s § 1 Nr 4 VOB/B; Pauschalpreisvertrag – § 2 Nr 7 VOB/B
- § 3 VOB/B: Zurverfügungstellung von **Ausführungsunterlagen/Einmessung** durch den Auftraggeber; **Prüfpflicht** des Auftragnehmers – § 3 Nr 3 VOB/B; Pflicht zur Vorlage von **Bauunterlagen** durch den Auftragnehmer – § 3 Nr 5 VOB/B
- § 4 VOB/B: **Aufsichts- und Koordinierungspflichten, Aufsichtsrecht, Anordnungsrechte** des Auftraggebers – § 4 Nr 1 VOB/B; **Überlassungspflichten** des Auftraggebers – § 4 Nr 4 VOB/B; **Prüf- und Bedenkenhinweispflicht** des Auftragnehmers – § 4 Nr 1 Abs. 4, Nr 3 VOB/B; **Schutzpflichten** des Auftragnehmers – § 4 Nr 5 VOB/B; **technische Abnahme** auf Verlangen einer Partei – § 4 Nr 10 VOB/B; **Sachmängelhaftung** des Auftragnehmers **vor Abnahme** – § 4 Nr 7 VOB/B
- § 5 VOB/B: Ausführungsfristen; **Arbeitsbeginn** – § 5 Nr 2 VOB/B; **Verzögerung** – § 5 Nr 4 VOB/B
- § 6 VOB/B: Pflicht zur **Behinderungsanzeige** durch Auftragnehmer – § 6 Nr 1 VOB/B; Verlängerung von **Ausführungsfristen** bei Behinderung – § 6 Nr 2 VOB/B; **Schadensersatz** bei Behinderung – § 6 Nr 6 VOB/B;
- § 7 VOB/B: Sonderregeln für die **Verteilung der Gefahr**;
- § 8 VOB/B: Sonderregelung für **Kündigung (Auftragsentziehung) durch Auftraggeber**;
- § 9 VOB/B: Sonderregelungen für **Kündigung durch Auftragnehmer**;
- § 10 VOB/B: Sonderregelungen für die **Haftungsverteilung** zwischen den Parteien
- § 12 VOB/B: Sonderregelungen Abnahme; **Abnahmefrist** – § 12 Nr 1 VOB/B; **Teilabnahme** – § 12 Nr 2 VOB/B; **förmliche Abnahme** auf Verlangen – § 12 Nr 4 VOB/B; **fiktive Abnahme** – § 12 Nr 5 VOB/B;
- § 13 VOB/B: Sonderregelungen für **Sachmängelhaftung und Verjährung**;
- § 14 VOB/B: Abrechnung der Werkleistungen; Pflicht zur **prüfbaren Abrechnung** – § 14 Nr 1 VOB/B; Verpflichtung, die zur **Abrechnung notwendigen Feststellungen** (Aufmaß!) gemeinsam zu treffen – § 14 Nr 2 VOB/B; **Frist** zur Einreichung der Schlussrechnung – § 14 Nr 3 VOB/B;
- § 15 VOB/B: Sonderregelungen für die Vereinbarung und Abrechnung von **Stundenlohnarbeiten**;
- § 16 VOB/B: Zahlung; Sonderregelungen für **Abschlagszahlungen** – § 16 Nr 1 VOB/B und **Vorauszahlungen** – § 16 Nr 2 VOB/B; Sonderregelungen für **Fälligkeit und Abrechnung der Schlusszahlung** – § 16 Nr 3 VOB/B; **Teilzahlungen** – § 16 Nr 4 VOB/B; **Zahlungen, Skonto, Verzugszinsen** – § 16 Nr 5 VOB/B
- § 17 VOB/B: **Sicherheiten**
- § 18 VOB/B: **Streitigkeiten und Streitbeilegung**

§ 632 Vergütung. (1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die **taxmäßige Vergütung**, in Ermangelung einer Taxe die **übliche Vergütung** als vereinbart anzusehen.

(3) Ein **Kostenanschlag** ist im Zweifel nicht zu vergüten.

A. Regelungsgehalt. Ist in einem Werkvertrag keine Vereinbarung über die Vergütung getroffen worden, wird gem I unter den dort genannten Voraussetzungen eine stillschweigende Einigung über die Entgeltlichkeit **fin- giert**. Die Auslegungsregel des II füllt dann die mangels Regelung der Vergütungshöhe verbleibende Vertrags- lücke. Dabei wird auf die taxmäßige oder übliche Vergütung abgestellt. III wurde durch das SMG (BTDrs 14/ 6040 S 259) eingeführt und regelt, dass der Kostenanschlag im Zweifel nicht zu vergüten ist.