

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 105

**Die Vergütung
beim Werkvertrag**

Von

Rainer Grimme



Duncker & Humblot · Berlin

RAINER GRIMME

Die Vergütung beim Werkvertrag

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 105

Die Vergütung beim Werkvertrag

Von

Rainer Grimme



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Grimme, Rainer:

Die Vergütung beim Werkvertrag /

von Rainer Grimme. —

Berlin : Duncker u. Humblot, 1987.

(Schriften zum Bürgerlichen Recht ; Bd. 105)

ISBN 3-428-06293-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Irma Grininger

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06293-0

Vorwort

Vor dem Hintergrund der Reformüberlegungen des Gesetzgebers und der Erörterung auf dem 55. Deutschen Juristentag will die vorliegende Arbeit eine umfassende und systematische Darstellung der Vergütung beim Werkvertrag geben. Im Hinblick auf die Fülle der Probleme, die sich beim BGB-Werkvertrag stellen, schien es vertretbar, die Vergütungsregelungen der VOB/B auszuklammern und auf sie nur Bezug zu nehmen, soweit es zum besseren Verständnis der bürgerlich-rechtlichen Problematik erforderlich ist.

Das besondere Anliegen gilt dem Bemühen, die vielfältigen Sachfragen auf dem Boden der knappen Regelung, welche die Vergütung der Werkleistung im BGB gefunden hat, mit dem Instrumentarium der Auslegung und der richterlichen Rechtsfortbildung befriedigenden Lösungen zuzuführen.

Die Arbeit hat der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Sommersemester 1986 als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur konnten noch bis Ende 1986 berücksichtigt werden.

Ganz besonderen Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Helmut Köhler, der nicht nur die Anregung zu dieser Arbeit gegeben, sondern auch ihr Entstehen in vielfältiger Weise gefördert hat. In gleicher Weise gilt mein Dank dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Bernhard Pfister.

Um die Herstellung des Manuskriptes hat sich Frau Irmgard Hötzel verdient gemacht. Auch ihr sage ich meinen herzlichsten Dank.

Bayreuth, im März 1987

Rainer Grimme

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	19
I. Die gegenwärtige Gesetzeslage	19
II. Ursachen und Folgen unzureichender Regelungsdichte	20
1. Einflüsse rechtlichen Wandels	20
a) Änderungen der Gesetzeslage	20
b) Änderungen der Rechtsprechung	21
2. Einflüsse rechtstatsächlichen Wandels	21
III. Bestehende Reformüberlegungen	23
1. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts	23
2. Der 55. Deutsche Juristentag 1984	23
IV. Der Gegenstand der Darstellung	24
§ 2 Grundlagen des Vergütungsanspruches	25
I. Das Entstehen des Vergütungsanspruches	25
1. Die Vergütungspflicht des Werkvertrages	25
2. Der Werkvertrag als Anspruchsgrund	26
II. Arten der Vergütungsvereinbarung	27
1. Der Pauschalpreisvertrag	27
a) Das Wesen des Pauschalpreisvertrages	27
b) Berücksichtigung von Äquivalenzstörungen	29
aa) Situationsbeschreibung	29
bb) Wegfall der Geschäftsgrundlage?	29
cc) Rechtsfolgen erheblicher Aufwandsänderungen	31
2. Der Einheitspreisvertrag	31
a) Einheitspreisvertrag als Regelfall?	31
b) Der vertraglich vereinbarte Preis	32
c) Der Leistungsumfang	32
d) Eigenarten des Einheitspreisvertrages	33
3. Der Stundenlohnvertrag	34
4. Der Selbstkostenerstattungsvertrag	35

	§ 3 Die Fälligkeit	36
I.	Grundsätzliches zur Fälligkeit	36
1.	Eintritt der Fälligkeit	36
2.	Wirkungen der Fälligkeit	36
II.	Die gesetzliche Fälligkeitsregelung für den Werkvertrag	37
1.	Fälligkeit bei Abnahme	37
a)	Die Regelungssystematik	37
aa)	§ 641 Abs. 1 S. 1 BGB	37
bb)	§ 641 Abs. 1 S. 2 BGB	38
b)	Der Begriff der „Abnahme“	39
aa)	Der zweigliedrige Abnahmebegriff	39
bb)	Der Abnahmebegriff der Besitztheorie	41
cc)	Der uneinheitliche Abnahmebegriff	41
dd)	Überlegungen zum Verzicht der Abnahme	42
ee)	Stellungnahme	43
2.	Fälligkeit bei Vollendung	44
III.	Fälligkeit und Rechnungserteilung	45
1.	Problemübersicht	45
2.	Der Meinungsstand	45
a)	Die Rechtsprechung	45
b)	Das Schrifttum	47
3.	Kritik und Stellungnahme	48
a)	Vorüberlegung	48
b)	Die Wechselwirkungen zwischen Fälligkeitszeitpunkt und Fälligkeitsfolgen	49
aa)	Die Klagbarkeit	49
bb)	Die Aufrechenbarkeit	50
(1)	Aufrechnung durch den Unternehmer	51
(2)	Aufrechnung durch den Besteller	51
cc)	Der Anspruch auf Fälligkeitszinsen	52
dd)	Der Verjährungsbeginn	54
ee)	Der Verzugseintritt	57
c)	Zusammenfassung	58
IV.	Maßgeblichkeit der getroffenen Vereinbarung	59
1.	Die Möglichkeit einer Fälligkeitsvereinbarung	59
2.	Die Zulässigkeit einer Fälligkeitsvereinbarung	60
a)	Einschränkungen durch § 225 S. 1 BGB?	60
b)	Einschränkungen durch das AGBG?	60
V.	Sonderprobleme	62
1.	Fälligkeit bei Verweigerung der Vertragserfüllung	62
2.	Fälligkeit bei Abnahmeverweigerung wegen Mängeln	63
3.	Fälligkeit bei Abnahme des mangelhaften Werkes	66

Inhaltsverzeichnis

5

a) Zurückbehaltungsrecht des Bestellers	66
b) Umfang der Leistungsverweigerung	67
aa) Begrenzung durch § 320 Abs. 2 BGB	67
bb) Die Funktionen des Zurückbehaltungsrechtes	67
cc) Die Determinanten des einzubehaltenden Betrages	68
dd) Zurückbehaltung bei Anspruch auf Neuherstellung	70
4. Fälligkeit bei der Leistungsbestimmung nach den §§ 315 ff. BGB ..	70
a) Bestimmung der Vergütung durch den Werkunternehmer	70
aa) Fälligkeit bei billiger Bestimmung der Gegenleistung	71
bb) Fälligkeit bei der Leistungsbestimmung durch Urteil	71
b) Bestimmung der Vergütung durch einen Dritten	73

§ 4 Der Verzug

74

I. Verzugsseintritt durch Mahnung	74
1. Allgemeines	74
2. Die Verzugsvoraussetzungen im einzelnen	74
a) Die Fälligkeit	74
b) Die Mahnung	75
c) Das Verschulden	77
II. Verzugsseintritt und Rechnungserteilung	78
1. Anspruch des Bestellers auf die Rechnung?	78
2. Rechnungserteilung mit deklaratorischer Funktion	80
3. Rechnungserteilung mit konstitutiver Funktion	83
4. Anforderungen an die Rechnung	85
5. Frist für die Rechnungsprüfung	87
III. Verzugsseintritt ohne Mahnung	89
1. Bestimmung der Leistungszeit nach dem Kalender	89
2. Verzugsseintritt ohne Rechnungserteilung?	89
3. Entbehrlichkeit der Mahnung nach Treu und Glauben	90
a) Verweigerung der Leistung	90
b) Ankündigung der Leistung	91
4. Entbehrlichkeit der Mahnung aufgrund Verzichts	92

§ 5 Die Verjährung

93

I. Vorbemerkung	93
II. Der Verjährungseintritt	93

1. Die Verjährungsfristen	93
a) § 196 Abs. 1 Ziff. 1 BGB	93
b) § 196 Abs. 2 BGB	95
c) § 196 Abs. 1 Ziff. 7 BGB	96
d) § 196 Abs. 1 Ziff. 3 BGB	97
e) § 196 Abs. 1 Ziff. 14 BGB	98
f) § 196 Abs. 1 Ziff. 15 BGB	98
g) § 195 BGB	99
2. Der Verjährungsbeginn	99
a) Regelmäßiger Verjährungsbeginn	99
b) Beginn der kurzen Verjährung	100
c) Besonderheiten beim Werkvertrag	100
aa) Fälligkeitsabhängigkeit des Verjährungsbeginnes	100
bb) Verjährungsbeginn ohne Rechnungserteilung?	101
(1) Die Verzögerungsgefahr	101
(2) Die VOB-Regelung	102
(3) Der Rechtsgedanke der §§ 199, 200 BGB	103
III. Hemmung und Unterbrechung der Verjährung	104
1. Die Hemmung	105
a) Die normale Hemmung	105
aa) Eintritt der Hemmung	105
bb) Wirkung der Hemmung	105
b) Die Ablaufhemmung	106
aa) Eintritt der Ablaufhemmung	106
bb) Wirkung der Ablaufhemmung	106
2. Die Unterbrechung	107
a) Eintritt der Unterbrechung	107
b) Wirkung der Unterbrechung	109
IV. Die Wirkungen der Verjährung	109

**§ 6 Die stillschweigende Vergütungsvereinbarung –
insbesondere die Vergütung von Vorarbeiten** 111

I. Der Tatbestand des § 632 Abs. 1 BGB	111
1. Vorliegen eines Werkvertrages	111
2. Fehlen einer Vergütungsvereinbarung	112
3. Vermutung der Entgeltlichkeit	112
II. Die Vergütung unangeforderter Vorarbeiten	112
1. Situationsbeschreibung	112
2. Der vertragliche Anspruchsgrund	113

a) Willenserklärung des Unternehmers	113
b) Willenserklärung des Bestellers	114
III. Die Vergütung angeforderter Vorarbeiten	116
1. Situationsbeschreibung	116
2. Ausdrücklicher Vertragsschluß über die Vorarbeiten	117
3. Fehlen eines ausdrücklichen Vertragsschlusses	118
a) Vergabe des Hauptauftrages an den Unternehmer	118
b) Keine Vergabe des Hauptauftrages an den Unternehmer	119
aa) Einfache Vorarbeiten	120
bb) Umfangreiche Vorarbeiten	122
(1) Vorarbeiten im Rahmen eines Wettbewerbs	123
(2) Selbständig verwertbare Vorarbeiten	125

§ 7 Die Vergütungshöhe bei fehlender Vereinbarung 131

I. Der Tatbestand des § 632 Abs. 2 BGB	131
II. Die taxmäßige Vergütung	133
III. Die übliche Vergütung	134
IV. Die Bestimmung durch den Werkunternehmer	135
V. Beweislastfragen	137

§ 8 Der Kostenvoranschlag 139

I. Zum Begriff des Kostenvoranschlages	139
II. Die Abgrenzung zwischen verbindlichem und unverbindlichem Kostenvoranschlag	140
1. Der Meinungsstand in der Literatur	140
2. Stellungnahme und Bildung von Abgrenzungskriterien	141
a) Die Situation der Vertragspartner	141
b) Die Förmlichkeiten der Vertragsverhandlungen	142
c) Die Bestimmtheit der Ansätze	143
d) Die Bezeichnung des Kostenvoranschlages	143
e) Die Detailliertheit des Kostenvoranschlages	143
f) Die Voraussehbarkeit der Kosten	144
g) Die Einbeziehung in den Werkvertrag	144
h) Zusammenfassung	145
III. Die Rechtswirkungen des verbindlichen Kostenvoranschlages	145

1. Der irrtumsfreie Kostenvoranschlag	145
2. Der irrtumsbehaftete Kostenvoranschlag	146
a) Der verdeckte Kalkulationsirrtum	146
b) Der offene Kalkulationsirrtum	147
aa) Die Rechtsprechung	147
bb) Die Stellungnahme der Literatur	148
cc) Lösungsvorschlag	148
IV. Die Rechtswirkungen des unverbindlichen Kostenvoranschlages	149
1. Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zugrunde gelegt“	149
2. Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „wesentliche Überschreitung des Anschlages“	151
a) Festlegung von Prozentsätzen	151
b) Bestimmung nach der „Erheblichkeit“ der Überschreitung	153
c) Bestimmung durch Auslegung des Begriffes „wesentlich“ nach dem Regelungszweck	153
3. Die vergütungsrechtlichen Wirkungen einer wesentlichen Überschreitung des Anschlages	155
a) Der Anspruch auf Teilvergütung nach Kündigung	155
aa) Anspruch bei vollständiger Herstellung des Werkes	155
bb) Anspruch bei teilweiser Herstellung des Werkes	156
b) Der Vergütungsanspruch bei unterlassener Anzeige nach § 650 Abs. 2 BGB.	157
aa) Problemübersicht	157
bb) Die Beweislast	157
cc) Der Umfang des Vergütungsanspruches	158

§ 9 Der Skontoabzug 161

I. Begriff und Wesen des Skontos	161
1. Begriffsbestimmung	161
2. Das Wesen des Skontos	161
II. Die Skontovereinbarung	162
1. Erforderlichkeit einer Vereinbarung	162
2. Die Rechtsnatur der Skontovereinbarung	162
a) Angebotstheorie	162
b) Bedingungstheorie	163
c) Stellungnahme	163
III. Die Arten des Skontos	164
1. Unterscheidung nach dem Zahlungszeitpunkt	164
a) Vorauszahlungsskonto	164
b) Vorzielzahlungsskonto	165

aa) Barzahlungsskonto	165
bb) Vorzielzahlungsskonto i.e.S.	165
2. Unterscheidung nach der Skontohöhe	165
a) Einheitsskonto	165
b) Gestaffeltes Skonto	166
IV. Die unvollständige Skontovereinbarung	166
V. Die Bemessungsgrundlage der Skontohöhe	168
VI. Die Rechtzeitigkeit der Zahlung	168
1. Barzahlung	169
2. Hingabe eines Schecks	169
3. Übersendung eines Schecks	170
4. Überweisungsverkehr	170
VII. Skontoabzug bei Teilleistungen	171
VIII. Skontoabzug und Abschlagszahlungen	172
1. Problemübersicht	172
2. Skontoabzug und Zahlungszeitpunkt	172
a) Abschlags- und Schlußzahlung innerhalb der Skontofrist	172
b) Abschlags- und Schlußzahlung nach Ablauf der Skontofrist ...	173
c) Abschlagszahlung innerhalb, Schlußzahlung nach Ablauf der Skontofrist	173
aa) Fragestellung	173
bb) Der Meinungsstand	173
cc) Stellungnahme	174
d) Abschlagszahlungen nach Ablauf, Schlußzahlung innerhalb der Skontofrist	175
3. Zeitpunkt der Abzugsberechtigung	175
a) Problemübersicht	175
b) Der Meinungsstand	176
c) Stellungnahme	176

§ 10 Werklohn und Mehrwertsteuer

178

I. Problemübersicht	178
II. Die Rechtslage bis 1967	179
III. Die Rechtslage ab 1968	180
IV. Gesetzlicher Anspruch auf gesonderte Steuerzahlung?	181
1. Anspruch aufgrund zivilrechtlicher Normen	181
2. Anspruch aufgrund steuerrechtlicher Normen	182
a) § 10 Abs. 1 S. 2 UStG	182
b) § 14 Abs. 1 S. 1 UStG	183

c) Zusammenfassung	183
V. Anspruch auf gesonderte Steuerzahlung aufgrund Vertragsauslegung?	184
1. Vertragsschluß mit einem Nicht-Kaufmann	184
2. Vertragsschluß zwischen Kaufleuten	185
a) Feststellung eines Handelsbrauches	185
b) Die Auffassungen in der Literatur	187
c) Die Haltung der Rechtsprechung	188
d) Stellungnahme	189
aa) Der Vergütungsbegriff und das UStG 1967	189
bb) Vertragsauslegung aufgrund steuerrechtlicher Besonderheiten	190
cc) Feststellbarkeit eines Handelsbrauches	191
dd) Zusammenfassung	192
§ 11 Die Wertsicherung der Werklohnforderung	193
I. Zur Bedeutung von Wertsicherungsklauseln	193
1. Die Regelungsbedürftigkeit der Geldentwertungsproblematik	193
2. Einschränkungen durch § 3 S. 2 WährG	193
II. Genehmigungsfreie Klauseln	195
1. Leistungsvorbehalte	196
a) Gegenstand der Klausel	196
b) Rechtliche Zulässigkeit der Klausel	197
c) Anwendbarkeit im Werkvertragsrecht	198
2. Spannungsklauseln	199
a) Gegenstand der Klausel	199
b) Rechtliche Zulässigkeit der Klausel	200
c) Anwendbarkeit im Werkvertragsrecht	201
3. Preisänderungsklauseln	202
a) Gegenstand der Klausel	202
aa) Kostenelementsklauseln	202
bb) Preisklauseln	203
b) Rechtliche Zulässigkeit der Klausel	203
aa) Die Auffassung der Deutschen Bundesbank	203
bb) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	204
cc) Der Meinungsstand in der Literatur	205
dd) Stellungnahme	205
c) Anwendbarkeit im Werkvertragsrecht	207
III. Genehmigungsbedürftige Klauseln	208
1. Das Genehmigungserfordernis	208
2. Die Genehmigungspraxis der Deutschen Bundesbank	208

3. Rechtsfolgen fehlender Genehmigung	209
IV. Wertsicherungsklauseln und Allgemeine Geschäftsbedingungen	210

§ 12 Der Vergütungsanspruch bei Schwarzarbeit 212

I. Die Schwarzarbeit und ihre Bekämpfung	212
1. Zur Bedeutung der Schwarzarbeit	212
2. Der Begriff der Schwarzarbeit	212
3. Zur Auslegung des SchwArbG	213
II. Auswirkungen eines Verstoßes gegen das SchwArbG auf die Wirksamkeit des zugrundeliegenden Werkvertrages	215
1. Problemübersicht	215
2. Verstoß gegen das SchwArbG als Nichtigkeitstatbestand i.S.d. § 134 BGB?	216
a) Gesetzliche Grundlagen	216
b) Der Meinungsstand	217
aa) Wirksamkeit des Vertrages	217
bb) Unwirksamkeit des Vertrages	217
cc) Differenzierung nach Tatbestandsalternativen des § 1 Abs. 1 SchwArbG	218
dd) Differenzierung nach ein- und beidseitigen Gesetzesverstößen	219
ee) Halbseitige Teilnichtigkeit	219
3. Diskussion und Stellungnahme	220
a) Sinn und Zweck des SchwArbG	220
b) Erforderlichkeit der Nichtigkeit	221
c) Abwägung zwischen den Nichtigkeitsfolgen und den Aufgaben des SchwArbG	222
aa) Beidseitiger Gesetzesverstoß	222
bb) Einseitiger Gesetzesverstoß	223
(1) Problemübersicht	223
(2) Kritik an der Rechtsprechung des BGH	224
(3) Lösungsvorschlag	225
(a) Verstoß des Auftragnehmers gegen das SchwArbG	227
(b) Verstoß des Auftraggebers gegen das SchwArbG	227

§ 13 Nachträgliche Änderung des Leistungsumfanges 229

I. Problemübersicht	229
II. Leistungsänderung mit Billigung des Bestellers	230

1. Leistungsänderung auf Wunsch des Bestellers	230
a) Entstehung des Vergütungsanspruches	230
b) Höhe des Vergütungsanspruches	231
2. Leistungsänderung mit Zustimmung des Bestellers	232
III. Leistungsänderung ohne Billigung des Bestellers	233
1. Arbeiten, die zur Herstellung des Werkes erforderlich sind	233
a) Vertragliche Ansprüche	234
aa) Ansprüche aus dem ursprünglichen Vertrag	234
bb) Ansprüche aus einem erweiterten Vertrag	234
b) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag	236
aa) Die Anspruchsvoraussetzungen	236
bb) Der Umfang des Anspruches	237
(1) Allgemeines	237
(2) Der Aufwendungsbegriff	238
(3) Ersatz eigener Arbeitsleistungen	238
(4) Erforderlichkeit der Aufwendungen	239
c) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	241
2. Arbeiten, die zur Herstellung des Werkes nicht erforderlich sind ..	242
a) Vertragliche Ansprüche	242
b) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag	242
aa) Die Anspruchsvoraussetzungen	242
bb) Der Umfang des Anspruches	243
c) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	243
§ 14 Der Vergütungsanspruch bei vorzeitiger Vertragsbeendigung	244
I. Die vorzeitige Beendigung des Werkvertrages durch Kündigung	244
1. Allgemeines zum Kündigungsrecht nach § 649 S. 1 BGB	244
2. Zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechtes	245
3. Möglichkeit einer Teilkündigung	245
4. Vertragliche Abänderung des Kündigungsrechtes	246
II. Der Vergütungsanspruch nach § 649 S. 2 BGB	247
1. Der Grundsatz: Volle vereinbarte Vergütung	248
a) Pauschalpreisvertrag	248
b) Einheitspreisvertrag	249
c) Stundenlohn- und Selbstkostenvertrag	251
d) Fehlen einer Vergütungsvereinbarung	251
2. Abzüge von der vollen Vergütung	252
a) Ersparte Aufwendungen	252
b) Anderweitiger Erwerb	254
3. Die vom Unternehmer verursachte Kündigung	255

Inhaltsverzeichnis	13
4. Vertragliche Regelung des Vergütungsanspruches	255
a) Gewährung des vollen Vergütungsanspruches	256
b) Ausschluß jeglichen Vergütungsanspruches	256
c) Pauschalierung und Begrenzung der Vergütung	256
III. Der Vergütungsanspruch im Fall des § 645 BGB	257
1. Das Entstehen des Anspruches	257
2. Der Umfang des Anspruches	259
IV. Vertragsbeendigung durch Vertragsaufhebung	260
§ 15 Zusammenfassung	262
Literaturverzeichnis	267

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz vom 28.4.1961
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BaupreisVO	Verordnung PR Nr. 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen (Baupreisverordnung) vom 6.3.1972
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
bes.	besondere/r/s
Betr.	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt, Blätter
BIGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte vom 26.7.1957
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BT-Prot.	Verhandlungen des Deutschen Bundestages – Stenographische Berichte
bürgerl.	bürgerliches
BundesbankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank vom 26.7.1957
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.	der, des
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18.8.1896
Einf.	Einführung
etc.	et cetera
f.	folgende, für
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
ggf.	gegebenenfalls
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung vom 9.5.1975
Hans. OLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897
h.M.	herrschende Meinung
HOAI	Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und der Ingenieure (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) vom 17.9.1976
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
IHK	Industrie- und Handelskammer
i.H.v.	in Höhe von
insb.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter

Jh.	Jahrhundert
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KostO	Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) in der Fassung vom 26.7.1957
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring und anderen
m. abl. Anm.	mit ablehnender Anmerkung
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m. krit. Anm.	mit kritischer Anmerkung
Mot.	Motive zum BGB
Mrd.	Milliarde/n
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MwSt.	Mehrwertsteuer
m.z.N.	mit zahlreichen Nachweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmender Anmerkung
Nachw.	Nachweis
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung vom 2.1.1975
PAngV	Verordnung zur Regelung der Preisangaben (Preisangabenverordnung) vom 14.3.1985
Prot.	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Satz, Seite
SchwArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 30.3.1957
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
sog.	sogenannte/r/s
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch
Std.	Stunde
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung vom 2.1.1975
StuW	Steuer und Wirtschaft

SZ	Süddeutsche Zeitung
u.	und
u.a.	und andere, unter anderem
Urt.	Urteil
UStDB	Umsatzsteuer-Durchführungsbestimmungen
UStG	Umsatzsteuergesetz in der Fassung vom 26.11.1979
UStR	Umsatzsteuer-Rundschau
u.U.	unter Umständen
v.	von, vom
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VOB/B	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960
WährG	Erstes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsgesetz) vom 20.6.1948
Warn.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer
WiGBL	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.	zu, zur, zum
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZGB	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19.6.1975
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.Z.	zur Zeit

§ 1 Einleitung

I. Die gegenwärtige Gesetzeslage

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, die den Werkvertrag normieren, §§ 631—651 BGB, haben das Bild eines Leistungsaustausches zur Grundlage, wie es bei der Verabschiedung des Gesetzes vor nunmehr genau 90 Jahren der Rechts- und Vertragswirklichkeit entsprach. Es ist bestimmt durch den Zuschnitt auf kleinere Werkleistungen, insbesondere handwerklicher Prägung¹.

Die gesetzliche Regelung erschöpft sich in wenigen, für alle Arten von Werkleistungen gültigen Normen und vermeidet es, ins Detail zu gehen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die dem Unternehmer als Gegenleistung für die Herstellung des versprochenen Werkes zustehende Vergütung. Während die VOB² etwa in § 5 VOB/A und § 2 VOB/B ausführliche Bestimmungen über einzelne Arten der Vergütungsvereinbarung und die Berechnung der Vergütung enthält³, sind dem BGB derartige Regelungen fremd. Vielmehr beschränkt es sich im wesentlichen darauf, dem Besteller die Vergütungspflicht aufzuerlegen, § 631 Abs. 1 BGB, die Fiktion einer stillschweigenden Vergütungsvereinbarung aufzustellen, § 632 Abs. 1 BGB, die Höhe dieser Vergütung bei fehlender Parteivereinbarung von einer eventuellen Taxe oder der Üblichkeit abhängig zu machen, § 632 Abs. 2 BGB, die Fälligkeit der Vergütung, § 641 Abs. 1 BGB, und den Anspruch auf Fälligkeitszinsen, § 641 Abs. 2 BGB, zu regeln. Schließlich behandelt es den Vergütungsanspruch bei Vertragskündigung durch den Besteller, § 649 S. 2 BGB, und beim Untergang des Werkes vor Abnahme bzw. beim Unterlassen von Mitwirkungshandlungen durch den Besteller, § 645 Abs. 1 BGB.

In der Rechtspraxis gängige und geradezu selbstverständliche Erscheinungen, wie etwa die dem Besteller durch den Unternehmer erteilte Rechnung, werden vom BGB mit keinem Wort erwähnt.

¹ Vgl. Nicklisch, JZ 1984, 757, 759; ders., NJW 1985, 2361, 2362.

² Verdingungsordnung für Bauleistungen i.d.F. v. 25.10.1979, BAnz. Nr. 208, S. 4.

³ Vergütungsregelungen finden sich ferner in §§ 15, 20 Ziff. 2 VOB/A, §§ 8 Ziff. 1 Abs. 2, 9 Ziff. 3, 14—16 VOB/B.

II. Ursachen und Folgen unzureichender Regelungsdichte

Aus dieser Gesetzeslage folgt zwangsläufig, daß sich der überwiegende Teil der im Rechtsleben anfallenden Vergütungsprobleme nicht durch einfache Subsumtion des festgestellten Sachverhaltes unter den gesetzlichen Obersatz lösen läßt. Dies hat dazu geführt, daß sich die Praxis mit einer kaum überschaubaren Zahl Allgemeiner Geschäftsbedingungen über die bestehenden „Lücken“ hinwegzuhelfen sucht⁴. Neben der Tatsache, daß die vergütungsrechtlichen Regelungen des BGB von Anfang an knapp konzipiert waren, ist die vorgefundene Situation vor allem auf die Tätigkeit des Gesetzgebers in anderen Rechtsbereichen, insbesondere aber auf eine Veränderung der rechtstatsächlichen Gegebenheiten zurückzuführen.

1. Einflüsse rechtlichen Wandels

Nimmt der Gesetzgeber an einer Stelle des Gesamtrechtssystemes Änderungen vor, kann dies in aller Regel nicht ohne Auswirkungen auf andere Rechtsbereiche bleiben. So können namentlich Änderungen des Steuerrechts vergütungsrechtliche Fragestellungen aufwerfen, die der BGB-Gesetzgeber notwendigerweise nicht im Auge haben konnte. Gleiches gilt aber auch für Wandlungen der allgemeinen Rechtsauffassung oder Änderungen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Zwei vergleichsweise bekannte, weil schon ältere Beispiele seien herausgegriffen:

a) Änderungen der Gesetzeslage

Bis zum Jahr 1967 war durch § 10 Abs. 1 S. 1 des Umsatzsteuergesetzes von 1951 klaggestellt, daß der Steuerschuldner, beim Werkvertrag also der Werkunternehmer, nicht berechtigt war, neben dem vereinbarten Entgelt ganz oder teilweise die Umsatzsteuer anzufordern. Eine Vereinbarung der Parteien, wonach der Besteller die Umsatzsteuer tragen sollte, war nach § 10 Abs. 2 UStG 1951 nichtig. Am 1.1.1968 trat das UStG 1967⁵ in Kraft. Dessen § 10 Abs. 1 S. 2 definiert das Entgelt als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer wie folgt:

„Entgelt ist alles, was der Empfänger einer Lieferung oder sonstigen Leistung (Leistungsempfänger) aufwendet, um die Leistung zu erhalten, jedoch abzüglich der Umsatzsteuer.“

Eine dem früheren § 10 Abs. 2 UStG entsprechende Vorschrift fehlte in der Neuregelung. Hierdurch erhob sich die Frage, ob der Unternehmer nunmehr berechtigt sei, die Umsatzsteuer zusätzlich zur vereinbarten Vergütung zu verlangen, ob es hierfür einer besonderen Parteivereinbarung bedürfe, oder ob

⁴ Vgl. die Zusammenstellung bei Weyers, Gutachten, S. 1115, 1201 ff.

⁵ BGBl. I, S. 545.

von dem vereinbarten oder gem. § 632 Abs. 2 BGB geschuldeten Werklohn die Umsatzsteuer mit umfaßt sei⁶.

b) Änderungen der Rechtsprechung

Nach jahrzehntelanger Diskussion hatte sich in den fünfziger Jahren die Auffassung Bahn gebrochen, daß der Architektenvertrag in aller Regel dem Recht des Werkvertrages zu unterstellen sei. Durch eine Grundsatzentscheidung des BGH⁷ vom 26.11.1959, die durch eine sich festigende Rechtsprechung bestätigt wurde⁸ und in der Literatur⁹ auf breite Zustimmung gestoßen ist, wurde hier ein Schlußpunkt gesetzt. Der Vergütungsanspruch wurde der regelmäßigen, d.h. dreißigjährigen Verjährung, § 195 BGB, unterworfen¹⁰.

Als der BGH¹¹ im Jahr 1972 überraschend seine Auffassung dahingehend änderte, daß die Leistung des Architekten als „Leistung von Diensten“ i.S.d. § 196 Abs. 1 Ziff. 7 BGB einzuordnen sei, und sein Vergütungsanspruch daher in zwei Jahren verjähre, gingen einem ganzen Berufsstand Forderungen in Millionenhöhe verloren. Alle Bemühungen, den Architekten zu helfen, die im guten Glauben an die dreißigjährige Frist ihre Forderungen bis auf weiteres hatten offen stehen lassen¹², scheiterten daran, daß sich der BGH¹³ kategorisch weigerte, Übergangsregelungen zuzulassen.

2. Einflüsse rechtstatsächlichen Wandels

Hatten die Väter des BGB vergleichsweise kurzfristig und mit geringem Aufwand zu erbringende Werkleistungen wie die Anfertigung eines Maßanzuges oder die Reparatur einer defekten Wasserleitung als Regelfall, daneben wohl aber auch schon die Errichtung eines Hauses vor Augen, so hat sich das Spektrum zwischenzeitlich beträchtlich erweitert und das Schwergewicht sich verschoben¹⁴. Folge hiervon war etwa die Ausgliederung des Rechts des Reisevertrages¹⁵ aus dem allgemeinen Werkvertragsrecht im Jahr 1979. Völlig neue Ver-

⁶ Vgl. hierzu ausführlich unten § 10.

⁷ BGHZ 31, 224 = NJW 1960, 431.

⁸ Vgl. etwa BGHZ 32, 206 = NJW 1960, 1198; BGH NJW 1962, 1499; 1964, 647; BGHZ 43, 227 = NJW 1965, 1175.

⁹ Vgl. statt aller Palandt/Thomas, Einf. vor § 631 Anm. 5.

¹⁰ BGHZ 45, 223, 227 ff. = NJW 1966, 1452, 1453 f.

¹¹ BGHZ 59, 163, 165 f. = NJW 1972, 1799, 1800 = BB 1972, 1072, 1073.

¹² Vgl. Ganten, NJW 1973, 1165; Jagenburg, NJW 1973, 1721, 1728; Schneider, MDR 1973, 305.

¹³ BGHZ 60, 98, 101 = MDR 1973, 305.

¹⁴ Vgl. die Zusammenstellungen bei MüKo-Soergel, § 631 Rdnm. 49 ff.; Erman/Seiler, Rdnr. 34 vor § 631; Weyers, Gutachten, S. 1115, 1196 ff.

¹⁵ §§ 651 a—k BGB.