

Hans-W. Micklitz, wiss. Referent am Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Bremen

## Reform des Werkvertragsrechts?

### Eine Kritik der Gutachten von Weyers und Teichmann

*In ihren Reformvorschlägen zum Werkvertragsrecht beschränken sich Weyers und Teichmann darauf, Korrekturen am dogmatischen Gebäude vorzunehmen, ohne in den Kernbestand des Werkvertrages einzugreifen. Die nachfolgende Kritik richtet sich nicht gegen diese Zurückhaltung der Gutachter, sondern gegen die weitgehende Vernachlässigung der Rechtswirklichkeit. Erst deren Einbeziehung eröffnet Perspektiven für eine Reform, die diesen Namen auch verdient.*

#### I. Vorbemerkung

Die Abteilung Zivilrecht des 55. Deutschen Juristentages 1984 in Hamburg hat sich mit der Frage zu befassen, ob eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts empfehlenswert ist. Das Rechtsgutachten wurde von Teichmann<sup>1</sup> erstellt. Drei Jahre nach Weyers<sup>2</sup> Beitrag zu dem noch von der sozialliberalen Regierung initiierten Anstoß zur Schuldrechtsüberarbeitung steht das Werkvertragsrecht erneut auf der rechtspolitischen Tagesordnung. Diese Ausgangslage erleichtert eine kritische Würdigung der von Teichmann und Weyers entwickelten Reformkonzeptionen in zweierlei Hinsicht: selten ist das Werkvertragsrecht innerhalb so kurzer Zeit umfassend rechtssystematisch durchgearbeitet worden; gleichzeitig liefert die Kontroverse um die Reform des Schuldrechts<sup>3</sup> den Bezugspunkt für eine Einschätzung der Perspektiven von Weyers und Teichmann. Diese Reform, aus der inzwischen eine Überarbeitung geworden ist, wird auf zwei Ebenen problematisiert: *rechtstheoretisch* geht es um die Determinanten der Zivilrechtsentwicklung im 20. Jahrhundert<sup>4</sup> und um die Chancen der Integration des sozialen Modernisierungsprozesses in das geschlossene Regelwerk des BGB, *rechtspraktisch* um die Folgerungen, die für eine moderne Konzeption des Schuldrechts aus der theoretischen Analyse der Zivilrechtsentwicklung zu ziehen sind. Als theoretisch abgeleitete, sich rechtspraktisch durchsetzende strukturierende Prinzipien der sozialen Zivilrechtsentwicklung werden genannt<sup>5</sup>:

- die Bewältigung drängender sozialer Probleme durch Sonder- bzw. Schutzgesetze;
- der Funktionszuwachs der Justiz durch Ausdehnung von Generalklauseln, *de lege lata* und *de lege ferenda*;
- der organisierte Einfluß von Verbänden auf den Rechts(fort)bildungsprozeß.

Auf die „notwendige oder entbehrliche“<sup>6</sup> Reform des Werkvertrages bezogen, öffnet die Diskussion um die Gesamtreform des Schuldrechts den Blick für die Kriterien, an

1) Teichmann, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts, Gutachten A für den 55. Deutschen Juristentag, 1984.

2) Weyers, Welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Werkvertragsrecht im Hinblick auf die technischen, wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts 1981, Bd. II, S. 1115 ff.

3) Die Zivilrechtslehrervereinigung hat sich bereits zweimal mit der Problematik befaßt: im September 1981 in Bamberg, vgl. AcP 182 (1982), 60 ff., und im Januar 1983 in Stuttgart, vgl. AcP 183 (1983), 329 ff.

4) Vgl. hierzu Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953; ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974; Esser-Schmidt, SchuldR, Bd. 1, 6. Aufl. (1984), S. 1 ff.

5) Brüggemeier, KritJ 1983, 388, 389.

6) So der Titel des Beitrages von Köhler, NJW 1984, 1841.

denen die Konzeptionen von *Weyers* und *Teichmann* zu messen sind: der Auseinandersetzung mit den strukturierenden Prinzipien der Entwicklung des Werkvertragsrechts. Jenseits eines *theoretischen* Einstiegs in die Diskussion um ein Sonderprivatrecht<sup>7</sup>, die Konsequenzen einer Justiz als Quasi-Gesetzgeber oder den Stellenwert neokorporatistischen Gedankenguts im Zivilrecht geht es im vorliegenden Beitrag *rechtspraktisch* um den Nachweis, daß die benannten strukturierenden Prinzipien in der Rechtswirklichkeit des Werkvertrages ihren Niederschlag gefunden haben.

Nicht beabsichtigt ist eine Auseinandersetzung mit den beiden Reformkonzeptionen im Stile *Köhlers*<sup>8</sup>, der *Weyers'* Vorschläge für die Neugestaltung des Werkvertragsrechts Punkt für Punkt auf ihre dogmatische Konsistenz hinterfragt. Die Präsentation der Leitlinien der Reformkonzeption von *Weyers* und *Teichmann* (II) dient als Einstieg für deren Konfrontation mit der sozialen und rechtlichen Wirklichkeit des Werkvertrages (III). Aus der Kritik an den Gutachten heraus sollen die Fragen formuliert werden, die eine soziale Reform des Werkvertrages beantworten muß (IV).

## II. Die Reformkonzeptionen von *Weyers* und *Teichmann*

Als wesentliches Ergebnis läßt sich festhalten: das Werkvertragsrecht soll im Kern unverändert bleiben. Angestrebt wird eine Überarbeitung zur Beseitigung dogmatischer Ungereimtheiten, die von der Rechtsprechung aufgedeckt wurden oder die latent bereits in der Kodifikation angelegt waren. Diese Einschätzung erfreut sich eines breiten Konsenses innerhalb der Rechtswissenschaft, und zwar unabhängig von der politischen Einstellung zu der Reformperspektive des Schuldrechts<sup>9</sup> und ebenso unabhängig von den methodischen Implikationen, aus denen die Zurückhaltung abgeleitet wird. Während *Weyers*<sup>10</sup> Verzicht auf einer Analyse von Urteilen und einer Durchsicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruht, gelangt *Teichmann*<sup>11</sup> zu einem ähnlichen Ergebnis unter ausdrücklicher Beschränkung auf eine rechtssystematische Analyse der werkvertraglichen Regeln. Der Verfasser<sup>12</sup> teilt diesen Wissenschaftskonsens.

### 1. Absage an Sonder- bzw. Schutzgesetzgebung im Werkvertragsrecht

In der Rechtswirklichkeit hat sich eine nie bestrittene Vielzahl von Vertragstypen herausgebildet<sup>13</sup>, deren Ausgestaltung die Offenheit des Werkvertragsrechts gerade herausfordert<sup>14</sup>: sollen diese Vertragstypen in einem „besonderen Werkvertragsrecht“ kodifiziert werden? Damit zusammenhängend stellt sich die Frage der Aufnahme eines gesonderten Sozialschutzes in das Werkvertragsrecht. Schließlich geht es um die Integration existierender Sondergesetzgebung (Reisevertrag, AGB-Gesetz) in das bestehende System. Das Ergebnis der Gutachter lautet: Nein zum Besonderen Werkvertragsrecht; jedenfalls im Ergebnis Nein zum Sozialschutz im Werkvertragsrecht; ein positives Votum findet sich dagegen zur Integration des Reiserechts in die Regeln der §§ 631 ff. BGB.

*Weyers*<sup>15</sup> betont nach einer systematischen Durchsicht von rund 50 beim Bundeskartellamt angemeldeten Konditionenempfehlungen die ermüdende Gleichförmigkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz eines breiten Spektrums von Leistungsgegenständen, die ihn veranlassen, frühzeitig von der Idee einer gesonderten Kodifikation einzelner Typen Abstand zu nehmen. Da *Teichmann* seine Analyse auf die innere Systematik des Werkvertragsrechts in Abgrenzung zu anderen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts beschränkt, kann sich für ihn die Frage der Ausdifferenzierung unterschiedlicher werkvertraglicher Typen nur insofern stellen, als es um die Einordnung des in Rede stehenden Vertrages in die Typen des Besonderen Schuldrechts geht<sup>16</sup>.

Beide Gutachter haben ihre Schwierigkeiten im Umgang mit einem notwendigen oder wünschenswerten Sozialschutz des Bestellers. Es fehlt eine offene Auseinandersetzung mit der Frage, ob die geltenden Regeln des Werkvertrages um einen Verbraucher-Werkvertrag ergänzt werden sollen, in dem der Sozialschutz des Bestellers konsistent verankert werden kann. So bezieht *Weyer*<sup>17</sup> die niederländischen, norwegischen und vor allem schwedischen Reformanstren-

gungen zur Entwicklung eines Verbraucher-Dienst-Werkvertragsrechts ein, jedoch nur punktuell und nicht in Form einer Gegenüberstellung des BGB-Konzepts mit den ausländischen Verbraucherschutz-Modellen. Bei *Teichmann* fehlen rechtsvergleichende Überlegungen völlig. Gemeinsam ist beiden die lediglich mittelbare Beschäftigung mit der Notwendigkeit eines gesondert zu kodifizierenden Sozialschutzes im Rahmen der Auseinandersetzung um die Integration der sondergesetzlichen Bestimmungen des AGB-Gesetzes, die das Werkvertragsrecht tangieren, und des Reiserechts<sup>18</sup>. Dessen sondergesetzlicher Charakter wurde zwar durch Aufnahme in das BGB formal beseitigt, dem auf Verbraucher begrenzten Schutzzweck hat die Kodifikation im BGB jedoch keinen Abbruch getan. Ohne dies auszusprechen, wird das im AGB-Gesetz und dem Reiserecht verwirklichte Maß an Sozialschutz als die Grenze des Erreichbaren akzeptiert. Folgerichtig konzentrieren sich die Anstrengungen darauf, das Reiserecht<sup>19</sup> und die einschlägigen Bestimmungen des AGB-Gesetzes<sup>20</sup> mit dem Werkvertragsrecht zu kompatibilisieren.

### 2. Ziel der Reformkonzeptionen: Dogmatische Korrekturen am geltenden Werkvertragsrecht

Eine partielle Reform des Werkvertrages halten weder *Weyers* noch *Teichmann* für erstrebenswert. Als Minimalvoraussetzungen für eine Schuldrechtsreform haben sich in etwa die Teilfragen herausgeschält, die von der zu Beginn des Jahres 1984 eingesetzten Kommission in nächster Zeit bearbeitet werden<sup>21</sup>. Hiernach ist insbesondere die Einteilung der Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts in Dienst-, Werk- und Kaufvertrag zu überdenken. Dienstleistungs- und Werkvertragsrecht müssen aufeinander abgestimmt werden, weil „der Werkvertrag im sozialen Leitbild mit dem selbständigen Dienstvertrag in Konkurrenz (tritt)“<sup>22</sup>. *Teichmanns* Vorschlag steht im Raum, über die einheitliche Rechtsfigur des Dienstleistungsvertrages nachzudenken. *Weyers*<sup>23</sup> will die formaljuristische Unterscheidung, die an den Charakter der geschuldeten Leistung anknüpft, aufrechterhalten, hält aber eine Angleichung peripherer Regeln für möglich. Relative Einigkeit

7) Dazu *Lieb*, AcP 183 (1983), 348 ff. Grundfragen einer Schuldrechtsreform; *Joerges*, AG 1983, 57 ff. – Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts; zur konzeptionellen Grundlegung einer Verbraucherschutztheorie *Reich*, Markt und Recht, 1977, S. 179 ff.

8) NJW 1984, 1841.

9) *Brüggemeier*, KriTj 1983, 394, der allerdings auf das Werkvertragsrecht bezogen eine Aufspaltung in Allgemeines und Besonderes Werkvertragsrecht für möglich hält.

10) (O. FuBn. 2), S. 1127 ff.

11) (O. FuBn. 1), A 9.

12) *Micklitz*, Der Reparaturvertrag 1984; *ders.*, Werklohn und Preistransparenz im Reparaturhandwerk, unveröff., im Rahmen des vom Bundesjustizministerium und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften geförderten Forschungsprojektes „Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung“ erstelltes Gutachten (der Verfasser hat den Themenbereich „Handwerk“ verantwortlich betreut).

13) Vgl. die Auflistung bei *Weyers* (o. FuBn. 2), Anhang 2 S. 1196 ff.

14) *Huhn*, in: Vahlens Rechtsbücher, Reihe ZivilR, Bd. 3, 1977, § 1, S. 101.

15) (O. FuBn. 2), S. 1125.

16) Dieser Ansatz wird aus der Gliederung ersichtlich (o. FuBn. 1), A 5, die sich am Aufbau des besonderen Schuldrechts orientiert A II-V.

17) *Weyers* (o. FuBn. 2), S. 1131 ff.

18) Siehe dazu das Gutachten von *Westermann* Verbraucherschutz – Empfiehlt sich bei der Aufnahme bisher entwickelter Verbraucherschutzvorschriften (z. B. Abzahlungsgesetz, AGB-Gesetz, Fernunterrichtsschutzgesetz) in das Bürgerliche Gesetzbuch eine einheitliche Abgrenzung ihrer Anwendung? Welche Normen, die jetzt die Rechtsstellung bestimmter Personen betreffen, enthalten allgemeingültige Regeln, die verallgemeinert werden können? Können Regelungen in der Europäischen Gemeinschaft oder in Nachbarstaaten als Vorbild dienen?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1983, Bd. III, S. 1 ff.

19) *Weyers* (o. FuBn. 2), S. 1183, 1184; *Teichmann* (o. FuBn. 1), A 104.

20) (O. FuBn. 2), siehe in der synoptischen Gegenüberstellung des BGB und des Gesetzentwurfs S. 1185 ff. die §§ 632 I, II 3, 633 VI 2, 634 VI, 649 II 3, V; *Teichmann* (o. FuBn. 1), A 106.

21) Zu deren Auftrag *Engelhard*, NJW 1984, 1201 ff.; einschränkend *Köhler*, NJW 1984, 1841, der nur die Verjährung für reformbedürftig hält.

22) (O. FuBn. 1), A 108.

23) (O. FuBn. 2), S. 1139, 1140.

besteht in bezug auf eine Angleichung kauf- und werkvertraglicher Regelungen dort, wo der Funktion nach keine Unterschiede in den Rechtsfolgen plausibel erscheinen<sup>24</sup>: nämlich im Gewährleistungsrecht. Dort geht es um die Aufnahme eines Nachbesserungsanspruchs in das Kaufrecht sowie die Haftung auf Schadensersatz wegen zugesicherter Eigenschaft im Werkvertragsrecht, wie sie von der Rechtsprechung<sup>25</sup> über die Garantiehaftung seit langem praktiziert wird. Über derartige Formalia hinaus widmen die Gutachter der zukünftigen Konzeption der Gewährleistungsrechte besondere Aufmerksamkeit. Im großen Rahmen der Schuldrechtsüberarbeitung geht es um die Frage, ob nicht das mißglückte Verhältnis des Rechts der Leistungsstörungen zum Gewährleistungsrecht einer Neubearbeitung bedarf. Viel Anerkennung hat Hubers<sup>26</sup> Vorschlag gefunden, sich dabei am einheitlichen Kaufgesetz zu orientieren. Wegen der Bedeutung seien die entscheidenden Positionen knapp skizziert:

*Teichmann* und *Weyers* sprechen sich dafür aus, die Pflicht des Werkunternehmers zur mangelfreien Herstellung des Werkes im Gesetz als Erfüllungsanspruch zu verankern<sup>27</sup>. Aufbauend auf *Huber* unterscheidet *Teichmann*<sup>28</sup> zwischen der Erfüllungsphase und der Haftungsphase, der die jeweiligen Rechtsbehelfe zugeordnet werden. Zur Erfüllung gehören neben dem Anspruch auf Neuherstellung, der Anspruch auf Nachbesserung einschließlich der Selbsthilfe für den Besteller auf Kosten des Unternehmers. Der Gedanke des § 651 c III BGB wird insoweit verallgemeinert<sup>29</sup>. In die Haftungsphase fallen die Ansprüche auf Wandlung, Minderung und der Schadensersatz. Anders als im geltenden Werkvertragsrecht soll die Abnahme nicht mehr die Scheidewand zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungs-(Haftungs)ansprüchen bilden. Der Anspruch auf Neuherstellung bleibt auch nach vorangegangener Abnahme möglich<sup>30</sup>. Über die Wahl zwischen Neuherstellung und Nachbesserung entscheidet der Unternehmer, es sei denn die getroffene Wahl ist für den Besteller unzumutbar<sup>31</sup>. Wie der Übergang von der Erfüllungs- in die Haftungsphase zukünftig aussehen soll, ist offen. *Weyers*<sup>32</sup> will die Fristenregelung des § 634 I 2 beibehalten; *Teichmann*<sup>33</sup> plädiert dafür, Erfüllungsansprüche auszuschließen, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, der Unternehmer sie endgültig verweigert oder er die Frist hat verstreichen lassen. Entgegen *Weyers* will *Teichmann*<sup>34</sup> die Ausübung des Rücktrittsrechts aus Billigkeitserwägungen vom Vorliegen eines erheblichen Mangels abhängig machen. Schadensersatzansprüche soll der Besteller hingegen grundsätzlich neben der Minderung und der Wandlung geltend machen können<sup>35</sup>; nach *Teichmann*<sup>36</sup> neben der Minderung nur, wenn der Besteller durch das Behalten der mangelhaften Sache eine Einbuße seines Vermögens erleidet bzw. neben der Wandelung, sofern dem Besteller wegen des erheblichen Mangels ein Rücktrittsrecht überhaupt zusteht. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden sollen durch eine Umformulierung des § 635 BGB beseitigt werden, der alle Schadensfolgen umfaßt<sup>37</sup>. Der Interessenausgleich ist dann über eine Neugestaltung der Verjährungsregeln zu erreichen. *Weyers*<sup>38</sup> übernimmt im wesentlichen die Regelung von *Peters-Zimmermann*, während *Teichmann*<sup>39</sup> sich für feste Fristen ab Gefährübergang einheitlich für Kauf-, Dienstleistungs- und Werkverträge ausspricht. Breiten Raum wird in der Reformdiskussion die Neugestaltung der Abnahme einnehmen. *Weyers*<sup>40</sup> will die Abnahme von der Billigungsfunktion – Anerkennung der Leistung als vertragsgemäße Erfüllung – entlasten und der Übergabe nach § 433 BGB angleichen. Dagegen haben sich *Teichmann*<sup>41</sup> und *dezidiert Jakobs*<sup>42</sup> ausgesprochen. *Teichmann* und *Weyers* wollen aus unterschiedlichen Motiven die Möglichkeit einer Parteivereinbarung<sup>43</sup> über die Abnahme insgesamt (*Teichmann*) bzw. die Billigung (*Weyers*) vorsehen. Abweichend vom geltenden Recht besteht Einigkeit darüber, dem Besteller die Rechtsbehelfe bereits dann zu versagen, wenn er den Mangel bei Abnahme i. S. des § 640 bzw. bei Übergabe i. S. des § 433 BGB hätte erkennen können (offensichtliche Mängel)<sup>44</sup>. Anders als *Weyers* will *Teichmann* mit der Neufassung keine Rügepflicht des Bestellers begründen<sup>45</sup>. Einhellig befürworten *Teichmann* und *Weyers* eine Einschränkung des Kündigungsrechts des § 649 BGB bei Pilot- und Entwicklungsprojekten<sup>46</sup> bzw. die Ausdehnung des Werkunternehmerpfandrechts auf bestellerfremde Sachen<sup>47</sup>. Der Überblick sollte genügen, um zu illustrieren, welche Reichweite die vorgeschlagenen Korrekturen am Werkvertragsrecht haben.

### 3. Stellenwert der Reformkonzepte im Kontext der strukturierenden Prinzipien des Werkvertragsrechts

Es ist nicht auszuschließen, daß die Diskussion auf dem Deutschen Juristentag sich wesentlich um die Vor- bzw. Nachteile dieser oder jener dogmatischen Korrektur für das System des Werkvertragsrechts bzw. des Schuldrechts insgesamt dreht. Wenn demgegenüber die Reformkonzepte von *Weyers* und *Teichmann* mit den strukturierenden Prinzipien des Werkvertragsrechts konfrontiert werden, so dient dieses Vorgehen dem Ziel, nach der Reform in den Reform-Vorschlägen zu fragen. Beide Gutachter nehmen inzidenter zu den Möglichkeiten und Grenzen Stellung, die dem Gesetzgeber zur Bewältigung des Modernisierungsprozesses verbleiben. Aus ihnen spricht eine erhebliche Skepsis, die mit dem Schlagwort von der Überforderung des Gesetzgebers zutreffend wiedergegeben sein dürfte. Wenn jedoch dem Gesetzgeber die Chance bestritten wird, den notwendigen Modernisierungsprozeß zu bewältigen, so bleibt zu klären, welche Rück-, Aus- und Wechselwirkungen sich zwischen einer rechtssystematisch ausgerichteten Reform des Werkvertrages und jenen strukturierenden Prinzipien ergeben, deren Ausbildung als Antwort auf die drängende soziale Herausforderung des Zivilrechts zu verstehen sind.

Die Absage an die Integration des Besteller-Verbraucherschutzes in das Werkvertragsrecht hat Konsequenzen nicht nur für die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Justiz, sondern auch für die Rechtswissenschaft selbst. Denn es ist wenig befriedigend, wenn die Klärung des Verhältnisses von Werkvertragsrecht und Verbraucherschutz offenbleibt. Dem naheliegenden Einwand, daß das Werkvertragsrecht nicht der rechte Ort sei, um eine Grundsatzdebatte zu führen, ist die Beobachtung einer gewissen Erleichterung entgegenzuhalten, die Problematik von sich schieben zu können. Die Justiz indessen muß sich den sozialen Konflikten stellen und auch ohne gesetzliche oder rechtswissenschaftlich vorbereitete Grundlage ihre Entscheidungen fällen.

Tatsächlich bestärken beide Gutachter mit ihrer Zurückhaltung die Justiz in ihrer Funktion als Quasi-Gesetzgeber zur Rechtsfortbildung des Sozialrechtes. Soweit „nur“ die gefestigte Rechtsprechung nachkodifiziert werden soll, wird die

24) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1141, 1142 und *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 34, A 108.

25) Nachweise bei *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1143 Fußn. 49.

26) Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? in: Gutachten und Vorschläge (o. Fußn. 2), Bd. I, S. 647 ff.

27) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1160; *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 53.

28) (O. Fußn. 1), A 53.

29) Zustimmung *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1183.

30) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1161; *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 53; ablehnend *Köhler*, NJW 1984, 1841 unter V 2b.

31) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1162; *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 58.

32) (O. Fußn. 2), S. 1187.

33) (O. Fußn. 1), A 61.

34) (O. Fußn. 1), A 63.

35) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1165; *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 66.

36) *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 66, 67.

37) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1165; *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 68.

38) (O. Fußn. 2), S. 1171.

39) (O. Fußn. 1), A 74, 110.

40) (O. Fußn. 2), S. 1151.

41) (O. Fußn. 1), A 70, 71.

42) AcP 183 (1983), 145 ff. – Die Abnahme beim Werkvertrag; kritisch auch *Köhler*, NJW 1984, 1841 unter III 1.

43) *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 72; *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1151.

44) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1175; *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 73.

45) *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 73, 74 in bezug auf Werkverträge ohne Abnahmemöglichkeit.

46) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1135, 1136; *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 98.

47) *Weyers* (o. Fußn. 2), S. 1179; *Teichmann* (o. Fußn. 1), A 93.

Funktion der Justiz nicht nachhaltig berührt. Welche Auswirkungen indessen mit der Neugestaltung unter Parallelisierung des gesamten Gewährleistungs- und Leistungsstörungenrechts im besonderen Schuldrecht verbunden sein können, läßt sich schwer vorhersagen. Mit aller Vorsicht sei die These gewagt, daß eine Umsetzung von *Hubers* Gutachten im Kauf-, Dienst- und Werkvertragsrecht auf eine Erhöhung des Spielraums der Justiz hinauslaufen kann. Denn ein solches einheitliches Gewährleistungs- und Leistungsstörungenrecht müßte, um allen Vertragstypen gerecht zu werden, abstrakter und genereller sein als der jetzige Rechtszustand<sup>48</sup>.

Was schließlich die Linie der Werkvertragsentwicklung, den Einfluß von Verbänden auf den Rechts(fort)bildungsprozeß angeht, so bleibt nur auf die Abschottung des Werkvertragsrechts in den Gutachten über den sich aus dem Zusammenspiel von Kartellrecht und AGB-Gesetz real entwickelnden Strukturen der Vertragsgestaltung hinzuweisen<sup>49</sup>. Deren Vernachlässigung fördert die Aufspaltung in eine BGB- und eine AGB-Rechtswissenschaft mit ideologisch überhöhten Wertigkeiten.

### III. Vernachlässigung sozialer und rechtlicher Wirklichkeit in den Gutachten von *Weyers* und *Teichmann*

Wie sieht nun die soziale und rechtliche Wirklichkeit aus, in die das Werkvertragsrecht eingebettet ist? Es versteht sich von selbst, daß es im Rahmen dieses Beitrages nicht möglich ist, die soziale und rechtliche Wirklichkeit des Werkvertrages darzustellen<sup>50</sup>. Am deutlichsten wird die begrenzte Perspektive der Gutachter an der Nichtberücksichtigung von Konditionenempfehlungen, die faktisch die Wirklichkeit des Werkvertrages bestimmen und rechtlich einem doppelten Kontrollzugriff im Wege der administrativen Kontrolle durch das Bundeskartellamt und der juristischen Kontrolle mittels des Verbandsklageverfahrens unterliegen.

*Teichmann*<sup>51</sup> baut einer möglichen Kritik vor, indem er seinem Gutachten den Gedanken zugrunde legt, „daß nur ein System erlaubt, Fortbildungen einzugliedern und Antworten auch auf Fragen zu geben, die derzeit noch nicht gestellt werden“. Dieser Aussage ist zuzustimmen, nur läßt sich damit nicht der Verzicht auf die Berücksichtigung der Rechtswirklichkeit legitimieren. Differenzierter ist *Weyers*<sup>52</sup> vorgegangen, der seine Reformvorschläge auf eine Analyse von ca. 300 in NJW-Fundheften verzeichneten Entscheidungen zum Werkvertragsrecht und eine Durchsicht von ca. 50 beim Bundeskartellamt angemeldeten Konditionenempfehlungen<sup>53</sup> stützt. *Weyers* trägt indessen weder der Genese der Konditionenempfehlungen noch den Kontrollinstrumenten und deren Handhabung im GWB und AGB-Gesetz Rechnung, sondern konzentriert sich gänzlich auf den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit den Regeln des Werkvertrages. Diese Vorgehensweise führt zu einer differenzierteren Sichtweise der Problemfelder als bei *Teichmann*, blendet aber gleichwohl die Wechselwirkungen zwischen AGB-Gesetz/GWB und BGB aus der Betrachtung aus.

#### 1. Falsche Antworten auf falsche oder vernachlässigte Problemfelder des Werkvertrages

*Weyers*<sup>54</sup> ist aufgrund der Analyse von 300 Entscheidungen aus dem Werkvertrag zu folgender Einschätzung gelangt: „Von der juristischen Problematik her hat sich fast ein Viertel der Urteile mit fehlender Konkretisierung des vertraglichen Leistungsprogramms, vor allem Nebenpflichten zu befassen . . . Ebensoviele waren durch ungenaue Abreden über die Maßstäbe der Vergütung veranlaßt (*Hervorhebung d. Verf.*)“. Recherchen des *Verfassers* im Bereich des Reparaturhandwerks ebenso wie Aussagen einschlägig betroffener Gewerbezweige belegen den zentralen Stellenwert der Vergütung bzw. der Leistungsbestimmung und Auftragserteilung im Alltag<sup>55</sup>. *Weyers* trägt der Problematik mit einem eigens einzuführenden Paragraphen über die Beratungspflicht des Werkunternehmers Rechnung.

„Ist die Vergütung von dem Aufwand abhängig, den der Unternehmer zur Herstellung des Werkes zu machen hat, so ist er verpflichtet, den Besteller über die Höhe des voraussichtlichen Aufwandes zu beraten, wenn nicht der Besteller die zur Beurteilung erforderliche Sachkunde besitzt.“

Versuche, die Beratungspflicht nach dem Muster ausländischer Gesetzentwürfe zu einem Verbraucher-Dienst-/Werkvertragsrecht weiter zu konkretisieren, lehnt *Weyers*<sup>56</sup> ab. Nach seiner Konzeption erhält der Besteller den exakten Preis für die exakte Leistung nur, wenn er einen Kostenvorschlag einholt. Für diesen kann der Werkunternehmer „... eine Vergütung nur verlangen, wenn dies schriftlich vereinbart wurde“.

Aus diesen Reformvorschlägen läßt sich eine spezifische Sichtweise des Ablaufs von Vertragsverhandlungen ablesen. Sie steht unter der Prämisse latenter, weil der individuellen Werkleistung immanenter Schwierigkeit der Leistungsbestimmung, die sich nur mit erheblichem Aufwand beseitigen läßt, nämlich durch Erstellen eines Kostenvorschlages, für den der Besteller dann aber bezahlen muß. In der Reformdiskussion haben *Weyers'* Vorschläge kaum Anklang gefunden. *Teichmann*<sup>57</sup> bestreitet nicht die Notwendigkeit derartiger Beratungspflichten, aus Gründen der Praktikabilität will er aber auf eine eigenständige Regelung verzichten. *Köhler*<sup>58</sup> geht in seiner Abhandlung von *Weyers'* Reformvorschlägen auf die Problematik der Nebenpflichten überhaupt nicht ein.

Dezidiert lehnen *Köhler* und *Teichmann* aus entgegengesetzten Motiven eine schriftliche Vereinbarung als Voraussetzung für die Berechnung eines kostenpflichtigen Kostenvorschlages ab. *Köhler*<sup>59</sup> weist darauf hin, daß die Kosten eines Kostenvorschlages grundsätzlich zu den Werbungskosten zu zählen seien. Eine entsprechende Bestimmung würde diesem Ziel zuwiderlaufen. *Teichmann*<sup>60</sup> sieht keinen Grund, dem Unternehmer die Berechnung eines kostenpflichtigen Kostenvorschlages durch die Schriftform zu erschweren. Ausschlaggebend soll „trotz auftretender Auslegungsschwierigkeiten“ die Vereinbarung der Parteien sein.

Nur schwer läßt sich mit der Darstellung des Diskussionsstandes die Art und Weise vermitteln, wie eher beiläufig das zentrale Problem des Werkvertrages abgehandelt wird. Hinter den „Auslegungsschwierigkeiten“ verbergen sich handfeste Interessenkonflikte zwischen Besteller und Werkunternehmer<sup>61</sup>, die selbst den BGH schon beschäftigt haben, von den Reformgutachtern aber nicht hinreichend gewürdigt werden. Im Baurecht hat der Werkunternehmer nach Auffassung des BGH<sup>62</sup> kein Recht, eine Vergütung von Vorarbeiten zu verlangen. Umgekehrt gesteht der BGH<sup>63</sup> dem Werkunternehmer im Elektrohandwerk einen Anspruch auf Ersatz der Kosten des Kostenvorschlages zu, sofern die Parteien

48) Dazu noch unten IV 1.

49) *Schirmers*, Konditionenempfehlungen, kartellrechtliche Kontrolle und AGB-Gesetz, 1983; *Hennig*, Betr 1984, 1509 ff.

50) *Weick*, Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, 1977, hat sich dieser Aufgabe für die VOB unterzogen, der *Verf.* (o. Fußn. 12) den Versuch unternommen, den Reparaturvertrag in seiner sozialen und rechtlichen Wirklichkeit darzustellen.

51) (O. Fußn. 1), A 9.

52) (O. Fußn. 2), S. 1127 ff.

53) Auflistung im Anhang 4 (o. Fußn. 2), S. 1201 ff.

54) (O. Fußn. 2), S. 1129 Fußn. 12.

55) (O. Fußn. 12), Der Reparaturvertrag, S. 177 ff., 184 ff., 239 ff.

56) (O. Fußn. 2), S. 1145; detaillierter *Bernitz*, Services and Consumer Protection, The proposed Swedish Consumer Services Act, ZVP 1980, 44 ff.

57) (O. Fußn. 1), A 48.

58) NJW 1984, 1841.

59) (O. Fußn. 6), unter II 1.

60) (O. Fußn. 2), A 83.

61) *Micklitz* (o. Fußn. 12), Der Reparaturvertrag, S. 287 ff.

62) BGH, NJW 1979, 2202 ff.

63) BGH NJW 1982, 765 ff.; diese Entscheidung konnte *Weyers* natürlich noch nicht berücksichtigen.

dies gesondert, d. h. nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vereinbart haben. Die unterschiedlichen Entscheidungen spiegeln die Markt- und Machtstrukturen in den jeweiligen Gewerbezweigen wider. Weick<sup>64</sup> hat herausgearbeitet, daß die starke Stellung des Bestellers von Bauwerken wesentlich auf die Dominanz der öffentlichen Hand als Auftraggeber zurückgeht. Genau umgekehrt befindet sich im Reparaturbereich der Besteller in der schwächeren Position. Anders wäre kaum zu erklären, warum beim Bau der Aufwand für die Vorarbeiten als Argument zur Begründung der Kostenpflichtigkeit ausscheidet, während dasselbe Argument z. B. im Elektrohandwerk eine gesonderte Bezahlung rechtfertigen soll.

Der BGH folgt ohne nachzufragen dem Vorbringen des Elektrogewerbes, daß zur Ermittlung der Fehlerquelle ein „erheblicher Aufwand“ notwendig sei. Das Gewerbe erweckt den Anschein, als ob tatsächlich jede Fehlerquelle einer individuell auf das Gerät des Bestellers zugeschnittenen Analyse bedarf. Tatsächlich ist das Leistungsprogramm selbst im Elektrohandwerk in weiten Teilen standardisiert. Der Besteller kann bei Standardfehlern die vorkonzipierte Leistung des Reparateurs von der Stange „kaufen“. Anders verhält es sich bei Spezialreparaturen, die einer individuellen Diagnoseleistung bedürfen<sup>65</sup>. Eine undifferenzierte Betrachtung der Werkleistung verhindert die Möglichkeit, den tatsächlichen Aufwand zu erkennen, der vom Werkunternehmer zur Ermittlung der Fehlerquelle zu leisten ist. Kurzum, eine Analyse des Problemfeldes Preis-Leistungsbestimmung hat vom unterschiedlichen Charakter der Werkleistung auszugehen und diesem Umstand in der Ausgestaltung der Rechtsbehelfe Rechnung zu tragen<sup>66</sup>. Standardleistungen können bei Vertragschluß auf der Basis eines kostenlos zu erstellenden Kostenvoranschlages konkretisiert werden, bei Spezialleistungen stehen zwei Wege offen: die Konkretisierung der Leistung kann über Beratungspflichten sichergestellt werden und/oder die Einholung eines dann möglicherweise kostenpflichtigen Kostenvoranschlages.

## 2. Soziale Wirklichkeit und Typologie des Werkvertrages

Die rechtssystematischen Korrekturen von Teichmann und Weyers unterstützen die Tendenz zur Aushöhlung des erfolgsbezogenen Charakters des Werkvertrages, obgleich die Standardisierung nicht nur handwerklicher Leistungen, sondern auch selbständiger Dienstleistungen es erlaubte, den erfolgsbezogenen Charakter des Werkvertrages stärker als bei individuellen Leistungsabsprachen zur Geltung zu bringen. Standardisierte Leistungen nämlich können vor Vertragsschluß in Preis und Leistung beziffert werden, sie ermöglichen einen Preisvergleich ohne großen Aufwand für den Besteller und für den Werkunternehmer. Die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte würde vereinfacht, da die Fehlerhaftigkeit sich aus der Abweichung der vorkonzipierten Leistung ergeben kann. Ob sich der Werkvertrag und der selbständige Dienstvertrag durch eine Standardisierung nicht eher dem Kauf annähern, mag an dieser Stelle offenbleiben.

Der Vergleich der Entwicklungstendenzen des Standardisierungsprozesses bei selbständigen Dienstleistungen und bei handwerklich ausgerichteten Werkvertragsleistungen offenbart eine paradoxe Konsequenz. Gemessen an der sozialen Wertigkeit werden selbständige Dienstleistungen, die sich zu rein technischen Leistungen gewandelt haben, in der Rechtsprechung zu Werkverträgen „abgewertet“<sup>67</sup>, während handwerkliche Leistungen, die einem Industrialisierungsprozeß ausgesetzt sind, zwar – soweit ersichtlich – bislang nicht von der Rechtsprechung, aber in Ansätzen von der Rechtswissenschaft<sup>68</sup> zu Dienstleistungen „aufgewertet“ werden. Als Beispiel für den „Abstieg“ selbständiger Dienstleistungen sei auf

den Strukturwandel ärztlicher Tätigkeit verwiesen, der sich in der verstärkten Anwendung des Werkvertragsrechts niederschlägt<sup>69</sup>. Schwieriger verhält es sich mit dem Nachweis für den „Aufstieg“ industrialisierter handwerklicher Tätigkeiten. Das Gewerbe selbst versucht, das Leitbild<sup>70</sup> des handwerklich ausgerichteten Werkvertrages von sich zu schütteln, indem es ähnlich wie die selbständig Dienstleistenden den individuellen Charakter der Leistung betont. Die Konzentration auf den Erfolg der Leistung gerät in den Verdacht, die Bemühungen um den Erfolg zu diskreditieren. Im Chemisch-Reinigungsgewerbe läßt sich dieser Transformationsprozeß nachvollziehen<sup>71</sup>. Die Leistung selbst ist genormt und erfolgt sichtbar nach einem einfachen Schema. Erkaufen kann sich der Besteller die Leistung oftmals nur gegen Vorkasse. Ein wichtiges Charakteristikum des Werkvertrages ist damit entfallen. Gearbeitet wird mit Festpreisen, zwischen denen der Besteller eine Wahl zu treffen hat. Mit dem Fall der Haftungsbeschränkungsklausel durch die Gerichte im Verbandsklageverfahren<sup>72</sup> ist aus der Sicht des Gewerbes das ökonomische Gefüge von Leistung und Gegenleistung zusammengebrochen. Es versucht, in Auseinandersetzungen mit den Verbraucherzentralen nunmehr, den Dienstleistungscharakter herauszustellen und die Erfolgshaftung auszuschließen.

Soweit ersichtlich ohne Problematisierung der Konsequenzen für den erfolgsbezogenen Charakter des Werkvertrages, unterstützen Teichmann und Weyers die skizzierte Stoßrichtung der Entwicklung handwerklicher Leistungen. Eine Schlüsselfunktion nimmt § 645 BGB ein, der dem Werkunternehmer auch dann einen Anspruch auf den Werklohn in Form der tatsächlich geleisteten Arbeit eröffnet, wenn der Erfolg nicht herbeigeführt werden kann<sup>73</sup>. Die Änderungsvorschläge zielen darauf, die vorsichtigen Versuche des BGH zu einer Ausweitung des § 645 fortzuschreiben<sup>74</sup>. Teichmann<sup>75</sup> will den Parteien überdies die Möglichkeit einräumen, Abschlagszahlungen zu vereinbaren, wenn die Bindung der Fälligkeit an den Zeitpunkt der Abnahme gelöst wird. Ein weiteres Indiz ist die Ausdehnung des Kündigungsrechts, insbesondere des § 627 BGB, auf das Werkvertragsrecht. Als letztes sei noch einmal an Teichmanns Vorschlag erinnert, das Rücktrittsrecht vom Vorliegen eines erheblichen Mangels abhängig zu machen. Weyers<sup>76</sup> sieht in den Rechtsfolgen der Wandlung, die eine Kürzung oder gar den Wegfall des Werklohns bewirken kann, nur die Verwirklichung eines typischen Risikos des mangelhaft arbeitenden Unternehmers.

64) O. Fußn. 50.

65) Die individuell auf den Besteller ausgerichtete Leistung betont Jakobs, AcP 183 (1983), 150, 157, als konstitutives Element des Werkvertrages.

66) Micklitz (o. Fußn. 12), Werklohn und Preistransparenz im Reparaturhandwerk.

67) Knappe übersichtliche Darstellung bei Teichmann (o. Fußn. 1), A 21, 22.

68) Unkritisch Teichmann (o. Fußn. 1), A 20 unter Berufung auf Weber, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, Diss. 1977, S. 123.

69) Teichmann (o. Fußn. 1), A 21, 22 m. Nachw.

70) So Teichmann (o. Fußn. 1), A 20; Weyers (o. Fußn. 2), S. 1122.

71) Micklitz (o. Fußn. 12), Der Reparaturvertrag, S. 241 ff.

72) OLG Köln, BB 1982, 638 ff.

73) Zur Problematik der Bezahlung, wenn dem Werkunternehmer die Reparatur nicht gelungen ist, bereits Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, S. 107, 108.

74) Weitgehend übereinstimmend Weyers (o. Fußn. 2), S. 1158 und Teichmann (o. Fußn. 1), A 90, dessen Gutachten das Zitat entnommen wurde. Ablehnend Köhler, NJW 1984, 1841 unter IV 4.

75) (O. Fußn. 1), A 82, die Vorleistungspflicht als Charakteristikum des Werkvertrages betont dagegen Jakobs, AcP 183 (1983), 145 ff. (150 ff.).

76) AcP 182 (1982), 60 ff. (70) – Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht.

### 3. Rechtssystematik des Werkvertrages im BGB versus Rechtswirklichkeit des Werkvertrages im AGB-Gesetz und GWB

Das im System des BGB nicht erwünschte und nicht wünschenswerte „Besondere Werkvertragsrecht“ des BGB findet sich in der Ausdifferenzierung der Vertragstypen bei der Kommentierung zu § 9 AGB-Gesetz wieder<sup>77</sup>. Hier schlägt sich die vom AGB-Gesetz eröffnete Möglichkeit nieder, den Rechtsbildungsprozeß horizontal wie vertikal im Werkvertragsrecht voranzutreiben. Horizontal, weil die Verbandsklage den Weg frei gemacht hat, bislang vernachlässigte Vertragstypen des Werkvertrages der Inhaltskontrolle zu unterwerfen – vertikal, weil die Generalklausel die Bezugnahme auf das Leitbild des Werkvertrages erlaubt<sup>78</sup>. Rechtswissenschaft, Rechtsprechung und die faktische Wahrnehmung der Verbandsklage nur durch die Verbraucherorganisationen tragen dazu bei, die Typologie weiter zu verfeinern. Je nach Grad der Entwicklung erlaubt die Zusammenstellung problematisierter Klauseln unter einem bestimmten Vertragstyp, sich von der Vertragswirklichkeit einzelner Branchen ein Bild zu machen. Dieser Zustand ist sowohl aus der Perspektive der Rechtssystematik als auch aus der Perspektive der Rechtswirklichkeit nicht unproblematisch. Die AGB-Kontrolle betreibenden Gerichte schleusen den Werkvertrag durch das Leitbild der Generalklausel § 9 II Nr. 1 hindurch und konzipieren sozusagen von innen das Werkvertragsrecht neu. Teichmann<sup>79</sup> gibt zu bedenken, „der Werkvertrag (sei) für ein solches am Verbraucherschutz orientiertes Leitbild keineswegs geeignet“. In der Gerichtspraxis hat das gesetzgeberische Leitbild zur Fortentwicklung des Verbraucherschutzgedankens indessen keine Probleme aufgeworfen. Der Rechtsprechung ist es vielmehr gelungen, die „blasse Einheitsfigur“<sup>80</sup> des Werkvertrages auf den notwendigen Verbraucherschutz hin zu konkretisieren, weil sie es im Rahmen der Inhaltskontrolle nicht mit „dem“ Werkvertrag, sondern mit einer bereichsspezifischen Ausprägung des Werkvertrages für die Bedürfnisse einer bestimmten Branche zu tun hatte. Umgekehrt ist es nur eine Frage der Zeit, bis die Rechtssystematik des Werkvertrages sich durch die AGB-Kontrolle verändert. Denkbar wäre, daß das „Leitbild des Werkvertrages“ durch die immer weiter fortschreitende Ausdifferenzierung in einzelne Vertragstypen an Konturen und damit auch an Funktion für die AGB-Kontrolle verliert. Eine Reform des Werkvertrages muß diese Interdependenzen mit bedenken, sonst geht genau das verloren, was Weyers und Teichmann erhalten wollen: die Rechtssystematik. Aus der Perspektive des an der Rechtswirklichkeit Interessierten kann eine Trennung von allgemeinem BGB-Vertragsrecht und besonderem AGB-Werkvertragsrecht ebensowenig befriedigen. Denn wenn es richtig ist, daß das Leitbild i. S. des § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz Hauptinstrument der AGB-Kontrolle darstellt, so müssen diejenigen, die an der über § 9 II Nr. 1 möglichen Fortentwicklung des Verbraucherschutzgedankens interessiert sind, daran arbeiten, das Leitbild des Werkvertrages rechtssystematisch aufrechtzuerhalten. Eine Angleichung des Dienst- und Werkvertrages unter Aufgabe des Leistungs-Erfolges läuft diesem Ziel zuwider.

### IV. Perspektiven einer sozialen Reform des Werkvertrages

Wenn es richtig ist, daß die Verabschiedung eines gesonderten Werkvertragsrechts für Verbraucher überflüssig, darüber hinaus politisch derzeit nicht durchsetzbar und möglicherweise sogar dysfunktional ist, kann die soziale Reform des Werkvertrages nur über eine verstärkte Inanspruchnahme

der Gerichte und über eine Ausdehnung des organisierten Einflusses auf den Prozeß der Rechtsfortbildung vorangetrieben werden. Gleichzeitig scheint es so, als ob die Bewältigung sozialer Wirklichkeit eine in sich geschlossene Systematik des Werkvertrages voraussetzt.

#### 1. Statt Spezialisierung durch Sonder- und Schutzgesetze Generalisierung des BGB, respektive des Werkvertrages?

Weyers<sup>81</sup> selbst umschreibt die Perspektive einer Reform des Werkvertrages folgendermaßen: „Ich sehe das Heil in anderer Richtung (als der Spezialisierung – d. Verf.), nämlich in einer Weiterverfolgung der Technik des BGB, hier zum Teil scheinbar paradoxerweise in Generalisierung statt Spezialisierung.“ Eine Generalisierung des Werkvertrages sieht Weyers in einer Angleichung der Rechtsvorschriften des Besonderen Schuldrechts insgesamt: eine Vereinheitlichung des Werk-, Dienst- und Kaufrechts könnte eine Vielzahl juristischer Entscheidungen vermeiden helfen, die aus Abgrenzungsproblemen resultieren.

Das Leitbild des erfolgsbestimmten Werkvertrages entfielen möglicherweise für die Rechtsfortbildung des Verbraucherschutzgedankens. Ob sich die zentralen Schwierigkeiten der Preis- und Leistungsbestimmung mit einem einheitlichen Vertragstyp abfangen lassen, ist nicht auszuschließen, bedarf aber einer breiteren Analyse. Der Wechsel von der „Makroebene“ des Besonderen Schuldrechts auf die „Mikroebene“ des geltenden Werkvertrages macht es möglich, den Blick auf Generalisierungstendenzen in Weyers Reformvorschlägen zu richten. Eine Schlüsselfunktion kommt der Einführung einer gesonderten Beratungspflicht zu. Weyers setzt mit seinem Vorschlag einen Impuls zur Fortentwicklung eines äußerst flexiblen Instruments zur richterlichen Durchbrechung vertraglicher Risikoverteilung<sup>82</sup>. Über Aufklärungs- und Beratungspflichten lassen sich branchenübliche Preise ebenso korrigieren wie die Überschreitung des Auftragsvolumens<sup>83</sup>. Andererseits werden die Rechtsregeln durch Generalisierung notwendig abstrakter. Um so dringlicher wird deshalb die Ausarbeitung einer juristischen Begründungslehre, die in der Konkretisierung Umsetzungshilfen bietet. Zur Rechtsfortbildung des Verbraucherschutzgedankens hat der Verfasser<sup>84</sup> für eine bereichsspezifische Vorgehensweise plädiert. Dem liegt die theoretisch abgeleitete Annahme zugrunde, daß es den Verbraucherschutz nicht gibt, folglich auch nicht den Verbraucherschutz in dem Werkvertrag. Verbraucherschutz läßt sich nur im Kontext eines eingegrenzten Sachkomplexes bestimmen. Denkbar ist, nach Märkten bzw. Gewerbebezügen vorzugehen. Jeder Vertragstyp, der dank der Konditionenempfehlungen eine weitreichende Generalisierung erfährt, spiegelt die sozio-ökonomischen Gegebenheiten der zugehörigen Branche oder des betreffenden Marktes wider. Die so gewonnene sozialwissenschaftliche Erkenntnis über die Hintergründe der Vertragsgestaltung ist mit den Lösungsmustern

77) Etwa Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, 4. Aufl. (1982), Anh. zu §§ 9–11, Einzelne Klausel- und Vertragstypen.

78) Dazu Bohle-Micklitz, Beilage zu BB, Heft 11/1983.

79) (O. Fußn. 1), A 107.

80) Teichmann (o. Fußn. 1), A 107 unter Berufung auf Esser, SchuldR, 3. Aufl., § 79 I 1.

81) AcP 182 (1976), 77.

82) Die Literatur ist kaum noch zu überschauen, verwiesen sei auf Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1982; Schuhmacher, Verbraucherschutz bei Vertragsanbahnung, 1983, mit dem Versuch, die Beratungspflicht des Kaufmanns/Werkunternehmers gegenüber dem Verbraucher aus dem geltenden Recht abzuleiten (S. 175 ff.); umfassend Hopt, AcP 183 (1983), 608 ff. Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich.

83) OLG Köln, BB 1974, 715 ff.

84) Micklitz (o. Fußn. 12), S. 176 ff.; dort wird die Methode erläutert.

der einschlägigen Gesetze bzw. der Rechtsprechung zu konfrontieren.

## 2. Verstärkte Inanspruchnahme der Gerichte

Von den 300 Entscheidungen, die *Weyers*<sup>85</sup> ausfindig gemacht hatte, betrafen  $\frac{3}{4}$  Bausachen. Erst die Verbandsklage hat es möglich gemacht, andere Vertragstypen als Bauverträge einer richterlichen Kontrolle zuzuführen. Die Entwicklung steht noch in den Anfängen, gegen die Konditionenempfehlung der Reiseveranstalter und des Kraftfahrzeughandwerks hat der Verbraucherschutzverein gerade erst Klage eingereicht<sup>86</sup>. Gleichwohl stellen sich bereits jetzt viel beachtete *BGH*-Urteile ein. Am 5. 6. 1984<sup>87</sup> hat der *BGH* die in Wartungsverträgen vorfindliche Klausel „Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten“ für unwirksam erklärt.

Andrerseits fordert die Offenheit gesetzlicher Regelung bzw. Nichtregelung sozial relevanter Lebensbereiche Strategien zur organisierten Rechtsfortbildung geradezu heraus. Mit der Verbandsklage hat der Gesetzgeber den Verbraucherorganisationen, theoretisch auch den Handels- und Handwerkskammern, ein Instrument in die Hand gegeben, das eine Steuerung der Rechtsfortbildung zumindest in der Auswahl der Lebensbereiche und der für relevant gehaltenen Problemfelder erlaubt. Umgekehrt ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft, Rechtsfortbildungsstrategien von Versuchen abzugrenzen, die auf einen Mißbrauch richterlicher Entscheidung hinauslaufen, weil dem Gericht möglicherweise gar nicht klar ist, zu welchen Zwecken es strategisch eingesetzt wird.

## 3. Organisierter Einfluß von Verbänden auf das Werkvertragsrecht

Um die Chancen eines organisierten Einflusses ist in der Rechtstheorie und Rechtssoziologie eine teilweise kontrovers geführte Debatte entbrannt<sup>88</sup>. Auf das Werkvertragsrecht bezogen ist die Diskussion von besonderer Pikanterie, da sich die Wirtschaftsverbände frühzeitig in die Ausgestaltung der Vertragsbeziehung ihrer Mitglieder eingeschaltet haben. Bereits mit der Konstituierung der Gewerbe tauchen in weiten Bereichen handwerklich organisierter Branchen nicht nur Allgemeine Geschäftsbedingungen auf, sie werden darüber hinaus frühzeitig von den Branchenorganisationen vereinheitlicht. Um den Preis der Legalisierung teilweise jahrzehntelanger Praxis in Form der Konditionenempfehlungen 1973 im *GWB* und der Anerkennung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als legitimes Instrument brancheneinheitlicher Vertragsgestaltung im *AGB*-Gesetz mußten die betroffenen Gewerbe einen Wandel der konstitutiven Bedingungen „doppelt kollektivierter“ Allgemeiner Geschäftsbedingungen hinnehmen<sup>89</sup>. In den Prozeß der Vertragsgestaltung ist eine staatliche Instanz, das Bundeskartellamt und die Verbraucherorganisation, einmal als anzuhörender Verband im Anmeldeverfahren nach § 38 II Nr. 3 *GWB*, einmal als klagebefugter Verband nach § 13 *AGB*-Gesetz einbezogen. Welche Chancen eine Partizipation privater Verbände und einer staatlichen Kontrollinstanz haben, um außergerichtlich Einfluß auf die Vertragsgestaltung zu nehmen, findet in der „*AGB*-Rechtswissenschaft“ zunehmend größere Beachtung<sup>90</sup>. Die Überlegungen gehen dahin, über die Voraussetzungen nachzudenken, die gegeben sein müssen, damit alle Betroffenen ihrer Position hinreichendes Gewicht verleihen können.

85) (O. Fußn. 2), S. 1129 Fußn. 12.

86) Mitteilung des Geschäftsführers an den *Verfasser*.

87) Az. X ZR 75/83.

88) Grundlegend *Teubner*, ARSP 1982, 13 ff.; verwiesen sei auf ein ZERP-Diskussionspapier, herausgegeben von *Joerges* über einen Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts am 30.-31. 3. 1984, erscheint demnächst.

89) *Micklitz* (o. Fußn. 12), *Der Reparaturvertrag*, S. 10 ff.

90) *Hart*, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, AG 1984, 66 ff. (77), und demnächst die in JCP Heft 2/1984 veröffentlichten Beiträge zum Workshop „Consumer-Supplier Dialogue. Practices and Perspectives in the EC“ vom 14./15. 11. 1983 in Bremen.