

WERKVERTRAG

Inhalt:

1. Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts
2. Kostenvoranschlag
3. Abnahme
4. Fälligkeit des Werklohns
5. Abschlagszahlungen
6. Sicherheiten für den Unternehmer
7. Mangelbegriff
8. Mangelbeseitigung
9. Verjährung der Mängelansprüche
10. Kündigung bei Werkverträgen
11. Zurückbehaltungsrecht/Druckzuschlag
12. Alternative/Außergerichtliche Konfliktlösung

1. ANWENDBARKEIT DES WERKVERTRAGSRECHTS

Unter einem Werkvertrag versteht man einen Vertrag, der den Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks und den Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Entscheidend ist, dass der Unternehmer einen bestimmten Erfolg herbeiführen muss und nicht nur eine Dienstleistung schuldet.

Für den Werkvertrag gibt es im Wesentlichen folgende Anwendungsfälle: Reparaturen, Wartungen, die Erstellung, Einführung und Anpassung von Software und die Herstellung von Bauwerken und unkörperlichen Arbeitsergebnissen, wie z.B. Bauplänen oder Gutachten.

Die nachfolgenden Ausführungen gelten nicht für Bauverträge. Für Verbraucherbauverträge gelten seit 01.01.2018 die speziellen Regelungen der §§ 650i bis 650n des Bürgerli-

chen Gesetzbuchs (BGB). Die allgemeinen Vorschriften für Bauverträge sind in §§ 650a–h BGB geregelt, während die besonderen Regelungen zu Architekten- und Ingenieurverträge in §§ 650p-t BGB und zu Bauträgerverträgen sind in §§ 650u-v BGB geregelt sind.

2. KOSTENVORANSCHLAG

Ein Kostenvoranschlag ist, wenn nichts anderes vereinbart ist, nicht zu vergüten, § 632 Abs. 3 BGB. Möchte der Unternehmer für das Erstellen des Kostenvoranschlags eine Vergütung erhalten, muss er dies vor Vertragsschluss mit dem Besteller individuell vereinbaren.

ACHTUNG: Eine Aufnahme in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt nicht!

Bei einer wesentlichen Überschreitung des im Kostenvoranschlag angesetzten Preises hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich die Überschreitung anzuzeigen. Der Besteller ist dann zur Kündigung des Vertrags berechtigt. Wenn der Besteller sein Kündigungsrecht nicht ausübt, kann der Unternehmer die tatsächlich anfallende Vergütung verlangen. Unterlässt der Unternehmer die Anzeige der Überschreitung schuldhaft, kann er unter Umständen schadensersatzpflichtig sein.

3. ABNAHME

Der Besteller muss das vom Unternehmer vereinbarungsgemäß hergestellte Werk abnehmen, §§ 640, 646 BGB.

ACHTUNG: Die Abnahme bedeutet, dass der Besteller das Werk als vertragsgemäß anerkennt! Nach der Abnahme liegt die Beweislast für Mängel beim Besteller.

Erst mit der Abnahme wird der Vergütungsanspruch fällig. Das bedeutet: Die Abnahme ist Voraussetzung dafür, dass der Unternehmer die ihm zustehende Vergütung verlangen kann. Der Unternehmer ist also grundsätzlich vorleistungspflichtig.

Möchte der Besteller im Falle eines Mangels Mängelansprüche geltend machen, so muss er entweder die Abnahme verweigern oder sich seine Rechte bei der Abnahme ausdrücklich vorbehalten. Die Verweigerung der Abnahme kommt aber nur bei wesentlichen Mängeln in Betracht.

Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk trotz Abnahmefähigkeit nicht abnimmt, nachdem ihm der Unternehmer hierzu eine angemessene Frist gesetzt hat (Abnahmefiktion). Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe eines Mangels, tritt die Abnahmefiktion nicht ein. Auf die Einordnung des Mangels als wesentlich oder unwe-

sentlich kommt es nicht an; es genügt die Rüge eines Mangels durch den Besteller, um die Abnahmefiktion zu verhindern.

ACHTUNG: Will der Unternehmer verhindern, dass der Besteller die Abnahme bei nur unwesentlichen Mängeln verhindern kann, sollten die AGB angepasst werden und den Eintritt der Abnahmefiktion von der Rüge eines wesentlichen Mangels abhängig machen .

4. FÄLLIGKEIT DES WERKLOHNS

Die Vergütung ist fällig, sobald die Abnahme des Werkes erfolgt ist. Im Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Bauträger oder dem Generalunternehmer gilt folgendes: Der Werklohn wird nach § 641 BGB spätestens fällig,

- soweit der Bauträger oder Generalunternehmer eine Vergütung erhalten hat,
- soweit die Abnahme gegenüber dem Bauträger oder Generalunternehmer erfolgt ist, oder
- wenn der Unternehmer dem Bauträger oder Generalunternehmer erfolglos eine Frist zur Auskunft über die Abnahme oder Vergütung gesetzt hat.

Das gilt aber bei einer Sicherheitsleistung des Bauträgers oder Generalunternehmers gegenüber dem Besteller wegen möglicher Mängel nur, wenn der Unternehmer selbst eine Sicherheit leistet.

5. ABSCHLAGSZAHLUNGEN

Der Unternehmer ist zwar grundsätzlich vorleistungspflichtig (s.o.). Er kann aber vom Besteller Abschlagszahlungen verlangen, § 632 a BGB.

Die Höhe der Zahlung richtete sich bisher nach dem Wertzuwachs beim Besteller. Im Rahmen der neuen Regelungen zum 01. Januar 2018 gilt jetzt, dass die Anspruchshöhe auf Abschlagszahlung sich nach dem Wert der erbrachten und geschuldeten Leistung richtet. Basis der Berechnung ist die vereinbarte Vergütung. Bei wesentlichen Mängeln konnte der Besteller zuvor eine Abschlagszahlung verweigern, jetzt muss dieser einen Abschlag unabhängig von möglichen Mängeln und deren Schwere zahlen. Allerdings kann der Besteller das Doppelte an Mängelbeseitigungskosten einbehalten (sogenannter Druckzuschlag).

Sonderregel für Verbraucher, die ein Bauwerk errichten oder umbauen: Ist der Besteller ein Verbraucher, muss der Unternehmer diesem bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung ohne wesentliche Mängel in Höhe von fünf Prozent der Gesamtvergütung zahlen.

ACHTUNG: Es ist unwirksam in Besteller-AGB den Anspruch auf Abschlagzahlung auszuschließen oder auf ein Minimum zu beschränken. In Unternehmer-AGB ist es unwirksam, höhere als gesetzlich vorgesehene Abschlagzahlungen zu verlangen.

6. SICHERHEITEN FÜR DEN UNTERNEHMER

Zusätzlich kann der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teiles davon vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringende Vorleistung verlangen, § 650 f BGB (**Bauhandwerkersicherung**).

ACHTUNG: Die Höhe der Sicherheit darf die Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruches nicht überschreiten.

Dem Werkunternehmer steht ein eigenständig einklagbarer Anspruch auf die Sicherheitsleistung zu. Wird ihm die Sicherheit nicht erteilt, kann er sie einklagen oder nach Setzung einer angemessenen Frist den Vertrag kündigen. In diesem Fall hat er einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich des Ersparten, eines anderweitigen Erwerbs oder böswillig unterlassenen Erwerbs. Es gilt die gesetzliche Vermutung, dass dem Unternehmer 5 Prozent der Vergütung zustehen, für die noch keine Werkleistung erbracht ist.

Auch nach Abnahme des Werkes besteht der Anspruch auf die Bauhandwerkersicherheit. Sogar, wenn der Besteller Mängelrechte geltend macht, kann die Sicherheit verlangt werden. Die Sicherheit kann in Höhe der noch nicht gezahlten Vergütung (incl. Zusatzaufträge) einschließlich dazu gehörender Nebenforderungen verlangt werden, welche mit 10 Prozent des Vergütungsanspruches anzusetzen sind.

Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines Bauwerks kann seine Forderungen aus dem Vertrag auch dadurch absichern, dass er sich eine sogenannte **Sicherungshypothek** (§ 650 e BGB) an dem Baugrundstück des Bestellers einräumen lässt, allerdings beschränkt auf die tatsächliche Höhe der gesicherten Forderung. Zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung der Hypothek kann er sich auch eine Vormerkung ins Grundbuch eintragen lassen.

7. MANGELBEGRIFF

a) Sachmangel, § 633 Abs. 2 BGB

Ein **Sachmangel** des Werkes liegt vor, wenn

- es nicht die zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer vereinbarte Beschaffenheit hat,

- es sich nicht für die im Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet,
- es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und nicht eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann, oder
- ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge hergestellt worden ist.

b) Rechtsmangel, § 633 Abs. 3 BGB

Ein **Rechtsmangel** liegt vor, wenn ein Dritter gegen den Besteller in Bezug auf das Werk ein Recht geltend machen kann, das der Besteller im Werkvertrag nicht übernommen hat.

8. MÄNGELBESEITIGUNG

Liegt ein Mangel vor, kann der Besteller Nacherfüllung verlangen.

ACHTUNG: Anders als im Kaufrecht kann hier der **Unternehmer** wählen, ob er den Mangel beseitigt, oder ob er das Werk neu herstellt.

Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn diese mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist, § 635 Abs. 3 BGB.

Kommt der Unternehmer seiner Pflicht zur Nacherfüllung innerhalb einer ihm vom Besteller gesetzten angemessenen Frist nicht nach, kann der Besteller nach Ablauf der Frist den Mangel grundsätzlich selbst beseitigen oder durch einen anderen Unternehmer beseitigen lassen und vom Unternehmer Ersatz für die dadurch entstandenen Aufwendungen verlangen (sog. Selbstvornahme), §§ 634 Nr. 2, 637 BGB .

Eine Fristsetzung ist unter anderem dann entbehrlich, wenn die Nacherfüllung bereits fehlgeschlagen ist. Für die im Rahmen der Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen kann der Besteller vom Unternehmer einen Vorschuss verlangen. Die Selbstvornahme ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung verweigert hat, weil sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (s. o.).

Der Besteller hat anstatt des Rechts auf Nacherfüllung ein Recht auf **Rücktritt** vom Werkvertrag oder auf **Minderung** des vereinbarten Preises. Dies gilt jedoch nur, wenn er dem Unternehmer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und dieser nicht innerhalb dieser Frist nacherfüllt hat. Außerdem ist der Rücktritt nur bei erheblichen Mängeln möglich. Er ist auch ausgeschlossen, wenn der Besteller den Mangel allein oder überwiegend zu verantworten hat.

Liegen die Voraussetzungen für Rücktritt und Minderung vor und trifft den Unternehmer ein Verschulden, so hat der Besteller darüber hinaus einen **Schadensersatzanspruch**. Verschulden umfasst auch einfache Fahrlässigkeit.

Der Umfang des Schadensersatzes ist das sog. positive Interesse, d.h., der Besteller muss so gestellt werden, als ob der Unternehmer das Werk mangelfrei hergestellt hätte.

ACHTUNG: Umfasst sind deshalb sowohl Schäden am Werk als auch Schäden, die nicht am Werk selbst, sondern an anderen Sachen oder an Personen eingetreten sind.

Alternativ zum Schadensersatz kann der Besteller vom Unternehmer Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen. Er kann also die Aufwendungen geltend machen, die er im Vertrauen auf den Erhalt einer mangelfreien Leistung getätigt hat.

9. VERJÄHRUNG DER MÄNGELANSPRÜCHE

Die Verjährungsfrist von Mängelansprüchen beträgt, wie im Kaufrecht, in der Regel zwei Jahre, beginnend mit der Abnahme. Bei Bauwerken oder bei Planungs- und Überwachungsleistungen für Bauwerke, beträgt sie fünf Jahre, beginnend mit der Abnahme.

Bei unkörperlichen Arbeitsergebnissen, wie z.B. dem Erstellen von Bauplänen oder der Tätigkeit eines Unternehmensberaters, gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren. Auch wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, verjähren Mängelansprüche erst innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren. Die Frist beginnt mit dem Ende des Jahres zu laufen, in dem die Mängelansprüche entstanden sind und der Besteller von den die Mängelhaftung begründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Die regelmäßige Verjährung tritt bei Bauwerken jedoch nicht vor Ablauf der eigentlichen fünfjährigen Mängelhaftung ein.

Die Haftung für Mängelansprüche kann für alle Fälle durch **Individualvereinbarungen** begrenzt werden, sofern der Unternehmer den Mangel nicht arglistig verschweigt oder eine Garantie für die Beschaffenheit übernimmt.

ACHTUNG: Durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen** können die Zweijahresfrist und die Dreijahresfrist maximal auf ein Jahr verkürzt werden. Die Fünfjahresfrist kann nicht verkürzt werden!

10. KÜNDIGUNG BEI WERKVERTRÄGEN

Der Besteller kann den Werkvertrag **jederzeit** kündigen. Dies gilt selbst dann, wenn der Unternehmer ordentlich arbeitet. Allerdings hat der Unternehmer als Ausgleich einen An-

spruch auf die vereinbarte Vergütung. Er muss sich nur das anrechnen lassen, was er wegen der Aufhebung des Werkvertrages an Aufwendungen erspart oder was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt. Angerechnet wird ebenfalls, was er böswillig zu erwerben unterlässt, § 648 BGB.

ACHTUNG: Die Beweislast trägt hierbei der Besteller, nicht der Unternehmer!

Besteller und Unternehmer können den Vertrag jederzeit aus wichtigem Grund kündigen, § 648 a BGB. Möglich ist hierbei eine Kündigung des ganzen Vertrages oder die Kündigung nur eines Teils. Voraussetzung einer Teilkündigung ist jedoch, dass die gekündigte Teilleistung zum bleibenden Werk klar abgrenzbar ist.

11. ZURÜCKBEHALTUNGSRECHT/DRUCKZUSCHLAG

Liegt ein Mangel vor, kann der Besteller trotz Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers das Zweifache der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten einbehalten (sogenannter **Druckzuschlag** § 641 Abs. 3 BGB).

12. ALTERNATIVE/AUSSERGERICHTLICHE KONFLIKTLÖSUNG

Kommt es im Lauf des Vertragsverhältnisses zu Meinungsverschiedenheiten gibt es verschiedene Wege der Konfliktlösung. Neben der gerichtlichen spielt die außergerichtliche Konfliktlösung (ADR) eine zunehmende Rolle im Wirtschaftsverkehr, da hier in relativ kurzer Zeit mit geringem Kapitaleinsatz Lösungen gefunden werden können.

Da das erklärte Ziel der ADR im Konsens der Parteien liegt, kann auch nach Abschluss des Verfahrens die Geschäftsbeziehung erhalten bleiben. Haben die Parteien ein Gerichtsverfahren durchlaufen, bedeutet dies in vielen Fällen das Aus für die Geschäftsbeziehung.

Als mögliche zeit- und kostensparende Alternativen zum Gerichtsverfahren kommen die Wirtschaftsmediation, die Anrufung eines Schiedsgerichts oder die Beauftragung eines Schiedsgutachters in Betracht.

Die IHK empfiehlt bereits bei Vertragsschluss eine entsprechende Mediations- oder Schiedsgerichtsklausel zu vereinbaren.

Mustertexte hält das Mediationszentrum für Sie bereit. Ausführliche Informationen finden Sie unter <https://www.ihk-muenchen.de/de/Service/Recht-und-Steuern/Mediation-Schiedsgericht/> .

Hinweis: Die Veröffentlichung von Merkblättern ist ein Service der IHK München für Ihre Mitgliedsunternehmen. Dabei handelt es sich um eine zusammenfassende Darstellung der rechtlichen Grundlagen, die nur erste Hinweise enthält und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Es kann eine anwaltliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Obwohl sie mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.