

## Der Werkvertrag

Unter einem Werkvertrag versteht man einen Vertrag, der den Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks und den Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Werkvertrages kann die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Entscheidend ist, dass der Unternehmer sich verpflichtet, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen (Bsp: den Defekt am Staubsauger zu beheben und diesen wieder in Gang zu setzen.).

Da auf Verträge, die die Herstellung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, allein die Vorschriften des Kaufrechts Anwendung finden, gilt das Werkvertragsrecht vor allem für die Herstellung von Bauwerken, Reparaturen, Wartungen, Erstellung von Gutachten und Bauplänen sowie Individualsoftware.

### **Der Kostenvoranschlag:**

Im Kostenvoranschlag setzt der Unternehmer die von ihm für die Erstellung der Werkleistung kalkulierte Vergütung an. Wird dieser angesetzte Preis bei der Erstellung des Werks wesentlich überschritten, so muss der Unternehmer dem Besteller die Überschreitung unverzüglich anzeigen. Der Besteller ist dann zur Kündigung berechtigt. Übt er sein Kündigungsrecht nicht aus, kann der Unternehmer die tatsächlich anfallende, höhere Vergütung für die Werkleistung verlangen.

Für die Erstellung des Kostenvoranschlags sieht das Gesetz keine Vergütung vor. Möchte der Unternehmer eine Vergütung erhalten, so muss er diese vor Vertragsschluss individuell mit dem Besteller vereinbaren. Es genügt nicht, eine Vergütungspflicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) aufzunehmen.

### **Abschlagszahlungen (§ 632 a BGB)**

Mit dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes wurde der Anspruch auf Abschlagszahlungen ausgeweitet. Konnten bislang Abschlagszahlungen nur bei der Vorleistung von Material und bei der Herstellung abgeschlossener Teile des gesamten Werks verlangt werden, genügt es nunmehr, dass die vertragsgemäße Leistung für den Besteller einen Wertzuwachs darstellt. Dies kann zum Beispiel der Erwerb des Eigentums durch den Einbau der Materialien und der Verbindung mit Grund und Boden und dem Gebäude sein, oder die Übergabe eines Teils eines aus mehreren Teilen bestehenden Gutachtes oder eines ersten Teils einer mehrteiligen Individualsoftware.

Der Anspruch auf die Abschlagszahlung entsteht auch dann, wenn die Leistung mit unwesentlichen Mängeln behaftet ist. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Der Auftraggeber kann im Regelfall allerdings die Zahlung in Höhe der doppelten Mängelbeseitigungskosten verweigern.

### **Die Abnahme**

Nach § 640 Abs. 1 BGB ist der Besteller verpflichtet, das vom Unternehmer vereinbarungsgemäß hergestellte Werk abzunehmen. Dies ist Hauptleistungspflicht des Bestellers und führt dazu, dass der Unternehmer seinen Werklohn verlangen kann. Die Abnahme setzt die Abnahmefähigkeit des Werks voraus. Dies wird häufig gleichgesetzt mit Mängelfreiheit, was aber nicht zutrifft. Denn auch ein Werk, das kleinere Mängel aufweist, ist abnahmefähig. Damit darf der Besteller nunmehr die Abnahme nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigern (Satz 2 des § 640 Abs. 1 BGB, durch das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) eingeführt). Dem Besteller bleibt lediglich das Recht, die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Teile des Werklohns und zusätzlich einen sogenannten Druckzuschlag zurückzubehalten. Dieser Druckzuschlag wurde mit Einführung des FoSiG gesenkt. Im Regelfall ist jetzt das Doppelte der Beseitigungskosten als angemessen anzusehen.

Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das abnahmefähige Werk nicht innerhalb einer angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Diese Fiktion greift nicht bei wesentlichen Mängeln am Werk.

Die Erteilung einer Fertigstellungsbescheinigung zur beschleunigten Herbeiführung der Abnahme durch einen vom Unternehmer beauftragten Gutachter hat sich in der Praxis nicht bewährt. Deshalb ist das Institut wieder gestrichen worden.

### **Fälligkeit der Vergütung bei Werkherstellung durch Dritte**

Lässt der Besteller das Werk nicht für sich selbst, sondern für einen Dritten (Erwerber) herstellen, entsteht ein Dreiecksverhältnis (Bsp.: Bauträger- oder Generalübernehmerverträge). Hier wurden mit dem FoSiG Lücken im Schutz des Unternehmers geschlossen: Nunmehr ist die Vergütung des Unternehmers gegenüber dem Besteller auch dann fällig, wenn der Besteller keine Zahlung vom Erwerber erhalten hat, dieser aber die Werkleistung schon abgenommen hat, bzw. die Werkleistung als abgenommen gilt. Zudem erhält der Unternehmer diesbezüglich einen Auskunftsanspruch und wird innerhalb einer angemessenen Frist die Auskunft nicht erteilt, so tritt die Fälligkeit seiner Vergütung trotzdem ein (§ 641 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 BGB).

### **Bauhandwerkersicherung (§ 648 a BGB)**

Die Bauhandwerkersicherung wurde mit dem FoSiG effektiver gestaltet. Der Unternehmer eines Bauwerks, eines Teiles davon oder einer Außenanlage kann vom Besteller eine Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen und den dazugehörigen Nebenforderungen (die mit 10 % der Vergütung angesetzt werden) verlangen. Der Unternehmer hat nunmehr einen Anspruch auf Bauhandwerkersicherung. Bei Nichterfüllung der Sicherheit kann er wählen, ob er seinen Anspruch einklagt oder vom Vertrag zurücktritt. Damit der Unternehmer nicht

das Insolvenzrisiko des Bestellers während eines Mängelstreits zu tragen hat, besteht der Anspruch auch noch nach Abnahme. Schließlich kann er auch dann Sicherheit vom Besteller verlangen, wenn letzterer Mängelrechte geltend macht.

Im gleichen Umfang wie für den Vergütungsanspruch und die Nebenforderungen kann die Sicherheit auch für solche Ansprüche verlangt werden, die an deren Stelle treten (Bsp.: Schadensersatzansprüche).

### **Verwendung der VOB/B bei Bauverträgen**

Für Bauverträge ist seit 1. Januar 2009 die Privilegierung der VOB/B bei Verträgen mit anderen Unternehmen oder der öffentlichen Hand ausdrücklich festgeschrieben (§ 310 Abs. 1 BGB). Wird die VOB/B hier unverändert vereinbart, so ist sichergestellt, dass einzelne Bestimmungen der VOB/B nicht durch die Gerichte wegen Verstoßes gegen das AGB-Recht für unwirksam erklärt werden können.

Hingegen empfiehlt es sich, von einer Verwendung der VOB/B in Bauverträgen mit Verbrauchern abzusehen, da die Privilegierung der VOB/B gegenüber Verbrauchern seit dem 01.01.2009 nicht mehr gilt. Dies hat zur Folge, dass eine uneingeschränkte AGB-Kontrolle durch die Gerichte stattfindet und auftragnehmerfreundliche Bestimmungen, wie sie sich in der VOB/B finden (Bsp: die kürzere Mängelgewährleistungsfrist des § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B).

### **Kündigung bei Werkverträgen**

Nach § 649 BGB kann der Besteller den Werkvertrag jederzeit kündigen. Dies gilt selbst dann, wenn der Unternehmer ordentlich gearbeitet hat. Der Unternehmer erhält als Ausgleich einen Anspruch auf Ersatz der entgangenen Vergütung. Allerdings muss er sich auf den Anspruch dasjenige anrechnen lassen, was er wegen der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Mit dem FoSiG wurde in § 649 BGB eine dem § 648 a BGB entsprechende Vermutungsregelung eingeführt, nach der dem Unternehmer 5 % des Teils der Vergütung zusteht, für die er bei Kündigung des Vertrages noch keine Werkleistung erbracht hatte.

### **Mängel der Werkleistung (§ 633 Abs. 2 und 3 BGB)**

Ein Sachmangel des Werkes liegt vor, wenn

- es nicht die zwischen dem Besteller 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,
- ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge hergestellt worden ist.

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

## **Mängelbeseitigung**

Der Besteller kann bei Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels Nacherfüllung verlangen. Dem Unternehmer obliegt die Wahl zwischen Neuherstellung des Werks oder Mängelbeseitigung. Er hat das Recht, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn diese mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (§ 635 Abs. 3 BGB).

Der Besteller hat das Recht zur Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme (auch durch einen anderen Unternehmer), wenn der Unternehmer seiner Nacherfüllungspflicht nicht innerhalb einer ihm vom Besteller gesetzten angemessenen Frist nachkommt. In diesem Fall kann er vom Unternehmer Ersatz für die ihm dadurch entstandenen Aufwendungen verlangen (§ 634 Nr. 2, 637 BGB). Ist bereits eine Nacherfüllung fehlgeschlagen, ist die Fristsetzung für die Selbstvornahme entbehrlich. Allerdings ist die Selbstvornahme ausgeschlossen, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung verweigert hat, weil sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Für die erforderlichen Aufwendungen bei Selbstvornahme kann der Besteller einen Vorschuss vom Unternehmer verlangen. Anstelle der Nacherfüllung kann der Besteller den vereinbarten Preis mindern oder bei erheblichen Mängeln vom Vertrag zurücktreten (Wandlung). Voraussetzung ist aber, dass der Unternehmer nicht in der ihm gesetzten angemessenen Frist nacherfüllt hat. Kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten oder mindern und trifft den Unternehmer ein Verschulden (einfache Fahrlässigkeit genügt), steht dem Besteller zusätzlich ein Schadensersatzanspruch zur Seite, der ihn so stellt, als habe der Unternehmer mangelfrei hergestellt. Zu ersetzen sind dabei nicht nur Schäden am Werk selbst, sondern auch an anderen Sachen des Bestellers oder Personenschäden.

## **Verjährung der Mängelrechte**

Regelmäßig verjähren Mängelrechte in zwei Jahren. Bei Bauwerken oder Sachen, die in ein Bauwerk eingefügt werden, beträgt sie fünf Jahre ab dem Zeitpunkt der Abnahme. Mängel unkörperlicher Arbeitsergebnisse verjähren in drei Jahren. Der Fristlauf beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem die Mängelansprüche entstanden sind und der Besteller Kenntnis von den die Mängelhaftung begründenden Umständen erlangt hat oder erlangen musste.

In AGB kann die Fünfjahresfrist bei Bauwerken nicht verkürzt werden. Die Zwei- und Dreijahresfrist kann auf ein Jahr reduziert werden.

Autorin: Dr. Claudia Schmölz, IHK Lahn-Dill  
Stand: **Januar 2009**

## **Ihre Ansprechpartner bei der IHK Koblenz:**

Bertram Weirich, Tel.: 0261/106-250, E-Mail: [weirich@koblenz.ihk.de](mailto:weirich@koblenz.ihk.de)  
Beatrice Weidemann, Tel.: 0261/106-246, E-Mail: [weidemann@koblenz.ihk.de](mailto:weidemann@koblenz.ihk.de)

## **Haftungshinweis**

Die Veröffentlichung von Merkblättern ist ein Service der IHK für die 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.