

## Information zur Schuldrechtsmodernisierung

### Werkvertragsrecht

---

Mit dem Werkvertrag verpflichtet sich der Auftragnehmer zur Herstellung und Verschaffung eines bestimmten Werkes. Er schuldet ein bestimmtes Arbeitsergebnis bzw. einen Leistungserfolg. Die Vergütung, der sogenannte Werklohn, wird allein für das **Ergebnis** - und nicht etwa für die Tätigkeit des Auftraggebers - bezahlt. Es kommt deshalb im Regelfall nicht darauf an, wie viel Arbeitszeit und sonstiger Aufwand für die Herstellung des Werkes benötigt wurde oder tatsächlich anfiel; die Kalkulation des Aufwandes ist Risiko des Auftragnehmers.

#### 1. Beispiele für Werkverträge:

- Der **Bauunternehmer** schuldet das vereinbarte bezugsfertige neue Haus. Der **Maßschneider** schuldet den aus dem bestellten Stoff geschneiderten, individuell angepassten Anzug.
- Wer ein den individuellen Bedürfnissen des Anwenders entsprechendes **Computerprogramm** entwickelt, schuldet das funktionsfähige, im wesentlichen mängelfreie Programm.
- **Softwarepflegeverträge** sind in der Regel Werkverträge.
- Der mit der Planung eines Hauses beauftragte **Architekt** schuldet zwar nicht das Haus selbst, aber die plangemäße, genehmigungsfähige und mängelfreie Entstehung des Bauwerks. Wird die Baugenehmigung endgültig verweigert, hat der Architekt keinen Honoraranspruch, weil er die geschuldete Leistung nicht erbracht hat, unabhängig davon, wie viel Zeit und Kosten er in die Planung investiert hat.
- Ein Werkvertrag ist auch der Auftrag eines Privatmannes an einen Sachverständigen zur **Erstellung eines Gutachtens**. Wird das Gutachten nicht wie vereinbart geliefert, oder erhält es wesentliche Mängel, die es zu dem vereinbarten Zweck unbrauchbar machen, hat der Sachverständige keinen Vergütungsanspruch, unabhängig davon, wie viel Zeit und Aufwand er investiert hat.
- Postdienstleistungen, die die **Beförderung** von Sendungen oder Gütern betreffen, sind Werkleistungen.

2. Schwierig ist häufig die **Abgrenzung** des Werkvertrages **vom Dienstvertrag**. Das entscheidende Abgrenzungskriterium liegt darin, dass bei einem Dienstvertrag **Arbeit als solche** geschuldet wird, während beim Werkvertrag die Herbeiführung eines vereinbarten, gegenständlich fassbaren **Arbeitsergebnisses** geschuldet wird. Betrifft also der Vertrag einen fest umrissenen Leistungsgegenstand, liegt ein Werkvertrag vor, während eine allgemeine laufende Tätigkeit für einen Dienstvertrag spricht (BGH NJW 02, 595).
  
3. In Fällen von **Scheinselbständigkeit** liegt kein Werkvertrag oder Dienstvertrag, sondern ein wirksames Arbeitsverhältnis vor. Scheinselbständige sind Personen, die für einen anderen - oder für einige wenige andere - andauernd Dienst- oder Werkleistungen erbringen und dabei wie ein Arbeitnehmer weisungsgemäß oder in wirtschaftlicher Abhängigkeit von dem Auftraggeber tätig werden, auch wenn sie als Vertragspartei ausdrücklich einen Dienst- oder Werkvertrag abgeschlossen haben. Weisungsfreie Kurierdienstfahrer eines Transportunternehmens, die als Selbständige einzelne Aufträge übernehmen, sind keine Arbeitnehmer (BAG NJW 02, 2123).
  
4. Die **Art und der Umfang** der geschuldeten Werkleistung ergeben sich immer aus dem abgeschlossenen Vertrag. Sie sollten sich vor dem Abschluss eines Werkvertrages sehr sorgfältig darüber Gedanken machen, wie genau das Leistungsergebnis beschaffen sein soll, und dieses Leistungsergebnis im Vertrag so exakt wie möglich beschreiben (Pflichtenheft, Skizzen, Funktionsbeschreibung, technische Eigenschaften, Leistungsdaten, Eignung zu einem bestimmten Zweck, etc.).
  
5. Insbesondere bei Werkverträgen mit Handwerksunternehmen taucht häufig das Problem auf, dass die abschließende Rechnung die vereinbarte Vergütung weit übersteigt, weil der Unternehmer sich darauf beruft, dass er zur Erledigung des Auftrages zahlreiche **zusätzliche Leistungen** habe erbringen müssen, die nicht vertraglich vereinbart worden seien, während der Auftraggeber sich auf den Standpunkt stellt, dass der Unternehmer doch von Anfang an hätte wissen müssen, welche Teilleistungen für die Erreichung des Gesamtergebnisses notwendig sein würden.

Ein großer Teil der gerichtlichen Bauprozesse betrifft die Klärung der Frage, welche Teilleistungen zum ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang gehörten und welche zusätzlichen Leistungen nachträglich vom Auftraggeber gefordert wurden.

6. Wenn Sie **Bauleistungen** auf der Grundlage eines in Ihrem Auftrag erstellten ausführlichen Leistungsverzeichnisses vergeben, gehen Lücken des Leistungsverzeichnisses zu Ihren Lasten.

Wenn Sie die geschuldete Bauleistung pauschal von der Funktion beschreiben (Extrembeispiel: „Neubau eines Einfamilienhauses mit zwei Etagen, sechs Zimmern, zwei Bädern, großer Küche, hellem großen Wohnraum,

Parkettboden in hochwertiger Ausstattung zum Preis von EUR 500.000,00“) haben Sie zwar nicht mehr das Risiko derartiger Lücken, aber statt dessen einen unendlichen Streitstoff für jede einzelne Teilleistung, bei der man dann darüber diskutieren kann, ob die vorstehend aufgeführten Kriterien erfüllt sind oder nicht. Hier ist bei den Vertragsverhandlungen stets ein möglichst optimaler Mittelweg auszuarbeiten. Es lohnt sich, dabei möglichst viel Sorgfalt und auch die nötige Zeit auf die Vertragsverhandlungen zu verwenden.

7. Die vereinbarte **Vergütung** wird bei der Abnahme/Übergabe des Werkes fällig. Wurde keine Vergütung vereinbart, hat der Unternehmer Anspruch auf „die übliche Vergütung“, also die Vergütung, die im betreffenden Marktsegment üblicherweise bezahlt wird. Um Diskussionen darüber zu vermeiden, sollten Sie bei jedem Werkvertrag klare Vergütungsvereinbarungen treffen.
8. Der Auftraggeber/Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk **abzunehmen**. Mit der Abnahme wird die vereinbarte Vergütung fällig. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

Nimmt der Auftraggeber ein mangelhaftes Werk ab, obwohl er den Mangel kennt, so hat er keine Mängelrechte, wenn er sich diese Rechte nicht bei der Abnahme ausdrücklich vorbehält.

9. Der Unternehmer muss dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln verschaffen. Maßgebend für die Frage, ob ein **Sachmangel** vorliegt, ist die **vereinbarte Beschaffenheit**, hilfsweise die Eignung für die **nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung**, hilfsweise die Eignung für die **gewöhnliche Verwendung**.

Der Unternehmer verpflichtet sich bei Vertragsabschluß stillschweigend zur Beachtung der anerkannten Regeln seines Fachs. Diese anerkannten Regeln können in Regeln des Handwerks, in DIN-Normen, in Europäischen Normen, in Unfallverhütungsvorschriften, in VDE-Bestimmungen niedergelegt sein. Werden die Regeln nicht eingehalten, liegt regelmäßig ein Mangel vor, selbst dann, wenn durch den Regelverstoß kein Schaden für den Besteller eintritt. Maßgebend sind die Regeln im Zeitpunkt der Abnahme, nicht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Wenn ein von Ihnen bestelltes Werk wesentliche Mängel hat, müssen Sie die **Abnahme verweigern**, auch wenn dies den Unternehmer sehr verstimmen kann. Solange die Abnahme nämlich nicht erfolgt ist, liegt die Beweislast für die Mängelfreiheit des Werkes beim Unternehmer. Sobald Sie hingegen das Werk abgenommen haben, liegt die Beweislast dafür, dass ein Mangel vorliegt, bei Ihnen. Nach erfolgter Abnahme müssen Sie deshalb in einem Prozess den Nachweis für vorhandene Mängel führen und auch alle Sachverständigenkosten vorschießen.

Im einzelnen zum neuen Begriff des Sachmangels, der nunmehr einheitlich im Werkvertragsrecht und im Kaufrecht gilt, verweisen wir im einzelnen auf die Erläuterungen in Ziffer 1 unseres Rundschreiben von Mai 2002.

10. Liegt ein Mangel vor, kann der Besteller
  - **Nacherfüllung verlangen** (§ 635 BGB). Der Unternehmer kann dann nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk erstellen. Der Unternehmer hat alle zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.
  - Den Mangel **selbst beseitigen** und **Ersatz** der erforderlichen Aufwendungen **verlangen** (§ 637 BGB). Der Besteller kann in diesem Fall vom Unternehmer einen angemessenen Vorschuss für die Ersatzvornahme verlangen und diesen auch einklagen.
  - Vom Vertrag **zurücktreten** oder die Vergütung **mindern** (§ 638 BGB). Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert des Werkes im mangelfreien Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden hätte. Beispiel: Gesamtpreis für den Bau eines Einfamilienhauses EUR 400.000,00. Wert des mangelfreien Hauses EUR 350.000,00. Wirklicher Wert – objektiver Verkehrswert – des mangelbehafteten Hauses: EUR 300.000,00. Dies sind 80% von EUR 360.000,00. Minderungsanspruch also 20% = EUR 80.000,00.
11. Auftragnehmer versuchen häufig, sich in den Werkverträgen von ihrer Haftung freizuzeichnen. Ein vertraglicher Haftungsausschluss ist unwirksam, wenn der Unternehmer einen Mangel **arglistig verschwiegen** oder eine **Garantie** für die Beschaffenheit des Werkes übernommen hat (§ 639 BGB).
12. Liegen Mängel vor, kann der Besteller einen angemessenen Teil der Vergütung bis zur Mängelbeseitigung **zurückhalten**, und zwar mindestens in Höhe des **Dreifachen** der für die Mängelbeseitigung voraussichtlich erforderlichen Kosten (§ 641 Abs. 3 BGB).
13. Der **Auftraggeber** kann den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit **kündigen**. Kündigt er, kann der Unternehmer allerdings die vereinbarte Vergütung verlangen; er muss sich lediglich anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart hat, oder was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB). Diesen Anspruch sollten Sie als Auftraggeber vertraglich ausschließen.

14. Seit 01.01.2002 ist jeder Auftraggeber von Bauleistungen nach den §§ 48 ff. EinkommensteuerG verpflichtet, für die vom Bauunternehmer auf die Vergütung geschuldete Einkommensteuer einen Betrag von 15 % von der Vergütung abzuziehen und an das Finanzamt abzuführen (sogenannte **Bauabzugsteuer**). Dies gilt nur dann nicht, wenn der Unternehmer eine Freistellungsbescheinigung des Finanzamtes vorlegt. Bezahlen Sie deshalb Werklööhne für Bauleistungen grundsätzlich niemals vollständig aus, solange der Unternehmer Ihnen nicht eine gültige Freistellungsbescheinigung des Finanzamtes vorgelegt hat.
  
15. Angemessene Einbehalte für vorhandene Mängel haben eine erhebliche praktische Bedeutung. Allzu oft nimmt der anständige Auftraggeber seine Rechte nicht wahr und bemisst die Einbehalte objektiv zu gering. Die einbehaltenen Beträge reichen dann zur vollständigen Mängelbeseitigung nicht aus, mit der Folge, dass der Auftraggeber eine Überzahlung geleistet hat, die er im Rahmen eines Gerichtsprozesses vom Unternehmer wieder zurückfordern muss. Wenn der Unternehmer im Laufe des Prozesses insolvent wird - was leider ebenfalls nicht selten geschieht - ist der Betrag endgültig verloren. Abgesehen davon muss der Kläger in einem Gerichtsprozess stets alle Voraussetzungen seines Anspruches nachweisen.

Ulrich Bräunig