

## Odměna za provedení díla v německém právu

Zdeněk Tobeš\*

Hlavní povinností objednatele ze smlouvy o dílo je nepochybně zaplacení odměny za zhotovení díla. Právní úprava této problematiky má velký význam nejen z hlediska smluvních stran konkrétní smlouvy, ale i z hlediska celkové situace v národním hospodářství, o čemž svědčí i změny v právní úpravě této problematiky v německém občanském zákoníku, ke kterým došlo v nedávné době s cílem zlepšení poměrů v dodavatelsko-odběratelských vztazích, a to zejména v oblasti výstavby.

### ÚVOD

Podstatnou částí smlouvy o dílo podle německého občanského zákoníku (dále jen BGB) je odměna za provedení díla, která se zpravidla poskytuje v penězích, ovšem nemusí tomu tak být vždy. Odměna může být určena jak podle věcného rozsahu sjednaného plnění zhotovitele, tak i podle doby nutné k vytvoření

---

\* Mgr. Ing. Zdeněk Tobeš, Ph.D., externí doktorand, Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

díla. BGB umožňuje uzavření smlouvy o dílo, aniž by byla dohodnuta výše odměny za provedení díla nebo stanoven způsob jejího určení; v takovém případě se podle § 632, odst. 1 BGB odměna považuje za mlčky dohodnutou, jestliže zhotovení díla lze podle okolností očekávat jen za odměnu. Jestliže by se podle okolností nemohlo vycházet z mlčky dohodnutého ujednání o odměně podle § 632, odst. 1 BGB, pak se z důvodu bezúplatnosti nejedná o smlouvu o dílo, ale jen o příkaz (Auftrag). Problematiky bezúplatnosti poskytnutého plnění se týká rovněž níže diskutované ustanovení § 632, odst. 3 BGB.

Není-li ve smlouvě výše odměny určena, pak se podle § 632, odst. 2 BGB při existenci sazby považuje za dohodnutou odměna určená podle sazby a při neexistenci sazby se považuje za dohodnutou odměna obvyklá. Sazbou se ale rozumí jen sazba stanovená v poplatkových řádech (Gebührensordnungen), vydaných formou zákona, jako je např. poplatkový řád upravující honoráře advokátů<sup>1</sup>.

Pod pojmem obvyklá odměna se rozumí odměna, která je obvykle (tzn. podle všeobecně uznávaného názoru) placena za plnění stejného druhu, kvality a rozsahu v místě plnění. Ustanovení § 632, odst. 2 BGB nevyžaduje, aby smluvním stranám byla výše obvyklé odměny známa; v praxi mívají smluvní strany o obvyklé odměně různou představu a k jejímu určení v případě standardních plnění lze informaci o obvyklé odměně získat od řemeslnických komor (Handwerkskammer). Obvyklou odměnu ve smyslu § 632, odst. 2 BGB může představovat i odměna vyplývající z nařízení o honorářích za plnění poskytovaná architektky a inženýry (dále jen HOAI)<sup>2</sup>, což je právní předpis, který nesplňuje výše uvedené požadavky pro stanovení odměny podle sazby na základě § 632, odst. 2 BGB.

Zaplacení obvyklé odměny v případě, že odměna není určena jinak, je stanoveno i v § 546, odst. 1 českého obchodního zákoníku (pokud ve smlouvě nebyla dohodnuta cena ani stanoven způsob jejího určení a z jednání o uzavření smlouvy vyplývá vůle stran uzavřít smlouvu i bez tohoto určení, je objednatel povinen zaplatit cenu, která se obvykle platí za srovnatelné dílo v době uzavření smlouvy za obdobných obchodních podmínek).

Pokud by odměna nebyla sjednána a nebylo by ji

možno stanovit podle sazby ani určit obvyklou odměnu, může zhotovitel jako oprávněný určit výši odměny podle tzv. spravedlivého uvážení (billiges Ermessen) na základě §§ 315, 316 BGB<sup>3</sup>. Pokud by objednatel s takto určenou odměnou nesouhlasil, může se obrátit na soud; důkazní břemeno ohledně spravedlivého určení odměny by v případném sporu nesl zhotovitel.

Ustanovení § 632, odst. 3 BGB stanoví, že odměna za rozpočet se v pochybnostech neposkytuje, tzn. za zpracování rozpočtu nevzniká automaticky právo na odměnu, pokud to není výslovně dohodnuto. U právních prací, které přesahují rámec rozpočtu a pouhé nabídky (jako je např. projekt díla, které má být zhotoveno), vzniká právo na odměnu v případě neuzavření smlouvy pouze tehdy, pokud mají určitou hodnotu už samy o sobě a bylo proto možné jejich provedení očekávat pouze za odměnu<sup>4</sup>.

Na právní úpravu obsaženou v § 632, odst. 3 BGB zhotovitelé často reagují tak, že za vytvoření rozpočtu požadují ochranný nebo zpracovací poplatek (eine Schutz- oder Bearbeitungsgebühr), který se má většinou zaplatit předem, přičemž nárok na něj existuje jen při neuzavření smlouvy, jinak jej lze započíst s odměnou<sup>5</sup>.

## způsob určení odměny

Ve smlouvách o dílo se používají různé způsoby určení odměny za provedení díla, a to zejména v závislosti na konkrétním obsahu závazku zhotovitele. Typicky jsou používány následující způsoby určení odměny:<sup>6</sup>

### 1. PAUŠÁLNÍ CENA (PAUSCHALPREIS)

Paušální cena je taková odměna za provedení díla, která zahrnuje všechny náklady s tím spojené a jejíž celková výše je určena již při uzavření smlouvy, zhotovitel tedy zpravidla nemůže požadovat vyšší odměnu. Důkazní břemeno ohledně toho, zda je určité plnění v paušální ceně zahrnuto, nese v případném sporu objednatel. V souvislosti s paušální cenou je nutně zmínit i se o tzv. pevné ceně (Festpreis). Tento pojem je často používán jako synonymum paušální ceny, ovšem nemusí tomu tak být vždy, neboť pojem „pevná cena“ nevyjadřuje zvláštní způsob výpočtu odměny zhotovi-

<sup>1</sup> BROX, H., WALKER, W.-D.: Besonderes Schuldrecht, 28. Auflage, München, C. H. Beck, 2003, str. 225, 246.

<sup>2</sup> V německém originále Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und der Ingenieure. Jedná se o nařízení spolkové vlády, vydané se souhlasem Spolkové rady (ve Věstníku spolkových zákonů (Bundesgesetzblatt) vyšlo pod číslem BGBl. I S.533 a je účinné od 1. 1. 1977) na základě zmocnění v zákoně ke zlepšení nájemního práva a k omezení růstu nájemného, jakož i k úpravě plnění architektů a inženýrů ze 4. 11. 1971 (Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen, dále jen MRVG), vydaném ve Věstníku spolkových zákonů pod číslem BGBl. I S. 1745.

<sup>3</sup> Blíže viz BROX, H., WALKER, W.-D.: Allgemeines Schuldrecht, 29. Auflage, München, C. H. Beck, 2003, str. 68–69.

<sup>4</sup> Viz literatura v poznámce č. 1, str. 247.

<sup>5</sup> SAENGER, I.: HANDWERK, Service, Kundendienst, 2. erweiterte Auflage, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2002, str. 43–44.

<sup>6</sup> Viz literatura v poznámce č. 5, str. 90–93.

tele, nýbrž závaznost sjednané odměny – např. v případě ujednání o jednotkové nebo hodinové sazbě pojem „pevná cena“ vyjadřuje to, že dohodnutý způsob výpočtu odměny nesmí být změněn, tzn. je vyloučena např. aplikace doložky umožňující zvýšení ceny na základě změny ceny použitého materiálu.

## 2. ODMĚNA URČENÁ PODLE JEDNOTKOVÉ SAZBY (EINHEITSSATZ)

V případě odměny za provedení díla určené podle jednotkové sazby je sjednána pouze cena určité jednotky, jejíž množství je udáno podle míry, váhy nebo počtu. Celková odměna za provedení díla, kterou je objednatel povinen zaplatit, je tedy vypočtena na základě skutečného počtu jednotek, přičemž překročení původně předpokládaného počtu jednotek nemá vliv na určení celkové ceny tímto způsobem výpočtu.

## 3. ODMĚNA URČENÁ PODLE HODINOVÉ SAZBY (STUNDENLOHNSATZ)

Zde se v podstatě jedná o zvláštní případ odměny určené podle jednotkové sazby. Odměna zhotovitele je počítána podle počtu hodin, strávených při provádění díla; u doby strávené jízdou se místo hodinových sazeb obvykle sjednávají paušální sazby založené na vzdálenosti<sup>7</sup>. Při provádění prací podle hodinové sazby je zhotovitel povinen dodržovat zásady hospodárnosti, objednatel by proto neměl nést ty dodatečné náklady, které způsobil zhotovitel porušením této povinnosti (např. tak, že zapomněl obstarat nějaký materiál a provádění díla proto trvalo delší dobu).

Za účelem předcházení sporům mezi smluvními stranami ohledně délky odpracované doby si zhotovitel obvykle nechává odpracovanou dobu potvrdit objednatelem a toto potvrzení pak bývá základem vyúčtování odměny zhotovitele. Tento druh odměny se sjednává zejména tehdy, pokud celkovou dobu provádění díla nelze odhadnout předem, např. v případech, kdy závazek zhotovitele spočívá v lokalizaci a odstranění závady v software apod.

## 4. ODMĚNA URČENÁ DODATEČNĚ NA ZÁKLADĚ NÁKLADŮ VYNALOŽENÝCH ZHOTOVITELEM PŘI PROVÁDĚNÍ DÍLA (SELBSTKOSTEN)

V tomto případě je odměna stanovena na základě nákladů vynaložených zhotovitelem při provádění díla, a to včetně zisku zhotovitele. Tento způsob stanovení odměny se používá zřídka, většinou jen tehdy, když při uzavření smlouvy není stanovení odměny možné, protože přesný rozsah plnění ještě není znám, např.

u rozsáhlejších smluv v oblasti výstavby, u nichž je předpokládáno provádění díla v období několika let.

Při sjednávání odměny se používají i kombinace výše uvedených způsobů určení odměny, např. tak, že část odměny bude určena na základě paušální ceny a část na základě jednotkové ceny.

## SPLATNOST ODMĚNY

Splatnost a úročení odměny je v BGB upraveno v § 641 BGB. Podle prvního odstavce tohoto ustanovení je nutno odměnu zaplatit při převzetí díla (je-li podle povahy díla převzetí vyloučeno, je odměna na základě § 646 BGB splatná při dokončení díla), od okamžiku převzetí se podle § 641, odst. 4 BGB rovněž úročí odměna stanovená v penězích, pokud není s odměnou posečkáno. Má-li být dílo převzato po částech a je-li stanovena odměna za jednotlivé části, je nutno podle § 641, odst. 1, věty druhé BGB zaplatit odměnu za každou část díla při jejím převzetí (účinky převzetí má podle § 641a BGB rovněž potvrzení znalce o bezvadnosti díla). Jestliže má ovšem objednatel nárok na odstranění vad, může i po převzetí díla zadržovat odpovídající část odměny (podle § 641, odst. 3 BGB minimálně trojnásobek předpokládaných nákladů na odstranění vad). Jelikož však ke zjištění vad (zejména pokud se jedná o skryté vady) často dochází až po úplném zaplacení odměny, je z hlediska objednatele vhodné ujednání, podle kterého bude splatnost části odměny (ve výši několika procent celkové odměny) opožděna vůči době převzetí díla o dobu dostatečnou k objevení skrytých vad, což je užitečné zejména u stavebních děl.

Zákonem k urychlení splatných plateb (BGBI. I 2000, S. 330), který je účinný od 1. 5. 2000<sup>8</sup>, bylo do BGB vloženo ustanovení § 641, odst. 2 BGB. Podle tohoto ustanovení bude odměna zhotovitele za dílo, k jehož zhotovení se objednatel zavázal třetí osobě, splatná nejpozději tehdy, když objednatel od třetí osoby obdržel odměnu za zhotovení díla nebo její část. Jestliže objednatel třetí osobě kvůli možným vadám díla poskytl jistotu, pak toto pravidlo platí jen tehdy, pokud zhotovitel objednateli poskytne jistotu v odpovídající výši. Cílem této právní úpravy je přimět generální dodavatele k tomu, aby svým subdodavatelům za jejich plnění zaplatili odměnu hned poté, co obdrželi odměnu od svého odběratele, čímž má být dosaženo zlepšení poměrů zejména v oblasti výstavby.

Prodlení s placením peněžité pohledávky bylo v BGB nově upraveno jak zákonem k urychlení splatných plateb, tak rovněž zákonem k modernizaci závazkového práva. Zákonem k urychlení splatných plateb

<sup>7</sup> Viz TOBEŠ, Z.: Smlouva o dílo s německým subjektem, Právní rádce, 2005, č.3, str. III.

<sup>8</sup> Cílem tohoto zákona byla ochrana malých a středních podniků (zejména ve stavebním průmyslu), neboť vlivem špatné platební morálky objednatelů vznikaly těmto podnikům finanční potíže, které měly často za následek jejich insolventci.

bylo v § 286, odst. 3 BGB stanoveno, že dlužník peněžitě pohledávky se dostane v případě nesplnění své povinnosti zaplatit do prodlení 30 dní po splatnosti pohledávky a dojití účtu nebo rovnocenného platebního výkazu (Zahlungsaufstellung). Tato právní úprava byla v německé literatuře kritizována, protože dlužník takto mohl být za nesplnění své povinnosti sankcionován teprve v případě, když svou povinnost nesplnil ani po uplynutí třiceti dnů od splatnosti pohledávky. Na základě této kritiky zákonodárce změnil § 286, odst. 3 BGB tak, že dlužník peněžitě pohledávky se dostane do prodlení nejpozději tehdy, když do 30 dnů po splatnosti pohledávky a dojití účtu nebo rovnocenného platebního výkazu nesplní svou povinnost zaplatit (toto pravidlo však platí podle § 286, odst. 3 BGB vůči spotřebiteli jen tehdy, pokud byl na tyto následky zvláště upozorněn). Na základě této nové úpravy se může dlužník dostat do prodlení ještě před uplynutím 30 dnů od splatnosti pohledávky podle § 286, odst. 1 BGB prostřednictvím upomínky (Mahnung) věřitele poté, co se pohledávka stala splatnou, nebo prostřednictvím podání žaloby či doručením upomínacího výměru (Mahnbescheid) v upomínacím řízení (Mahnverfahren)<sup>9</sup> nebo v případech uvedených v § 286, odst. 2 BGB (např. tehdy, pokud bude doba plnění určena podle kalendáře).

Podle § 288, odst. 1 BGB, který byl změněn zákonem k modernizaci závazkového práva (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz), se peněžitá pohledávka během prodlení úročí podle základní úrokové sazby zvýšené o 5 %, pokud však na smlouvě není zúčastněn žádný spotřebitel, tak se podle § 288, odst. 2 BGB peněžitá pohledávka úročí podle základní úrokové sazby zvýšené o 8 %. Základní úroková sazba podle § 247, odst. 1 BGB činí 3,62 % a postupem podle § 247, odst. 1 BGB se mění (roste či klesá) k 1. 1. a 1. 7. každého roku o tolik procent, o kolik se v období od poslední změny základní úrokové sazby změnila úroková sazba Evropské centrální banky, přičemž platnou základní úrokovou sazbu uveřejňuje podle § 247, odst. 2 BGB Německá spolková banka (die Deutsche Bundesbank) neprodleň po 1. 1. a 1. 7. každého roku ve Spolkovém věstníku (Bundesanzeiger).

### ZÁLOHOVÉ PLACENÍ ODMĚNY

Podle původního znění BGB nemohl zhotovitel od objednatele požadovat poskytnutí zálohových plateb, pokud to mezi stranami nebylo výslovně sjednáno, neboť právní úprava v §§ 631 a násl. BGB zhotoviteli takové právo nepřiznávala. Výše zmíněný zákon o urychlení splatných plateb do BGB vložil mj. i ustanove-

ní § 632a s názvem Zálohové platby (Abschlagszahlungen), který stanoví, že zhotovitel může za ucelené části díla požadovat zálohové platby, jestliže se jedná o plnění odpovídající smlouvě. Toto pravidlo platí i pro potřebný materiál nebo součásti (Bauteile), které zhotovitel vyrobil nebo dodal za účelem provedení díla. Plnění se však považuje za odpovídající smlouvě jen tehdy, pokud je potřebné a v podstatné míře bez vad a zhotovitel má v úmyslu dílo dokončit<sup>10</sup>. Dalším předpokladem vzniku nároku na zálohové platby je to, že objednateli bude převedeno vlastnictví k částem díla, k materiálu nebo součástí nebo že mu bude poskytnuta jistota (Sicherheit) tohoto převodu (BGB jistotu obecně upravuje v §§ 232 a násl. BGB, jistota může být poskytnuta např. prostřednictvím bankovní záruky).

Prostřednictvím zálohových plateb mají být zhotoviteli kompenzovány nevýhody spojené s povinností plnit před plněním závazku objednatele, neboť by zejména u rozsáhlých projektů bylo nespravedlivé, kdyby zhotovitel mohl požadovat odměnu až po dokončení celého díla. BGB sice obsahuje v § 641, odst. 1, větě druhé pravidlo upravující splatnost odměny za jednotlivé části díla při jejich převzetí, toto ustanovení však předpokládá, že ve smlouvě bylo sjednáno přebírání díla po částech a určena odměna za jednotlivé části díla, která je splatná až při převzetí příslušné části díla, což jsou předpoklady, které v § 632a BGB vyžadovány nejsou. Ovšem určitým nedostatkem § 632a BGB je to, že v tomto ustanovení není vymezen způsob určení výše zálohových plateb, tzn. o konkrétní výši tohoto nároku zhotovitele bude patrně rozhodovat soud na základě své volné úvahy.

Právní úprava v § 632a BGB je v německé literatuře často kritizována, a to zejména z toho důvodu, že výše uvedené předpoklady nároku na poskytnutí zálohových plateb podle § 632a BGB jeho prosaditelnost podstatně znesnadňují<sup>11</sup>. Z hlediska zhotovitele je tedy nejhodnější dosáhnout toho, aby smlouva stanovila povinnost objednatele poskytnout zhotoviteli zálohové platby v určitém rozsahu před převzetím díla bez ohledu na výsledek přezkoumávání jeho jakosti, a to nejlépe zčásti již v době uzavření smlouvy a zčásti později, v závislosti na postupu prací při zhotovování díla, neboť případné spory s objednatelem ohledně vad díla můžou při postupu podle § 632a BGB zaplacení zálohových plateb podstatně oddálit.

Zálohové platby v případě smluv mezi investorem a osobou, která bude provádět stavební záměr vlastním jménem na jeho účet (Bauträger), jsou upraveny v nařízení spolkového ministerstva spravedlnosti BGBl. I, S. 981 z 23. 5. 2001 (Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen).

<sup>9</sup> Viz JAUERNIG, O.: Zivilprozessrecht, 28. Auflage, München, C. H. Beck, 2003, str. 360–364.

<sup>10</sup> Viz literatura v poznámce č. 1, str. 247.

<sup>11</sup> Viz WERNER, U., PASTOR, W.: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, Einführung, 22. Auflage, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2003, str. XXV.

## URČENÍ ODMĚNY NA ZÁKLADĚ ROZPOČTU

Odměna zhotovitele za provedení díla může být určena i na základě rozpočtu, který je v BGB zmíněn pouze v § 650 v souvislosti s právem objednatele vypovědět smlouvu při podstatném překročení nezávazného rozpočtu. Z hlediska tohoto ustanovení BGB rozlišuje rozpočet závazný a nezávazný. Nezávazný rozpočet obsahuje pouze předpokládané náklady na provedení díla; smlouva založená na nezávazném rozpočtu tedy vychází z toho, že odměna za provedení díla není v okamžiku uzavření smlouvy pevně stanovena a bude definitivně určena až po jeho provedení.

Protože během provádění díla může vyjít najevo, že dílo nelze provést bez podstatného překročení rozpočtu, je v tomto případě objednateli podle § 650, odst. 1 BGB umožněno vypovězení smlouvy tehdy, jestliže zhotovitel nepřevzal záruku za správnost rozpočtu (nezávazný rozpočet), a to za příznivějších podmínek než v případě práva objednatele vypovědět smlouvu kdykoliv podle § 649 BGB (v případě výpovědi objednatele podle § 649 BGB je zhotovitel oprávněn požadovat sjednanou odměnu s tím, že je povinen si započíst to, co v důsledku zrušení smlouvy ušetřil, získal jiným využitím své pracovní síly nebo získat zlovolně opomenul).

V případě výpovědi objednatele v důsledku podstatného překročení nezávazného rozpočtu je zhotovitel povinen svou práci neprodleně ukončit, přičemž má nárok jen na část odměny odpovídající vykonané práci a v ní nezahrnuté výlohy (viz § 645, odst. 1 BGB, na který § 650, odst. 1 BGB odkazuje). Důkazní břemeno ohledně podstatného překročení rozpočtu by v případném sporu zřejmě nesl objednatel (orientační hranice, od které lze překročení rozpočtu považovat za podstatné, je překročení rozpočtu o 10–15 %, touto hranicí však soud není vázán<sup>12</sup>). V případě neoprávněné výpovědi se postupuje tak, jako kdyby objednatel využil své právo podle § 649 BGB smlouvu kdykoliv vypovědět.

Nedostatkem právní úpravy v BGB je to, že neobsahuje pravidla upravující vztah příčiny podstatného překročení nezávazného rozpočtu a povinnosti objednatele hradit vzniklé dodatečné náklady v případě, kdy objednatel při podstatném překročení nezávazného rozpočtu smlouvu nevypoví. V tomto případě je tedy zřejmě nutno vycházet z toho, že pokud nebylo dohodnuto jinak, je objednatel zásadně povinen zaplatit odměnu požadovanou zhotovitelem. Po srovnání právní úpravy v ObchZ s § 650, odst. 1 BGB je tedy nutno z hlediska objednatele za vhodnější a podrobnější považovat právní úpravu problematiky překročení rozpočtu v § 547 ObchZ.

Rozpočet je považován za závazný, pokud zhotovitel převzal záruku za dodržení rozpočtu. V tomto případě zhotovitel nemůže požadovat vyšší odměnu a objednatel bude povinen zaplatit odměnu podle rozpočtu i v případě, že skutečné náklady na provedení díla budou nižší než předpokládané náklady. Pokud je základem smlouvy závazný rozpočet, nemá objednatel právo výpovědi podle § 650, odst. 1 BGB a může požadovat provedení díla za odměnu stanovenou v rozpočtu.

Pokud lze očekávat podstatné překročení rozpočtu, je o tom zhotovitel podle § 650, odst. 2 BGB povinen neprodleně informovat objednatele; v opačném případě mu vznikne povinnost k náhradě škody vzniklé nesplněním této povinnosti, přičemž zavinění zhotovitele může spočívat i v tom, že v rozpočtu uvedl příliš nízké náklady (pak je odpovědný za porušení představních povinností (culpa in contrahendo) podle § 311, odst. 2 a § 241, odst. 2 BGB), nebo v tom, že při provádění díla způsobil dodatečné náklady, např. použitím dražšího materiálu v rozporu s smlouvou<sup>13</sup>. Následky nesplnění této oznamovací povinnosti ovšem výslovně stanoveny nejsou. Zpráva není nutná v případě změny plnění na přání objednatele (formou změny smlouvy), neboť pokud objednatel bude během provádění díla požadovat např. použití dražšího materiálu, nemůže se dovolávat toho, že o zvýšení nákladů nebyl informován, což zřejmě platí i v případě, kdy zhotovitel objednatele neinformoval o změně výše odměny v důsledku změny plnění a odměna by vlivem neexistence příslušného ujednání o změně výše odměny v souvislosti se změnou smlouvy byla stanovena na základě § 632, odst. 2 BGB (viz výše).

**ZAJIŠŤOVACÍ PROSTŘEDKY ZHOTOVITELE**

Jelikož zhotovitel je podle §§ 631 a násl. BGB povinen plnit před plněním závazku objednatele, je zároveň chráněn jeho zájem na tom, aby mu byla poskytnuta jistota uspokojení jeho nároku na odměnu, neboť odměna za provedení díla je splatná teprve při převzetí díla (§ 641, odst. 1 BGB) a před převzetím lze ze zákona požadovat pouze poskytnutí zálohových plateb (Abschlagszahlungen) za podmínek § 632a BGB (viz výše). BGB v rámci právní úpravy smlouvy o dílo upravuje následující zajišťovací prostředky zhotovitele:

### ZAJIŠŤOVACÍ PROSTŘEDKY ZHOTOVITELE

1) **ZÁKONNÉ ZÁSTAVNÍ PRÁVO ZHOTOVITELE NA JÍM VYTVOŘENÝCH NEBO OPRAVENÝCH MOVITÝCH VĚCÍCH OBJEDNATELE**

Pro své pohledávky ze smlouvy o dílo má zhotovitel

<sup>12</sup> Viz literatura v poznámce č. 5, str. 48.

<sup>13</sup> Viz literatura v poznámce č. 5, str. 49–50.

vitel podle § 647 BGB zákonné zástavní právo na jím vytvořených nebo opravených movitých věcech objednatele, pokud se tyto věci při výrobě nebo za účelem opravy dostaly do držby zhotovitele. Pro toto zástavní právo vzniklé ze zákona platí podle § 1257 BGB obdobně (entsprechend) předpisy o zástavním právu založeném právním úkonem (rechtsgeschäftliches Pfandrecht). Zhotovitel se tedy může uspokojit např. prodejem zástavy podle §§ 1228 a násl. BGB.

Zástavní právo zhotovitele podle § 647 BGB existuje jen tehdy, pokud movitá věc, která se při výrobě nebo za účelem opravy dostala do držby zhotovitele, je vlastnictvím objednatele, neboť § 647 BGB se vztahuje pouze na „movité věci objednatele“. Není tedy možné nabytí tohoto zástavního práva k movitým věcem třetích osob v dobré víře, že se jedná o věci objednatele, což vyplývá již ze znění § 1257 BGB, který prohlašuje ustanovení o zástavním právu založeném právním úkonem za obdobně aplikovatelná jen na již ze zákona vzniklé zástavní právo („entstandenes Pfandrecht“), tj. neodkazuje na § 1207 BGB, upravující získání zástavního práva v dobré víře, že zastavená movitá věc náleží zástavci, z čehož lze usoudit, že zákonodárce nechtěl obecně připustit nabývání zákonných zástavních práv tímto způsobem<sup>14</sup>. Z tohoto hlediska je pro zhotovitele vhodné sjednat zástavní právo ve smlouvě, neboť v takovém případě může získat zástavní právo i k movité věci náležící třetí osobě, pokud je v dobré víře, že věc náleží objednateli.

Zástavní právo podle § 647 BGB zajišťuje veškeré pohledávky zhotovitele ze smlouvy s objednatel, především tedy nárok na odměnu, ale rovněž i jiné pohledávky, které mají původ ve smlouvě o dílo. Předáním díla objednateli zástavní právo zaniká, ale pokud se předmět zástavy dostane do držby zhotovitele ještě poté, tak se zástavní právo opět obnovuje. Pokud ovšem zhotovitel ztratí držbu věci, která je předmětem zástavy, proti své vůli (např. tak, že mu bude objednatel odňata bez jeho vědomí), nemá to na existenci zástavního práva žádný vliv. Zástavní právo definitivně zanikne teprve uspokojením zhotovitele nebo jednostranným prohlášením zhotovitele, že se zástavního práva vzdává.

## 2) ZAJIŠŤOVACÍ HYPOTÉKA ZHOTOVITELE STAVEBNÍHO DÍLA

Je-li předmětem smlouvy o dílo zhotovení stavebního díla nebo jeho části, má zhotovitel takového díla podle § 648, odst. 1, věty první BGB nárok na to, aby mu byla pro jeho pohledávky ze smlouvy přiznána zajišťovací hypotéka (Bauhandwerkersicherungshypothek) na stavebním pozemku objednatele. Zho-

tovitelem stavebního díla nebo jeho části (Baunternehmer) je ve smyslu tohoto ustanovení každý, kdo k vytvoření stavebního díla poskytl nějaký materiální přínos, např. i pokrývač při opravě střechy, ale naopak ne lešenář<sup>15</sup>. Předpokladem vzniku práva zhotovitele stavebního díla nebo jeho části na přiznání zajišťovací hypotéky podle § 648 BGB je to, že objednatel je vlastníkem pozemku a pohledávka, která má být zajištěna, má původ ve smlouvě o dílo mezi zhotovitelem stavebního díla nebo jeho části a objednatel.

Zajišťovací hypotéka nevzniká přímo ze zákona, ale musí být teprve založena právním úkonem (§§ 873, 1184 BGB). Pokud objednatel zápis zajišťovací hypotéky nepovolí a nenavrhne, musí být nárok na tento zápis přiznán soudem. Podle § 648, odst. 1, věty druhé BGB může zhotovitel požadovat přiznání zajišťovací hypotéky i tehdy, jestliže dílo ještě není dokončeno, a sice pro část odměny odpovídající již vykonané práci a vyloham nezahrnutým v odměně. Pokud stavební práce již byly provedeny, mohou být touto hypotékou zajištěny všechny pohledávky zhotovitele stavebního díla nebo jeho části ze smlouvy s objednatel. Nárok na přiznání hypotéky však existuje v plné výši jen tehdy, když je poskytnuté plnění bezvadné, u vadného plnění pak jen potud, pokud již došlo ke zvýšení hodnoty pozemku<sup>16</sup>.

Přiznání hypotéky podle § 648 BGB může pro své pohledávky ze smlouvy s objednatel požadovat i architekt, jelikož smlouva o poskytnutí odborných služeb architekta se v německém právu považuje za smlouvu o dílo; to však neplatí, pokud plnění architekta spočívalo pouze v plánování, které nevedlo ani částečně k vytvoření stavebního díla<sup>17</sup>. Zvláštním ustanovením k § 648, odst. 1 BGB je § 648, odst. 2 BGB, podle něhož může vlastník loděnice pro své pohledávky ze stavby nebo opravy lodi požadovat přiznání lodní hypotéky na stavbě lodi nebo na lodi objednatele, přičemž platí přiměřeně § 648, odst. 1, věta druhá BGB a § 647 BGB se nepoužije.

## 3) PRÁVO ZHOTOVITELE STAVEBNÍHO DÍLA POŽADOVAT POSKYTNUTÍ JISTOTY

Protože § 648 BGB v mnoha případech poskytuje jen nedostatečnou ochranu (zejména proto, že přiznání hypotéky lze podle tohoto ustanovení požadovat pouze v rozsahu odpovídajícím již provedeným pracem, přičemž může vyjít najevo, že pozemek je již značně zatížen nebo objednateli již nepatří), byl přijat zákon o zajištění poskytovatele staveních prací (Bauhandwerkersicherungsgesetz), účinný od 1. 5. 1993, který do BGB vložil § 648a, podle jehož prvního odstavce může zhotovitel stavebního díla nebo jeho části od objedna-

<sup>14</sup> Viz literatura v poznámce č. 1, str. 273–274.

<sup>15</sup> Viz literatura v poznámce č. 5, str. 108.

<sup>16</sup> Viz literatura v poznámce č. 11, str. XXIV.

<sup>17</sup> Tamtéž.

tele požadovat poskytnutí jistoty zaplacení odměny za plnění, které má poskytnout před plněním závazku objednatele, včetně k tomu náležitých vedlejších nároků (jako jsou např. úroky).

Z § 648a BGB sice nevyplývá žádný žalovatelný nárok zhotovitele na poskytnutí jistoty, dává mu však právo na odepření plnění (které nelze dohodou stran vyloučit) v případě, že objednatel požadovanou jistotu ve zhotovitelem stanovené lhůtě neposkytne<sup>18</sup>. Jako jistota přichází podle § 648a, odst. 2 BGB v úvahu (kromě obecných způsobů jejího poskytnutí, upravených v §§ 232 a násl. BGB) i záruka nebo jiný závazek k zaplacení (Zahlungsversprechen) poskytnutý úvěrovým (peněžním) ústavem (Kreditinstitut) nebo pojistitelem úvěrů (Kreditversicherer). Nebude-li požadovaná jistota ve stanovené lhůtě poskytnuta, je zhotovitel na základě odkazu ustanovení § 648a, odst. 5, věty první a druhé BGB na §§ 643, 645, odst. 1 BGB oprávněn objednateli stanovit k poskytnutí jistoty přiměřenou lhůtu s pohružkou výpovědi; po jejím marném uplynutí je pak oprávněn smlouvu zrušit a poža-

dovat část odměny odpovídající vykonané práci, náhradu v odměně nezahrnutých výdajů a náhradu škody, která mu vznikla tím, že se spoléhal na platnost smlouvy. Totéž platí podle § 648a, odst. 5, věty třetí a čtvrté BGB tehdy, když objednatel smlouvu vypoví po uplatnění požadavku na poskytnutí jistoty, ledaže by výpověď nebyla dána proto, aby se objednatel poskytnutí jistoty vyhnul (důkazní břemeno v tomto případě má tedy zřejmě objednatel).

Ustanovení § 648a, odst. 1 až 5 BGB se podle § 648a, odst. 6 BGB neaplikují tehdy, pokud je objednatelem právnická osoba veřejného práva, veřejnoprávní sdružení majetku nebo fyzická osoba, která objednala provedení stavebních prací za účelem vybudování nebo rekonstrukce rodinného domu, což neplatí v případě, když k obstarávání záležitostí spojených se stavebním záměrem byl zmocněn zástupce (Baubetreuer) oprávněný disponovat s finančními prostředky. V těchto případech pak existuje pouze nárok podle § 648 na přiznání zajišťovací hypotéky zhotovitele stavebního díla.

<sup>18</sup> Viz literatura v poznámce č. 1, str. 274.