

veröffentlicht von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Der neue § 649 BGB - Fluch oder Segen für den Werkunternehmer?

Zum 01.01.2009 wurde § 649 BGB geändert. Das ist die Vorschrift aus dem Werkvertragsrecht, die die Kündigungsmöglichkeit des Bestellers vor der Abnahme des Werkes und den verbleibenden Vergütungsanspruch des Unternehmers regelt. Da die Auswirkung einer Kündigung nach § 649 BGB in der Vergangenheit zu großen Schwierigkeiten geführt hat, wurde die Neuregelung mit Spannung erwartet. Der folgende Artikel will darstellen, welche aus Sicht des Unternehmers und Bestellers positiven oder negativen Änderungen sich ergeben haben.

1. Warum die Änderung des § 649 BGB?

Anlass der Änderung war die Erkenntnis, „...dass die wirtschaftliche Lage der Werkunternehmer in den letzten Jahren immer schlechter geworden ist. Die Zahlungsmoral der Besteller ist verbesserungswürdig und vor allem sollen Handwerksbetriebe in die Lage versetzt werden, ihre Werklohnforderungen effektiv zu sichern...“, so die Problem- und Zielbeschreibung ([Quelle: Gesetzesentwurf zum FoSiG, Bundestagsdrucksache 16/511, S. 1; BT-Drs. 16/511](#))

Erreicht werden soll dies unter anderem durch das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderung – kurz: Forderungssicherungsgesetz (FoSiG). Hierdurch traten in den unterschiedlichsten Gesetzen Änderungen ein, so im BGB, EGBGB, in der ZPO, im BauFG, im GKG, im RVG, im GmbHG, im AktG, im SGB X usw. Im Zuge der Änderung durch das FoSiG wurde auch der § 649 BGB geändert

2. Was hat sich konkret geändert im § 649 BGB?

Im Zuge der Änderung erhielt der § 649 einen neuen Satz 3, der eine Vermutungsregelung hinsichtlich des Vergütungsanspruches des Bestellers enthält. Das bedeutet, dass jetzt gesetzlich davon ausgegangen wird, dass der Unternehmer einen Anspruch auf 5 % der Restvergütung hat. Diese Vermutung kann jedoch von beiden Seiten widerlegt werden.
bis 1.1.2009

“

(alte Fassung = a.F.) § 649 BGB a.F. - Kündigungsrecht des Bestellers

”

“

1 Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen.
2 Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

”

“

(neue Fassung = n.F.) § 649 BGB n.F. – Kündigungsrecht des Bestellers ab 1.1.2009

”

“

1 Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen.
2 Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. **3. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.**

”

3. Was hat sich nicht geändert?

Nicht geändert hat sich also das Recht des Bestellers, jederzeit den Vertrag kündigen zu können. Dies wird damit begründet, dass Werkverträge meist auf das Eigentum des Bestellers oder Auftraggebers einwirken. Diese Sichtweise zielt v.a. auf die Werkverträge in der Baubranche. Weiter wird angeführt, dass der Unternehmer selbst kein Interesse an der Fertigstellung des Werks, sondern nur am Erhalt seines Werklohns hat. Auch dies mag in der Baubranche zutreffen, doch Softwareentwicklern ist oft daran gelegen, dass das Programm oder die Programmierung funktioniert.

Als Ausgleich erhält der Unternehmer einen Anspruch auf Ersatz der entgangenen Vergütung. Entscheidend Wichtig ist bei der Betrachtung des § 649 BGB, dass die Kündigung nur Auswirkung für die Zukunft hat – bis zum Zeitpunkt der Kündigung bleibt der Vertrag und damit der Vergütungsanspruch des Unternehmers bestehen. Der Besteller hat also grundsätzlich die gesamte vereinbarte Vergütung zu bezahlen, jedoch werden die ersparten Aufwendungen des Unternehmers abgezogen.

4. Was muss der Besteller jetzt genau im Falle einer Kündigung bezahlen?

Wird der Werkvertrag gekündigt, muss zunächst der Unternehmer getrennt und detailliert auflisten, welche Leistung er erbracht und welche er noch nicht erbracht hat. Weiter muss der Unternehmer noch erklären, was er an „ersparten Aufwendungen“ hatte. Ersparte Aufwendungen sind diejenigen Aufwendungen, die der Unternehmer nicht (mehr) machen musste, weil der Besteller gekündigt hat. Hier können als Beispiel die nun nicht mehr vorzunehmende Bestellung von Materialien oder die Einschaltung von Subunternehmern genannt werden.

Hinweis:

Wichtig ist, dass hier auf die Kausalität zwischen Kündigung und ersparter Aufwendung geachtet wird. Von der verbleibenden Forderung werden dann die eventuell schon gezahlten Abschlagszahlungen abgezogen – was verbleibt, ist die Zahlungsforderung des Unternehmers an den Besteller.

Hinweis:

Der auf die nicht erbrachte Leistung entfallene Teil kann nie negativ sein. Er ist nicht umsatzsteuerpflichtig, weil hier eben kein Leistungsaustausch mehr vorliegt.

Der Besteller muss also zum einen den bereits erstellten Teil des Werks bezahlen – inklusive Umsatzsteuer und dann natürlich auch den Teil, den der Unternehmer erstellt hätte, es wegen der Kündigung jedoch nicht getan hat. Da es hier schwierig ist, zu beweisen, was insbesondere an ersparten Aufwendungen anzusetzen ist, entbrennen hierüber häufig die größten Streitigkeiten.

Diese sollten nun durch die neue 5% Vermutung in Satz 3 beendet werden.

Ein Beispielfall: Besteller B vereinbart mit Unternehmer U die Programmierung einer Schnittstelle.

Beispielrechnung:

Rechnung bei 5%-Vermutung:

Gesamtauftragsvolumen 200.000 € + 19% USt = 238.000 €; Der Unternehmer erbringt 50% der Leistung; der Besteller hat 2 x 20.000 € als Abschlagszahlungen geleistet.

“

Erbrachte Leistung (100.000 + 19% USt)

119.000 €

”

“

Nicht erbrachte Leistung – ersparte Aufwendungen

”

“

> hier durch die Pauschale (5% von 100.000) **5.000 €**

”

“

124.000 €

”

“

abzüglich der geleisteten Abschlagszahlungen **40.000 €**

”

“

Forderung ***84.000 € ***

”

5. Wer muss was beweisen und was soll der neue Satz 3?

a. Um den Vergütungsanspruch zu beweisen, muss der Unternehmer darlegen:

- die vereinbarte Gesamtvergütung
- die Kündigung
- die Mangelfreiheit

nur vorzutragen:

- die Differenzierung von erbrachter / nicht erbrachter Leistung (ggf. Kalkulationsgrundlage)
- die Höhe der ersparten Aufwendungen (wenn für den Teil der
- nichterbrachten Leistung einen höheren Betrag als die Pauschale geltend macht)

b. Der Besteller muss beweisen :

- eine höhere als vom Unternehmer vorgetragene Ersparnis (wenn er sich darauf berufen will)
- ggf. die Unzumutbarkeit der Weiterverwendung von Material

Genau bei dem Punkt der ersparten Aufwendungen greift nun der neue Satz 3 ein: er bringt eine

widerlegliche Vermutung von 5% ein. Diese 5% errechnen sich aus dem Woraus errechnen sich diese 5 %? Der Anteil der Vergütung bezogen auf den nicht erbrachten Teil (ohne USt) und davon 5%.

Das ist jedoch lediglich eine Vermutung: Der Unternehmer kann einen höheren Anteil beweisen, der Besteller einen niedrigeren. In der Vergangenheit hat gerade das Erfordernis der detaillierten Aufstellung oft große Schwierigkeiten und hohen Arbeitsaufwand für den Unternehmer bedeutet, um den strengen Anforderungen hieran gerecht zu werden.

So bedeutet die Einführung des Satz 3 keine Umkehr der Beweislast, sondern eine Erleichterung für den Unternehmer. Er kann jedoch wie nach alter Rechtslage auch, einen geringeren Anteil an ersparten Aufwendungen und somit eine höhere Restforderung geltend machen – muss es dann wie zuvor auch voll beweisen. Der kündigende Besteller kann nach wie vor geltend machen, dass der Unternehmer mehr Aufwendungen eingespart oder dies böswillig unterlassen hat – muss diese Behauptung allerdings auch beweisen.

6. Fazit

Die Frage, ob das Ziel der Änderung erreicht wurde, mag jeder selbst beurteilen. Den Praxistest wird die Änderung noch bestehen müssen. Ein kurioses Detail stimmt weiter nachdenklich: Vor der Neufassung hätte eine solche Regelung nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vereinbart werden können – weil sie den Unternehmer unangemessen benachteiligt hätte; jetzt ist sie Gesetz.

Wenn für Sie nicht die Pauschale von 5% gelten soll oder Sie sich zumindest nicht der Gefahr aussetzen wollen, so können Sie dies nur durch einzelvertragliche Regelungen verhindern. Hier können Sie das Kündigungsrecht aus Satz 1 auf wichtige Gründe beschränken und die Pauschale individuell vereinbaren. Wichtig ist, dass in AGB weder der Besteller noch der Unternehmer von der gesetzlichen Regelung wirksam abweichen können.

Veröffentlicht von:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin