

# NewsLetter

2006-6 Seite 1

Sauerbruchstraße 9  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Werkvertragsrecht

### Fälligkeit des Werklohns nach Kündigung des Bauvertrages

Mit Urteil vom 11. Mai 2006 (Az. VII ZR 146/04) hat der Bundesgerichtshof (BGH) seine bisherige Rechtsprechung zur Fälligkeit des Werklohns nach Kündigung des Bauvertrages geändert. Nunmehr wird der Werklohn auch in diesen Fällen grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistung fällig.

Für den Beginn der Gewährleistungsfrist hatte der BGH schon in der Vergangenheit entschieden (Urteil vom 19. Dezember 2002, Az. VII ZR 103/00), dass diese nach einer Kündigung erst dann zu laufen beginnt, wenn die bis zur Kündigung erbrachte Leistung abgenommen wird. Denn erst die Abnahme der (Teil-) Leistung beendet das Erfüllungsstadium.

Für die Fälligkeit des Werklohns galt bislang etwas Anderes: Bisher war der BGH der Meinung, dass das infolge vorzeitiger Vertragsbeendigung unfertige Werk keiner Abnahme (sondern beim VOB/B-Vertrag nur einer prüfaren Schlussrechnung) bedarf, um die Vergütung fällig werden zu lassen. Diese Rechtsprechung hat der BGH jetzt als falsch erkannt und ausdrücklich aufgegeben.

#### Praxishinweise

Änderungen in der Rechtsprechung des BGH sind selten, diese hier aber war überfällig. Denn es war kein Grund dafür erkennbar, warum beim

gekündigten Bauvertrag die verschiedenen Wirkungen der Abnahme (Fälligkeit des Werklohns, Beginn der Gewährleistungsfristen, Verlust bestimmter Gewährleistungsrechte bei fehlendem Vorbehalt, Umkehr der Beweislast, Übergang der Gefahr der Beschädigung oder Zerstörung des Werkes etc.) unterschiedlich behandelt wurden dergestalt, dass (nur) für die Fälligkeit des Werklohns die Abnahme verzichtbar sein sollte.

Die Kündigung des Werkvertrages tritt quasi an die Stelle der Fertigstellung der Werkleistung. Das bedeutet, dass die Kündigung den Umfang der vom Auftragnehmer (AN) werkvertraglich geschuldeten Leistung ändert, nämlich auf die bis dahin erbrachte Teilleistung beschränkt. Geschuldet wird im Falle der Kündigung also nicht mehr das vollständige Werk, sondern die unvollendete Teilleistung. Demzufolge kommt es bei der Abnahme auch nur auf die Feststellung an, dass das Werk zwar unvollendet, sonst aber vertragskonform hergestellt ist.

Das klingt einfach, aber in der Praxis kann es erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten, ob ein Werk nur noch nicht vollständig erbracht, oder aber vollständig erbracht, jedoch mangelhaft ist. Die Unterscheidung ist aber wichtig, denn im letzteren Fall muss der AN Gewähr leisten, d. h. im Zweifel sein Werk vollenden, ohne dafür eine weitere Vergütung zu erhalten. (Der Umfang des Vergütungsanspruchs des AN bei gekündigtem Bauvertrag hängt davon ab, ob es sich um eine sog. freie Kündigung des Auftraggebers [AG] oder um eine Kündigung aus wichtigem Grund handelt.)

# NewsLetter

2006-6 Seite 2

Denn die Kündigung ändert nichts am Recht des AG auf Nachbesserung, soweit das unvollendete Werk auch noch mangelhaft ist. Und umgekehrt behält der AN auch beim gekündigten Vertrag sein Recht, nachbessern zu dürfen, wenn der AG den Bauvertrag nicht gerade wegen unterbliebener oder fehlgeschlagener Nachbesserung gekündigt hat.

Mit Ausnahme der Beschränkung des Leistungsumfangs gelten die werkvertraglichen Regelungen wie beim nicht gekündigten Bauvertrag weiter.

Das bedeutet, dass ebenso wie beim vollständig erfüllten Bauvertrag auch beim gekündigten Vertrag die Abnahme ausnahmsweise dann entbehrlich ist, wenn der AG nicht mehr Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung oder Schadenersatz verlangt oder eine Ersatzvornahme erfolgreich durchgeführt hat, oder aber wenn der AG die Abnahme des Werkes ernsthaft und endgültig verweigert.

Eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B kommt nach Ansicht des BGH beim gekündigten VOB/B-Vertrag nicht in Betracht. Das ist meines Erachtens inkonsequent und falsch. Schließlich sind Fälle denkbar, in denen auch eine unvollendete Leistung in Benutzung genommen werden kann.

*Dr. Christian Schwertfeger*

## Steuerrecht

### Erhöhung der Umsatzsteuer (MwSt) zum 1. Januar 2007

Wie aus den Medien hinreichend bekannt, wird am 1. Januar 2007 die reguläre Umsatzsteuer

von 16 % auf 19 % angehoben. Was bedeutet das für die Bauvertragspraxis?

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Auftragnehmer (AN) auch bei bereits laufenden Verträgen die erhöhte Umsatzsteuer vom Auftraggeber (AG) verlangen. Dies gilt nach § 29 Abs. 2 Umsatzsteuergesetz (UStG) für langfristige Verträge, die spätestens vier Kalendermonate vor dem Inkrafttreten der Änderung des UStG abgeschlossen worden sind, also für Verträge vom 1. September 2006 und älter. In allen anderen laufenden Verträgen, also Verträgen vom 2. September 2006 und jünger, kann die erhöhte Umsatzsteuer verlangt werden, wenn dies individualvertraglich so vereinbart ist. In allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gegenüber einem Verbraucher kann eine solche Regelung nur für Leistungen getroffen werden, die später als vier Monate nach Vertragsschluss erbracht werden sollen (§ 309 Nr. 1 BGB).

Auf eine Anzahlung, die noch in 2006 geleistet wird, kommt zwar in 2006 noch der 16 %ige Umsatzsteuersatz. Wenn aber die Leistung erst in 2007 ausgeführt und schlussgerechnet wird, hat der AG eine 3 %ige Nachversteuerung der Anzahlung zu leisten. Für AG, die nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind, empfiehlt sich daher, wirtschaftlich abgrenzbare Teilleistungen vom AN noch in 2006 endgültig abrechnen zu lassen.

Dauerleistungen unterliegen dem 19 %igen Umsatzsteuersatz, wenn die Dauerleistung in 2007 endet. Soll die Dauerleistung auf einmal bezahlt werden (also nicht in beispielsweise monatlichen Teilbeträgen) und wird sie erst in 2007 bezahlt, so ist für den gesamten Dauerleistungszeitraum der 19 %ige Umsatzsteuersatz zugrunde zu legen.

*Dr. Christian Schwertfeger*