

# NewsLetter

2011-11 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

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

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

## Bauvertragsrecht

### Vereinbarte Zahlungsraten und Mängel

Im Fall des Bundesgerichtshofes (BGH, Urt. v. 27. Oktober 2011, Az. VII ZR 84/09) hatte sich der Bauträger (BT) gegenüber dem Bauherrn (BH) zur Veräußerung eines Grundstücks und schlüsselfertigen Errichtung eines Einfamilienhauses verpflichtet. Der vereinbarte Zahlungsplan sah vor, dass die vorletzte Rate nach Bezugsfertigkeit und die letzte Rate (3,5 %) nach vollständiger Fertigstellung zu zahlen sei. Der BH verweigerte die Bezahlung beider Raten wegen Mängeln, deren Kosten die Höhe der letzten Rate überstiegen.

Der BGH stellte zunächst fest, dass die Mangelfreiheit grundsätzlich (Ausnahmen unten) keine Voraussetzung für die Fälligkeit vertraglich vereinbarter Abschlagsforderungen sei. Jedoch habe der BH bei Mängeln ein Leistungs- / Zahlungsverweigerungsrecht, und zwar in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zzgl. angemessenen Druckzuschlags.

(Für die Zeit *nach* der Abnahme regelt § 641 Abs. 3 BGB, dass der Einbehalt „in der Regel das Doppelte“ der Mängelbeseitigungskosten betragen dürfe. Für die Zeit *vor* der Abnahme ergibt sich dies aus einer nach Treu und Glauben vorgenommenen Beschränkung des § 320 Abs. 1 BGB.)

Ein solches Leistungsverweigerungsrecht bestehe nicht nur gegenüber Abschlagsforderungen nach § 632a BGB, sondern auch gegenüber Ab-

schlagsforderungen, die sich auf einen vertraglichen Zahlungsplan stützen und nach Baufortschritt fällig werden, und ferner auch gegenüber Raten nach § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV).

**Bezugsfertigkeit:** Bezugsfertigkeit sei vorliegend trotz der Mängel noch zu bejahen gewesen, die Rate also trotz der Mängel fällig. Dem BH stehe aber wegen der Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht auch schon gegenüber der Bezugsfertigkeit zu. Das Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der Bezugsfertigkeit werde nicht dadurch beschränkt, dass die Fertigstellungsrate noch nicht bezahlt sei. Die von der Vorinstanz (Oberlandesgericht München, Urt. v. 31. März 2009, Az. 9 U 1775/08) vertretene Meinung, aufgrund des vereinbarten Zahlungsplanes (insbesondere letzte Rate nach „vollständiger Fertigstellung“) dürfe der BH bei Mängeln nur die letzte Rate zurückhalten, selbst wenn die Mängelbeseitigungskosten zzgl. Druckzuschlag diese Rate übersteigen, „entbehrt jeder rechtlichen Grundlage“ und sei „offenbar falsch“, weil der BH dadurch „ersichtlich unangemessen benachteiligt“ werde.

**Fertigstellungsrate:** Vollständige Fertigstellung sei vorliegend wegen der Mängel nicht zu bejahen, die Rate also wegen der Mängel bereits nicht fällig.

### Praxishinweise

Zwar betrifft das Urteil einen Bauträgervertrag, ist aber ohne Weiteres auch auf einen Bauvertrag anzuwenden, und zwar sowohl nach BGB als auch nach VOB/B.

Das Urteil klärt das häufig anzutreffende Missverständnis auf, dass bei Vereinbarung eines Zahlungsplanes Mängel nur innerhalb der jeweiligen Rate ein Zahlungsverweigerungsrecht begründen würden, bzw. dass Mängel nur zum Zurückbehalt der letzten Rate berechtigen würden.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Umsatzsteuerrecht

### Umsatzsteuer nach Minderung

Dem erst kürzlich veröffentlichten Urteil des Bundesfinanzhofes (BFH) vom 17. Dezember 2009 (Az. V R 1/09) lag folgender Fall zugrunde:

Der vorsteuerabzugsberechtigte Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) mit der Errichtung eines Betriebsgebäudes für 4,8 Mio. DM zzgl. Umsatzsteuer beauftragt.

Nach der Abnahme bezahlte der AG den AN voll. Später stritten die Bauvertragsparteien über Baumängel. Nach Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens, in welchem Mängelbeseitigungskosten in Höhe von rund 140.000,00 DM und ein Minderwert in Höhe von rund 360.000,00 DM festgestellt wurden, verglichen sich die Bauvertragsparteien dahingehend, dass der AN dem AG zwecks Abgeltung der Mängel 300.000,00 DM  $\approx$  150.000,00 € zahle.

Der AN zahlte den Vergleichsbetrag, der AG beseitigte die Mängel nicht und behandelte die Zahlung des AN als nichtsteuerbaren Schadenersatz. Das Finanzamt forderte jedoch einen Teil der seinerzeit an den AG „erstatteten“ Umsatzsteuer von diesem zurück mit der Begründung, dass die Zahlung des AN an den AG zu einer Entgeltminderung führe und dementsprechend die

abziehbaren Vorsteuerbeträge des AG zu mindern seien. Der AG klagte daraufhin gegen das Finanzamt. Zu Unrecht, wie der BFH entschied.

Das Entgelt / der Werklohn sei die Bemessungsgrundlage für die Höhe der Umsatzsteuer. Ändere sich die Bemessungsgrundlage, habe der AN den darauf abgeführten Umsatzsteuerbetrag und habe der AG den dafür in Anspruch genommenen Vorsteuerabzug zu berichtigen (§ 17 UStG).

Die Bemessungsgrundlage habe sich durch den Vergleich der Bauvertragsparteien gemindert, denn danach habe der AG für den Erhalt der Bauleistungen „letztendlich“ nur einen geminderten Geldbetrag aufzuwenden gehabt und der AN „letztendlich“ nur einen entsprechend geminderten Geldbetrag vereinnahmt.

Dabei sei es unerheblich, ob der AG Minderung der Vergütung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange.

### Praxishinweise

Die Entscheidung zeigt, dass insbesondere im Rahmen eines Vergleiches auch umsatzsteuerrechtliche Überlegungen von Bedeutung sein können.

Den Ausführungen des BFH ist im Übrigen zu entnehmen, dass er im Falle des Schadenersatzes für Mangelfolgeschäden (Schäden an anderen Rechtsgütern des AG als der Bauleistung), der Vergütung / „Entschädigung“ für kündigungsbedingt nicht mehr erbrachte Leistungen (§ 649 Satz 2 BGB bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B), der Vertragsstrafe oder von Verzugszinsen gegenteilig entschieden hätte.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*