

**Leitsatz:**

1. Ob ein Werkvertrag auf Grund einer Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB (Abgrenzung zu BGH, NJW-RR 2001, 380 = NZBau 2001, 195 = BauR 2001, 630 = ZfBR 2001, 175).

2. Hat der Unternehmer seine Bauleistungen mangelhaft erbracht, so handelt er regelmäßig treuwidrig, wenn er sich zur Abwehr von Mängelansprüchen des Bestellers darauf beruft, die Gesetzwidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede führe zur Gesamtnichtigkeit des Bauvertrags.

BGH, Urteil vom 24. 4. 2008 - VII ZR 42/07 (OLG Brandenburg)

**Sachverhalt:**

Der Kl. machte, soweit in der Revision noch von Interesse, gegen den Bekl. Mängelansprüche wegen fehlerhafter Bauarbeiten geltend. Im Revisionsrechtszug stritten die Parteien im Wesentlichen darüber, ob der zu Grunde liegende Werkvertrag wegen einer der Steuerhinterziehung dienenden Ohne-Rechnung-Abrede nichtig ist. Der Kl. beauftragte im Dezember 2003 den Bekl. mündlich, die Terrasse seines Hauses abzudichten und mit Holz auszulegen. Bei Beginn der Bauarbeiten Mitte Januar 2004 erhielt der Bekl. eine Anzahlung von 1000 Euro für Materialkosten und nach Abschluss der Arbeiten weitere 2250 Euro. Eine Rechnung wurde nicht erstellt. Kurze Zeit nach Beendigung der Arbeiten zeigten sich Wasserschäden in der unter der Terrasse gelegenen Einliegerwohnung. Nachbesserungsarbeiten des Bekl. blieben erfolglos. Der Kl. verlangte nunmehr Ersatz von Selbstvornahmekosten und Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten.

Das LG wies die auf Zahlung von 7743,51 Euro gerichtete Klage ab. Die Berufung hatte keinen Erfolg (NJOZ 2007, 5270 = BauR 2007, 1586). Die Revision des Kl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

**Aus den Gründen:**

... [6] II. Die Ohne-Rechnung-Abrede ist gem. §§ 134, 138 BGB nichtig. Ob das zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags führt, richtet sich nach § 139 BGB, muss hier jedoch nicht abschließend entschieden werden. Denn der Bekl. kann sich auf eine etwaige auf den Voraussetzungen des § 139 BGB beruhende Gesamtnichtigkeit des Bauvertrags nach Treu und Glauben nicht berufen.

[7]1. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. haben die Parteien vereinbart, dass für die Leistungen des Bekl. eine Rechnung nicht gestellt und die anfallende Umsatzsteuer nicht abgeführt werden sollte. Diese Ohne-Rechnung-Abrede hatte, wie das BerGer. zutreffend sieht, nicht zur Folge, dass die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrags war und dieser schon aus diesem Grunde insgesamt gem. §§ 134, 138 BGB nichtig ist (vgl. dazu BGHZ 14, 25 = NJW 1954, 1401; BGH, WM 1961, 727; WM 1975, 1279; BGHR BGB § 134 Steuerhinterziehung 1; BGHZ 136, 125 = NJW 1997, 2599; BGH, NJW-RR 2002, 1527; NJW 2003, 2742 = NZM 2003, 716). Hauptzweck des Vertrags war vielmehr die ordnungsgemäße Erbringung der vereinbarten Bauleistungen durch den Bekl.

[8]2. Gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig ist die der Steuerhinterziehung dienende Ohne-Rechnung-Abrede (vgl. BGH, NJW 1968, 1927 L = LM § 134 BGB Nr. 157 = MDR 1968, 834; NJW-RR 2001, 380 = NZBau 2001, 195 = BauR 2001, 630 = ZfBR 2001, 175 und NJW 2003, 2742 = NZM 2003, 716). Damit ist ein Teil des Vertrags nichtig und der Anwendungsbereich von § 139 BGB eröffnet.

[9]a) Nach dieser Vorschrift ist bei Nichtigkeit eines Teils eines Vertrags der gesamte Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ob also die Vermutung der Gesamtnichtigkeit durch einen entgegenstehenden (hypothetischen) Parteiwillen entkräftet wird, ist jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen.

[10]b) Diese Grundsätze gelten auch für die Frage, ob die Nichtigkeit einer Ohne-Rechnung-Abrede die Nichtigkeit des ganzen Vertrags zur Folge hat (vgl. BGH, NJW 1968, 1927 L = LM § 134 BGB Nr. 157 = MDR 1968, 834, [zum Kaufvertrag], NJW 2003, 2742 = NZM 2003, 716 [zum Mietvertrag]; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 722 = BauR 1997, 501; OLG Oldenburg, OLG-Report 1997, 2; OLG Naumburg, IBR 2000, 64, OLG Saarbrücken, OLG-Report 2000, 303 jeweils zum Werkvertrag). Dem BerGer. ist darin beizupflichten, dass auch beim Werkvertrag Gesamtnichtigkeit nur dann nicht eintritt, wenn angenommen werden kann, dass ohne die Ohne-Rechnung-Abrede bei ordnungsgemäßer Rechnungslegung und Steuerabführung der Vertrag zu denselben Konditionen, insbesondere mit derselben Vergütungsregelung, abgeschlossen worden wäre. Soweit dem Urteil des Senats vom 21. 12. 2000 (NJW-RR 2001, 380 = BauR 2001, 630 = ZfBR 2001, 175) entnommen werden könnte, dass diese jeweils im Einzelfall vorzunehmende Prüfung regelmäßig zu dem Ergebnis führe, die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede habe auf die Höhe der Vergütung keinen Einfluss, hält der Senat daran nicht fest.

[11]3. Der Senat muss nicht abschließend entscheiden, ob im Streitfall die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führt. Denn jedenfalls kann sich der Bekl., nachdem er die Bauleistung erbracht hat, nach Treu und Glauben nicht auf eine etwaige Nichtigkeit des Vertrags berufen, § 242 BGB.

[12]a) Der das gesamte Rechtsleben beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben gilt auch im Rahmen nichtiger Rechtsgeschäfte. Deshalb kann die Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrags in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Das gilt nicht nur im Anwendungsbereich von § 138 BGB (vgl. BGH, NJW 1981, 1439;

NJW 1986, 2944 [2945]), sondern auch bei § 134 BGB (vgl. BGHZ 53, 152 [158f.] = NJW 1970, 609; BGHZ 85, 39 [47] = NJW 1983, 109; BGH, NJW 1986, 2360 [2361]; BGHZ 118, 182 [191] = NJW 1992, 2557; BGH, NJW 2007, 1130).

[13]Allerdings dient § 134 BGB dem öffentlichen Interesse und dem Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs. Er schränkt die Privatautonomie ein; gesetzliche Verbote stehen nicht zur Disposition der Parteien (Krüger-Nieland/Zöller, BGB-RGRK, 12. Aufl., § 134 Rdnr. 1; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 134 Rdnr. 1). Hieraus wird in der Literatur gefolgert, die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber einer aus § 134 BGB folgenden Nichtigkeit sei grundsätzlich unzulässig. Auf diese Weise könne ein gesetzliches Verbot nicht verdrängt werden, das Vertrauen auf die Wirksamkeit einer verbotsgesetzwidrigen Vereinbarung verdiene generell keinen Schutz (Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 134 Rdnr. 17; Armbrüster, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 134 Rdnr. 112).

[14]Diesen Bedenken kommt jedenfalls hier keine entscheidende Bedeutung zu. Denn gegen ein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 BGB verstößt allein die Ohne-Rechnung-Abrede, nicht aber der Bauvertrag als solcher ohne diese Abrede. Seine Nichtigkeit folgt nicht unmittelbar aus § 134 BGB, sondern gegebenenfalls aus der Anwendung von § 139 BGB. Diese Vorschrift enthält dispositives Recht; die in ihr vorgesehene Gesamtnichtigkeit kann abbedungen werden (BGH, NJW-RR 1997, 684 [685]). Die Parteien hätten daher vereinbaren können, dass eine Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede sich nicht auf die anderen Vertragsbestandteile erstrecken soll. In diesem Fall wäre der Bekl. den Mängelansprüchen des Kl. ausgesetzt. Lediglich diese in der Disposition der Parteien liegende Rechtsfolge wird durch die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf anderem Wege herbeigeführt. Die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede im Interesse der Allgemeinheit bleibt davon unberührt.

[15]b) Berufet sich der Unternehmer, der die Bauleistung erbracht hat, zur Abwehr von Mängelansprüchen des Bestellers auf die Nichtigkeit des Bauvertrags wegen der Ohne-Rechnung-Abrede, stellt dies einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar (a.A. OLG Saarbrücken, OLG-Report 2000, 303). Dies beruht auf der spezifischen Interessenlage, die sich bei einem Bauvertrag mit Ohne-Rechnung-Abrede für die Vertragsparteien typischerweise ergibt:

[16]Bei einem solchen Bauvertrag erbringt der Unternehmer die von ihm geschuldeten Bauleistungen regelmäßig an dem Grundstück des Bestellers. Eine Rückabwicklung des Vertrags durch Rückgabe der Leistung ist, wenn überhaupt, gewöhnlich nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich. Durch sie würden wirtschaftliche Werte gefährdet; der Unternehmer müsste bei einer solchen Rückabwicklung in fremdes Eigentum eingreifen (vgl. hierzu BGH, NJW-RR 2007, 59 = NZBau 2006, 781 = BauR 2007, 111 [113] = ZfBR 2007, 44 [45] m.w. Nachw.). Ist die erbrachte Bauleistung mangelhaft, ist daher das Eigentum des Bestellers mit den hieraus folgenden Nachteilen nachhaltig belastet, die durch schlichte Rückabwicklung des Bauvertrags regelmäßig nicht wirtschaftlich sinnvoll zu beseitigen sind; der Besteller wird daher das mangelhafte Werk typischerweise behalten. Diese Belastungssituation führt dann zu einem besonderen Interesse des Bestellers an vertraglichen, auf die Beseitigung des Mangels gerichteten Gewährleistungsrechten, die bei einer Nichtigkeit des gesamten Bauvertrags entfallen würden.

[17]Für den Unternehmer liegt diese spezifische Interessenlage des Bestellers der Bauleistung offen zu Tage. Hat er die Bauleistung mangelhaft erbracht, verhält er sich treuwidrig, wenn er sich gegenüber dem in der dargestellten Weise belasteten Besteller auf eine Gesamtnichtigkeit des Bauvertrags beruft, die allein aus der Gesetzwidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede folgen kann. Denn der Unternehmer hat in Kenntnis dieser Abrede und der dargestellten Interessenlage den Vertrag durchgeführt, sozusagen „ins Werk gesetzt“, und seine Bauleistung erbracht. Er setzt sich in dieser von ihm maßgeblich mitverursachten Situation unter Verstoß gegen Treu und Glauben in Widerspruch zu seinem bisher auf Erfüllung des Vertrags gerichteten Verhalten, wenn er nunmehr unter Missachtung der besonderen Interessen seines Vertragspartners die Ohne-Rechnung-Abrede, die regelmäßig auch seinem eigenen gesetzwidrigen Vorteil dienen sollte, zum Anlass nimmt, für die Mangelhaftigkeit seiner Leistung nicht eintreten zu wollen mit der Folge, dass der Besteller unter Beeinträchtigung seines Eigentums dauerhaft mit den Mangelfolgen belastet bleibt.

[18]c) Nach diesen Grundsätzen kann der Bekl. gem. § 242 BGB gegenüber den Mängelansprüchen des Kl. nicht einwenden, der Bauvertrag sei wegen der Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig.

[19]III. Die Zurückverweisung gibt dem BerGer. Gelegenheit, dem Hinweis in der Revisionserwiderung auf einen eventuellen Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit nachzugehen.

---

**Siehe auch: BGH, Urteil vom gleichen Tag (24.04.2008) – VII ZR 140/07, NJW-RR 2008, 1051**

➔ Anspruch gegen einen Ingenieur wegen mangelhafter Vermessungsleistungen, auch er kann sich nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages wegen einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ berufen.

➔

**Leitsatz:**

1. Ob ein Werkvertrag auf Grund einer Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB (Abgrenzung zu BGH, NJW-RR 2001, 380 = NZBau 2001, 195 = BauR 2001, 630 = ZfBR 2001, 175).

2. Hat ein Ingenieur seine Vermessungsleistungen mangelhaft erbracht und hat sich dieser Mangel im Bauwerk bereits verkörpert, handelt er regelmäßig treuwidrig, wenn er sich zur Abwehr von Schadensersatzansprüchen des Bestellers darauf beruft, die Gesetzwidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede führe zur Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags.

BGH, Urteil vom 24. 4. 2008 - VII ZR 140/07 (OLG Köln)

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. machten gegen den Bekl. Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Vermessungsarbeiten geltend. Die Kl., ein Ehepaar, oder jedenfalls der kl. Ehemann allein beauftragten den Bekl., einen Vermessungsingenieur, im Jahr 2004 mit Vermessungsarbeiten für den Neubau ihres Einfamilienhauses. Für das von dem Bekl. zu beanspruchende Honorar war vereinbarungsgemäß weder eine Rechnung zu erstellen noch eine Quittung zu erteilen. Die Kl. behaupteten, in Folge eines Vermessungsfehlers des Bekl. seien ihr Haus und ihr Carport falsch platziert worden und es sei ihnen dadurch ein Schaden von 31005,80 Euro entstanden.

Das LG wies die Schadensersatzklage ab. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### **Aus den Gründen:**

[6]I. Das BerGer. ist der Auffassung, den Kl. stünden wegen Nichtigkeit des Werkvertrags vertragliche Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung bereits dem Grunde nach nicht zu. Die Parteien hätten eine Ohne-Rechnung-Abrede getroffen. Eine solche Abrede diene der Ermöglichung und Absicherung einer Umsatzsteuerverkürzung und sei daher gem. §§ 134, 138 BGB nichtig. Die Nichtigkeit erstrecke sich gem. § 139 BGB auf den gesamten Vertrag, da den Kl. der Nachweis nicht gelungen sei, dass sich die Parteien auch bei Erteilung einer Rechnung auf den gleichen Preis geeinigt hätten. Mit der Berufung auf die Unwirksamkeit des Vertrags verstoße der Bekl. auch nicht gegen Treu und Glauben, denn der Ausschluss vertraglicher Rechte der Kl. sei gerade Zweck der §§ 134, 138 BGB.

II. [7]Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Die Ohne-Rechnung-Abrede ist gem. §§ 134, 138 BGB nichtig. Ob das zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags führt, richtet sich nach § 139 BGB, muss hier jedoch nicht abschließend entschieden werden. Denn der Bekl. kann sich auf eine etwaige auf den Voraussetzungen des § 139 BGB beruhende Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags nach Treu und Glauben nicht berufen.

[8]1. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. haben die Parteien vereinbart, dass der von dem Bekl. zu beanspruchende Werklohn zum Zwecke der Steuerhinterziehung ohne Rechnung gezahlt werden sollte. Diese Ohne-Rechnung-Abrede hatte nicht zur Folge, dass die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrags war und dieser schon aus diesem Grunde insgesamt gem. §§ 134, 138 BGB nichtig ist (vgl. dazu BGHZ 14, 25 = NJW 1954, 1401; BGH, WM 1961, 727; WM 1975, 1279; BGHR, BGB § 134 Steuerhinterziehung 1; BGHZ 136, 125 = NJW 1997, 2599; BGH, NJW-RR 2002, 1527 und NJW 2003, 2742 = NZM 2003, 716). Hauptzweck des Vertrags war vielmehr die ordnungsgemäße Erbringung der vereinbarten Vermessungsleistungen durch den Bekl.

[9]-[15](Die Ausführungen entsprechen den Gründen unter [8]-[14] im Parallel-Urteil vom selben Tag: BGH, NJW-RR 2008, 1050).

[16]b) Der Senat hat mit Urteil vom heutigen Tage (NJW-RR 2008, 1050) entschieden, dass ein Unternehmer, der die Bauleistung erbracht hat, gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er sich zur Abwehr von Mängelansprüchen des Bestellers wegen der Ohne-Rechnung-Abrede auf die Nichtigkeit des Bauvertrags beruft.

[19]c) Ebenso stellt es einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, wenn sich ein Ingenieur, dessen fehlerhafte Vermessungsarbeiten zu einer fehlerhaften Einstellung eines Gebäudes geführt haben, zur Abwehr von Schadensersatzansprüchen des Bestellers wegen der Ohne-Rechnung-Abrede auf die Nichtigkeit des Werkvertrags beruft. Auch hier beruht dies auf der spezifischen Interessenlage, die sich bei einem solchen Werkvertrag für die Vertragsparteien typischerweise ergibt, wenn sich der Mangel der Vermessungsarbeiten bereits im Bauwerk verkörpert hat.

[20]Die Vermessungsarbeiten sind Grundlage der regelmäßig an dem Grundstück des Bestellers erbrachten Bauleistungen. Werden die Bauleistungen auf Grund einer fehlerhaften Vermessung ausgeführt, sind sie selbst mangelhaft, so dass das Eigentum des Bestellers mit den hieraus folgenden Nachteilen nachhaltig belastet ist. Dies führt im Verhältnis zwischen Vermessungsingenieur und Besteller zu entsprechenden Rechtsfolgen im Hinblick auf die Anwendung des § 242 BGB, wie sie oben für das Verhältnis zwischen Bauunternehmer und Besteller dargestellt sind.

[21]d) Nach diesen Grundsätzen kann der Bekl. gegenüber einem vertraglichen Schadensersatzanspruch der Kl. nicht einwenden, der Werkvertrag sei wegen der Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig. Auf die vom BerGer. ungeprüft gelassene Frage, ob den Kl. ein Schadensersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 677 BGB zustehen könnte, was nach der Rechtsprechung des BGH bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot in Betracht zu ziehen wäre (BGH, BauR 1994, 110 [111]; ZfBR 1994, 15; BGHZ 157, 168 [175] = NVwZ 2005, 484), kommt es nach alledem nicht an.

---

#### **LMK-Anmerkung von Prof. Dr. Martin Ahrens**

##### **1. Problembeschreibung**

Die Situation ist vor allem bei handwerklichen Leistungen, aber auch aus anderen Bereichen der Schattenwirtschaft bekannt. Um Steuern zu umgehen, vereinbaren die Parteien, ihre Leistungen ohne Rechnung zu erbringen. Sie verlassen damit bei der Steuerpflicht den rechtlichen Boden. Schlägt aber die ordnungsgemäße Erfüllung fehl, etwa weil die Leistung des

Werkunternehmers mangelhaft ist, will sich die davon betroffene Seite unter den Schutz der vertraglichen Rechte stellen. Zu entscheiden ist dann, ob die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßende steuerliche Abrede gem. den §§ 134, 139 BGB zur Nichtigkeit der sonstigen vertraglichen Übereinkünfte führt. Anders formuliert, welches öffentliche oder private Interesse besteht dann, über die steuerliche Vereinbarung hinaus sämtliche vertraglichen Absprachen für nichtig zu erklären?

Mit zwei Parallelentscheidungen vom 24.4.2008 hat der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat seine bisherige Rechtsprechung zur Leistung ohne Rechnung modifiziert. Er bestätigt die Wirksamkeit des Vertrags, argumentiert jedoch anders als früher. In der Leitentscheidung – VII ZR 42/07 (NJW-RR 2008, 1050) – sollte der Bekl. die Terrasse des Kl. abdichten und mit Holz auslegen. Kurz nach Beendigung der Arbeiten trat in der unterhalb der Terrasse gelegenen Wohnung ein Wasserschaden auf, weshalb der Kl. Gewährleistungsrechte geltend macht. In der weitgehend übereinstimmend begründeten zweiten Entscheidung – VII ZR 140/07 (NJW-RR, 2008, 1051) – sollte der Bekl. Vermessungsarbeiten für ein zu errichtendes Einfamilienhaus erbringen. Die Kl. verlangen Schadensersatz, weil nach ihren Behauptungen Haus nebst Carport falsch platziert sind.

## 2. Rechtliche Wertung

a) Im Ausgangspunkt folgt der Senat der ständigen Rechtsprechung. Vereinbaren die Parteien eine Leistung ohne Rechnung, um Steuern zu hinterziehen, verstößt diese Abmachung gegen § 134 BGB, § 370 AO und ist nichtig (a.A. Peters, NJW 2008, 2478 [2479 f.]). Da die Steuerhinterziehung – wie regelmäßig – nicht den vertraglichen Hauptzweck bildet, ist der Vertrag nicht schon aus diesem Grund insgesamt nichtig (BGHZ 136, 125 [132] = NJW 1997, 2599 = LM H. 2/1998 § 30 GmbHG Nr. 56 [m. Anm. Heidenhain]; NJW-RR 2002, 1527; Sack, in: Staudinger, BGB [2003], § 134 Rdnr. 287). Bei einem teilnichtigen Rechtsgeschäft ist zwar nach § 139 BGB die Gesamtnichtigkeit zu vermuten, aber diese Vermutung kann durch einen entgegenstehenden hypothetischen Parteiwillen entkräftet werden (PWW/Ahrens, BGB, 3. Aufl., § 139 Rdnr. 1).

Mit dem nächsten Schritt gibt der VII. Senat allerdings seine bisherige Rechtsprechung auf, nach der eine nichtige Ohne-Rechnung-Abrede keinen Einfluss auf die Höhe der Vergütung hat (BGH, NJW-RR 2001, 380 [381] = LM H. 5/2001 § 134 BGB Nr. 171). Er verneint eine Gesamtnichtigkeit nur noch dann, wenn der Vertrag ohne die unzulässige Abrede bei ordnungsgemäßer Rechnungslegung und Steuerabführung zu denselben Konditionen, insbesondere mit derselben Vergütungsregelung, geschlossen worden wäre. Ob die Bauverträge deswegen insgesamt nichtig sind, lässt der Senat offen, denn nach Erbringung der Bauleistung dürfe sich der Unternehmer nach Treu und Glauben nicht auf eine Nichtigkeit des Vertrags berufen. Durch die besondere Interessenlage beim Bauvertrag mit den dort bestehenden bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsproblemen stelle die Berufung auf diesen Einwand eine unzulässige Rechtsausübung dar. Dadurch werde auch nicht § 134 BGB unterlaufen, sondern nur die dispositive Rechtsfolge des § 139 BGB verdrängt.

b) Dem klaren Bekenntnis des VII. Senats zu durchsetzbaren Gewährleistungsansprüchen, obwohl die Vertragsparteien eine Rechnungserstellung ausgeschlossen haben, ist zuzustimmen (Peters, NJW 2008, 2478 [2479]; a.A. Popescu/Majer, NZBau 2008, 424 [425]), doch kann seine Begründung nicht überzeugen. Sein veränderter Ansatz, wonach ein wirksamer Vertrag unter anderem mit derselben Vergütungsregelung abgeschlossen werden müsste, folgt einer mietrechtlichen Judikatur des XII. Senats (BGH, NJW 2003, 2742; s.a. OLG Brandenburg, NJOZ 2007, 5270 = BauR 2007, 1586). Dort hatten die Parteien eine Miete dokumentiert, die ungefähr ein Siebtel der vereinbarten Miete betrug. Auf Grund dieser krassen, den steuerlichen Anteil weit übersteigenden Diskrepanz konnte die im Mietvertrag niedergelegte Miete keine verlässliche Beurteilungsbasis für einen wirksamen Vertragsschluss auf Grund des hypothetischen Willens darstellen, worauf die Äußerung des XII. Senats zielt.

Wird dagegen eine werkvertragliche Leistung ohne Rechnung erbracht, steht die vereinbarte Nettovergütung und damit die Basis für eine Bestimmung des hypothetischen Willens fest. Ein auf diesen Betrag gerichteter mutmaßlicher Vertragswille des Unternehmers darf auch nicht vorschnell verneint werden. Entscheidend ist nicht, ob sich die vertragliche Vorteils- und Lastenverteilung ändert, denn sonst ginge § 139 BGB praktisch ins Leere, sondern wie die vertragliche Risikoverteilung ausgestaltet ist. Dies bestätigt auch ein Vergleich mit dem Schwarzkauf eines Grundstücks, bei dem das dissimulierte Geschäft auch bei einer Steuerhinterziehung wirksam ist (BGH, NJW-RR 2002, 1572; s.a. PWW/Ahrens, BGB, § 117 Rdnr. 14) und die Steuern vom Erwerber abgeführt werden müssen. Da die Parteien die rechnungslose Leistungserbringung in Kenntnis der Steuerpflicht vereinbart haben, ist das steuerliche Risiko dem Unternehmer überantwortet, woran er sich für die hypothetische Willensbildung festhalten lassen muss (a.A. OLG Hamm, NJW-RR 1997, 722 = MDR 1997, 347).

Ein Rückgriff auf die Grundsätze der unzulässigen Rechtsausübung ist deshalb nicht erforderlich. Mit dem Senat wird man allerdings den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens grundsätzlich auch bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot für möglich halten müssen (BGHZ 18, 340 [347] = NJW 1955, 1921 = LM § 1 RAGebO Nr. 1; a.A. Armbrüster, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 134 Rdnr. 112). Auf die konkreten Fallgestaltungen kann der Einwand dennoch nicht angewendet werden, denn es soll kein Recht begrenzt, sondern ein rechtsgeschäftliches Auslegungsergebnis wie nach § 139 BGB erreicht werden.

## 3. Praktische Folgen

Die Entscheidungen des VII. Senats sind zwar zu Bauleistungen ergangen, doch lassen sie sich auf alle rechnungslosen werkvertraglichen Leistungen an bestellereigenen Sachen übertragen, etwa bei der Kfz-Reparatur. Unabhängig von einer Einzelfallprüfung stehen den Parteien die vertraglichen Rechte zu. Auch in den sonstigen Konstellationen, in denen ohne Rechnung geleistet wird, bleibt es bei diesem Resultat. Sachlich setzt die Begründung von vertraglichen, namentlich

Gewährleistungsrechten die richtigen Anreize. Gerade der Unternehmer wird zu einer sorgfältigen Erfüllung angehalten. Zugleich verlieren für ihn Ohne-Rechnung-Abreden den Reiz, wenn er haften und zusätzlich noch die Steuern abführen muss.

-----  
NJOZ 2008. 3044

## Verstöße gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n.F. und der Grundsatz von Treu und Glauben

Wiss. Mitarbeiter Andreas Bosch, Erlangen\*

Der folgende Beitrag analysiert eine unlängst ergangene Entscheidung des BGH, die sich mit den zivilrechtlichen Folgen so genannter „Ohne-Rechnung-Abreden“ beschäftigt<sup>1</sup>. Der BGH gelangte entgegen der bisher überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur zu einem in dieser Form nicht unbedingt erwarteten Ergebnis.

### I. Einleitung

Das Thema Schwarzarbeit<sup>2</sup> erscheint trotz erheblicher gesetzgeberischer und administrativer Maßnahmen<sup>3</sup> in den vergangenen Jahren unverändert aktuell. Nachdem in Folge der veränderten Rahmenbedingungen laut offiziellen Statistiken dieser Zweig der Schattenwirtschaft<sup>4</sup> in der Bundesrepublik Deutschland über mehrere Jahre hinweg kontinuierlich geschrumpft war, ist für das Jahr 2007 erstmals seit drei Jahren wieder ein Anstieg der Schwarzarbeit zu verzeichnen gewesen. Vor allem die absoluten Zahlen zeugen von der nach wie vor hohen juristischen wie auch gesellschaftlichen Sprengkraft des Themas<sup>5</sup>. Eines der Hauptinstrumente des Gesetzgebers zur Forcierung der Schwarzarbeitsbekämpfung ist das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung (SchwarzArbG)<sup>6</sup>, das in § 1 II SchwarzArbG n.F. erstmals eine umfassende Legaldefinition des Schwarzarbeitsbegriffs vorsieht. Entgegen der vormaligen Rechtslage wird seit August 2004 auch die Nichterfüllung steuerlicher und sozialversicherungsrechtlicher Pflichten tatbestandlich erfasst (vgl. § 1 II Nrn. 1 und 2 SchwarzArbG n.F.)<sup>7</sup>. Die nach alter Rechtslage in §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F. zu findenden Bußgeldvorschriften wurden - inhaltlich weitestgehend unverändert - einheitlich in § 8 der Neufassung des SchwarzArbG zusammengefasst.

Im vorliegenden Fall wurde im Dezember 2003 mit einem Handwerker ein Werkvertrag über Bauleistungen geschlossen. Die Parteien vereinbarten dabei, dass auf die Ausstellung einer Rechnung sowie die Abführung der Umsatzsteuer verzichtet werden sollte („Ohne-Rechnung-Abrede“). Nach Erbringung von Werk- und Gegenleistung in der ersten Jahreshälfte 2004 traten in der Folgezeit Werkmängel auf, so dass sich für den Werkbesteller unter anderem die Frage des Bestehens vertraglicher Gewährleistungsansprüche stellte. Zwar erwog der BGH unter Rekurs auf seine bisherige Rechtsprechung eine (Gesamt-)Nichtigkeit des Werkvertrags wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes gem. §§ 134, 138, 139 BGB i.V. mit § 370 AO, doch ließ er diese Frage im Ergebnis offen und sprach dem Werkbesteller vertragliche Gewährleistungsansprüche zu, da sich der Werkleistende zumindest nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf eine etwaige Vertragsnichtigkeit berufen könne<sup>8</sup>.

Im Folgenden soll das Judikat zunächst in den Kontext der überkommenen Rechtsprechungsgrundsätze eingeordnet werden. Darüber hinaus gilt es, die vom BGH ausdrücklich offen gelassene und dem BerGer. zur Klärung aufgegebenen Frage eines etwaigen Verstoßes der Werkvertragsparteien gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n.F. sowie dessen zivilrechtliche Folgen zu erörtern<sup>9</sup>. Dazu erscheint eine Darstellung der seit 1. 8. 2004 geltenden Rechtslage angezeigt, um in der Folge zu klären, ob sich daraus im vorliegenden Fall insbesondere auf der Rechtsfolgenseite Konsequenzen ergeben. Schließlich sollen die Ausführungen des BGH zu § 242 BGB einer kritischen Prüfung unterzogen und zudem untersucht werden, inwieweit diese verallgemeinerungsfähig sind und eventuell auch in anderen Sachverhaltskonstellationen nutzbar gemacht werden können.

### II. Vertragsnichtigkeit gem. §§ 134, 138, 139 BGB

Zunächst einmal wird der - vom BGH im Ergebnis zuletzt offen gelassenen - Frage nachgegangen werden, inwieweit eine der Steuerhinterziehung dienende „Ohne-Rechnung-Abrede“ im Grundsatz tatsächlich die Sanktion der Nichtigkeit des Gesamtvertrags nach sich zu ziehen hat.

#### 1. Rechtslage vor dem 1. 8. 2004

a) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F. Nach st. Rspr. des BGH führten beiderseitige<sup>10</sup> und bewusste<sup>11</sup> Verstöße<sup>12</sup> gegen §§ 1, 2 SchwarzArbG in der bis zum 31. 7. 2004 geltenden Fassung im Grundsatz zu einer (Gesamt-)Nichtigkeit des Werkvertrags gem. §§ 134, 138 BGB<sup>13</sup>. Entsprechend der in der Zivilrechtsdogmatik zu beobachtenden Angleichung der Rechtsfolgen der §§ 134 und 138 BGB<sup>14</sup> maß der BGH dabei zumeist § 138 BGB neben § 134 BGB eine eigenständige Bedeutung zu, wandte zugleich aber bei beiden Normen inhaltlich weitestgehend identische Maßstäbe an. Nach richtiger Ansicht stellt jedoch § 134 BGB eine zumindest gegenüber § 138 I BGB vorrangige Regelung dar<sup>15</sup>, so dass im Folgenden der Fokus allein auf § 134 BGB gerichtet werden soll<sup>16</sup>.

Hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 134 BGB bestanden zunächst keine größeren Probleme: Das SchwarzArbG a.F. erfüllte als formelles Gesetz die Voraussetzungen des insoweit maßgeblichen Art. 2 EGBGB<sup>17</sup>. Zudem stellte es nach allgemeiner Ansicht ein beiderseitiges Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB dar, da es gerade ein bestimmtes Verhalten der Vertragsparteien (vgl. §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F.) untersagen und vermeiden wollte<sup>18</sup>. Problematischer erschien freilich, ob zwingend<sup>19</sup> eine Vertragsnichtigkeit geboten war, was primär anhand des Sinn und Zwecks des gesetzlichen Verbotes zu ermitteln ist<sup>20</sup>: Der BGH bejahte diese Frage bislang in st. Rspr. vollumfänglich und begründete dies vor allem mit den Schutzzwecken des SchwarzArbG, die anderenfalls nicht erreicht werden könnten<sup>21</sup>: Das SchwarzArbG intendiere zum einen den Schutz der Steuer- und Sozialversicherungssysteme<sup>22</sup>, zum anderen solle die Gefährdung gewerblicher Betriebe

durch Lohn- und Preisunterbietungen und - damit verbunden - eine erhöhte Arbeitslosigkeit in vielen Berufszweigen verhindert werden<sup>23</sup>. Zudem sollten auch die Auftraggeber vor dem Erhalt minderwertiger Leistungen geschützt werden<sup>24</sup>. In der Literatur wurde dem gegenüber vielfach eine differenziertere Betrachtungsweise angemahnt: Einigen Vorschriften des SchwarzArbG komme nicht mehr als eine Ordnungsfunktion zu, so dass eine Vertragsnichtigkeit weder erforderlich noch angemessen sei<sup>25</sup>. Eine derartige Differenzierung erschien allerdings problematisch, weil alle Tatvarianten der §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F. - wenn auch in teils unterschiedlicher Intensität - sozialschädliche Tätigkeiten beschrieben und das Gesetz nicht zwischen den einzelnen Tatvarianten unterschied. Im Ergebnis erschien es daher nach alter Rechtslage zutreffend, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH bei Verstößen gegen §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F. im Grundsatz generell von einer Vertragsnichtigkeit gem. § 134 BGB auszugehen<sup>26</sup>.

b) Rechtsfolgen von „Ohne-Rechnung-Abreden“. Da jedoch Verstöße gegen steuerliche Pflichten durch und in Folge von „Ohne-Rechnung-Geschäfte(n)“ vom Regelungsbereich der §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F. nicht erfasst wurden<sup>27</sup>, konnten die beschriebenen Grundsätze in diesem Bereich nicht nutzbar gemacht werden. Als Verbotsgesetz kam allein die steuerstrafrechtliche Norm des § 370 AO in Betracht. Der BGH ging dabei im Grundsatz von einer Wirksamkeit des Werkvertrags aus, da sich das Verbotsgesetz nicht unmittelbar gegen dessen Abschluss richte. Der Vertrag diene vielmehr lediglich der Vorbereitung verbotswidrigen Folgeverhaltens<sup>28</sup>. Eine (Gesamt-)Nichtigkeit gem. § 134 BGB war jedoch anzunehmen, soweit die Steuerhinterziehung den Hauptzweck des Vertrags bildete, was allerdings nur in Ausnahmefällen anzunehmen war, da grundsätzlich die Erbringung der jeweiligen vertraglich geschuldeten Leistung im Vordergrund stehen sollte<sup>29</sup>. Allerdings sollte zumindest die „Ohne-Rechnung-Abrede“ wegen des (intendierten) Verstoßes gegen § 370 AO gem. § 134 BGB unwirksam sein, was gem. § 139 BGB die Nichtigkeit des Gesamtvertrags nach sich ziehen konnte, soweit diese Abrede Einfluss auf die Werklohnvereinbarung gehabt hatte<sup>30</sup>. Da bei einem von beiden Parteien ins Kalkül gezogenen Gesetzesverstoß regelmäßig davon auszugehen ist, dass der durch die „ersparten“ Steuern erzielte Vorteil zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer aufgeteilt wird, war danach trotz des grundsätzlichen Bekenntnisses des BGH für eine Vertragswirksamkeit in der Regel eine Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags gem. §§ 134, 139 BGB anzunehmen<sup>31</sup>.

## 2. Rechtslage seit dem 1. 8. 2004

Die soeben dargestellten Grundsätze können auch nach der Neufassung des SchwarzArbG im Jahr 2004 Geltung beanspruchen. Als weiteres Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB kommt jedoch nunmehr auch § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG in Betracht, der inzwischen - wie bereits eingangs erwähnt - auch die Verletzung steuerlicher Pflichten als einen Fall der Schwarzarbeit erfasst. Unter Heranziehung der Rechtsprechung zum SchwarzArbG a.F. könnte ein etwaiger Verstoß gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG zwingend zur Gesamtvertragsnichtigkeit gem. § 134 BGB führen. Ein Eingehen auf § 139 BGB erübrigte sich in diesem Falle.

a) Tatbestand des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG. Klarzustellen gilt es zunächst, dass der Tatbestand des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG nicht das Vorliegen einer Steuerstraftat gem. § 370 AO voraussetzt. Der Gesetzgeber geht zwar davon aus, dass Schwarzarbeit und Steuerhinterziehung nach § 370 AO in einem engen Sachzusammenhang stehen<sup>32</sup>, doch genügt im Rahmen des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG bereits die bloße Verletzung steuerlicher Pflichten durch die Vertragsparteien. Ungeklärt erscheint dabei allerdings nach wie vor, ob diese Pflichtverletzung einen gewissen Umfang voraussetzt, oder ob vielmehr schon einzelne formale Verstöße zur Tatbestandsverwirklichung ausreichen<sup>33</sup>. Ausweislich der Gesetzesbegründung betreffen steuerliche Pflichten im Wesentlichen die Steuerarten Umsatz-, Einkommen-, Körperschaft-, Lohn- und Gewerbesteuer<sup>34</sup>. Im Falle der Entlohnung eines selbstständigen Handwerkers durch den Auftraggeber ohne vorherige Rechnungsstellung liegt nach aktueller Rechtslage - soweit die Werkleistung tatsächlich erbracht worden ist<sup>35</sup> - zumindest in objektiver Hinsicht ein Verstoß gegen die Erklärungs- und Anmeldungspflichten gem. § 25 III EStG und § 18 I, III UStG sowie gegen die Rechnungsstellungspflicht gem. § 14 II Nr. 1 UStG vor<sup>36</sup>. Zudem wird regelmäßig ein Verstoß des Werkbestellers gegen § 13b I 1 Nr. 4 UStG vorliegen<sup>37</sup>.

b) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG. Angesichts der bereits genannten Schutzzwecke des SchwarzArbG<sup>38</sup> ist davon auszugehen, dass auch § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB darstellt<sup>39</sup>. Soweit bei beiden Parteien die Erfüllung des objektiven wie auch des subjektiven Tatbestandes<sup>40</sup> des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG festgestellt werden kann, ist daher zumindest die „Ohne-Rechnung-Abrede“ auch aus diesem Grunde nichtig. Für die Annahme einer darüber hinausgehenden zwingenden Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags gem. § 134 BGB spricht vor allem der auch im Gesetzestitel und in § 1 I SchwarzArbG ausdrücklich geäußerte Wille des Gesetzgebers, Schwarzarbeit und damit zusammenhängende Steuerhinterziehungen verstärkt zu bekämpfen<sup>41</sup>. Wenn bereits gewerberechtliche Verstöße i.S. des § 1 II Nr. 4, 5 SchwarzArbG<sup>42</sup> zur (Gesamt-)Nichtigkeit des Vertrags führen sollen, erscheint nunmehr angesichts der vor allem fiskalischen Schutzzwecke des SchwarzArbG<sup>43</sup> eine Übertragung dieser Grundsätze auf Fälle des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG nur konsequent.

Aus dogmatischer Sicht erschiene zwar in den Fällen, in denen gedanklich zwischen dem den Verstoß gegen § 1 II SchwarzArbG bedingenden Vertragsteil und dem Restvertrag differenziert werden kann, eine Anwendung des § 139 BGB grundsätzlich durchaus folgerichtig<sup>44</sup>. Allerdings kann gerade im Hinblick auf „Ohne-Rechnung-Abreden“ eine Teilbarkeit i.S. des § 139 BGB kritisch hinterfragt werden: Zu bedenken gilt es, dass die Abrede den Wert der für die Werkleistung zu erbringenden Gegenleistung insgesamt mitbestimmt und im Falle der - vorliegend nicht ernsthaft in Betracht zu ziehenden - Aufrechterhaltung des Restvertrags entgegen § 139 BGB in das von den Parteien zu bestimmende Äquivalenzverhältnis von

Leistung und Gegenleistung eingegriffen würde<sup>45</sup>. Angesichts der unbestrittenen Dispositivität des § 139 BGB<sup>46</sup> verlöre zudem der Gesetzesverstoß für beide Parteien einen Großteil seiner Abschreckungskraft, da sie im Falle der Aufdeckung ihrer „Machenschaften“ aus zivilrechtlicher Sicht keinerlei negative Konsequenzen zu befürchten hätten. Insbesondere aus Gründen der (General-)Prävention erscheint daher eine zwingende Gesamtvertragsnichtigkeit mit den daraus resultierenden Folgen unabdingbar<sup>47</sup>. Die Vertragsparteien handeln in diesem Falle in jedem Stadium der Vertragsabwicklung aus eigenem Entschluss auf die Gefahr hin, unter Umständen keine oder auch eine unzureichende Gegenleistung zu erhalten<sup>48</sup>. Unter Geltung des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG erscheint es daher vorzugswürdig, bei „Ohne-Rechnung-Abreden“ nunmehr regelmäßig eine Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags gem. § 134 BGB anzunehmen<sup>49</sup>.

3. Gesamtnichtigkeit gem. § 134 BGB i.V. mit § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG im vorliegenden Fall?

Fraglich erscheint jedoch, ob eine derartige Gesamtnichtigkeit gem. § 134 BGB i.V. mit § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG auch im vorliegenden Fall angenommen werden kann. Es gilt dabei zwischen zwei sich teilweise überschneidenden Problembereichen zu differenzieren: Zum einen kann auf abstrakter Ebene kritisch hinterfragt werden, ob § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG überhaupt Anwendung finden kann, da der Vertragsschluss wie auch der Leistungsaustausch vor Inkrafttreten des SchwarzArbG n.F. zum 1. 8. 2004 erfolgt sind. Zu klären gilt es demnach, ob Verbotsgesetze unter rechtsstaatlichen bzw. grundrechtlichen Gesichtspunkten<sup>50</sup> auch rückwirkend die Wirksamkeit bereits zuvor abgeschlossener und zumindest teilweise abgewickelter Rechtsgeschäfte beeinflussen können. Zum anderen erscheint unter konkreter Betrachtungsweise äußerst fraglich, ob der Tatbestand des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG in objektiver wie vor allem auch in subjektiver Hinsicht von den Parteien verwirklicht worden ist.

a) Anwendbarkeit des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG. Nach überwiegender Ansicht in der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur berührt ein erst nach Vornahme des Rechtsgeschäfts erlassenes Verbotsgesetz dessen Wirksamkeit grundsätzlich nicht mehr<sup>51</sup>. Anders soll dies nur zu beurteilen sein, soweit dem Gesetz ausdrücklich und zulässigerweise Rückwirkung beigelegt wird<sup>52</sup>. Unter Rekurs auf die bisweilen diffizile Unterscheidung des BVerfG zwischen „echter“ und „unechter“ Rückwirkung bzw. der „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ und „tatbestandlicher Rückanknüpfung“<sup>53</sup> ist danach zumindest im Rahmen noch nicht vollständig abgeschlossener Sachverhalte eine Rückwirkung zivilrechtlicher Verbotsgesetze grundsätzlich möglich. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Rückwirkungsproblematik im vorliegenden Fall überhaupt zum Tragen kommt. Wie bereits festgestellt, war nach alter Rechtslage regelmäßig von einer Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags gem. §§ 134, 139 BGB i.V. mit § 370 AO auszugehen. Eine nach geltender Rechtslage zusätzlich in Betracht zu ziehende Gesamtnichtigkeit gem. § 134 BGB i.V. mit § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG führte danach im Grundsatz nicht dazu, dass ein vormals rechtmäßiges und wirksames Rechtsgeschäft nunmehr als rechtswidrig und unwirksam beurteilt würde<sup>54</sup>. Es erscheint daher sehr fraglich, worauf ein hinreichender Vertrauenstatbestand auf Seiten der Parteien gründen könnte, der eine Anwendung der beschriebenen Grundsätze rechtfertigte<sup>55</sup>.

Zu bedenken gilt es jedoch, dass § 139 BGB nach allgemeiner Ansicht der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegt<sup>56</sup> und danach zumindest nach bisheriger Rechtslage eine Vereinbarung des Inhaltes, dass die Nichtigkeit der „Ohne-Rechnung-Abrede“ die Wirksamkeit des Restvertrags nicht tangieren soll, grundsätzlich möglich war<sup>57</sup>. Im Falle der Existenz einer derartigen Abrede würde daher durch die Annahme einer zwingenden Gesamtvertragsnichtigkeit gem. § 134 BGB i.V. mit § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG dem ansonsten wirksamen Restvertrag die rechtliche Anerkennung versagt und damit die Rückwirkungsproblematik durchaus relevant werden<sup>58</sup>. Allerdings lässt die Wahl des Konjunktivs durch den BGH im Rahmen seiner Ausführungen zur Dispositivität des § 139 BGB darauf schließen, dass dieser im vorliegenden Fall nicht abgedungen worden ist<sup>59</sup>.

Soweit jedoch eine entsprechende Abrede feststellbar sein sollte oder aus sonstigen Gründen eine Behandlung der Rückwirkungsproblematik für notwendig erachtet würde, könnte zunächst ein nach der st. Rspr. des BVerfG grundsätzlich zulässiger<sup>60</sup> Fall unechter Rückwirkung bzw. tatbestandlicher Rückanknüpfung angenommen werden. Dafür spräche der angesichts der Schlechtleistung durch den Werkleistenden noch nicht vollständig abgeschlossene Sachverhalt, der auch noch in die Zukunft fortwirkt. Für die Annahme einer im Grundsatz unzulässigen<sup>61</sup> echten Rückwirkung bzw. einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen dürfte jedoch sprechen, dass für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Kausalgeschäftes grundsätzlich allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich ist. Etwaige Wirksamkeitshindernisse können von den Vertragsparteien nur in diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden<sup>62</sup>. Im Ergebnis bedarf diese Frage jedoch keiner weiteren Vertiefung, da es - wie bereits erwähnt - als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung in jedem Falle zu beachten gälte, dass der Gesetzgeber dem betreffenden Gesetz im Gesetzeswortlaut ausdrücklich Rückwirkung beigelegt haben muss<sup>63</sup>. Dies ist vorliegend im Hinblick auf das SchwarzArbG n.F. nicht der Fall, vielmehr schweigen sich der Gesetzeswortlaut wie auch die Gesetzesmaterialien zur Frage der Behandlung von „Altfällen“ gänzlich aus. Soweit demnach die Rückwirkungsproblematik im vorliegenden Fall grundsätzlich für einschlägig erachtet würde, wäre von einer Unanwendbarkeit des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n.F. auszugehen.

b) Erfüllung des Tatbestandes des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG. Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG ist vorliegend zudem auch dessen Tatbestand nicht erfüllt: Hinsichtlich der tatbestandlich von § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG vorausgesetzten steuerlichen Pflichten<sup>64</sup> gilt es zu beachten, dass § 13b I 1 Nr. 4 UStG erst nach Vertragsschluss mit Wirkung zum 1. 4. 2004 in das Umsatzsteuergesetz eingefügt worden ist<sup>65</sup>. Die Verpflichtung zur Rechnungsstellung gegenüber Privatpersonen gemäß § 14 II Nr. 1 UStG wurde gar erst im Zusammenhang mit dem SchwarzArbG n.F. zum 1. 8. 2004 eingeführt<sup>66</sup>. Zwar knüpfen die beiden Normen nicht an den Vertragsschluss, sondern an die

Leistungsausführung bzw. die Rechnungsstellung an, doch ist zumindest hinsichtlich des Kausalgeschäfts für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes eines Verbotsgesetzes - wie bereits im Rahmen der Rückwirkungsproblematik angedeutet - grundsätzlich allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich. Möglicherweise haben demnach die Parteien zwar bei oder auch nach Vertragsschluss ihre steuerlichen Pflichten verletzt bzw. spätere Pflichtverletzungen zumindest beabsichtigt, doch war dies im jeweiligen<sup>67</sup> Zeitpunkt noch nicht durch § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG sanktioniert. In objektiver wie vor allem auch in subjektiver Hinsicht<sup>68</sup> scheidet daher ein Gesetzesverstoß aus. Im vorliegenden Fall sind daher allein die Rechtsprechungsgrundsätze zur Rechtslage vor dem 1. 8. 2004 anzuwenden, so dass der Werkvertrag grundsätzlich gem. §§ 134, 139 BGB i.V. mit § 370 AO insgesamt nichtig ist.

### III. Treuwidrigkeit der Berufung auf die Vertragsnichtigkeit gem. § 242 BGB

Wie bereits eingangs erwähnt, hat der BGH diese Frage der Gesamtnichtigkeit jedoch zuletzt offengelassen, da sich der Werkleistende zumindest auf diese nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht berufen könne. Begründet wurde dies vor allem mit der besonderen Interessenlage, die den Werkbesteller besonders schutzwürdig erscheinen lasse. Insbesondere aus sachenrechtlicher wie auch aus wirtschaftlicher Sicht sei eine Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht nicht sinnvoll, da der Werkleistende in das Eigentum des Werkbestellers eingreifen müsste und so die Gefährdung wirtschaftlicher Werte drohte. Soweit sich der Werkleistende gegenüber den geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen auf die Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags berufe, setze er sich zu seinem vorherigen, auf Erfüllung des (unwirksamen) Vertrags gerichteten Verhalten in Widerspruch<sup>69</sup>. Diese Ausführungen erinnern zum einen an die in der Rechtsprechung des BAG entwickelten, vorliegend jedoch nicht einschlägigen<sup>70</sup> Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses<sup>71</sup>, die vom BGH auch auf abhängige Dienstverhältnisse und dem nahe stehende Vertragsverhältnisse ausgedehnt worden sind<sup>72</sup>. Zum anderen sind auch große Ähnlichkeiten zur Festpreisabrede-Entscheidung des BGH erkennbar. Dort wurde einem Werkleistenden hinsichtlich eines gegen ihn erhobenen Freistellungsanspruchs die Berufung auf die Vertragsnichtigkeit ebenfalls unter Heranziehung des § 242 BGB versagt<sup>73</sup>.

Bevor der Frage nachgegangen wird, ob der Argumentation des BGH zur besonderen Schutzwürdigkeit des Werkbestellers tatsächlich gefolgt werden kann, erscheint es zunächst erforderlich, die vorliegend tangierte Grundsatzfrage des Verhältnisses des grundsätzlich zwingenden und nicht zur Disposition der Parteien stehenden<sup>74</sup> § 134 BGB zu § 242 BGB etwas näher zu beleuchten. Der BGH konnte diese Problematik in der vorliegenden Entscheidung im Ergebnis dahinstehen lassen, da er unter Ausblendung des SchwarzArbG eine Gesamtnichtigkeit zutreffend allein gem. §§ 134, 139 BGB i.V. mit § 370 AO in Betracht zog. Eine etwaige Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags beruht in diesem Falle primär auf der dispositiven Norm des § 139 BGB, so dass durch die Heranziehung des § 242 BGB lediglich eine ohnehin der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegende Rechtsfolge herbeigeführt wird. Soweit jedoch nach aktueller Rechtslage - über den vorliegenden Fall hinaus - zusätzlich eine Gesamtvertragsnichtigkeit gem. § 134 BGB i.V. mit § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG angenommen wird, stellt sich die Konkurrenzfrage des § 134 BGB zu § 242 BGB in erheblich deutlicherem Maße.

#### 1. Verhältnis des § 134 BGB zu § 242 BGB

Trotz einiger unverändert kritischer Stimmen<sup>75</sup> kann im Grundsatz als geklärt gelten, dass eine Anwendung des § 242 BGB auch im Rahmen zwingender Rechtsnormen wie etwa § 134 BGB in Betracht kommt<sup>76</sup>. Danach entscheidet eine Abwägung der Einzelfallumstände, ob eine Anwendung des § 242 BGB im Regelungsbereich anderer Normen in Betracht zu ziehen ist<sup>77</sup>. Keinesfalls darf die Anwendung des § 242 BGB zu einer Vereitelung des Schutzzwecks des Verbotsgesetzes führen<sup>78</sup> und sollte daher auf Fälle beschränkt bleiben, in denen anderenfalls schlechthin unerträgliche Ergebnisse drohten<sup>79</sup>.

Bei der nach geltender Rechtslage angezeigten Annahme einer Gesamtnichtigkeit gem. § 134 BGB i.V. mit § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG erscheint jedoch in der vorliegenden „Gewährleistungskonstellation“ bereits fraglich, ob es der Heranziehung des § 242 BGB tatsächlich bedarf. Die vom BGH geltend gemachten Wertungsgesichtspunkte könnten alternativ bereits im Rahmen des Normzweckvorbehaltes des § 134 BGB zu verorten sein, wodurch ein Rekurs auf § 242 BGB entbehrlich würde. Schon der Festpreisabrede-Entscheidung war vorgehalten worden, sie differenziere nicht hinreichend zwischen einer grundsätzlich möglichen Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen des § 134 BGB durch § 242 BGB und einer bereits durch den Schutzzweck des Verbotsgesetzes selbst geforderten entsprechenden Einschränkung des § 134 BGB<sup>80</sup>. Der BGH stützte sich damals zum einen auf eine Abwägung der Parteiinteressen und maß insbesondere Vertrauensschutzerwägungen eine große Bedeutung zu<sup>81</sup>, zum anderen orientierte er sich jedoch vor allem am Schutzzweck des gesetzlichen Verbotes: Die Zwecke des SchwarzArbG würden durch die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen nicht beeinträchtigt, da die Schwarzarbeiterleistungen bereits erbracht worden seien und der Vertrag auch im Übrigen fast vollständig erfüllt worden wäre<sup>82</sup>. Die Richtigkeit dieser Ausführungen einmal unterstellt, sprachen diese teleologischen Erwägungen jedoch bereits gegen die Annahme einer zwingenden Vertragsnichtigkeit im Rahmen des § 134 BGB, so dass es eines Abstellens auf § 242 BGB nicht mehr bedurft hätte<sup>83</sup>. Aktuell rekurriert der BGH jedoch - wie bereits erwähnt - allein auf die praktischen Rückabwicklungsschwierigkeiten sowie die daraus resultierende besondere Schutzwürdigkeit des Werkbestellers<sup>84</sup>. Soweit diese Aspekte ebenfalls als normzweckimmanent eingestuft werden sollten<sup>85</sup>, könnten auch diese bereits im Rahmen des § 134 BGB nutzbar gemacht werden. Allerdings ist eine dann drohende übermäßige Strapazierung des Normzweckvorbehaltes nicht von der Hand zu weisen.



## 2. Besondere Schutzwürdigkeit des Werkbestellers?

Auch soweit in Übereinstimmung mit dem BGH § 242 BGB als sedes materiae betrachtet werden sollte, stellt sich in jedem Falle die Frage, ob die Besonderheiten des Falls tatsächlich dazu nötigen, dem Werkbesteller vertragliche Gewährleistungsansprüche zuzusprechen. Mögliche Argumentationslinien verlaufen insofern entsprechend der im Bereicherungsrecht geführten Diskussion um eine Einschränkung des § 817 S. 2 BGB durch § 242 BGB<sup>86</sup> bzw. eine aus diesem Grund zu unterlassende analoge Anwendung des § 817 S. 2 BGB auf die sonstigen Fälle der Leistungskondition<sup>87</sup>. In Übereinstimmung mit den Befürwortern einer konsequenten direkten oder analogen Anwendung des § 817 S. 2 BGB<sup>88</sup> erscheint der Werkbesteller auch im vorliegenden Kontext nicht schutzwürdig, da er nicht auf die Wirksamkeit einer von ihm erkannt verbotswidrigen Vereinbarung vertrauen darf<sup>89</sup>. Es mangelt insofern nach alter wie auch aktueller Rechtslage an einem hinreichenden Anknüpfungspunkt für den Grundsatz von Treu und Glauben<sup>90</sup>. Wie bereits im Rahmen des § 134 BGB erörtert, sprechen zudem auch (general-)präventive Aspekte dafür, den Werkbesteller insoweit schutzlos zu stellen<sup>91</sup>. Nicht gänzlich von der Hand zu weisen ist allerdings die in diesem Falle drohende „Prämierung des größeren Gauners“<sup>92</sup>. Allerdings ist dies als unmittelbarer Ausfluss der Vertragsnichtigkeit hinzunehmen und eine unzumutbare Benachteiligung des Werkbestellers daher nicht erkennbar<sup>93</sup>. Soweit hingegen in Übereinstimmung mit dem BGH die besondere Schutzwürdigkeit<sup>94</sup> des Werkbestellers im Grundsatz bejaht werden sollte, spricht in der vorliegenden Gewährleistungskonstellation tatsächlich viel dafür, dem Werkbesteller mit vertraglichen Ansprüchen zur Seite zu springen, statt ihn auf kaum realisierbare Ansprüche aus §§ 677ff., 812ff. BGB zu verweisen.

## 3. Übertragbarkeit auf andere Sachverhaltskonstellationen?

Fraglich erscheint, wie der Fall etwa zu entscheiden wäre, wenn bei einer Vorleistung des Werkleistenden die (Gegen-)Leistung des Werkbestellers noch nicht erbracht worden ist. Bestehen auch in diesem Falle vertragliche Gewährleistungsansprüche und hat der Werkleistende einen korrespondierenden vertraglichen Werklohnanspruch? Die vom BGH vorgebrachten Bedenken hinsichtlich einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung dürften - wenn auch eventuell in abgeschwächter Intensität - konsequenterweise auch in diesem Fall zu berücksichtigen sein, was die Fragwürdigkeit dieses Ansatzes abermals unterstreicht. Soweit hingegen noch kein Leistungsaustausch erfolgt ist, erscheint die Sachlage relativ eindeutig: Hinsichtlich der originären Erfüllungsansprüche sind weder Abwicklungsschwierigkeiten zu befürchten, noch sind unter Vertrauensschutzgesichtspunkten geeignete Anknüpfungspunkte erkennbar. In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>95</sup> sind in diesem Falle daher Werkleistungsansprüche des Werkbestellers ebenso zu verneinen wie Werklohnansprüche des Werkleistenden. Ein Ausgleich kann allenfalls über das Bereicherungsrecht<sup>96</sup> erfolgen, wobei nach hier vertretener Ansicht eine konsequente direkte oder auch analoge Anwendung des § 817 S. 2 BGB angezeigt ist.

## IV. Zusammenfassung

Unter Geltung des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n.F. ist nunmehr davon auszugehen, dass beiderseitige Verstöße gegen steuerliche Pflichten zur Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags gem. § 134 BGB führen. Soweit der Werkbesteller in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation in Übereinstimmung mit dem BGH grundsätzlich für schutzwürdig erachtet und § 242 BGB als dogmatischer Ansatzpunkt gewählt werden sollte, kann eine Orientierung an den zu § 817 S. 2 BGB entwickelten Grundsätzen erfolgen. Nach hier vertretener Ansicht sind die Vertragsparteien jedoch in jedem Stadium der Vertragsabwicklung schutzlos zu stellen.

-----  
\*Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Recht und Technik der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Prof. Dr. Klaus Vieweg).

<sup>1</sup>BGH, NZM 2008, 496 = NZBau 2008, 434.

<sup>2</sup>Ausführlich zum Begriff der Schwarzarbeit: Fricke, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, 2005, S. 4ff.

<sup>3</sup>Zu nennen sind insbes. das Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit, BGBl I 2002, 2787, Inkrafttreten am 1. 8. 2002, sowie das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung, BGBl I, 1842, Inkrafttreten am 1. 8. 2004. Die Bundesregierung plant derzeit eine abermalige Verschärfung der Schwarzarbeitsbekämpfung mittels eines umfassenden Aktionsprogramms, Entwurf abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de> (Stichwort: Schwarzarbeit); vgl. dazu ferner Handelsblatt v. 5. 6. 2008, S. 4; sowie Der Spiegel v. 14. 7. 2008, Heft Nr. 29, S. 18.

4Der Begriff umfasst nach richtigem Verständnis neben der Schwarzarbeit im engeren Sinne auch andere illegale Tätigkeiten wie Drogen- und Menschenhandel oder auch Zwangsprostitution, vgl. Erdmann, Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, 1996, Vorb. Rdnr. 2.

5Im Jahre 2003 betrug der Umsatz der „Schattenwirtschaft“ in der BRD nach einer nicht unumstrittenen Studie des Instituts für Wirtschaftsforschung noch rund 17% des Bruttoinlandsprodukts (BIP), d.h. rund 370 Mrd. Euro. Für das Jahr 2006 wurde bereits ein Rückgang auf 345,5 Mrd. Euro prognostiziert, vgl. Monatsbericht des BMF vom März 2005, 71; Nachw. bei Kossens, BB-Spezial 2/2004, 2 (2); Berwanger, BB-Spezial 2/2004, 10 (10). Nach aktuellen Schätzungen ist das Volumen der Schattenwirtschaft zwischenzeitlich insb. in Folge der Mehrwertsteuer-Erhöhung zum 1. 1. 2007 wieder auf 349 Mio. Euro angestiegen, was knapp 15% des BIP entspricht, vgl. WirtschaftsWoche v. 19. 5. 2008, Heft Nr. 21, S. 20ff. Diese Zahlen erlauben jedoch nur in begrenztem Ausmaße verlässliche Aussagen zum Umfang der Schwarzarbeit im engeren Sinne; nach Schätzungen der Rockwool Foundation belief sich das Gesamtvolumen im Jahre 2006 auf rund 20 Mrd. Euro, vgl. Newsletter March 2008, p. 10, abrufbar unter [http://www.rff.dk/fileadmin/dokumenter/Engelske\\_nyhedsbreve/2008\\_March\\_Final\\_S.pdf](http://www.rff.dk/fileadmin/dokumenter/Engelske_nyhedsbreve/2008_March_Final_S.pdf) (Stand: 21. 7. 2008).

6Eingeführt durch das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung v. 23. 7. 2004, BGBl I, 1842, Inkrafttreten am 1. 8. 2004.

7Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des SchwarzArbG Fricke (o. Fußn. 2), S. 9ff.

8Vgl. dazu auch die BGH-Entscheidung vom gleichen Tage (NZM 2008, 497 = NZBau 2008, 436), in der mit überwiegend identischer Begründung auch einem Vermessungsingenieur die Berufung auf die Vertragsnichtigkeit versagt wurde.

9In der Literatur finden sich kaum Hinweise auf § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n.F.; überwiegend wird allein auf die im Folgenden darzustellende bisherige Rechtsprechung des BGH Bezug genommen - vgl. nur Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl. (2008), § 134 Rdnrn. 22, 23 sowie § 138 Rdnr. 44. Unklar auch Armbrüster, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2006), § 134 Rdnr. 57 sowie insbes. Rdnr. 77: „Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz v. 23. 7. 2004 (BGBl I, 1842) ist Verbotsgesetz“. Hervorgehoben sei jedoch an dieser Stelle nochmals die Dissertation von Fricke (o. Fußn. 2), S. 227f.

10Einseitige Gesetzesverstöße sollen dabei nach überwiegender Ansicht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes im Grundsatz nicht tangieren, vgl. speziell zum SchwarzArbG a.F. BGHZ 89, 369 (373) = NJW 1984, 1175 (1176); BGH, NJW 1985, 2403 (2404); NJW-RR 2002, 557 = NZBau 2002, 149; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 1710 (1710); Staudinger/Sack, BGB, Neubearb. 2003, § 134 Rdnrn. 279ff.; Buchner, GewArch 1990, 41 (42); ausf. Fricke (o. Fußn. 2), S. 171ff. Anderes soll jedoch gelten, soweit der Gesetzszweck zwingend die Vertragsnichtigkeit erfordert, vgl. BGHZ 110, 235 (240) = NJW 1990, 1603 (1604); BGHZ 115, 123 (125) = NJW 1991, 2955 (2956); BGHZ 118, 142 (145) = NJW 1992, 2021 (2021). Eine Nichtigkeit soll zudem anzunehmen sein, wenn der anderen Partei der einseitige Gesetzesverstoß bekannt ist und sie diesen bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt, vgl. BGH, NJW 1985, 2403 (2404); Köhler, JZ 1976, 497 (502f.); Sonnenschein, JZ 1976, 497 (502f.); krit. dazu Armbrüster, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 134 Rdnrn. 47ff. Zum Ansatz einer halbseitigen Nichtigkeit („Teilnichtigkeit“) vgl. LG Bonn, NJW-RR 1991, 180; LG Mainz, NJW-RR 1998, 48; Canaris, NJW 1985, 2404, m.w. Nachw.

11Grundsätzlich ist für die Anwendung des § 134 BGB die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes eines Verbotsgesetzes ausreichend, vgl. BGHZ 122, 115 (122) = NJW 1993, 1638 (1640); BGHZ 115, 123 (130) = NJW 1991, 2955 (2957); Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnrn. 82ff. Aus dem Schutzzweck des verletzten Gesetzes kann sich jedoch das Erfordernis eines bewussten oder zumindest (grob) fahrlässig verkannten Gesetzesverstoßes der Parteien ergeben, was der BGH insbes. auch für das SchwarzArbG angenommen hat, vgl. BGHZ 85, 39 (42, 44, 46) = NJW 1983, 109 (109f.); BGHZ 89, 369 (373) = NJW 1984, 1175 (1176); BGHZ 111, 308 (311, 313) = NJW 1990, 2542 (2542). Im vorliegenden Fall bestanden nach den tatsächlichen Feststellungen des BerGer. in subjektiver Hinsicht zumindest im Hinblick auf § 370 AO keine ernsthaften Zweifel, vgl. OLG Brandenburg, NJOZ 2007, 5270 (5271f.).

12Nicht näher erörtert wurde in der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang bislang die Frage, worin der Gesetzesverstoß genau zu erblicken ist. Zumeist beschränkten sich die Ausführungen auf die Feststellung, dass die Parteien bei Vertragsschluss gegen das SchwarzArbG (a.F.) verstoßen hätten und daher (auch) das Kausalgeschäft nichtig sei. Zur Begründung des Gesetzesverstoßes wurde jedoch hauptsächlich auf die tatsächliche Ausführung der Leistungen abgestellt, vgl. nur BGHZ 85, 39 (45) = NJW 1983, 109 (110); BGHZ 111, 308 (312) = NJW 1990, 2542 (2542). Der Wortlaut der §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F. bzw. der §§ 1 II, 8 SchwarzArbG n.F. scheint zwar tatsächlich lediglich auf die Erfüllungsgeschäfte abzielen, doch nimmt die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur an, dass ein „Erbringen“ bzw. ein „Ausführen-Lassen“ von Leistungen unter Wahrung der „Wortsinnschranke“ des § 103 II GG bereits im Abschluss des Kausalgeschäfts erblickt werden kann, vgl. Fricke (o. Fußn. 2), S. 17ff., 78ff. m.w. Nachw., der allerdings zumindest auf den S. 17ff. zur abweichenden Auffassung tendiert; zu §

103 II GG vgl. BVerfG, NJW 1995, 3050 (3051). Der Normverstoß soll insoweit darin zu erblicken sein, dass die Parteien bei Vertragsschluss wissen und wollen, dass die Werkleistung unter Verletzung der Tatbestände der §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F. bzw. der §§ 1 II, 8 SchwarzArbG erbracht werden soll, vgl. Fricke (o. Fußn. 2), S. 79. Dem BGH ist freilich zuzugestehen, dass vorsätzliche Gesetzesverstöße im Rahmen der tatsächlichen Leistungsausführung zumindest als Indiz für eine entsprechende Bewusstseinslage der Parteien bereits im Zeitpunkt des (Werk-)Vertragsschlusses herangezogen werden können. Zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip sowie zur Frage der Wirksamkeit der Werklohnzahlung vgl. Fricke (o. Fußn. 2), S. 131.

13BGHZ 85, 39 (44) = NJW 1983, 109 (109f.); BGHZ 89, 369 (372) = NJW 1984, 1175 (1175f.); Armbrüster, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 134 Rdnr. 77; Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 276; vgl. auch OLG Saarbrücken, OLG-Report 2000, 303 (303f.).

14Ausführlich Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 138 Rdnrn. 34, 95, 105; zum richtigen dogmatischen Verständnis des § 134 BGB vgl. ausf. Fricke (o. Fußn. 2), S. 55ff.

15Armbrüster, in: MünchKomm (o. Fußn. 9), § 134 Rdnr. 4, § 138 Rdnr. 4; Krüger-Nieland/Zöller, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. (1982), § 138 Rdnr. 9; ebenso BGH, NJW 1993, 2701 (2703); ferner Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 138 Rdnrn. 96ff., 146f.; noch weiter ohne jegliche Differenzierung zwischen den beiden Absätzen des § 138 BGB Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. (1999), § 138 Rdnr. 63.

16Ausführlich zu einer Nichtigkeit des Schwarzarbeitsvertrags nach § 138 BGB Fricke (o. Fußn. 2), S. 94ff.

17Zum Gesetzesbegriff vgl. ausführlich Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnrn. 16ff.; Ulrici, JuS 2005, 1073 (1075).

18Zum Begriff des Verbotsgesetzes ausführlich Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnrn. 1ff., 275.

19Vgl. den Gesetzeswortlaut des § 134 BGB: „(...), wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.

20BGHZ 37, 258 (261) = NJW 1962, 2010 (2010f.); BGHZ 53, 152 (156) = NJW 1970, 609 (610); BGHZ 78, 263 (265) = NJW 1981, 399 (399f.); BGHZ 93, 264 (267) = NJW 1985, 1020 (1020); BGHZ 118, 182 (188) = NJW 1992, 2557 (2558).

21Insoweit zust. Tiedtke, NJW 1983, 713 (716). Umfassende Nachw. zu abweichenden Auffassungen bei Fricke (o. Fußn. 2), S. 50ff. Vgl. auch die kritische Stellungnahme des Bundesrates in BT-Dr 15/2948, S. 6. Ausführlich zu den Schutzzwecken des SchwarzArbG Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 275.

22BGHZ 85, 39 (43) = NJW 1983, 109 (109); BGHZ 89, 369 (374) = NJW 1984, 1175 (1176); BGHZ 111, 308 (313) = NJW 1990, 2542 (2543). Die Einfügung der Tatbestände des § 1 II Nrn. 1 u. 2 SchwarzArbG n.F. erscheint insofern folgerichtig, da nach alter Rechtslage zumindest der Gesetzeswortlaut dafür kaum Anhaltspunkte bot (vgl. §§ 1, 2 SchwarzArbG a.F.).

23BGHZ 85, 39 (43) = NJW 1983, 109 (109); BGHZ 89, 369 (373) = NJW 1984, 1175 (1176); BGHZ 111, 308 (313) = NJW 1990, 2542 (2543).

24Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 275 m.w. Nachw.

25Zur Vorgängernorm des § 1 II Nr. 3 SchwarzArbG vgl. Erdmann (o. Fußn. 4), § 1 Rdnr. 219; zur Vorgängernorm des § 1 II Nr. 4 Alt. 1 SchwarzArbG vgl. Helf, Zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsgesetz, 1986, S. 101ff.; Voß, Vertragliche und gesetzliche Ansprüche des Schwarzarbeiters, 1994, S. 51. Nachweise zu noch weitergehenden Ansätzen bei Fricke (o. Fußn. 2), S. 50ff.

26Ebenso Fricke (o. Fußn. 2), S. 83ff.; Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 281.

27Vgl. zum Arbeitsrecht BAGE 105, 187 = NZA 2004, 313.

28BGH, NJW-RR 2001, 380 (381) = NZBau 2001, 195 (196); vgl. ferner NZM 2008, 496 (496) = NZBau 2008, 434 (434); ausf. Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnrn. 161ff.

29BGH, NJW-RR 2001, 380 (381) = NZBau 2001, 195 (196); zum Mietrecht vgl. auch BGH, NJW 2003, 2742 = NZM 2003, 716; zum Arbeitsrecht ferner BAGE 105, 187 = NZA 2004, 313. Anderer Auffassung ist hingegen das OLG Düsseldorf, BeckRS

2002, 30280952 = DWW 2003, 188 (189), das bei „Ohne-Rechnung-Geschäften“ stets von einem derartigen Hauptzweck auszugehen scheint.

30BGH, NZM 2008, 496 (496) = NZBau 2008, 434 (434); OLG Hamm, NJW-RR 1997, 722; ebenso zum Mietrecht BGH, NJW 2003, 2742 = NZM 2003, 716. Zum weiterführenden Ansatz eines allgemeinen Verbots geltungserhaltender Reduktion im Zivilrecht vgl. Canaris, DB 2002, 930 (931).

31Vgl. OLG Saarbrücken, OLG-Report 2000, 303 (303f.); Fricke (o. Fußn. 2), S. 227; a.A. hingegen wohl BGH, NJW-RR 2001, 380 (381) = NZBau 2001, 195 (196); ebenfalls abl. Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 287.

32Vgl. BT-Dr 15/2573, S. 19.

33Spatscheck/Fraedrich, NZBau 2007, 673 (674); Spatscheck/Wulf/Fraedrich, DStR 2005, 129 (130); Kossens, BB-Spezial 2/2004, 2 (3).

34BT-Dr 15/2573, S. 19. Vgl. dazu Fricke (o. Fußn. 2), S. 35.

35Zur Frage, ob bereits im Abschluss des Kausalgeschäftes ein Verstoß gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG erblickt werden kann, vgl. Fußn. 12.

36Vgl. Spatscheck/Wulf/Fraedrich, DStR 2005, 129 (130f.) mit umfassender Darstellung der Ausschlussgründe des § 1 III SchwarzArbG.

37Ausführlich zu den einzelnen Tatbeständen des § 1 II SchwarzArbG Fricke (o. Fußn. 2), S. 17ff.

38Vgl. II. 1.a).

39Die Nichtberücksichtigung des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG im Rahmen der Bußgeldvorschriften des § 8 I SchwarzArbG dürfte kein stichhaltiges Gegenargument liefern. Zum einen ist eine Straf- oder Bußgeldbewehrung keine notwendige Voraussetzung für die Annahme eines Verbotsgesetzes (vgl. Staudinger/Sack [o. Fußn. 10], § 134 Rdnrn. 30f.), zum anderen besteht angesichts der Existenz des in diesen Fällen tatbestandlich regelmäßig vorliegenden § 370 AO kein weitergehendes „Ahndungsbedürfnis“; zu § 370 AO vgl. Spatscheck/Wulf/Fraedrich, DStR 2005, 129 (133).

40Vgl. Fußn. 11.

41Vgl. BT-Dr 15/2573, S. 1.

42Die Nrn. 4 und 5 des § 1 II SchwarzArbG sollten nach dem Regierungsentwurf zunächst entfallen und wurden erst im Vermittlungsausschuss wieder in den Gesetzestext aufgenommen, vgl. Kossens, BB-Spezial 2/2004, 2 (3).

43Vgl. BT-Dr 15/2573, S. 1, 18.

44Zu den Formen der Teilnichtigkeit vgl. allgemein Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnrn. 86ff.

45So Fricke (o. Fußn. 2), S. 228, Fußn. 1043.

46BGH, NZM 2008, 496 (497) = NZBau 2008, 434 (435); ferner BGH, NJW 1996, 773 (774); NJW-RR 1997, 684 (685); Staudinger/Roth (o. Fußn. 10), § 139 Rdnr. 22.

47Die Gefahr der Strafverfolgung sowie die drohende Pflicht zur Steuernachzahlung erscheinen insoweit zwar als notwendige, aber angesichts der Gesetzeszwecke nicht hinreichende Präventionsmittel; vgl. Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 278. Kritisch zur Präventionswirkung zivilrechtlicher Vorschriften, insbes. des § 817 S. 2 BGB, Fricke (o. Fußn. 2), S. 157 m.w. Nachw.; ferner Köhler, JZ 1990, 466 (468f.).

48Vgl. speziell zu Gewährleistungsansprüchen Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 276.

49Im Ergebnis ebenso Fricke (o. Fußn. 2), S. 227f.

50 Zur Frage der dogmatischen Verortung der Rückwirkungsproblematik vgl. Rensmann, JZ 1999, 168 (169f.). Die Grundrechte dürften in der vorliegenden Konstellation vorrangig in ihrer klassischen Abwehrfunktion betroffen sein, vgl. Canaris, DB 2002, 930 (930). Zur Drittwirkungsproblematik im Zivilrecht vgl. Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 11. Aufl. (2008) Vorb. vor Art. 1 Rdnrn. 6ff.; Hager, JZ 1994, 373.

51 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 249 (250); Canaris, DB 2002, 930 (930); Armbrüster, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 134 Rdnr. 20 m.w. Nachw.; offen gelassen von BGHZ 45, 322 (326) = NJW 1966, 1265 (1266f.); a.A. noch RGZ 102, 203 (205). Vgl. ferner BVerwGE 125, 325 = NVwZ 2006, 928. Soweit der Leistungsaustausch noch nicht erfolgt sein sollte, kann ein Ausschluss der Erfüllungsansprüche analog § 275 I BGB in Betracht gezogen werden, vgl. Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 55; Canaris, DB 2002, 930 (931).

52 Armbrüster, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 134 Rdnr. 20; vgl. zur Rückwirkungsproblematik BVerfGE 83, 201 = NJW 1991, 1807; BVerfGE 97, 67 = NJW 1998, 1547; ferner Rensmann, JZ 1999, 168; zur unverändert aktuellen Problematik rückwirkender Rechtsprechungsänderungen vgl. ausf. Höpfner, RdA 2006, 156; Medicus, NJW 1995, 2577; sowie speziell zum Steuerrecht Fischer, DStR 2008, 697.

53 Vgl. zur teilweise abweichenden Terminologie der beiden Senate des BVerfG Höpfner, RdA 2006, 156 (162f.); Pieroth, JZ 1990, 279 (280f.).

54 Vgl. dazu Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 55. Vgl. ferner BVerwG, NVwZ 2008, 684 (685); BVerwGE 125, 325 = NVwZ 2006, 928 zur Sanierungspflicht nach dem Bundesbodenschutzgesetz (BBodSchG).

55 Zum Aspekt des Vertrauensschutzes vgl. ausf. Rensmann, JZ 1999, 168 (169ff.).

56 Vgl. Fußn. 46. Kritisch zur Anwendbarkeit des § 139 BGB in Rückwirkungsfällen Canaris, DB 2002, 930 (933), der von einem Grundsatz der Restgültigkeit ausgehen will.

57 Vgl. dazu BGH, NZM 2008, 496 (497) = NZBau 2008, 434 (435).

58 Allein die Tatsache, dass nach alter Rechtslage eine Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags nur über § 139 BGB herbeigeführt werden konnte und dieser - abstrakt betrachtet - abbedungen werden konnte, dürfte noch nicht genügen, um die Rückwirkungsproblematik für einschlägig erachten zu können.

59 Vgl. BGH, NZM 2008, 496 (497) = NZBau 2008, 434 (435): „Die Parteien hätten daher vereinbaren können, ...“.

60 BVerfGE 95, 64 (86) = NJW 1997, 722 (723); BVerfGE 97, 271 (289) = NJW 1998, 3109 (3111); krit. zum Ansatz des BVerfG Rensmann, JZ 1999, 168 (170ff.).

61 BVerfGE 95, 64 (86) = NJW 1997, 722 (723); BVerfGE 97, 67 (78) = NJW 1998, 1547 (1548).

62 Canaris, DB 2002, 930 (930).

63 Armbrüster, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 134 Rdnr. 20; Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 55; enger Canaris, DB 2002, 930 (930), der nur Fälle echter Rückwirkung erfasst sehen will.

64 Vgl. II. 2.a).

65 Vgl. Art. 14 Nr. 2 lit. a bb des Gesetzes v. 29. 12. 2003, BGBl I, 3076.

66 Vgl. Art. 12 Nr. 1 lit. a des Gesetzes v. 23. 7. 2004, BGBl I, 1842.

67 Die in Fußn. 12 angestellten Erwägungen zum Verhältnis des Kausalgeschäfts zu den beiden Erfüllungsgeschäften dürften im hier vorliegenden Fall der nachträglichen Einführung des Verbotsgesetzes kaum nutzbar gemacht werden können.

68 Im Rahmen des SchwarzArbG ist in subjektiver Hinsicht für die Tatbestandsverwirklichung erforderlich, dass die betreffende Partei erkannt hat bzw. zumindest hätte erkennen müssen, dass das Rechtsgeschäft gegen das SchwarzArbG verstößt, vgl. dazu Fußn. 11 sowie Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 85. Zwar dürfte dafür eine zutreffende „Parallelwertung in der

Laiensphäre“ ausreichend sein, doch konnten und mussten die Parteien vorliegend im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht damit rechnen, dass ihr Verhalten (zu einem späteren Zeitpunkt) dem SchwarzArbG n.F. unterfallen würde.

69BGH, NZM 2008, 496 (497) = NZBau 2008, 434 (435).

70Nach st. Rspr. finden die Grundsätze des fehlerhaften Arbeits- oder Dienstverhältnisses keine Anwendung, soweit der betreffenden Partei der Gesetzesverstoß bekannt ist, vgl. BGHZ 53, 152 (158) = NJW 1970, 609 (610); ferner Marschner, AuA 1995, 84 (86). Der Frage, inwieweit eine Anwendung dieser Grundsätze auch auf den vorliegenden Werkvertrag in Betracht kommen könnte, soll daher an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Zum Ansatz einer „Heilung“ der Nichtigkeitsfolgen durch Leistungserbringung analog §§ 311b I 2, 518 II, 766 S. 3, 2301 II BGB vgl. Helf (o. Fußn. 25), S. 199a; zu Recht abl. dazu Fricke (o. Fußn. 2), S. 88f.

71Grundlegend BAGE 5, 58 (65) = NJW 1958, 397 (398); ausf. Staudinger/Richardi, BGB, Neubearb. 2005, § 611 Rdnrn. 188ff., insb. Rdnrn. 232ff.

72Vgl. BGHZ 53, 152 (159) = NJW 1970, 609 (610).

73BGHZ 85, 39 (47) = NJW 1983, 109 (110). Kritisch dazu Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 280 m.w. Nachw.

74BGH, NZM 2008, 496 (497) = NZBau 2008, 434 (435); vgl. ferner Krüger-Nieland/Zöllner (o. Fußn. 15), § 134 Rdnr. 1; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 9), § 134 Rdnr. 1.

75Nachweise bei Staudinger/Olzen, BGB, Neubearb. 2005, § 242 Rdnr. 335; speziell zu § 134 BGB vgl. Jauernig/Jauernig, BGB, 12. Aufl. (2007), § 134 Rdnr. 17; Armbrüster, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 134 Rdnr. 112.

76Vgl. Staudinger/Olzen (o. Fußn. 75), § 242 Rdnrn. 336ff., 364ff., m.w. Nachw.; zur Treuwidrigkeit in Fällen der Formnichtigkeit gem. § 125 BGB vgl. BGHZ 138, 339 (348) = NJW 1998, 2350 (2352); BGH, NJW 2004, 3330 (3331); Staudinger/Olzen (o. Fußn. 75), § 242 Rdnrn. 445ff.

77Staudinger/Olzen (o. Fußn. 75), § 242 Rdnr. 338.

78Vgl. BGHZ 85, 39 (49) = NJW 1983, 109 (111); BGH, NJW 1981, 1439 (1440); NJW 1986, 2360 (2361f.); Staudinger/Olzen (o. Fußn. 75), § 242 Rdnr. 487.

79BGHZ 85, 39 (48) = NJW 1983, 109 (111); vgl. ferner BGHZ 111, 308 (313) = NJW 1990, 2542 (2543); BGHZ 118, 182 (191) = NJW 1992, 2557 (2559); Staudinger/Olzen (o. Fußn. 75), § 242 Rdnr. 488.

80Ausführlich Fricke (o. Fußn. 2), S. 102f.

81BGHZ 85, 39 (48) = NJW 1983, 109 (111); vgl. dazu auch BGHZ 111, 308 (313) = NJW 1990, 2542 (2543); BGHZ 118, 182 (191) = NJW 1992, 2557 (2559).

82BGHZ 85, 39 (49) = NJW 1983, 109 (111).

83So auch Fricke (o. Fußn. 2), S. 102f.; vgl. allg. auch Staudinger/Olzen (o. Fußn. 75), § 242 Rdnr. 487.

84BGH, NZM 2008, 496 (497) = NZBau 2008, 434 (435). Die erste Schenkkreisentscheidung des BGH (NJW 2006, 45) misst hingegen Individualinteressen hinsichtlich der Frage des Anwendungsbereiches des § 817 S. 2 BGB kaum Bedeutung zu, sondern stellt vielmehr primär auf die Interessen des Gemeinwesens ab; kritisch dazu Möller, NJW 2006, 268 (269f.).

85Zur Abgrenzung vgl. Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnrn. 187ff.

86Ausführlich Staudinger/Lorenz, BGB, Neubearb. 2007, § 817 Rdnrn. 10ff.; Armgardt, NJW 2006, 2070.

87Zu dieser Differenzierung vgl. zutreffend Fricke (o. Fußn. 2), S. 158f.

88 Statt vieler: Lieb, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2004), § 817 Rdnr. 37 m.w. Nachw.; Staudinger/Lorenz (o. Fußn. 86), § 817 Rdnr. 10. m.w. Nachw.; Tiedtke, DB 1990, 2307 (2310); vgl. ferner OLG Köln, NJW 2005, 3290 (3291f.); LG Bonn, NJW-RR 2005, 490 (491); OLG Saarbrücken, OLG-Report 2000, 303 (303f.).

89 So auch die Vorinstanz OLG Brandenburg, NJOZ 2007, 5270 (5273f.); vgl. ferner OLG Saarbrücken, OLG-Report 2000, 303 (303f.); Armbrüster, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 134 Rdnr. 112; Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 150f.; Sonnenschein, JZ 1976, 497 (499); Tiedtke, NJW 1983, 713 (714ff.).

90 Anders wäre dies nach alter Rechtslage eventuell zu beurteilen, soweit eine Abbedingung des § 139 BGB durch die Parteien erfolgt wäre. In diesem Ausnahmefall könnte das Vertrauen auf die Wirksamkeit des Restvertrags tatsächlich als schutzwürdig zu bewerten sein.

91 Vgl. OLG Köln, NJW-RR 1990, 251 (252); Voß (o. Fußn. 25), S. 58f., 89f.; Fenn, ZIP 1983, 466 (467); zu kritischen Stimmen hinsichtlich der Präventionswirkung zivilrechtlicher Vorschriften vgl. nochmals Fußn. 47.

92 So Weyer, WM 2002, 627 (629) zu § 817 S. 2 BGB.

93 Vgl. zur Festpreisabrede-Entscheidung Tiedtke, NJW 1983, 713 (714).

94 Vgl. insoweit die treffende Differenzierung zwischen Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit bei Tiedtke, NJW 1983, 713 (714).

95 Vgl. BGHZ 111, 308 (311) = NJW 1990, 2542 (2542); OLG Celle, JZ 1973, 246 (247); ebenso Staudinger/Sack (o. Fußn. 10), § 134 Rdnr. 276; Sonnenschein, JZ 1976, 497 (499f.).

96 Zu alternativen Anspruchsgrundlagen, insbes. §§ 311 II, 280, 241 II, BGB, §§ 677ff. BGB sowie §§ 823ff. BGB, vgl. Fricke (o. Fußn. 2), S. 114ff.