

§§ 134, 139, 242 BGB

Gewährleistungspflicht des Unternehmers trotz Nichtigkeit eines Werkvertrages mit „Ohne-Rechnung-Abrede“

BGH, Urt. v. 24.04.2008 – VII ZR 42/07

Fall

Der Kläger beauftragte im Dezember 2003 den Beklagten mündlich, die Terrasse seines Hauses abzudichten und mit Holz auszulegen. Bei Beginn der Bauarbeiten Mitte Januar 2004 erhielt der Beklagte eine Anzahlung von 1.000 € für Materialkosten und nach Abschluss der Arbeiten weitere 2.250 €. Eine Rechnung wurde vereinbarungsgemäß nicht erstellt. Kurze Zeit nach Beendigung der Arbeiten zeigten sich Wasserschäden in der unter der Terrasse gelegenen Einliegerwohnung. Mehrere Nachbesserungsversuche des Beklagten blieben erfolglos. Der Kläger verlangt nunmehr Ersatz von Selbstvorkosten (4.093,51 €) und Vorschuss auf weitere Mängelbeseitigungskosten (3.650 €), also insgesamt 7.743,51 €.

Zu Recht?

Entscheidung

I. Der Kläger könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Ersatz der Selbstvorkosten von 4.093,51 € aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB und auf Zahlung eines Vorschusses zur weiteren Mängelbeseitigung von 3.650 € aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB haben.

1. Voraussetzung für beide Ansprüche ist zunächst, dass zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein **wirksamer Werkvertrag** besteht. Der Kläger und der Beklagte haben sich mündlich über Arbeiten an der Terrasse des Klägers zu einem Preis von 3.250 € geeinigt und damit einen Werkvertrag geschlossen.

2. Dieser Werkvertrag könnte jedoch gemäß **§§ 134, 139 BGB** wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig sein.

a) **Gesetz** i.S.d. § 134 BGB sind alle Rechtsnormen, Art. 2 EGBGB. **Verbotsgesetze** sind Gesetze, die sich gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäfts richten, die also nicht das rechtliche Können, sondern das rechtliche Dürfen einschränken. Ein an sich zulässiges Rechtsgeschäft wird wegen seines Inhalts oder der Umstände seines Zustandekommens untersagt. Vorliegend kommt als Verbotsgesetz § 370 AO in Betracht, wonach eine Hinterziehung von Steuern (hier: Umsatz- und Einkommensteuer) strafbar ist.

b) Die von den Parteien getroffene Abrede müsste gegen das Verbotsgesetz **verstoßen**. Eine „Ohne-Rechnung-Abrede“ – bzw. die Abrede, bestimmte Leistungen „schwarz“ zu erbringen – ist auf die Hinterziehung von Umsatzsteuer gerichtet. Die Hinterziehung von Umsatzsteuer stellt eine Steuerstraftat i.S.d. § 370 AO dar, sodass der Inhalt der „Ohne-Rechnung-Abrede“ gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

c) Ein gegen § 134 BGB verstoßender Vertrag ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Frage, ob verbotswidrige Verträge nichtig sind, ist daher aus dem Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsvorschrift zu beurteilen. Nach gefestigter Rspr. des BGH – die er erneut bestätigt – führt eine Steuerhinterziehung nur dann zur **Gesamtnichtigkeit** eines Vertrages nach § 134 BGB, wenn diese Hauptzweck des Vertrages ist:

Leitsätze

1. Ob ein Werkvertrag aufgrund einer Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 – VII ZR 192/98, BauR 2001, 630 = NZBau 2001, 195 = 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 Bauvertrages.

Bei dem Anspruch auf Ersatz der Selbstvorkosten aus § 637 Abs. 1 BGB und dem Vorschussanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB handelt es sich um zwei verschiedene Anspruchsgrundlagen. Beide werden zur Vereinfachung gemeinsam geprüft, da die Anspruchsvoraussetzungen identisch sind.

Rechtsfolge des § 134 BGB: Nichtigkeit, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“: Als Rechtsfolge kommt daher alles zwischen **Gesamtnichtigkeit** und **Gesamtwirksamkeit** (also auch Teilnichtigkeit) des Vertrages in Betracht.

„[7] 1. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien vereinbart, dass für die Leistungen des Beklagten eine Rechnung nicht gestellt und die anfallende Umsatzsteuer nicht abgeführt werden sollte. Diese Ohne-Rechnung-Abrede hatte, wie das Berufungsgericht zutreffend sieht, nicht zur Folge, dass die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrages war und dieser schon aus diesem Grunde insgesamt gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig ist (vgl. dazu BGH, Urteile vom 9. Juni 1954 – II ZR 70/53, BGHZ 14, 25; vom 23. März 1961 – II ZR 157/59, WM 1961, 727; vom 23. Oktober 1975 – II ZR 109/74, WM 1975, 1279; vom 4. März 1993 – V ZR 121/92, BGHR BGB § 134 Steuerhinterziehung 1; vom 23. Juni 1997 – II ZR 220/95, BGHZ 136, 125; vom 5. Juli 2002 – V ZR 229/01, NJW-RR 2002, 1527 und vom 2. Juli 2003 – XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742). Hauptzweck des Vertrages war vielmehr die ordnungsgemäße Erbringung der vereinbarten Bauleistungen durch den Beklagten.

[8] 2. Gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig ist die der Steuerhinterziehung dienende Ohne-Rechnung-Abrede (vgl. BGH, Urteile vom 3. Juli 1968 – VIII ZR 113/66, MDR 1968, 834; vom 21. Dezember 2000 – VII ZR 192/98, BauR 2001, 630 = NZBau 2001, 195 = ZfBR 2001, 175 und vom 2. Juli 2003 – XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742). (...)“

Aus § 134 BGB folgt daher bei Verstoß gegen § 370 AO durch eine „Ohne-Rechnung-Abrede“ nur die Teilnichtigkeit dieser Abrede und nicht die Gesamtnichtigkeit des in der Hauptsache auf die Errichtung eines bestimmten Werkes gerichteten Vertrags.

Der BGH prüft in der Entscheidung, durch die die Sache an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird, nicht selbst, ob auch ein Verstoß gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vorliegt. Er gibt dem Berufungsgericht jedoch den Hinweis, dass es dieser Frage nachgehen solle.

d) Die Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages gemäß § 134 BGB könnte sich jedoch aus einem Verstoß gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) ergeben.

aa) Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG leistet Schwarzarbeit, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei als Steuerpflichtiger seine sich aufgrund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Typische Fallgestaltung für die Verletzung steuerlicher Pflichten ist es, dass ein Auftraggeber einen selbstständigen Handwerker „schwarz“ entlohnt. Der Handwerker verletzt seine steuerlichen Pflichten, da er weder seine Einkünfte erklärt noch unterwirft er seine Umsätze der Umsatzsteuer. Es liegt seitens des Handwerkers ein Verstoß gegen die Erklärungs- und Anmeldepflichten gemäß § 25 Abs. 3 S. 1 EStG und § 18 Abs. 1 und Abs. 3 UStG vor (BT-Drs. 15/2573, S. 19; Spatschek/Wulf/Fraederich DStR 2005, 129, 130 sowie Spatschek/Fraederich NZBau 2007, 673, 674). Zudem ist der Werkunternehmer nach § 14 UStG verpflichtet, eine Rechnung zu stellen. Damit liegt ein Verstoß jedenfalls des Beklagten gegen das SchwarzArbG vor.

bb) Auch der Kläger könnte jedoch gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen haben, indem er den Beklagten die Werkleistungen ohne Rechnung ausführen ließ. Gemäß § 13 b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UStG ist bei Bauleistungen der Leistungsempfänger Steuerschuldner der Umsatzsteuer. Durch die „Ohne-Rechnung-Abrede“ wollte sich deshalb auch der Kläger seinen steuerlichen Pflichten entziehen, sodass seinerseits ein Verstoß gegen das SchwarzArbG vorliegt.

cc) Fraglich ist, ob der beiderseitige Verstoß gegen das SchwarzArbG zur Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages nach § 134 BGB führt.

(1) Sowohl der Kläger, der Werkleistungen ausführen ließ, als auch der Beklagte, der Werkleistungen erbracht hat, sind Adressaten des Verbotes aus § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG. Sind beide Parteien Adressaten eines Verbotsgesetzes und haben beide Parteien auch gegen das Gesetz verstoßen, so ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich nichtig (Einzelheiten vgl. AS-Skript BGB AT 2 [2007], S. 27 ff.). Die Nichtigkeitsfolge tritt in diesem Fall nur ausnahmsweise

dann nicht ein, wenn Sinn und Zweck des Gesetzes dies nicht erfordern, wenn also anderweitige Sanktionsmöglichkeiten bestehen, z.B. die Verhängung einer Strafe oder eines Bußgeldes ausreichend ist, um das mit dem Verbotsgesetz verfolgte Ziel zu erreichen.

(2) Das SchwarzArbG verfolgt als Ziele die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, den Schutz gewerblicher und handwerklicher Betriebe vor Preisunterbietung, den Schutz des Auftraggebers vor minderwertiger Leistung und die Sicherung des Steueraufkommens sowie des Beitragsaufkommens der Sozialversicherungen. Verstöße gegen das SchwarzArbG sind in § 8 SchwarzArbG mit Bußgeldern sanktioniert.

(3) Nach bisher ganz überwiegender Meinung ist angesichts dieser Ziele ein Vertrag bei beiderseitigem Verstoß gegen das SchwarzArbG nichtig. Das SchwarzArbG wolle durch die Androhung von Geldbußen sowohl gegenüber dem Auftragnehmer als auch gegenüber dem Auftraggeber die Schwarzarbeit schlechthin verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den „Vertragspartnern“ verhindern. Dies sei ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Rechtsordnung einem das Verbot der Schwarzarbeit missachtenden Vertrag die Wirksamkeit versagen wolle. Insbesondere lasse sich der Zweck des SchwarzArbG nur erreichen, wenn derartige Verträge als nicht rechtswirksam angesehen werden (BGH NJW 1990, 2542; NJW 1983, 109, 110).

(4) Fraglich ist, ob dieser Grundsatz bei einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ – ohne Verstoß gegen die übrigen Tatbestände des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG – ebenfalls gilt. Auch insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Steuerhinterziehung nicht Hauptzweck des Vertrages war und die Anordnung der Gesamtnichtigkeit des Vertrages daher weder geboten noch interessengerecht wäre. Nur weil die Verletzung steuerlicher Pflichten durch das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit Eingang in das SchwarzArbG gefunden hat, wollte der Gesetzgeber mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Verträgen nicht die zivilrechtliche Wirksamkeit versagen. Allerdings ist auch wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG die „Ohne-Rechnung-Abrede“ als solche gemäß § 134 BGB nichtig.

e) Ist damit die „Ohne-Rechnung-Abrede“ **nur isoliert nichtig**, ohne dass schon aus § 134 BGB die Gesamtnichtigkeit des Vertrages folgen würde, beurteilt sich die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nach **§ 139 BGB**. Danach ist bei Nichtigkeit eines Teils eines Vertrages der gesamte Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Dies richtet sich danach, ob die Vermutung der Gesamtnichtigkeit durch einen entgegenstehenden (hypothetischen) Parteiwillen entkräftet wird, was anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist:

„[10] b) Diese Grundsätze gelten auch für die Frage, ob die Nichtigkeit einer Ohne-Rechnung-Abrede die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge hat (vgl. BGH, Urteile vom 3. Juli 1968 – VIII ZR 113/66, MDR 1968, 834 zum Kaufvertrag und vom 2. Juli 2003 – XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742 zum Mietvertrag; OLG Hamm, BauR 1997, 501; OLG Oldenburg, OLGR 1997, 2; OLG Naumburg, IBR 2000, 64, Volltext bei Juris; OLG Saarbrücken, OLGR 2000, 303 jeweils zum Werkvertrag). Dem Berufungsgericht 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. Dezember 2000 (VII ZR 192/98, BauR 2001, 630 = NZBau 2001, 195 = 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.“

Ob wegen des Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nicht doch der gesamte Vertrag nach § 134 BGB nichtig ist, wird das Berufungsgericht – an das der BGH zurückverwiesen hat – und vielleicht danach auch noch einmal der BGH zu entscheiden haben. Es ließe sich nämlich auch vertreten, dass der Gesetzgeber dadurch, dass er die Steuerhinterziehung durch § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG integriert hat, auch die Nichtigkeit solcher Verträge herbeiführen wollte. Allerdings wäre dann immer noch zu prüfen, ob § 242 BGB einer Berufung auf die Nichtigkeit nicht entgegensteht. Dass eine Berufung auf Treu und Glauben grundsätzlich möglich ist – auch wenn die Nichtigkeit nicht auf § 139 BGB, sondern unmittelbar auf § 134 BGB beruht – hat der BGH (NJW 1990, 109, 110) jedenfalls bisher angenommen.

Der BGH geht nicht näher auf eine Nichtigkeit nach § 138 BGB ein: Nach überwiegender Ansicht geht die Vorschrift des § 134 BGB der Sittenwidrigkeit vor (MünchKomm/Armbrüster, § 134 Rdnr. 4).

Die Frage, ob der Gesamtvertrag nach § 139 BGB nichtig wäre, wird ausdrücklich offen gelassen, da eine Berufung des Werkunternehmers auf die Nichtigkeit ohnehin treuwidrig wäre. Gleichwohl schließt sich der 7. Zivilsenat der Rechtsprechung der anderen Zivilsenate an, nach der es darauf ankommt, ob der Vertrag auch mit Rechnung zu den gleichen Konditionen abgeschlossen worden wäre. Da der wirtschaftliche Zweck einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ regelmäßig aber gerade darin besteht, dass die Werkleistung zu einem niedrigeren Werklohn erbracht wird, ist grundsätzlich von Gesamtnichtigkeit auszugehen.

3. Ob der Werkvertrag nichtig ist, kann jedoch dahinstehen, wenn sich der Beklagte selbst bei Nichtigkeit des Vertrages nach **Treu und Glauben** gemäß **§ 242 BGB** nicht auf die Nichtigkeit berufen könnte.

a) Umstritten ist allerdings, ob dies auch bei Nichtigkeit eines Vertrages nach § 134 BGB gilt.

aa) Nach st.Rspr. des BGH beherrscht der Grundsatz von Treu und Glauben das gesamte Rechtsleben und gilt daher auch im Rahmen nichtiger Rechtsgeschäfte:

„[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 Vertrages in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Das gilt nicht nur im Anwendungsbereich von § 138 BGB (vgl. BGH, Urteile vom 23. Januar 1981 – I ZR 40/79, NJW 1981, 1439 und vom 28. April 1986 – II ZR 254/85, NJW 1986, 2944, 2945), sondern auch bei § 134 BGB (vgl. BGH, Urteile vom 12. Januar 1970 – VII ZR 48/68, BGHZ 53, 152, 158 f.; vom 23. September 1982 – VII ZR 183/80, BGHZ 85, 39, 47; vom 22. Januar 1986 – VIII ZR 10/85, NJW 1986, 2360, 2361; vom 5. Mai 1992 – X ZR 134/90, BGHZ 118, 182, 191 und vom 1. Februar 2007 – III ZR 281/05, NJW 2007, 1130).“

bb) Die Gegenauffassung betont, dass § 134 BGB dem öffentlichen Interesse und dem Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs diene, sodass die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber einer aus § 134 BGB folgenden Nichtigkeit unzulässig sei:

„[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 (BGB-RGRK/Krüger-Nieland/Zöller, 12. Aufl., § 134 Rdn. 1 und Palandt/Heinrichs, 67. Aufl., § 134 BGB Rdn. 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 Rdn. 17; Münch-KommBGB/Armbrüster, 5. Aufl., § 134 Rdn. 112).“

cc) Der BGH hält die die Bedenken der Gegenauffassung jedenfalls im hier zu entscheidenden Fall für nicht durchgreifend, da die Nichtigkeit des Gesamtvertrages nicht unmittelbar auf § 134 BGB, sondern auf § 139 BGB beruht:

„[14] Diesen Bedenken kommt jedenfalls hier keine entscheidende Bedeutung zu. Denn gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne 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, Urteil vom 30. Januar 1997 – IX ZR 133/96, 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 Beklagte den Mängelansprüchen des Klägers 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.“

b) Weiterhin müsste die Berufung auf die Nichtigkeit eines Bauvertrages zur Abwehr von Mängelansprüchen durch einen Werkunternehmer, der Bauleistungen aufgrund eines wegen einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ nichtigen Werkvertrages erbracht hat, einen **Verstoß gegen Treu und Glauben** darstel-

len. Der BGH bejaht dies aufgrund der spezifischen Interessenlage bei einem Bauvertrag mit „Ohne-Rechnung-Abrede“:

„[16] Bei einem solchen Bauvertrag erbringt der Unternehmer die von ihm geschuldeten Bauleistungen regelmäßig an dem Grundstück des Bestellers. Eine Rückabwicklung des Vertrages 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, Urteil vom 28. September 2006 – VII ZR 303/04, BauR 2007, 111, 113 = NZBau 2006, 781 = ZfBR 2007, 44, 45 m.w.N.). 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 Bauvertrages entfallen würden.

[17] Für den Unternehmer liegt diese spezifische Interessenlage des Bestellers der Bauleistung offen zutage. 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 Bauvertrages beruft, die allein aus der Gesetzeswidrigkeit 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.“

Damit ist dem Beklagten die Berufung auf eine etwaige Nichtigkeit des Werkvertrages gemäß § 242 BGB verwehrt.

3. Weiterhin müsste das Werk **mangelhaft** sein. Dies ist gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB jedenfalls dann der Fall, wenn das Werk sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet oder es eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art unüblich ist. Trotz der vom Beklagten geschuldeten Abdichtung der Terrasse zeigten sich in der darunter liegenden Einliegerwohnung Wasserschäden, sodass das Werk weder zur üblichen Verwendung geeignet war noch eine übliche Beschaffenheit aufwies.

4. Gemäß § 637 Abs. 1 BGB wäre grundsätzlich der erfolglose Ablauf einer vom Kläger gesetzten **angemessenen Frist zur Nacherfüllung** erforderlich. Eine Fristsetzung war jedoch entbehrlich, da die Nacherfüllung angesichts mehrerer Nachbesserungsversuche des Beklagten fehlgeschlagen war, § 637 Abs. 2 S. 2, 1. Var. BGB.

5. Auf eine etwaige **Unverhältnismäßigkeit** der Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 BGB hat sich der Beklagte nicht berufen.

6. Damit kann der Kläger von dem Beklagten sowohl Ersatz der Selbstvorkosten von 4.093,51 € aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB als auch Zahlung eines Vorschusses zur weiteren Mangelbeseitigung von 3.650 € aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB verlangen.

Der BGH hat am gleichen Tag unter dem Aktenzeichen **VII ZR 140/07** mit überwiegend gleichlautender Begründung entschieden, dass auch ein Ingenieur, der wegen mangelhafter Vermessungsleistungen auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, sich gemäß § 242 BGB nicht auf die Nichtigkeit des Werkvertrages wegen einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ berufen kann.

Eine vergleichbare Regel wie der für das Kaufrecht geltende § 440 S. 2 BGB, wonach eine Nachbesserung nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen gilt, gibt es im Werkvertragsrecht nicht. Allerdings liefert § 440 S. 2 BGB auch im Werkvertragsrecht einen Anhaltspunkt für ein Fehlschlagen, wenn im Einzelfall keine besonderen Umstände vorliegen.

Prüfungsschema für § 134 BGB

1. Vorliegen eines Verbotsgesetzes

- ▶ **Gesetz:** alle Gesetze im materiellen Sinne (Art. 2 EGBGB)
- ▶ **Verbotsgesetz:** Ein an sich zulässiges Rechtsgeschäft wird wegen seines Inhalts oder der Umstände seines Zustandekommens untersagt. Es muss eine Einschränkung des rechtlichen „Dürfens“, nicht des rechtlichen „Könnens“ vorliegen.

2. Verstoß gegen das Verbotsgesetz

Erfüllung des objektiven Tatbestandes (nur bei Straftaten wird meist die Verwirklichung auch des subjektiven Tatbestandes verlangt).

3. Rechtsfolge

Nichtigkeit, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“:

- ▶ **Beide Parteien** Adressaten des Gesetzes und **beidseitiger Gesetzesverstoß:** I.d.R. **Gesamtnichtigkeit** des Vertrages (z.B. SchwarzArbG)

Ausnahmen:

- Sinn und Zweck des Gesetzes gebietet Teilnichtigkeit (z.B. AO, Verstoß gegen preisrechtliche Verbotsgesetze)
- Gesetz verbietet nur Art und Weise des Abschlusses (z.B. Ladenschlussgesetz)
- ▶ Adressat des Gesetzes nur **eine Partei** oder nur **einseitiger Verstoß** gegen das Gesetz: I.d.R. **Wirksamkeit des Vertrages** (z.B. HandwO)

Ausnahme:

- Gesetzeszweck lässt sich nur durch Nichtigkeit erreichen (z.B. RBERG)

Eine „Ohne-Rechnung-Abrede“ kommt bei Werkverträgen – insbesondere über Bauleistungen – sowohl in der Praxis als auch im Examen häufig vor. Eine solche Abrede wird – selbst wenn nach § 134 BGB zunächst nur die „Ohne-Rechnung-Abrede“ isoliert unwirksam ist – meist jedenfalls nach § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen, da die Parteien ohne die Abrede regelmäßig einen anderen Preis vereinbart hätten. Die Nichtigkeit eines solchen Vertrages hat folgende Konsequenzen:

- Dem Besteller stehen gegen den Werkunternehmer trotz Nichtigkeit Gewährleistungsansprüche zu: Dem Werkunternehmer ist es nach § 242 BGB regelmäßig verwehrt, sich auf die Nichtigkeit zu berufen.
- Der Werkunternehmer hat zwar keinen Werklohnanspruch, kann aber nach h.M. gem. §§ 812, 818 Abs. 2 BGB Wertersatz verlangen; der Anspruch ist gemäß § 242 BGB auch nicht nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Bei der Bemessung des Wertersatzes musste der Werkunternehmer bisher jedoch einen Abschlag in Kauf nehmen, da angesichts der Nichtigkeit des Werkvertrages keine Gewährleistungsrechte bestanden (BGH NJW 1990, 2542, 2543). Nach der hier vorliegenden Entscheidung wird dieser Abschlag wohl künftig entfallen, da dem Besteller nach § 242 BGB faktisch Gewährleistungsrechte zustehen. Hat der Besteller den Werklohn bereits entrichtet, ist er an der Rückforderung nach § 817 S. 2 BGB gehindert.

Ob auch ein denkbarer Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nur die Nichtigkeit der „Ohne-Rechnung-Abrede“ zur Folge hat oder unmittelbar zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt (wie bei sonstigen Verstößen gegen das SchwarzArbG), wird das OLG Brandenburg und evtl. auch den BGH noch beschäftigen.

Dr. Till Veltmann