

FESTSCHRIFT FÜR  
GÜNTER H. ROTH  
ZUM 70. GEBURTSTAG

herausgegeben von

DR. HOLGER ALTMEPPEN

DR. HANNS FITZ

DR. HEINRICH HONSELL

**Sonderdruck**



„Schwarze“ Werkverträge und allgemeines (deutsches) Zivilrecht

Übersicht

	Seite
I. Einleitung .....	79
II. Der Ansatz über Treu und Glauben: BGH-Begründung und Folgeprobleme .....	80
III. Gesetzwidrigkeit von „Rechnungsverzichtsklauseln“ im Sinne des § 134 BGB? .....	83
IV. Gesamtnichtigkeit wegen § 139 BGB? .....	84
V. Gesamtnichtigkeit allein wegen § 134 BGB? .....	86
1. Die bejahende Position von <i>Stamm</i> .....	86
2. Gegenargumente .....	87
VI. Konsequenzen der Ablehnung von Vertragsnichtigkeit gemäß den §§ 134, 139 BGB, insbesondere für die Höhe des Werklohnanspruchs .....	88
VII. Absprachen für den Fall des „Auffliegens“ .....	89
VIII. Ergebnisse .....	89

I. Einleitung

Immer wieder stößt man auf Situationen, in denen auch ein begeisterter Rechtswissenschaftler gut nachvollziehen kann, warum die Juristen den Ruf haben, den sie unter Nichtjuristen genießen: Ohne Scheu vor Um- und Abwegen begründen sie jedes von ihnen gewünschte Ergebnis. Und es gibt höchstgerichtliche Urteile, die – jedenfalls beim Blick über den Einzelfall hinaus – wenig befriedigen, weil sie nicht nur wichtige Fragen ungeklärt lassen, sondern darüber hinaus eine Reihe zusätzlicher Fragen provozieren. Die beiden Entscheidungen des BGH<sup>1</sup>, die im Folgenden behandelt werden sollen, erfüllen leider alle genannten Kriterien<sup>2</sup>. Sie lassen die wesentliche Frage nach der Gesamtunwirksamkeit eines Werkvertrages (wegen Gesetzwidrigkeit gemäß § 134 BGB), bei deren Abschluss beide Parteien übereinkamen, ihn „ohne Rechnung“ – gemeint: unter Verheimlichung gegenüber der Finanzbehörde – durchzuführen, offen, verweigern dem Werkunternehmer aber (über § 242 BGB) auch für den Fall der Totalnichtigkeit das Recht, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen. Auf diese Weise werden dem Kunden (= einem privaten Werkbesteller) Gewährleistungsrechte sowie Mangelfolgeschadenersatzansprüche *wie bei wirksamem Vertrag* zugestanden.

Ich weiß nicht, wie ich eine derartige Lösung in einer Klausur bewertet hätte, predige ich den Studierenden doch schon seit Jahrzehnten den ehernen Grundsatz, dass Gewähr-

<sup>1</sup> VII ZR 42/07 (JZ 2008, 1004 m. Anm. *Armbrüster*) und VII ZR 140/07 (NZBau 2008, 436), beide vom 24.4.2008. In den Vordergrund werde ich wegen ihrer größeren Anschaulichkeit und zum besseren Verständnis der Leser die „Mängelentscheidung“ VII ZR 42/07 stellen.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Stamm* Zur Rechtsvereinheitlichung der Schwarzarbeitsproblematik – Ein Lösungsmodell unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung zur so genannten Ohne-Rechnung-Abrede, NZBau 2009, 78, der den Weg über Ausnahmen und Gegenausnahmen (90) sowie die von den Entscheidungen ausgehende Rechtsunsicherheit (83 f.) kritisiert.

leistungsbefehle („Mängelrechte“) zwingend einen wirksamen Vertrag voraussetzen, da (nur) an diesem gemessen werden kann und muss, ob und inwieweit das Geleistete vom Geschuldeten in negativer Weise abweicht. Soll derart Grundsätzliches „im Einzelfall“ – der bei dem mW nicht gerade seltenen Verzicht auf eine Rechnung eigentlich gar keiner ist<sup>3</sup> – tatsächlich mit den Zauberwörtern „Treu und Glauben“ bzw. „unzulässige Rechtsausübung“ überspielt werden können?

Kritik am BGH und speziell an dessen Entscheidungsbegründung mit Hilfe des § 242 BGB<sup>4</sup> – einer Norm, die der *Jubilar* im Münchener Kommentar zum BGB über viele Auflagen umfassend kommentiert hat (weshalb ich trotz großer Skepsis gegenüber der praktischen Handhabung dieser „General[st]klausel“ auf sein Interesse an meiner Untersuchung<sup>5</sup> hoffe) – ist nicht ausgeblieben. So schlagen namentlich *Armbrüster*<sup>6</sup> und *Stamm*<sup>7</sup> mit der überwiegenden Zahl der Kritiker<sup>8</sup> eine in sich konsequente Lösung vor: Sie befürworten in der erörterten Konstellation ausdrücklich die Vertragsnichtigkeit, wollen den Beteiligten dann aber nur Bereicherungsansprüche gewähren. Hält man demgegenüber die Ergebnisse des BGH für sachgerecht, muss man die Anwendung des § 134 BGB iVm. § 139 BGB hinterfragen. In diese Richtung – und damit genau entgegen *Armbrüster* – geht die Stellungnahme von *Peters*<sup>9</sup>, der sich für Vertragswirksamkeit ausspricht und auf diesem Weg geradezu selbstverständlich zur Bejahung von Nachbesserungsansprüchen bzw. zur Pflicht zum Ersatz von Mangelfolgeschäden gelangt.

Im Folgenden soll dargelegt werden, dass die Position des BGH auf allen drei Ebenen problematisch und angreifbar ist: bei § 242, bei § 134 (für den Werkvertrag als solchen) und bei § 139 BGB.

## II. Der Ansatz über Treu und Glauben: BGH-Begründung und Folgeprobleme

Lösungen über Treu und Glauben sind immer stark ergebnisorientiert und korrigieren das, was auf „normalem“ dogmatischem Weg herauskäme. Der Einsatz dieser Generalklausel ist anerkanntermaßen nur dann zulässig, wenn die Subsumtion unter konkretere Normen – also der „normale“ Weg – zu Ergebnissen führte, die den Interessen eines der

<sup>3</sup> Ebenso etwa in seiner Entscheidungsbesprechung *Faust* JuS 2008, 932, 933 (in der Praxis häufiger Fall); *Peters* Die Leistung ohne Rechnung, NJW 2008, 2478, 2479 (Massenphänomen).

<sup>4</sup> Befürwortend wohl *Orlowski* Ohne Rechnung = Ohne Rechte? BauR 2008, 1963, 1971; *Leitzke* IBR 2008, 397.

<sup>5</sup> Eine Erstfassung konnte ich im Rahmen eines von der Alexander von Humboldt-Stiftung geförderten Forschungsaufenthalts im Sommer 2009 an der Universität Rostock konzipieren; die Fertigstellung erfolgte ein gutes Jahr später am heimatischen Schreibtisch/Computer.

<sup>6</sup> JZ 2008, 1006.

<sup>7</sup> NZBau 2009, 78 (besonders ausführlich).

<sup>8</sup> Im Grundsatz ebenso wie die beiden im Text Genannten (insbesondere auch gegen die Anwendung von § 242 BGB) das OLG Saarbrücken OLGR 2000, 303; *Faust* JuS 2008, 932, 933; *Popescu/Majer* Gewährleistungsansprüche bei einem wegen Ohne-Rechnung-Abrede nichtigen Vertrag, NZBau 2008, 424; ferner wohl auch *Pauely*. Die neue BGH-Rechtsprechung zur Schwarzarbeit, MDR 2008, 1196, 1197 sowie *Bosch* NJOZ 2008, 3044. Manche dieser Autoren weisen auf die besonders geringe (bzw. gänzlich fehlende) Schutzwürdigkeit des Werkbestellers hin, da der Unternehmer typischerweise – nicht zuletzt wegen des großen Konkurrenzdrucks – in der wirtschaftlich schwächeren Position sei. Diese Meinung ist in ihrer Pauschalierung jedenfalls abzulehnen und auch sonst in mehrfacher Hinsicht fraglich: So sind von der vorliegenden Problematik praktisch bloß Verbraucher als Besteller betroffen. Überdies geht die Initiative zur „rechnungswenigen Leistungserbringung“ nach meinen Erfahrungen und Informationen immer wieder vom Unternehmer aus. Und schließlich profitiert der Unternehmer wohl nicht selten sogar mehr vom gelungenen Steuerbetrug als der Besteller (der sich regelmäßig wohl nur die Umsatzsteuer „erspart“).

<sup>9</sup> NJW 2008, 2478. Zustimmend etwa *Ahrens* LMK 2008, 266104.

Beteiligten – hier: des Werkbestellers – in concreto in keiner Weise gerecht würden<sup>10</sup>. In diesem Sinn wird etwa immer wieder formuliert, dass untragbare, mit Recht und Gerechtigkeit offensichtlich unvereinbare Ergebnisse verhindert werden müssen<sup>11</sup>. Überdies hat der BGH die Position vertreten, dass die Berufung auf Vertragsnichtigkeit nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen könne<sup>12</sup>. Daher ist zuerst zu fragen, was der VII. Zivilsenat in dieser Hinsicht aufzubieten hat.

Zunächst ortet er eine spezifische und typische Interessenlage bei Bauverträgen<sup>13</sup> mit Ohne-Rechnung-Abrede: Zum Ersten sei die Rückabwicklung gewöhnlich mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, da sie mit der Gefährdung fremden Eigentums (Grundstück des Werkbestellers) sowie mit der Gefährdung wirtschaftlicher Werte verbunden sei. Daher werde der Besteller das Werk regelmäßig behalten wollen, weshalb er ein besonderes Interesse an vertraglichen Gewährleistungsrechten habe. Zum Zweiten sei diese Interessenlage für den Werkunternehmer offensichtlich. Setze er nun den (nichtigen) Vertrag ins Werk, erbringe er also seine Bauleistung, wäre eine spätere Berufung auf die Vertragsnichtigkeit gegenüber der Erfüllungshandlung widersprüchlich, weshalb sie gegen Treu und Glauben verstoße (und daher unbeachtlich sei). Betont wird vom BGH in diesem Zusammenhang schließlich noch die Tatsache, dass die Ohne-Rechnung-Abrede „regelmäßig auch seinem<sup>14</sup> eigenen rechtlichen Vorteil dienen“ solle. Ohne Gewährleistungsrechte sei der Besteller überdies „unter Beeinträchtigung seines Eigentums dauerhaft mit den Mangelfolgen belastet“.

Der Versuch des BGH, die vorliegende Konstellation als einer Sonderbehandlung würdig darzustellen, kann mE in beide Richtungen kritisiert werden<sup>15</sup>. Ich beginne mit einem

<sup>10</sup> S. zB MünchKommBGB/Roth 5. Aufl., 2007, § 242 Rn. 2 (Art „Notventil“); *Faust* JuS 2008, 932, 933 („Notbremse“); *Peters* NJW 2008, 2478, 2479 („letztes Hilfsmittel“).

<sup>11</sup> Vgl. nur *Palandt/Grüneberg* BGB, 69. Aufl. 2010, § 242 Rn. 2 aE (mit Hinweis auf drei Entscheidungen des BGH).

<sup>12</sup> BGHZ 85, 39, 48.

<sup>13</sup> Demgegenüber meint *Ahrens* LMK 2008, 266104, die Entscheidungen ließen sich auch auf andere Leistungen an bestellereigenen Sachen übertragen; so auf die Reparatur eines Kraftfahrzeuges. (Allerdings spricht er sich selbst für das Bestehen vertraglicher Rechte aus.)

<sup>14</sup> = des Werkunternehmers.

<sup>15</sup> Ob ein generelles Argument gegen die Anwendung des § 242 BGB, das vor allem von *Peters* NJW 2008, 2478, 2479 formuliert wurde, zieht, soll hier offen bleiben. Er weist darauf hin, dass der Treu-und-Glauben-Einwand bisher (vor allem?) rechtsbeschränkend eingesetzt wurde, während dieser Einwand nach der nunmehrigen BGH-Position Rechte (auf Gewährleistung) zum Entstehen bringt (in dieselbe Richtung etwa *Faust* JuS 2008, 932, 933; *Pauely* MDR 2008, 1196, 1197; *Popescu/Majer* NZBau 2008, 424, 426). Meiner ersten Einschätzung zufolge wird der Einwand in Deutschland derart weit gezogen, dass dieser Schritt für sich allein wohl noch akzeptabel wäre (für Gleichbehandlung auch etwa MünchKommBGB/Roth 5. Aufl., 2007, § 242 Rn. 177 f. mit Beispielen, der jedoch zugleich betont, dass die „rechtsschaffende“ Seite der Norm in praktischer Hinsicht die Ausnahme bildet). Allerdings hätte die Lösung auch lauten können, dass der – bereicherungsrechtliche bzw. ebenfalls „vertragsfiktive“? – Anspruch des Unternehmers für den Fall der mangelhaften Leistung bis zur Behebung beschränkt ist, ohne dass dem Besteller ein durchsetzbares Gewährleistungsrecht gewährt würde. Damit wäre man wieder „im (engeren) System“ der unzulässigen Rechtsausübung. – Jedenfalls nicht folgen möchte ich *Peters* bei seiner Einschätzung, dass der BGH im hier betroffenen Bereich (Bauleistungen im weiteren Sinne) mit seiner Ansicht die „Schwarzarbeit“ fördere (wie *Peters* zB auch *Popescu/Majer* NZBau 2008, 424 und wohl auch *Stamm* NZBau 2009, 78; dagegen etwa *Reinelt* BauR 2008, 1231). Zum einen haben sich sowohl Werkbesteller als auch Unternehmer durch die Unsicherheiten und Gefahren von solchen Geschäften offensichtlich bis heute nicht abbringen lassen (was meiner Vermutung nach neben der Betrachtung von Steuerbetrug als „Kavaliersdelikt“ nicht zuletzt damit zu tun hat, dass die Rechtskenntnisse auf beiden Seiten wenig ausgeprägt sind). Und zum anderen hängt die Bereitschaft der Unternehmer zu solchen für eine „Steuervermeidung“ hilfreichen Abreden wohl eher von Bestand und Umfang ihrer eigenen Ansprüche ab, zu denen der BGH allerdings kaum etwas sagt.

Vergleich mit der reinen Gesamtnichtigkeitslösung. Bereits das Rückabwicklungsszenario ist nicht so dramatisch wie dargestellt<sup>16</sup>. Ist der Werkunternehmer solvent (was ja auch Voraussetzung für die vom VII. Zivilsenat gewährten Ansprüche wäre), so wäre bei der Bewertung der vom Unternehmer erbrachten Leistung, um deren Vergütung im Rahmen der §§ 812, 818 Abs. 2 BGB es geht, sofern eine Rückgabe faktisch oder wirtschaftlich ausscheidet, streng darauf zu achten, welchen Vorteil der Unternehmer dem Besteller erbracht hat. Hat die erbrachte – wenn auch mangelhafte – Leistung zu einer Wertsteigerung geführt, ist nur diese zu vergüten und kann ein allenfalls schon bezahltes, darüber hinaus gehendes Entgelt zurückverlangt werden. War die Leistung gar nichts wert, erhält der Besteller alles Bezahlte zurück. Und würde die Leistung tatsächlich einmal zu einer „dauerhaften Beeinträchtigung“ des Bestellereigentums führen, wäre der Unternehmer überdies regelmäßig einem Beseitigungsanspruch gemäß § 862 BGB<sup>17</sup> bzw. unter Umständen deliktsrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt<sup>18</sup>. In allen Konstellationen könnte der Besteller anschließend versuchen, die ursprünglich gewünschte Leistung von einem Dritten auf unbedenkliche Weise (also mit Rechnung) zu erhalten. Wieso dieser Weg (über das Bereicherungsrecht) für den Besteller untragbar wäre, ist also nicht zu sehen; umso weniger dann, wenn man mitbedenkt, dass der Besteller von der geplanten Täuschung der Steuerbehörden wusste bzw. sie für ihn zumindest evident war, sofern nicht gar er selbst den Anstoß zu der Abwicklung ohne Rechnung gegeben hat. Ein gesetzwidriger Vorteil wurde eben nicht bloß vom Unternehmer angestrebt<sup>19</sup>. Damit kommt aber auch dem Ins-Werk-Setzen des Vertrages keine Relevanz für § 242 BGB zu: Schon weil beide wussten, was gespielt wird, hatte die Leistungserbringung keine eigenständige Bedeutung. Bei „gentlemen's agreements“, die außerhalb der Rechtsordnung stehen, kann man eben nur hoffen, dass alles so wie geplant über die Bühne geht. Dass rechtliche Ansprüche nicht bestehen, ist den Beteiligten bekannt.

Aber auch die *Wirksamkeitslösung* wäre aus der Sicht der Beteiligten durchaus akzeptabel: Der Werkbesteller hat Anspruch auf das ihm Zugesagte (einschließlich Gewährleistung und vertraglichen Schadenersatz), was ja offensichtlich ganz im Sinne des BGH ist. Überdies treffen die rechtlichen Bedenken nicht den Hauptteil der Vereinbarung (Werkleistung gegen Entgelt), nicht also den Leistungsaustausch an sich. Aus diesem Grund erscheint es auch nicht von vornherein bedenklich, die darauf gerichteten Abreden der Parteien als verbindlich anzusehen. Über die abgegebenen Willenserklärungen hinausgehen darf man allerdings nicht: Steht fest, dass der Werkbesteller keinesfalls mehr als den abgesprochenen Preis – der „unter Weglassung einer Rechnung“ kalkuliert wurde – zu zahlen bereit war, kann der Vertrag nur zu diesem Gesamtentgelt bestehen (dazu näher unter VI.).

Diese Bemerkung leitet bereits über zu manchen offenen Fragen und zu Abgrenzungsnöwendigkeiten, die die BGH-Position mit sich bringt. Ich beginne mit dem eben angesprochenen *Anspruch des Werkunternehmers*, der etwa seine vom BGH postulierten Gewährleistungspflichten erfüllt oder gar – wie sicherlich nicht selten – von vornherein korrekt geleistet hat (wobei dafür nur der an sich unwirksame Vertrag Maßstab sein könnte). So ist unklar, ob auch dem Werkunternehmer der Einwand aus § 242 BGB zustehen soll, so dass sich der Werkbesteller ebenfalls nicht auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen kann und daher das vereinbarte Entgelt schuldet, oder ob der Anspruch ein bereicherungsrechtlicher (gemäß den §§ 812, 818 Abs. 2 BGB) bleibt. Für die erste Variante könnte sprechen, dass dem Besteller die (angebliche) Nichtigkeit ebenfalls anzulasten ist und er daher nicht

<sup>16</sup> In dieselbe Richtung bereits *Armbrüster* JZ 2008, 1006, 1007. S. ferner etwa *Popescu/Majer* NZBau 2008, 424, 425; *Pauly* MDR 2008, 1196, 1197; *Stamm* NZBau 2009, 78, 83.

<sup>17</sup> Voraussetzung dafür ist zwar verbotene Eigenmacht, die wohl auch durch eine gemäß § 134 BGB nichtige Vereinbarung wegfallen kann. Ein verschlechternder bzw. beeinträchtigender Eingriff war dem Unternehmer aber auch durch den (nichtigen) Werkvertrag nicht gestattet.

<sup>18</sup> Vgl. nur OLG Brandenburg BauR 2007, 1586, 1587; *Stamm* NZBau 2009, 78, 82 f.

<sup>19</sup> Das betont zu Recht etwa *Armbrüster* JZ 2008, 1006, 1007.

allein die Vorteile der Wirksamkeitsfiktion genießen darf. Aus der Begründung des BGH für die Anwendung des § 242 BGB ergibt sich dafür allerdings nichts. Damit liegt aber auch die Höhe des vom Werkbesteller Geschuldeten im Dunklen<sup>20</sup>.

Mindestens ebenso misslich sind die aufgeworfenen Abgrenzungsfragen<sup>21</sup>. Der VII. Senat führt ja gleich mehrere Momente ins Treffen, aus denen gemeinsam er schließlich den Treu- und Glauben-Einwand rechtfertigt. Was soll aber dann gelten, wenn in einem etwas anders gelagerten Fall nicht alle diese Umstände vorliegen? Kommt der Einwand bei Leistungen, die sich nicht – zumindest in einem weiten Sinn (vgl. die mangelhafte Vermessungsleistung in VII ZR 140/07) – auf das Bestellergrundstück beziehen, niemals in Betracht? Auch die Betonung der bereits erfolgten – wenn auch bloß mangelhaften – Leistungserbringung wirft ähnliche Fragen auf: Was gilt etwa zwischen Beginn und Vollendung der Leistung? Könnte sich jeder Teil vor der Abnahme des Werkes auf die Unwirksamkeit berufen, so dass § 242 BGB nicht eingreift?

Schon aus all diesen hier genannten Gründen, die sicherlich noch ausgebaut werden können, erscheint mir die – vom BGH leider unterlassene – Suche nach dem geradlinigeren Weg besonders wichtig (und das dabei gefundene Ergebnis einer Lösung mit Hilfe des § 242 BGB jedenfalls vorzuziehen). Das soll im Folgenden geschehen.

### III. Gesetzwidrigkeit von „Rechnungsverzichtsklauseln“ im Sinne des § 134 BGB?

In einem ersten Schritt ist zu fragen, ob es hier überhaupt eine im Sinne des § 134 BGB gesetzwidrige – und daher nichtige – Teilabrede<sup>22</sup> gibt. Gehen wir von einem typischen Fall aus. Frage des Werkunternehmers: „Brauchen Sie eine Rechnung?“ Antwort des Bestellers: „Nein!“<sup>23</sup> Daraufhin einigt man sich auf die Hauptleistungen, vor allem auf einen bestimmten Entgeltbetrag. Was ist hier zivilrechtlich wirklich vereinbart worden und kann an § 134 BGB gemessen werden? Blickt man bloß auf die „Ohne-Rechnungs-Abrede“, könnte man zunächst sogar meinen, dass bereits diese für sich unbedenklich ist<sup>24</sup>: Das gilt allerdings höchstens dann, wenn man den Inhalt dieser Abrede ihrem Wortlaut folgend eng versteht, sie also dahingehend auslegt, dass der Besteller nur auf seinen (zivilrechtlichen) Anspruch auf Erhalt einer Rechnung verzichte. Tatsächlich wird man das Gewollte und Vereinbarte aber ohnehin in allen hier interessierenden Fällen weiter fassen müssen. Es weiß eben auch der Besteller, worum es „steuerfaktisch“ geht. Daher wird die Auslegung eher ergeben, dass sich die Beteiligten generell dazu verpflichten, alles zu unterlassen, was die Steuerbehörde hellhörig machen könnte<sup>25</sup>. Dass eine solche Verpflichtung für sich genommen unter § 134 BGB fällt, bedarf nun aber keiner weiteren Begründung, ist doch *ihr Hauptzweck*<sup>26</sup> die Erzielung widerrechtlicher Vorteile durch Verstoß gegen klare gesetzliche Gebote.

<sup>20</sup> Der Umfang des Entgelts ist allerdings durchaus auch dann klärungsbedürftig, wenn man einen wirksamen Vertrag annimmt. Dazu noch unter V.

<sup>21</sup> Auf die damit verbundene Rechtsunsicherheit weisen bereits *Armbrüster* JZ 2008, 1006, 1008, *Popescu/Majer* NZBau 2008, 424, 426 und ganz besonders *Stamm* NZBau 2009, 78, 83 ff. hin.

<sup>22</sup> Zur umgekehrten Frage nach der Bedeutung einer „Wirksamkeit“ der Ohne-Rechnungs-Abrede noch unter IV. aE.

<sup>23</sup> Selbstverständlich kann es auch einmal genau umgekehrt sein, die Initiative also vom Besteller ausgehen.

<sup>24</sup> In diesem Sinne *Peters* NJW 2008, 2478, 2479, der sogar im neuen § 14 Abs. 2 Nr. 1 UStG kein Hindernis für eine solche Absprache erblickt.

<sup>25</sup> In diese Richtung, wenn auch nicht detailliert zum Inhalt der Abrede (Vertragsabwicklung soll am Fiskus vorbei erfolgen), zustimmenswert *Stamm* NZBau 2009, 78, 79, der den Begriff „Schwarzgeldabrede“ vorschlägt. Noch aussagekräftiger wäre wohl „*Vertuschungsabrede*“.

<sup>26</sup> Anderes gilt demgegenüber für die Leistungsaustauschvereinbarung (dazu unter V.).

Damit bleibt die entscheidende Frage, ob aus § 134 iVm. § 139 BGB oder unter Umständen allein aus § 134 BGB auch die Nichtigkeit des Hauptvertrages, also der Leistungsaustauschabrede folgt.

#### IV. Gesamtnichtigkeit wegen § 139 BGB?

Gelangt man – wie der BGH oder etwa *Armbrüster* – zu der Ansicht, dass die Ohne-Rechnung-Abrede zum einen isoliert beurteilt werden kann<sup>27</sup> und zum anderen gesetzwidrig im Sinne des § 134 BGB ist, muss im nächsten Schritt § 139 BGB genaueres Augenmerk geschenkt werden. Die Abrede ist ja ohne Zweifel Teil des gesamten Werkvertrages, weshalb bei bejahter Nichtigkeit der Abrede der Anwendungsbereich des § 139 BGB zumindest auf den ersten Blick eröffnet ist.

Aber ist die Bestimmung hier wirklich anwendbar? Oder kann zumindest die in ihr festgelegte Vermutung für Gesamtnichtigkeit entkräftet werden? In die zu § 139 BGB schon lange und subtil geführte ausführliche Diskussion kann hier selbstverständlich nicht eingestiegen werden; ebenso wenig in (mögliche) rechtspolitische Bedenken gegen diese Vorschrift und ihre Abgrenzung zur Gesetzesanwendung. Zumindest sei aber darauf hingewiesen, dass die Gesamtnichtigkeitsvermutung in mehrfacher Hinsicht als subsidiär angesehen wird: Sie weicht selbstverständlich Vorschriften, die Teilnichtigkeit ausdrücklich anordnen, aber auch einem gegenteiligen übereinstimmenden Parteiwillen (etwa in Gestalt einer salvatorischen Klausel), und wird sogar für sich als rechtsgeschäftlich abdingbar angesehen<sup>28</sup> (woraus dann wohl eine Vermutung für bloße Teilnichtigkeit folgt).

In Österreich, dessen Rechtsordnung eine § 139 BGB vergleichbare Vorschrift nicht enthält, wird bei Nichtigkeit einer Teilabrede wegen Gesetzwidrigkeit regelmäßig und primär gefragt, welcher Zweck dem gesetzlichen Verbot zugrunde liegt und ob dieser Zweck Gesamtnichtigkeit verlangt oder nicht<sup>29</sup>. Damit kann man auch dann zur Teilnichtigkeit gelangen, wenn ein Vertragsteil ohne die weggefallene Klausel nicht kontrahiert hätte<sup>30</sup>; und ebenso zur Gesamtnichtigkeit, wenn der Vertrag auch ansonsten geschlossen worden wäre. Für das deutsche Recht ist dieser schon vorweg differenzierende Ansatz ebenfalls anerkannt<sup>31</sup>, so dass es auch insoweit nicht in allen Fällen auf den hypothetischen Parteiwillen ankommt.

Das leitet zu einem weiteren Gedanken über. Auch wenn der Zweck der verletzten Verbots- oder Gebotsnorm nicht klar für bloße Teilnichtigkeit spricht (dazu unter V.), sind hypothetische Momente selbstverständlich dann nicht zu beachten, wenn für die relevante Frage sogar *tatsächlich abgegebene* Willenserklärungen vorliegen. § 139 BGB kann daher von vornherein nur so verstanden werden, dass den Parteien bei Abschluss ihrer Vereinbarungen die Gesetzwidrigkeit einer Vertragsbestimmung *unbekannt* war. Dann und nur dann bleibt ja unklar, was sie im Kenntnisfall getan hätten. Hier wussten die Parteien aber um die Zwecke ihrer Ohne-Rechnung-Abrede und (damit) zugleich zumindest um deren Bedenk-

<sup>27</sup> AA *Stamm* NZBau 2009, 78, insbesondere 81, der von Untrennbarkeit von der Entgeltabrede ausgeht (dazu näher unter V.).

<sup>28</sup> Dazu statt vieler *MünchKommBGB/Busche* 5. Aufl. § 139 Rn. 3 ff.

<sup>29</sup> Statt aller *P. Bydlinski* Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2010, Rn. 7, 8.

<sup>30</sup> Daher gelangt die hM für die hier interessierenden Sachverhalte (anders als bei fehlender Gewerbeberechtigung, wovon beide Vertragsteile wissen) zur Wirksamkeit des Werkvertrages: *Iro* Zivilrechtliche Probleme bei Verträgen mit Schwarzarbeitern, JBl. 1987, 1; *ders.* Entgeltsanspruch für „Schwarzarbeit“, RdW 1999, 453; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB I, 3. Aufl. 2000, § 879 Rn. 166; zuletzt (mit Blick auf die Entscheidungen des BGH) *Warto* Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen. Zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, Zak 2008, 323.

<sup>31</sup> S. nur *Palandt/Ellenberger* BGB, 69. Aufl. 2010, § 134 Rn. 13, § 139 Rn. 19; BGH NJW 2000, 1333, 1335.

lichkeit. Dennoch haben sie ohne weitere Einschränkungen den Austausch ihrer näher umschriebenen Hauptleistungen vereinbart. ME liegt darin die Deklaration ihres klaren Willens, den Werkvertrag auch bei bzw. trotz nichtiger Ohne-Rechnung-Abrede abzuschließen und durchführen zu wollen<sup>32</sup>.

Meint man hingegen, dass ein tatsächlicher Wille zum „Restvertrag“ nicht nachweisbar ist, weshalb § 139 BGB grundsätzlich eingreift, wäre nach Argumenten für einen (übereinstimmenden) *hypothetischen* Willen Richtung Teilnichtigkeit zu suchen. ME wird man auch dabei fündig. Der BGH hat die Tatsache, dass der Unternehmer den Vertrag in Kenntnis der Ohne-Rechnung-Abrede und der besonderen Interessenlage durchgeführt hat, (erst) im Rahmen des § 242 BGB berücksichtigt. Tatsächlich ist (spätestens) diese einvernehmliche Leistungserbringung bereits im Rahmen des § 139 BGB beachtlich und entkräftet die Vermutung eines „Gesamtnichtigkeitswillens“. Dabei wird nicht verkannt, dass die Prüfung nach § 139 BGB auf den Vertragsschlusszeitpunkt zu beziehen ist, also mit Blick ex ante zu erfolgen hat. In diesem Sinn wäre es sogar durchaus zulässig, differenziert zu fragen; zB, was die Parteien in diesem Zeitpunkt wohl für den nunmehr allein relevanten Fall anschließend erfolgter – wenn auch unter Umständen mangelhafter – Vertragsdurchführung gewollt hätten. Es ist nicht zu sehen, warum sich auch nur ein Vertragsteil insoweit gegen „Teil“-Vertragswirksamkeit entschieden hätte: Der Besteller wollte die ihm versprochene Leistung, der Unternehmer sein Entgelt<sup>33</sup>, ob mit oder ohne Rechnung<sup>34</sup>. Damit fällt aber auch die Vermutung des § 139 BGB dahin.

Ein bereits in die Diskussion eingebrachtes Gegenargument für Gesamtnichtigkeit geht nun dahin, dass der Unternehmer das Geschäft „ohne die der Steuerhinterziehung dienende Abrede“ typischerweise nur zu einem höheren Preis abgeschlossen hätte<sup>35</sup>. Dem dürfte ein Missverständnis zugrunde liegen. Es geht hier nicht um einen Vergleich mit Geschäften ohne Ohne-Rechnung-Abrede, sondern um die Frage, was der Werkunternehmer hypothetisch in Kenntnis der Unwirksamkeit einer solchen (getroffenen!) Abrede bei Vertragsschluss getan hätte<sup>36</sup>. Von Unkenntnis der Unwirksamkeit kann nun aber keine Rede sein: Beide Teile wussten (im Regelfall) genau, dass es um eine Täuschung der Finanzbehörde ging und das diese nicht erlaubt ist; umso weniger eine genau darauf zielende Abrede. Die Überlegung des Unternehmers, unter bestimmten Umständen mehr Entgelt zu fordern, kann allein mit der Abrede „ohne Rechnung“ also nichts zu tun haben und damit auch nicht bei § 139 BGB als Argument gegen Teilnichtigkeit dienen. Einen höheren Preis hätte der Unternehmer allenfalls für den Fall erwogen, dass die Steuerhinterziehung misslingt. Da ihm dieses Risiko aber voll bewusst war und er dafür dennoch nicht vertraglich Vorsorge getroffen hat, ist es auch beim hypothetischen Parteiwillen nicht zu berücksichtigen; und bei § 139 BGB schon deshalb nicht, weil *dieses* Risiko nicht von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Ohne-Rechnung-Abrede abhängt.

<sup>32</sup> In diesem Sinne möglicherweise auch *Stammkötter* ZfBR 2008, 531, 532, der betont, dass beiden Parteien der Gesetzesverstoß (und damit die Nichtigkeit der Abrede) bekannt war. Sein (genereller) Schluss, der BGH habe eine zivilrechtliche Sanktion des Verstoßes gegen Steuervorschriften endgültig abgelehnt, erscheint aber doch etwas überzogen.

<sup>33</sup> Mehr als das Vereinbarte wird bei Nichtigkeit nach Bereicherungsrecht kaum einmal geschuldet sein.

<sup>34</sup> Diese Überlegung deutet an, dass es bei § 139 BGB – sofern man zu ihm überhaupt gelangt – auf den Beginn der Leistungserbringung vermutlich gar nicht ankommt. (Darüber wäre aber wohl noch nachzudenken.)

<sup>35</sup> *Armbrüster* JZ 2008, 1006 und etwas weniger massiv der VII ZR 42/07; beide gegen die Aussage des BGH in VII ZR 192/98, BauR 2001, 630, wonach die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede regelmäßig keinen Einfluss auf die Höhe der Vergütung habe.

<sup>36</sup> Wie schon gesagt, wird sich ein Problem des § 139 BGB überhaupt erst dann stellen, wenn der Werkunternehmer zu Unrecht von der Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts ausgegangen wäre; hier wusste er aber selbstverständlich sehr genau um die Bedenklichkeit des damit Beabsichtigten.

## V. Gesamtnichtigkeit allein wegen § 134 BGB?

### 1. Die bejahende Position von Stamm

Nicht überraschend haben sich auch Stimmen erhoben, die die Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages allein auf § 134 BGB stützen, also auch die Möglichkeit ablehnen, bei entsprechendem hypothetischem Parteiwillen über § 139 BGB zur Gültigkeit des Hauptvertrages zu gelangen. Sehr ausführlich hat diese Position Stamm<sup>37</sup> zu begründen versucht. Kurz – und hoffentlich zutreffend – zusammengefasst geht er dabei davon aus, dass hinter der Ohne-Rechnung-Abrede regelmäßig eine von ihm sog. „Schwarzgeldabrede“ steht, deren Beurteilung und Bewertung die eigentliche Aufgabe sei. Die Parteien seien sich also nicht bloß darüber einig, dass der Besteller keine Rechnung verlangen kann, sondern kämen auch überein, die Vertragsabwicklung „am Fiskus vorbei“ vorzunehmen. Gerade zwecks Steuerhinterziehung werde „eine Reduzierung der Vergütung“ vereinbart<sup>38</sup>. Und auch wenn die Hinterziehung nicht der Hauptzweck des Vertrages sei – primär wollen die Parteien ja den Leistungsaustausch –, so führe die Gesetzeswidrigkeit der Schwarzgeldabrede schon wegen ihrer untrennbaren Verknüpfung mit dem Hauptgeschäft, nämlich der Vergütungsabrede, unausweichlich zur Gesamtnichtigkeit. Steuerhinterziehungsabreden seien zwar immer bloß Nebenzweck; sie ließen sich aber in den seltensten Fällen von den sonstigen Vertragsbestandteilen trennen. Auch der Zweck der entsprechenden Verbotsgesetze (insbesondere die einschlägigen Nummern des § 1 Abs. 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG), die nachhaltige Unterbindung der Schwarzarbeit, verlange dieses Ergebnis und lasse zugleich keinen Spielraum für – vom BGH für zulässig gehaltene – Teilwirksamkeitsabreden, die im Rahmen des § 139 BGB zu berücksichtigen wären<sup>39</sup>. Zwar meint Stamm selbst, dass sich diese Vorschriften bloß an den Unternehmer richten und die entsprechenden Normen (etwa das SchwarzArbG) auch keine zivilrechtlichen Rechtsfolgen enthalten. Überdies will er die Nichtigkeitsfolge – mit guten Gründen – bloß bei „Kenntnis und Zunutzemachung diesbezüglicher Verstöße durch den Besteller“ eingreifen lassen. Dennoch bejaht er den Verbotscharakter der entsprechenden Schwarzarbeitsnormen im Sinne des § 134 BGB. Demgegenüber legitimiere der BGH durch sein partielles Vollzugsmodell den „Vollzug gemeinschädlicher Schwarzarbeitsverträge durch staatliche Gerichte“, was die Einheit der Rechtsordnung ernsthaft in Frage stelle. In seinem Fazit macht Stamm nochmals deutlich, dass Verstöße gegen bestimmte Schwarzarbeits- bzw. Steuertatbestände, wozu nicht zuletzt der Vertragsschluss mit Schwarzgeldabrede gehöre, zu voller Nichtigkeit (ohne Abschwächung durch § 242 BGB und mit bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung) führe, womit auch den generalpräventiven Interessen des Gesetzgebers Rechnung getragen werde.

Stamm's Argumentation wendet sich zwar über weite Strecken vor allem gegen die „halbe Lösung“ des BGH<sup>40</sup>, was durchaus Zustimmung verdient. Sein Versuch, Gesamtnichtigkeit allein über § 134 BGB zu begründen, kann allerdings mE aus mehreren Gründen nicht überzeugen<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> NZBau 2009, 78. Im gleichen Sinn *Bosch* NJOZ 2008, 3044, 3049 f.

<sup>38</sup> Schon diese Formulierung ist ein wenig schief. Es geht doch vielmehr darum, dass das Entgelt durch (nicht: zwecks) Steuerhinterziehung gering gehalten soll.

<sup>39</sup> Ausdrücklich vertritt Stamm (NZBau 2009, 86) diese Position auch für die (vom BGH zu entscheidenden) „Altfälle“, also für Verträge vor der Novellierung des SchwarzArbG, die insbesondere die Aufnahme des Steuerbetrugstatbestands durch den Unternehmer (als Nr. 2) in den Katalog der Schwarzarbeit gemäß § 1 Abs. 2 SchwarzArbG mit sich brachte.

<sup>40</sup> Im Vergleich damit kommt bei ihm sogar die Wirksamkeitslösung deutlich besser weg: Stamm NZBau 2009, 90.

<sup>41</sup> Einige der im Folgenden gebrachten Argumente finden sich schon bei *Peters* NJW 2008, 2478, 2479 f.

### 2. Gegenargumente

Aus der Unwirksamkeit der „Schwarzgeld“- bzw. der „Vertuschungsabrede“ folgt nicht automatisch die Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages. Die von Stamm postulierte zwingende Verknüpfung der bedenklichen Abrede mit dem Gesamtvertrag, vor allem der *Entgeltabrede*, ist nicht recht verständlich, jedenfalls aber nicht überzeugend. Das betrifft bereits die verwendeten Formulierungen. In den hier primär interessierenden Konstellationen<sup>42</sup> geht es nicht um die Vereinbarung einer „Reduzierung der Vergütung“ bzw. um eine „vergütungsreduzierende Abrede“, deren Wirksamkeit zu prüfen wäre. Vielmehr wird schlicht von vornherein eine bestimmte Vergütung vereinbart. Dass die Parteien bei deren Bemessung das – voraussichtliche – „Ersparen“ der Umsatzsteuer mitberücksichtigen, soll dabei selbstverständlich nicht bestritten werden. Aber um zur Nichtigkeit der Vergütungsabrede zu gelangen, bedürfte es zusätzlicher Argumente als der (vermutlichen) Überlegung Stamm's, dass ohne Betrugsabsicht eine höhere Vergütung vereinbart worden wäre. Das ist zwar im Einzelfall möglich<sup>43</sup>. Hier geht es allerdings um die Frage nach dem Schicksal der *tatsächlich getroffenen* Entgeltvereinbarung, die aufgrund des Parteiwillens als wirksam angesehen werden muss, sofern es nicht gelingt, durchschlagende Gründe für Nichtigkeit zu finden.

Eine quasi automatische Infizierung des gesamten Werkvertrages durch die nichtige Vertuschungsabrede gibt es somit nicht, mag diese Abrede auch unmittelbare Relevanz für die Höhe der vereinbarten Vergütung haben. Damit wackelt jedoch auch die von Stamm gerade für die hier relevante Thematik – jedenfalls im Ergebnis – befürwortete Negierung der anerkannten Differenzierung danach, ob das gesetzlich Verbotene Hauptzweck des Vertrages ist (so zB die Vereinbarung mit dem Buchhalter, bestimmte steuerrelevante Unterlagen gegen ein „Sonderhonorar“ verschwinden zu lassen) oder nicht. Es hat eben gute Gründe, § 134 BGB nur dann anzuwenden, wenn der Vertrag auf einen unerlaubten Erfolg oder ein unerlaubtes Verhalten abzielt. Das ist hier evidentermaßen nicht der Fall: Das Geschäft wird nicht zwecks Steuerhinterziehung abgeschlossen, sondern zwecks Austausches von Werkleistung gegen Entgelt (zur Bestimmung des geschuldeten Entgelts bei Bejahung von Vertragswirksamkeit noch unter VI.).

Fest steht ferner, dass der Gesetzgeber keine klaren Anordnungen zur zivilrechtlichen Wirksamkeit solcher und ähnlicher Geschäfte getroffen hat. Wäre er der Meinung gewesen, zur Durchsetzung des Zwecks (insbesondere) der Schwarzarbeitsregeln zivilrechtliche Nichtigkeit zu benötigen, hätte er das deutlich sagen können<sup>44</sup>, was aber bis heute nicht geschehen ist. Ohne eine solche klare Aussage kommt es wohl darauf an, ob die gesetzlichen Ziele (Hintanhaltung des Steuerbetrugs) ausschließlich oder doch zumindest deutlich effektiver durch zivilrechtliche Nichtigkeit erreicht werden können<sup>45</sup>. Das ist hier mE nicht der Fall. Der Gesetzgeber hat öffentlich-rechtliche Sanktionen (insbesondere Strafen) vorgesehen, die in der hier interessierenden Konstellation selbstverständlich auch den Besteller als Mittäter treffen, und diese vermutlich unter Mitbeachtung von Spezial- und Generalpräventionseffekten konzipiert. Schrecken diese Rechtsfolgen nicht ab, wird aber auch die – für viele kaum bekannte bzw. durchschaubare – Vertragsnichtigkeit zu keiner besseren Generalprävention führen<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Nicht näher erörtert werden jene, in denen zunächst ein in jeder Hinsicht korrekter Vertrag geschlossen wird und es erst im Nachhinein zu „steuerschonenden“ Abreden – und damit zu einer Vertragsänderung? – kommt.

<sup>43</sup> Zumindest ebenso häufig werden jedoch jene Fälle sein, in denen ein Vertragsschluss unterblieben (und damit überhaupt keine Steuerpflicht entstanden) wäre, weil der Preis mit USt dem Besteller zu hoch gewesen wäre.

<sup>44</sup> Vgl. dazu nur Stamm selbst (NZBau 2009, 78, 90 Fn. 124).

<sup>45</sup> *Bosch* NJOZ 2008, 3044, 3050; Stamm NZBau 2009, 78, 91 am Ende.

<sup>46</sup> Stamm NZBau 2009, 78, 86, meint nur, aber immerhin, dass das von ihm favorisierte „Rückabwicklungsmodell“ (= Nichtigkeit ohne § 242-Schlupfloch) dem „generalpräventiven Verbot der Steuerhinterziehung“ am besten gerecht werde.

Überdies: Ist es zu einem Werkvertrag mit Vertuschungsabrede gekommen, gibt es im Nachhinein ohnehin nur zwei Szenarien: Die Sache geht dezent über die Bühne und fliegt nicht auf; dann ist Rechtliches ohnehin irrelevant. Oder die Behörde erfährt davon, was zur Bestrafung der beiden Beteiligten sowie zur Nachverrechnung von Umsatz- und Einkommensteuer führt. Das genügt. Was sollte es aus der Sicht des Steuerrechts darüber hinaus auch nützen, wenn man die Verträge als vollkommen unwirksam betrachtete? Der Schuss könnte sogar nach hinten losgehen. Bei Nichtigkeit bestünde nämlich die Gefahr, dass ein Vertragsteil vor Durchführung des Vereinbarten unter Berufung auf die Nichtigkeit wieder abspringt, so dass gar kein steuerpflichtiger Umsatz (im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG) zustande kommt<sup>47</sup>.

Aus all dem folgt: Für den Gesamtvertrag muss die Mitwirkung des Bestellers an einem (versuchten) Steuervergehen keine zivilrechtliche Relevanz haben; ebenso wenig der Verstoß des Unternehmers gegen die neu gefasste Nr. 1 des § 14 Abs. 2 UStG, die den Unternehmer zur Erteilung einer Rechnung verpflichtet. Es genügt, das Verhalten der Beteiligten steuer(straf)rechtlich zu sanktionieren. Die hier relevanten *Gesetzeszwecke* (des Steuerrechts) können eben *ganz unabhängig von zivilrechtlichen Nichtigkeitsanktionen* erreicht werden, was von vornherein gegen die Anwendung des § 134 BGB spricht. Zugleich führt die Bejahung von Vertragswirksamkeit auch aus der Sicht der Gesamtrechtsordnung – *Stamm*<sup>48</sup> spricht von „Einheit der Rechtsordnung“ – keinesfalls zu unerträglichen Ergebnissen. Ebenso wenig werden die Gerichte zum Vollzieher „gemeinschaftlicher Verträge“, da deren – verbliebener – Inhalt entgegen *Stamm* eben unbedenklich ist.

#### VI. Konsequenzen der Ablehnung von Vertragsnichtigkeit gemäß den §§ 134, 139 BGB, insbesondere für die Höhe des Werklohnanspruchs

Die vorstehenden Ausführungen sollten gezeigt haben, dass die besseren Gründe gegen eine auf die §§ 134, 139 BGB gestützte Unwirksamkeit des gesamten Werkvertrages sprechen; und ebenso gegen die Notwendigkeit – und damit zugleich gegen die Zulässigkeit – einer Korrektur über § 242 BGB. Deshalb ist das Zustandekommen und der Inhalt des Werkvertrages nach den anerkannten Vertragsauslegungsgrundsätzen zu bestimmen, wobei im vorliegenden Zusammenhang bloß der Frage nach dem vom Werkbesteller geschuldeten *Entgelt* Beachtung geschenkt werden soll. Allerdings wurde auch dazu das Meiste bereits gesagt: Die Parteien haben in voller Kenntnis aller Umstände und Risiken eine bestimmte Summe vereinbart, wobei ihnen gerade aufgrund der speziellen Umstände vollkommen klar war, dass Erhöhungen, insbesondere durch zusätzliche Umsatzsteuerbeträge, nicht erfolgen würden, weshalb genau dieser Betrag geschuldet ist<sup>49</sup>. Damit muss nicht einmal auf den allgemeinen Grundsatz zurückgegriffen werden, dass sich von Unternehmern gegenüber Verbrauchern genannte Preise mangels anderer klarer Deklaration einschließlich der Umsatzsteuer verstehen, auf den etwa *Peters* verweist<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Ähnliches meint möglicherweise *Peters* NJW 2008, 2478, 2479 f., der mit Blick auf bestimmte steuerrechtliche Vorschriften betont, sie hätten nicht den Zweck, steuerpflichtige Vorgänge zu unterbinden.

<sup>48</sup> NZBau 2009, 78, 90.

<sup>49</sup> Ebenso *Ahrens* LMK 2008, 266104 (der die vereinbarte Nettovergütung als „Basis für die Bestimmung des hypothetischen Willens“ bezeichnet). So schon BGH-NJW-RR 2001, 380, 381. Konsequenz fordert – ausgehend von BGH-Ansatz – auch *Orlowski* BauR 2008, 1963, 1970. Er spricht sich für einen Werklohnanspruch aus, der sich nach dem nichtig Vereinbarten bemisst: Wenn der Unternehmer gegen Treu und Glauben handle, indem er den Vertrag zuerst ausführt, sich dann aber auf dessen Nichtigkeit beruft, müsse Entsprechendes auch für den Besteller gelten.

<sup>50</sup> NJW 2008, 2478, 2480 unter Hinweis auf BGH NJW 2002, 2312.

#### VII. Absprachen für den Fall des „Auffliegens“

Anderes kann also von vornherein nur bei deutlich gegenteiliger Vereinbarung gelten. Aus praktischer Sicht ist im vorliegenden Zusammenhang vor allem an eine (mündliche) Absprache zu denken, wonach bei Auffliegen des Hinterziehungsversuchs „die Umsatzsteuer“ (wohl besser: ein Betrag, der einen entsprechenden Prozentsatz der als Entgelt vereinbarten Summe ausmacht) vom Besteller nachzuzahlen ist<sup>51</sup>. Dadurch verschiebt der Unternehmer einen Teil des Risikos auf den Besteller. Allerdings ist das *inter partes* nichts Schlimmes. Der Besteller wird dann so wie bei rechtschaffener Kalkulation behandelt. Und auch das Argument, er hätte zu dem höheren Preis nicht kontrahiert, verfängt in solchen Fällen nicht, da der Besteller gerade für eine durchaus konkret absehbare Entwicklung sein Einverständnis mit einer solchen Erhöhung erteilt hat. Sein Kalkül, dass schon nichts passieren wird, ist dann schlicht nicht aufgegangen.

Übrig bleibt damit wiederum die Frage, ob das *öffentliche Interesse* die Unwirksamkeit dieser Zusatzabrede – oder dann gar des gesamten Vertrages<sup>52</sup> – verlangt. Tatsächlich macht diese „Feinjustierung“ bei der Verteilung des Entgeltrisikos das Vorgehen der Parteien jedoch nicht anstößiger; sie haben die denkbaren Probleme bloß konsequent zu Ende gedacht und einer vertraglichen Regelung zugeführt. An Steuernachzahlungspflicht und Strafe ändert sich gegenüber der Konstellation ohne Zusatzklausel grundsätzlich nichts; damit ebenso wenig an der Präventionswirkung. Vielmehr kommt es sogar zu einer verstärkten Berücksichtigung öffentlicher, insbesondere fiskalischer Interessen: Es fällt eine *höhere* Umsatzsteuer an und der Einkommensteuerberechnung ist ein *höheres* Nettoentgelt zugrunde zu legen. Überdies erscheint es denkbar, die kühle, ins Detail gehende Vorbereitung des Steuervergehens bei der Strafbemessung zu Lasten des Unternehmers *verschärfend* zu berücksichtigen.

All diese Überlegungen lassen den Schluss zu, dass auch eine für den Fall des Auffliegens getroffene Entgelterhöhungsabrede *zivilrechtlich wirksam* ist und insbesondere nicht an § 134 BGB scheitert<sup>53</sup>.

#### VIII. Ergebnisse

1. Die Heranziehung des § 242 BGB bei schwarzen Werkverträgen ist abzulehnen. Sie ist weder notwendig noch gerechtfertigt, verhindert keine ansonsten unangemessenen Ergebnisse und wirft eine Vielzahl von Folgeproblemen auf.

2. § 139 BGB kann nicht zur Begründung von Gesamtnichtigkeit ins Treffen geführt werden. ME ist die Norm schon deshalb von vornherein nicht anwendbar, weil den Vertragsparteien die Unwirksamkeit der Nebenabrede bewusst war. Doch sogar wenn man davon absieht, gelangt man nach dem deklarierten Willen der Vertragsparteien zur Wirksamkeit des Hauptvertrages.

3. Die Einigung über die Hauptleistungen verstößt schon wegen ihrer inhaltlichen Unbedenklichkeit nicht gegen § 134 BGB. Ebenso wenig ist von einer untrennbaren Verknüpfung der gesetzwidrigen (Ohne-Rechnung-)Nebenabrede mit dem Hauptvertrag auszugehen, weshalb dieser auch nicht von der Nichtigkeit der Nebenabrede infiziert wird. Gegen die hier befürwortete getrennte Beurteilung sprechen schließlich auch nicht die Zwecke jener

<sup>51</sup> AA *Stamm* NZBau 2009, 78, 82, der (gegen den BGH) keinerlei Spielraum für vertragliche Dispositionen sieht.

<sup>52</sup> Diese Variante ist deshalb mit zu bedenken, weil der Unternehmer hier einem Preis in *jedenfalls* geringerer Höhe („ohne Umsatzsteuer“) nicht zugestimmt hat.

<sup>53</sup> So offenbar etwa auch *Peters* NJW 2008, 2478, 2480; *Faust* JuS 2008, 932, 933 (wobei dies bei *Faust* mit der Nichtigkeitsprämisse allerdings wohl nicht zu vereinbaren ist).

Schwarzarbeitsbekämpfungs- bzw. Steuervorschriften, gegen die die Parteien verstoßen haben.

4. Mangels deutlicher abweichender Abrede schuldet der Besteller bloß das von den Parteien vereinbarte Entgelt, das damit bereits die vom Unternehmer abzuführende Umsatzsteuer beinhaltet.

5. Die Vereinbarung einer Erhöhung des Entgelts (insbesondere in Höhe der zunächst unberücksichtigt gebliebenen Umsatzsteuer) für den Fall, dass das Geschäft den Finanzbehörden zur Kenntnis gelangt, ist wirksam.