



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 140/07

Verkündet am:
24. April 2008
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 139

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).

BGB § 242 Cd

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. April 2008 - VII ZR 140/07 - OLG Köln
LG Aachen

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Halfmeier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 22. November 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger machen gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Vermessungsarbeiten geltend.
- 2 Die Kläger, ein Ehepaar, oder jedenfalls der klagende Ehemann allein beauftragten den Beklagten, einen Vermessungsingenieur, im Jahr 2004 mit Vermessungsarbeiten für den Neubau ihres Einfamilienhauses. Für das von dem Beklagten zu beanspruchende Honorar war vereinbarungsgemäß weder eine Rechnung zu erstellen noch eine Quittung zu erteilen.

3 Die Kläger behaupten, infolge eines Vermessungsfehlers des Beklagten seien ihr Haus und ihr Carport falsch platziert worden und es sei ihnen dadurch ein Schaden von 31.005,80 € entstanden.

4 Das Landgericht hat die auf Ersatz dieses Schadens gerichtete Klage mit der Begründung abgewiesen, der Vertrag enthalte eine Ohne-Rechnung-Abrede und sei gemäß § 134, § 138 Abs. 1, § 139 BGB nichtig. Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Kläger zurückgewiesen. Es hat die Revision zugelassen, da die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Folgen einer Ohne-Rechnung-Abrede nicht einheitlich sei. Die Kläger verfolgen mit der Revision ihre Schadensersatzansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, den Klägern 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 gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig. Die Nichtigkeit erstrecke sich gemäß § 139 BGB auf den gesamten Vertrag, da den Klägern 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 Beklagte auch nicht gegen Treu und Glauben, denn der Ausschluss vertraglicher Rechte der Kläger sei gerade Zweck der §§ 134, 138 BGB.

II.

7 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Die Ohne-Rechnung-Abrede ist gemäß §§ 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 Beklagte 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 Berufungsgerichts haben die Parteien vereinbart, dass der von dem Beklagten 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 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 Vertrags war vielmehr die ordnungsgemäße Erbringung der vereinbarten Vermessungsleistungen durch den Beklagten.

- 9 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). Damit ist ein Teil des Vertrages nichtig und der Anwendungsbereich von § 139 BGB eröffnet.
- 10 a) Nach dieser Vorschrift 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. 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.
- 11 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; und 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 regel-

mäßig zu dem Ergebnis führe, die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede habe auf die Höhe der Vergütung keinen Einfluss, hält der Senat daran nicht fest.

12 3. Der Senat muss nicht abschließend entscheiden, ob im Streitfall die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt. Denn jedenfalls kann sich der Beklagte, nachdem er die Vermessungsleistungen erbracht hat und auf dieser Grundlage das Einfamilienhaus und der Carport der Kläger errichtet worden sind, nach Treu und Glauben nicht auf eine etwaige Nichtigkeit des Vertrages berufen, § 242 BGB.

13 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).

14 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; MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl., § 134 Rdn. 112).

15 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 Werkvertrag über die zu erbringenden Vermessungsarbeiten 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 der Kläger 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.

16 b) Der Senat hat mit Urteil vom heutigen Tage (VII ZR 42/07, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) 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. Dies beruht auf der spezifischen Interessenlage, die sich bei einem Bauvertrag mit Ohne-Rechnung-Abrede für die Vertragsparteien typischerweise ergibt. Der Senat hat dazu ausgeführt:

- 17 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.
- 18 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 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.

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 aufgrund 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 Beklagte gegenüber einem vertraglichen Schadensersatzanspruch der Kläger nicht einwenden, der Werkvertrag sei wegen der Ohne-Rechnung-Abrede insgesamt nichtig. Auf die vom Berufungsgericht ungeprüft gelassene Frage, ob den Klägern ein Schadensersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 677 BGB zustehen könnte, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot in Be-

tracht zu ziehen wäre (BGH, Urteil vom 30. September 1993 - VII ZR 178/91, BauR 1994, 110, 111 = ZfBR 1994, 15; Urteil vom 4. Dezember 2003 - III ZR 30/02, BGHZ 157, 168, 175), kommt es nach alledem nicht an.

Dressler

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Halfmeier

Vorinstanzen:

LG Aachen, Entscheidung vom 28.04.2006 - 12 O 621/04 -

OLG Köln, Entscheidung vom 22.11.2006 - 11 U 89/06 -