Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB § 134; Ges. zur Bekämpfung der Schwarzarbeit i.d.F. vom 31. Mai 1974, BGBl I 1252, §§ 1, 2

Zur Unwirksamkeit von Verträgen, die gegen das Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit verstoßen.

BGH, Urt.v. 23. September 1982 - VII ZR 183/80 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 183/80 **URTEIL**

Verkündet am
23. September 1982
H e n c o,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der kaufmännischen Angestellten Margit F[redacted],
geb. M[redacted], J[redacted]ring [redacted], W[redacted]

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

g e g e n

den Architekten Joachim K[redacted], Ku[redacted]t-Sch[redacted]-Str. [redacted]
B[redacted],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 10. April 1980 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig vom 7. Juni 1979 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten beider Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand:

Der Beklagte bot 1977 in Inseraten die Ausarbeitung von Bauzeichnungen und Statik für Baumaßnahmen an. Die Klägerin ließ sich daraufhin gegen ein Honorar von 7.000,- DM die Planungsunterlagen für den Bau eines Einfamilienwohnhauses anfertigen. Als das Bauvorhaben nach Erteilung der Baugenehmigung wegen der vom Beklagten auf 208.000,- DM geschätzten Kosten zu scheitern drohte, schlossen die Parteien am 16. Januar 1978 folgenden Vertrag:

"Nachbarschaftshilfe-Vertrag

zwischen Frau M. F.

und Herrn J. K.

1. Gegenstand des Vertrages ist die Erstellung, gemäß anliegender Leistungsbeschreibung vom 16. Januar 1978, eines Einfamilienwohnhauses mit Garage in Wo[redacted]-He[redacted], soweit wie möglich in Nachbarschaftshilfe.
2. Als Festpreis wird vereinbart

   DM 146.949,50

   (in Worten: DM einhundertsechsundvierzigtausendneunhundertneunundvierzig).
3. Grundlage dieses Festpreises ist die in der Anlage beigefügte, vom Bauamt genehmigte Bauzeichnung vom 5. August 1977 im Maßstab 1:100.
4. Die Leistung umfaßt die in der Anlage aufgeführten Leistungsbeschreibungen vom 16. Januar 1978.
5. Die Zahlungen erfolgen gemäß anliegendem Zahlungsplan vom 16. Januar 1978 in bar.

6. Die Gewährleistung für das gelieferte und eingebaute Material beläuft sich nach den jeweiligen Geschäftsbedingungen des betreffenden Lieferanten, gemäß VOB.
7. Die Materialrechnungen werden alle auf den Namen des Bauherrn ausgestellt und Herrn [redacted] zwecks Begleichung ausgehändigt.
8. Nach Fertigstellung erhält Frau [redacted] alle bezahlten Rechnungen.
9. Änderungen des Vertrages sind nur wirksam, wenn sie in Schriftform gefaßt und von beiden Parteien unterzeichnet sind."

Das im Namen der Klägerin bestellte Baumaterial sowie die weitgehend von Schwarzarbeitern durchgeführten Bauarbeiten bezahlte der Beklagte aus den ihm von der Klägerin zugeflossenen Geldern in Höhe von insgesamt 143.000,- DM. Mit Schreiben vom 2. Oktober 1978 teilte der Beklagte der Klägerin mit, es sei nicht gelungen, die Arbeiten zu den Preisen ausführen zu lassen, die der Vereinbarung vom 16. Januar 1978 zugrundegelegt worden seien. Zugleich übersandte er ihr eine handschriftliche Aufstellung, in der geleistete Zahlungen für Material und Lohn in Höhe von insgesamt 139.750,93 DM aufgeführt sind. Da der Beklagte in der Folgezeit Lieferanten nicht mehr bezahlte, mußte die Klägerin für Materialrechnungen in Höhe von 45.087,57 DM selbst aufkommen.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin Zahlung von 45.024,54 DM nebst Zinsen sowie Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten bezüglich des ihr aus der teilweisen Nichterfüllung des Vertrags vom 16. Januar 1978

in Zukunft erwachsenden Schadens.

Das Landgericht hat dem Zahlungsantrag in Höhe von 41.784,56 DM sowie dem Feststellungsantrag stattgegeben und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der von den Parteien geschlossene Vertrag verstoße gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 30. März 1957 in der Fassung vom 31. Mai 1974 (BGBl. I S. 1252). Der aus Gewinnsucht handelnde Beklagte habe den größten Teil der für die Errichtung des Hauses erforderlichen Arbeiten in Schwarzarbeit ausführen lassen, obwohl er nicht in der Handwerksrolle eingetragen sei (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwArbG). Die ebenfalls aus Gewinnsucht handelnde Klägerin habe gegen § 2 SchwArbG verstoßen, weil sie - trotz Kenntnis von der nicht möglichen Nachbarschaftshilfe und der somit beabsichtigten Schwarzarbeit - den Beklagten mit den Werkleistungen beauftragt habe. Der Vertrag vom 16. Januar 1978 sei deshalb gem. § 134 BGB nichtig;

aus ihm könnten weder Erfüllungs- noch Schadensersatzansprüche hergeleitet werden. Im übrigen stünde der Klägerin auch bei Rechtsgültigkeit des Vertrags kein Anspruch zu, weil der Vereinbarung eine Festpreisgarantie nicht entnommen werden könne.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Der Ansicht des Berufungsgerichts, der von den Parteien abgeschlossene Vertrag sei gem. § 134 BGB nichtig, ist allerdings im Ergebnis zuzustimmen.

a) Der Beklagte hat sich in dem Vertrag vom 16. Januar 1978 verpflichtet, auf dem Grundstück der Klägerin ein Einfamilienwohnhaus zu erstellen. Gegenstand des Vertrages war somit die Errichtung und Abwicklung des gesamten Baues, wobei der Beklagte - wie sich aus Nr. 7 der Vereinbarung ergibt - im Namen und in Vollmacht sowie auf Rechnung der Klägerin handeln sollte. Der Vertrag stellt daher einen Baubetreuungsvertrag dar (vgl. BGH, NJW 1976, 1635 Nr. 9, 1636 f; 1981, 757 Nr. 12). Die Vereinbarung eines Festpreises (vgl. Nr. 2 des Vertrags) steht dem - wie der Senat bereits früher ausgesprochen hat (vgl. BGHZ 67, 334, 336 m.w.N.; BGHZ 76, 86, 89) - nicht entgegen; denn die Festpreisabrede läßt sich in einem solchen Fall als Preisgarantie deuten, die den Betreuer verpflichtet, den Bau-

herrn von den über den Festpreis hinausgehenden Forderungen der Bauhandwerker und Lieferanten freizustellen.

Entgegen der Ansicht der Revision ist der Beklagte nicht als Generalübernehmer tätig geworden. Zwar kann die vertragliche Stellung eines "Baubetreuers" der eines General"übernehmers" ähneln (vgl. Senatsurteil NJW 1975, 869, 870; auch BGH, NJW 1978, 1054, 1055). Insbesondere kann bei Vereinbarung eines Festpreises ein General"übernehmer"vertrag vorliegen. Nachdem der Beklagte jedoch entsprechend der getroffenen Vereinbarung gegenüber den das Baumaterial liefernden Unternehmen nicht selbst als Auftraggeber aufgetreten ist und - wie sich aus den vorgelegten Rechnungen ergibt - sogar einzelne Werkleistungen (Montagen) ausdrücklich für Rechnung der Klägerin erbracht wurden, ist von einem Baubetreuungsvertrag auszugehen.

b) Der Vertrag vom 16. Januar 1978 verstößt - wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt - gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Fassung vom 31. Mai 1974. Er richtet sich deshalb gegen ein gesetzliches Verbot und ist gemäß § 134 BGB nichtig.

aa) Die Frage, ob der in einem Rechtsgeschäft liegende Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, ist nach Sinn und Zweck der einzelnen Verbotsvorschrift zu entscheiden (vgl. BGHZ 37, 258, 261; 37, 363, 365 f; 53, 152, 156 f; 71, 358, 360 f; 78, 263, 265). Sofern eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, kommt es darauf an, ob es mit dem Sinn

und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen (BGHZ 65, 368, 370; 78, 263, 265 m.w.N.).

Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (in der für die Beurteilung des Streitfalls maßgebenden Fassung vom 31. Mai 1974) enthält kein ausdrückliches Verbot der Schwarzarbeit. Sinn und Zweck des Gesetzes sowie die in §§ 1 und 2 enthaltene Androhung von Geldbuße sprechen jedoch dafür, das Gesetz als Verbotsgesetz und ein gegen das Gesetz verstoßendes Rechtsgeschäft gem. § 134 BGB als nichtig anzusehen.

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit soll die erhöhte Arbeitslosigkeit in vielen Berufszweigen bekämpft, eine Gefährdung gewerblicher, insbesondere handwerklicher Betriebe durch Lohn- und Preisunterbietungen vermieden und der durch minderwertige Leistungen sowie unsachgemäße Verwendung von Rohmaterialien geschädigte Auftraggeber geschützt werden. Daneben will das Gesetz eine Minderung des Steueraufkommens und eine Beeinträchtigung des Beitragsaufkommens der Sozial- und Arbeitslosenversicherung verhindern (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucks. 2. Wahlperiode 1111 S. 3 f). Diesen Zweck verfolgt das Gesetz auch - wie sich aus der Begründung des Entwurfs eines Änderungsgesetzes (BT-Drucks. 9/192 S. 5) ergibt - in der auf Art. 5 des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 15. Dezember 1981 (BGBl. I S. 1390) beruhenden, seit 1. Januar 1982 geltenden Fassung (BGBl. I S. 110).

Das Gesetz droht unter bestimmten Voraussetzungen in den §§ 1 und 2 sowohl dem Auftragnehmer als auch dem Auftraggeber Geldbußen an. Damit will es die Schwarzarbeit schlechthin verbieten und den Leistungsaustausch zwischen dem Auftraggeber und dem nicht in der Handwerksrolle eingetragenen Gewerbetreibenden allgemein verhindern (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1978, 412). Das Verbot der Schwarzarbeit richtet sich also nicht nur gegen den die Arbeit leistenden Auftragnehmer, sondern auch gegen den Auftraggeber. Die in §§ 1 und 2 des Gesetzes enthaltene Bußgeldandrohung ist bereits ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, daß die Rechtsordnung einem das Verbot der Schwarzarbeit mißachtenden Vertrag die Wirksamkeit versagen will (vgl. BGHZ 37, 363, 365 für verbotene Spiele). Vor allem aber läßt sich der Zweck des Gesetzes, nämlich die Verhinderung von Schwarzarbeit, nur dann erreichen, wenn gegen das Gesetz verstoßende Verträge als nicht rechtswirksam angesehen werden.

Der Sinn und Zweck des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit geht somit dahin, nicht nur als Ordnungsvorschrift den tatsächlichen Vorgang der Schwarzarbeit einzuschränken, sondern darüberhinaus im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft die rechtliche Wirkung zu versagen (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1977, 2076; OLG Koblenz, Betrieb 1975, 2125; OLG Oldenburg, GewA 1978, 228; Sonnenschein, JZ 1976, 497, 499). Die in Rechtsprechung und Schrifttum nahezu einhellig vertretene Meinung hält denn auch zumindest Ver-

träge, durch die beide Vertragspartner gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen, gem. § 134 BGB für nichtig (vgl. außer den bereits zitierten OLG Celle, JZ 1973, 246; Erman/Brox, BGB, 7. Aufl., § 134, Rdn. 49; Krüger-Nieland/Zöller in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 134, Rdn. 58; Mayer-Maly in MünchKomm, § 134 BGB, Rdn. 76; Palandt/Heinrichs, BGB, 41. Aufl., § 134 Anm. 3 a ee; Soergel/Hefermehl, BGB, 11. Aufl., § 134, Rdn. 28; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 134, Rdn. 17; Benöhr, BB 1975, 232, 235; ders., NJW 1975, 1970; Schmidt, MDR 1966, 463, 464; Wittmann, BB 1964, 904, 905; vgl. auch Buchner, Wirtschaft und Verwaltung 1979, 212, 225; a.A. LG Osnabrück, BB 1964, 904; Honig, GewA 1976, 24; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., S. 172 f; Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., S. 356).

bb) Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß beide Parteien bei Abschluß des Vertrags vom 16. Januar 1978 gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen haben.

Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, daß die Klägerin einen solchen Verstoß begangen hat. Auch wenn - wie die Revision meint - bei den Vertragsverhandlungen nicht ausdrücklich von Schwarzarbeit gesprochen wurde, durfte das Berufungsgericht den Umständen entnehmen, daß die Klägerin erkannt hat, der Vertrag sei auf Leistungen durch Schwarzarbeiter abgestellt. Da nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin eine echte Nachbarschaftshilfe von ihrer Seite nicht

möglich war, ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht davon überzeugt ist, daß ihr der Einsatz von Schwarzarbeitern bei Durchführung des Bauvorhabens auch bewußt war. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die nach § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Fassung vom 31. Mai 1974 notwendige Gewinnsucht der Klägerin bejaht, so ist dies ebenfalls nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht der Revision ging es bei Abschluß des Vertrags nicht lediglich um die Vergabe eines kostensparenden Auftrags, sondern um eine Ermäßigung des ursprünglich geschätzten Preises von 208.000,- DM um über 25 % auf den vertraglich vereinbarten Festpreis von 146.949,50 DM.

Der Auffassung des Berufungsgerichts, auch der Beklagte habe gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen, ist im Ergebnis gleichfalls zuzustimmen. Allerdings hat der Beklagte nicht unmittelbar den Tatbestand des § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Fassung vom 31. Mai 1974 erfüllt. Daß der Beklagte die Tätigkeit eines Baubetreuers gewerbsmäßig ausgeübt hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 2), ist nicht ersichtlich; auch hat er die versprochene Werkleistung nicht selbst als ein nicht in der Handwerksrolle eingetragener Gewerbetreibender erbracht (§ 1 Abs. 1 Nr. 3). Es kann ferner offen bleiben, ob in dem Zusammenwirken mit der Klägerin bereits ein Verstoß des Beklagten gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit zu sehen ist. Denn der Beklagte hat auf jeden Fall mit der übernommenen Verpflichtung das Einfamilienwohnhaus "soweit wie möglich

in Nachbarschaftshilfe" zu erstellen und damit - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei annimmt - weitgehend Schwarzarbeiter einzusetzen, durch Abschluß eines Umgehungsgeschäfts gegen § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 30. November 1955 - VI ZR 95/54 = LM § 134 Nr. 19) und des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAGE 10, 65, 70) bildet die Gesetzesumgehung dann einen Nichtigkeitsgrund gem. § 134 BGB, wenn durch andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Zweck einer Rechtsnorm vereitelt wird. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, daß ein vom Gesetz mißbilligter Erfolg nicht durch Umgehung des Gesetzes erreicht werden darf (vgl. auch BGHZ 58, 61, 65; BGH, NJW 1959, 332, 334). So ist es hier. Mit Sinn und Zweck des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit wäre es unvereinbar, lediglich den Vertrag zwischen Auftraggeber und unmittelbar tätig werdendem Schwarzarbeiter für nichtig zu erklären, den Vertrag mit dem Baubetreuer, der sich zum Einsatz von Schwarzarbeitern verpflichtet, jedoch als rechtswirksam anzusehen. Ein derartiger Baubetreuungsvertrag liefe auf eine Umgehung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit auf eine Umgehung der sich aus § 134 BGB ergebenden Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts hinaus. Der mit dem Gesetz verfolgte Zweck gebietet es daher, Rechtsgeschäfte, die das Verbot der Schwarzarbeit durch besondere Vertragsgestaltung umgehen wollen, gem. § 134 BGB ebenfalls für nichtig zu erklären.

Der Beklagte hat bei Abschluß des Vertrags auch aus Gewinnsucht gehandelt. Zwar hat die Revision darin recht, daß dem Beklagten das zwischen den Parteien für die Ausarbeitung von Bauzeichnungen und Statik sowie für die Bauleitung vereinbarte Honorar unabhängig von der am 16. Januar 1978 getroffenen Vereinbarung zustand. Das vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angeführte Entgelt von 7.000,- DM muß deshalb außer Betracht bleiben. Durch die beabsichtigte weitgehende Beschäftigung von Schwarzarbeitern und die damit verbundene Einsparung von Steuern und Sozialabgaben sowie durch erhoffte Preisnachlässe bei den Materialeinkäufen konnte der Beklagte jedoch davon ausgehen, daß ihm unter Zugrundelegung des vereinbarten Festpreises ein nicht unbeträchtlicher Gewinn verbleibe.

Selbst wenn er über die vereinbarte Preisgarantie etwaige Gewinne einbüßen konnte, ändert das doch nichts an seiner Absicht, die Einsparungen an Steuern und Sozialabgaben zunächst einmal zu erzielen. Im übrigen hat er bewußt am Verstoß der Klägerin gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit mitgewirkt, ohne ihn wäre dieser Verstoß gar nicht möglich gewesen, auf seine Initiative geht die Beschäftigung von Schwarzarbeitern überhaupt zurück. Das genügt zur Annahme eines eigenen Verstosses des Beklagten jedenfalls bei einem Umgehungsgeschäft, wie es hier in Frage steht.

2. Die Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB führt hier ausnahmsweise aber nicht dazu, daß die

Klägerin keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Freistellung von den über den Festpreis hinausgehenden Forderungen der Materiallieferanten hat. Denn die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrags durch den Beklagten verstößt unter den besonderen Umständen des hier vorliegenden Falles gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wäre die in dem Vertrag enthaltene Festpreisabrede bei Wirksamkeit des Vertrags eine Preisgarantie. Die Vereinbarung, daß die Bauarbeiten "soweit wie möglich in Nachbarschaftshilfe" ausgeführt werden sollen, spricht nicht gegen eine einseitige Risikoübernahme durch den Beklagten. Diese Klausel räumte dem Beklagten nur die Möglichkeit ein, bei der Errichtung des Hauses Schwarzarbeiter heranzuziehen, zwang ihn dazu aber nicht. Die Klägerin sollte lediglich - wie sich aus Nr. 6 und 7 der Vereinbarung ergibt - die sich aus dem Einsatz von solchen Arbeitern ergebenden Nachteile tragen, z.B. etwaige mindere Qualität der Bauleistungen oder möglicherweise fehlende Durchsetzbarkeit von Gewährleistungsansprüchen. Auf die Preisgestaltung im einzelnen hatte sie keinerlei Einfluß; das sollte ausschließlich Sache des Beklagten sein. Auch die Vorverhandlungen der Parteien sprechen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts für die Übernahme einer Preisgarantie durch den Beklagten. Gerade der Umstand, daß Finanzierung und Durchführung des Bauvorhabens auf "normalem" Wege nicht möglich waren und die Parteien deshalb die Vereinbarung vom 16. Januar 1978

trafen, zeigt, daß der Beklagte das Preisrisiko für den Bau übernommen hat. Der in dem Vertrag wiederholt gebrauchte Begriff "Festpreis" ist daher als ein Versprechen des Beklagten zu verstehen, um die Einhaltung des Festpreises bemüht zu sein und die Klägerin gegebenenfalls von über diesen Preis hinausgehenden Forderungen freizustellen (vgl. BGHZ 67, 334, 336).

b) Die Gesetzwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ist zwar von Amts wegen zu berücksichtigen. Andererseits gilt der das gesamte Rechtsleben beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben auch im Rahmen nichtiger Rechtsgeschäfte (BGH, NJW 1981, 1439 m.w.N.; Urteil vom 20. Januar 1954 - II ZR 1/53 = LM BGB § 154, Rdn. 2; RGZ 135, 374, 376). Deshalb kann die Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrags in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen (BGH, NJW 1981, 1439 m.w.N.; Urteil vom 11. Juli 1957 - VII ZR 75/57 = Betrieb 1957, 843; vgl. auch für den Fall eines sittenwidrigen Gebührenverzichts BGH, NJW 1980, 2407, 2408).

So ist es hier.

Der Beklagte hat als Baubetreuer das Bauvorhaben der Klägerin bis auf die Garage und die Anbringung der Türen weitgehend durch Schwarzarbeiter ausführen lassen, wie es von den Parteien geplant war. Die Klägerin hat an den Beklagten den vereinbarten "Festpreis" bis auf einen Betrag von 3.949,50 DM bezahlt, der etwa dem Wert der nicht errichteten Garage und der nicht eingebauten Türen entspricht. Der Vertrag ist also beiderseits

fast vollständig erfüllt worden. Beide Parteien wollen auch nicht, daß die von ihnen erbrachten Leistungen zurückgewährt werden. Hätte der Beklagte in dieser Situation mit der Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrags Erfolg, so könnte er das im Vertrag von ihm übernommene Risiko, den vereinbarten "Festpreis" einhalten zu können, auf die Klägerin abwälzen. Er würde also zu Lasten der Klägerin von einer ihn treffenden Verpflichtung befreit, obwohl der Vertrag im übrigen beiderseits erfüllt wurde und es dabei auch bleiben soll. Dadurch könnte er die Nichtigkeit des Vertrags einseitig zu seinen Gunsten ausnutzen, obwohl auch er mit dessen Abschluß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen hat.

Darüberhinaus müßte die Klägerin anstelle des Beklagten nicht nur das Risiko der Einhaltung des Festpreises übernehmen, sondern sie könnte nicht einmal kontrollieren, ob der Beklagte den ihm übergebenen Betrag vollständig für die Errichtung ihres Hauses aufgewendet hat. Von Schwarzarbeitern werden Rechnungen und Quittungen regelmäßig nicht erteilt. So war es auch hier. In Fällen der vorliegenden Art müßte der Bauherr deshalb, was die Höhe der Zahlungen an die Schwarzarbeiter betrifft, auf die Angaben des Betreuers vertrauen. Dieser könnte sich durch falsche Behauptungen zusätzliche Vorteile verschaffen. Dem könnte wirksam auch nicht dadurch begegnet werden, daß der Wert der von den Schwarzarbeitern ausgeführten Arbeiten geschätzt wird, weil es "übliche" Schwarzarbeiterpreise nicht gibt. Der Bauherr wäre dem Betreuer nahezu schutzlos ausgeliefert.

Insgesamt liefe es daher auf eine unerträgliche Benachteiligung der Klägerin und eine ungerechtfertigte Besserstellung des Beklagten hinaus, wenn dieser mit seinem Einwand der Nichtigkeit des Vertrags durchdringen könnte, obwohl beide Parteien durch die Abrede, beim Bau Schwarzarbeiter einzusetzen, gesetzwidrig gehandelt haben, der Verstoß des Beklagten aber eher schwerer wiegt als der der Klägerin.

Der Zweck des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, zum Schutz der handwerklichen Betriebe und des Verbrauchers zu verhindern, daß Dienst- und Werkleistungen durch Schwarzarbeiter erbracht werden, erfordert nicht, der Klägerin auch unter den gegebenen besonderen Umständen einen Freistellungsanspruch zu versagen. Die Schwarzarbeiterleistungen sind bereits erbracht worden. Der Schutzzweck des Gesetzes kann hier deshalb nicht mehr erreicht werden. Die restliche Abwicklung des (nichtigen) Vertrags, nämlich die Bezahlung von Materiallieferungen und die Freistellung der Klägerin von Forderungen der Materiallieferanten, kann den durch das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit gewollten Schutz der handwerklichen Betriebe nicht mehr gefährden. Es geht nicht um die Beurteilung der Folgen verbotener Schwarzarbeit, sondern um die Abwicklung eines nichtigen Rechtsverhältnisses, die sich von der Abwicklung eines wirksamen Vertrages nicht wesentlich unterscheidet.

3. Der Beklagte kann sich daher gegenüber den von der Klägerin erhobenen Ansprüchen nicht auf die

Nichtigkeit des Vertrages berufen. Er hat der Klägerin den Betrag zu erstatten, den diese zur Begleichung von Rechnungen der Materiallieferanten oder sonstiger Firmen aufgewandt hat oder noch aufwenden muß. Das gilt allerdings nur soweit, als der Beklagte nach der Leistungsbeschreibung diese Rechnungen aus den ihm überlassenen 143.000,- DM hätte bezahlen müssen. Vom Freistellungsanspruch nicht umfaßt werden diejenigen Rechnungsbeträge, die darauf zurückzuführen sind, daß das Bauvorhaben nachträglich im Einverständnis beider Parteien aufwendiger als geplant ausgeführt worden ist. Das Landgericht hat den auf diese Weise festgestellten Freistellungsanspruch der Klägerin mit 41.784,56 DM beziffert. Das hat der Beklagte in der Berufungsinstanz nicht angegriffen. Von dem genannten Betrag ist deshalb auch im Revisionsverfahren auszugehen.

III.

Nach alledem ist auf die Revision der Klägerin das Berufungsurteil aufzuheben und das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.

Girisch Recken Doerry

Bliesener Walchshöfer