Oberlandesgericht Stuttgart - Urteil vom 30.04.2025 - 3 U 110/24

Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

Dieser Archivdruck wurde am 31.10.2026 aus dem gespeicherten amtlichen Text erstellt. Er ist als redaktionell erstellte PDF-Fassung gekennzeichnet. Maßgeblich bleibt die angegebene amtliche Fundstelle.

Amtliche Fundstelle: https://www.landesrecht-bw.de/bsbw/document/NJRE001608479

VOB-Vertrag: Wirksamkeit bei unangemessener rechtlicher Vertragsgestaltung

Leitsatz

Eine unangemessene rechtliche Gestaltung im Sinne des § 42 Abs. 2 Satz 1 AO kann nicht mit einer Verletzung steuerlicher Pflichten im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SchwarzArbG gleichgestellt werden.(Rn.76)

Orientierungssatz

Zitierungen: Vergleiche BFH, Urteil vom 23. November 2011 - II R 64/09, NJW-RR 2012, 265 und BGH, Urteil vom 16. März 2017 - VII ZR 197/16, NJW 2017, 1808.

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Ellwangen (Jagst) vom 26.06.2024, Az. 2 O 151/23, aufgehoben.

Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt. Die Sache wird zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs an das Landgericht zurückverwiesen.

Die Widerklage wird abgewiesen.

2. Die Kostenentscheidung einschließlich der Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 281.769,30 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Parteien streiten um Vergütungsansprüche für Bauleistungen und um die Rückgabe von Bürgschaften.

2
1. Die Klägerin ist Inhaberin eines Bauunternehmens. Der Beklagte ist Inhaber eines Unternehmens für Haustechnik.

3
Der Beklagte beabsichtigte, auf dem Grundstück N. in H. eine Lagerhalle mit Carport zum Zweck der gewerblichen Vermietung an Dritte zu errichten. Zudem beabsichtigte der Beklagte, auf dem von ihm bewohnten Grundstück A. in G. ein Schwimmbecken zum Zweck der privaten Nutzung zu errichten.

4
Unter dem 12.11.2020 erstellte die Klägerin ein Einheitspreisangebot über die zur Errichtung der Lagerhalle mit Carport erforderlichen Gusspfahl-Arbeiten (K5). Die vorläufige Angebotssumme belief sich auf 55.960,00 EUR netto. Unter dem 24.11.2020 erstellte die Klägerin ein Einheitspreisangebot über die zur Errichtung der Lagerhalle mit Carport erforderlichen Rohbauarbeiten mit der Angebotsnummer ...2

(B2). Die vorläufige Angebotssumme belief sich auf 489.932,05 EUR netto. Unter dem 08.12.2020 erstellte die Klägerin ein Einheitspreisangebot über die zur Errichtung des Schwimmbeckens erforderlichen Arbeiten mit der Angebotsnummer ...7 (B1). Die vorläufige Angebotssumme belief sich auf 106.244,51 EUR netto (126.430,97 EUR brutto).

5
Am 21.12.2020 kam es zu einer Besprechung des mit der Kalkulation der Angebote befassten Mitarbeiters der Klägerin K. und dem Beklagten in dessen Garage. Nach der Besprechung übersendete der Mitarbeiter K. dem Beklagten am 21.12.2020 eine E-Mail (B15) mit folgendem Inhalt:

6
Guten Morgen Herr W.,

in Anlage der Entwurf unserer Überarbeitung. Habe noch Fragen, vielleicht geht dann noch was.
Rufe Sie gegen 13.00 Uhr an

7
Der E-Mail war die Ablichtung einer von dem Mitarbeiter K. gefertigten zweiseitigen Aufstellung angehängt. Auf der ersten Seite befindet sich unter der Überschrift „#..7B3 Schwimmbad“ eine Auflistung mit zwei Spalten. In der ersten Spalte werden Positionen des Einheitspreisangebots für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken aufgelistet, denen in der rechten Spalte jeweils ein Betrag mit einem „+“ zugeordnet ist. Die Auflistung endet mit einer Summe von + 41.475,71 EUR. Auf der zweiten Seite befindet sich unter der Überschrift „#..2B5 Halle“ ebenfalls eine Auflistung mit zwei Spalten. In der ersten Spalte werden die Positionen 1.1, 2.32, 3.28, 3.29 und 3.30 des Einheitspreisangebots für das Vorhaben Lagerhalle mit Carport aufgelistet, denen in der rechten Spalte jeweils ein Betrag mit einem „-“ zugeordnet ist. Die Summe der aufgelisteten Positionen beläuft sich auf einen Gesamtbetrag von -41.475,71 EUR. Als Ergebnis der Auflistungen ist „+ 0“ angegeben.

8
Nach einem erneuten Kontakt des Mitarbeiters K. und des Beklagten erstellte die Klägerin unter dem 22.12.2020 eine „Überarbeitung“ des Einheitspreisangebots über die zur Errichtung der Lagerhalle mit Carport erforderlichen Rohbauarbeiten mit der Angebotsnummer..2B6 (K3). Die vorläufige Angebotssumme belief sich nunmehr auf 541.407,76 EUR netto. In der „Überarbeitung“ waren die Positionen 1.1, 2.32, 3.28, 3.29 und 3.30 im Vergleich zu dem Angebot von 24.11.2020 um Beträge von zusammen 51.475,71 EUR netto erhöht worden. Ebenfalls unter dem 22.12.2020 erstellte die Klägerin ein Pauschalpreisangebot über die zur Errichtung des Schwimmbeckens erforderlichen Arbeiten mit der Angebotsnummer..7B4 (B3). Die Angebotssumme belief sich nunmehr auf 47.366,30 EUR netto (56.365,90 EUR brutto).

9
Der Beklagte erstellte unter dem 28.12.2020 einen „VOB/B-Bauvertrag“ (K2), der unter Bezugnahme auf die Angebote der Klägerin vom 12.11.2020 für Gusspfahl-Arbeiten und vom 22.12.2020 für Rohbauarbeiten eine Beauftragung der Klägerin mit Bauleistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport enthält. Als vorläufige Auftragssumme für die Gusspfahl-Arbeiten war der Betrag von 55.960,00 EUR netto, als vorläufige Auftragssumme für die Rohbauarbeiten der Betrag von 541.407,76 EUR netto angeben, verbunden mit dem Hinweis, dass auf die Abrechnungssummen ein Abgebot von 3 Prozent gewährt werde.

10
Unter Ziff. 5 „Planungsänderungen und Auftragserweiterungen“ enthält der „VOB/B-Bauvertrag“ unter anderem folgende Regelung:

11
5.2.3 Besteht zwischen den Parteien Einigkeit darüber, dass eine Änderung vorliegt, ist der AG verpflichtet, dem AN die Höhe der ihm unstreitig zustehenden Vergütung in Textform mitzuteilen und nach erfolgter Leistungserbringung in den Abschlagszahlungen zu berücksichtigen.

12
Unter Ziff. 9 „Gewährleistung und Sicherheitsleistungen“ enthält der „VOB/B-Bauvertrag“ unter anderem

folgende Regelung:

13
9.3 Für die Mängelansprüche stellt der AN dem AG eine Sicherheit in Höhe von 5% der geprüften Bruttoschlussrechnungssumme. Bis dahin ist der AG zu einem Einbehalt in dieser Höhe berechtigt. Der AN ist berechtigt, diese Sicherheit durch unbefristete Bürgschaft eines den Anforderungen des § 17 Abs. 2 VOB/B entsprechenden Kreditinstituts oder Kreditversicherers zu stellen.

14
Zudem erstellte der Beklagte unter dem 28.12.2020 einen weiteren „VOB/B-Bauvertrag“ (B4), der unter Bezugnahme auf das Angebot der Klägerin vom 22.12.2020 für Bauleistungen eine Beauftragung der Klägerin mit Bauleistungen für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken enthält. Als Pauschalvergütung war der Betrag von 47.366,30 EUR netto zuzüglich Umsatzsteuer angegeben.

15
Der Beklagte übersendete die beiden von ihm unterzeichneten „VOB/B-Bauverträge“ der Klägerin, die die beiden Verträge am 19.01.2021 gegenzeichnete und mit Anschreiben vom selben Tag (K1/B4) an den Beklagten zurücksendete.

16
In der Folge erbrachte die Klägerin ab April 2021 auf dem Grundstück N. Gusspfahl- und Rohbauarbeiten für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport. Der Beklagte leistete auf Netto-Abschlagsrechnungen der Klägerin im Zeitraum 19.05.2021 – 12.11.2021 Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 352.643,48 EUR.

17
Zudem erbrachte die Klägerin ab einem nicht genannten Zeitpunkt auf dem Grundstück A. Arbeiten für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken. Dabei kam es am 07.09.2021 zu dem Einsturz einer Stützmauer. Darüber kam es zwischen den Parteien zum „Bruch“.

18
Mit Schreiben vom 14.09.2021 (B6) verlangte die Klägerin von dem Beklagten Sicherheit für die noch nicht gezahlte Vergütung für ihre Arbeiten betreffend das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport in Höhe von 306.936,31 EUR netto. Mit Schreiben vom selben Tag (B8) verlangte die Klägerin von dem Beklagten Sicherheit für die noch nicht gezahlte Vergütung für ihre Arbeiten betreffend das Vorhaben Neubau Schwimmbecken in Höhe von 52.981,12 EUR brutto. Der Beklagte brachte daraufhin eine Erklärung der Versicherung AG vom 24.09.2021 (B7) bei, mit der die Versicherung eine Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 306.936,31 EUR für Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten auf Vergütung aus dem Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport übernahm. Der Beklagte brachte ferner eine Erklärung der Volksbank ... (B9) vom 20.09.2021 bei, mit der die Bank eine Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 52.981,12 EUR für Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten auf Werklohn aus dem Vorhaben Neubau Schwimmbecken übernahm.

19
Der Beklagte nahm die für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport erbrachten Leistungen der Klägerin am 16.11.2021 ab. In der „Abnahmebescheinigung“ (K6) wurde eine Erklärung des Beklagten aufgenommen, dass er sich seine Rechte wegen der Mängel

20
1. Carport - Der Verlauf der Bodenplattenabschalung ist Sehr unsauber und nicht geradlinig

21
2. Carport - Das planmäßige Gefälle von 1,5% auf der Bodenplatte ist an mehreren Stellen unterschritten

22
3. Carport - Die Oberfläche der Stahlbetonbodenplatte ist sehr uneben hergestellt und erfüllt nicht Anforderung an eine „eben abgezogene"

23
4. Carport - Die gemäß Schalplan vorgegebenen Fugen-Schnitte wurden nicht ausgeführt

24
5. Carport - Stützwand ist WU-Betonwand - Nachweis über Verwendbarkeit der eingesetzten Spannhülsen (dichtheit) sowie Nachweis erdseitige Ausführung

25
6. Carport - Nachweis für die Bodenplatte Frost- und Tauwasserbeständig laut Schalplan liefern

26
7. Carport - Stützwand frost-/tauwasserbeständiges Bauteil Betondeckung mind. 55mm liegt deutlich unter 40rnm

27
8. Carport - Bodenplatte / Container - deutliche Unterschreitung der Betondeckung tlw. nur 40mm statt 55mm

28
9. Halle - Am Treppenabgang Rückseite - weist die Stahlbetoninnenwand einen Versatz von 2cm auf

29
10. Treppe - Die beiden Treppen gelten als 1. und 2. Rettungsweg steht im Schalplan hier DIN18065 Steigung-Auftrittsfläche zu gering

30
11. TG/Beton - sowie Schacht Kiesnester/Fehlstellen nacharbeiten Allgemein

31
12. BircoRinnen - Laut LV mit Gefälle verbaut wurden BircoRinnen ohne Gefälle

32
vorbehalte. Mit E-Mail an den Beklagten vom 30.11.2021 (K8) nahm die Klägerin zu dem Vorbehalt ablehnend Stellung.

33
Am 15.12.2021 übermittelte die Klägerin dem Beklagten ihre Schlussrechnung vom 10.12.2021 für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K11). Die Schlussrechnung beläuft sich auf einen Betrag von 599.414,08 EUR netto, abzüglich des vereinbarten Abgebots von 3 Prozent auf 581.431,66 EUR netto. Von dem Betrag von 599.414,08 EUR vor Abgebot entfallen 160.119,55 EUR netto auf Nachtragspositionen. Die durch Abzug der geleisteten Abschlagszahlungen ermittelte Schlusszahlung ist auf 228.788,18 EUR beziffert.

34
Der Beklagte übermittelte der Klägerin mit Schreiben vom 14.01.2022 (B12) seine Schlussrechnungsprüfung. Der Beklagte akzeptierte insgesamt einen Betrag von 427.647,647,48 EUR netto, abzüglich des vereinbarten Abgebots von 3 Prozent einen Betrag von 414.818,06 EUR netto. Dabei kürzte er unter anderem die Positionen 1.1, 2.32, 3.28, 3.29 und 3.30 um Beträge von zusammen 51.475,71 EUR netto. Von den Nachtragspositionen akzeptierte der Beklagte lediglich einen Betrag von 54.988,89 EUR netto vor Abgebot. Dem Betrag von 427.647,48 EUR hielt der Beklagte einen Einbehalt in Höhe von 20.740,90 EUR als Sicherheit für Mängelansprüche, ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der in der Abnahmebescheinigung vom 16.11.2020 (K6) genannten Mängel in Höhe von 60.000,00 EUR, einen Gegenanspruch auf Ersatz von Mehrkosten in Höhe von 7.854,21 EUR für die Ausführung eines Betonsockels durch die G. GmbH, einen Gegenanspruch auf Ersatz von Kosten in Höhe von 394,40 EUR für die Beauftragung der L. KG mit dem richtigen Anschluss eines falsch angeschlossenen Ablaufs, einen Gegenanspruch auf Ersatz von Kosten in Höhe von 5.250,00 EUR für die Bürgschaft der Versicherung AG im Jahr 2021, einen Gegenanspruch wegen des Verbrauchs von Bauwasser in Höhe von 229,67 EUR und einen Gegenanspruch wegen des Verbrauchs von Baustrom in Höhe von 1.052,25 EUR entgegen. Unter Bezugnahme auf diese Berechnung machte der Beklagte geltend, dass die Klägerin um 33.348,86 EUR überzahlt sei, und forderte sie zur „Zurückzahlung“ des Betrags, zur Mängelbeseitigung und zur Rückgabe der Bürgschaft der Versicherung AG auf.

35
2. Mit ihrer am 12.10.2023 zum Landgericht erhobenen Klage hat die Klägerin beantragt, den Beklagten

zu verurteilen, an sie 228.788,18 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 31.01.2022 zu bezahlen.

36
Die Klägerin hat geltend gemacht, die nach der Besprechung zwischen ihrem Mitarbeiter K. und dem Beklagten erfolgte Erhöhung des Angebots für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport und die gleichzeitige Absenkung des Angebots für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken sei auf den Wunsch des Beklagten erfolgt. Die Parteien hätten sich bei ihren Preisverhandlungen darauf verständigt, einen Vertrag unterpreislich und den anderen Vertrag überpreislich abzurechnen. Sie habe die in der Schlussrechnung abgerechneten Leistungen vollständig erbracht. Die Abrechnung der Leistungen in der Schlussrechnung entspreche der im „VOB/B-Bauvertrag“ getroffenen Vereinbarung. Die Mengen und Massen seien zutreffend angegeben. Der Beklagte habe die Nachtragskalkulationen, auf denen die Abrechnung der Nachträge beruhe, anerkannt. Die abgerechneten Preise seien angemessen. Sie habe ihre Leistungen mangelfrei erbracht. Die in der Abnahmebescheinigung vom 16.11.2021 aufgeführten Umstände stellten keine Mängel dar.

37
Der die Abweisung der Klage beantragende Beklagte, der beide „VOB-Bauverträge“ vom 28.12.2020/19.01.2021 wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Schwarzarbeit für nichtig hält, hat geltend gemacht, die Parteien hätten steuerlich nicht absetzbare Aufwendungen für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken als steuerlich absetzbare Aufwendungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport ausgegeben. Der Mitarbeiter K. habe ihm zunächst vorgeschlagen, Baukosten in Höhe von 41.475,71 EUR netto aus dem privaten Vorhaben Neubau Schwimmbecken in das betriebliche Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport zu „verschieben“. Er sei mit diesem Vorgehen einverstanden gewesen. Der zu „verschiebende“ Betrag sei sodann noch um 10.000,00 EUR erhöht worden. Darauf beruhten die beiden „überarbeiteten“ Angebote der Klägerin vom 22.12.2020. Die Klägerin habe ihre Nachträge entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht vorab schriftlich angekündigt, sondern im Wesentlichen nach Ausführung mitgeteilt.

38
Mit seiner am 27.12.2023 erhobenen Widerklage hat der Beklagte beantragt, die Klägerin zu verurteilen, ihm gegenüber schriftlich zu erklären, dass sie die Versicherung AG aus ihrer Zahlungsverpflichtung aus der Bürgschaft Nr. ... vom 24.09.2021 über 306.936,31 EUR betreffend die Vergütungsansprüche aus dem „BV Neubau Lagerhalle, N., H., Vertrag-Nr. ...“ in voller Höhe entlässt (Widerklagantrag Ziff. 1), die Klägerin zu verurteilen, die Bürgschaft der Versicherung AG Nr. ... vom 24.09.2021 über 306.936,31 EUR zum „BV Neubau Lagerhalle, N., H., Vertrag-Nr. ...“ an ihn, hilfsweise an die Versicherung AG, herauszugeben (Widerklagantrag Ziff. 2), die Klägerin zu verurteilen, ihm gegenüber schriftlich zu erklären, dass sie die Volksbank ... aus ihrer Zahlungsverpflichtung aus der Bürgschaft Nr. ... vom 20.09.2021 über 52.981,12 EUR betreffend die Vergütungsansprüche aus dem „BV: Baustellen-Nr. .../NB eines Schwimmbeckens, A., G.“ in voller Höhe entlässt (Widerklagantrag Ziff. 3), sowie die Klägerin zu verurteilen, die Bürgschaft der Volksbank ... Nr. ... vom 20.09.2021 über 52.981,12 EUR zum „BV: Baustellen-Nr. .../NB eines Schwimmbeckens, A., G.“ an ihn, hilfsweise an die Volksbank ..., herauszugeben (Widerklagantrag Ziff. 4). Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

39
Wegen des weiteren Sach- und Streitstands sowie der Feststellungen im ersten Rechtszug wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

40
Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 26.06.2024 abgewiesen. Auf die Widerklage hat das Landgericht die Klägerin antragsgemäß verurteilt.

41
Zur Begründung der Entscheidung über die Klage hat das Landgericht ausgeführt, der Klägerin stehe gegen den Beklagten unter keinem Gesichtspunkt ein Vergütungsanspruch zu.

42
Die Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin auf Vergütung aus §§ 650a, 631 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2

Abs. 1 VOB/B seien nicht gegeben.

43
Zwischen den Parteien sei kein wirksamer Vertrag geschlossen worden. Zwar hätten die Parteien mit Bauvertrag vom 28.12.2020/19.01.2021 die Ausführung von Gusspfahl- und Rohbauarbeiten für die Errichtung einer Lagerhalle auf dem Grundstück N. in H. vereinbart, wobei sie die VOB/B in der Fassung aus dem Jahr 2019 einbezogen hätten. Der Bauvertrag sei jedoch gemäß § 134 BGB nichtig. Die Parteien hätten gegen § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen, indem sie vereinbart hätten, dass die Vergütung bezüglich des privaten Schwimmbeckens zum Teil in dem Vertrag über den Bau einer Lagerhalle abgerechnet wird, der Beklagte diesen Teil der Vergütung als Aufwendungen im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung steuermindernd geltend machen kann und insoweit auch keine Umsatzsteuer zahlt.

44
Es liege ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG vor. Der Beklagte habe als Steuerpflichtiger seine sich aufgrund der Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten verletzt. Der Beklagte sei Steuerpflichtiger gemäß § 33 AO, weil seine Einkünfte der Einkommenssteuer unterlägen und die aufgrund des Bauvertrags geschuldete Vergütung gegebenenfalls als Aufwendungen die steuerbaren Einkünfte verringerten. Der Beklagte habe gegen § 370 AO verstoßen und eine Steuerhinterziehung begehen wollen. Die Parteien hätten vereinbart, die Kosten für das private Schwimmbecken um etwa 50.000,00 EUR zu reduzieren und die Vergütung für den Neubau der Lagerhalle in gleicher Höhe zu erhöhen. Dem Vortrag des Beklagten, dass die Parteien dadurch umsatzsteuerpflichtige und steuerlich nicht absetzbare Ausgaben zu umsatzsteuerfreien und steuerlich absetzbaren Ausgaben gemacht hätten, habe die Klägerin nicht widersprochen. Daher erspare sich der Beklagte die Zahlung der auf diesen verschobenen Teil anfallenden Umsatzsteuer und könne in diesem Umfang höhere Abzüge bei der Berechnung der gewerblichen Einkommenssteuer geltend machen. Dabei komme es auf den Zeitpunkt der Absprachen der Parteien und des Vertragsschlusses an. Eine etwaige spätere einseitige Entscheidung des Beklagten, entgegen der getroffenen Vereinbarung die entsprechenden Ausgaben doch noch ordnungsgemäß zu versteuern, könne zwar unter bußgeld- und strafrechtlichen Gesichtspunkten relevant sein, beseitige jedoch nicht die zivilrechtlich beidseitig nichtige Vereinbarung. Die tatsächliche Reduzierung des Angebotspreises hinsichtlich des privaten Vorhabens Neubau Schwimmbecken und die Erhöhung des Angebotspreises hinsichtlich des gewerblichen Vorhabens Lagerhalle und Carport sei unstreitig. Die Aufstellung in der E-Mail des Mitarbeiters K. vom 22.12.2020 zeige, dass die Angebote entgegen der Auffassung der Klägerin nicht aufgrund von unabhängig voneinander stattfindenden Preisverhandlungen erfolgt seien, sondern eine gezielte Verlagerung eines Teils der Vergütung bezüglich des Vorhabens Neubau Schwimmbecken in einen anderen Vertrag vorgenommen worden sei. Mit der Überschrift werde auf die Angebotsnummer..7 des Vorhabens Neubau Schwimmbecken und auf die Angebotsnummer..2 des Vorhabens Lagerhalle und Carport Bezug genommen. Auch die in der handschriftlichen Berechnung am Ende vorgenommene Kontrollrechnung, dass Abzüge und Erhöhungen im Saldo 0,00 ergäben, zeige deutlich, dass ein Zusammenhang zwischen der Erhöhung der Vergütung in dem einen Angebot und der Reduzierung der Vergütung in dem anderen Angebot bestehe. Die Vergütung für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport sei um 51.475,71 EUR netto erhöht worden, während die Vergütung für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken um 58.878,21 EUR netto reduziert worden sei. Die ausgewiesenen Bauleistungen hätten sich hierbei nicht geändert. Dies zeige, dass sich die Parteien darüber einig gewesen seien, einen Teil der Vergütung von ca. 50.000,00 EUR aus dem Vertrag über den Neubau des Schwimmbeckens in den Vertrag über den Neubau der Lagerhalle mit Carport zu verschieben. Die E-Mail des Mitarbeiters K. vom 22.12.2020 bestätige die Darlegungen des Beklagten zur Entstehung dieser unstreitigen Verlagerung der Vergütung. Durch die Verlagerung eines Teils der Vergütung aus dem Vertrag über das Schwimmbecken in den Vertrag bezüglich der Lagerhalle sei es dem Beklagten möglich gewesen, diesen Teil als Herstellungskosten gemäß § 7 EStG als AfA in den Folgejahren im Rahmen der Einkünfte für Vermietung und Verpachtung in Abzug zu bringen und auf diese Weise sein zu versteuerndes Einkommen zu verringern. Zudem erspare sich der Beklagte die Umsatzsteuer für diesen Teil der Vergütung, die er beim Vorhaben Neubau Schwimmbecken zu zahlen hätte. Auf wessen Vorschlag diese Vereinbarung zustande gekommen sei, sei ohne Bedeutung. Der Umstand, dass es sich um zwei selbständige Verträge handele, ändere nichts daran, dass durch diese Vereinbarung eine Steuerverkürzung angestrebt worden sei. Dass die Abänderung der ursprünglichen

Angebote nicht auf unabhängig voneinander stattgefundenen Preisverhandlungen beruhe, werde dadurch deutlich, dass selbst die Klägerin vortrage, dass vereinbart worden sei, die Kosten für das Schwimmbecken zu reduzieren und die Vergütung für den Neubau der Lagerhalle in gleichem Umfang zu erhöhen, ohne dass es zu einer äquivalenten Änderung der angebotenen Bauleistungen gekommen sei. Damit sei klar, dass die Gesamtvergütung für beide Vorhaben im Wesentlichen unverändert habe bleiben sollen. Es sei somit nicht um Preisverhandlungen im üblichen Sinne, sondern um die Aufteilung der Vergütung auf die einzelnen Verträge zur Steueroptimierung gegangen.

45
Der Verstoß des Beklagten gegen § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG, den die Klägerin gekannt und bewusst zu ihrem Vorteil ausgenutzt habe, führe zu einer Nichtigkeit des Bauvertrags. Die geplanten Verstöße gegen die steuerlichen Vorschriften seien vorsätzlich erfolgt. Sie seien zwingende Folge der ausdrücklichen Preisabsprache. Die Klägerin habe die Aufträge zur Errichtung der Lagerhalle und des Schwimmbeckens erhalten. Es könne zwar nicht ausgeschlossen werden, dass die Klägerin die Aufträge auch erhalten hätte, wenn sie sich mit der Preisgestaltung nicht einverstanden erklärt hätte. Unzweifelhaft habe aber das Einverständnis mit dieser Preisgestaltung die Chancen der Auftragserteilung erhöht.

46
Unabhängig davon sei der Bauvertrag nichtig, da ein beidseitiger Verstoß gegen § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG vorliege. Die Vereinbarung habe zur Folge, dass die Klägerin hinsichtlich des verschobenen Geldbetrags keine Umsatzsteuer ausgewiesen habe. Für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken sei die Klägerin gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UStG verpflichtet gewesen, in der Rechnung die Umsatzsteuer auszuweisen und diese an das Finanzamt abzuführen. Zwischen den Parteien sei das Vorliegen der Voraussetzungen des § 13b UStG hinsichtlich des Vorhabens Neubau Lagerhalle mit Carport unstreitig, so dass der Beklagte als Leistungsempfänger Steuerschuldner sei und die Klägerin in der Rechnung keine Umsatzsteuer auszuweisen habe. Die Preisabsprache habe dazu geführt, dass die Klägerin bezüglich des verschobenen Rechnungsbetrags keine Umsatzsteuer ausgewiesen habe, obwohl dies erforderlich gewesen wäre, wenn der verschobene Betrag im Rahmen des Vorhabens Neubau Schwimmbecken abgerechnet worden wäre. Zudem erspare der Beklagte unstreitig die Umsatzsteuer für diesen Vergütungsanteil.

47
Dass nur ein Teil der Vergütung in den steuerrelevanten Bauvertrag bezüglich der Lagerhalle verschoben worden sei, ändere an der Gesamtnichtigkeit nichts. Bei dem von den Parteien geschlossenen Bauvertrag handele es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft. Es könne nicht angenommen werden, dass es auch ohne die Verschiebung der Vergütung vorgenommen worden wäre. Selbst nach dem Vortrag der Klägerin sei die Erhöhung der Vergütung im Bauvertrag über die Lagerhalle das Ergebnis von Preisverhandlungen gewesen. Es könne nicht angenommen werden, dass die Parteien den Vertrag auch mit einer um etwa 50.000,00 EUR geringeren Vergütung geschlossen hätten.

48
Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 677, 683, 670 BGB nicht zu. Zwar habe die Klägerin grundsätzlich ohne Berechtigung, weil auf der Grundlage eines nichtigen Vertrags, ein fremdes Geschäft geführt. Auch stehe einem Geschäftsführer, der auf dem Gebiet des ausgeführten Geschäfts gewerblich tätig sei, die übliche Vergütung als Aufwendungsersatz zu. Jedoch könne ein Geschäftsführer, der bei der Ausführung des Geschäfts gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, keinen Aufwendungsersatz verlangen, weil er diese Aufwendungen nicht für erforderlich halten dürfe. So liege es hier, weil die Klägerin gegen das Verbotsgesetz des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen habe.

49
Der Klägerin stehe auch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz nicht zu. Die Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin auf Wertersatz gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB seien zwar erfüllt. Die Klägerin habe die Bauleistungen im Hinblick auf den nichtigen Werkvertrag erbracht. Ihre Leistung an den Beklagten seien damit rechtsgrundlos erfolgt. Der Beklagte könne die Werkleistung der Klägerin nicht herausgeben. Dieser stehe damit grundsätzlich ein Anspruch auf Wertersatz zu. Ein Anspruch der Klägerin sei jedoch gemäß § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Die

Rückforderung des Geleisteten sei ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein in § 817 S. 1 BGB genannter Verstoß zur Last falle. Dies sei dann anzunehmen, wenn der Zweck seiner Leistung in der Art bestimmt war, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Der Ausschluss des Rückforderungsanspruchs setze einen beiderseitigen Gesetzesverstoß nicht voraus, sondern greife auch ein, wenn nur eine Partei gehandelt habe. Die Ausführung der Bauleistungen durch die Klägerin sei für sich genommen wertneutral. Allerdings verstoße nicht nur die vertragliche Vereinbarung der Parteien über die fehlerhafte Angabe des Werklohns gegen das gesetzliche Verbot, sondern auch die in Ausführung dieser Vereinbarung erfolgende Leistungserbringung. § 817 S. 2 BGB sei auch nicht nach § 242 BGB einschränkend auszulegen mit der Folge, dass der Ersatzanspruch nicht ausgeschlossen sei. Der Umstand, dass der am Gesetzesverstoß Mitwirkende die erlangte Leistung unter Umständen ohne jegliche Gegenleistung behalten könne, sei hinzunehmen, um mit den Mitteln des Zivilrechts die Zielsetzung des Gesetzgebers bei der Neufassung des SchwarzArbG zu fördern. Nicht allein die Eindämmung der Steuerhinterziehung und damit die Verfolgung eines fiskalischen Zwecks sei geboten, sondern auch die Verhinderung oder zumindest die Einschränkung der damit einhergehenden Wettbewerbsverzerrung, womit auch dem Schutz gesetzestreuer Unternehmer gedient werde.

50
Zur Begründung der Entscheidung über die Widerklage hat das Landgericht ausgeführt, der Beklagte habe einen Anspruch gegen die Klägerin aus der Sicherungsabrede der Parteien auf Abgabe einer schriftlichen Erklärung, dass sie die Versicherung AG und die Volksbank ... aus ihren Zahlungsverpflichtungen aus den Bürgschaften vom 24.09.2021 betreffend die Vergütungsansprüche aus dem Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport und vom 20.09.2021 betreffend die Vergütungsansprüche aus dem Vorhaben Neubau Schwimmbecken in voller Höhe entlasse. Der Sicherungszweck sei entfallen. Der Klägerin stünden die gesicherten Vergütungsansprüche nicht zu, nachdem die den Vergütungsansprüchen zugrunde liegenden Verträge nach § 134 BGB nichtig seien. Dem Beklagten stehe zudem gemäß § 17 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B i.V.m. §§ 371, 765 BGB ein Anspruch gegen die Klägerin auf Herausgabe der Bürgschaften vom 24.09.2021 und vom 20.09.2021 zu, da die Bürgschaftsverpflichtung mit Erlöschen der Hauptforderung erloschen sei. Nach Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung habe der Hauptschuldner einen Herausgabeanspruch bezüglich der Bürgschaftsurkunde gegenüber dem Gläubiger. Nichts anderes könne gelten, wenn die durch die Bürgschaft gesicherten Vergütungsansprüche nie bestanden hätten, da die ihnen zugrundeliegenden Bauverträge von Anfang an nichtig waren. So liege der Fall hier. Der Klägerin stünden aus den Bauverträgen hinsichtlich der Lagerhalle und des Schwimmbeckens keine Zahlungsansprüche gegen den Beklagten zu, da die Verträge nichtig seien.

51
3. Die Klägerin verfolgt mit ihrer am 24.07.2024 begründeten Berufung die im ersten Rechtszug gestellten Klaganträge in vollem Umfang weiter.

52
Zur Begründung der Berufung macht die Klägerin geltend, das Landgericht sei zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass das zwischen den Parteien abgeschlossene Vertragsverhältnis betreffend die Ausführung von Gusspfahl- und Rohbauarbeiten für die Errichtung einer Lagerhalle auf dem Grundstück N. nichtig sei. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG seien nicht gegeben. Es gehöre zur Privatautonomie als leitendem Grundsatz des bürgerlichen Rechts, dass die Vertragspartner Leistung und Gegenleistung bestimmten. Dies hätten die Parteien getan. Die Vergütung sei nicht verschoben, sondern abweichend von dem Angebot vom 24.11.2020 angeboten und vereinbart worden. Preisverhandlungen bezogen auf zwei Verträge müssten nicht unabhängig voneinander geführt werden. Nachdem die Verträge wirksam seien, gebe es keinen Ansatz, dass der Beklagte einen Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaften habe. Der Bürgschaftszweck sei nicht weggefallen.

53
Die Klägerin beantragt,

54
das Urteil des Landgerichts Ellwangen 2 O 151/23 aufzuheben, den Beklagten zu verurteilen, an sie 228.788,18 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 31.01.2022 zu bezahlen, sowie die Widerklage abzuweisen,

55
hilfsweise, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

56
Der Beklagte beantragt,

57
die Berufung zurückzuweisen.

58
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Berufung auf dessen Gründe. Die Auffassung der Klägerin, dass die Parteien im Rahmen der Privatautonomie Preise verhandelt hätten, entbehre jeder Grundlage. Es liege eine Verquickung der Verträge und die damit einhergehende Umgehung der Steuerlast auf der Hand. Die Klägerin habe den „Nachlass“ im privaten Bereich nur damit rechtfertigen können, dass sie den Auftrag im betrieblichen Bereich erlangt habe. Demgemäß gehe das Argument, dass die Parteien sich im Rahmen der Privatautonomie auf einen eher günstigen und auf einen eher ungünstigen Preis verständigt hätten, ins Leere. Die steuerliche Relevanz des Sachverhaltes folge aus der unstreitigen Tatsache, dass das Vorhaben Neubau Schwimmbecken dem privaten Vermögensbereich zuzurechnen sei, während das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport dem betrieblichen und somit steuerbegünstigten Bereich zuzurechnen sei. Es könne daher kein Zweifel daran bestehen, dass die gegenständlichen Verträge nichtig seien. Die Nichtigkeitsfolge für den Gesamtvertrag sei Folge eines Verstoßes gegen das SchwarzArbG, das dem Interesse der wirtschaftlichen Ordnung und des redlichen Wettbewerbs diene. Schwarzarbeit solle vermieden werden, indem das Gesetz drastische Rechtsfolgen an dieses Verhalten anknüpfe. Der Wortlaut des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG decke den Umstand, dass der Gesetzesverstoß prinzipiell vom Auftraggeber wie auch vom Auftragnehmer begangen werden könne. Konsequenz sei auch, dass keine Ansprüche durch die „Hintertür“ in Form bereicherungsrechtlicher Ansprüche entstünden. Lediglich ausnahmsweise komme trotz entsprechender Verstöße die Unwirksamkeit nur von Teilen des Rechtsgeschäftes in Betracht. Das sei allerdings nur dann der Fall, wenn der nichtige Vertragsteil klar vom Restgeschehen abgrenzbar sei. Das sei aber vorliegend nicht der Fall, da eine derartige Abgrenzung weder möglich noch gewollt gewesen sei. Die Parteien hätten sich vielmehr willkürlich darauf verständigt, dass bzw. in welchen Bereichen die Kostenverschiebung stattfinden solle. Dass er durch die Nichtigkeitsfolge Werklohn erspare, sei „ausdrücklich so gewollt“. Allerdings habe er auch keine Gewährleistungsansprüche gegen die Klägerin, obgleich diverse Mängel vorlägen. Zudem seien infolge des Einsturzes der Stützmauer erhebliche Kosten für die Schadensbeseitigung und erhebliche Mehrkosten für die Erstellung des Schwimmbeckens durch dritte Unternehmen entstanden. Es sei davon auszugehen, dass er am Ende auf diesen Kosten sitzen bleibe.

59
Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung über die Berufung am 16.04.2025 Bezug genommen.

II.

60
1. Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg.

61
a) Soweit sich die Berufung der Klägerin dagegen wendet, dass das Landgericht die auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 228.788,18 EUR nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen hat, führt sie zur Aufhebung des die Klage abweisenden Urteils, zum Erlass eines Zwischenurteils über den Grund des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht zur Durchführung des Betragsverfahrens.

62
aa) Dem primär auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 228.788,18 EUR nebst Zinsen durch den Senat gerichteten Antrag der Klägerin kann auf der Grundlage des gegenwärtigen Sach- und Streitstands nicht stattgegeben werden, da der mit der Klage geltend gemachte Anspruch zwar dem Grunde nach besteht, der Rechtsstreit über die Höhe des Anspruchs aber nicht zur Entscheidung reif ist.

63
(1) Die Voraussetzungen eines Werklohnanspruchs der Klägerin gegen den Beklagten für ihre Leistungen bezüglich des Vorhabens Neubau Lagerhalle mit Carport gemäß § 631 Abs. 1 BGB dem Grunde nach liegen vor.

64
(a) Zwischen den Parteien besteht ein nach § 650a Abs. 1 BGB als Bauvertrag zu qualifizierender Werkvertrag über die Erbringung von Gusspfahl- und Rohbauarbeiten für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport.

65
(aa) Der Beklagte hat der Klägerin durch Übersendung der von ihm unter dem 28.12.2020 unterzeichneten Urkunde über den „VOB/B-Bauvertrag“ (K1) den Abschluss eines Vertrags angetragen, der die Ausführung von Gusspfahlarbeiten für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport zu Einheitspreisen entsprechend dem Angebot der Klägerin vom 12.11.2020 (K5) und die Ausführung von Rohbauarbeiten für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport zu Einheitspreisen entsprechend dem Angebot der Klägerin vom 22.12.2020 (K3) zum Gegenstand hat. Die Klägerin hat dieses Angebot durch Gegenzeichnung dieser Urkunde unter dem 19.01.2021 und Übersendung des unterzeichneten Exemplars an den Beklagten angenommen. Das ist, was den äußeren Hergang angeht, zwischen den Parteien nicht streitig.

66
(bb) Bei den Willenserklärungen der Parteien, die auf den Abschluss des „VOB/B-Bauvertrags“ gerichtet waren, handelte es sich auch nicht um Scheingeschäfte der Parteien im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB bzw. des § 41 Abs. 2 S. 1 AO.

67
Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Rechtsschein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten lassen wollen. Die Darlegungs- und Beweislast für ein Scheingeschäft trägt derjenige, der sich darauf beruft (BGH, Urteil vom 25.11.2008 – XI ZR 413/07, Rz. 31).

68
Der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat nicht schlüssig dargelegt, dass die Erklärungen der Parteien vom 28.12.2020/19.01.2021, die auf den Abschluss des „VOB/B-Bauvertrags“ (K1) über die Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport gerichtet waren, tatsächlich nur zum Schein abgegeben worden seien.

69
Es ist nicht ersichtlich, dass die Parteien auf den Abschluss eines Bauvertrags mit einem anderen Inhalt gerichtete Willenserklärungen abgegeben haben, die durch die auf den Abschluss des „VOB/B-Bauvertrags“ gerichteten Erklärungen im Sinne von § 117 Abs. 2 BGB, § 41 Abs. 2 S. 2 AO verdeckt werden sollten. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass die Parteien sich tatsächlich auf einen Vertrag geeinigt haben, der die Ausführung der Rohbauarbeiten für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport durch die Klägerin zu Einheitspreisen entsprechend dem Angebot der Klägerin vom 24.11.2020 (B2) zum Gegenstand hat. Dafür, dass die Parteien sich bereits vor Abgabe des nach dem Treffen des Beklagten mit dem Mitarbeiter K. „überarbeiteten“ Angebots der Klägerin für Rohbauarbeiten vom 22.12.2020 (K3) verbindlich auf einen Vertragsschluss auf der Basis eines früheren Angebots der Klägerin geeinigt gehabt haben, spricht nichts. Der Beklagte legt nicht dar, dass er das Angebot der Klägerin vom 24.11.2020 (B2) vor Übersendung des „überarbeiteten“ Angebots der Klägerin vom 22.12.2020 (K3) angenommen habe.

70
Zudem spricht die den Parteiwillen entscheidend prägende und auch für § 117 BGB zentrale Interessenlage der Parteien entscheidend gegen die Annahme, dass es sich bei den Erklärungen der Parteien vom 28.12.2020/19.01.2021, die auf den Abschluss des „VOB/B-Bauvertrags“ (K1) über die Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport gerichtet waren, um Scheingeschäfte gehandelt hat. Rationale Parteien wollen dann ein Scheingeschäft, wenn dieser Scheincharakter ihre

Interessen besser verwirklicht als die dem objektiven Erklärungsinhalt entsprechenden Rechtsfolgen. Ist umgekehrt gerade die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen, spricht dies gegen ein Scheingeschäft (BeckOGK/Rehberg, 01.02.2025, § 117 Rz. 13). Unstreitig hatte der Beklagte ein Interesse daran, dass seine Steuerbelastung im Zusammenhang mit den beiden Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport und Neubau Schwimmbecken möglichst gering bleibt. Insofern hatte er ein Interesse daran, dass er die Umsatzsteuer, die auf die Leistungen der Klägerin im Zusammenhang mit den beiden Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport und Neubau Schwimmbecken anfallen würde, in möglichst weitem Umfang als Vorsteuer geltend machen kann, sowie ein Interesse daran, dass er bei den Erklärungen zur Einkommensteuer möglichst hohe Beträge für die Berechnung der AfA der Lagerhalle mit Carport ansetzen kann. Diesem Interesse des Beklagten entsprach es, wenn bei der „Verteilung“ der gesamten Vergütung für die beiden Vorhaben ein möglichst hoher Betrag auf das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport und ein möglichst niedriger Betrag auf das Vorhaben Neubau Schwimmbecken entfallen würde. Dem Interesse des Beklagten war daher eher gedient, wenn von einer „überarbeiteten“ gesamten Vergütung für die beiden Vorhaben von voraussichtlich 644.734,06 EUR netto ein Anteil von 597.367,76 EUR netto auf das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport entfallen würde, als es dem Interesse des Beklagten gedient hätte, wenn von einer gesamten Vergütung für die beiden Vorhaben vor der „Überarbeitung“ von voraussichtlich 652.136,56 EUR netto ein Anteil von 545.892,05 EUR netto auf das Vorhaben Lagerhalle mit Carport entfallen würde. Um das angestrebte Ziel einer für den Beklagten steuerlich möglichst günstigen Gestaltung der Rechtsverhältnisse zu verwirklichen, musste insofern nicht das „dissimulierte“, sondern das „simulierte“ Geschäft wirksam sein.

71
(b) Der zwischen den Parteien tatsächlich zustande gekommene „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020/19.01.2021 (K1) über Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport ist entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig.

72
§ 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Dienst- oder Werkvertrags, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Dienst- bzw. Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrags, wenn der eine Vertragspartner vorsätzlich gegen seine steuerlichen Pflichten verstößt und der andere Vertragspartner den Verstoß kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt (vgl. BGH, Urteil vom 01.08.2013 – VII ZR 6/13).

73
So liegen die Dinge hier nicht.

74
(aa) Die im Vorfeld des Abschlusses der „VOB/B-Bauverträge“ vom 28.12.2020/19.01.2021 getroffene „Vereinbarung“ der Parteien, dass die Klägerin ihr Angebot für die zur Errichtung der Lagerhalle mit Carport erforderlichen Rohbauarbeiten gegenüber dem Einheitspreisangebot der Klägerin vom 24.11.2020 (B2) um einen Betrag von 51.475,71 EUR netto erhöht und ihr Angebot für die zur Errichtung des Schwimmbeckens erforderlichen Arbeiten gegenüber dem Einheitspreisangebot vom 08.12.2020 um einen Betrag von (mehr als) 51.475,71 EUR netto erniedrigt, ist für die Beurteilung, ob die Parteien Regelungen getroffen haben, die dazu dienen, dass eine der Parteien ihre sich auf Grund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt, unerheblich. Steuerliche Folgen knüpfen nicht an den Inhalt, sondern nur an das Ergebnis von Vertragsverhandlungen an.

75
(bb) Der Abschluss der „VOB/B-Bauverträge“ vom 28.12.2020/19.01.2021 über die Erbringung von Werkleistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K1) bzw. von Werkleistungen für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken (B4) zu dem jeweils in den Verträgen bestimmten Werklohn stellt sich nicht selbst als Ergebnis einer verabredeten Verletzung steuerlicher Pflichten dar. Das gilt auch in Anbetracht des nicht ernsthaft zu bestreitenden Umstands, dass die Parteien zum Zweck der

Steueroptimierung die Vereinbarung der in dem einen Vertrag bestimmten Vergütung in Abhängigkeit von der in dem anderen Vertrag bestimmten Vergütung getroffen haben.

76
Es kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob die in dem „VOB/B-Bauvertrag“ über Werkleistungen für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken (B4) vereinbarte Vergütung nicht auskömmlich kalkuliert und dies durch eine in dem „VOB/B-Bauvertrag“ über Werkleistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K1) vereinbarte „zu teure“ Vergütung kompensiert worden ist. Steuerrechtlich wäre das unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, ob sich die von den Parteien in den „VOB/B-Verträgen“ vorgenommene „Verteilung“ der Gesamtvergütung auf die Vergütung der Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport einerseits und auf die Vergütung der Leistungen für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken andererseits als unangemessene rechtliche Gestaltung im Sinne des § 42 Abs. 2 S. 1 AO darstellt. Ob die Voraussetzungen eines Gestaltungsmissbrauchs vorliegen, bedarf allerdings keiner Entscheidung, da eine unangemessene rechtliche Gestaltung nicht mit einer Verletzung steuerlicher Pflichten im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG gleichgestellt werden kann.

77
Ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts im Sinne des § 42 Abs. 2 AO liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Bei dem Vorliegen eines Missbrauchs entsteht der Steueranspruch nach § 42 Abs. 1 S. 2 AO so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstünde. Die Anwendung des § 42 AO setzt voraus, dass die gewählte zivilrechtliche Gestaltung wirksam ist. Ist die Gestaltung unwirksam, ist § 42 AO nicht anwendbar (BFH, Urteil vom 23.11.2011 – II R 64/09, Rz. 21; BeckOK AO/Hennigfeld, 31. Ed. 1.1.2025, AO § 42 Rz. 121).

78
Wird unterstellt, dass die Parteien durch eine nicht den realen Wertverhältnissen entsprechende Aufteilung der Vergütung der Klägerin auf die beiden „VOB/B-Bauverträge“ eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt haben, die bei dem Beklagten im Vergleich zu einer den realen Wertverhältnissen entsprechenden Aufteilung der Vergütung zu einem Steuervorteil führt, begründet das keinen Verstoß gegen das gesetzliche Verbot des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG. Für die Beurteilung der steuerlichen Pflichten im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG kann nur die gewählte rechtliche Gestaltung und nicht eine den wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene Gestaltung im Sinne von § 42 Abs. 1 S. 3 AO maßgeblich sein. Ginge man davon aus, dass die Wahl einer unangemessenen rechtlichen Gestaltung eine Verletzung steuerlicher Pflichten im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG darstellt und dies gemäß § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG zur Nichtigkeit dieser rechtlichen Gestaltung führt, würde man der Anwendung des § 42 AO, der gerade die Wirksamkeit der gewählten zivilrechtlichen Gestaltung voraussetzt, den Boden entziehen.

79
(cc) Die „VOB/B-Bauverträge“ vom 28.12.2020 / 19.01.2021 über Werkleistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K1) bzw. über Werkleistungen für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken (B4) enthalten keine Regelungen, die dazu dienen, dass eine der Parteien ihre sich auf Grund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.

80
(i) Es war nicht Gegenstand der Vereinbarungen der Parteien, dass die Klägerin bei der Erbringung der vertragsgegenständlichen Werkleistungen ihre sich auf Grund der Erbringung der Leistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.

81
Es ist nicht ersichtlich, dass der „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020/19.01.2021 über Leistungen für das gewerbliche Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K1) eine Vereinbarung der Parteien umfasst, dass die Klägerin entgegen ihren umsatzsteuerlichen Pflichten aus § 14a Abs. 5 UStG dem Beklagten als Steuerschuldner keine Rechnungen stellt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020/19.01.2021 über Leistungen für das private Vorhaben Neubau Schwimmbecken (K4) eine Vereinbarung umfasst, dass die Klägerin als Steuerschuldnerin entgegen § 14 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 UStG dem

Beklagten keine Rechnung mit Umsatzsteuerausweis stellt und keine Umsatzsteuer an den Steuergläubiger abführt. Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass die beiden „VOB/B-Bauverträge“ eine Vereinbarung der Parteien umfassen, dass bei der Fakturierung für die beiden Vorhaben unrichtige Rechnungsbeträge angegeben werden. Die Richtigkeit der Fakturierung ist allein anhand der tatsächlich zustande gekommenen „VOB/B-Bauverträge“, deren Grundlage die „überarbeiteten“ Angebote der Klägerin vom 22.12.2020 (K3/B3) waren, und nicht anhand fiktiver Bauverträge auf der Grundlage früherer Angebote der Klägerin zu beurteilen. Dass die Fakturierung der Klägerin den in den tatsächlich zustande gekommenen „VOB/B-Bauverträgen“ getroffenen Vergütungsabreden nicht entsprechen sollte, ist von keiner Partei geltend gemacht worden. Das gilt insbesondere für eine Vereinbarung, dass im Rahmen der Fakturierung Leistungen für das Vorhaben Neubau Schwimmbecken als Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport ausgegeben werden sollten. Soweit der Beklagte geltend macht, dass unter der Position 2.10 der Schlussrechnung (K11) Material abgerechnet worden sei, das tatsächlich bei dem Vorhaben Neubau Schwimmbecken verwendet worden sei, behauptet er nicht, dass das so abgesprochen gewesen sei. Die Parteien haben nicht vereinbart, Leistungen von dem Vorhaben Neubau Schwimmbecken in das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport zu „verschieben“. Auf die Frage, ob die Vereinbarung einer Umdeklaration von Leistungen an einen Privaten in Leistungen an einen Unternehmer bei der Fakturierung unter § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG fällt, kommt es insofern nicht entscheidend an. Die von dem Beklagten im Schriftsatz vom 17.04.2025 geäußerte Ansicht, dass der Senat seine Auffassung auf eine dies verneinende obergerichtliche Entscheidung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.04.2019 - 22 U 63/18) stützen wolle, trifft nicht zu. Die Auffassung des Beklagten, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 16.03.2017 - VII ZR 197/16; Urteil vom 11.06.2015 - VII ZR 216/14) dies „längst anders entschieden“ habe, ist allerdings ebenfalls unzutreffend. Die erstgenannte Entscheidung hatte eine Ohne-Rechnung-Abrede über einen Teil des Werklohns und nur im Übrigen eine Abrede über die Umdeklaration von Leistungen an einen Privaten in Leistungen an einen Unternehmer bei der Fakturierung zum Gegenstand; die Annahme der Nichtigkeit des gesamten Werkvertrags wurde dabei nicht auf einen den gesamten Vertrag betreffenden Verstoß gegen § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG, sondern ausschließlich auf § 139 BGB gestützt (BGH, Urteil vom 16.03.2017 - VII ZR 197/16, Rz. 24 f.). Die zweitgenannte Entscheidung befasst sich mit dem Fall der Abrede einer Umdeklaration von Leistungen an einen Privaten in Leistungen an einen Unternehmer nicht.

82
(ii) Es war auch nicht Gegenstand der Vereinbarungen der Parteien, dass der Beklagte bei dem Ausführenlassen der vertragsgegenständlichen Werkleistungen seine sich auf Grund der Leistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.

83
Es ist nicht ersichtlich, dass der „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020/19.01.2021 über Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K1) eine Vereinbarung der Parteien umfasst, dass der Beklagte entgegen seinen umsatzsteuerlichen Pflichten als Steuerschuldner nach § 13b Abs. 2 Nr. 4, Abs. 5 S. 2 UStG in seinen Umsatzsteuervoranmeldungen nach §§ 18, 18a UStG bzw. in seiner Umsatzsteuererklärung den auf das Vorhaben entfallenden Umsatz nicht anführt und insoweit keine Umsatzsteuer abführt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020 / 19.01.2021 über Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K1) eine Vereinbarung der Parteien umfasst, dass der Beklagte für Leistungen, die nicht an ihn als Unternehmer, sondern an ihn als Privaten erbracht werden sollten, in seinen Umsatzsteuervoranmeldungen bzw. in seiner Umsatzsteuererklärung Vorsteuer geltend macht. Die Richtigkeit der Angaben des Beklagten gegenüber dem Steuergläubiger ist allein anhand der tatsächlich zustande gekommenen „VOB/B-Bauverträge“, deren Grundlage die „überarbeiteten“ Angebote der Klägerin vom 22.12.2020 (K3/B3) waren, und nicht anhand fiktiver Bauverträge auf der Grundlage früherer Angebote der Klägerin zu beurteilen.

84
Ebenso wenig ist ersichtlich, dass der „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020/19.01.2021 über Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K1) eine Vereinbarung der Parteien umfasst, dass der Beklagte entgegen seinen einkommensteuerlichen Pflichten in seiner Steuererklärung eine unzutreffende AfA geltend macht. Die Ausführungen zu den umsatzsteuerlichen Pflichten des Beklagten gelten entsprechend.

85
(c) Die Schlusszahlung aus dem „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020 / 19.01.2021 über Leistungen für das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport (K1) ist - vorbehaltlich der Frage, ob und in welchem Umfang der Beklagte nach Ziff. 9.3 S. 2 des Vertrags einen Betrag in Höhe von 5 Prozent der geprüften Schlussrechnungssumme einbehalten kann - fällig. Die in § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B geregelten Fälligkeitsvoraussetzungen liegen vor. Der Beklagte hat die Werkleistung der Klägerin am 16.11.2021 nach § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B förmlich abgenommen. Die Klägerin hat dem Beklagten am 10.12.2021 eine prüffähige Schlussrechnung (K11) erteilt. Der Beklagte hat die Schlussrechnung auf ihre sachliche und rechnerische Richtigkeit geprüft und das Ergebnis der Prüfung der Klägerin mit Schreiben vom 14.01.2022 (B12) mitgeteilt. Dass der Beklagte unter Hinweis auf geleistete Zahlungen die Leistung einer Schlusszahlung schriftlich abgelehnt hat, steht der Fälligkeit der Schlusszahlung gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nicht entgegen.

86
(2) Über die Höhe der fälligen Schlusszahlung der Klägerin gegen den Beklagten kann auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts nicht entschieden werden.

87
(a) Die Höhe der offenen Vergütung ist ungeklärt. Die Klägerin macht einen Anspruch auf Schlusszahlung in Höhe von 228.788,10 EUR netto geltend, der sich aus einem Werklohnanspruch nach Abgebot von 3 Prozent in Höhe von 581.431,66 EUR und geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 352.643,48 EUR errechnet. Der Beklagte geht dagegen – vorbehaltlich der Geltendmachung von Einbehalten und Zurückbehaltungsrechten - von einem Anspruch der Klägerin auf Schlusszahlung von 62.174,58 EUR netto aus, der sich aus einem Werklohnanspruch nach Abgebot von 3 Prozent in Höhe von 414.818,06 EUR und geleisteten Abschlagszahlungen in Höhe von 352.643,48 EUR errechnet.

88
(aa) Offen ist zum einen die Höhe der Vergütung für die im ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang enthaltenen Leistungen. Die Klägerin macht geltend, dass ihr insoweit ein Anspruch vor Abgebot in Höhe von 439.294,53 EUR zustehe. Der Beklagte geht dagegen auf Grund der Kürzung der Positionen 1.1, 2.10, 2.32, 2.33, 3.26, 3.28, 3.29, 3.30, 5.3, 5.8 und 5.12 von einem Anspruch vor Abgebot in Höhe von 372.658,59 EUR aus. Zwar kann festgestellt werden, dass die Kürzung der Positionen S1.1, 2.32, 3.28, 3.29, 3.30 um einen Gesamtbetrag von 51.475,71 EUR vor Abgebot nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand unberechtigt ist, nachdem die der Abrechnung der Positionen zugrundeliegende Vereinbarung - wie oben begründet - gültig ist und kein Scheingeschäft vorliegt. Soweit der Beklagte die Positionen 2.10, 2.33, 3.26, 5.3, 5.8 und 5.12 sowie teilweise die Positionen 3.28, 3.29, 3.30 um einen Gesamtbetrag von weiteren 15.160,23 EUR vor Abgebot gekürzt hat, ist der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif. Es bedarf zur Klärung der Berechtigung der insoweit abgerechneten Positionen der beantragten Beweisaufnahme.

89
(bb) Offen ist zum anderen die Höhe der Vergütung für die nicht im ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang enthaltenen Leistungen. Die Klägerin macht geltend, dass ihr insoweit ein weiterer Anspruch vor Abgebot in Höhe von 160.119,55 EUR zustehe. Der Beklagte geht dagegen auf Grund der Kürzung sämtlicher Positionen mit Ausnahme der Positionen 10.10 und 10.14 auf 0,00 EUR und auf Grund der teilweisen Kürzung der Pos. 10.14 von einem Anspruch vor Abgebot in Höhe von 54.988,89 EUR aus. Der Rechtsstreit ist insoweit nicht entscheidungsreif. Es bedarf zur Klärung der Berechtigung der insoweit abgerechneten Positionen der beantragten Beweisaufnahme.

90
(b) Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand ist davon auszugehen, dass der Beklagte nach Ziff. 9.3 des „VOB/B-Bauvertrags“ vom 28.12.2020/19.01.2021 berechtigt ist, von der Schlusszahlung einen Betrag in Höhe von 20.740,90 EUR einzubehalten. Es ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass die Klägerin eine Sicherheit für Mängelansprüche nicht gestellt hat. Die Einwendung der Klägerin, dass dem Beklagten ein Anspruch auf Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 5 Prozentpunkten nicht zustehe, da „der Vertrag eine Gewährleistungsbürgschaft koppelt mit Überzahlung etc., was mit einer Gewährleistungssicherheit nichts zu tun hat“, ist dem Senat unverständlich. Sollte die Klägerin

geltend machen wollen, dass die in Ziff. 9.3 des „VOB/B-Bauvertrags“ vom 28.12.2020/19.01.2021 vereinbarte Regelung nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 02.03.2000 – VII ZR 475/98), fehlt es bislang jedenfalls an Vortrag der insoweit darlegungsbelasteten Klägerin zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB.

91
(c) Ungeklärt ist, ob der Klägerin gemäß §§ 320 Abs. 1 S. 1, 641 Abs. 3 BGB ein Teilbetrag der Schlusszahlung von 60.000,00 EUR nur Zug um Zug gegen Erfüllung eines auf Beseitigung von Mängeln der Werkleistung gerichteten Gegenanspruchs des Beklagten zuzusprechen ist. Die Behauptung der Klägerin, dass ihre Leistung in Anbetracht der in der „Abnahmebescheinigung“ vom 16.11.2021 (K6) aufgeführten Vorbehalte mangelfrei sei, ist streitig. Der Rechtsstreit ist insoweit nicht entscheidungsreif. Es bedarf zur Klärung der Mangelbehauptungen der beantragten Beweisaufnahme.

92
(d) Ungeklärt ist schließlich, inwieweit ein verbliebener Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Schlusszahlung durch eine konkludente (Hilfs-) Aufrechnung des Beklagten mit Gegenansprüchen nach § 389 BGB erloschen ist.

93
(aa) Es kann auf der Grundlage des gegenwärtigen Sach- und Streitstands nicht entschieden werden, ob ein verbliebener Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Schlusszahlung durch eine konkludente (Hilfs-) Aufrechnung des Beklagten mit einem Gegenanspruch gegen die Klägerin auf Zahlung von 7.854,21 EUR erloschen ist. Die Voraussetzungen eines Anspruchs des Beklagten auf Ersatz der Mehrkosten von (jedenfalls) 7.854,21 EUR, die dadurch entstanden sind, dass die Leistungen unter Pos. 3.19 des Leistungsverzeichnisses („Sockel umlaufend, Tore aussparen C 25, 30, Sockel aus Stahlbeton, auf Streifenfundamente betoniert, doppelhäuptig geschalt; Bewehrung in gesonderter Position […]) nicht von der Klägerin zu einem Preis von 3.290,78 EUR netto ausgeführt worden sind, sondern von der G. GmbH zu einem Preis von 11.125,21 EUR, sind offen. Der Beklagte beruft sich auf einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB wegen einer Leistungsverweigerung der Klägerin. Die Klägerin macht demgegenüber geltend, dass es eine Einigung der Parteien über die Herausnahme der Leistungen aus dem geschuldeten Leistungsumfang gegeben habe, was den Anspruch ausschließen würde. Der Rechtsstreit über den Gegenanspruch ist insoweit nicht entscheidungsreif.

94
(bb) Es kann auf der Grundlage des gegenwärtigen Sach- und Streitstands nicht entschieden werden, ob ein verbliebener Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Schlusszahlung durch eine konkludente (Hilfs-) Aufrechnung des Beklagten mit einem Gegenanspruch gegen die Klägerin auf Zahlung von 394,40 EUR erloschen ist. Die Voraussetzungen eines Anspruchs des Beklagten auf Ersatz der Kosten von 394,40 EUR, die dadurch entstanden sind, dass er die L. KG mit dem Neuanschluss eines Ablaufs beauftragt hat, sind offen. Der Beklagte kann sich insoweit nur auf § 4 Abs. 7 VOB/B berufen, nachdem ausweislich des Rapports der L. KG (B12 [165]) die Leistungen am 22.09.2021 und damit vor der Abnahme am 16.11.2021 vorgenommen wurden. Grundsätzlich muss der Auftraggeber einem Auftragnehmer, der mit der Mängelbeseitigung in Verzug ist, vor einer Fremdnachbesserung den Auftrag (teilweise) entziehen, wie sich aus § 4 Abs. 7 S. 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ergibt. Die Entziehung des Auftrags dient in diesem Fall dazu, für die weitere Bauabwicklung unter den Beteiligten klare Verhältnisse zu schaffen, um Streitigkeiten nach Möglichkeit zu verhindern. Zu den Voraussetzungen einer Entziehung des Auftrags hat der Beklagte nicht vorgetragen. Allerdings kann dem Auftraggeber ein Anspruch auf Ersatz von Fremdnachbesserungskosten auch ohne die Entziehung des Auftrags zustehen, wenn der Auftragnehmer endgültig die vertragsgemäße Fertigstellung verweigert (BGH, Urteil vom 20.04.2000 - VII ZR 164/99). Ob die Klägerin die vertragsgemäße Fertigstellung verweigert hat, ist zwischen den Parteien streitig. Der Rechtsstreit über den Gegenanspruch ist insoweit nicht entscheidungsreif.

95
(cc) Auf der Grundlage des gegenwärtigen Sach- und Streitstands wäre ein verbleibender Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Schlusszahlung durch eine konkludente (Hilfs-) Aufrechnung des Beklagten mit einem Gegenanspruch gegen die Klägerin auf Zahlung von 5.252,00 EUR erloschen. Die

Voraussetzungen eines Anspruchs des Beklagten auf Ersatz der Kosten von 5.250,00 EUR, die dadurch entstanden sind, dass er auf Aufforderung gemäß § 650f Abs. 1 S. 1 BGB der Klägerin Sicherheit für die noch nicht gezahlte Vergütung der Werkleistungen aus dem Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport in Höhe von 306.936,31 EUR durch Bürgschaft der Versicherung AG (B7) geleistet hat, liegen vor. Der Beklagte kann nach § 650f Abs. 3 S. 1 BGB von der Klägerin die Erstattung der üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr verlangen. Den Vortrag des Beklagten, dass er für das Jahr 2021 Kosten in Höhe von 5.252,00 EUR gehabt habe, hat die Klägerin nicht bestritten.

96
(dd) Es kann auf der Grundlage des gegenwärtigen Sach- und Streitstands nicht entschieden werden, ob ein verbliebener Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Schlusszahlung durch eine konkludente (Hilfs-) Aufrechnung des Beklagten mit einem Gegenanspruch gegen die Klägerin auf Zahlung von 229,67 EUR erloschen ist. Die Voraussetzungen eines Anspruchs des Beklagten auf Ersatz der von ihm getragenen Kosten für Bauwasser dem Grunde nach sind gegeben. Gemäß § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 S. 2 VOB/B kann der Beklagte von der Klägerin Erstattung der Kosten für den Verbrauch von Bauwasser verlangen. Streitig ist allerdings die Höhe des Anspruchs. Der Vortrag „Streitig sind die von der Beklagtenseite aufgeführten Verbräuche“ der Klägerin bezieht sich wohl auch auf den Verbrauch von Bauwasser. Aus der von dem Beklagten in Bezug genommenen Verbrauchsaufstellung unter dem 11.01.2022 (B14) lässt sich kein Wasserverbrauch entnehmen. Der Rechtsstreit über den Gegenanspruch ist insofern nicht entscheidungsreif.

97
(ee) Es kann auf der Grundlage des gegenwärtigen Sach- und Streitstands nicht entschieden werden, ob ein verbliebener Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Schlusszahlung durch eine konkludente (Hilfs-) Aufrechnung des Beklagten mit einem Gegenanspruch gegen die Klägerin auf Zahlung von 1.052,25 EUR erloschen ist. Die Voraussetzungen eines Anspruchs des Beklagten auf Ersatz der von ihm getragenen Kosten für Baustrom dem Grunde nach sind gegeben. Gemäß § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 S. 2 VOB/B kann der Beklagte von der Klägerin Erstattung der Kosten für den Verbrauch von Energie verlangen. Streitig ist allerdings die Höhe des Anspruchs. Der Vortrag „Streitig sind die von der Beklagtenseite aufgeführten Verbräuche“ der Klägerin bezieht sich auch auf den Verbrauch von Energie. Der Rechtsstreit über den Gegenanspruch ist insoweit nicht entscheidungsreif.

98
bb) Dem bei interessengerechter Auslegung sekundär auf Erlass eines Zwischenurteils über den Grund des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs und auf Zurückverweisung der Sache an das Landgericht zur Durchführung des Betragsverfahrens gerichteten Prozessantrag der Klägerin ist stattzugeben.

99
(1) Die Voraussetzungen für den Erlass eines Zwischenurteils über den Grund liegen vor.

100
Nach § 304 Abs. 1 ZPO kann das Gericht über den Anspruchsgrund vorab entscheiden, wenn ein grundurteilsfähiger Anspruch nach Grund und Höhe streitig und lediglich der Streit über den Grund entscheidungsreif ist. Dies erfordert, dass grundsätzlich alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind und nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (vgl. BGH, Urteil vom 20.09.2023 – VIII ZR 432/21, Rz. 23).

101
Das ist hier der Fall. Der mit der Klage geltend gemachte, bezifferte Anspruch auf Schlusszahlung ist nach Grund und Betrag streitig. Der Streit über den Anspruchsgrund ist entscheidungsreif, nicht aber der Streit um die Anspruchshöhe. Der Anspruch besteht mit Wahrscheinlichkeit zumindest teilweise. Das ergibt sich bereits unter Zugrundelegung der Berechnung des Beklagten, da bei der Beurteilung sowohl das von dem Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nach §§ 320 Abs. 1, 641 Abs. 3 BGB als auch - aus prozessualen Gründen (vgl. BGH, Urteil vom 12.12.1990 - VIII ZR 355/89) - eine (Hilfs-) Aufrechnung des Beklagten mit Gegenansprüchen außer Betracht bleiben müssen.

102
(2) Die Voraussetzungen einer Zurückverweisung der Sache an das Landgericht zur Durchführung des Betragsverfahrens sind gegeben.

103
Die Zurückverweisung in Abweichung von der in § 538 Abs. 1 ZPO geregelten grundsätzlichen Verpflichtung des Berufungsgerichts, die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache zu entscheiden, kommt gemäß § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO dann in Betracht, wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil die Klage abgewiesen worden ist, es sei denn, dass der Streit über den Betrag des Anspruchs zur Entscheidung reif ist.

104
Das ist hier der Fall. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch ist nach Grund und Betrag streitig. Durch das angefochtene Urteil ist die Klage abgewiesen worden. Der Streit über den Betrag des Anspruchs ist - wie oben begründet - nicht zur Entscheidung reif.

105
(3) Der Senat hält in Ausübung seines Ermessens eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht für geboten. Der Beklagte ist dem hilfsweise gestellten Antrag der Klägerin auf Zurückverweisung nach Hinweis des Senats auf die fehlende Entscheidungsreife des Streits über den Betrag des Anspruchs auf die Schlusszahlung nicht entgegen getreten. Es spricht nichts dafür, dass die Durchführung der bisher unterlassenen Beweiserhebung zu den streitigen Behauptungen der Parteien vor dem Senat prozessökonomischer durchgeführt werden könnte als vor dem Landgericht. Dagegen würde den Parteien im Falle der Verhandlung und Entscheidung durch den Senat gemäß § 538 Abs. 1 ZPO eine Tatsacheninstanz genommen. Auf ein diesen Umstand aufwiegendes Interesse an einer schnelleren endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits durch den Senat haben sich beide Parteien nicht berufen.

106
b) Soweit sich die Berufung der Klägerin dagegen wendet, dass das Landgericht der auf Verurteilung zur Herausgabe der Bürgschaften der Versicherung AG und der Volksbank ... gerichteten Widerklage des Beklagten stattgegeben hat, ist sie begründet. Die Widerklage ist derzeit unbegründet. § 301 Abs. 1 S. 2 ZPO steht einer Entscheidung über die Widerklage durch den Senat nicht entgegen.

107
aa) Fällige Ansprüche des Beklagten gegen die Klägerin auf Rückgabe der Bürgschaften der Versicherung AG und der Volksbank ... bestehen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt.

108
(1) Der Beklagte hat keinen fälligen Anspruch auf Rückgabe der von der Versicherung AG übernommenen Bürgschaft für Vergütungsansprüche der Klägerin aus dem Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport.

109
(a) Ein Anspruch des Beklagten auf Rückgabe der Bürgschaft gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt einer Rechtsgrundlosigkeit der von der Klägerin nach § 850f Abs. 1 S. 1 BGB geforderten Sicherheitsleistung scheidet aus, nachdem der das Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport betreffende „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020 / 19.01.2021, auf dessen Grundlage die Sicherheit gestellt worden ist, nicht gemäß § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig ist. Auf die Frage, ob einem Anspruch des Beklagten aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nach § 817 S. 2 BGB ein Kondiktionsausschluss entgegenstünde, kommt es insofern nicht entscheidend an.

110
(b) Ein Anspruch des Beklagten auf Rückgabe der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls des Sicherungszwecks scheidet derzeit ebenfalls aus. Die nach § 650f Abs. 1 S. 1 BGB gewährte Sicherheit ist zurückzugeben, sobald der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann (BeckOK BauVertrR/Scharfenberg, 28. Ed. 15.02.2025, BGB § 650f Rz. 42). Das ist hier nicht der Fall. Der gesicherte Anspruch der Klägerin auf Vergütung besteht mit Wahrscheinlichkeit zumindest teilweise fort. Das ergibt sich bereits unter Zugrundelegung der Berechnung des Beklagten, da bei der Beurteilung sowohl das von dem Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht nach §§ 320 Abs. 1, 641 Abs. 3 BGB als auch gemäß § 650f Abs. 1 S. 4 BGB die (Hilfs-) Aufrechnung des Beklagten mit Gegenansprüchen außer Betracht bleiben müssen.

111
(2) Der Beklagte hat auch keinen fälligen Anspruch auf Rückgabe der von der Volksbank ... übernommenen Bürgschaft für Vergütungsansprüche der Klägerin aus dem Vorhaben Neubau Schwimmbecken.

112
(a) Ein Anspruch des Beklagten auf Rückgabe der Bürgschaft gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt einer Rechtsgrundlosigkeit der von der Klägerin nach § 850f Abs. 1 S. 1 BGB geforderten Sicherheitsleistung scheidet aus, nachdem der das Vorhaben Neubau Schwimmbecken betreffende „VOB/B-Bauvertrag“ vom 28.12.2020/19.01.2021, auf dessen Grundlage die Sicherheit gestellt worden ist, nicht gemäß § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig ist.

113
(b) Ein Anspruch des Beklagten auf Rückgabe der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls des Sicherungszwecks scheidet derzeit ebenfalls aus. Dass der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann, hat der hierfür darlegungsbelastete Beklagte nicht behauptet. Er hat insbesondere nicht dargelegt, dass er die vereinbarte Pauschalvergütung in Höhe von 47.366,30 EUR netto zuzüglich Umsatzsteuer bereits an die Klägerin gezahlt habe.

114
bb) Die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 301 Abs. 1 S. 1 ZPO ein Teilurteil über die Widerklage ergehen kann, liegen vor.

115
Ein Teilurteil ist zulässig, wenn es über einen aussonderbaren, einer selbständigen Entscheidung zugänglichen Teil des Verfahrensgegenstands ergeht und der Ausspruch über diesen Teil unabhängig von demjenigen über den restlichen Verfahrensgegenstand getroffen werden kann, so dass die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 11.01.2012 – XII ZR 40/10, Rz. 19). Die sonst fehlende Zulässigkeit eines Teilurteils kann durch die Verbindung mit einem Grundurteil geschaffen werden.

116
Danach kann hier im Hinblick auf die gleichzeitige Feststellung des Bestehens des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs der Klägerin gegen den Beklagten auf Schlusszahlung dem Grunde nach ein Teilurteil über die Widerklage ergehen. Die Entscheidung über die Ansprüche des Beklagten auf Rückgabe der Bürgschaften kann unabhängig von der ausstehenden Entscheidung im Betragsverfahren über die Höhe des Anspruchs der Klägerin auf Schlusszahlung aus dem Vorhaben Neubau Lagerhalle mit Carport getroffen werden. Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen besteht insoweit nicht.

117
2. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens ist dem Landgericht vorzubehalten, da der endgültige Umfang des Erfolgs der Berufung der Klägerin erst nach der abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits feststehen wird.

118
3. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO.

119
4. Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Zu den Voraussetzungen, unter denen das Erbringen bzw. Ausführenlassen von Dienst- oder Werkleistungen nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG zu einer Nichtigkeit des darauf gerichteten Dienst- bzw. Werkvertrags führt, werden in der obergerichtlichen Rechtsprechung keine unterschiedlichen Auffassungen vertreten. Wie oben begründet weicht die von dem Senat vertretene Auffassung auch nicht von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Voraussetzungen einer Nichtigkeit eines Dienst- bzw. Werkvertrags nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG (vgl. BGH, Urteil vom 01.08.2013 - VII ZR 6/13; Urteil vom 10.04.2014 - VII ZR 241/13; Urteil vom 11.06.2015 - VII ZR 216/14; Urteil vom 16.03.2017 - VII ZR 197/16) ab.

Permalink

Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie genau dieses Dokument verlinken möchten:
https://www.landesrecht-bw.de/perma?d=NJRE001608479