

---

**Datum:** 14.01.2021  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 U 18/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2021:0114.5U18.20.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Duisburg, 8 O 36/19

---

**Tenor:**

Die Berufung des Klägers und die Anschlussberufung des Beklagten gegen das am 9.1.2020 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 65 % und der Beklagte zu 35 %.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien bleibt vorbehalten, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

**Gründe:**

1

**I.**

2

Der Beklagte führte auf Basis mündlicher Beauftragungen für den Kläger im Objekt A.-Straße in Duisburg umfangreiche Sanierungsarbeiten in den Bereichen Heizung, Sanitär und Elektro aus. Der Kläger leistete Abschlagszahlungen in bar. Es liegen verschiedene Abschlagsrechnungen vor, auf denen eine Barzahlung quittiert ist. Eine komplette Fertigstellung und Abnahme der Arbeiten erfolgte nicht, wobei die Gründe hierfür streitig sind. Im Verlauf des Prozesses hat der Beklagte seine Leistungen schlussabgerechnet, ohne in den Rechnungen die Abschlagszahlungen zu berücksichtigen.

3

Der Kläger beruft sich darauf, die Leistungen des Beklagten wiesen zahlreiche Mängel auf und seien unbrauchbar. Für die Mängelbeseitigung im Bereich „Elektro“ verlangt er einen Betrag in Höhe von 34.700,40 € netto. Für den Bereich „Heizung und Sanitär“ geht der Kläger von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 47.231,10 € netto aus. Zudem verlangt er Erstattung von Gutachterkosten in Höhe von 8.836,30 € und die Erstattung der von ihm geleisteten A-Konto Zahlungen, die er auf 50.000 € beziffert. Im Wege der Widerklage verlangt der Beklagten restlichen Werklohn. Er behauptet, der Kläger habe ihn unter anderem mit einem Messer gedroht, weshalb er die ansonsten mangelfreien Arbeiten lediglich nicht fertiggestellt habe.

Wegen der weiteren Details wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 5

Mit Urteil vom 9.1.2020 hat das Landgericht Duisburg die Klage und die Widerklage abgewiesen. Es hat ausgeführt: Klage und Widerklage seien unbegründet. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Rückzahlung des von ihm auf das Bauvorhaben gezahlten Betrages. Das Gericht sei nach dem gesamten Akteninhalt und der persönlichen Anhörung der Parteien davon überzeugt, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag gemäß § 134 BGB nichtig sei, weil die Absprachen gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstießen. Dies habe der Beklagte in seiner persönlichen Anhörung bestätigt. Dieser habe angegeben, die Baustelle habe „bar“ abgerechnet werden sollen. Von Rechnungen, die Umsatzsteuer hätten enthalten sollen, sei nie die Rede gewesen. Er habe die Rechnungen erst nach der Bedrohung durch den Kläger erstellt. Aus der Akte ließen sich erdrückende Indizien für eine Schwarzgeldabrede, bei der von beiden Parteien gewollt war, dass keine Mehrwertsteuer abgeführt werden sollte, entnehmen. Für eine Schwarzgeldabrede spreche das Fehlen eines schriftlichen Vertrages. Zwar bedürfe ein Werkvertrag nicht der Schriftform. Bei so erheblichen und kostenintensiven Maßnahmen wie hier sei es jedoch äußerst ungewöhnlich, keinen Vertrag unter näherer Bestimmung des Bausolls zu schließen, geschweige denn ein entsprechendes schriftliches Angebot über die Kosten einzuholen. Dabei ergebe sich aus der Anhörung des Klägers, dass der Beklagte ihm zunächst Kosten im Umfang von ca. 50.000 € in Aussicht gestellt hatte und einige Tage später angeben habe, dass es eher 70.000 bis 100.000 € kosten werde. Bei einem solchen Investitionsvolumen sei ein Verzicht auf einen schriftlichen Vertrag äußerst branchenunüblich. Der Kläger sei nicht einmal in der Lage gewesen vorzutragen, womit er den Beklagten eigentlich beauftragt haben will. Sofern der Kläger zum Bausoll auf die Anlagen K 2 - K7 verwiesen habe, ergebe sich hieraus allenfalls, dass die Wohnungen umgebaut werden sollten und sich dies wohl auf die Bereiche Elektro und Sanitär beziehen solle. Im Übrigen ergebe sich aus den Rechnungen nahezu keine Konkretisierung. Zudem beträfen die Rechnungen nur Material und keine Lohnkosten. Auch deshalb sprächen die Rechnungen nicht gegen eine Schwarzgeldabrede. 6

Weiter spreche die vorgenommene Bezahlung für eine Schwarzgeldabrede. Der Kläger habe geschildert, er habe das Geld abgehoben und dann in bar übergeben. Dieser Zahlvorgang erscheine ungewöhnlich. Auch habe der Kläger nicht genau angeben können, wieviel Geld er dem Beklagten gegeben haben wolle. Sofern er sich die Aussage des Beklagten - er habe 50.000 € erhalten - zu Eigen gemacht habe, ergebe sich dieser Betrag jedenfalls nicht aus den ungeordnet zur Akte gereichten Rechnungen und der Aufstellung in Anlage K9. 7

Auch der Beklagte wisse offenbar nicht genau, wieviel Geld er von dem Kläger erhalten habe. Die Angaben schwankten zwischen 23.000 € und 58.000 €. Wie die Parteien bei dieser Sachlage allen Ernstes vereinbart haben wollten, die Umsatzsteuer solle ordnungsgemäß abgeführt werden, sei schlicht abwegig. Auch der Umstand, dass der Kläger dem Beklagten 8

ein Handy geschenkt habe, spreche für eine Schwarzgeldabrede.

Der Vernehmung der Steuerberaterin des Klägers habe es nicht bedurft. Es sei nicht ersichtlich, dass diese bei Vertragsschluss zugegen gewesen sei und Angaben zu den Abrechnungsmodalitäten habe machen können. Das Gericht unterstelle, die Zeugin werde den Inhalt des Schreibens vom 25.3.2019 bestätigen. Dies spreche aber nicht gegen eine bereits früher getroffene Abrede der Parteien. Soweit der Kläger darauf verweise, immer wieder auf die Vorlage von Rechnungen gedrängt zu haben, könne dies nicht nachvollzogen werden. Denn er habe über die gestellten Rechnungen hinaus unstreitig erhebliche Beträge gezahlt. 9

Der geschlossene Vertrag sei nach § 134 BGB nichtig. 10

Ein Anspruch aus Bereicherungsrecht sei gemäß § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Aus der Rechtsprechung des BGH ergebe sich eindeutig, dass § 817 BGB auch für den Besteller einer Werkleistung gelte, der trotz Kenntnis vom Verstoß gegen die steuerrechtlichen Auflagen des Auftragnehmers an diesen Abschlagszahlungen geleistet habe. Aus den vorstehenden Gründen habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Schadensersatz und die Widerklage sei unbegründet. 11

Hiergegen richtet sich der Kläger mit der Berufung, in der er im Wesentlichen seine erstinstanzlichen Ausführungen wiederholt. Das Gericht habe die Beweismittel unzureichend gewürdigt und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie seien sich über ein vorhergehendes Bauprojekt bekannt und vertraut gewesen und hätten deshalb keinen schriftlichen Vertrag geschlossen. Er selbst habe nach dem Motto „ein Mann ein Wort“ einen reibungslosen Bauablauf nebst ordnungsgemäßer Rechnungsstellung erwartet. Er sei kein üblicher Verbraucher. Die Wohnungen im Haus A.-Straße hätten vermietet werden sollen, was auf eine gewerbliche Nutzung schließe lasse. Deshalb sei es in seinem Interesse gewesen, steuerlich absetzbare Rechnungen zu erhalten. 12

Es könne nicht nachvollzogen werden, dass die Rechnungen K 2 - K7 angeblich die Arbeiten nicht konkretisierten. Vielmehr wiesen die Rechnungen jeweils Arbeitsleistungen oder Materialkosten aus. Es könne ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er die Details dem Beklagten überlassen habe in dem Vertrauen darauf, dass der Einbau fachgerecht erfolgen werde und über den Lohn separat abgerechnet werde. Bei fehlender Abrede über den Werklohn greife § 632 BGB. Dass die Rechnungen vom 19.7.2019 nachträglich erstellt worden seien, sei nur vor dem Hintergrund zu verstehen, dass er auf Schlussrechnungen gedrängt habe. Der zeitliche Zusammenhang der Rechnungserstellung mit der Erhebung der Widerklage sei entlarvend. Offensichtlich sei auch der Beklagte nicht von einer „ohne Rechnung“ Abrede ausgegangen, sondern habe sich erheblichen Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt gesehen. Schließlich habe er nach Erhalt des Versäumnisurteils die Vollstreckung betrieben und Anfang Juni 2019 eine Zwangssicherungshypothek auf das Privathaus des Beklagten eintragen lassen. 13

Es bliebe dabei, dass sie sich nur auf allgemeinen Vorgaben für die zu erbringenden Leistungen verständigt hätten. Er sei von einer ortsüblichen Vergütung ausgegangen. Dies genüge für die essentialia negotii. Es sei nicht üblich, Materialkosten vorab zu bezahlen. 14

Auch die Umstände der Zahlungen stellten kein Indiz für eine Schwarzgeldabrede dar. Beide Parteien seien berufstätig gewesen, so dass es nur denklogisch sei, dass sie die Übergabe höherer Beträge nicht im Tagesgeschäft vorgenommen hätten. Es sei schlicht seiner Gutmütigkeit zuzuschreiben, dass er sich keine Notizen darüber gemacht habe, wieviel Geld 15

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| er dem Beklagten gegeben habe. Das Gericht lasse die widersprüchlichen Angaben des Beklagten unbeachtet. Dabei sei es bei den A-Konto-Zahlungen aus dem Geldautomaten nur möglich, glatte Beträge zu entnehmen. Er habe ab Mai 2017 immer wieder auf Rechnungsstellung bestanden. Deshalb sei seine Steuerberaterin auf die Baustelle gekommen. Dass er in seiner mündlichen Anhörung die einzelnen Zahlungen nicht habe wiedergeben können, sei der angespannten Situation und ggf. einer schlechten Prozessvorbereitung geschuldet gewesen, nicht aber ein Beleg für eine Schwarzgeldabrede.                                                                                                         |    |
| Im Hinblick auf den gesamten Verlauf sei es menschlich verständlich, dass er sich im Juni 2017 zu einer Wut-SMS habe hinreißen lassen. Der Beklagte habe entsprechend harsch geantwortet. Es sei eine sachfremde Erwägung, dass ein solcher Umgangston eine Schwarzgeldabrede stütze.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 16 |
| Er wisse, dass die von dem Beklagten erstellte Aufstellung keine ordnungsgemäße Abrechnung sei und habe nur dokumentieren wollen, dass er anstelle einer Rechnung eine buchhalterisch unbrauchbare Aufstellung erhalten habe. Es dränge sich der Verdacht auf, dass sich das Gericht eines langwierigen Bauprozesses durch das Konstrukt der Schwarzgeldabrede habe entledigen wollen. Wenn das Gericht seine Ausführungen im Schriftsatz vom 25.3.2019 als unschlüssig angesehen hätte, hätte es kein Versäumnisurteil erlassen dürfen. Das Gericht lasse zudem außer Betracht, dass der Beklagte nicht von einer Schwarzgeldabrede ausgegangen sei, als er ansonsten keine Widerklage erhoben hätte. | 17 |
| Er beantragt sinngemäß,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 18 |
| unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Duisburg vom 9.1.2020 das Versäumnisurteil vom 3.5.2019 aufrecht zu erhalten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 19 |
| Der Beklagte beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 20 |
| die Berufung zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 21 |
| Der Beklagte trägt vor:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 22 |
| Der Umfang des Auftrags sei nach und nach ausgeweitet worden. Zunächst habe er nur Sanitärarbeiten erbringen sollen. Später seien die Elektroarbeiten hinzugekommen. Einen schriftlichen Vertrag habe es nicht gegeben, auch nicht für die Auftragserweiterungen. Sofern Kosten aufgelistet worden seien, habe dies Materialkosten betroffen. Alle Zahlungen seien bar erbracht worden. Der Kläger habe ihn mit einem Messer bedroht. Es werde bestritten, dass der Kläger ordnungsgemäße Rechnungen verlangt habe. Er habe während der Zeit, in der gearbeitet habe, keine Rechnung mit Ausweis von Umsatzsteuer geschrieben.                                                                         | 23 |
| Zur Anschlussberufung bringt er vor, die von ihm erbrachten Arbeiten seien mangelfrei erbracht und der Werklohn mithin geschuldet. Die Zahlungen hätten nicht einmal ausgereicht, das eingebaute Material zu bezahlen. Angesichts der durch das Strafverfahren erwiesenen Bedrohungen durch den Kläger sei ihm eine Fertigstellung der Arbeiten nicht möglich gewesen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 24 |
| Im Wege der Anschlussberufung beantragt er,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 25 |
| den Kläger zu verurteilen, an ihn 74.902,67 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 26 |
| Der Kläger beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 27 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| die Anschlussberufung zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 28 |
| Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze und Urkunden Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 29 |
| <b>II.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 30 |
| Die Berufung des Klägers und die Anschlussberufung des Beklagten sind jeweils zulässig, aber nicht begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 31 |
| <b>A.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 32 |
| Die Berufung ist nicht begründet. Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend das Versäumnisurteil vom 3.5.2019 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Dem Kläger steht gegen den Beklagten kein Anspruch auf Zahlung von insgesamt 140.767,80 € nebst Zinsen und Nebenforderungen zu.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 33 |
| <b>1.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 34 |
| Entgegen der Ansicht des Klägers ist das Versäumnisurteil nicht bereits deshalb aufrecht zu erhalten, da die Einspruchsbegründung des Beklagten möglicherweise nach §§ 340 Abs. 3 S. 3, 296 Abs. 1 ZPO hätte zurückgewiesen werden müssen. Wenn das Gericht entgegen § 340 Abs. 3 S. 3 ZPO ein verspätetes Vorbringen zulässt, so ist dies unanfechtbar und auch für das Rechtsmittelgericht bindend (vgl. BGH NJW 1981, 928; MüKoZPO/Prütting, 6. Aufl. 2020, ZPO § 340 Rn. 21). Denn die ursprünglich durch eine Zurückweisung erreichbare Beschleunigung und damit der Schutzzweck des § 296 ZPO können endgültig nicht mehr verwirklicht werden (vgl. BGH, NJW 1981, 928, beck-online).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 35 |
| <b>2.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 36 |
| Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Schadensersatz und Rückzahlung bereits geleisteter Anzahlungen ergibt sich nicht aus § 634 Nr. 4, 636, 280, 281 BGB.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 37 |
| Der zwischen den Parteien geschlossene Werkvertrag ist nach § 134 BGB iVm § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Durch das SchwarzArbG soll nicht allein der Steuerhinterziehung begegnet und damit fiskalische Zwecke verfolgt werden; mit der gesetzlichen Regelung soll vielmehr auch die mit der Schwarzarbeit einhergehende Wettbewerbsverzerrung verhindert oder zumindest eingeschränkt werden. Sie dient damit dem Schutz des gesetzestreuen Unternehmers und Arbeitnehmers (BGH, Urteil vom 10.04.2014, VII ZR 241/13, FrIR 2014, 474). Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt (BGH, Urteil vom 16.03.2017, VII ZR 197/16, BauR 2017, 1199). Die Nichtigkeit derartiger Werkverträge beschränkt sich nicht auf den Fall, dass sie von vornherein auf das Leisten von Schwarzarbeit gerichtet sind. Ebenso unwirksam sind sie, wenn ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Vertrag nachträglich geändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird. | 38 |
| <b>a)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 39 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 40 |

Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ist wie jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB von Amts wegen zu berücksichtigen. Einer Berufung einer Partei hierauf bedarf es nicht (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 20.12.2016, 7 U 49/16, BauR 2017, 1039; OLG Düsseldorf, NJW 2020, 1746: „*Schwarzgeldabrede ohne entsprechenden Vortrag*“). Der Beklagte hat zudem in seiner persönlichen Anhörung eine konkludente Absprache dahingehend vorgetragen, wonach das Vorhaben zumindest teilweise „schwarz“ abgerechnet werden sollte. Von Rechnungen mit Umsatzsteuer sei nie die Rede gewesen, die Baustelle habe bar abgerechnet werden solle. Die Rechnungen habe er erst nachträglich erstellt. Zudem geht er davon aus, bereits 50.000 - 58.000 € in bar erhalten zu haben. Da die von dem Kläger vorgelegten Rechnungen sich lediglich auf 36.443,46 € summieren, hat er demnach eine erhebliche Summe ohne Rechnung erhalten. Dabei geht der Beklagte davon aus, bereits Geld für Lohn erhalten zu haben. Dies wird durch die Diskrepanz zwischen den Abschlagsrechnungen, die sich fast ausschließlich auf Material beziehen, und der angeblich erhaltenen Summe gestützt. Aus den mit der Widerklage vorgelegten Rechnungen ergeben sich ebenfalls nur Materialkosten in Höhe von gut 41.250 €.

Aus dem Vortrag des Beklagten folgt ein Verstoß seinerseits gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG. Denn auch für Abschläge und Vorschüsse entsteht die Rechnungslegungs- und Umsatzsteuer-Vorauszahlungspflicht des Unternehmers gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 UStG, § 14 Abs. 5, § 18 UStG (vgl. OLG Schleswig, NJW 2019, 2411 Rn. 11) Sie entsteht spätestens innerhalb des (längstens vierteljährlichen) Voranmeldungszeitraums. Verstößt der Unternehmer hiergegen, so verletzt er seine steuerliche Pflicht iSv § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG (BeckOGK/Kober, 1.10.2020, BGB § 634). Nach seinem Vortrag („sollte bar laufen, von Rechnungen war nicht die Rede“) hat der Kläger hiervon gewusst und war hiermit einverstanden. Wenn ein Auftraggeber im Verlauf eines Vorhabens immer wieder Abschlagszahlungen ohne Rechnungen leistet, dann ist er mit dieser Vorgehensweise konkludent einverstanden. 41

**b)** 42

Das Landgericht hat aufgrund der von ihm aufgezeigten Indizien und nach persönlicher Anhörung der Parteien die Überzeugung gewonnen, dass die zwischen den Parteien getroffenen Absprachen gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstießen. Hiergegen richtet sich die Berufung im Ergebnis ohne Erfolg. 43

Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellung begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern des erstinstanzlichen Gerichts ergeben. Die Beweiswürdigung ist dann verfahrensfehlerhaft, wenn sie den Anforderungen des § 286 ZPO nicht genügt, also dann, wenn sie in sich widersprüchlich oder unvollständig ist, den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwiderläuft oder das Gericht Tatsachenvortrag der Parteien übergangen oder von den Parteien nicht vorgetragene Tatsachen verwertet hat (siehe BGH, Urteil vom 21.06.2016, VI ZR 403/14, juris Rn. 10). Zudem können sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen auch aus der Möglichkeit einer abweichenden Wertung durch das Berufungsgericht ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders 44

würdigt als das Gericht der Vorinstanz (siehe BGH, Urteil vom 21.06.2016, VI ZR 403/14, juris Rn. 11). Nach den vorgelegten Grundsätzen bestehen keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an den landgerichtlichen Feststellungen.

**aa)** 45

Eine Schwarzgeldabrede ist nicht schon deshalb erschüttert, weil der Beklagte im Prozessverlauf Rechnungen über Material und Lohnkosten mit Mehrwertsteuerausweis erstellt hat. Soweit der Unternehmer von seinem Vorhaben, über einen großen Teil seiner Leistungen keine ordnungsgemäße Rechnung auszustellen später abrückt ist, mag er sich unter Berücksichtigung der Gesichtspunkte des schuldbefreienden Rücktritts unter bußgeld- und strafrechtlichen Gesichtspunkten keiner Verfolgung (mehr) ausgesetzt sehen. Diese Grundsätze gelten jedoch nicht für die zivilrechtliche Beurteilung im Hinblick auf eine beidseitige nichtige Vereinbarung (OLG Düsseldorf, NJW 2020, 1746). 46

**bb)** 47

Zutreffend hat das Landgericht das Fehlen eines schriftlichen Vertrags als Indiz für eine „Ohne-Rechnung“ Abrede gewertet. Es handelte sich um einen Auftrag von erheblichem Umfang. Werden Arbeiten erheblichen Umfangs ohne schriftliche vertragliche Grundlage verrichtet, spricht dies für eine Ohne-Rechnung Abrede (vgl. OLG Schleswig Hinweisbeschluss v. 21.9.2018 – 7 U 47/18). 48

Sofern die Berufung darauf abstellt, die Parteien seien aus dem vorherigen Projekt „bekannt und vertraut“ gewesen, erschüttert dies das Indiz nicht. Zum einen ist der Umfang der dortigen Arbeiten nicht bekannt. Weiterhin hat der Kläger in seiner persönlichen Anhörung den Ablauf des vorherigen Projekts nicht als so störungsfrei geschildert, wie es die Schriftsätze nahelegen. So hat er angegeben, bei der B.-Straße habe es einige Probleme gegeben. Der Beklagte habe aber versprochen, die Arbeiten in der A.-Straße anders zu erledigen. Bei einer solchen Vorgeschichte erscheint es noch auffälliger, einen - nach Vortrag des Klägers von Beginn an umfassend erteilten - umfangreichen Auftrag nicht schriftlich zu fixieren. Gegen eine schriftliche Fixierung spricht auch nicht, dass der Kläger dem Beklagten keine konkreten Vorgaben gemacht haben will. Denn ein schriftlicher Auftrag muss nicht aus einem umfassenden Leistungsverzeichnis bestehen. Es ist ebenso möglich, den Leistungsgegenstand pauschal zu fassen. 49

**cc)** 50

Ein gewichtiges Indiz hat das Landgericht zu Recht in den ohne Quittung erfolgten Barzahlungen gesehen. Vorliegend sind sämtliche Zahlungen in bar erfolgt. Lediglich über 36.443,46 € wurden Rechnungen und über 37.443,46 € Quittungen ausgestellt. Beide Parteien gehen allerdings davon aus, dass Zahlungen erfolgten, zu denen es keine Rechnungen und keine Quittungen gibt. So hat der Kläger ausdrücklich bekundet, es fehlten noch viele Rechnungen, auf die „warte“ er noch bis heute. Dabei hat der Kläger die Zahlungen, zu denen es keine Rechnungen gibt, in seiner persönlichen Anhörung zunächst auf mehr als 10.000 € geschätzt (Bl. 147). Geht man von seiner späteren Angabe aus, wonach er insgesamt 58.000 - 60.000 € bezahlt haben will (Bl. 148), so hätte er insgesamt mehr als 20.000 € ohne Rechnung und Quittung erbracht. Hinsichtlich der erbrachten Zahlungen decken sich die persönlichen Angaben des Klägers und des Beklagten sogar weitgehend. Während der Kläger knapp 58.000 - 60.000 € gezahlt haben will, meint der Beklagte, er habe zwischen 55.000 - 58.000 € erhalten. Der Senat erachtet zum Umfang der Zahlungen den mündlichen Vortrag der Beteiligten als zuverlässiger, als den schriftsätzlichen. 51

Der schriftsätzliche Vortrag des Beklagten setzt sich nicht einmal damit auseinander, dass Quittungen über die Zahlung von 37.443,46 € vorliegen, sondern geht ohne Erklärung von erheblich geringeren Abschlagszahlungen aus.

Da zumindest eine Zahlung von 55.000 € unstreitig ist, hat der Kläger ca. 19.000 € ohne Rechnung und ohne Quittung gezahlt. Über diese die Rechnungsbeträge übersteigenden Zahlungen wurden - mit Ausnahme von 1.000 € - keine Quittungen erstellt. Eine plausible Erklärung, weshalb der angeblich auf eine korrekte Buchhaltung bedachte Kläger erhebliche Zahlungen ohne Quittung geleistet haben will, fehlt. Zwar hat der Kläger darauf verwiesen, er habe mehrfach um eine entsprechende Rechnung gebeten und der Beklagte habe ihn mit Computerproblemen vertröstet. Eine Quittung hätte allerdings handschriftlich oder durch den Kläger selbst gefertigt und dann von dem Beklagten unterzeichnet werden können. Wäre der Vortrag des Klägers zu den Zahlungen zutreffend, wäre es auch naheliegend, dass er anhand seiner Kontobewegungen den Umfang der Zahlungen grob nachzeichnen könnte, was er nicht tut. 52

Eine plausible Erklärung für sämtliche Barzahlungen liegt nicht darin, dass Konto des Beklagten bei seinem Lieferanten gesperrt war und er Material bar bezahlen musste (s. auch Bl. 44 der Beiakte). Dies erklärt weder, weshalb auch über die Materialkosten hinaus Barzahlungen gefordert/geleistet wurden noch, weshalb der Kläger keine Quittungen oder Rechnungen des Materiallieferanten hat. 53

Auch wenn der Beklagte in Aussicht gestellt haben sollte, ohne den Erhalt von Abschlagszahlungen werde er die Leistungen einstellen, erklärt dies nicht das Fehlen von Quittungen. Die in weitem Umfang fehlenden Quittungen lassen sich auch nicht plausibel mit einem großen Vertrauen des Klägers in den Beklagten begründen. Der Kläger hat ausgeführt, der Beklagte habe sich als äußerst unzuverlässig erwiesen und Material- und Geldprobleme gehabt. Dies sind keine Umstände, in denen ein Unternehmer rein aus Vertrauen oder aus Angst vor einem Baustopp ohne Quittung und Rechnungen fortlaufend erhebliche Summen zahlt. 54

**dd)** 55

Sofern der Kläger darauf verweist, er habe das Geld bei der Sparkasse abgehoben und dem Beklagten übergeben - womit er wohl den Verdacht der Verwendung von Schwarzgeld ausräumen will - steht dies nicht fest. Kontoauszüge, die etwaige Abhebungen belegen könnten, hat der Kläger nicht vorgelegt. Der Beklagte hat bestritten, das Geld „aus dem Automaten“ erhalten zu haben. Vielmehr erfolgten nach seinen Angaben die Geldübergaben im Café des Klägers. 56

**ee)** 57

Auch der Umstand, dass die „Schlussrechnungen“ erst verzögert (Kündigung war bereits im August 2018 erfolgt) bzw. unter dem Druck des Verfahrens entstanden sind, spricht für einen Verstoß gegen das SchwarzArbG (so auch OLG Schleswig Hinweisbeschluss v. 21.9.2018 – 7 U 47/18, BeckRS 2018, 48097). 58

**ff)** 59

Sofern der Kläger in der Berufung auf sein Interesse an ordnungsgemäßen Rechnungen verweist, ist dies nicht plausibel dargelegt. Ein Interesse an einer ordnungsgemäßen Rechnung könnte bestehen, wenn der Kläger zum Vorsteuerabzug berechtigt wäre. Hier ist 60

aber nicht erkennbar, dass er eine steuerpflichtige Vermietung anstrebte. Üblicherweise unterfällt die Vermietung von Wohnraum nicht der Umsatzsteuer. Zudem handelte es sich bei dem Objekt um ein von dem Kläger auch privat genutztes Gebäude. Bei gemischt genutzten Gebäuden wäre eine steuerpflichtige Vermietungsabsicht für den Vorsteuerabzug alleine nicht ausreichend. Bei einem gemischtgenutzten Gebäude steht es dem Steuerpflichtigen frei, das Gebäude in vollem Umfang seinem nichtunternehmerischen Bereich zuzuordnen und damit dem Mehrwertsteuersystem zu entziehen; in diesem Fall scheidet ein Vorsteuerabzug aus (vgl. BFH; MwStR 2013, 51). Dass das Gebäude bei Bezug der Werkleistung bereits dem Unternehmen zugeordnet und damit Gegenstand des Mehrwertsteuersystems war (vgl. BGH; MwStR 2013, 51 Rn. 56) ist nicht ersichtlich.

**gg)** 61

Die Beweiswürdigung des Landgerichts wird nicht dadurch erschüttert, dass der Beklagte eine Widerklage erhoben hat, die bei Nichtigkeit des Vertrages unbegründet ist. Die Erhebung der Widerklage mag auf einer (unzutreffenden) rechtlichen Wertung beruhen oder prozesstaktisch begründet sein. 62

**hh)** 63

Auffällig ist auch der Umstand des „geschenkten“ Mobiltelefons, der zudem unterschiedlich begründet wurde. Sofern der Kläger darauf verweist, dies sei aus „Dankbarkeit“ geschehen, ist nicht ersichtlich, welche Umstände diese Dankbarkeit hätten auslösen können. So war das Verhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten nach den mündlichen Angaben des Klägers schon im Januar 2017 nicht so freundschaftlich und vertraut, wie es die Berufung darstellen will. Im Strafverfahren hat der Kläger die Überlassung des Mobiltelefons zudem mit der schlechten Erreichbarkeit des Beklagten begründet (Bl. 71 BA). Ob der unangemessene Umgangston des Klägers ein Indiz für eine Schwarzgeldabrede ist oder nicht kann angesichts der Vielzahl der sonstigen Indizien dahinstehen. 64

**gg)** 65

Es liegt kein Verfahrensfehler darin, dass das Landgericht die Zeugin C. nicht vernommen hat. Grundsätzlich darf das Ergebnis eines angebotenen Zeugenbeweises nicht vorweggenommen werden. Hier bezieht sich der Beweisantritt allerdings lediglich auf ein Indiz, nämlich Behauptung, der Kläger habe im Verlauf der Arbeiten von dem Beklagten Rechnungen gefordert. Der Kläger hat seinen Vortrag dazu, was die Zeugin C. bekunden könne, auf den Inhalt ihrer schriftlichen Erklärung vom 25.3.2019 konkretisiert, auf die er sich auch in der Berufung bezieht. Bei einer Indiztatsache ist der Richter freier gestellt als bei sonstigen Beweisanträgen. Er darf und muss vor der Beweiserhebung prüfen, ob der Indizienbeweis schlüssig ist, ob also die Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würde. Führt diese Prüfung zu dem Ergebnis, dass der Nachweis der in Rede stehenden Hilfstatsachen an der Überzeugungsbildung nichts ändern würde, darf ein Beweisantrag, der eine Hilfstatsache betrifft, abgelehnt werden (vgl. BGH; MDR 2013, 729). Vorliegend hat das Landgericht ausgeführt, dass auch die von dem Kläger behauptete Indiztatsache seine Überzeugung der Schwarzarbeitsabrede nicht erschüttern würde. 66

Hiergegen bestehen angesichts der von dem Landgericht – und dem Senat – vorgenommenen Gesamtwürdigung keine Bedenken. Ein Drängen auf Rechnungen spricht nicht gegen die Überzeugung, dass ein Teil (der Lohnanteil) ohne Rechnung bezahlt werden sollte. Ein so umfassender Umbau, wie ihn der Beklagte vornehmen sollte, wäre aufgrund 67

des Entdeckungsrisikos auch schwierig komplett „schwarz“ zu gestalten gewesen. Die Zeugin C. will den Beklagten zudem erst im November oder Dezember 2017 getroffen haben. Zu diesem Zeitpunkt arbeitete der Beklagte bereits seit fast einem Jahr auf der Baustelle. Selbst wenn hier oder später seitens der Zeugin und/oder des Klägers Rechnungen gefordert worden wären, vermag dies die Überzeugung des Senates und des Landgerichts, dass zuvor konkludent Einigkeit über eine teilweise Vergütung ohne Rechnungen bestand, nicht zu erschüttern. Weiterhin bezieht sich die Äußerung der Zeugin vorrangig auf das Verlangen, eine gestellte Rechnung zu korrigieren. Sofern die Zeugin den Kläger im Jahr 2018 auf die Notwendigkeit von Rechnungen hingewiesen haben will, hat dies keinen Beweiswert dafür, was der Kläger mit dem Beklagten besprochen hat. Auch die Auflistung K9 spricht dagegen, dass der Kläger von Beginn an auf ordnungsgemäß Rechnungen wert gelegt hätte. Denn in so einer Situation hätte der Beklagte keinen Anlass für eine solche Aufstellung gehabt. Bei einer Gesamtwürdigung war auch zu sehen, dass der Kläger sein Begehren nach Rechnungen nie schriftlich niedergelegt hat, wohingegen er dem Beklagten zahlreiche Textnachrichten schrieb und schriftlich eine Abnahme verlangte.

**3.** 68

Mangels Wirksamkeit des Werkvertrages kann der Kläger auch die verauslagten Gutachterkosten sowie die geltend gemachten Nebenforderungen (Zinsen und Rechtsanwaltskosten) nicht ersetzt verlangen. 69

**4.** 70

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen. Ein etwaiger Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist nach § 817 BGB aufgrund des Verstoßes gegen das SchwarzArbG ausgeschlossen. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts unter Ziffer I.2.c) des Urteiles Bezug genommen. 71

**B.** 72

Da kein wirksamer Werkvertrag besteht, hat der Beklagte auch keinen Anspruch auf den mit der Widerklage verlangten, weitergehenden Werklohn. 73

**III.** 74

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision musste nicht zugelassen werden, da es sich um eine Frage der Beweiswürdigung im Einzelfall handelt. 75

Der Streitwert für die Berufungsinstanz beträgt 220.667,47 € (Berufung des Klägers: 145.767,80 €, Anschlussberufung: 74.902,67 €). 76