

---

**Datum:** 18.10.2017  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 12. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 12 U 115/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2017:1018.12U115.16.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Siegen, 5 O 52/10  
**Schlagworte:** Architektenvertrag, Ohne-Rechnung-Abrede, Nichtigkeit  
**Normen:** BGB §§ 134, 139, SchwarzArbG § 1 Abs. 2 Nr. 2

**Leitsätze:**

Die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB, § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG hinsichtlich eines Architektenvertrages tritt auch ein, wenn die Vertragsparteien erst nachträglich und in Bezug auf einen Teil des Architektenhonorars eine "Ohne-Rechnung-Abrede" treffen. Die Nichtigkeit des Architektenvertrages führt dazu, dass Mängelansprüche des Auftraggebers ausgeschlossen sind.

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 21.07.2016 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Siegen wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung des Beklagten abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---


1

## Gründe:

A.

2

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten Schadensersatz wegen angeblich fehlerhafter Architektenleistung.

3

Die Klägerin beauftragte den Beklagten mündlich mit Architektenleistungen der Leistungsphasen 1 bis 7 der HOAI für die Instandsetzung eines Wohnhauses in I. Streitig ist, ob der Vertrag mit dem Beklagten persönlich geschlossen wurde oder mit der T Architekten Partnerschaftsgesellschaft, deren Partner der Beklagte ist. Die Klägerin beauftragte zudem den Zeugen M mit der Durchführung von Elektroarbeiten sowie mit der Anwesenheit auf der Baustelle während der Umbauarbeiten. Der genaue Auftragsumfang des Zeugen M ist streitig. Das instand zusetzende Gebäude besteht aus einem Altbau mit Keller aus dem Jahr 1890 und einem Neubau ohne Keller etwa aus dem Jahr 1990.

4

In der Folge wurden von Mitte März bis August 2006 Arbeiten an dem Gebäude durchgeführt. Da die Klägerin Mängel vermutete, beauftragte sie die Architektin M, die das Haus besichtigte, die ihr vorgelegten Unterlagen begutachtete und von der Klägerin hierfür 3.740,00 € erhielt. Zudem beauftragte die Klägerin den Sachverständigen F mit der Begutachtung der Arbeiten. Dieser stellte in seinem Gutachten Mängel fest und seine Tätigkeit mit 5.133,58 € in Rechnung. Die zur Erstellung des Gutachtens erforderliche Herstellung von Kopflöchern wurden der Klägerin mit 673,54 € berechnet.

5

Mit der Klage begehrt die Klägerin im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der ihr entstandenen Kosten sowie behaupteter Mängelbeseitigungskosten, hilfsweise Kostenvorschuss sowie die Feststellung der weiteren Schadensersatzverpflichtung des Beklagten.

6

Die Klägerin hat behauptet, den Beklagten persönlich und nicht die Firma T beauftragt zu haben. Die Beauftragung habe auch die Leistungsphase 8 umfasst. Der Beklagte habe die gesamte Instandsetzung des Gebäudes planen und überwachen sollen. Ihm sei die Bauleitung und Bauüberwachung übertragen worden. Der Zeuge M habe auf der Baustelle lediglich als Hilfsperson des Beklagten tätig werden sollen. Er habe keine bauleitende oder bauüberwachende Tätigkeit ausgeübt. Die Klägerin habe dem Beklagten bereits vor Stellung der Schlussrechnung einen Betrag von 5.000,00 € in bar und ohne Rechnung bezahlt. Der Betrag sei nicht in die Schlussrechnung aufgenommen worden. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, ein Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit liege darin nicht, da sie keine Kenntnis gehabt habe, wie der Beklagte mit dem zusätzlichen Entgelt von 5.000,00 € umgehen würde. Aufgrund von Planungsfehlern des Beklagten sei es zu verschiedenen Mängeln an dem Gebäude gekommen, zu deren Beseitigung Kosten von insgesamt 83.037,72 € entstünden.

7

Der Beklagte hat behauptet, lediglich mit den Leistungsphasen 1 bis 7 beauftragt worden zu sein. Mit der Bauüberwachung und Bauleitung sei der Zeuge M beauftragt gewesen. Wegen der Entfernung zwischen T und I habe der Beklagte eine Bauüberwachung und Bauleitung gar nicht leisten können. Die von der Klägerin beauftragte Instandsetzung sei auch auf ein Minimum begrenzt worden. Eine Komplettsanierung sei nicht beauftragt worden. Eine

8

Sanierung gegen Feuchtigkeit sei gerade nicht vom Auftragsumfang erfasst gewesen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens und Vernehmung von Zeugen. Sodann hat es im Einverständnis der Parteien im schriftlichen Verfahren entschieden und die Klage abgewiesen.

9

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Schadensersatz. Der zwischen den Parteien geschlossene Architektenvertrag sei wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig. Der Beklagte habe Schwarzarbeit geleistet, indem er für den mündlich vereinbarten Werklohn in Höhe von weiteren 5.000,00 € keine Umsatzsteuer verlangt und abgeführt habe. Dies habe die Klägerin erkannt und bewusst zu ihrem Vorteil ausgenutzt, indem sie mit dem Beklagten ein zusätzliches Entgelt vereinbart habe, das nicht in der Schlussrechnung habe enthalten sein sollen und dementsprechend auch keinen Umsatzsteueranteil beinhaltet habe. Der Klägerin sei ersichtlich bewusst gewesen, dass die vereinbarte weitere Vergütung als Schwarzgeld habe fließen sollen und es sich bei diesem Betrag um die zwischen den Parteien getroffene Zahlungsmodalität gehandelt habe. Dies sei ausreichend, um einen Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG anzunehmen.

10

An dieser Beurteilung ändere sich nichts dadurch, dass die getroffenen „Ohne-Rechnungs-Abrede“ nur einen Teil des vereinbarten Werklohns betroffen habe. Auch eine nur teilweise vorhandene Schwarzgeldabrede führe zur vollständigen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Etwas anderes könne nur gelten, wenn sich der vereinbarte Teilwerklohn einer konkreten Teilleistung zuordnen lasse. Zwar hätten sich die 5.000,00 € auf die bauüberwachende Tätigkeit beziehen sollen. Dieser Teil lasse sich indes nicht von den übrigen Arbeiten des Beklagten trennen. Es handele sich um einen einheitlich geschlossenen Architektenvertrag, bei dem lediglich der genaue Umfang der Arbeiten streitig sei. Dies gelte umso mehr, als in der Schlussrechnung keine Aufteilung der zu vergütenden Arbeiten erfolgt sei. Auch der Umstand einer nachträglichen „Ohne-Rechnung-Abrede“ ändere nichts an der Nichtigkeit. Durch diese Vereinbarung sei die Vergütung um einen erheblichen Anteil verändert worden. Dadurch werde der gesamte Vertrag in seinem Wesen an die vereinbarten Konditionen angepasst. Eine andere Beurteilung würde der Intention des Gesetzgebers zuwider laufen, die Schwarzarbeit effektiv zu bekämpfen.

11

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge weiter. Das Landgericht habe die Klage zu Unrecht wegen eines Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz zurückgewiesen. Die Klägerin habe ihren Vortrag bereits erstinstanzlich dahingehend präzisiert, dass der Beklagte ursprünglich lediglich mit Planungsleistungen beauftragt worden sei, im Rahmen des Baugeschehens dann aber auch eine Beauftragung mit Bauüberwachungsleistungen erfolgt sei. Es habe sich um eine Erweiterung des Architektenvertrages gehandelt. Aus diesem Grund habe der Beklagte von der Klägerin ein zusätzliches Honorar verlangt und habe die Klägerin an den Beklagten 5.000,00 € gezahlt. Es entziehe sich der Kenntnis der Klägerin, wie der Beklagte hiermit steuerlich umgegangen sei. Diese gehe aber bis heute von einer ordnungsgemäßen Verbuchung aus. Für eine andere Sachbehandlung und einen vorsätzlichen Verstoß gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz habe die Klägerin keine Anhaltspunkte gehabt. Sie habe einen eventuellen Verstoß des Beklagten nicht zum eigenen Vorteil ausgenutzt. Ein Vorteil der Klägerin sei nicht erkennbar. Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz setze in seiner Fassung vom 23.07.2014 die Verabredung zur Steuerhinterziehung voraus. Eine solche habe es nicht gegeben. Es sei zu berücksichtigen, dass sich die Vorgänge in den Jahren 2006/2007 abgespielt hätten. Zu diesem Zeitpunkt habe es zwar das

12

Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, nicht aber die dazu entwickelte Rechtsprechung der Obergerichte gegeben. Die Verschärfung der Rechtsprechung könne der Klägerin nicht angelastet werden.

Allenfalls wäre von einer Teilnichtigkeit des Vertrages auszugehen. Die Zahlung der 5.000,00 € sei ausschließlich wegen der zusätzlichen Beauftragung der Bauüberwachung erfolgt. Dies stelle entgegen der Auffassung des Landgerichts eine klar abgrenzbare Teilleistung dar. Die Voraussetzungen für eine Gesamtnichtigkeit lägen nicht vor. Das Rechtsgeschäft wäre auch ohne den teilnichtigen Teil vorgenommen worden. 13

Die Klägerin beantragt, 14

das Urteil des Landgerichts Siegen vom 21.07.2016 aufzuheben und 15

1. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 74.795,08 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 92.795,76 € seit dem 17.08.2009 sowie auf 1.999,32 € seit 09.07.2010 zu zahlen; 16

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin denjenigen Schaden zu ersetzen, der der Klägerin durch die Architektentätigkeit des Beklagten für die Baumaßnahme am Haus der Klägerin G-Straße, ##### I, entstanden ist und der den Betrag von 92.795,76 € übersteigt. 17

Der Beklagte beantragt, 18

die Berufung zurückzuweisen. 19

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Honorarmehrforderungen seitens des Beklagten habe es nicht gegeben. Anlass der unstreitigen Zahlung über 5.000,00 € sei die Feststellung des Beklagten gewesen, dass die ausführenden Unternehmen nur einen Teil der erbrachten Leistungen zur Abrechnung bringen würden oder gebracht hätten. Die Klägerin habe Barzahlungen ohne Rechnungsstellung und Mehrwertsteuer geleistet. Die von dem Beklagten bearbeiteten Gewerke hätten mit Rechnungsbeträgen in einer Gesamthöhe von 101.230,83 € abgeschlossen. Hinzu sei ein Betrag von etwa 80.000,00 € gekommen, den die Klägerin nach eigenen Angaben „unter der Hand“ gezahlt habe. Auch an den Zeugen M habe die Klägerin Schwarzgeldzahlungen geleistet. Es habe im August 2006 Gespräche im Büro des Beklagten in Siegen darüber gegeben, dass der Beklagte diese Beträge nicht in seine anrechenbaren Kosten einfließen lassen solle. Nachdem eine entsprechende Einigkeit erzielt worden sei, habe die Klägerin die 5.000,00 € gezahlt. 20

**B.** 21

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. 22

**I.** 23

Der Klägerin steht weder der vorrangig geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 634 Nr. 4 BGB noch der hilfsweise geltend gemachte Vorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB zu. 24

1. 25

26

Dabei ist es nicht streitentscheidend, ob die Klägerin den Beklagten oder die T Architekten Partnerschaftsgesellschaft mit den Architektenleistungen beauftragt hat. Auch bei einem Vertragsverhältnis mit der Partnerschaftsgesellschaft würde der Beklagte über § 8 Abs. 1 und 2 PartGG für berufliche Fehler persönlich haften. Gemäß § 8 Abs. 1 PartGG haften die Partner einer Partnerschaftsgesellschaft persönlich als Gesamtschuldner neben dem Vermögen der Partnerschaft. Zwar gilt dies gemäß § 8 Abs. 2 PartGG im Zusammenhang mit beruflichen Fehlern nur für die mit der Bearbeitung eines Auftrags befassten Partner. Vorliegend war dies aber von den Partnern der T + Partner Architekten unstreitig allein der Beklagte.

**2.** 27

Es kann auch dahinstehen bleiben, ob die Klägerin den konkreten Leistungsinhalt des unstreitig abgeschlossenen Architektenvertrages hinreichend substantiiert dargelegt hat. Jedenfalls war der geschlossene Architektenvertrag – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – wegen eines Verstoßes gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit gemäß § 134 BGB nichtig. Die Parteien haben durch die unstreitige Barzahlung über 5.000,00 € gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen. 28

§ 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 steuerlichen Pflichten nicht erfüllt, die sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergeben. 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. Insbesondere reicht eine solche Beteiligung des Bestellers in den Fällen aus, in denen der Unternehmer seine Pflicht zur Erteilung einer Rechnung verletzt und der Besteller dies bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt. Denn der Gesetzgeber hat zusammen mit der Neufassung des Gesetzes gegen Schwarzarbeit zugleich das Umsatzsteuergesetz geändert, um die Pflichten zur Rechnungserteilung und -aufbewahrung zu erweitern und umfassender zu sanktionieren. Er hat hierfür gerade deshalb eine Notwendigkeit gesehen, weil nur so das Ziel, die Form der Schwarzarbeit in Gestalt von "Ohne-Rechnung-Geschäften" wirkungsvoll zu bekämpfen, erreicht werden könne. Ziel war es, die "Ohne-Rechnung-Geschäfte" zu verhindern. Adressat war dabei ausdrücklich auch der Besteller. Dem entspricht es, die Nichtigkeitsfolge schon dann eintreten zu lassen, wenn der Besteller von den entsprechenden Verstößen des Unternehmers weiß und sie bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt. Auch derjenige "leistet" nach § 1 Abs. 2 SchwarzArbG Schwarzarbeit, der Dienst- oder Werkleistungen "ausführen lässt" und dabei in den Nummern § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 SchwarzArbG normierte qualifizierte Merkmale erfüllt. Im Falle der Entlohnung eines selbständigen Handwerkers durch den Besteller ohne Rechnungsstellung liegt in objektiver Hinsicht regelmäßig ein Verstoß des Unternehmers gegen die Erklärungs- und Anmeldepflichten gemäß § 25 Abs. 3 EStG und § 18 Abs. 1, Abs. 3 UStG sowie gegen die Rechnungsstellungspflicht gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG vor. Der Gesetzgeber hat den Tatbestand der Verletzung steuerlicher Pflichten ausdrücklich zur Beschreibung einer Form der Schwarzarbeit eingeführt, weil diese in Zusammenhang mit Schwarzarbeit regelmäßig in der Absicht verletzt werden, Steuern zu hinterziehen. Mit der Regelung wurde bewusst auch der Auftraggeber erfasst, der die Schwarzarbeit erst ermöglicht oder unterstützt, da ohne ihn die Schwarzarbeit gar nicht vorkommen würde. Auch dieser Tatbestand stellt ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar. (vgl. BGH, NJW 2013, S. 3167 ff. Rn. 13, 19 f., 23 ff.) 29

**a)** 30

Der Beklagte hat danach verbotene Schwarzarbeit im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG geleistet, indem er unstreitig von dem Architektenhonorar 5.000,00 € in bar und ohne Rechnungsstellung verlangt und entgegengenommen hat. Dass die Klägerin dies erkannt und bewusst zu ihrem eigenen Vorteil ausgenutzt hat, ergibt sich bereits aus ihrem erstinstanzlichen Vorbringen, dass der Beklagte auf die Nichtauskömmlichkeit des offiziell in Rechnung gestellten Betrages hingewiesen habe. Damit war der Klägerin bekannt, dass der Beklagte zwischen dem in Rechnung gestellten Honorar und dem weitergehend geforderten Betrag differenzierte. Beiden Parteien war mithin bewusst, dass für den in bar gezahlten Betrag Umsatzsteuer nicht entrichtet werden sollte. Ein anderer Zweck für die Aufteilung der Zahlung in einen Teilbetrag, der bar übergeben wurde und für den offenbar bis heute keine Rechnung erstellt worden ist, und den „offiziell“ in Rechnung gestellten Beträgen, die überweisen wurden, ist nicht zu erkennen. Dies ist ausreichend, um einen zur Nichtigkeit des Vertrags führenden Verstoß gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG anzunehmen. (vgl. BGH, NJW 2013, S. 3167 ff. Rn. 23 ff.; OLG Stuttgart, NJW 2016, S. 1394 ff. Rn. 45; zitiert jeweils nach juris.de)

31

Es kommt insoweit nicht darauf an, ob die obergerichtliche Rechtsprechung zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit erst nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt ergangen ist. Diese Rechtsprechung knüpft an die Regelungen des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit an, die auch im hier maßgeblichen Zeitraum Geltung hatten.

32

**b)**

33

Der Umstand, dass die Parteien zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses noch keine „Ohne-Rechnung-Abrede“ getroffen und damit zunächst einen wirksamen Vertrag abgeschlossen hatten, führt zu keiner anderen Bewertung. Die nachträgliche Abrede, einen Teilbetrag ohne Rechnung zu zahlen, hat den ursprünglich wirksamen Architektenvertrag umgestaltet mit dem Inhalt, den er durch die teilweise „Ohne-Rechnung-Abrede“ gefunden hat. Eine isolierte Betrachtung der „Ohne-Rechnung-Abrede“ berücksichtigte nicht hinreichend den verfolgten Zweck, den ursprünglich geschlossenen Vertrag an die neu vereinbarten Konditionen anzupassen und damit abzuändern (vgl. OLG Stuttgart, NJW 2016, S. 1394 ff. Rn. 45; zitiert nach juris.de). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Parteien nach dem klägerischen Vortrag die „besondere Vergütungsregelung“ nicht im Zusammenhang mit der bereits Ende Januar 2006 erfolgten Vereinbarung der Bauleitung und Bauüberwachung durch den Beklagten geschlossen haben, sondern erst im Juni 2006.

34

Darüber hinaus würde ein Verständnis, das die Nichtigkeit auf die nachträgliche Abrede begrenzt, der ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufen, die Form der Schwarzarbeit in Gestalt von „Ohne-Rechnung-Geschäften“ wirkungsvoll zu bekämpfen. Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit will nicht nur den tatsächlichen Vorgang der Schwarzarbeit eindämmen, sondern im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung nehmen. Wer das im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz enthaltene Verbot bewusst missachtet, soll nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen. Mit diesem Schutzzweck des Gesetzes wäre es gerade nicht vereinbar, die nachträgliche „Ohne-Rechnung-Abrede“, die das vertragliche Synallagma insgesamt umgestalten soll, isoliert zu betrachten und der vom Gesetzgeber missbilligten Vorgehensweise der Vertragsparteien nur deswegen Wirksamkeit zuzusprechen, weil der Abschluss des Architekten- oder Werkvertrags und die „Ohne-Rechnung-Abrede“ zeitlich auseinanderfallen, die Vertragsparteien sich also erst zu einem späteren Zeitpunkt bewusst

35

für die Illegalität entscheiden. Eine solche einschränkende Anwendung der Nichtigkeitsfolge würde den Vertragspartnern die Möglichkeit eröffnen, erst nach Vertragsschluss eine Schwarzgeldabrede zu treffen und dadurch den Werkvertrag zu „retten“. Nicht allein die Gefahr der bewussten Umgehung der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB durch die nachträgliche Schwarzgeldabrede, sondern die Erfahrung, dass solche Vereinbarungen in der Praxis tatsächlich oft erst nach dem eigentlichen Vertragsschluss getroffen werden, führt zu der Notwendigkeit, die Nichtigkeitsfolge aus dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz auch in diesen Fällen eintreten zu lassen.

**c)** 36

Der Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit führt zu einer Gesamtnichtigkeit des Architektenvertrages. Bei dem von den Parteien geschlossenen Architektenvertrag handelt es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft. Dem steht nicht entgegen, dass der Vertrag nach dem Vortrag der Klägerin erst nachträglich um die Bauüberwachung erweitert worden sein soll. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass entgegen der Regelwirkung des § 139 BGB nur eine Teil-Nichtigkeit – beschränkt auf die Vereinbarung der Bauüberwachung durch den Beklagten - eingetreten ist. 37

**(1)** 38

Die Klägerin hat bereits nicht hinreichend dargelegt, dass die Zahlung der 5.000,00 € auf abgrenzbare Einzelleistungen des Beklagten erfolgt ist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass nach dem eigenen Vortrag der Klägerin die Zahlung nicht im zeitlichen Zusammenhang mit der Vertragserweiterung erfolgt sein soll, sondern Monate später. 39

**(2)** 40

Dies kann jedoch dahinstehen, da die Klägerin eine zusätzliche Beauftragung der Bauüberwachung, auf die sich die Barzahlung von 5.000,00 € als abgrenzbare Einzelleistungen bezogen haben soll, nicht bewiesen hat. Das negative Beweisergebnis geht zu Lasten der Klägerin, die sich auf die Teilunwirksamkeit als Abweichung von der Regel des § 139 BGB berufen hat. 41

Die erstinstanzlich zu diesem Thema durchgeführte Beweisaufnahme war nach den protokollierten Aussagen der vernommenen Zeugen nicht positiv beweisergiebig. Der Aussage des Zeugen M ist lediglich zu entnehmen, dass er seine eigene Funktion als Koordinator für die einzelnen Werke gesehen hat, nicht aber als bauüberwachenden Bauleiter für den Beklagten. Dass der Zeuge die Ausführung des Objekts auf Übereinstimmung mit den Leistungsbeschreibungen und den anerkannten Regeln der Technik überprüfen sollte, lässt sich seinen Angaben gerade nicht entnehmen. Vielmehr soll es darum gegangen sein, dass jemand „vor Ort ein Auge auf die Baustelle hat und die Handwerker einweist“. Eine von ihm durchzuführende Überwachung oder Kontrolle der Arbeiten hat der Zeuge gerade nicht bestätigt. Auch in den Gesprächen mit dem Beklagten soll es um die erledigten Arbeiten bzw. die nächsten Schritte gegangen sein. Zwar hat der Zeuge Besuche des Beklagten auf der Baustelle bekundet, nicht aber, dass diese der Bauüberwachung und Bauleitung dienen. Auch die Zeugen S und T2 haben die Übernahme einer Bauüberwachung durch den Beklagten oder den Zeugen M nicht bestätigt. Zwar haben sie das Verhältnis zwischen dem Beklagten und dem Zeugen M so beschrieben, dass der Beklagte die Oberaufsicht haben sollte bzw. die „Nummer 1“ gewesen sei. Der Zeuge T2 hat dies aber ausdrücklich auf die gemeinsame Koordinierung bezogen. Der Zeuge S hat zwar von einer umfangreichen Kommunikation zwischen dem Beklagten und dem Zeugen M berichtet. Inhaltlich hat er aber 42



