

Keine Gewährleistung ohne Rechnung?

In der Praxis kommt es dem Vernehmen nach recht häufig vor, dass die Parteien eines Werkvertrages eine sogenannte Schwarzgeldabrede treffen. Durch die „Steuerersparnisse“ können dabei vom Werkunternehmer (bei gleichen oder sogar höheren Gewinnen) geringere Entgelte verlangt werden. Dieser Beitrag nimmt eine aktuelle und in Deutschland viel beachtete Entscheidung des BGH¹ zum Anlass, am Beispiel der gesetzlichen Gewährleistung die zivilrechtlichen Konsequenzen von Schwarzgeldabreden zu beleuchten.

Deskriptoren: Schwarzgeldabrede, Ohne-Rechnung-Abrede, Pfusch, Schwarzarbeit, Gewährleistung, Nichtigkeit, Gesamtnichtigkeit, Teilnichtigkeit, Verbotsgesetz, Abgabenhinterziehung; §§ 877, 879 Abs 1, 922 ff, 1174, 1295, 1313a, 1426 ABGB, §§ 1, 11, 12, 16, 19, 21 UStG, § 2 EStG, §§ 119 f BAO, §§ 11, 33, 51 FinStrG, §§ 134, 138, 139, 242, 817 BGB, § 1 dSchwarzArbG.

Von Alexander Schopper und Florian Skarics

1. Problemstellung

Immer wieder vernimmt man aus diversen Medien, welche exorbitanten Summen an Steuern und Sozialversicherungsgeldern dem Staat durch „Schwarzarbeit“ ent-

¹ Siehe die aktuelle Entscheidung BGH 1.8.2013, VII ZR 6/13, IBR 2013, 3437 (Peters) = BeckRS 2013, 13275; abgedruckt im Judikaturlteil dieser Ausgabe der ZRB.

gehen. Einem aktuellen Bericht zufolge waren dies im vergangenen Jahr kolportierte 2,5 Milliarden Euro.² Dass diese Schattenwirtschaft dem Staat ein Dorn im Auge ist, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Der vorliegende Beitrag soll sich nur einer bestimmten Ausprägung³ des ungeliebten Phänomens der Schwarzarbeit widmen – der „Schwarzgeldabrede“⁴. Unter diesem Begriff wird die Vereinbarung der (Werk-)Vertragsparteien verstanden, dass die Leistung „ohne Rechnung“ erfolgen soll. Den Beteiligten geht es hier freilich nicht darum, auf die Rechnungslegung zu verzichten oder gar eine Unentgeltlichkeit zu vereinbaren. Die Schwarzgeldabrede bezweckt vielmehr die Verheimlichung des Geschäftsvorganges vor den Finanzbehörden und damit einhergehend die Ersparnis der sonst anfallenden Umsatzsteuer (USt) und anteilmäßig auch der Einkommensteuer (ESt). Bei solchen Verträgen wird es sich meist um Geschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handeln. Ein Werkbesteller, der Unternehmer ist und dem somit ein Vorsteuerabzug zusteht, wird nämlich regelmäßig kaum ein Interesse an der Schwarzgeldabrede haben. Dies schließt jedoch noch nicht aus, dass auch im Verhältnis B2B gelegentlich eine Schwarzgeldabrede getroffen wird. Prima facie profitieren beide Vertragsteile aus dieser Vereinbarung. Der Werkunternehmer kann sein Werk bei gleich bleibendem Gewinn zu einem günstigeren Preis anbieten, woraus sich auch ein nicht zu unterschätzender Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen rechtstreuen Marktkonkurrenten ergibt.⁵ Der Werkbesteller bekommt sein Werk zu Konditionen, die ansonsten am offenen Markt nicht gewährt würden. Verläuft jedoch

bei der Vertragsabwicklung nicht alles reibungslos, drohen den Vertragsparteien nachteilige Konsequenzen. Einen geeigneten Ausgangsfall für diesen Beitrag liefert der Sachverhalt, der einer aktuellen Entscheidung des BGH zu Grunde lag: Bei einem Bauwerkvertrag vereinbaren die Parteien einvernehmlich eine Schwarzgeldabrede. Es darf davon ausgegangen werden, dass beide um die Rechtswidrigkeit dieser Nebenabrede Bescheid wissen. Nach der Übergabe des Werks stellt sich heraus, dass dieses mangelhaft ausgeführt ist. Der Werkbesteller sieht sich nun mit einigen Problemen konfrontiert: Ist der Werkunternehmer nicht zur Verbesserung bereit, muss er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen, wodurch wahrscheinlich auch die Finanzbehörden vom gesetzwidrigen Vorgehen in Kenntnis gesetzt würden. In Anbetracht der im Finanzstrafverfahren drohenden Strafen,⁶ ist dieser Schritt evtl nicht einmal rentabel. Doch auch wenn der Werkbesteller Klage bei Gericht einbringt, ergeben sich aufgrund der mangelhaften oder gar nicht vorhandenen Vertragsgrundlagen und Rechnungen erhebliche Beweisschwierigkeiten. Dem nicht genug, könnte dem Werkbesteller überhaupt jeglicher Rechtsschutz verwehrt bleiben, wenn das Gericht den Vertrag (wegen Gesetzesverstößes) als nichtig ansieht und auch bereicherungsrechtliche Ansprüche aufgrund des Konditionsausschlusses in § 1174 ABGB verneinen würde. Der vorliegende Beitrag soll, ausgehend von der aktuellen deutschen Lehre und Rsp, einen Überblick über die zivilrechtlichen Folgen einer Schwarzgeldabrede beim Bauwerkvertrag in Österreich bieten. Insbesondere sollen das rechtliche Schicksal der Schwarzgeldabrede und des gesamten Werkvertrages analysiert und darauf aufbauend die möglichen Rechtsbehelfe des Werkbestellers, der ein mangelhaftes Werk übernommen hat, dargetan werden.

2. Deutsche Rechtslage

2.1. Ältere Judikatur des BGH

Da der BGH im Gegensatz zum OGH bereits mehrfach mit dem hier interessierenden Themenkomplex befasst wurde, könnten durch einen Blick über die Grenze evtl Erkenntnisse gewonnen werden, welche auch Rückschlüsse auf die österreichische Rechtslage ermöglichen würden.⁷

Nach ständiger Rsp des BGH ist eine Schwarzgeldabrede (in der Diktion des BGH „Ohne-Rechnung-Abrede“)

2 Ö1-Morgenjournal vom 20.8.2013, <http://oe1.orf.at/artikel/349195> (zuletzt abgerufen am 11.9.2013).

3 Zu den verschiedenen Ausprägungen der „Schwarzarbeit“ siehe *Huber*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters – zugleich eine Besprechung von OGH 25.3.1999, 2 Ob 289/97g, ZVR 2000, 290.

4 Auch „Ohne-Rechnung-Abrede“, „Vertuschungsabrede“, „Pfuscher“ oder „Schwarzarbeit“; vgl *Stamm*, Zur Rechtsvereinheitlichung der Schwarzgeldproblematik – Ein Lösungsmodell unter besonderer Berücksichtigung der neusten Rechtsprechung zur sogenannten Ohne-Rechnung-Abrede, NZBau 2009, 78 (79); *P. Bydlinski*, „Schwarze“ Werkverträge und allgemeines (deutsches) Zivilrecht, in FS G. H. Roth (2011) 79 (83 Fn 25); siehe auch OGH 13.1.2009, 5 Ob 193/08f, SZ 2009/1 = immolex 2009/53 (*Malaum*) = wobl 2009/100 = MietSlg 61.288, wo die Begriffe „Pfuscher“ und „Schwarzarbeit“ synonym verwendet werden.

5 Dieser, aus einem Gesetzesverstoß resultierende (siehe dazu Pkt 3.1), Vorteil gegenüber rechtstreuen Mitbewerbern könnte uE auch wettbewerbsrechtlich relevant sein. Ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften kann nämlich auch dann ein unlauteres Verhalten darstellen, wenn diese Normen nicht oder nicht primär lauterkeitsrechtlich konzipiert sind. Den Mitbewerbern stünde dann ein Unterlassungs- und ggf auch ein Schadenersatzanspruch zu. Ausführlich zum „Vorsprung durch Rechtsbruch“ als Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 oder 2 UWG *Schmid* in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 673 ff. Aufgrund der Möglichkeit der Mitbewerber, das verbotswidrige Verhalten bei den Behörden anzuzeigen, ist der Umweg über das Wettbewerbsrecht aber nicht unbedingt erforderlich.

6 Der Werkbesteller könnte (wenn er nicht unmittelbarer Täter eines Delikts ist) evtl als Beitragstäter gem § 11 FinStrG finanzstrafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden.

7 Zur Österreichischen Rechtslage siehe Pkt 3. Zur Übertragbarkeit der BGH-Rsp siehe Pkt 4.

gemäß § 134 BGB nichtig.⁸ Ob die Nichtigkeit aus einer Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO⁹ oder aus einem Verstoß gegen §§ 1, 13 dUStG resultiert, lässt der BGH offen.¹⁰ Die §§ 1 f SchwarzArbG aF¹¹ waren nach hM auf die Schwarzgeldabrede noch nicht anwendbar.¹²

Nach der früheren Rsp war von der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB aber lediglich die Schwarzgeldabrede, nicht jedoch der gesamte Vertrag betroffen, weil die verbots-gesetz-widrige Nebenabrede nur dann schon aus § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit führen würde, wenn die mit der Abrede bezweckte Steuerhinterziehung der Hauptzweck des Vertrages wäre.¹³ Durch die verbotene Schwarzgeldabrede ist aber der Anwendungsbereich des § 139 BGB eröffnet, wonach die Nichtigkeit eines Vertragsteils nur dann nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt, wenn das Rechtsgeschäft auch ohne die verbots-widrige Absprache zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wäre. Die hier vorzunehmende, auf den hypothetischen Parteiwillen abstellende, Einzelfallprüfung hat die frühere Judikatur aber durch einen weiteren Schritt vermieden, indem sie dem Werkunternehmer, der das Werk im Wissen um die rechtswidrige Absprache (mangelhaft) errichtet hat, die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages wegen Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) verweigerte.¹⁴ Daraus folgend standen dem Werkbesteller die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche zu.

2.2. Aktuelle Judikatur des BGH

In der aktuellen Entscheidung VII ZR 6/13 entschied der BGH jüngst aber anders. Die Schwarzgeldabrede verstoße gegen § 1 Abs 2 Nr 2 SchwarzArbG nF¹⁵ und auch gegen das dEStG und das dUStG. Der BGH nimmt nunmehr keine Differenzierung zwischen der Schwarzgeldabrede und dem Gesamtvertrag vor. Der Verstoß gegen das als Verbotsgesetz zu qualifizierende SchwarzArbG führe nämlich schon aufgrund von § 134 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages, weil der Werkunternehmer vorsätzlich gegen das SchwarzArbG verstieß und der Werkbesteller davon wusste und dies bewusst zu seinem Vorteil ausnutzte. Diese Nichtigkeit gemäß § 134 BGB könne – im Gegensatz zu einer aus § 139 BGB resultierenden Gesamtnichtigkeit – auch nicht durch Berufung auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) überwunden werden. Das hat eine weitreichende praktische Konsequenz: Mit Entfall des Vertrages stehen sodann dem Werkbesteller auch keine Gewährleistungsansprüche zu, weil diese einen wirksamen Vertrag voraussetzen.

2.3. Kritik an der Rechtsprechung des BGH

Die ältere Rsp des BGH wurde in der Lehre vielfach kritisiert. Insbesondere die kurzfristige Lösung der Problemlage unter Berufung auf Treu und Glauben stieß berechtigterweise auf Kritik.¹⁶ Immerhin hatte diese zur Folge, dass ein Werkbesteller aus einem potentiell nichtigen Vertrag Gewährleistungsansprüche geltend machen konnte.¹⁷ Auch die Schutzbedürftigkeit der bewusst rechtswidrig handelnden Vertragsparteien ist vermindert (schon deshalb müsste uE die Berufung auf Treu und Glauben ins Leere führen)¹⁸ und die Ziele des Gesetzgebers (insbesondere die Verhinderung der Schwarzarbeit) und generell der Zweck des § 134 BGB werden dadurch unterminiert.¹⁹

8 BGH 3.7.1968, VIII ZR 113/66, MDR 1968, 834 = NJW 1968, 1927 = LSK 1968, 938012; BGH 21.12.2000, VII ZR 192/98, BauR 2001, 620 = NZBau 2001, 195 = ZfBR 2001, 175; BGH 2.7.2003, XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742 = MDR 2003, 1224 = ZMR 2003, 731; BGH 24.4.2008, VII ZR 42/07, JuS 2008, 932 (Faust) = LMK 2008, 266104 (Ahrens) = IBR 2008, 431 (Orthmann); BGH 24.4.2008, VII ZR 140/07, NZBau 2008, 436 = LMK 2008, 266104 (Ahrens) = IBR 2008, 397 (Leitzke).

9 Abgabenordnung (AO), BGBl I 2002, 3866.

10 Vgl Stamm, NZBau 2009, 78 (80), der § 370 AO nicht die Qualität einer Verbotsnorm iSd § 134 BGB beimisst (ebenso Peters, Die Leistung ohne Rechnung, NJW 2008, 2478 (2480); aA zB Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB⁶ § 134 Rz 77; Ahrens, LMK 2008, 266104; Podewils, „Von Portemonnaie zu Portemonnaie“ – Zivilrechtliche Folgen „schwarz“ erbrachter Dienst- oder Werkleistungen, DB 2008, 1846). Die Unterscheidung, ob die Nichtigkeit gem § 134 BGB aus einem Verstoß gegen § 370 AO oder aus §§ 1, 13 UStG resultiert, spielt nach Stamm (aao) deshalb eine Rolle, weil ansonsten die Nichtigkeitsfolge nur bei vollendetem Steuerhinterziehungstatbestand eintreten würde.

11 Das SchwarzArbG aF wurde mit 1.8.2004 durch das „neue“ SchwarzArbG (Fn 15) ersetzt; ausführlich zur Entwicklung des SchwarzArbG seit der Urfassung aus 1957 (BGBl I 1957, 315) Fricke, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG (2005) 9 ff.

12 Fricke, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG 5 mwN; Bosch, Verstöße gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG n.F. und der Grundsatz von Treu und Glauben, NJOZ 2008, 3044 (3044 f, 3048); Podewils, DB 2008, 1846 (1847).

13 Siehe zB BGH 24.4.2008, VII ZR 42/07 mwN aus der Rsp; Podewils, DB 2008, 1846; Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB⁶ § 134 Rz 57; Ellenberger in Palandt, BGB⁷² § 138 Rz 44.

14 BGH 24.4.2008, VII ZR 42/07; BGH 24.4.2008, VII ZR 140/07.

15 Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG), BGBl I 2004, 1842; in Kraft seit 1.8.2004.

16 P. Bydlinski in FS G. H. Roth 79 (80 ff); Popescu/Majer, Gewährleistungsansprüche bei einem wegen Ohne-Rechnung-Abrede nichtigen Vertrags, NZBau 2008, 424 (425 f); Bosch, NJOZ 2008, 3044 (3053 ff).

17 P. Bydlinski in FS G. H. Roth 79 f; Popescu/Majer, NZBau 2008, 424 (426).

18 Siehe auch Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB⁶ § 134 Rz 112; Bosch, NJOZ 2008, 3044 (3055); Pauly, Die neue BGH-Rechtsprechung zur Schwarzarbeit, MDR 2008, 1196 (1197).

19 Popescu/Majer, NZBau 2008, 424 (425 f); Podewils, DB 2008, 1846 (1849 f); Bosch, NJOZ 2008, 3044 (3055); Die in der Lehre geäußerten Bedenken wegen verminderter Schutzbedürftigkeit der Beteiligten und auch die Gefahr der Verdrängung eines gesetzlichen Verbots übergeht der BGH 24.4.2008, VII ZR 42/07 (Rz 13 mwN), weil die Nichtigkeit des Werkvertrages nicht aus § 134 BGB sondern aus dem (dispositiven) § 139 BGB resultiere.

Viele dieser Kritikpunkte wurden durch die neue Rsp ausgemerzt. Durch die eindeutige Feststellung der Gesamtnichtigkeit eines (Bau-)Werkvertrages bei Vorliegen einer Schwarzgeldabrede hat der BGH für Rechtssicherheit gesorgt und dem Regelungsanliegen des Gesetzgebers Rechnung getragen. Doch auch aus der Nichtigkeit des Vertrages resultieren wiederum Folgeprobleme für den Rechtsanwender. Eine Lösung könnte hier die – vom BGH schon früher geübte – Restriktion des § 817 BGB²⁰ und daraus folgend die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Vertrages unter Berücksichtigung des Vorteils, den der Werkbesteller aus dem Werk ziehen kann, sein.²¹

3. Rechtslage in Österreich

Grundvoraussetzung für das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen ist zunächst die Gültigkeit des Werkvertrages. Der wirksame Werkvertrag ist Richtschnur für die Prüfung, ob und inwieweit das vom Werkunternehmer Geleistete vom Vereinbarten abweicht.²² Dass die Ausführung einer Werkleistung gegen ein vereinbartes Entgelt an sich nicht rechtswidrig ist, steht außer Frage. Deshalb gilt es unabhängig davon zu klären, ob die Schwarzgeldabrede gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und wie sich eine etwaige Gesetzeswidrigkeit auf den Gesamtvertrag auswirkt.²³ Bei dieser Prüfung ist uE nach folgendem Schema vorzugehen: Zuerst gilt es zu prüfen, ob die Schwarzgeldabrede einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz iSd § 879 ABGB darstellt. Darauf aufbauend ist zu untersuchen, ob dieser Verstoß die Nichtigkeit der Abrede zur Folge hat.²⁴ Ist dies der Fall, so stellt sich noch abschließend die Frage, ob die Nichtigkeit der Schwarzgeldabrede zur Nichtigkeit des Gesamtvertrages führt. In weiterer Folge können sodann entweder vertragliche oder gesetzliche Behelfe die Mangelhaftigkeit des Werks des Werkbestellers kompensieren.

3.1. Rechtswidrigkeit der Schwarzgeldabrede

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, wird bei einer Schwarzgeldabrede vereinbart, dass auf die Rechnungslegung und in weiterer Folge auf die Deklaration der USt und ESt verzichtet wird.

Aus zivilrechtlicher Sicht bestimmt § 1426 ABGB, dass der Leistungserbringer einen Rechtsanspruch auf Ausstellung einer Quittung hat. Allein schon der Umstand, dass § 1426 ABGB dispositiv ist und dass der Leistungserbringer auch auf die Rechnungslegung verzichten kann, zeigt aber, dass diese Norm kein gesetzliches Verbot schafft, gegen das die Schwarzgeldabrede verstoßen könnte.²⁵

In Österreich gibt es auch kein mit dem deutschen SchwarzArbG vergleichbares Sondergesetz, welches die Schwarzarbeit im Allgemeinen oder die Schwarzgeldabrede im Speziellen verbieten würde. Zwar wurde 1999 eine Regierungsvorlage²⁶ eingebracht, welche die Schwarzarbeit (nicht aber die Schwarzgeldabrede) verbieten sollte, dieses Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchWABeG) wurde letztlich aber nicht beschlossen.²⁷ Es besteht also auch kein Sondergesetz, welches die Schwarzgeldabrede verbieten und somit iVm § 879 ABGB mit Nichtigkeit sanktionieren würde.

Eine Pflicht zur Rechnungslegung statuiert aber § 11 UStG. Gemäß § 11 Abs 1 Z 2 UStG müssen Unternehmer (iSd § 2 UStG) bei Lieferungen oder sonstigen Leistungen an einen anderen Unternehmer, an eine juristische Person oder bei grundstücksbezogenen Werklieferungen/Werkleistungen an eine natürliche Person binnen sechs Monaten eine dem UStG entsprechende Rechnung ausstellen.²⁸ Insbesondere bei Bauwerkverträgen mit natürlichen Personen ist § 11 UStG also unmittelbar einschlägig und verpflichtet den Werkunternehmer zur Ausstellung einer Rechnung inklusive Umsatzsteuerausweis. Von entsprechendem Vorsatz getragenes Zuwiderhandeln des Unternehmers gegen diese Pflicht kann zudem gemäß § 51 Abs 1 lit d FinStrG strafbar sein.²⁹ Wie aber bereits oben ausgeführt, geht es den Parteien bei der Schwarzgeldabrede keineswegs nur darum, auf die Ausstellung einer Rechnung zu verzichten. Vielmehr bezwecken die Parteien damit, dass die bewirkten Umsätze nicht dem Finanzamt bekannt gemacht werden sol-

20 § 817 BGB enthält einen in etwa mit § 1174 ABGB vergleichbaren Kondiktionsausschluss.

21 Ebenso P. Bydlinski in FS G. H. Roth 79 (81 f); Popescu/Majer, NZBau 2008, 424 (425); Stamm, NZBau 2009, 78 (82 f); Armbrüster, Anm zu BGH VII ZR 42/07, JZ 2008, 1006 (1007); Pauly, MDR 2008, 1196 (1197). Zur Restriktion des § 817 BGB vgl zB Armbrüster, aao; Podewils, DB 2008, 1846 (1848).

22 P. Bydlinski in FS G. H. Roth 79 (80).

23 Zur vergleichbar getrennten Betrachtung einer notariellen Falschbeurkundung des Kaufpreises und des dahinterstehenden mündlichen Kaufvertrages siehe OGH 3.4.1975, 6 Ob 200/74, SZ 48/36 = HS 9495.

24 Zur zutreffend getrennten Prüfung, ob (i) ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorliegt und ob (ii) dieser Verstoß die Nichtigkeit der Abrede nach sich zieht, siehe bspw Iro, Zivilrechtliche Probleme bei Verträgen mit Schwarzarbeitern, JBl 1987, 1 (Fn 37 mwN); Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB⁶ § 134 Rz 41 f, 103; Fricke, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG 56.

25 Vgl bspw Heidinger in Schwimann, ABGB³ § 1426 Rz 3, der zutreffend festhält, dass die Verpflichtung zur Ausstellung einer Quittung nur auf Verlangen des Schuldners besteht.

26 RV 1587 BlgNR 20. GP.

27 Siehe auch Gumbold, Geschäfte mit „Ohne-Rechnung-Abrede“ im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich (Diplomarbeit Graz, 2010) 5.

28 Siehe genauer zB Kollmann/Schuchter in Melhardt/Tumpel, UStG § 11 Rz 18 ff.

29 Kollmann/Schuchter in Melhardt/Tumpel, UStG § 11 Rz 26; Leitner/Pflückbahn in Finanzstrafrecht kompakt² (2013) Rz 246.

len, wodurch gegen die Anzeige- und Offenlegungspflichten der §§ 119 ff BAO sowie gegen §§ 1, 21 UStG und § 2 EStG verstoßen wird. Auch die Verletzung dieser Pflichten kann gemäß § 51 Abs 1 lit a FinStrG oder § 33 FinStrG finanzstrafrechtlich relevant sein.³⁰

Durch Auslegung der betreffenden Bestimmungen des UStG, des EStG, der BAO und des FinStrG ist zu klären, ob es sich hierbei um Verbotsgesetze iSd § 879 ABGB handelt. Bei der Bestimmung, ob diese Normen ein gesetzliches Verbot statuieren, ist – freilich neben den anderen Methoden der Gesetzesauslegung – die teleologische Interpretation von besonderer Bedeutung.³¹ § 11 UStG enthält bereits dem Wortlaut zufolge das an den Unternehmer gerichtete Gebot der Ausstellung einer ordnungsgemäßen Rechnung. Mit diesem Gebot korrespondiert das Verbot, die Rechnungslegung zu unterlassen. Auch den Bestimmungen des FinStrG ist uE ein Verbotscharakter nicht abzuerkennen, wird doch das tatbestandsmäßige Verhalten verboten und zT mit hohen Strafen sanktioniert. Der Gesetzgeber will mit den Bestimmungen zur Rechnungslegung, Voranmeldung der USt und mit den Anzeige- und Offenlegungspflichten iVm der entsprechenden finanzstrafrechtlichen Sanktion zuerst einmal die im Fokus stehende tatsächliche Handlung (in diesem Fall die Unterlassung der Rechnungslegung und der Meldung bei den Steuerbehörden) verbieten. Daneben sollen aber auch Rechtsgeschäfte, die solche Unterlassungen zum Inhalt haben, verboten werden. Die infrage stehenden Bestimmungen dienen nicht nur allgemein dem Besteuerungsinteresse des Staates, sondern leisten mittelbar auch einen Beitrag zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (iwS). Bei den Bestimmungen, gegen welche die Schwarzgeldabrede verstößt, handelt es sich daher uE um Verbotsnormen iSd § 879 ABGB.³²

3.2. Rechtsfolgen des Gesetzesverstößes

Fraglich ist daher, ob die Verstöße gegen das UStG, das EStG, die BAO oder das FinStrG zur Nichtigkeit der Erklärung gemäß § 879 ABGB führen und gegebenenfalls, ob hiervon nur die Schwarzgeldabrede oder der Gesamtvertrag betroffen ist. Nach hA zu § 879 Abs 1 ABGB führt nämlich nicht jeder Gesetzesverstoß zur

Nichtigkeit der Vereinbarung. Diese Sanktion soll nur dann greifen, wenn das Verbotsgesetz dies ausdrücklich anordnet oder wenn der Gesetzeszweck die Nichtigkeit erfordert.³³ Da keine der in Betracht kommenden Bestimmungen Aussagen über die zivilrechtliche Gültigkeit entgegenstehender Rechtsgeschäfte enthält, ist im vorliegenden Fall auf teleologische Gesichtspunkte zurückzugreifen. Dies gilt auch für die Frage, ob eine etwaige Nichtigkeit der Schwarzgeldabrede auch zur Nichtigkeit des Gesamtvertrages führt.

Wie unter Pkt 3.1 bereits ausgeführt, sollen die oben angeführten Regelungen primär die Feststellung der Steuerschuld des Steuersubjekts sichern. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien zum Abgabenrechtsänderungsgesetz 2012, wodurch ua das UStG geändert wurde, zeigt, dass außerdem auch die Hintanhaltung von Steuerhinterziehung und -umgehung ein wichtiges Interesse des Gesetzgebers ist.³⁴ Die Schwarzgeldabrede zielt aber einzig und allein darauf ab, durch die „Steuerersparnisse“ einen besseren Preis für das gewünschte Werk zu erhalten. Sie widerspricht damit direkt der Zwecksetzung der strengen Regelungen des UStG und des FinStrG. Auch im Interesse der Einheit der Rechtsordnung ist es uE nicht hinnehmbar, dass ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Normen durch kollusives Zusammenwirken der Parteien auf zivilrechtlicher Ebene keinerlei Konsequenzen nach sich zieht. Die Schwarzgeldabrede ist daher nichtig.³⁵ Anderes gilt uE aber für den Gesamtvertrag. Aus der Nichtigkeit der Schwarzgeldabrede lässt sich nicht ohne weiteres auf die Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages schließen. Bei der Beurteilung, ob ein teilweiser Verstoß gegen § 879 ABGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt, ist nach hM (anders als gemäß § 878 ABGB und gemäß § 139 BGB) zumindest in einem ersten Schritt nicht auf den hypothetischen Parteiwillen, sondern wiederum auf den Zweck der Verbotsnorm abzustellen.³⁶

30 Zu Versuch und Vollendung der Abgabenhinterziehung gem § 33 FinStrG siehe *Leitner/Pflückhahn*, Finanzstrafrecht kompakt² (2013) Rz 41, 138 ff; *Seewald/Tannert* in Tannert, FinStrG (35. ErgLfg) § 33 Anm 2, 9 f; siehe insbesondere § 33 Abs 2 lit a FinStrG.

31 *Armbrüster* in Münchener Kommentar zum BGB⁶ § 134 Rz 41; vgl *Sack* in Staudinger, BGB (2003) § 134 Rz 30 ff; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012) 527 f; siehe auch BGH 23.10.1980, IVa ZR 28/80, NJW 1981, 399.

32 Auch das OLG Schleswig 21.12.2012, 1 U 105/11 (Rz 37) geht davon aus, dass die §§ 1, 13 dUStG Verbotsgesetze iSd § 134 BGB darstellen. Der BGH 1.8.2013, VII ZR 6/13 (Rz 12) übernahm diese Beurteilung.

33 *Gschmitzer* in Klang IV/1² 179; *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 25; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 879 Rz 3; *Bollenberger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ § 879 Rz 3; *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB³ § 879 Rz 3; RIS-Justiz RS0016837, zuletzt OGH 19.03.2013, 9 ObA 133/12t, ZAS 2013, 228 (*Gerhartl*) = RdW 2013, 407 = wbl 2013/143 = ecolex 2013, 656 = ARD 6322/5/2013.

34 ErläutRV 1960 BlgNR 24. GP 2, auch wenn sich diese Ausführungen auf andere Bestimmungen im UStG beziehen, ist doch die diesbezügliche Motivation des Gesetzgebers zu erkennen; *Gumbold*, Geschäfte mit „Ohne-Rechnung-Abrede“ im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich 46.

35 Ebenso zur älteren deutschen Rechtslage (nur) unter Berufung auf § 134 BGB, § 370 AO, §§ 1, 13 dUStG *Podewils*, DB 2008, 1846; *Bosch*, NJOZ 2008, 3044 (3048).

36 *Bollenberger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ § 879 Rz 29 mwN; *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 250; *Mayer-Maly*, Über die Teilnichtigkeit, in Gedenkschrift Franz Gschmitzer (1965) 265 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 182; *Illedits*, Teilnichtigkeit im Privatrecht (1991) 37 ff; RIS-Justiz RS0016431, zuletzt OGH 27.2.2013, 6 Ob 224/12b, RdW 2013, 268 = Zak 2013, 119 = ÖBA 2013/1943 = AnwBl 2013, 331 = ecolex 2013, 533; für den

Aufgrund der im Steuerrecht üblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise, wonach es zur Begründung der Steuerpflicht bei einem Leistungsaustausch nicht auf die zivilrechtliche Behandlung des dahinterstehenden Titels ankommt, erfordern die Steuergesetze die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht.³⁷ Das Besteuerungsinteresse des Staates wird durch die Gültigkeit des Vertrages – auch in Anbetracht der Möglichkeit einer steuerrechtlichen Rückabwicklung gemäß § 16 Abs 3 Z 3 UStG – am besten geschützt.³⁸ Außerdem wird durch das UStG und das FinStrG nicht der Vertragsinhalt, sondern lediglich die auf eine Steuerhinterziehung abzielende Nebenabrede verboten. Die Errichtung eines Werks und damit einhergehend die Schaffung einer Steuerpflicht soll dadurch freilich nicht verhindert werden. Da sich demnach bereits aus dem Verbotszweck ergibt, dass der Vertrag nur teilnichtig ist, ist ein Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen nicht erforderlich.³⁹

Die hM kommt in einem etwas allgemeineren Kontext zum gleichen Ergebnis: Grundsätzlich ist ein Vertrag, mit dem eine Steuerhinterziehung verbunden ist nicht in seiner Gesamtheit nichtig, es sei denn, die Steuerhinterziehung wäre Hauptzweck des Rechtsgeschäfts.⁴⁰ Nach einer zumindest in Grundzügen vergleichbaren Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1975 hat eine aus Steuergründen unrichtige notarielle Beurkundung des Kaufvertrages bei einer Liegenschaftsveräußerung keinen Einfluss auf die zivilrechtliche Gültigkeit des verdeckten Geschäfts.⁴¹ Auch sonst führt nach ständiger Rsp des OGH nicht jeder Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen zur Nichtigkeit des betreffenden Vertrages. So ist ein Vertrag mit einem gewerberechtlich nicht befugten Professionisten (begrifflich handelt es sich auch hier um Schwarzarbeit) nicht nichtig.⁴² Damit

übereinstimmend wäre uE die Nichtigkeit des Gesamtvertrages auch im Falle einer Schwarzgeldabrede überschießend, weil auch hier die Errichtung eines Werkes gegen Entgelt und nicht die Steuerhinterziehung der Hauptzweck des Vertrages ist. Es ist also vom Bestehen eines aufrechten Vertragsverhältnisses zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer auszugehen.⁴³

3.3. Rechtsbehelfe des Werkbestellers

Da lediglich die Schwarzgeldabrede nichtig ist, ansonsten aber ein aufrechtes Vertragsverhältnis zwischen Werkunternehmer und Werkbesteller besteht, kann in Österreich trotz der Schwarzgeldabrede Gewährleistung geltend gemacht werden. Die Gewährleistung richtet sich nach den gesetzlichen sowie vertraglichen Regelungen (evtl inkl Zugrundelegung der ÖNORM B 2110). Die aufrechte Vereinbarung ist die primäre Messlatte für die Frage, welche Leistung vom Werkunternehmer geschuldet wurde und inwiefern das tatsächlich geleistete Werk davon abweicht.

Falls entgegen der hier vertretenen Ansicht die Gültigkeit des auf einer Schwarzgeldabrede beruhenden Werkvertrages verneint würde, stünden dem Werkbesteller freilich keine Gewährleistungsansprüche zu. Sofern die Rückabwicklung des Vertrages nicht möglich oder unzulässig wäre, könnte der Werkbesteller aber versuchen, auf bereicherungsrechtlicher Ebene Ausgleich für die mangelhafte Leistung zu bekommen. Der nach hM eng auszulegende Kondiktionsausschluss des § 1174 ABGB käme hier nicht zur Anwendung, weil das Geleistete keine Belohnung für die Unerlaubtheit des Rechtsgeschäfts darstellt.⁴⁴ Auch in Deutschland wird vertreten, dass § 817 BGB bei einem aufgrund einer Schwarzgeldabrede nichtigen Vertrag keine Kondiktionsperre bewirkt.⁴⁵ Bei der Bemessung der Rückzahlungspflicht des Werkunternehmers müsste sodann berücksichtigt werden, inwieweit der Besteller aus dem bei ihm verbleibenden Werk einen Vorteil gezogen hat. Dabei führt die Mangelhaftigkeit des Werks zu einer Erhöhung des Rückforderungsanspruches des Bestellers.⁴⁶

Fall dass der Verbotszweck weder für Gesamtnichtigkeit noch für Restgültigkeit des Vertrages spricht, soll nach dem OGH und Teilen der Lehre aber doch auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt werden (zB OGH 4.7.2007, 7 Ob 142/07v; *Eilmansberger*, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen, JBl 2009, 337 (342); *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB³ § 879 Rz 37 mwN).

37 Ebenso *Iro*, JBl 1987, 1 (12); *Gumbold*, Geschäfte mit „Ohne-Rechnung-Abrede“ im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich 50 f.

38 *Gumbold*, Geschäfte mit „Ohne-Rechnung-Abrede“ im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich 51 bei und in Fn 243; zur umsatzsteuerlichen Rückabwicklung siehe *Kanduth-Kristen* in Berger/Bürgerler/Kanduth-Kristen/Wakounig, UStG-ON²-04 § 16 Rz 84 ff; *Gaedke* in Melhardt/Tumpel, UStG § 16 Rz 160 ff.

39 Siehe oben bei und in Fn 36.

40 *Gschmitzer* in Klang IV/1² 179; *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 166; *Iro*, JBl 1987, 1 (12); siehe auch *Warto*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen – Zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, Zak 2008, 323 (324 f).

41 OGH 3.4.1975, 6 Ob 200/74, SZ 48/36 = HS 9495.

42 RIS-Justiz RS0016770, zuletzt OGH 23.11.2010, 8 Ob 16/10a; *Warto*, Zak 2008, 323 (324); *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB³ § 879 Rz 5; *Krejci* in Rummel³ § 879 Rz 33; differenzierend *Iro*, JBl 1987, 1 (7 ff).

43 Im Ergebnis ebenso *Warto*, Zak 2008, 323 (325); *Iro*, JBl 1987, 1 (12); *Gumbold*, Geschäfte mit „Ohne-Rechnung-Abrede“ im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich 50 f, 54.

44 *Rummel*, Kondiktion bei verbotenen und sittenwidrigen Rechtsgeschäften, ÖJZ 1978, 253 (254); *Rebhahn* in Schwimann, ABGB³ § 1174 Rz 2, 4, 6; differenzierend *Iro*, JBl 1987, 1 (10 f); siehe auch *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte: eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB (1974) 145 f; OGH 3.4.1975, 6 Ob 200/74; OGH 11.7.1951, 1 Ob 483/51, SZ 24/183.

45 Siehe bspw *Armbrüster*, JZ 2008, 1006 (1007 f); *Stamm*, NZBau 2009, 78 (84 ff).

46 Siehe dazu *P. Bydlinski* in FS G. H. Roth 79 (82); *Iro*, JBl 1987, 1 (11); aA *Gamsjäger*, Pfscherverträge und ihre rechtlichen Folgen (Dissertation Salzburg, 2003) 73, 78 f.

Sollten dem Werkbesteller aus der mangelhaften Leistung Schäden entstehen, so kann er diese nach den allgemeinen Regeln vom Schädiger ersetzt verlangen. Dabei ist dem Schädiger auch das Verschulden etwaiger Erfüllungsgehilfen gemäß § 1313a ABGB zuzurechnen. Dies gälte nach *Iro* auch dann, wenn der Gesamtvertrag als nichtig angesehen würde, weil ein Rückgriff auf die Lehre zur positiven Forderungsverletzung möglich wäre, wofür kein aufrechtes Vertragsverhältnis erforderlich sei.⁴⁷

3.4. Wer trägt das Risiko des „Betretenwerdens“?

Zusammenfassend bedeutet all dies aus österreichischer Sicht, dass das Rechtsgeschäft zu denselben Konditionen, wie von den Vertragsparteien ursprünglich vereinbart, zustande kommt. Die Schwarzgeldabrede (also der Verzicht auf die Rechnungslegung und die Stillschweigenvereinbarung gegenüber den Steuerbehörden) hingegen ist nichtig. Der Unternehmer hat eine Rechnung auszustellen, den Umsatz nach den gesetzlichen Vorschriften zu deklarieren und muss die Steuerschuld begleichen. Er trägt also das Risiko des „Betretenwerdens“ und muss (abgesehen von etwaigen Straf- und Verzugszahlungen⁴⁸) 16,67 % vom vereinbarten Entgelt an USt abführen.⁴⁹ Dies ist uE auch sachgerecht, zumal der Unternehmer der Abgabenschuldner (und somit auch unmittelbarer Täter der finanzstrafrechtlichen Delikte) ist. Bezüglich dieses Risikos ist er auch nicht schutzwürdig, weil er sich durch die Schwarzgeldabrede einen Wettbewerbsvorteil schafft. Dass nach dem gesetzlichen Umsatzsteuermodell der Letztverbraucher die USt zu tragen hat, spricht zwar gegen diese Einschätzung, jedoch ist abweichendes mit allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Der Werkbesteller hat sich nämlich im Regelfall nur bereit erklärt, das vereinbarte Entgelt zu bezahlen. Die Verpflichtung mehr zu bezahlen, könnte sich – zumindest zivilrechtlich betrachtet – nur aus einer einvernehmlichen Vertragsanpassung ergeben.⁵⁰ In

diesem Sinne kann auch das Zivilrecht einen Beitrag zur Prävention gegen die Schwarzgeldabrede leisten, weil diese in Anbetracht des Risikos für den Unternehmer, neben Strafzahlungen auch noch die USt selbst tragen zu müssen, unattraktiv wird.

Sollte eine Schwarzgeldabrede zwischen Unternehmern getroffen werden, so stellt sich uE hingegen schon die Frage, ob der Werkunternehmer die zusätzliche Steuerlast zu tragen haben soll. Diese Frage stellt sich insbesondere in Anbetracht dessen, dass dem Werkbesteller (der evtl sogar auf die Abwicklung „ohne Rechnung“ gedrängt hat) dann auch noch der Vorsteuerabzug zustünde, was sein Werk noch zusätzlich beträchtlich vergünstigen würde. Im B2B-Geschäft in der Bauindustrie hingegen ist diese Problematik aufgrund des speziellen Reverse Charge-Systems des § 19 Abs 1a UStG vermindert, weil hier der Werkbesteller die USt selbst abzuführen hat und gleichzeitig einen Vorsteuerabzug geltend machen kann.⁵¹

4. Übertragbarkeit der neuen Rechtsprechung des BGH

Auf Grund der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgangslage in Deutschland und Österreich können weder die alte, noch die neue Rsp des BGH auf Österreich übertragen werden. Aus gewissen Parallelen können zwar verschiedentlich Rückschlüsse für die Falllösung gewonnen werden, eine mehr oder minder unreflektierte Übernahme der Rsp des BGH kann aber nicht erfolgen. Eine differenzierte Betrachtung ist insbesondere aus nachfolgenden zentralen Unterschieden erforderlich:

Das österreichische Recht kennt (zumindest derzeit) kein spezifisches Gesetz, das primär der Verhinderung der Schwarzarbeit iWS dient. Es besteht somit – im Gegensatz zum deutschen SchwarzArbG – kein Verbotsgesetz, welches entsprechend der neueren BGH-Judikatur den Gesamtvertrag unmittelbar nichtig erscheinen ließe. Auch eine § 139 BGB entsprechende Norm existiert in Österreich nicht. Bei Nichtigkeit von Teilen eines Vertrages hängt es hierzulande in aller Regel nicht vom hypothetischen Parteiwillen, sondern lediglich vom Zweck der Verbotsnorm ab, ob diese Nichtigkeit zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt.

Außerdem stellt sich auch die Frage der Übertragbarkeit der überkommenen Rsp des BGH zur Überwindung der Nichtigkeit durch die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) in Anbetracht der Wirksamkeit des Werkvertrages in Österreich nicht.⁵²

47 *Iro*, JBl 1987, 1 (12) mit Verweis auf *Canaris*, Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 (475 ff); vgl auch *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 47 ff; zur Kritik an der Lehre von der positiven Vertragsverletzung siehe zB *Wittwer*, Die positive Vertrags- oder Forderungsverletzung – Ein Beispiel für die verfehlte Rezeption deutscher Rechtsgedanken durch den OGH, ÖJZ 2004, 161.

48 Siehe zB § 217 BAO.

49 Ebenso zur deutschen Rechtslage *Peters*, NJW 2008, 2478 (2480).

50 Auch der BGH ist der Ansicht, dass der Werkbesteller trotz Nichtigkeit der Schwarzgeldabrede nur das vereinbarte Entgelt (ohne USt) schuldet (BGH 21.12.2000, VII ZR 192/98, NJW-RR 2001, 380 (381)). Eine ergänzende Vertragsauslegung zur Wahrung der subjektiven Äquivalenz scheitert wohl regelmäßig daran, dass die Vertragsparteien mit der Rechtswidrigkeit der Schwarzgeldabrede rechnen mussten, weshalb hier keine Schutzwürdigkeit gegeben ist; siehe dazu *Eilmansberger*, JBl 2009, 337 (350); *Graf*, Vertrag

und Vernunft – Eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrages (1997) 246 ff.

51 Zum speziellen Reverse Charge bei Bauleistungen in der Bauunternehmerkette siehe ausführlich *Bodner/Pilgermair/Püzl*, Reverse Charge und Auftraggeberhaftung in der Bauwirtschaft, SWK-Spezial (2012) 17 ff.

52 Zutreffend bereits *Warto*, Zak 2008, 323 (325).

Zusammenfassung

- Nach der jüngsten Rsp des BGH sind Verträge, denen eine Schwarzgeldabrede zugrunde gelegt wird, nichtig. Aus dem Vertrag kann der Werkbesteller daher keine Gewährleistungsansprüche geltend machen. Die frühere Rsp des BGH, die dem Werkunternehmer die Berufung auf die Nichtigkeit des Werkvertrages wegen Treuwidrigkeit untersagt und somit dem Werkbesteller trotz Schwarzgeldabrede Gewährleistungsrechte einräumt, ist damit überholt.
- Weder die frühere noch die jüngste Rsp aus Deutschland lässt sich auf Österreich übertragen, weil hierzulande eine andere gesetzliche Ausgangslage besteht.
- In Österreich verstößt die Schwarzgeldabrede gegen die §§ 11, 21 UStG, § 2 EStG sowie gegen §§ 119 f BAO und zielt auf eine Abgabenhinterziehung gemäß § 33 FinStrG ab. Daraus resultiert die Nichtigkeit der Schwarzgeldabrede.
- Die Nichtigkeit der Schwarzgeldabrede zieht jedoch nicht die Nichtigkeit des Gesamtvertrages nach sich. Der Gesamtvertrag bleibt wirksam und die Parteien des Werkvertrages können ihre gegenseitigen Ansprüche aus aufrechtem Vertragsverhältnis geltend machen.
- Daher stehen dem Werkbesteller auch uneingeschränkt die Rechte aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes wegen Schlechterfüllung zu.
- Im Falle des Betretenwerdens muss der Steuerschuldner (in der Regel der Werkunternehmer) für die USt aufkommen. Der Werkbesteller schuldet trotzdem (nur) das vereinbarte Entgelt.