

Entscheidungsanmerkung

Keine Mängelansprüche bei Schwarzarbeit

1. § 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.

2. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.

**3. Mängelansprüche des Bestellers bestehen in diesem Fall grundsätzlich nicht.
(Amtliche Leitsätze)**

BGB §§ 134, 242
SchwarzArbG § 1
UStG § 14

BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13 (OLG Schleswig, LG Kiel)¹

I. Sachverhalt

Die Klägerin und der Beklagte vereinbarten, dass der Beklagte die etwa 170 m² große Auffahrt auf dem Grundstück der Klägerin neu pflastern sollte. Es war hierbei ein Werklohn von 1.800 € vereinbart worden, der in bar ohne Rechnung und ohne Abführung von Umsatzsteuer gezahlt werden sollte. Der Beklagte führte die Arbeiten aus. Kurz darauf traten Unebenheiten auf. Die Klägerin forderte den Beklagten zur Nachbesserung auf. Daraufhin bearbeitete der Beklagte die Fläche mit einem Rüttler, ohne aber die Unebenheiten beseitigen zu können. Die Klägerin forderte den Beklagten unter Fristsetzung zur Beseitigung der Unebenheiten auf. Im Anschluss daran leitete sie ein selbständiges Beweisverfahren vor dem Landgericht Kiel ein. Der dort eingesetzte Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass Ursache für die Unebenheiten eine von dem Beklagten zu dick ausgeführte Sandschicht unterhalb der Pflastersteine war. Zur Beseitigung der Unebenheiten seien voraussichtlich Kosten in Höhe von 6.069,00 € brutto notwendig. Die Klägerin begehrte mit ihrer Klage die Zahlung von 6.069,00 € nebst Zinsen und Kosten durch den Beklagten sowie die Feststellung, dass dieser auch die weiteren Mängelbeseitigungskosten und Schäden zu ersetzen habe.

Das Landgericht Kiel hatte den Beklagten, der sich trotz Aufforderung und Fristsetzung weigerte, Mängel zu beseitigen, u.a. zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 6.096,00 € verurteilt, da das Pflaster nicht die notwendige Festigkeit aufweise.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=65097&pos=0&anz=1>
(6.11.13).

Auf die Berufung des Beklagten hatte das Oberlandesgericht Schleswig die Klage abgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

II. Einführung in die Probleme

Die BGH-Entscheidung befasst sich mit dem Grundsatz, dass die Nichtigkeit eines Werkvertrages zum Ausschluss von gewährleistungsrechtlichen Mängelansprüchen des Bestellers führt, wenn umsatzsteuerliche Pflichten verletzt werden. Ein Korrektiv über § 242 BGB zugunsten des Bestellers sowie die isolierte Betrachtung von „Ohne-Rechnung-Abrede“ und Restvertrag wird aufgegeben.

Damit beruft sich der *Senat* erstmals auf das Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit aus dem Jahr 2004. Nach Auffassung des BGH ist der zwischen den Parteien geschlossene Werkvertrag wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB nichtig. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthalte das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dabei vorgesehen sei, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Das Verbot führe jedenfalls dann zur Nichtigkeit, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.²

Dies entsprach der Situation im vorliegenden Fall. Der beklagte Handwerker hat gegen seine steuerliche Pflicht aus § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UStG in der Fassung v. 13.12.2006 verstoßen, weil er nicht innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Leistung eine Rechnung ausgestellt hat. Er hat außerdem eine Steuerhinterziehung gem. § 370 AO begangen, weil er die Umsatzsteuer nicht abgeführt hat.³ Die Klägerin ersparte auf diese Weise einen Teil des Werklohns in Höhe der anfallenden Umsatzsteuer.⁴

III. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

1. Rechtslage vor dem 1.8.2004

Der BGH hatte zu den vor dem 1.8.2004 geltenden Fassungen des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit angenommen, dass Verstöße gegen dieses Gesetz zur Nichtigkeit der Werkverträge führen, wenn beide Parteien dagegen verstoßen hatten.⁵

Bereits zu diesem Zeitpunkt entsprach es der Auffassung des BGH, dass die dort aufgeführten Ordnungswidrigkeitstatbestände Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB darstellen. Um einen beiderseitigen Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit anzunehmen, hat der BGH

² BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 13.

³ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 21.

⁴ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13 Rn. 23.

⁵ BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/ 80 = BGHZ 85, 39 (44) m.w.N.; BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 121/83 = BGHZ 89, 369 (372); BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 14; Bei einseitigen Verstößen wird man grds. keine Nichtigkeit annehmen können, vgl. BGH NJW 2000, 1186 (1187).

diese sogar auch, obwohl nach der alten Fassung die Vorschriften nur an den Auftraggeber gerichtet waren, gegen die Erbringer der Werksleistung herangezogen.⁶

Sinn und Zweck sowie die in den Vorschriften der alten Fassung enthaltene Androhung von Geldbußen sprechen für die Annahme eines Verbotsgesetzes im Sinne von § 134 BGB. Ein gegen das Gesetz verstoßendes Rechtsgeschäft müsse konsequenterweise als nichtig anzusehen sein.⁷ Zwar enthalte das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit kein ausdrückliches Verbot der Schwarzarbeit. Jedoch bezwecke die Vorschrift, im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung, den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung zu versagen, weil nur so das Ziel erreicht werden könne, nämlich Schwarzarbeit tatsächlich zu verhindern.⁸ Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit wolle die Schwarzarbeit schlechthin verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den Vertragsparteien unterbinden.⁹

Ebenso wurden Fälle beurteilt, in denen der Auftraggeber zwar nicht selbst verbotswidrig handelte, aber den Gesetzesverstoß des Vertragspartners kannte und diesen bewusst für eigene Vorteile ausnutzte.¹⁰

2. Rechtslage nach dem 1.8.2004

Der BGH hält dem Grunde nach an seiner bisherigen Rechtsprechung auch für das seit dem 1.8.2004 geltende Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz fest. Vordergründig bezwecke nämlich die Novellierung des SchwarzArbG, die Verschärfung der gesetzlichen Maßnahmen. Da bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH – in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung¹¹ – die frühere Fassung zur Bekämpfung der Schwarzarbeit erforderte, dass Verträge, die den Ordnungswidrigkeitstatbeständen zugrunde lagen, bei bestimmter Beteiligung beider Vertragsparteien, nichtig waren, gebe es keinen Anhaltspunkt dafür, dass diese Rechtsfolge nunmehr mit dem neuen Gesetz nicht mehr eintreten soll.¹²

Denn § 1 Abs. 2 SchwarzArbG definiere erstmals den Begriff der Schwarzarbeit. In diesem Zusammenhang solle die klare Beschreibung des Schwarzarbeitsbegriffs einen Beitrag zur Stärkung des Unrechtsbewusstseins in der Bevölkerung

leisten und damit präventiv der Schwarzarbeit entgegenwirken.¹³

Nach § 1 Abs. 2 SchwarzArbG „leiste“ nunmehr auch derjenige Schwarzarbeit, der Dienst- oder Werksleistungen „ausführen lässt“.¹⁴

Außerdem zähle zur Schwarzarbeit gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG auch die Erbringung oder Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen, wenn dabei von einem Steuerpflichtigen eine sich aufgrund der Dienst- und Werkleistungen ergebende steuerliche Pflicht nicht erfüllt werde. Im Falle der Entlohnung eines selbstständigen Handwerkers durch den Besteller ohne Rechnungsstellung liege jedenfalls in objektiver Hinsicht regelmäßig ein Verstoß des Unternehmers gegen die Erklärungs- und Anmeldungspflichten gem. § 25 Abs. 3 EStG und § 18 Abs. 1, 3 UStG sowie gegen die Rechnungsstellungspflicht gem. § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UStG vor.¹⁵

Die Einführung des Tatbestandes über die Verletzung steuerlicher Pflichten, um eine Form der Schwarzarbeit zu beschreiben, ist der ausdrückliche Gesetzgeberwille. Bewusst werde auch der Auftraggeber mit dieser Regelung erfasst, der die Schwarzarbeit erst ermöglicht bzw. unterstützt und ohne den die Schwarzarbeit gar nicht möglich wäre. Daher stelle auch § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz dar.¹⁶

IV. Bewertung

Die BGH-Entscheidung ist zu begrüßen. Die nunmehr erfolgte Kehrtwende des *Senats* bringt nun Klarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der rechtlichen Folgen – zumindest in Bezug auf die Geltendmachung von vertraglichen Gewährleistungsansprüchen. Das Aufbegehren des Berufungsgerichts gegen die „Ohne-Rechnung-Vertrags-Rechtsprechung“ des BGH hat sich gelohnt.

Der BGH distanziert sich von seiner früheren Rechtsprechung zur alten Gesetzeslage vor 2004. Nach seiner damaligen Rechtsprechung nahm der BGH erst eine (Gesamt-)Nichtigkeit an, wenn nur die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Bauvertrags war.¹⁷ Zuvor hatten die höchsten Richter noch einen vertraglichen Gewährleistungsanspruch jeweils über § 242 BGB zuerkannt und damit teilweise heftige Diskussionen ausgelöst.¹⁸ Derartige Billigkeitserwägungen sollen nicht

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 336/89 = BGHZ 111, 308 (310 f.), zu einem Verstoß gegen die Vorschriften in der ab dem 1.1.1082 geltenden Fassung; BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/80, Rn. 33 zu der Fassung des Gesetzes v. 31.5.1974.

⁷ BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/80, Rn. 28.

⁸ BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/80, Rn. 26, 29; BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 15.

⁹ BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 336/89, Rn. 10.

¹⁰ BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 121/83, Rn. 24; vgl. auch BGH, Urt. v. 20.12.1984 – VII ZR 388/83 = BauR 1985, 197 (198); BGH, Beschl. v. 25.1.2001 – VII ZR 296/00 = BauR 2001, 632 = NZBau 2002, 149; BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 16.

¹¹ Vgl. die Nachweise bei BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 121/83, Rn. 24.

¹² BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 17.

¹³ BT-Drs. 15/2573, S. 18; BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 18.

¹⁴ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 19.

¹⁵ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 20; vgl. *Bosch*, NJOZ 2008, 3044 (3049).

¹⁶ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 20; *Bosch*, NJOZ 2008, 3044 (3049); *Fricke*, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, 2005, S. 227; *Stamm*, NZ-Bau 2009, 78 (86); a.A. *Joß*, JR 2009, 397 (398).

¹⁷ BGHZ 136, 125 (132); BGH NJW-RR 2002, 1527; BGH NJW 2003, 2742; BAG NZA 2004, 314: In der Regel ist aber nicht die Steuerhinterziehung Hauptzweck der Abrede, sondern die Werkleistung an sich.

¹⁸ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, Rn. 28, mit Verweis auf BGH, Urt. v. 24.4.2008 – VII ZR 42/07 = BGHZ 176, 198; BGH BauR 2008, 1330 = NZBau 2008, 436: Demnach waren nach alter Gesetzeslage die Mängelansprüche des Bestellers,

mehr in Betracht kommen, weil der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG bereits Verstöße gegen steuerliche Pflichten zur Nichtigkeit des gesamten zugrunde liegenden Werkvertrages führen lässt. Auch rückt der BGH von der isolierten Betrachtung von „Ohne-Rechnung-Abrede“ und Restverabredung ab.

Da Schwarzarbeit weiterhin gängig ist und noch häufiger in vielen Branchen vorkommt, hat der BGH nun in aller Klarheit eine Grenze gezogen: Kein Auftraggeber ist schutzbedürftig, wenn er Schwarzarbeit vorsätzlich nutzt, um Kosten durch die Steuerhinterziehung des Vertragspartners zu sparen; dem illegalen Geschäft soll kein Schutz gewährt werden. Damit führt das verbotswidrige Rechtsgeschäft nicht nur zur Nichtigkeit, die Nichtigkeit erstreckt sich endlich auch auf das Rechtsgeschäft im Ganzen, wenn ein beidseitiger Verstoß vorliegt.¹⁹

V. Konsequenzen für andere Fallkonstellationen (Bereicherungsrechtliche Ansprüche)

Der BGH hatte im vorliegenden Fall etwaige Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zu prüfen.²⁰ Im Ergebnis dürften diese zu verneinen sein.

1. Werklohnforderung

Bislang hatte der Werkunternehmer weder einen vertraglichen Werklohnanspruch aus § 631 BGB, weil dieser an § 134 BGB scheiterte, noch bestand nach überwiegender Ansicht in der Lehre ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB aufgrund von § 814 Fall 1 BGB.²¹ Der BGH konstruierte dennoch – wenig überzeugend – einen Wertersatzanspruch, indem er § 817 S. 2 BGB mittels Billigkeitserwägungen aus § 242 BGB aushöhlte.²² Bei der Bemessung des Wertersatzes musste der Werkunternehmer bisher jedoch einen Abschlag in Kauf nehmen,

trotz des Anwendungsbereichs von § 139 BGB und der damit verbundenen Gesamtnichtigkeit des Vertrags, wegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht berührt.

¹⁹ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 134 Rn. 13.

²⁰ In einer Klausur wäre an dieser Stelle noch die Prüfung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen, sowie davor ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB), notwendig. Der BGH lehnt den Anspruch aus „GoA“ aufgrund des Fehlens von Aufwendungen i.S.v. § 670 BGB ab, siehe BGH NJW 1990, 2542. Im Schrifttum wird teilweise ein objektiv fremdes Geschäft verneint, streitig: vgl. *Kern*, JuS 1993, 194.

²¹ Der BGH bejahte zwar ein Wertersatzanspruch nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB, ging aber nicht auf § 814 Fall 1 BGB ein, siehe dazu BGH NJW 1990, 2542.

²² BGH NJW 1990, 2542 (2543); ähnlich BGH NJW 2006, 45 (46) m. Anm. *Möller*, NJW 2006, 268. Bei § 817 S. 1 BGB handelt es sich um eine eigenständige Anspruchsgrundlage, die dann Anwendung findet, wenn § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB durch § 814 BGB ausgeschlossen ist.

da angesichts der Nichtigkeit des Werkvertrages keine Gewährleistungsrechte bestanden.²³

Die höchstrichterliche Jurisdiktion hat in der hier vorliegenden Entscheidung die Chance verpasst, auch in Bezug auf bereicherungsrechtliche Wertersatzansprüche Klarheit zu schaffen. Entscheidend bleibt die konsequente Anwendung des Gesetzes (hier: § 817 S. 2 BGB). Die Vorschrift versagt derjenigen Partei den Rechtsschutz, die sitten- oder verbotswidrig gehandelt hat. Das Recht kann nicht dazu dienen, denen zu helfen, die sich bewusst außerhalb der Rechtsordnung bewegen. Ziel ist damit eine entsprechende abschreckende Wirkung bei den Vertragsparteien zu erwirken. Die Gewährung eines bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruches würde nur bedeuten, dass die vom Gesetzgeber mit dem SchwarzArbG bezweckte Präventivwirkung, nämlich die Verhinderung von „Schwarzarbeit“ und die Steuerabführung zu gewährleisten, untergraben werden würde.²⁴

2. Vorschusszahlungen

Gleiches gilt entsprechend für Vorschusszahlungen. Hat der Besteller den Werklohn bereits entrichtet, dürfte die Rückforderung des Vorschusses mit Blick auf § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein.

VI. Auswirkungen und Relevanz

Der „Schwarzarbeiter-Fall“ ist ein echter Examensklassiker im Zivilrecht. Insofern ist die Entscheidung optimal für Klausuren im fortgeschrittenen Studium und im Staatsexamen geeignet. Schnittstellen zwischen dem Allgemeinen und Besonderen Teil des BGB, Bereicherungs- sowie Deliktsrecht²⁵ können wunderbar abgefragt werden. Prüflinge müssen dabei zeigen, dass sie in Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung sind.

Abzuwarten bleibt nicht nur, ob den beiden beteiligten Parteien nun auch steuerrechtliche Konsequenzen oder Bußgelder drohen, sondern, inwieweit sich die BGH-Rechtsprechung in Bezug auf die (nicht abschließend geklärten) bereicherungsrechtlichen Ansprüche weiterentwickeln wird.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Volkan Güngör, Lüneburg

²³ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 818 Rn. 22; OLG Düsseldorf BauR 1993, 124 = NJW-RR 1993, 884: mindestens 15 %.

²⁴ Die Bejahung eines Wertersatzanspruches nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB oder §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB würde trotz § 817 S. 2 BGB die Folge haben, dass der Wert des Werkes ohne Gewährleistungsansprüche nach Einzelfall gering oder gar wertlos wäre. Das zeigt der aktuelle Fall, in dem das Werk evtl. für den vorgesehenen Zweck nicht geeignet ist und die Beseitigung des Mangels mehr als der Werklohn kostet.

²⁵ Denkbar sind zudem Ansprüche auf Schadenersatz nach §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. § 826 BGB. Voraussetzung ist jeweils vorsätzliches Verhalten hinsichtlich des Nichtzahlens des vereinbarten Lohnes.