

Und das Ende der Geschichte', Schwarzarbeit, die lohnt sich nicht

Ein klausurfallbezogener Überblick

Von Dr. Josef Zintl, Wiss. Mitarbeiter Jan Singbartl, München*

„Die Schwarzarbeit ist die Schweiz des kleinen Mannes“, betonte vor vielen Jahren der frühere Wirtschaftsminister Otto Graf Lambsdorff.¹ Seither hat sich die Meinung zu Schwarzarbeit in der Bundesrepublik Deutschland massiv gewandelt. So wie die Schweiz zwischenzeitlich kein sicherer Hafen mehr für Steuerbetrüger ist, so wird auch Schwarzarbeit - jedenfalls von der öffentlichen bzw. veröffentlichten Meinung - mittlerweile nicht mehr als Kavaliersdelikt angesehen, sondern gilt vielmehr als lupenreiner Fall von Wirtschaftskriminalität. Dies nicht ganz zu Unrecht, werden doch sowohl durch den Schwarzarbeiter als auch durch dessen Auftraggeber diverse Straftatbestände verwirklicht.² Ähnlich interessant wie die Frage, wie Schwarzarbeit als gemeinschädliches Delikt bestraft wird, ist jedoch auch die Frage, welche zivilrechtlichen Beziehungen zwischen dem Schwarzarbeiter und dessen Auftraggeber bestehen.

I. Die Frage nach dem Vorliegen eines wirksamen Schuldverhältnisses zwischen Schwarzarbeiter und Auftraggeber

1. Abgrenzung Dienst- und Werkvertrag

Zunächst ist danach zu fragen, welche Vertragsart bei Schwarzarbeit vorliegt. Schuldet der Schwarzarbeiter lediglich ein bloßes Tätigwerden, kommt ein Dienstvertrag nach § 611 BGB in Betracht.³ Häufig soll vom Schwarzarbeiter jedoch auch ein Erfolg herbeigeführt werden, d.h. ein Werk erstellt werden (z.B. Bau eines Hauses⁴, Tapezieren eines Zimmers, Schneiden der Hecke). In den Fällen, in denen die

Herbeiführung eines Erfolgs geschuldet ist, ist von einem Werkvertrag nach § 631 BGB auszugehen.⁵

2. Wirksamkeit des Vertrags

Wenn sich also der Schwarzarbeiter als Werkunternehmer und der Auftraggeber als Besteller tatbestandlich darüber geeinigt haben, dass der Schwarzarbeiter einen Erfolg schuldet (d.h. ein Werk zu erstellen hat), stellt sich die Frage, ob der entsprechende Werkvertrag, der tatbestandlich durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommen ist, auch wirksam ist. Der Werkvertrag nach § 631 BGB könnte gemäß § 134 BGB unwirksam sein, weil er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB kommen die Tatbestände des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG in Betracht. Bei den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz ist zu unterscheiden: Ein Werkvertrag, bei dem lediglich der Unternehmer gegen das SchwarzArbG verstößt, ist nämlich dann nicht nichtig, wenn der Besteller den Gesetzesverstoß des Vertragspartners nicht kennt.⁶ Dies dürfte – in der Praxis – einen Ausnahmefall darstellen. Im Falle von Schwarzarbeit wird wohl fast immer ein beiderseitiger Gesetzesverstoß vorliegen. Dies ergibt sich daraus, dass das SchwarzArbG nicht nur das Handeln des Schwarzarbeiters missbilligt (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG, wonach der Schwarzarbeiter eine Ordnungswidrigkeit begeht), sondern auch das Verhalten des Auftraggebers sanktioniert (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG, wonach derjenige, der Dienst- oder Werkleistungen von Personen, die eine Ordnungswidrigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG begehen, ausführen lässt, ebenfalls eine Ordnungswidrigkeit begeht). Fraglich und äußerst umstritten waren jedoch die Fälle, bei denen ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vorliegt. Der Tatbestand der Steuerhinterziehung gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG wurde durch die Neufassung des Schwarzarbeitergesetzes zum 1.8.2004 geändert. Fest stand bis zur Rechtsprechungsänderung im Jahre 2013, dass zumindest die „Ohne-Rechnung-Abrede“ nichtig ist gem. § 134 BGB.⁷ Ob der gesamte Werkvertrag dann nichtig ist, richtete sich bis zur Kehrtwende dieser Rechtsprechung nach § 139 BGB. Die Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages trat nur dann nicht ein, wenn man annehmen konnte, dass ohne die „Ohne-

* Der Verf. Dr. Josef Zintl ist Notar a.D. und derzeit Geschäftsführer der Notarkasse München. Der Verf. Jan Singbartl ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht und Europäisches Privat- und Verfahrensrecht von Prof. Dr. Beate Gsell an der Ludwig-Maximilians-Universität in München.

¹ Siehe hierzu nur

https://www.jobagent.ch/images/stories/arbeit_zitate.pdf

(24.3.2014); einen sehr detaillierten Überblick über das Gemengelage der zivilrechtlichen, steuerrechtlichen und ökonomischen Aspekte der Schwarzarbeit gewährt Heyers, Jura 2014, 936.

² So erfüllt selbstredend der Unternehmer den Straftatbestand des § 370 AO; aber auch der Besteller wird nicht nur als Gehilfe, sondern sogar als Mittäter gem. § 369 Abs. 2 AO i.V.m. § 25 Abs. 2 StGB bestraft. Zwar ist Steuerschuldner der Unternehmer gem. § 13a Abs. 1 Nr. 1 UStG, allerdings kann der Tatbestand der Steuerhinterziehung auch von einer selbst nicht steuerpflichtigen Person begangen werden, vgl. Lorenz, NJW 2013, 3132 (3135 Fn. 3) und ferner Popescu/Majer, NZBau 2008, 424.

³ Dies ist jedoch in praxi relativ selten.

⁴ In BGH NJW 1983, 1489 war dies der Bau und die Fertigstellung eines Fertighauses.

⁵ Unter der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges ist regelmäßig das durch die Tätigkeit des Unternehmers herbeizuführende Ergebnis gemeint, vgl. statt vieler Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, Einf. v. § 631 Rn. 1.

⁶ Ebenso auch OLG Düsseldorf IBR 2009, 254.

⁷ Vgl. die Grundsatzentscheidung BGH NJW 2013, 3167; vgl. auch die Besprechung dazu von Stadler, JA 2014, 65 und ebenso von Güngör, ZJS 2013, 617; Lorenz, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, 2009, S. 571 (573), differenziert auch noch zwischen anfänglicher und nachträglicher ohne Rechnung Abrede.

Rechnung-Abrede“ der Vertrag zu den gleichen Konditionen abgeschlossen worden wäre. Dies war meist im Zweifel schon deswegen zu verneinen, weil der Werkunternehmer keine Umsatzsteuer zahlen will und der Besteller dadurch bedingt weniger für die zu erbringende Leistung bezahlen muss. Anders gewendet: Der Werkvertrag und die „Ohne-Rechnung-Abrede“ sind nunmehr keine untrennbaren Teile mehr, sondern bilden vielmehr ein einheitliches Rechtsgeschäft. Nach richtiger Ansicht des Bundesgerichtshofs stellt demnach der neue Tatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz dar.⁸ Ein Verstoß liege nach BGH bereits dann vor, wenn auf Seiten des Unternehmers Vorsatz vorliege und der Besteller diesen Verstoß kenne und dabei bewusst zu seinem Vorteil ausnutze.⁹ Offen gelassen hat der BGH, ob nun § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG auch ein Verbot enthält, das gegen den Besteller gerichtet ist. So konstatiert *Lorenz* völlig zutreffend, dass es für eine Bejahung der Sittenwidrigkeit bereits ausreichend ist, dass typischerweise der Besteller den Verstoß des Unternehmers gegen das SchwarzArbG kenne und den Vorteil bewusst ausnutze.¹⁰ Der Vertrag, der zwischen dem Schwarzarbeiter und dessen Auftraggeber zustande kommt (dabei wird es sich um einen Werkvertrag nach § 631 BGB oder einen Dienstvertrag nach § 611 BGB handeln) ist aufgrund des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG unwirksam.

3. Geschäftsähnlicher Kontakt zwischen Besteller und Unternehmer?

Es stellt sich anschließend die Frage, ob zwischen Schwarzarbeiter und Auftraggeber zumindest ein (wirksames) Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zustande gekommen ist. Das Verhältnis zwischen Schwarzarbeiter und Auftraggeber könnte als „ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu qualifizieren sein. Dem ist insoweit zuzustimmen, als Schwarzarbeiter und Auftraggeber rein tatsächlich ein Austauschverhältnis begründen, indem der Schwarzarbeiter ein Werk erbringt und der Auftraggeber den Schwarzarbeiter hierfür vergütet. Auftraggeber und Schwarzarbeiter machen also gewissermaßen Geschäfte miteinander. In rechtlicher Hinsicht muss jedoch ein geschäftlicher Kontakt im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht nur aus gesetzessystematischen, sondern auch aus teleologischen Gründen verneint werden. Anderenfalls würde nämlich die Wertung des § 134 BGB unterlaufen. Indem § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG gerade die Unwirksamkeit von Verträgen über die Erbringung von Schwarzarbeit anordnet, hat der Gesetzgeber eine unzweideutige Entscheidung dahingehend getroffen, dass wirksame vertragliche Beziehungen jedweder Art zwischen Schwarzarbeiter und Auftraggeber ausgeschlossen sein sollen. Dieses Ergebnis bestätigt auch eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift des

§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Die Vorschrift möchte gerade nicht als Auffangtatbestand für anderweitig unwirksame Vertragsbeziehungen verstanden werden, sondern ordnet das Entstehen eines Schuldverhältnisses nur in den Fällen an, in denen tatbestandlich keine Einigung über das Entstehen eines Vertragsverhältnisses vorliegt. Im Fall von Schwarzarbeit liegt aber gerade eine tatbestandliche Einigung im Sinne des § 631 BGB vor. Für § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bleibt daher kein Raum.

II. Ansprüche des Schwarzarbeiters

1. Werklohnanspruch

Ein vertraglicher Primäranspruch des Schwarzarbeiters gegen seinen Auftraggeber scheidet mangels Vorliegen eines wirksamen Vertrags zwischen beiden Parteien aus.

2. Ansprüche, welche dem Schwarzarbeiter eine Vergütung für die Erstellung des Werks einräumen

a) Anspruch aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag)

Denkbar wäre jedoch ein Anspruch des Schwarzarbeiters gegen seinen Auftraggeber aus GoA gem. §§ 677, 683, 670 i.V.m. § 1835 Abs. 3 BGB analog. Dann müsste der Schwarzarbeiter Fremdgeschäftsführungswillen haben. Bei fremden Geschäften wird das Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens vermutet.¹¹ Fraglich ist aber schon, ob das Erstellen eines Werks für den Schwarzarbeiter überhaupt ein fremdes Geschäft darstellt. Indem der Schwarzarbeiter das entsprechende Werk erstellt, handelt er nicht vorrangig auf einem Gebiet, welches dem Auftraggeber zugewiesen wäre. Vielmehr handelt der Schwarzarbeiter in seinem eigenen Aufgabenkreis, da er sich dem Auftraggeber gegenüber ja vertraglich verpflichtet fühlt. Der Auftraggeber erbringt mithin Leistungen im Rahmen einer vermeintlich intakten vertraglichen Beziehung. Damit liegt schon gar kein fremdes Geschäft vor, sondern vielmehr ein Fall der Durchführung eines unwirksamen Vertrages, in welchem richtigerweise schon gar kein fremdes Geschäft vorliegt. Die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag dürfen aber nicht dazu führen, dass das Regelungsregime der § 812 ff. BGB untergraben wird und so insbesondere nicht die Wertungen der § 818 Abs. 3, 817 S. 2 BGB konterkariert werden. Selbst wenn man dies anders sähe und von einem fremden Geschäft ausginge (z.B. weil der Schwarzarbeiter weiß, dass kein wirksamer zivilrechtlicher Vertrag vorliegt und er mithin nicht einen vermeintlich intakten Vertrag erfüllen möchte, sondern ausschließlich ein Werk im Interesse des Auftraggebers erstellt), scheitert die GoA jedenfalls am fehlenden Fremdgeschäftsführungswillen.¹² Das Vorliegen eines entsprechenden

¹¹ So auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 74 III. 2.

¹² So auch die h.L.; vgl. dazu nur beispielsweise *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn. 410 ff.; Teile der Rechtsprechung lassen es hingegen an der Erforderlichkeit der Aufwendungen scheitern, vgl. nur BGH NJW 1990, 2542; ferner auch BGH NJW 2000, 1560 und sehr gut

⁸ Vgl. hierzu auch instruktiv *Mäsch*, JuS 2014, 355.

⁹ So expressis verbis BGH NJW 2013, 3167 (3169 Rn. 23).

¹⁰ Völlig richtig *Lorenz*, NJW 2013, 3132 (3133). In Fn. 6 in NJW 2013, 3135 bildet *Lorenz* auch noch den Fall, wann es am bewussten Ausnutzen scheitern soll.

Fremdgeschäftsführungswillens wäre jedenfalls deswegen widerlegt, weil der Schwarzarbeiter sein Werk nicht deswegen erstellt, um dem Auftraggeber altruistisch etwas Gutes zu tun, sondern um egoistisch eine Vergütung für das eigene Handeln bzw. den herbeigeführten Erfolg zu erhalten. Zwar reklamiert die Rechtsprechung für sich, dass jemand, der aufgrund eines nichtigen Vertrages tätig werde, nicht schlechter stehen darf, als derjenige, der ohne nichtigen Vertrag tätig wird.¹³ Folgte man der Rechtsprechung und wendete die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag trotz der geäußerten Bedenken an, kann dieser Streitstand dahinstehen, da es ohnehin an der Erforderlichkeit der Aufwendungen fehlen wird.¹⁴

b) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt.1 BGB

Es bleibt damit die Frage, ob dem Schwarzarbeiter gesetzliche Ansprüche gegen den Auftraggeber wegen der Herstellung des Werks zustehen. Zu denken ist an Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, namentlich aus Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt.1 BGB. Voraussetzung hierfür wäre zunächst, dass der Auftraggeber durch das Handeln des Schwarzarbeiters etwas erlangt hat, also sein wirtschaftliches Vermögen vermehrt worden ist.¹⁵ Dies dürfte jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen der Schwarzarbeiter erfolgreich ein Werk hergestellt hat, zu bejahen sein. Dann nämlich hat der Auftraggeber das Ergebnis der konkreten Tätigkeit erlangt, z.B. also ein neu gebautes Haus, eine neu tapezierte Wand, eine reparierte Uhr oder einen gemähten Garten. Das erlangte Etwas müsste vom Schwarzarbeiter an den Auftraggeber geleistet worden sein. Unter Leistung versteht man die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.¹⁶ Der Schwarzarbeiter weiß, dass er das Vermögen des Auftraggebers mehrt, indem er seine Arbeiten erbringt, d.h. es ist von einer bewussten Mehrung fremden Vermögens auszugehen. Der Schwarzarbeiter arbeitet zwar nicht, um eine Verbindlichkeit zu erfüllen (denn der Schwarzarbeiter dürfte regelmäßig wissen, dass der Auftraggeber keinen Anspruch gegen ihn auf Erbringung des Werkes hat), doch geht es dem Schwarzarbeiter darum, einen Zahlungsanspruch gegen den Auftraggeber zu begründen, indem er ein bestimmtes Werk herstellt. Dies ist also gewissermaßen Zweck seines Handelns. Eine zweckgerichtete Leistung ist vor diesem Hintergrund zu bejahen. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn der Eigentumsübergang gem. § 946 BGB erfolgt, weil dieser zumindest mittelbar aufgrund

zusammenfassend *Kern*, JuS 1993, 308 f.; zusammenfassend zum Fremdgeschäftsführungswillen vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 11), § 74 III. 2.

¹³ Vgl. nur BGH NJW 1993, 3196; ferner aus älterer Zeit BGHZ 37, 258 (263) = BGH NJW 1962, 2010 (2011).

¹⁴ Vgl. BGH NJW 1990, 2542; ferner auch BGH NJW 2000, 1560 und vertiefend aus der Literatur, *Kern*, JuS 1993, 193.

¹⁵ So auch BGH NJW 1995, 53 f.

¹⁶ Vgl. nur die mittlerweile etablierte Rechtsprechung BGHZ 40, 272 (277); ebenso aus jüngerer Zeit BGH NJW 2004, 1169; einen neuen Ansatz insoweit verfolgt *Schall*, JZ 2013, 753.

der Leistung des Werkunternehmers erfolgt. Ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen ist mangels wirksamen Vertrages gerade nicht gegeben. Damit hätte der Schwarzarbeiter grundsätzlich einen Anspruch gegen den Auftraggeber auf Herausgabe des erlangten Etwas aus ungerechtfertigter Bereicherung, vgl. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 (ggf. § 818 Abs. 1 BGB). Allerdings könnte hier eine sog. Kondiktionssperre nach § 814 BGB oder nach § 817 S. 1 BGB eingreifen.

Dabei kommt zunächst § 814 BGB in Betracht. Demnach kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende wusste, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte dieser Tatbestand in den meisten Fällen verwirklicht sein, da der Schwarzarbeiter regelmäßig weiß, dass er dem Auftraggeber nichts schuldet. Allerdings ist nach ganz h.M. § 814 BGB allein aufgrund normativer Kriterien im Ergebnis abzulehnen, da nämlich die Leistung in der Erwartung erbracht wird, dass der Vertragspartner seinerseits die Gegenleistung bewirken soll.¹⁷

Dann wäre weiter danach zu fragen, ob § 817 S. 2 BGB die Leistungskondiktion, die der Schwarzarbeiter geltend macht, ausschließt. Dies setzt zunächst voraus, dass der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, vgl. § 817 S. 2 BGB, welcher auf § 817 S. 1 BGB verweist.¹⁸ In den Schwarzarbeiterfällen verstößt der Auftraggeber durch die Annahme der Leistung (d.h. durch die Entgegennahme der Dienste bzw. des Werks) gegen ein gesetzliches Verbot (vgl. dazu schon oben). Demnach scheidet nach dem Wortlaut des § 817 S. 2 BGB eine Kondiktion durch den Schwarzarbeiter aus, wenn dieser durch die Erbringung der Leistung ebenfalls gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Auch diese Voraussetzung ist gegeben, da auch der Schwarzarbeiter gegen gesetzliche Vorschriften verstößt, wenn er Schwarzarbeit leistet. Demnach ist bei konsequenter Auslegung und Subsumtion unter den Wortlaut des Gesetzes kein Anspruch des Schwarzarbeiters gegen den Auftraggeber auf Vergütung seiner Tätigkeit aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegeben.¹⁹ Fraglich ist, ob dieses

¹⁷ So auch BGH NJW 1999, 2892 und aus älterer Zeit BGH NJW 1976, 237; aus der Literatur in dieselbe Richtung *Köhler*, JZ 1990, 466 (468).

¹⁸ Vgl. überblicksartig mit vertiefter Auseinandersetzung mit dem Problemkreis *Lorenz* (Fn. 7), S. 576; allgemein zu § 817 S. 1 BGB *ders.*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 14. Bearbeitung, 2007, § 817 Rn.10.

¹⁹ So nun auch der BGH NJW 2014, 1805 mit Besprechung *Heinze*, LMK 2014, 360329; *Raif*, GWR 2014, 310 und ebenso *Stadler*, JA 2014, 623. In diesem Sinne auch die Literatur schon seit Jahrzehnten, vgl. nur die Kritik bei *Lorenz* (Fn. 7), S. 580 f.; vgl. aus der Kommentarliteratur *ders.* (Fn. 18), § 817 Rn. 10; in dieselbe Richtung *Sack/Seibl*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 14. Bearbeitung, 2011, § 134 Rn. 10 und wohl auch *Larenz/Canaris* (Fn. 11), § 68 III. 3g; für eine Korrektur am Wortlaut vgl. die frühere Rechtsprechung bis zum April des Jahres 2014, die über

Ergebnis korrigiert werden muss. Dafür könnte sprechen, dass es anderenfalls für den Schwarzarbeiter zur vermeintlich unerträglichen Situation kommen könnte, dass dieser Werkleistungen enormen Umfangs erbracht hat, aber anschließend vom Auftraggeber hierfür nicht vergütet wird.²⁰ Ein zivilrechtlich durchsetzbarer Anspruch gegen den Auftraggeber bestünde dann nicht. Es bestünde daher ein Anreiz für den Auftraggeber, Schwarzarbeiter zu beschäftigen, weil auf diese Weise, solange nicht Vorauskasse vereinbart wird, für das hergestellte Werk nicht bezahlt werden müsste. Außerdem müsse man den geringen Umfang der Vergütung im Rahmen der Wertersatzpflicht des § 818 Abs. 2 BGB berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist genau diese Anreizsituation das effektivste Mittel, um Schwarzarbeit zu bekämpfen. Denn wenn der Schwarzarbeiter weiß, dass er unter Umständen „leer ausgeht“, wird er sich doppelt überlegen, ob er seine Dienste überhaupt in der Schattenwirtschaft als Schwarzarbeiter anbietet. Auch dieser erhält seine Ware nicht zurück bzw. kann hierfür keinen Wertersatz verlangen, wenn der Empfänger nicht bereit ist zu bezahlen. Schwarzarbeit ist eine Straftat. Diese zivilrechtlich gewissermaßen zu legalisieren, indem entgegen des klaren Wortlautes des BGB Zahlungsansprüche des Schwarzarbeiters gegen den Auftraggeber kreiert werden, verbietet sich schon aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung. Die Kehrtwende der Rechtsprechung ist auch schon allein deswegen begrüßenswert, da nur somit aus generalpräventiven Gesichtspunkten den alarmierenden Zahlen der Schwarzarbeit in Deutschland Einhalt geboten werden kann.

c) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 (*condictio ob rem*)

Diese Kondiktion beruht auf dem Grundgedanken, dass die Parteien den Erfolg - unabhängig von seiner rechtlichen und tatsächlichen Durchführung - als eigenständigen Behaltensgrund vereinbaren.²¹ Der Anspruch scheidet in aller Regel schon deshalb, weil die für § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB erforderliche Zweckvereinbarung aufgrund des Verstoßes gegen das Schwarzarbeitersgesetz nichtig ist. Der Hauptzweck der Leistung ist nämlich verboten.

3. Ansprüche, die auf der Verletzung von Rechten bzw. Rechtsgütern des Schwarzarbeiters durch den Auftraggeber beruhen

Sollte der Schwarzarbeiter im Rahmen seiner Tätigkeit für den Auftraggeber durch diesen in seinen Rechten bzw. Rechtsgütern geschädigt werden, scheiden vertragliche Schadenersatzansprüche mangels wirksamen Vertrages aus.

Zu denken wäre ggf. an einen Rekurs auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht und damit auch auf die allgemeinen Schutzpflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB, insbesonde-

re dann, wenn die Schlechterfüllung zugleich eine Schutzpflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 statuiert.²² Allerdings würde dieser Ansatz die Nichtigkeitsfolgen nicht hinreichend berücksichtigen.

Es bleiben damit einzig deliktsrechtliche Ansprüche nach den §§ 823 ff. BGB. Diese Rechtsfolge ist auch konsequent, da sich Schwarzarbeiter und Auftraggeber nach den Wertungen des Gesetzes wie fremde Dritte gegenüberstehen sollen.

III. Ansprüche des Bestellers gegen den Unternehmer

1. Anspruch auf Herstellung des vereinbarten Werks

Mangels wirksamen Vertrages hat der Besteller gegen den Schwarzarbeiter keinen Anspruch auf Herstellung des vereinbarten Werks.

2. Mängelgewährleistungsansprüche

Fraglich ist, ob dem Auftraggeber bei einem Werkmangel Gewährleistungsansprüche gegen den Schwarzarbeiter zustehen. Bei strenger Anwendung des Gesetzes ist dies nicht der Fall, da Mängelgewährleistungsansprüche einen wirksamen Vertrag (hier Werkvertrag) voraussetzen. Ein solcher Vertrag liegt im Falle von Schwarzarbeit aber gerade nicht vor. Dennoch könnte man daran denken, dem Auftraggeber in entsprechender Anwendung der Mängelgewährleistungsregeln einen Anspruch auf Nachbesserung oder sogar Neuherstellung gegen den Schwarzarbeiter zu gewähren. Anderenfalls nämlich könnte der Schwarzarbeiter quasi gefahrlos sein Werk erbringen, da er nie damit rechnen müsste, evtl. wegen unsauberer oder schlampiger Arbeit in die Haftung genommen zu werden. Es bestünde gewissermaßen ein „Freibrief“ für den Schwarzarbeiter. Gerade diese auf den ersten Blick vielleicht misslich erscheinende Situation ist jedoch ein effektives Mittel, um Schwarzarbeit gar nicht erst entstehen zu lassen. Denn wenn der Auftraggeber weiß, dass er unter keinen Umständen einen Gewährleistungsanspruch gegen den Schwarzarbeiter hat, wird dies den Auftraggeber ggf. davon abhalten, einen Schwarzarbeiter zu engagieren.²³ Das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen sollte daher richtigerweise immer davon abhängig sein, dass ein wirksamer Vertrag zwischen den Beteiligten besteht. Ist dies nicht der Fall, sollten im Falle der Schwarzarbeit aus generalpräventiven Gründen keine „künstlichen“ Gewährleistungsansprüche geschaffen werden, die im Endergebnis Schwarzarbeit nur wieder attraktiver machen würden. Dies kann keineswegs so gewollt sein.

3. Ansprüche, die auf der Verletzung von Rechten bzw. Rechtsgütern des Auftraggebers durch den Schwarzarbeiter beruhen

Wenn und soweit der Schwarzarbeiter in Ausführung der Arbeiten Rechte bzw. Rechtsgüter des Auftraggebers verletzt, scheiden vertragliche und vertragsähnliche Schadenersatzansprüche des Auftraggebers mangels wirksamen Vertrags bzw. Bestehens eines vertragsähnlichen Verhältnisses von Anfang

²⁰ § 242 BGB zu einer teleologischen Reduktion des § 817 S. 2 BGB kam.

²¹ Diese Bedenken teilen auch Köhler (JZ 1990, 466 [469]) und wohl auch Michalski (Jura 1994, 113 [117]).

²² Vgl. auch expressis verbis Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 74. Aufl. 2015, § 812 Rn. 29, 30.

²³ Anders aber wohl Canaris, JZ 1965, 476 (477 f.).

²⁴ So bereits auch BGHZ 111, 308 (310 ff.).

an aus, selbst dann wenn die Schlechterfüllung zu einer Schädigung des Bestellers an seinen sonstigen Rechten und Rechtsgütern im Sinne des § 241 Abs. 2 geführt hat. Eine andere Sichtweise würde wohl die Nichtigkeitsfolgen und die damit verbundenen Wertungen des Schwarzarbeitergesetzes zu wenig sanktionieren. Es bleiben dem Auftraggeber im Endeffekt nur die gesetzlichen Schadenersatzansprüche, §§ 823 ff. BGB. Dies ist im Ergebnis auch richtig, da das Gesetz, indem es die Unwirksamkeit von Verträgen über Schwarzarbeit anordnet, gerade keine Sonderbeziehung zwischen Auftraggeber und Schwarzarbeiter anerkennt. Der Auftraggeber muss also mit den sog. „Jedermann-Ansprüche“ nach Deliktsrecht Vorlieb nehmen.

Hingegen scheiden Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 bzw. 8 SchwArbG aus, da ein beiderseitiger Verstoß gegen das Schwarzarbeitergesetz vorliegt und damit ein Anspruch ausgeschlossen ist.

4. Anspruch auf Rückforderung der gezahlten Vergütung

Sollte der Auftraggeber dem Schwarzarbeiter die geforderte Vergütung bereits gezahlt haben, stellt sich die Frage, ob diese mit Blick auf das Fehlen eines wirksamen Vertrages zwischen den Beteiligten zurückgefordert werden kann. Der Auftraggeber könnte sich insoweit ggf. auf § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB stützen, d.h. einen Anspruch gegen den Schwarzarbeiter aus Leistungskondiktion geltend machen. Dieser Anspruch scheidet jedoch in zweierlei Hinsicht. Weiß der Auftraggeber - wie es regelmäßig der Fall sein sollte -, dass er dem Schwarzarbeiter gegenüber nicht zur Leistung verpflichtet ist, scheidet ein etwaiger Anspruch aus Leistungskondiktion bereits an der Kondiktionssperre des § 814 BGB. Der Leistende muss also wissen, dass er zu diesem Zeitpunkt nichts schuldet.²⁴ Sollte der Auftraggeber ausnahmsweise vom Vorliegen eines wirksamen Vertrages zwischen ihm und dem Schwarzarbeiter ausgehen, also kein sog. positives Rechtsfolgenbewusstsein aufweisen, welches § 814 BGB verlangt, scheidet der Anspruch auf Rückforderung an § 817 S. 2 BGB.²⁵ Jedoch gilt es zu beachten, dass der positiven Kenntnis das leichtfertige Verschließen vor der Einsicht in die Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit gleich steht.²⁶ Denn durch die Bezahlung des Schwarzarbeiters verstößt der Auftraggeber gegen ein gesetzliches Verbot. Auch der Schwarzarbeiter verstößt durch die Entgegennahme des Schwarzarbeiterlohnes gegen ein gesetzliches Verbot, so dass insoweit auch § 817 S. 1 BGB als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB erfüllt ist. Bei der Kondiktion des Bestellers wird eine Ausnahme vom Ausschlussgrund des § 817 S. 2 BGB nicht diskutiert. Im Ergebnis steht dem Auftraggeber gegen den Schwarzarbeiter also kein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB auf Rückforderung der gezahlten Vergütung zu. Ein etwaiger Anspruch des Auftraggebers

gegen den Schwarzarbeiter aus § 817 S. 1 BGB scheidet ebenfalls an § 817 S. 2 BGB.

IV. Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass das Zivilrecht in Ergänzung zum Strafrecht ein scharfes Schwert gegen die Bekämpfung der Schwarzarbeit sein kann, wenn man die zivilrechtlichen Vorschriften konsequent anwendet. Insoweit ist die Kehrtwende der Rechtsprechung begrüßenswert. Der Schwarzarbeiter kann noch nicht einmal den versprochenen Lohn vom Auftraggeber einfordern, wenn man die Vorschriften des § 814 BGB bzw. des § 817 S. 2 BGB ernst nimmt. Ebenso wenig hat der Auftraggeber irgendwelche Gewährleistungsansprüche gegen den Schwarzarbeiter im Falle von Schlechtleistung. Die generalpräventive Wirkung eines streng angewandten Zivilrechts sollte vor diesem Hintergrund nicht unterschätzt werden. Sie kann jedenfalls einen guten und wichtigen Beitrag dazu leisten, dass die Schattenwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland zurückgedrängt wird.

²⁴ Vgl. hierzu *Sprau* (Fn. 21), § 814 Rn. 4.

²⁵ Der Ausschlussgrund ist auch auf § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 anwendbar und nicht nur auf § 817 S. 2 BGB; so auch BGHZ 50, 90 und ebenso *Larenz/Canaris* (Fn. 11), § 68 III. 3.

²⁶ Vgl. nur *Larenz/Canaris* (Fn. 11), § 68 III. 3b.