

## Entscheidungsbesprechung

### Kein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Werklohnrückzahlung bei Schwarzarbeit

**Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23.7.2004 nichtig, steht dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gegen den Unternehmer kein Rückzahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung zu (Fortführung von BGHZ 201, 1 = NJW 2014, 1805 = NZA 2014, 748 = NZM 2014, 596). (Amtlicher Leitsatz)**

BGB §§ 134, 280, 281, 633, 634 Nr. 4, 812 Abs. 1 S. 1, 817 SchwarzArbG § 1 Abs. 2 Nr. 2

BGH, Urt. v. 11.6.2015 – VII ZR 216/14 (OLG Celle, LG Verden)<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Hiesige Judikatur setzt die Kehrtwende der Rechtsprechung aus dem Jahre 2013 zur Schwarzarbeit fort und stellt somit einen weiteren Meilenstein im Bemühen des Bundesgerichtshofs dar, Schwarzarbeit einzudämmen.<sup>2</sup> Zudem ist vorliegenden Judikat auch besonders lehrreich für Studierende, erfordert es doch eine grundsätzliche Beschäftigung mit dem Sinn und Zweck des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes und den damit verbundenen Rechtsfolgen. Nicht zuletzt interessant sind die Auswirkungen des „Klassikers“ Schwarzarbeit auf die Praxis. Im Dunstkreis der hier zu besprechenden Entscheidung gab es jedoch noch zwei weitere wesentliche Urteile aus den Jahren 2013 und 2014, die zentrale Bedeutung für den Problembereich Schwarzarbeit haben. Für ein besseres Verständnis hiesiger Entscheidung ist es somit unerlässlich, dass hierauf nochmals in der gebotenen Kürze eingegangen wird, nicht zuletzt um auch den Gesamtkontext näher zu akzentuieren.

#### 1. Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2013 zur Frage der Mängelgewährleistung des Bestellers aufgrund nichtigen Vertrages

Die den Rechtssprechungswandel einläutende Entscheidung des BGH vom 1.8.2013<sup>3</sup> setzt sich mit einer sog. „Ohne-Rechnung-Abrede“<sup>4</sup> in einem Werkvertrag auseinander. Der

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bbe834f0de3c40a28b30a47d3d1b21ed&nr=71595&pos=28&anz=29> (24.1.2015).

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 2013, 3167 und sogleich unter I. 1.

<sup>3</sup> BGH NJW 2013, 3167.

<sup>4</sup> Vertragliche Abrede, bei der die Parteien vereinbaren, dass die beispielsweise nach §§ 1, 13, 13 a, 14 UStG, §§ 1, 15 EStG anfallenden Steuern seitens des Unternehmers nicht abgeführt werden und dem Besteller ein Nachlass auf den Werklohn gewährt wird, vgl. Lorenz, NJW 2013, 3132.

Besteller<sup>5</sup> machte in concreto gegenüber dem Unternehmer vertragliche Mängelansprüche geltend. Der BGH gab sodann die alte Rechtsprechung<sup>6</sup> zur Schwarzarbeiterproblematik auf. Nunmehr sei von einer Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags nach § 134 BGB i.V.m. der Verletzung des gesetzlichen Verbots des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG auszugehen.<sup>7</sup> Eine solche Nichtigkeit nach § 134 BGB sei im Vergleich zur Nichtigkeit nach § 139 BGB nur in sehr engen Grenzen durch Treu und Glauben zu überwinden. Folge dieser Kehrtwende in der Rechtsprechung ist im Ergebnis, dass dem Besteller im Falle des Vertrags mit einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ keine Mängelrechte zustehen. Einer fehlerhaften Ausführung des Werks könne, so konstatiert der BGH schließlich, allenfalls im Hinblick auf das Bereicherungsrecht Rechnung getragen werden.<sup>8</sup>

#### 2. Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2014 zur Frage der Werklohnzahlungsanspruchs des Unternehmers aufgrund nichtigen Vertrages

Wiederum hatte sich der BGH in der Entscheidung vom 10.4.2014<sup>9</sup> mit einer Schwarzarbeitsabrede<sup>10</sup> in einem Werkvertrag auseinanderzusetzen. In casu hatte der Werkunternehmer vorgeleistet und verlangte nun den vereinbarten Werklohn. Anknüpfend an oben genannte Entscheidung aus dem Jahre 2013 ging man auch hier von einer Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB aus, was vertragliche Ansprüche per se ausschließt. Einen Wertersatzanspruch aus Bereicherungsrecht sah der BGH ferner durch § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Der Werkunternehmer verstoße schließlich gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG. § 817 S. 2 BGB sei auch nicht einschränkend auszulegen, da der Werkunternehmer gerade nicht schutzwürdig und der durch die Leistung hergestellte Zustand an sich nicht sittenwidrig sei.<sup>11</sup> Zentral war für den BGH hierbei insbesondere eine auch dem Zivilrecht immanente generalpräventive Funktion. Somit blieb dem schwarz arbeitenden Unternehmer ein Anspruch auf Vergütung versagt.

<sup>5</sup> Diese Terminologie ist indes wohl unpräzise, vgl. Friesen/Bauer, DAR 2015, 513 Fn. 1, wird der Klarheit halber aber im Folgenden beibehalten.

<sup>6</sup> Diese nahm eine Teilnichtigkeit des Vertrags in Bezug auf die „Ohne-Rechnung-Abrede“ an, welche nach § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit führt. Dieser Gesamtnichtigkeit stand nach alter Ansicht jedoch regelmäßig Treu und Glauben entgegen, sodass der Vertrag im Übrigen für wirksam gehalten wurde, vgl. so noch z.B. BGH NJW-RR 2008, 1050.

<sup>7</sup> Vgl. BGH NJW 2013, 3167 (3168).

<sup>8</sup> Hierzu nimmt insbesondere BGH NJW 2015, 2406 Stellung (vgl. im Folgenden unter III. 2. und 3.).

<sup>9</sup> BGH NJW 2014, 1805.

<sup>10</sup> Zur Terminologie siehe Stamm, NJW 2014, 2145 (2149 m.w.N.).

<sup>11</sup> Konträr noch BGH NJW 1990, 2542.

### 3. Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2015 zur Frage des Rückzahlungsanspruchs des Werklohns des Bestellers aufgrund nichtigen Vertrages

Der der hier zu besprechenden Entscheidung vom 11.6.2015<sup>12</sup> zugrundeliegende Fall bildet das Gegenstück der 2014 entschiedenen Konstellation. Ebenfalls handelt es sich um einen mit einer Schwarzarbeitsabrede versehenen Werkvertrag. Hier leistete jedoch der Besteller, und nicht, wie oben beschrieben, der Unternehmer, vor und machte folglich einen Rückzahlungsanspruch des bereits an den Unternehmer gezahlten Werklohns geltend. Der BGH verneint einen Rückzahlungsanspruch schließlich gestützt auf § 817 S. 2 BGB.<sup>13</sup> Damit wird die zunächst noch offen gelassene Hintertür des Bereicherungsrechts endgültig geschlossen. Hiesige Entscheidung bildet nach alledem – womöglich – den Abschluss eines umfassenden Rechtsprechungswandels auf dem Gebiet der Schwarzarbeit.

## II. Sachverhalt<sup>14</sup>

Im dem aktuellen Judikat zugrundeliegenden Fall beauftragte der Kläger den Beklagten mit Ausbauarbeiten im Dachgeschoss seines Hauses. Konkret sollten vier Fenster sowie Gipsbauplatten im Dachgeschoss eingebaut werden. Hierzu schlossen die Parteien auf Grundlage eines „Kostenschlags“ des Beklagten vom 12.1.2007 in Höhe von 12.651,90 € zzgl. Umsatzsteuer einen mündlichen Vertrag mit Werklohnvereinbarung in Höhe von 10.000 € ab. Diesen Pauschalpreis beglich der Kläger sofort in bar. Er erhielt vom Beklagten in der Folge eine Rechnung „zum Festpreis von 10.000 €“. Es handelte sich hierbei um einen Rechnungsvordruck, bei dem die Spalten „Rechnung Nr.“, „Steuer-Nr. 2“, „Rechnungs-Betrag netto“, „+ % MwSt. = MwSt.-Betrag“ und „= Rechnungs-Endbetrag gesamt“ (die steuerrelevanten Spalten) keine Eintragungen enthielten. Das Werk des Beklagten war schließlich mangelhaft. Der Kläger verlangte daraufhin Rückzahlung des bereits vollständig gezahlten Werklohns.

## III. Kernaussagen und Würdigung

### 1. Wesentliche Argumentationslinien des Bundesgerichtshofs

#### a) Vertragliche Ansprüche

Zunächst prüft der BGH, ob aus einem zwischen Kläger und Beklagten gegebenenfalls bestehenden Vertragsverhältnis Ansprüche erwachsen. Der hierfür erforderliche Werkvertrag sei allerdings nach § 134 BGB nichtig. Es wird hierbei nahtlos an die im oben genannten Urteil aus dem Jahre 2013<sup>15</sup> aufgestellten Grundsätze angeknüpft. Die Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält hiernach ein Verbot des Abschlusses eines Werkvertrags, wenn in diesem vereinbart wird, dass eine der Vertragsparteien ihre aus dem Vollzug des Werkvertrags entstehenden steuerlichen Pflichten nicht

erfüllt.<sup>16</sup> Mithin führe eben dieses Verbot gem. § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.<sup>17</sup> Da der Beklagte die Umsatzsteuer nicht entrichten wollte und der Kläger hiervon wusste sowie auf dieser Basis einen Preisnachlass erhielt, sah der BGH diese Voraussetzungen als erfüllt an. Der Vertrag sei somit auf Grund der Verletzung des gesetzlichen Verbots des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG<sup>18</sup> nach § 134 BGB in Gänze nichtig. Vertragliche Ansprüche seien demnach ausgeschlossen. Diesbezüglich setzt der BGH die 2013 begründete und in der Literatur<sup>19</sup> geforderte und begrüßte Rechtsprechung ohne Frage fort. Zu einer durch Treu und Glauben gebotenen Korrektur dieses Ergebnisses erfolgt nunmehr keine Stellungnahme, was wohl darauf hindeutet, dass man von dieser Möglichkeit auch in Zukunft keinen Gebrauch machen wird.<sup>20</sup>

#### b) Geschäftsführung ohne Auftrag

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag werden im hiesigen Urteil mit keinem Wort erwähnt. Dies verwundert insbesondere auf Grund dessen, dass man in vorangegangenen Urteilen den Anwendungsbereich der §§ 677 ff. BGB durchaus als eröffnet betrachtete.<sup>21</sup> Eine solche Betrachtungsweise führt im aktuellen Fall bei Verschulden des Unternehmers zu einem Anspruch des Bestellers aus §§ 677, 280 BGB. Dogmatisch sauberer erscheint es indes, mit einer starken Auffassung in der Literatur<sup>22</sup> den Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag in Fällen der Rückabwicklung gescheiterter Vertragsverhältnisse einzuschränken. So ist in solchen Konstellationen doch das Bereicherungsrecht spezieller und damit einzig einschlägig. Insbesondere würden durch die Anwendung der §§ 677 ff. BGB die Wertungen der § 818 Abs. 3, § 817 S. 2 BGB völlig konterkariert.<sup>23</sup> Ob der Unternehmer die Schlechtleistung zu vertreten hat, kann nach hier vertretener Ansicht somit dahinstehen. Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag besteht hiernach nicht.

<sup>16</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 2406 Rn. 10.

<sup>17</sup> In der Literatur (vgl. *Mäsch*, JuS 2014, 355 [356]; *Jerger*, NZBau 2013, 608 [610]; *ders.*, NZBau 2014, 415 [416]) wird zu Recht hervorgebracht, dass die vom BGH gebildete Formel bezüglich des Gesetzesverstoßes des Bestellers nicht zwingend notwendig ist; § 1 Abs. 2 SchwarzArbG enthalte zumindest bei Bauleistungen schließlich auch ein an den Besteller gerichtetes Verbot („[...] ausführen lässt [...]“).

<sup>18</sup> Ebenso wird zu Recht darauf hingewiesen, dass in den Schwarzarbeiterfällen zugleich auch ein Verstoß gegen § 370 AO vorliegt, vgl. *Mäsch*, JuS 2014, 355 (356).

<sup>19</sup> Statt vieler siehe *Lorenz*, NJW 2013, 3132 (3134).

<sup>20</sup> Dies als endgültige Abkehr von der alten Rechtsprechung (BGH NJW-RR 2008, 1050) betrachtend *Stamm*, NJW 2015, 2406 (2407).

<sup>21</sup> Vgl. beispielsweise BGH NJW 2014, 1805 Rn. 14.

<sup>22</sup> Siehe nur *Jerger*, NJW 2015, 552 (553); *Lorenz*, NJW 2013, 3132 (3133 m.w.N.).

<sup>23</sup> Vgl. *Zintl/Singbartl*, ZJS 2014, 148 (149).

<sup>12</sup> BGH NJW 2015, 2406.

<sup>13</sup> Hierzu ausführlicher unten unter III. 2.

<sup>14</sup> LG Verden BeckRS 2015, 10567; OLG Celle BeckRS 2015, 10566; schließlich BGH NJW 2015, 2406.

<sup>15</sup> BGH NJW 2013, 3167.

c) *Bereicherungsrecht mit Schwerpunkt auf § 817 S. 2 BGB*

Den Schwerpunkt der Entscheidung bilden die Ausführungen zu einem eventuell bestehenden Rückzahlungsanspruch aus Bereicherungsrecht. Zunächst stellt der BGH klar, dass die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erfüllt sind. Der Anspruch sei allerdings nach § 817 S. 2 Hs. 1 BGB ausgeschlossen. Es wird anknüpfend an die Entscheidung aus dem Jahre 2014 hervorgebracht, dass in Anbetracht der Zielsetzung des SchwarzArbG nicht nur die vertragliche Vereinbarung von Schwarzarbeit als solche, sondern auch der Vollzug eines solchen Vertrags gegen das gesetzliche Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen.<sup>24</sup> Damit werde auch die Zahlung eines im verbotswidrigen Vertrag vereinbarten Werklohns von § 817 S. 2 BGB erfasst. Eine einschränkende Auslegung des § 817 S. 2 BGB sei ferner im konkreten Fall nicht geboten. Derjenige, der bewusst gegen das gesetzliche Verbot des SchwarzArbG verstoße, solle von der Rechtsordnung nicht geschützt werden. Verwiesen wird insbesondere auf den generalpräventiven Charakter der Vorschrift. Ein Ausschluss jeglicher Ansprüche zwischen den Vertragsparteien eines Schwarzarbeitervertrags entspräche schlicht der gesetzgeberischen Intention, Schwarzarbeit als gesellschaftliches Phänomen in besonderem Maße mit den Mitteln des Zivilrechts zu bekämpfen. Wie schon im Leitsatz der Entscheidung deutlich wird, ist der *Senat* der Auffassung, dass er mit dieser Würdigung nahtlos an die vorangegangene Entscheidung anknüpfe. In der juristischen Literatur schließlich findet die hier beschriebene Argumentation großen Anklang.<sup>25</sup>

2. *Kritische Würdigung*

a) *Präventionsfunktion als Ziel des Zivilrechts und § 817 S. 2 BGB*

Der zentrale Gedanke des Kondiktionsausschlusses nach § 817 S. 2 BGB ist, dass man sich zur Anspruchsbegründung nicht auf eigene Unlauterkeit berufen dürfen soll.<sup>26</sup> § 817 S. 2 BGB ergänzt in diesem Sinne §§ 134, 138 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Rückabwicklung. Wer sich bewusst außerhalb der Rechtsordnung bewegt, indem er einen verbotswidrigen Vertrag abschließt bzw. ausführt, wird von der Rechtsordnung somit nicht geschützt.<sup>27</sup> Durch dieses erhöhte Risiko soll der Bürger von verbots- bzw. sittenwidrigen Geschäften abgeschreckt werden. Um diesem breiten Normzweck gerecht zu werden, sind allgemein zwei teleologische Extensionen in Bezug auf § 817 S. 2 BGB anerkannt: zum einen die Anwendbarkeit auf sämtliche Unterarten der Leistungskondiktion; zum anderen die Ausweitung auf einen einseitigen Verstoß des Leistenden.<sup>28</sup> Dies zeigt recht anschaulich, welch

großer Stellenwert der Generalprävention im Zivilrecht allgemein eingeräumt wird. Unter diesem Gesichtspunkt liegt freilich ebenso auf der Hand, dass § 817 S. 2 BGB dann keine Anwendung finden kann, wenn der sitten- bzw. verbotswidrige Zustand durch eine Versagung des Anspruchs perpetuiert wird. Denn in diesem Fall verkehrt sich die Abschreckung in einen Anreiz.

b) *Bewertung der Entscheidung im Hinblick auf die Perpetuierung des gesetzeswidrigen Zustands als Einschränkung des § 817 S. 2 BGB*

Problematisch erscheint diesbezüglich die aktuelle Rechtsprechung des BGH. Argumentiert wird in der Entscheidung überwiegend mit Verweisen auf das vorangegangene Urteil. Insbesondere an der Überzeugungskraft dieser Verweisungen bestehen erhebliche Zweifel. So wird im Jahr 2014 noch explizit ausgeführt, dass das SchwarzArbG den Besteller vor „Pfuscharbeit“ schützen soll.<sup>29</sup> Diesem Zweck widerspricht es evident, wenn der Besteller im Fall der Mangelhaftigkeit des Werks neben seiner Mängelrechte auch eines Rückzahlungsanspruchs beraubt wird. Man könnte also bereits über eine Einschränkung des § 817 S. 2 BGB in Bezug auf Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes nachdenken. Ob das SchwarzArbG die Gewährung eines Anspruchs zwingend erfordert, ist indes fraglich.<sup>30</sup> Möglich erscheint ebenso, dass mit der Versagung eines Rückzahlungsanspruchs des Bestellers dem verbotswidrigen Zustand Dauer verschafft wird.<sup>31</sup> Der schwarz arbeitende Unternehmer steht schließlich nach der aktuellen Entscheidung des BGH besser da als ein gesetzeskonform arbeitender Unternehmer.<sup>32</sup> Er erhält die volle Werklohnzahlung und hat im Gegenzug mangelhaft (oder – in anderen Fällen denkbar – gar nicht) geleistet. Diese Situation führt im Ergebnis nicht zur Prävention, sondern gar zu einem Anreiz für Unternehmer, „schwarz“ zu arbeiten. Hierauf könnte man entgegnen, bei einer Einschränkung des § 817 S. 2 BGB stelle sich die Problematik umgekehrt dar: der Besteller, der einen Unternehmer „schwarz“ arbeiten lässt, stünde besser als jener, der gesetzestreu handelt. So habe der Besteller konkret nichts geleistet und dennoch ein Werk erhalten. Dies erscheint indes unpräzise. Zunächst ist diesem Einwand entgegenzuhalten, dass das erhaltene Werk mangelhaft war. Sollte dies verständlicher Weise nicht vollends überzeugen, so ist darauf hinzuweisen, dass der Besteller, selbst wenn man ihm den „faktischen“ Rücktritt und damit die Rückzahlung des Werklohns zugesteht, immer noch seiner weiteren Mängelrechte beraubt ist. Insofern greift das Argument, der gesetzeswidrig handelnde Unternehmer wird durch die strikte Anwendung von § 817 S. 2 BGB besser gestellt als der gesetzestreue Unternehmer, im Ergebnis durch. Der verbotswidrige Zustand wird somit perpetuiert. Dies setzt

<sup>24</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 1805 (1806).

<sup>25</sup> Siehe etwa *Stamm*, NJW 2015, 2406 (2407); *Jerger*, NZBau 2015, 552.

<sup>26</sup> *Expressis verbis Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II – Besonderer Teil, 17. Aufl. 2014, § 134 Rn. 1157.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 41, 341 (344).

<sup>28</sup> Siehe statt vieler *Sprau*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 817 Rn. 12.

<sup>29</sup> Siehe BGH NJW 2014, 1805 (1806).

<sup>30</sup> *Tiedtke*, DB 1990, 2307 m.w.N.

<sup>31</sup> Hierauf hinweisend indes einzig *Lorenz*, [http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/viizr216\\_14.htm](http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/viizr216_14.htm) (24.1.2015).

<sup>32</sup> Dies berücksichtigt indes schon BGH NJW 2014, 1805 (1807) mit Verweis auf *Kern*, JuS, 1993, 193 (195).

zweifelsfrei Anreize für findige Unternehmer, zukünftig „schwarz“ zu arbeiten. Einzig müssen sie den Besteller zur Vorleistung bewegen, was insbesondere bei Pauschalpreisen leicht zu erreichen sein wird. Anders als die vorangegangenen Entscheidungen führt aktuelles Judikat folglich dazu, dass die dem Zivilrecht immanente Generalprävention partiell konterkariert wird.

#### **IV. Folgen für Studium, Prüfung und Praxis**

Die aktuelle Entscheidung setzt die Rechtsprechung aus den Jahren 2013 und 2014 nahtlos fort. Für Studierende ist es absolut zwingend, die aktuelle Rechtsprechungsentwicklung im Segment der Schwarzarbeit zu verfolgen und kritisch zu evaluieren. Fraglich ist indes darüber hinaus, ob sich die Rechtsprechung auch in Zukunft mit dem Thema der Schwarzarbeit zu befassen hat oder ob dieses Buch mit hiesiger Entscheidung endgültig geschlossen wurde. Allerdings erscheint es nicht völlig ausgeschlossen, dass Problematiken rund um die Schwarzarbeit auch weiterhin vor dem Bundesgerichtshof verhandelt werden. Insbesondere wird es sicherlich findige Unternehmer geben, die nach wie vor „schwarz“ arbeiten.<sup>33</sup> Endlich bleibt festzuhalten, dass man hiesige Entscheidung zumindest kritischer hinterfragen sollte als bisher in der Literatur geschehen. Wie so oft zeigt sich, dass eine zu einseitige Betrachtungsweise in rechtlichen Fragen zu teils unbefriedigenden Ergebnissen führt.

*Wiss. Mitarbeiter Jan Singbartl, stud. iur. Johannes Rübbeck, München*

---

<sup>33</sup> Auf weitere Gestaltungsmöglichkeiten weist auch *Jerger*, NZBau 2014, 415 (420) hin.