

Die Schwarzarbeit in der Falllösung – unter besonderer Berücksichtigung der Novellierung des SchwarzArbG und des *BGH*-Urteils vom 01.08.2013

Antonia Reitter, Bonn*

Die mit Schwarzarbeit einhergehenden Probleme beschäftigen die juristische Theorie und Praxis gleichermaßen. Im Rahmen seiner Entscheidung vom 01.08.2013 hatte sich der *BGH* erstmals mit einem Fall der sog. Ohne-Rechnung-Abrede unter Geltung des mit Wirkung vom 01.08.2004 novellierten Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) auseinanderzusetzen und nutzte die Anwendungspremiere des neuen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG zur eleganten Abkehr von seiner 2008 begründeten Annahme, in derartigen Fällen könnten Mängelgewährleistungsansprüche der Auftraggeber bestehen. Mit ihren Problemstellungen aus den verschiedensten Gebieten des allgemeinen Teils des BGB und des Schuldrechts eignen sich die Schwarzarbeitserfälle besonders zur Anschauung im Rahmen der juristischen Ausbildung.

I. Ausgangsfall

In dem vom *BGH* zu entscheidenden Fall hatten sich die Parteien auf den Abschluss eines Werkvertrags geeinigt, in dessen Rahmen der Beklagte die Auffahrt auf dem Grundstück der Klägerin neu pflastern sollte. Vereinbart wurde, dass die Bezahlung bar, ohne Rechnung und ohne Abführung von Umsatzsteuer erfolgen sollte. Nachdem sich die Pflasterung als mangelhaft erwiesen hatte, machte die Klägerin Mängelgewährleistungsansprüche geltend.

II. Novellierung des SchwarzArbG

Erstmals lag diesem Verfahren die novellierte Fassung des SchwarzArbG vom 01.08.2004 zugrunde, in deren Rahmen die Schwarzarbeit in § 1 II SchwarzArbG legaldefiniert und die Tatbestände des SchwarzArbG erweitert wurden. Zudem wurde die Ohne-Rechnung-Abrede in den Katalog des § 1 II SchwarzArbG aufgenommen, nach welchem unter Nr. 2 nun auch derjenige Schwarzarbeit leistet, der als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht, Prof. Dr. Raimund Waltermann, Universität Bonn.

III. Nichtigkeit des Vertrags bei Ohne-Rechnung-Abrede und Schwarzarbeit

Von grundlegender Bedeutung in Zusammenhang mit Ansprüchen aus Schwarzarbeit ist die Frage der Nichtigkeit des jeweiligen Vertrags.

1. Einordnung des SchwarzArbG als Verbotsgesetz

Die Nichtigkeit nach § 134 BGB i. V. m. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG setzt zunächst voraus, dass es sich bei § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG um ein Verbotsgesetz handelt. Verbotsgesetze sind Rechtsnormen, die eine rechtsgeschäftliche Regelung wegen ihres Inhalts oder wegen der Umstände ihres Zustandekommens untersagen.¹ Die Verbotsgesetzesqualität hatte der *BGH* bereits für das frühere Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwArbG) bejaht und dies nun auch in seiner erstmaligen Entscheidung nach neuer Rechtslage für das novellierte SchwarzArbG so entschieden: Dieses diene nach § 1 I SchwarzArbG der Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und stelle gegenüber dem Vorgängergesetz eine Verschärfung dar. Insofern sei es irrelevant, dass das Gesetz keine ausdrücklichen Verbote beinhalte.²

2. Rechtsfolgen verschiedener Verstöße gegen das SchwarzArbG

Mit der Verletzung seiner Steuerpflicht aus der AO und dem UStG, die er auf Basis der Ohne-Rechnung-Abrede nicht erfüllt hat, hat jedenfalls der Werkunternehmer gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen.³ Für die Frage der Rechtsfolge eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz kommt es entscheidend auf den Gesetzeszweck an.⁴ Dieser gebietet vorliegend grundsätzlich den Eintritt der Nichtigkeitsfolge: Bei dem SchwarzArbG handelt es sich nicht um eine lediglich die äußeren Umstände eines Rechtsge-

¹ Vgl. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 45 Rn. 3.

² *BGH* NJW 2013, 3167 (3168).

³ *BGH* NJW 2013, 3167 (3169).

⁴ *BGHZ* 85, 39 (43); Armbrüster, in: MüKo-BGB, Band 1, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 41.

schafts regelnde Ordnungsvorschrift, deren Nichteinhaltung in der Regel keine Nichtigkeitsfolge nach sich zieht.⁵ Es dient laut *BGH* nicht allein der Eindämmung des tatsächlichen Vorgangs der Schwarzarbeit, sondern will den entsprechenden Rechtsgeschäften vielmehr ihre rechtliche Wirkung nehmen.⁶ Anderenfalls wäre eine Verpflichtung der Parteien gegeben – bei Schwarzarbeit soll aber gerade der Leistungsaustausch zwischen den „Vertragspartnern“ verhindert werden. Dieser Zweck des SchwarzArbG lässt sich nur erreichen, wenn derartige Verträge als unwirksam angesehen werden.⁷ Das gilt sowohl für die Fälle der Nicht-Erfüllung steuerlicher Pflichten (§ 1 II Nr. 2 SchwarzArbG) als auch für die weiteren im SchwarzArbG geregelten Konstellationen wie die Nicht-Erfüllung von sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- und Aufzeichnungspflichten (Nr. 1), von Mitteilungspflichten gegenüber dem Sozialleistungsträger (Nr. 3), von gewerberechtlichen Anzeige- und Erwerbspflichten (Nr. 4) und der pflichtwidrig fehlenden Eintragung in die Handwerksrolle (Nr. 5).

Damit führen in Zusammenhang mit Schwarzarbeit jedenfalls Verstöße durch beide Vertragspartner zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.⁸ In seiner Entscheidung vom 01.08.2013 hat der *BGH* offen gelassen, ob auch die Bestellerin gegen das SchwarzArbG verstoßen hat,⁹ da im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung ohnehin bereits der einseitige vorsätzliche Verstoß des Unternehmers zur Nichtigkeit des Vertrags führt, wenn der Besteller diesen kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnützt.¹⁰ Etwas anderes kann nur bei einseitigem Verstoß des Unternehmers ohne Kenntnis des anderen Teils gelten: Da der gesetzestreue Besteller nicht auf unzureichende Ersatzansprüche verwiesen werden soll, führt dieser nicht zur Nichtigkeit des Vertrags.¹¹

3. Wegfall von Mängelgewährleistungsansprüchen?

Bis zu der Entscheidung vom 01.08.2013 und unter Zugrundelegung der alten Rechtslage war der *BGH* seit 2008 davon ausgegangen, dass dem Besteller in entsprechenden Fällen dennoch Mängelgewährleistungsansprüche zukommen können.¹² So sei zwar jedenfalls die der Steuerhinterziehung dienende Ohne-Rechnung-Abrede gemäß §§ 134,

138 BGB nichtig. Soweit die Steuerhinterziehung aber – wie regelmäßig in diesen Fällen – nicht den Hauptzweck des Vertrags darstelle, führe die Nichtigkeit der Abrede allein nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags. Diese beurteile sich vielmehr nach § 139 BGB und damit danach, ob der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil zu denselben Bedingungen, also insbesondere unter Vereinbarung derselben Vergütungshöhe, geschlossen worden wäre. Ob dies – naheliegend – nicht der Fall war, hat der *BGH* offen gelassen, da er davon ausgegangen ist, dass sich der Werkunternehmer nach Treu und Glauben, § 242 BGB, ohnehin nicht auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen könne. Denn die Geltendmachung der Gesetzeswidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede zur Abwehr von Mängelgewährleistungsansprüchen des Bestellers stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, da diese durch den Unternehmer selbst verursacht worden sei, auch seinem Vorteil dienen sollte und die Rückabwicklung gerade bei Bauverträgen typischerweise mit erheblichen Schwierigkeiten einhergehe. Die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber einer aus dem dispositiven § 139 BGB folgenden Nichtigkeit des Vertrags sei anders als die entsprechende Berufung gegenüber einer aus § 134 BGB folgenden Nichtigkeit grundsätzlich zulässig. Trotz Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede könnten deshalb Mängelgewährleistungsansprüche des Bestellers bestehen.¹³

Das wirft Fragen auf: Zurecht ist in der Literatur darauf verwiesen worden, dass gerade der Besteller als Profiteur der niedrigen Preise in diesen Fällen nicht schutzwürdig sei; zudem führe eine Berufung auf Treu und Glauben sonst regelmäßig zu der Begrenzung bestehender Rechte und nicht wie hier zur Kreation eines zuvor nicht bestehenden Anspruchs.¹⁴ Da mit einer entsprechenden Betrachtung der Vertrag faktisch in weiten Teilen dennoch vollzogen wird,¹⁵ läuft ein derartiges Verständnis ferner dem zentralen Ziel des SchwarzArbG, der Prävention von Schwarzarbeit, entgegen.¹⁶

Mit Einfügung der Nicht-Erfüllung steuerlicher Pflichten in § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG ist eine Aufspaltung der Wirksamkeit der Ohne-Rechnung-Abrede und des Vertrags im Übrigen nun jedoch nicht mehr möglich: Die Nichtigkeit entsprechender Vereinbarungen richtet sich nicht mehr nach den jeweiligen Steuervorschriften, sondern im Ganzen nach dem SchwarzArbG. Folgerichtig ist der *BGH* in seiner Entscheidung vom 01.08.2013 davon ausgegangen, „dass die Verstöße gegen steuerrechtliche Pflichten bereits ohne Weiteres zur Nichtigkeit des gesamten zu Grunde liegenden Werkvertrags führen. Eine isolierte Prüfung nur der Ohne-Rechnung-Abrede erfolgt nicht.“¹⁷ Da die Gesamtnichtigkeit des Vertrags nunmehr direkt aus § 134 BGB folgt und es nicht mehr zu einer Anwendung des § 139 BGB kommt, ist auch eine Berufung auf Treu und Glauben unzulässig und kann den Mängelgewährleistungsansprüchen nicht mehr zur Geltung verhelfen: Denn die Nichtig-

⁵ Wolf/Neuner, (Fn. 1), § 45 Rnrrn. 14–16.

⁶ *BGH* NJW 2013, 3167 (3168).

⁷ Vgl. *BGH* NJW 1990, 2542 f.

⁸ BGHZ 85, 39 (44) m. w. N.

⁹ Da dies in Folge ihres Verstoßes gegen die Rechnungsaufbewahrungspflicht aus dem UStG jedoch wohl der Fall ist, wurde bereits Unverständnis gegenüber dieser Auslassung geäußert, s. Stadler, JA 2014, 65 (67) im Anschluss an Jerger, NZBau 2013, 608 (610).

¹⁰ *BGH* NJW 2013, 3167 (3169). Canaris plädiert in diesen Fällen für eine Aufspaltung der Nichtigkeitsfolgen in Form einer „halbseitigen Teilnichtigkeit“, die dem Auftraggeber die vertraglichen Ansprüche erhält, den Auftragnehmer aber, unter Einschränkung durch § 817 S. 2 BGB, auf Bereicherungsansprüche verweist, ders., NJW 1985, 2403 (2404).

¹¹ BGHZ 89, 369 (373 f.).

¹² BGHZ 176, 198 (204).

¹³ BGHZ 176, 198 (200 ff.).

¹⁴ Pauly, MDR 2008, 1196 (1197).

¹⁵ Armbrüster, JZ 2008, 1006 (1008).

¹⁶ Pauly, MDR 2008, 1196 (1197).

¹⁷ *BGH* NJW 2013, 3167 (3169).

keit nach § 134 BGB dient dem „öffentlichen Interesse und [dem] Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs“ und kann deshalb im Gegensatz zu dem dispositiven § 139 BGB nur in „ganz engen Grenzen“ durch § 242 BGB verdrängt werden.¹⁸ Dementsprechend ergeben sich für den Besteller keine Mängelgewährleistungsansprüche aus dem Werkvertrag.

Die auf Basis der neuen Rechtslage erfolgte Abkehr von der bisherigen, kritisierten Rechtsprechung ist weithin begrüßt worden.¹⁹ Unklar bleibt jedoch nach neuer Rechtslage, in welchen „ganz engen Grenzen“ auch eine Nichtigkeit nach § 134 BGB durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden kann.²⁰

IV. Ansprüche des Schwarzarbeiters

Aus dem Urteil ergeben sich zum Teil Konsequenzen für mögliche Ansprüche des Schwarzarbeiters.

1. Vergütungsanspruch aus § 631 I BGB

In Folge der Gesamtnichtigkeit des Vertrags besteht kein Vergütungsanspruch des Werkunternehmers aus § 631 I BGB. Während dies nach früherer Rechtsprechung fraglich war, da § 632 BGB die Entgeltlichkeit des Werkvertrags und die Höhe der Vergütung auch bei Nichtigkeit der Vergütungsvereinbarung fingiert und somit die übliche Vergütung gegebenenfalls verlangt werden konnte,²¹ kann dies mit der *BGH*-Entscheidung vom 01.08.2013 nun keine Rolle mehr spielen.

2. Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Durch die Entscheidung unverändert verbleiben jedoch die einen möglichen Aufwendungsersatz des Unternehmers umrankenden Streitigkeiten.

a) Anwendbarkeit der Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag?

Umstritten ist schon die grundlegende Frage, ob bei Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts überhaupt auf die §§ 677 ff. BGB zurückgegriffen werden kann. Der vorherrschende Teil der Lehre hält die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag in diesen Fällen nicht für anwendbar: Rechtsgeschäfte auf fehlerhafter Grundlage sollen allein nach den (spezielleren) Regeln des Bereicherungsrechts abgewickelt werden.²² Begründet wird dies insbesondere damit, dass die Wertungen des für die Abwicklung nichtiger

Verträge vorgesehenen und spezielleren Bereicherungsrechts in Form der §§ 814, 817 S. 2, 818 III BGB sonst umgangen würden und leer liefen.²³ Die Rechtsprechung hingegen bejaht – dem Wortlaut der Regelungen entsprechend – die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag auf diese Fälle.²⁴

b) Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag

Die Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag sind laut *BGH* auch erfüllt. Durch Werkleistungen wird regelmäßig ein Geschäft besorgt. Der Begriff umfasst nicht nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, sondern auch tatsächliche Dienstleistungen und sonstige Handlungen.²⁵ Da diese in entsprechenden Fällen regelmäßig sowohl für den Besteller als auch in Erfüllung einer eigenen vermeintlichen Verpflichtung erbracht werden, handelt es sich bei diesen Werkleistungen gewöhnlich um auch-fremde Geschäfte. Ebenso umstritten wie die Anwendbarkeit der Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag ist jedoch die Frage nach dem Fremdgeschäftsführungswillen des Auftragnehmers im Fall der Erfüllung einer vermeintlichen Verpflichtung. Während die Rechtsprechung davon ausgeht, dass der Fremdgeschäftsführungswille bei einem auch-fremden Geschäft ebenfalls vermutet wird²⁶ und bei einem Handeln in Erfüllung einer (vermeintlichen) Verpflichtung vorliegen kann,²⁷ geht ein Teil der Lehre davon aus, dass in diesen Fällen nicht fremdnützig, sondern mit dem Willen, ein eigenes Geschäft in Form der Erfüllung einer Verbindlichkeit zu führen, gehandelt wird.²⁸ Mit der Rechtsprechung muss dann auch eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen werden, da die Übernahme in den Fällen der konkreten Beauftragung eines Schwarzarbeiters dem Interesse und dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen wird, § 683 S. 1 BGB.

c) Rechtsfolge: Aufwendungsersatz?

In Fällen unterbliebener gewerberechtlicher Anzeige oder Eintragung in die Handwerksrolle (Verstöße gegen § 1 II Nr. 4 und 5 SchwarzArbG n. F.) hat die Rechtsprechung den Schwarzarbeitern bislang jedoch trotzdem keinen Aufwendungsersatz gewährt. Zwar wird weithin davon ausgegangen, dass im Rahmen des § 670 BGB die übliche Vergütung einer Arbeitsleistung verlangt werden kann, soweit diese Teil der beruflichen oder gewerblichen Tätig-

¹⁸ *BGH* NJW 2013, 3167 (3169).

¹⁹ *Jerger*, NZBau 2013, 608 (612); *Lorenz*, NJW 2013, 3132 (3134); *Pauly*, MDR 2013, 1377 (1379); *Stadler*, JA 2014, 65 (67).

²⁰ *Pauly*, MDR 2013, 1377 (1379); *Stadler*, JA 2014, 65 (67).

²¹ *Jerger*, NZBau 2013, 608 (610); *Busche*, in: *MüKo-BGB*, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 632 Rn. 2.

²² Vgl. etwa *Mansel*, in: *Jauernig*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 677 Rn. 6; *Seiler*, in: *MüKo-BGB*, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 677 BGB Rn. 48 m. w. N.; *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 677 Rn. 11; *Lorenz*, NJW 1996, 883 ff.

²³ *Sprau*, (Fn. 22), § 677 Rn. 11; *Beuthien*, in: *Soergel*, BGB, Band 10, 13. Aufl. 2012, § 677 Rn. 23; *Lorenz*, NJW 2013, 3132 (3133 f.).

²⁴ Vgl. *BGHZ* 37, 258 (262); *BGHZ* 111, 308 (311); *BGH* NJW 1997, 47 (48); *BGH* NJW 2000, 1560 (1562).

²⁵ *Seiler*, (Fn. 22), § 677 Rn. 2.

²⁶ Vgl. etwa *BGHZ* 40, 28 (31); *BGHZ* 65, 354 (357); *BGHZ* 98, 235 (240); *BGH* NJW 2000, 72.

²⁷ *BGHZ* 111, 308 (311); *BGHZ* 157, 168 (175); *BGH* NJW 1993, 3196; *BGH* NJW-RR 1993, 200. Siehe dazu auch *Thole*, NJW 2010, 1243 (1245); *Wilke*, Jura 2013, 547 (550).

²⁸ Vgl. etwa *Beuthien*, (Fn. 23), § 677 Rn. 23; *Lange*, in: *jurisPK-BGB*, Band 2, 6. Aufl. 2012, § 677 BGB Rn. 31.

keit des Geschäftsführers ist.²⁹ Allerdings erstreckt sich die Ersatzpflicht gemäß § 670 BGB nur auf solche Aufwendungen, die der Geschäftsführer den Umständen nach für erforderlich halten darf. Laut *BGH* dürfen Aufwendungen den Umständen nach gerade nicht für erforderlich gehalten werden, wenn sie in einer vom Gesetz verbotenen Tätigkeit bestehen.³⁰ Dies ist jedenfalls bei fehlender gewerberechtlicher Anzeige oder Eintragung in die Handwerksrolle der Fall.³¹ Sehr fraglich ist, ob dies auch bei einem Verstoß gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG durch Vereinbarung einer Ohne-Rechnung-Abrede anzunehmen ist,³² da in diesen Fällen die verbotene Tätigkeit in der Nichtabführung der zu zahlenden Steuern und nicht in der Vornahme der Leistung liegt. In einer entsprechenden Konstellation hatte der *BGH* das Bestehen eines solchen Anspruchs offen gelassen.³³

3. Anspruch auf Wertersatz aus §§ 812 I 1 Alt. 1, 818 II BGB

Die Rechtsprechung geht jedoch vom Bestehen eines Wertersatzanspruchs des Unternehmers nach §§ 812 I 1 Alt. 1, 818 II BGB aus.

a) Voraussetzungen des § 812 I 1 Alt. 1 BGB

Die Voraussetzungen einer Leistungskondition sind in diesen Fällen gegeben: Erlangt wird in der Regel die Arbeit des Unternehmers als Leistung auf Basis seiner vermeintlichen Verpflichtung,³⁴ die in Folge der Nichtigkeit nach § 134 BGB i. V. m. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG ohne rechtlichen Grund erbracht wird. Die Tatsache, dass die berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag eigentlich einen Rechtsgrund i. S. d. § 812 I 1 Alt. 1 BGB darstellt, hat der *BGH* in diesen Fällen – insoweit nicht ganz widerspruchsfrei – unerwähnt gelassen.³⁵

b) Nichteingreifen der Konditionssperre in § 814 BGB

Entsprechende Ansprüche scheitern auch nicht wegen Kenntnis der fehlenden Leistungsverpflichtung an der Konditionssperre des § 814 BGB. Grund dafür ist die enge

Auslegung der Vorschrift, nach welcher weder Zweifel des Leistenden an seiner Pflicht noch Tatsachenkenntnis oder Kennenmüssen für die Bejahung ausreichen. § 814 BGB greift vielmehr nur bei positiver Kenntnis vom Fehlen der Leistungsverpflichtung, jedenfalls in Form einer entsprechenden Parallelwertung in der Laiensphäre.³⁶ Es lässt sich wohl darüber streiten, ob jedem Besteller klar sein muss, dass die Umgehung von Steuerzahlungen Unrecht ist und die Rechtsordnung dieses Unrecht nicht duldet, sondern vielmehr mit der Unwirksamkeit solcher Vereinbarungen reagiert.³⁷ Während die Annahme von Tatsachenkenntnis und positivem Wissen bezüglich der Rechtswidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede in der Tat naheliegt, erscheint dies für die positive Kenntnis der Unwirksamkeit des gesamten Vertrags eher fragwürdig.³⁸ Jedenfalls ist § 814 BGB nach der Rechtsprechung ohnehin nicht anwendbar, wenn in der Erwartung geleistet wird, dass der Vertragspartner seinerseits die Gegenleistung erbringen wird.³⁹ In den in Frage stehenden Fällen, in denen der Unternehmer klassischerweise in Vorleistung tritt, wird dieser regelmäßig tätig werden, weil er mit der Vergütung durch seinen Vertragspartner rechnet.

c) Teleologische Reduktion der Konditionssperre in § 817 S. 2 BGB?

Nach Ansicht des *BGH* scheitern die Ansprüche des Auftragnehmers in diesen Fällen auch nicht an der Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB. Zwar ist diese nicht auf den Anspruch aus § 817 S. 1 BGB beschränkt, sondern gilt nach allgemeiner Ansicht für die Leistungskondition allgemein, da bei einem beiderseitigen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (oder gegen die guten Sitten) faktisch immer auch die Voraussetzungen der Leistungskondition gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB gegeben sind und § 817 S. 2 BGB sonst ausgehöhlt würde.⁴⁰

Der *BGH* lässt die Sperre in Schwarzarbeiterfällen in Folge einer teleologischen Reduktion jedoch trotz Vorliegens ihrer Voraussetzungen nicht eingreifen. Er geht vielmehr davon aus, dass es „nicht der Billigkeit entspräche, dem durch die Vorleistung begünstigten Besteller den durch nichts gerechtfertigten Vorteil unentgeltlich zu belassen.“⁴¹ Denn „[n]ach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte der wirtschaftlich meist stärkere Auftraggeber [...] keinesfalls günstiger behandelt werden als der wirtschaftlich schwächere Schwarzarbeiter“.⁴² Dem generalpräventiven Zweck des SchwarzArbG sei zudem bereits durch die

²⁹ Vgl. etwa BGHZ 69, 34 (36). Als Grund dafür wird unter anderem eine Analogie zu § 1835 III BGB gezogen, vgl. *Mansel*, (Fn. 22), § 683 Rn. 6. *Köhler* geht davon aus, dass Leistungen des Schwarzarbeiters, die nicht Teil seiner *legalen* Berufs- und Gewerbetätigkeit sind, bereits keine Aufwendungen i. S. d. § 670 BGB darstellen können, *ders.*, JZ 1990, 466 (469).

³⁰ Vgl. BGHZ 111, 308 (311).

³¹ BGHZ 111, 308 (311).

³² Ablehnend *Lorenz*, NJW 2013, 3132 (3133).

³³ *BGH* NJW-RR 2008, 1051 (1052).

³⁴ Zum Erlangen einer Dienstleistung vgl. *Schwab*, in: MüKo-BGB, Band 5, 6. Aufl., 2013, § 812 BGB Rn. 19.

³⁵ So etwa BGHZ 111, 308 (311 f.); siehe dazu auch *Thole* NJW 2010, 1243 (1245). Im Fall eines tatsächlich bestehenden Anspruchs aus §§ 683, 670 BGB ging der *BGH* jedoch deshalb ebenfalls vom Nichtvorliegen bereicherungsrechtlicher Ansprüche aus, *BGH* NJW 1993, 3196. Insofern kommt es zu einer Vermischung der Anspruchsvoraussetzungen und ihrer Rechtsfolgen.

³⁶ *Sprau*, (Fn. 22), § 814 Rn. 4; *Schwab*, (Fn. 34), § 814 BGB Rn. 12; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 814 Rn. 3.

³⁷ So unter Bezug auf die Medienberichterstattung über entsprechende Fälle und der der Schärfung des Unrechtsbewusstseins in der Bevölkerung dienenden Novellierung des SchwarzArbG *Jerger*, NZ-Bau 2013, 608 (611).

³⁸ So auch *Armbrüster*, JZ 2008, 1006 (1007 f.).

³⁹ *BGH* NJW 1999, 2892 (2893); s. a. *Sprau*, (Fn. 22), § 814 Rn. 6; *Köhler*, JZ 1990, 466 (468).

⁴⁰ *Schwab*, (Fn. 34), § 817 Rn. 10; s. a. BGHZ 35, 103 (107).

⁴¹ BGHZ 111, 308 (312).

⁴² BGHZ 111, 308 (312).

weiteren negativen Folgen der Schwarzarbeit genüge getan.⁴³ Auch in der Literatur wird mitunter angenommen, die ordnungspolitische, generalpräventive Zwecksetzung des SchwarzArbG werde bereits durch den Ausschluss vertraglicher Ansprüche, durch Strafverfolgung und Nachzahlungspflichten erreicht und durch die Gewährleistung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs nicht berührt.⁴⁴ Denn der Besteller, der gerade durch den Preisnachlass besonders von der Schwarzarbeit profitiert,⁴⁵ könnte – indem er in Vorleistung arbeiten lässt und anschließend die Lohnzahlung unter Berufung auf § 817 S. 2 BGB zurückweist – entsprechende Gefahren umgehen und die alleinigen Vorteile aus der Schwarzarbeit ziehen.⁴⁶

Dieser Auffassung wurde jedoch auch mit heftiger Kritik begegnet. Sie führe zu einer unangemessenen Begünstigung des vorsätzlichen Gesetzesbrechers.⁴⁷ Dieser erhalte einen faktischen Entgeltanspruch, während dem Besteller keinerlei Gewährleistungsrechte zustünden.⁴⁸ Ein entsprechendes Vorgehen stelle eine „Kapitulation“ vor der Schwarzarbeit dar.⁴⁹ Die teleologische Reduktion des § 817 S. 2 BGB durch den BGH ist auch durch das *Schleswig-Holsteinische OLG* in Zweifel gezogen worden: Die Begründung des BGH stehe im Widerspruch zum eindeutigen Gesetzeswortlaut, der gerade auf den Verlust des Bereicherungsanspruchs abziele. Zudem stelle vielmehr der Schutz desjenigen, der vorsätzlich gegen ein Verbotsgesetz verstoße, eine unbillige Begünstigung dar. Weder Parteiinteressen noch Billigkeitserwägungen genössen Vorrang vor der von der Regelung beabsichtigten, generalpräventiven Rechtsschutzverweigerung. Die Gewährung eines entsprechenden Anspruchs stehe zudem in Widerspruch zur Missbilligung der Schwarzarbeit und verringere ihren Abschreckungseffekt und das mit ihr verbundene Risiko. Ein potentieller Vorteil des Bestellers – der ohnehin durch den Verlust jeglicher Ansprüche gegenüber dem Unternehmer stark abgemildert werde – vermöge an dieser Bewertung nichts zu ändern, zumal es vom Zufall abhängen, wer als vorleistende Partei das Risiko trage.⁵⁰

Es ist fraglich, ob dieser Ansatz eine möglicherweise in Anbetracht ungleicher Vorteils- und Risikoverteilung bestehende Schutzbedürftigkeit des Unternehmers übersieht.⁵¹ Insoweit bleibt abzuwarten, wie der BGH über die anhängige Revision in diesem Fall⁵² entscheiden wird.

d) Umfang des Wertersatzes

Soweit der Anspruch nach der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht durch § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen ist, besteht regelmäßig ein Anspruch auf Wer-

tersatz gemäß § 818 II BGB für die erbrachte Leistung. Dieser darf die vereinbarte Vergütung nicht übersteigen;⁵³ wertmindernd in die Saldierung mit einzubeziehen sind die in der Regel mit der Schwarzarbeit verbundenen Risiken, die fehlenden Gewährleistungsansprüche und gegebenenfalls Mängel der Werkleistung.⁵⁴

4. Anspruch auf Wertersatz aus § 817 S. 1 BGB

Im Ergebnis gilt dasselbe für einen Wertersatzanspruch des Auftragnehmers aus § 817 S. 1 BGB, dessen Voraussetzungen in Folge des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot ebenfalls erfüllt sind. § 817 S. 1 BGB hat neben einem Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB eine eigenständige Bedeutung, da er im Gegensatz zu Letzterem nicht durch § 814 BGB ausgeschlossen werden kann. Die fehlende Anwendbarkeit des § 814 BGB auf Ansprüche aus § 817 S. 1 BGB⁵⁵ ergibt sich aus § 817 S. 2 BGB: Denn darin kommt zum Ausdruck, dass der Anspruch erst bei eigenem Gesetzesverstoß ausgeschlossen sein soll und nicht bereits bei Kenntnis des fremden Verstoßes.⁵⁶ Diese Wertung würde unterlaufen, wenn § 814 BGB auf einen Anspruch aus § 817 S. 1 BGB anwendbar wäre. Für einen eventuellen Kondiktionsausschluss nach § 817 S. 2 BGB gilt das soeben Dargelegte.

V. Ansprüche des Auftraggebers

In dem vom BGH im August 2013 entschiedenen Fall standen Ansprüche des Auftraggebers in Frage.

1. Anspruch auf Mängelgewährleistung aus § 634 BGB

Für die Frage nach vertraglichen Mängelgewährleistungsansprüchen des Bestellers kommt es zentral darauf an, ob der zwischen den Beteiligten geschlossene Werkvertrag gemäß § 134 i. V. m. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG nichtig ist. Nach neuer Rechtslage und Rechtsprechung muss ein entsprechender Anspruch wie dargelegt nun ausscheiden.

2. Anspruch auf Schadensersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 280 I, 677 BGB

Wird mit der Rechtsprechung von der Anwendbarkeit der Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag auf Fälle nichtiger Verträge ausgegangen, kann dem Geschäftsherrn ein entsprechender Anspruch wegen Schlechterfüllung bei Ausführungsver schulden des Geschäftsführers gemäß §§ 280 I, 677 BGB zustehen.⁵⁷

⁴³ BGHZ 111, 308 (313).

⁴⁴ Brunner, JA 1999, 407 (416); Pauly, MDR 2013, 1377 (1380).

⁴⁵ Dietrich, JuS 2009, 343 (349).

⁴⁶ Köhler, JZ 1990, 466 (469).

⁴⁷ Schwab, (Fn. 34), § 817 Rn. 24.

⁴⁸ Dietrich, JuS 2009, 343 (349).

⁴⁹ Lorenz, NJW 2013, 3132 (3135).

⁵⁰ Schleswig-Holsteinisches OLG MDR 2013, 1399 (1400 f.). In diese Richtung bereits OLG Köln NJW-RR 1990, 251 f.

⁵¹ So Pauly, MDR 2013, 1377 (1380).

⁵² Az. VII ZR 241/13.

⁵³ BGHZ 111, 308 (314). So unter Verweis auf § 242 BGB auch Dietrich, JuS 2009, 343 (349); Köhler, JZ 1990, 466 (469).

⁵⁴ Vgl. BGHZ 111, 308 (314). Damit kommt es laut Dietrich im Grunde zu einem „vertragliche[n] Gewährleistungsanspruch in Form eines Abzugspostens, ders., JuS 2009, 343 (349).

⁵⁵ BAG NJW 1983, 783.

⁵⁶ Schwab, (Fn. 34), § 817 BGB Rn. 8. Mitunter wird auch vertreten, dass in derartigen Konstellationen allein § 812 BGB anwendbar ist und § 814 dann entsprechend restriktiv ausgelegt wird, a. a. O., m. w. N.

⁵⁷ Jerger, NZBau 2013, 608 (611).

3. Anspruch auf Herausgabe des „zu viel gezahlten“ Lohns aus § 812 I 1 Alt. 1 bzw. § 817 S. 1 BGB

In seinem Urteil vom 01.08.2013 hat der *BGH* bereits möglicherweise bestehende bereicherungsrechtliche Ansprüche des Auftraggebers angedeutet, indem er äußerte, dass diese regelmäßig geeignet seien, „unerträgliche Ergebnisse auch in den Fällen zu verhindern, in denen die auf Grund eines nichtigen Werkvertrags erbrachten Leistungen mangelhaft sind“.⁵⁸ Soweit unter Überwindung der Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB von einem Anspruch des Unternehmers auf Wertersatz ausgegangen wird, der dann, wie dargelegt, bei mangelhafter Leistung gemindert wird, muss folgerichtig auch ein entsprechender Anspruch des Bestellers bestehen und die beiden Ansprüche im Rahmen der Saldotheorie miteinander verrechnet werden.⁵⁹ Liegt also der Wert der Leistung in Folge eines Mangels unter dem gezahlten Lohn, ist die entsprechend überzählige Vergütung nach § 812 I 1 Alt. 1 bzw. § 817 S. 1 BGB herauszugeben.⁶⁰

4. Ansprüche bei sonstigen Schäden

Für den Ersatz von Schäden bei der Ausführung der Schwarzarbeit kommen auch quasivertragliche Ansprüche in Betracht.⁶¹ Entsprechende Schutzpflichten gelten auch bei nichtigen Verträgen.⁶² Bei Verursachung stoffungleicher Schäden an der mangelhaften Sache selbst oder Schädigung anderweitigen Eigentums kommt nach den allgemeinen Regeln auch ein Anspruch aus § 823 I BGB in Betracht.⁶³

VI. Fazit

Nach der neuen Rechtslage und Rechtsprechung bestehen in Fällen der Ohne-Rechnung-Abrede keine Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers mehr gegen den Auftragnehmer. Mängel der Schwarzarbeit können nach der bisherigen Rechtsprechung des *BGH* ausschließlich im Rahmen bereicherungsrechtlicher Ansprüche geltend gemacht werden. Über das mögliche Bestehen von Schadensersatzansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag wird noch zu entscheiden sein.

Offen bleibt mit dem Urteil des *BGH* vom 01.08.2013, wann im Einzelfall auch eine aus § 134 BGB folgende Nichtigkeit durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden kann.⁶⁴ Ob sich der *BGH* ferner mit einem Ausschluss auch der bereicherungsrechtlichen Ansprüche nach § 817 S. 2 BGB dem *Schleswig-Holsteinischen OLG* bzw. mit einem Ausschluss aller gegenseitigen Rechte dem dies fordernden Teil der Literatur anschließen wird, bleibt abzuwarten. Insofern ist der Streit um die Schutzwürdigkeit gesetzeswidrig Handelnder noch nicht beendet. Soweit der *BGH* die umfassende Ächtung der Schwarzarbeit, wie sie gerade auch der Novellierung des SchwarzArbG entspricht, jedoch ernst nehmen will, führt kein Weg an einem, dem eindeutigen Gesetzeswortlaut entsprechenden Ausschluss bereicherungsrechtlicher Ansprüche vorbei. Denn mit der gegenwärtig durchgeführten Saldierung, die alle Umstände berücksichtigt, kommt es im Hinblick auf die Vermögenswerte letztlich zu einer Vertragsdurchführung.

⁵⁸ *BGH NJW* 2013, 3167 (3170).

⁵⁹ *Jerger, NZBau* 2013, 608 (611).

⁶⁰ *Jerger, NZBau* 2013, 608 (611).

⁶¹ *Köhler, JZ* 1990, 466 (471).

⁶² *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311 Rn. 24.

⁶³ *Köhler, JZ* 1990, 466 (471); *Jerger, NZBau* 2013, 608 (612); *Brandenburgisches OLG NJOZ* 2007, 5270 (5274).

⁶⁴ *Pauly, MDR* 2013, 1377 (1379); *Stadler, JA* 2014, 65 (67).