

## Schwarzarbeit

§§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2, 817 S. 2 BGB; § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG

BGH, Urt. v. 10.04.2014 – VII ZR 241/13  
stud. iur. Finja Maasjost

### Sachverhalt (gekürzt):

A beauftragt Elektriker E mit der Ausführung von Elektroinstallationsarbeiten in seinem Haus. Sie unterzeichneten einen Pauschalvertrag über eine Summe von 13.800 EUR, welche A an E zahlte. Daneben vereinbarten beide, dass ein weiterer Werklohn i.H.v. 5.000 EUR in bar bezahlt wird und E hierfür keine Rechnung erteilt. Nach Abschluss der Arbeiten stellt A an den Elektroinstallationen Mängel fest, woraufhin er die Zahlung des Werklohns i.H.v. 5.000 EUR verweigert. E verlangt von A Zahlung des vereinbarten Werklohns, während A von E Nacherfüllung der Mängel verlangt.

- Kann E von A Zahlung des Werklohns i.H.v. 5.000 EUR verlangen?
- Kann A von E Nacherfüllung der Mängel verlangen?

### § 1 SchwarzArbG - Zweck des Gesetzes

(1) Zweck des Gesetzes ist die Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit.

(2) Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei

[...]

Nr. 2 als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflicht nicht erfüllt,

[...].

*Fassung vom 23.07.2004 (Inkrafttreten: 01.08.2004)*

## Einordnung

In seinem Urteil zur Problematik der Schwarzarbeit vom 10.04.2014 vollzog der BGH einen Rechtswandel. Während der BGH in seiner früheren Entscheidung vom 31.05.1990 (Az. VII ZR 336/89) den § 817 S. 2 BGB in Fällen der Schwarzarbeit

aufgrund einer teleologischen Reduktion für nicht anwendbar erklärte, kehrte er seine Rechtsprechung nun um. Dies hat zur Folge, dass sowohl die Vergütungsansprüche des Schwarzarbeiters, als auch die Gewährleistungsrechte des Bestellers wegen § 817 S. 2 BGB ausscheiden. Die Problematik der Schwarzarbeit ist ein Examensklassiker im Zivilrecht und somit von stets hoher Ausbildungsrelevanz.

## Leitsatz

Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23. Juli 2004 nichtig, steht dem Unternehmer für erbrachte Bauleistungen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz gegen den Besteller nicht zu.

## Gutachterliche Lösung

Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB

1. Werkvertrag
2. **Wirksamkeit (!)**

- a) Vorliegen eines Verbotsgesetzes
- b) Verstoß gegen das Verbotsgesetz
- c) Rechtsfolge, §§ 134, 139 BGB

### I. Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB

E könnte einen Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB gegen A haben.

#### 1. Werkvertrag

Dafür müsste zunächst ein wirksamer Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB vorliegen. Laut Sachverhalt haben die Parteien einen Werkvertrag geschlossen.

#### 2. Wirksamkeit

Dieser könnte jedoch gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sein.

#### a) § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG als Verbotsgesetz

Dafür müsste es sich bei § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG um ein Verbotsgesetz handeln. Ein Gesetz ist gem. § 2 EGBGB jede

Rechtsnorm.<sup>1</sup> Eine solche ist ein Verbotsgesetz, wenn ein an sich zulässiges Rechtsgeschäft aufgrund seines Inhaltes oder der Umstände des Zustandekommens untersagt ist.<sup>2</sup> Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG leistet Schwarzarbeit, wer Werkleistungen erbringt und dabei als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Der Vertragsabschluss wird damit direkt nicht beschränkt. Sinn und Zweck des Gesetzes ist jedoch eine effektive Bekämpfung der Schwarzarbeit, was nur durch eine Nichtigkeit des zugrunde liegenden Vertrages gewährleistet wird.<sup>3</sup> Mithin stellt § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz dar.

#### b) Verstoß gegen das Verbotsgesetz

Weiterhin müssten A und E durch die Vereinbarung einen Teil der Werkleistung ohne Rechnung zu erbringen, um die anfallende Umsatzsteuerpflicht zu umgehen, verstoßen haben. Dafür ist bereits der Verstoß einer Partei gegen das Verbotsgesetz ausreichend, wenn die andere Partei diesen bewusst zu ihrem eigenen Vorteil ausnutzt.<sup>4</sup> E stellte für den Werklohn i.H.v. 5.000 EUR keine Rechnung und wollte so der anfallenden Umsatzsteuerpflicht entgehen. Auch A konnte sich so seiner steuerlichen Pflicht entziehen, beide erfüllten mithin ihre Steuerpflicht i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nicht. Folglich liegt ein Verstoß gegen das o.g. Verbotsgesetz vor.

#### c) Rechtsfolge, §§ 134, 139 BGB

Durch den Verstoß gegen das Verbotsgesetz ist die Vereinbarung über den Werklohn i.H.v. 5.000 EUR gem. § 134 BGB nichtig. Fraglich erscheint, ob der Verstoß zur Gesamtnichtigkeit des zu Grunde liegenden Vertrages führt. Eine Teilnichtigkeit ergibt sich nur,

<sup>1</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Aufl. 2017, Rn. 321.

<sup>2</sup> Brox/Walker, BGB AT (Fn. 1), Rn. 321.

<sup>3</sup> BGH NJW 2013, 3167 (3168); BGH NJW 1990, 2542 (2542); BT-Drucks. 15/2573, S. 17; Armbrüster in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Auflage 2015, § 134 Rn. 77.

<sup>4</sup> BGH NJW 2013, 3167 (3168).

wenn der Teilwerklohn ohne Rechnung eine konkrete Einzelleistung betrifft.<sup>5</sup> Bei dem geschlossenen Werkvertrag handelt es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft. Mithin führt der Verstoß mangels Einzelleistungsbezogenheit der Vereinbarung gem. § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Werkvertrages.

### 3. Ergebnis

Folglich hat E keinen Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 Abs. 1 BGB gegen A.

## II. Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

E könnte einen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus echter, berechtigter GoA gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB gegen A haben.

Anspruch auf Aufwendungsersatz aus echter, berechtigter GoA gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

1. Anwendbarkeit (!)
2. Fremdes Geschäft
3. Fremdgeschäftsführungswille
4. Ohne Auftrag oder sonstiges Geschäftsführungsrecht
5. Berechtigung i.S.d. § 683 S. 1 BGB
6. Rechtsfolge

### 1. Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob die GoA bei einem nichtigen Vertrag anwendbar ist.

#### a) Ansicht des BGH

Nach der Ansicht des BGH ist die GoA auch bei (Teil-) Nichtigkeit des Vertrages anwendbar.<sup>6</sup> Folgte man dieser Auffassung, wären im Folgenden die Voraussetzungen einer echten, berechtigten GoA zu prüfen.

<sup>5</sup> BGH NJW 2014, 1805 (1805); *Busche* in: MüKoBGB/ § 139 Rn. 24.

<sup>6</sup> BGH NJW 2012, 3366 (3368); BGH NJW 1962, 2010 (2011); BGH NJW 1990, 2542 (2542).

#### b) Herrschende Lehre

Nach der herrschenden Lehre sei die Leistungskondition vorrangig, sodass die §§ 677ff. BGB bei Handeln aufgrund eines nichtigen Vertrages unanwendbar seien.<sup>7</sup> Folgte man dieser Auffassung, wäre das Bereicherungsrecht vorrangig, sodass die GoA nicht zur Anwendung käme.

#### c) Stellungnahme

Beide Auffassungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, mithin ist eine Stellungnahme geboten. Für die Ansicht des BGH spricht, dass eine Einschränkung der Anwendbarkeit weder nach Wortlaut noch im Sinne des Gesetzes geboten erscheint.<sup>8</sup> Insbesondere dürfe eine Person, die aufgrund eines nichtigen Vertrages agiert nicht schlechter gestellt werden, als eine Person, die ohne vertragliche Vereinbarung handelt. Die Anwendbarkeit werde zudem durch die fehlende Erforderlichkeit bei einer Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB relativiert.<sup>9</sup>

Für die herrschende Lehre spricht, dass andernfalls das Bereicherungsrecht und seine Schranken bei der Rückabwicklung rechtsgrundloser Verträge übergangen werden würden.<sup>10</sup> Durch die Umgehung der Schranken (§§ 814, 817, 818 Abs. 3 BGB) käme es zu Wertungswidersprüchen.<sup>11</sup> Zudem kann nach der Trennungslehre ein Sachverhalt nur als Leistung oder Aufwendung eingeordnet werden, sodass Leistungs- und Aufwendungskondition nicht miteinander

<sup>7</sup> *Dornis* in: Erman, Kommentar zum BGB Bd. 1, 15. Aufl. 2017, § 677 Rn. 51; *Beuthien* in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 10, 3. Aufl. 2012, § 677 Rn. 23; *Schäfer* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5/2, 7. Aufl. 2017, § 677 Rn. 88; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 36 Rn. 21; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 853.  
<sup>8</sup> BGH NJW 1962, 2010 (2011).  
<sup>9</sup> BGH NJW 1990, 2542 (2542); BGH NJW 2014, 1805 (1805); *Dornis* in: Erman, BGB, Bd. 1 (Fn. 7), § 677 Rn. 43; *Schäfer* in: MüKoBGB, Bd. 5/2 (Fn. 7), § 677 Rn. 87; *Looschelders*, Schuldrecht BT (Fn. 7), Rn. 853.  
<sup>10</sup> *Sprau* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, § 677 Rn. 11.  
<sup>11</sup> *Beuthien* in: Soergel, Bd. 10 (Fn. 7), § 677 Rn. 23; *Schäfer* in: MüKoBGB, Bd. 5/2 (Fn. 7), § 677 Rn. 88.

konkurrieren.<sup>12</sup> Dies sei auf das Verhältnis von GoA und Leistungskondition zu übertragen.<sup>13</sup> Schließlich sei es verfehlt, das Risiko nutzloser Aufwendungen ohne Rücksicht auf den Nichtigkeitsgrund über §§ 683 S. 1, 670 BGB dem Gläubiger zuzuweisen.<sup>14</sup>

In ihrer Gesamtheit vermögen die Argumente der Rechtsprechung aufgrund der Umgehung der spezielleren bereicherungsrechtlichen Vorschriften nicht zu überzeugen. Zudem käme es bei einer solch weitreichenden Betrachtung zu einer Uferlosigkeit der §§ 677ff. BGB, sodass die GoA zu einem reinen Billigkeitsinstrument würde.<sup>15</sup> Mithin ist hier der Auffassung der herrschenden Lehre zu folgen, sodass die GoA keine Anwendung findet.

**Anmerkung:** Folgt man der Ansicht des BGH, so sind im Folgenden die Voraussetzungen der echten berechtigten GoA zu prüfen, andernfalls endet hier die Prüfung. Aufgrund der Vertretbarkeit beider Ansichten, wird im Sinne der Entscheidungsbesprechung im Folgenden der Lösungsweg nach der Auffassung der Rechtsprechung (hilfsgutachterlich) besprochen.

## 2. Fremdes Geschäft

Weiterhin müsste E ein fremdes Geschäft besorgt haben. Eine Geschäftsbesorgung ist jedes rechtsgeschäftliche, als auch tatsächliche Handeln mit wirtschaftlicher Bedeutung. Eine solche ist fremd, wenn es im Interessenkreis eines anderen liegt.<sup>16</sup> Die Ausführung der Elektroinstallationsarbeiten liegen im Interessenkreis des A. Allerdings nimmt E vorliegend seine eigene

Verpflichtung aus dem Vertrag wahr. Damit wird sowohl der Interessenkreis des A, als auch des E gleichermaßen berührt. Mithin liegt ein auch-fremdes Geschäft vor.

## 3. Fremdgeschäftsführungswille

E müsste auch mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt haben. Dieser liegt vor, wenn der Geschäftsführer im Bewusstsein und Willen handelt, ein fremdes Geschäft zu führen. Dieser wird nach ständiger Rechtsprechung bei einem fremden, sowie einem auch-fremden Geschäft vermutet.<sup>17</sup> Zudem handelte E in Kenntnis der Fremdnützigkeit seiner Handlung. Folglich handelte er mit Fremdgeschäftsführungswillen.

## 4. Ohne Auftrag oder sonstiges Geschäftsführungsrecht

Weiterhin dürfte E weder aus Vertrag, noch aus Gesetz zur Vornahme des Geschäfts verpflichtet sein. Der Werkvertrag zwischen A und E ist gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig. Mithin handelte E ohne gesetzliche oder sonstige Verpflichtung.

## 5. Berechtigung zur Geschäftsführung, § 683 S. 1 BGB

Schließlich müsste E im Interesse und Willen von A gehandelt haben. Die Geschäftsbesorgung liegt im Interesse des Geschäftsherrn, soweit diese für ihn objektiv nützlich und von Vorteil ist. E nahm die Elektroinstallation im Haus des A vor. Dies ist für A objektiv nützlich und von Vorteil. Hinsichtlich des Willens des Geschäftsherrn ist der wirkliche, also der tatsächlich geäußerte Wille maßgeblich. A wollte, dass E die Leitungen für ihn installiert. Mithin ist die Geschäftsführung berechtigt i.S.d. § 683 S. 1 BGB.

## 6. Rechtsfolge

Grundsätzlich hat E einen Anspruch auf Aufwendungsersatz i.S.d. § 670 BGB. Demnach sind alle Aufwendungen ersatzfähig, die zur Ausführung getätigt wurden, sofern der Geschäftsführer diese für

<sup>12</sup> Schäfer in: MüKoBGB, Bd. 5/2 (Fn. 7), § 677 Rn. 88.

<sup>13</sup> ebenda.

<sup>14</sup> Beuthien in: Soergel, Bd. 10 (Fn. 7), § 677 Rn. 23; Bergmann in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Geschäftsführung ohne Auftrag, Neubearbeitung 2015, Vorbem. zu § 677 Rn. 331.

<sup>15</sup> Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 412.

<sup>16</sup> BGHZ 121, 161 (165f.).

<sup>17</sup> BGHZ 54, 157 (160); 63, 167 (169); 65, 354 (354ff.).

erforderlich halten durfte. Aufwendungen sind alle freiwilligen Vermögensopfer.<sup>18</sup> E installierte die Elektroleitungen im Haus des A und tätigte damit nach der Sicht des BGH Aufwendungen. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit ist diese durch einen Vergleich zur Gesamtrechtsordnung und damit normativ einzuschränken.<sup>19</sup> Selbst bei ausdrücklicher Weisung zur Vornahme wäre diese wegen § 134 BGB unbeachtlich, sodass der Geschäftsführer die Aufwendungen bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot normativ nicht für erforderlich halten durfte.<sup>20</sup> E verstieß bei der Ausführung gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG. Folglich durfte er die Aufwendungen nicht für erforderlich halten.

## 7. Ergebnis

Mithin hat E keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB gegen A.

## III. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB

E könnte einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB haben.

Anspruch auf Wertersatz aus Leistungskondition (*condictio indebiti*) gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB

1. Etwas erlangt
2. Durch Leistung
3. Ohne Rechtsgrund
4. Kein Ausschluss nach § 814 BGB
5. Kein Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB (!)

### 1. Etwas erlangt

A müsste etwas erlangt haben. Fraglich ist, was bei Gebrauchsvorteilen und Dienstleistungen das erlangte Etwas darstellt. Nach der Ansicht des BGH

handelt es sich bei dem Erlangten, um das rechtlich Erlangte und somit um die ersparten Aufwendungen durch die Vornahme durch einen anderen.<sup>21</sup> E nahm die Ausführung der Elektroinstallation vor, sodass A diese nicht vornehmen musste. Damit musste A selbst diesbezüglich keine Ausgaben tätigen. Mithin hat A etwas erlangt.

Nach der herrschenden Lehre ist das tatsächlich Erlangte maßgeblich. Dies meint den unmittelbaren (Gebrauchs-)Vorteil, soweit er Vermögenswert ist.<sup>22</sup> A hat vorliegend die Arbeitsleistung und somit etwas i.S.d. § 812 BGB erlangt. Beide Ansichten kommen zu dem gleichen Ergebnis, sodass ein Streitentscheid nicht erforderlich ist, A hat etwas erlangt.

### 2. Durch Leistung

Weiterhin müsste A dies durch Leistung des E erlangt haben. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens.<sup>23</sup> E nahm die Installation der Elektroleitungen aufgrund der vertraglichen Abrede mit A vor. Dass ein Teil der Gegenleistung mit einer ohne-Rechnung-Abrede belegt worden ist, ändert an der Ziel- und Zweckgerichtetheit der Vermögensmehrung nichts. Damit mehrte E bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des A. Folglich liegt eine Leistung vor.

### 3. Ohne Rechtsgrund

Der Werkvertrag zwischen A und E ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig. Mithin erfolgte die Leistung des E ohne Rechtsgrund.

### 4. Kein Ausschluss nach § 814 Alt. 1 BGB

Der Anspruch des E könnte gem. § 814 Alt. 1 BGB wegen positiver Kenntnis der Nichtschuld ausgeschlossen sein. Dazu müsste der

<sup>21</sup> BGH NJW 1971, 609 (610).

<sup>22</sup> Schwab in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 21; Buck-Heeb in: Erman, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 15. Aufl. 2017, § 812 Rn. 9; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht (Fn. 7), § 40 Rn. 5.

<sup>23</sup> Sprau in: Palandt (Fn. 10), § 812 Rn. 14; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht (Fn. 7), § 40 Rn. 6.

<sup>18</sup> BGH NJW 1989, 1284 (1285); Beuthien in: Soergel, Bd. 10 (Fn. 7), § 670 Rn. 2.

<sup>19</sup> Schäfer in: MüKoBGB, Bd. 5/2 (Fn. 7), § 670 Rn. 22.

<sup>20</sup> BGH NJW 1990, 2542 (2542); BGH NJW 2014, 1805 (1805); Beuthien in: Soergel, Bd. 10 (Fn. 7), § 670 Rn. 7.

Leistende positive Kenntnis der, für ihn nicht bestehenden rechtlichen Verpflichtung haben.<sup>24</sup> Zweifel oder die bloße Kenntnis der Umstände, aus denen sich die fehlende Verpflichtung ergibt, ist hingegen unzureichend.<sup>25</sup> Somit ist bei der Annahme einer solchen positiven Kenntnis Zurückhaltung geboten, sodass etwaige Zweifel zu Lasten des Empfängers der Leistung gehen und ein Ausschluss nicht erfolgt.<sup>26</sup> Vorliegend bleibt es offen, ob E die rechtliche Schlussfolgerung hinreichend gezogen hat. Mithin ist der Anspruch nicht gem. § 814 Alt. 1 BGB ausgeschlossen.

### 5. Kein Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB

Schließlich könnte der Anspruch jedoch gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein, soweit E gegen das gesetzliche Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen hat. § 817 S. 2 BGB findet dabei nach ganz herrschender Meinung nicht nur auf § 817 S. 1 BGB, sondern auf alle Leistungskonditionen Anwendung. Der Ausschluss nach § 817 S. 1 BGB ist anhand einer objektiven und subjektiven Komponente zu bestimmen.

#### a) Objektiver Verstoß

Dabei muss die Leistungserbringung als solche einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot darstellen. Der Verstoß ergibt sich vorliegend daraus, dass E seiner Steuerpflicht nicht nachgekommen ist. Das SchwarzArbG soll insbesondere die mit der Schwarzarbeit einhergehende Wettbewerbsverzerrung verhindern bzw. beschränken und dient so auch dem Schutz gesetzestreuher Unternehmer und Arbeitnehmer. Dementsprechend verstößt auch die Ausführung einer gegen

§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßenden Vereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot.<sup>27</sup> Nur so kann der Schutzzweck des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG hinreichend gewahrt werden. Demnach liegt durch die Installation der Elektroleitungen ein objektiver Verstoß vor.

#### b) Subjektiver Verstoß

Des Weiteren müsste es E auch bewusst gewesen sein, dass er gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstößt. E wollte durch die Vereinbarung die 5.000 EUR bar und ohne Rechnung zu zahlen seine Steuerpflicht umgehen. Demnach war er sich der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewusst.

#### c) Zwischenergebnis

Grundsätzlich verstößt E durch die Leistungserbringung gegen § 817 S. 2 BGB, sodass sein Anspruch entfällt.

#### d) Einschränkende Auslegung

Fraglich ist, ob ein Verstoß vorliegt oder eine Einschränkung des § 817 S. 2 BGB in Schwarzarbeiterfällen gem. § 242 BGB geboten ist.

#### aa) Frühere Rechtsprechung

Nach der früheren Rechtsprechung sollte der § 817 S. 2 BGB in Fällen von Schwarzarbeit aufgrund von Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht anwendbar sein. Dies wurde damit begründet, dass durch das Entfallen des Lohnanspruchs der Unternehmer einseitig belastet sei, obwohl beiderseits gegen das gesetzliche Verbot verstoßen wurde. Ferner sei der Zweck des SchwarzArbG die Wahrung öffentlicher Interessen, welche bereits durch den Ausschluss vertraglicher Ansprüche hinreichend gewahrt und eine generalpräventive Wirkung entfalten würde. Demnach entspreche es nicht der Billigkeit, dem durch die Vorleistung begünstigten Besteller seinen Vorteil unentgeltlich zu belassen.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Lorenz in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ungerechtfertigte Bereicherung, Neubearbeitung 2007, § 814 Rn. 4; Schwab in: MüKoBGB, Bd. 6 (Fn. 22), § 814 Rn. 16.

<sup>25</sup> Schmidt-Kessel/Hadding in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 11/3, 13. Aufl. 2012, § 814 Rn. 4f.; Schwab in: MüKoBGB, Bd. 6 (Fn. 22), § 814 Rn. 17.

<sup>26</sup> Schmidt-Kessel/Hadding in: Soergel, Bd. 11/3, § 814 Rn. 16; Sprau in: Palandt, § 814 Rn. 10.

<sup>27</sup> BGH NJW 2014, 1805 (1806).

<sup>28</sup> BGH NJW 1990, 2542 (2543).

**bb) Heutige Rechtsprechung**

In seinem Urteil vom 10.04.2014 wich der BGH von dieser Ansicht ab. So setze eine effektive Generalprävention voraus, dass auch der Leistende keinen Wertersatz für die von ihm erbrachte Leistung erhalte. Nur so könne der intendierten Wirksamkeit des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit genüge getan werden. Der bewusst gegen das SchwarzArbG Verstößende solle nach der Intention des Gesetzgebers gerade schutzlos bleiben und veranlasst werden, das Geschäft nicht zu schließen. Überdies sei bei einem beidseitigen Verstoß kein Raum für Billigkeitserwägungen. Letztlich dürfe der Besteller bei einem Verstoß keine Mängelansprüche oder Mangelfolgeansprüche haben. Beide Parteien wären dann gleichermaßen von der ohne-Rechnung-Abrede beeinträchtigt.

**cc) Zwischenergebnis**

Aus Gründen des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb ist mit der neuen Rechtsprechung ist § 817 S. 2 BGB nicht einschränkend auszulegen. Folglich ist der Anspruch des E gem. § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen ist.

**5. Ergebnis**

E hat keinen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB gegen A.

**IV. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB**

E könnte einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB gegen A haben.

Anspruch auf Wertersatz wegen Zweckverfehlung (*condictio ob rem*) gem. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB

1. Etwas erlangt
2. Durch Leistung
3. Zweckvereinbarung
4. Nichteintritt des bezweckten Erfolgs
5. Kein Ausschluss nach § 815 BGB
6. **Kein Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB (!)**

Ein Anspruch des E auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB ist ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

**V. Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB**

E könnte einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB gegen A haben, soweit der Zweck derart bestimmt war, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat.

Anspruch auf Wertersatz (*condictio ob turpem vel iniustam causam*) gem. §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB

1. Etwas erlangt
2. Durch Leistung
3. Verstoß gegen gesetzliches Verbot durch Leistungsannahme
4. **Kein Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB (!)**

Ein Anspruch des E auf Wertersatz gem. §§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB ist ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.

**VI. Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem.****§§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB**

Schließlich könnte E einen Anspruch auf Werklohnzahlung gem. §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegen A haben.

Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. §§ 951 Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

1. Anwendbarkeit des § 951 Abs. 1 BGB
2. Voraussetzungen des § 951 Abs. 1 BGB
  - a. Rechtsverlust gem. §§ 946ff. BGB
  - b. **Voraussetzungen des § 812 BGB (!)**
3. Rechtsfolge §§ 951 Abs. 1 S. 2, 812 BGB

§ 951 Abs. 1 BGB beinhaltet jedoch eine Rechtsgrundverweisung in das Bereicherungsrecht, sodass dessen

Voraussetzungen aufgrund des Verstoßes gegen § 817 S. 2 BGB ebenfalls nicht erfüllt sind.<sup>29</sup>

## VII. Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB

A könnte einen Anspruch auf Nacherfüllung der Mängel gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB gegen E haben.

### Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB

1. Werkvertrag
2. **Wirksamkeit (!)**
3. Sach- /Rechtsmangel i.S.d. § 633 BGB
4. Kein Ausschluss der Gewährleistung i.S.d. § 635 Abs. 3 BGB
5. Kein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistung
6. Rechtsfolge

Da der Werkvertrag zwischen A und E gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist dieser gem. § 134 BGB unwirksam, sodass auch etwaige Mängelgewährleistungsansprüche des A entfallen. Zwar könnte in Betracht gezogen werden, dem Auftraggeber in Betracht gezogen werden, dem Auftraggeber in entsprechender Anwendung der Mängelgewährleistungsregeln einen Anspruch auf Nacherfüllung zu gewähren, da der Schwarzarbeiter ansonsten „gefährlos“ sein Werk vollbringen könnte.<sup>30</sup> Gerade dies führt jedoch zur Abschreckung des Auftraggebers und entspricht somit dem Schutzzweck des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG.<sup>31</sup> Folglich hat A keinen Anspruch auf Nacherfüllung der Mängel gem. §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB gegen E.

<sup>29</sup> Schmidt-Kessel/Hadding in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 11/3, 13. Aufl. 2012, Vor § 812 Rn. 22.

<sup>30</sup> Zintl/Singbartl, Und das Ende der Geschichte, Schwarzarbeit, die lohnt sich nicht, ZJS 2015, 148 (151).

<sup>31</sup> Vgl. BGH NJW 1990, 2542 (2543); Zintl/Singbartl (Fn. 25), ZJS 2015, 148 (151).

## Fazit

Durch die Verwehrung der beidseitigen Ansprüche wird der Zielsetzung des Gesetzgebers genüge getan, ein Unrechtsbewusstsein gegenüber der Schwarzarbeit zu schaffen und rechtmäßiges Verhalten zu fördern.<sup>32</sup> So ist sich der Schwarzarbeiter bewusst, dass er bei einer Vorleistung keinerlei Anspruch auf den ausstehenden Werklohn hat, während der Auftraggeber Gefahr läuft, eine mangelhafte Leistung zu erhalten, ohne einen Anspruch auf Gewährleistungsrechte geltend machen zu können.

Die im Urteil festgehaltenen Grundsätze hinsichtlich der Nichtigkeit und Einschränkung des § 817 S. 2 BGB bestätigte der BGH mit dem Urteil vom 16.03.2017 (Az. VII ZR 197/16).<sup>33</sup>

Zudem erweiterte der BGH die Rechtsprechung dahingehend, dass auch ein Vertrag, der zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstieß, unwirksam gem. § 134 BGB sein kann, soweit er durch eine nachträgliche Abänderung von § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.<sup>34</sup> Zudem wendet der BGH sich gegen die in der Literatur vertretene Auffassung, dass eine solche Änderungsvereinbarung bereits an sich unwirksam sei und den Werkvertrag unberührt lasse. Die Änderungsvereinbarung betreffe lediglich die Umstände der Zahlung und stelle erst in Verbindung mit der erbrachten Leistung einen Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG dar.<sup>35</sup>

Zwar wird durch die verschärfte Anwendung der §§ 134, 817 S. 2 BGB die zivilrechtliche Geltendmachung ausstehender Ansprüche ausgeschlossen, fraglich ist jedoch, ob dieser erwünschte Abschreckungseffekt auch zu einem effektiven Rückgang der Schwarzarbeit in Deutschland führen wird.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 15/2573, S. 17.

<sup>33</sup> BGH NJW 2017, 1808 (1809).

<sup>34</sup> BGH NJW 2017, 1808 (1809).

<sup>35</sup> BGH NJW 2017, 1808 (1809f.).