



Allgemeines Werk- vertragsrecht

Werkvertragsrecht unter Berücksichtigung der Schwarzarbeitsproblematik

Von Rechtsanwalt HARALD WEYMANN, Twistringen

Inhalt

- | | |
|---|--|
| I. Vorbemerkung | 2. Anspruch auf Wertersatz bei nichtigem Schwarzarbeitsvertrag |
| II. Neufassung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) und Entwicklung der Rechtsprechung | V. Neue Rechtsprechung des BGH |
| III. Was versteht man unter Schwarzarbeit? | 1. Schwarzarbeit I |
| IV. Frühere Rechtsprechung des BGH | 2. Schwarzarbeit II |
| 1. Mängelhaftung bei der sog. Ohne-Rechnung-Abrede | 3. Schwarzarbeit III |
| | VI. Auswirkungen für die Praxis |
| | VII. Ausblick |

I. Vorbemerkung

Regelmäßig sorgen Berichte über Prominente wegen Steuerhinterziehung sog. Schwarzgelder oder „schwarzer Kassen“ in der Boulevard-Presse für ein großes öffentliches Interesse. Noch frisch in Erinnerung sind die Ermittlungen gegen ULI HOENEß oder ALICE SCHWARZER. Auch der DFB ist im Zusammenhang mit der Vergabe der Weltmeisterschaft 2006 in den Fokus der Ermittlungen geraten: Das „Sommermärchen“ soll mit Schwarzgeld erkaufte worden sein. Immer geht es um Geschäfte am Fiskus vorbei.

Schwarzarbeit gilt umgangssprachlich als „Schweiz des kleinen Mannes“. Denn jede Art von Dienst- oder Werkleistung wird in bar und ohne Rechnung angeboten. Allein durch diese Geschäfte entsteht Jahr für Jahr ein immenser volkswirtschaftlicher Schaden. Der BGH hat dieser Art von Geschäften jetzt den Kampf angesagt und mit einer aktuellen Entscheidung aus dem Jahr 2015 (BGH, Urt. v. 11.6.2015 – VII ZR 216/14 [Schwarzarbeit III], ZAP EN-Nr. 602/2015) eine Kehrtwende von seiner früheren Rechtsprechung vollständig vollzogen. Der Vorsitzende Richter des VII. Senats Dr. EICK, richtete in der mündlichen Verhandlung vom 11.6.2015 an die Adresse von Auftraggebern und Auftragnehmern von Schwarzarbeit eine unmissverständliche Warnung mit den Worten, dass derartige Klagen zukünftig vor keinem Deutschen Gericht mehr Erfolgsaussichten hätten. Dieser aktuellen Entscheidung waren bereits die Entscheidungen des BGH aus dem Jahr 2013 (Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13 [Schwarzarbeit I]) und 2014 (Urt. v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13 [Schwarzarbeit II]) vorausgegangen. Der VII. Senat begründet seine Abkehr mit der Novellierung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) vom 1.8.2004.

II. Neufassung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) und Entwicklung der Rechtsprechung

Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung enthält in § 1 Abs. 1 SchwarzArbG den Zweck dieses zum 1.8.2004 eingeführten Gesetzes, denn dort wird ausdrücklich der gesetzgeberische Wille ausgedrückt: „Zweck des Gesetzes ist die Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit.“

§ 1 Abs. 2 SchwarzArbG gibt in folgender Legaldefinition Auskunft, wer Schwarzarbeit leistet:

„Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei

1. als Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt,
2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt,
3. als Empfänger von Sozialleistungen seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Mitteilungspflichten gegenüber dem Sozialleistungsträger nicht erfüllt,
4. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen seiner sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat,
5. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung).“

Diese Neufassung des SchwarzArbG war der eigentliche Dreh- und Angelpunkt der vollzogenen Kehrtwende des BGH von seiner Rechtsprechung: Die vorherigen gesetzlichen Regelungen waren nicht ausreichend. Denn danach enthielt das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in den §§ 1 und 2 SchwarzArbG lediglich Ordnungswidrigkeitentatbestände, wonach ordnungswidrig derjenige Unternehmer handelte, der seine sozialversicherungsrechtlichen Mitteilungspflichten verletzte oder sein Gewerbe nicht angemeldet oder nicht in die Handwerksrolle eingetragen war (vgl. § 1 SchwarzArbG a.F.) bzw. derjenige Auftraggeber, der Dienst- und Werkleistungen von einem ebensolchen Unternehmer i.S.d. § 1 SchwarzArbG a.F. erbringen ließ (vgl. § 2 SchwarzArbG).

Da diese Regelungen unzureichend waren und erhebliche Regelungslücken enthielten, so war die Steuerhinterziehung nicht erfasst, ging die bisherige Rechtsprechung des BGH zwar ebenfalls von einer (Teil-)Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts aus, ließ aber über Billigkeitserwägungen nach § 242 BGB, d.h. dem Grundsatz von Treu und Glauben, dennoch Mängel- sowie Bereicherungsansprüche zu, was bei letzteren gerade im Hinblick auf die strenge Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB dogmatisch kaum nachvollziehbar und daher in der Literatur umstritten war. Denn ein Berufen auf Treu und Glauben gegenüber einer aus § 134 BGB folgenden Nichtigkeit sei grundsätzlich unzulässig. So könne ein gesetzliches Verbot nicht verdrängt werden. Das Vertrauen auf die Wirksamkeit einer verbotsgesetzwidrigen Vereinbarung verdiene generell keinen Schutz (vgl. JAUERNIG, BGB, § 134 Rn 17; MÜNCH/KOMM/ARMBRÜSTER, § 134 Rn 112). Zudem verdiene der Leistende nämlich insoweit keinen Rechtsschutz, als er bewusst gegen das Verbotsgesetz verstoßen habe (TIEDKE DB 1990, 2307, 2310). Dass die Leistung beim Leistungsempfänger verbleibe, möge zwar auf den ersten Blick unangemessen erscheinen, entspreche aber der generalpräventiven Zielsetzung des Gesetzes (LARENZ/CANARIS, Schuldrecht II/2, § 68 III. a).

Die neue Rechtsprechung verfolgt jetzt einen klaren und eindeutigen Kurs, der als einzig probates Mittel im Kampf gegen die ausufernde Schwarzarbeit erachtet wird. Auch wenn die Bemerkung des Senatsvorsitzenden Dr. EICK, wonach es zukünftig keine Schwarzarbeit mehr geben werde, noch mehr dem Wunsch als der Realität geschuldet ist, ist klar erkennbar, welche Zielvorstellungen der BGH nunmehr verfolgt: Der VII. Senat ist fest entschlossen, den Sumpf von Schwarzarbeit mit all' seinen Erscheinungsformen „trockenzulegen“. Die Beteiligten sollen die erheblichen finanziellen Folgen deutlich zu spüren bekommen. Der Senat setzt eindeutig auf Abschreckung.

III. Was versteht man unter Schwarzarbeit?

So notwendig die Bekämpfung von Schwarzarbeit auch ist, in der praktischen Umsetzung gibt es viel zu beachten, fällt eine klare Abgrenzung häufig schwer. Was ist noch Gefälligkeit, was ist schon verbotene Schwarzarbeit? Eine Legaldefinition enthält das Gesetz in § 1 Abs. 3 SchwarzArbG. Danach handelt es sich nicht um Schwarzarbeit bei nicht auf nachhaltigen Gewinn gerichteten Dienst- oder Werkleistungen durch Angehörige, Nachbarn oder aus reiner Gefälligkeit gegen geringes Entgelt.

Typische Schwarzarbeit leistet daher der Maurer, der in seiner Freizeit Häuser hochzieht oder der arbeitslose Kfz-Mechaniker, der sich neben staatlichen Leistungen etwas durch Reparaturen hinzuverdient. Sehr verbreitet ist Schwarzarbeit auch in der Gastronomie oder im Fahrgewerbe. In Privathaushalten werden hingegen gerne Hilfen beim Putzen oder bei der Gartenarbeit schwarz beschäftigt. Wegen des demografischen Wandels nehmen vermehrt auch Senioren gerne die Dienste nicht angemeldeter Haushaltshilfen oder Pflegekräfte in Anspruch.

Hinweis:

Schwarzarbeit leistet derjenige, der wegen seiner regelmäßigen „Nebeneinkünfte“ zu wenig Sozialbeiträge und Steuern zahlt oder zu hohe Sozialleistungen erhält.

Wer überprüfen möchte, ob z.B. der ausführende Unternehmer ordnungsgemäß angemeldet ist, erhält auf Anfrage eine Auskunft von der IHK oder dem Gewerbeamt. Dem Verdacht illegaler Beschäftigung geht der Zoll nach.

Um reine Gefälligkeiten handelt es sich bei der sog. unentgeltlichen Nachbarschaftshilfe. Sicherlich begeht auch der Nachbarsjunge, der gelegentlich den Rasen mäht, um sein Taschengeld aufzubessern, keine Schwarzarbeit. Erforderlich ist stets eine gewisse Regelmäßigkeit, d.h. Gewerbsmäßigkeit, die mit einer Gewinnerzielungsabsicht erfolgt.

Hinweis:

Allerdings ist das kleine Bargeschäft in vielen Branchen sehr verbreitet. Der Haarschnitt nach Feierabend, das Bier oder die Pizza, die ohne Beleg und Rechnung über den Tresen wandern. Hier liegt stets Schwarzarbeit, liegt eine Steuerhinterziehung, vor.

IV. Frühere Rechtsprechung des BGH

1. Mängelhaftung bei der sog. Ohne-Rechnung-Abrede

Hinweis:

BGH, Urt. v. 24.4.2008 – VII ZR 42/07, BGHZ 176, 198 = BGH NJW-RR 2008, 1050.

a) Amtliche Leitsätze

1. „Ob ein Werkvertrag aufgrund einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ nichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB.“
2. Hat der Unternehmer seine Bauleistungen mangelhaft erbracht, so handelt er regelmäßig treuwidrig, wenn er sich zur Abwehr von Mängelansprüchen des Bestellers darauf beruft, die Gesetzeswidrigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede führe zur Gesamtnichtigkeit des Bauvertrags.“

b) Gründe

Der BGH begründete seine Entscheidung, die sich allerdings noch auf die alte Rechtslage bezog, damals wie folgt: Gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig sei die der Steuerhinterziehung dienende sog. Ohne-Rechnung-Abrede (vgl. BGH, Urt. v. 3.7.1968 – VIII ZR 113/66, MDR 1968, 834; v. 21.12.2000 – VII ZR 192/98, BauR 2001,

630 und v. 2.7.2003 – XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742). Damit sei ein Teil des Vertrags nichtig und der Anwendungsbereich von § 139 BGB eröffnet.

Nach dieser Vorschrift sei bei Nichtigkeit eines Teils eines Vertrags der gesamte Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen sei, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Ob diese Voraussetzungen vorlägen, ob also die **Vermutung der Gesamtnichtigkeit** durch einen entgegenstehenden (hypothetischen) Parteiwillen entkräftet werde, sei jeweils anhand der **Umstände des Einzelfalls** zu prüfen.

Diese Grundsätze hätten auch für die Frage Geltung, ob die Nichtigkeit einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ die Nichtigkeit des ganzen Vertrags zur Folge habe (vgl. BGH, Urt. v. 3.7.1968 – VIII ZR 113/66, MDR 1968, 834 [zum Kaufvertrag] und v. 2.7.2003 – XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742 [zum Mietvertrag]; OLG Hamm BauR 1997, 501; OLG Oldenburg OLGR 1997, 2; OLG Naumburg IBR 2000, 64, juris; OLG Saarbrücken OLGR 2000, 303 [jeweils zum Werkvertrag]). Dem Berufungsgericht sei darin beizupflichten, dass auch beim **Werkvertrag Gesamtnichtigkeit** nur dann nicht eintrete, wenn angenommen werden könne, dass ohne die „Ohne-Rechnung-Abrede“ bei ordnungsgemäßer Rechnungslegung und Steuerabführung der Vertrag zu denselben Konditionen, insbesondere mit derselben Vergütungsregelung, abgeschlossen worden wäre.

Der Senat müsse nicht abschließend entscheiden, ob im Streitfall die Nichtigkeit der Ohne-Rechnung-Abrede zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führe. Denn jedenfalls könne sich der Beklagte, nachdem er die Bauleistung erbracht habe, nach **Treu und Glauben gem. § 242 BGB** nicht auf eine etwaige Nichtigkeit des Vertrags berufen.

c) Anmerkung

Wie der Senat in seiner Entscheidung vom 1.8.2013 ausdrücklich ausführte, betraf die **Rechtsprechung des BGH zu Mängelansprüchen** aus einem Bauvertrag, der eine „Ohne-Rechnung-Abrede“ enthielt, nicht die Fälle, in denen ein Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in Rede stand. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, den der BGH nach früherer Rechtsprechung zugelassen hat, überwand nur die unter bestimmten Voraussetzungen aus § 139 BGB folgende Nichtigkeit des Gesamtvertrags aufgrund einer Nichtigkeit der „Ohne-Rechnung-Abrede“ mit der Folge, dass Mängelansprüche geltend gemacht werden konnten.

Hinweis:

Derartige Erwägungen kämen nach dem jetzigen SchwarzArbG nicht mehr Betracht. Eine nach § 134 BGB bestehende Nichtigkeitsfolge müsse anders beurteilt werden, als die Nichtigkeitsfolge aus § 139 BGB (vgl. BGH, a.a.O.).

2. Anspruch auf Wertersatz bei nichtigem Schwarzarbeitsvertrag

Hinweis:

BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 336/89, BGH NJW 1990, 2542.

a) Amtlicher Leitsatz

„Im Falle eines gem. § 134 BGB nichtigen Schwarzarbeitervertrags kann der vorleistende Schwarzarbeiter unter Umständen gem. §§ 812, 818 Abs. 2 BGB Wertersatz verlangen; der Anwendung von § 817 S. 2 kann § 242 BGB entgegenstehen.“

b) Gründe

Der Kläger könne sich mit Erfolg auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung berufen. Beide Parteien hätten die Verträge gerade als Schwarzarbeit durchgeführt. Die **Bereicherungsansprüche** gehörten indessen dem **Billigkeitsrecht** an und ständen daher in besonderem Maße unter den

Grundsätzen von Treu und Glauben. Mit diesen sei es nicht zu vereinbaren, wenn der Besteller den Wert des Erlangten nicht erstatten müsse, sondern unentgeltlich behalten könne. Bei der Betrachtung müsse berücksichtigt werden, welchen Zweck das in Frage stehende Verbotsgesetz verfolge. Im Einzelfall könne eine einschränkende Auslegung der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift geboten sein. Und weiter: Dass der Besteller von Schwarzarbeit die Leistung auf Kosten des vorleistenden Schwarzarbeiters unentgeltlich behalten solle, sei zur Durchsetzung der Ziele des Gesetzgebers nicht unabweislich geboten.

c) Anmerkung

Diese schon damals umstrittene Rechtsprechung hat der BGH nunmehr endlich aufgegeben (s. nachfolgend unter V.). Es wäre schon früher zur Durchsetzung der Ziele des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit geboten gewesen, **nicht nur Mängelansprüche, sondern auch Bereicherungsansprüche strikt auszuschließen.** Letztlich hat diese Rechtsprechung von der Rechtsordnung nicht gewünschte Zustände zementiert, ohne den Parteien die notwendigen Konsequenzen ihres Verhaltens aufzuzeigen (so auch STAMM NJW 2014, 2146).

V. Neue Rechtsprechung des BGH

1. Schwarzarbeit I

Hinweis:

Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 = BGH NJW 2013, 3167.

a) Amtliche Leitsätze

1. „§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrags, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.“
2. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrags gem. § 134 BGB, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.
3. Mängelansprüche des Bestellers bestehen in diesem Fall grundsätzlich nicht.“

b) Sachverhalt

In diesem Verfahren, mit dem der BGH seine spektakuläre **Kehrtwende einleitete**, ging es um einen **Vorschuss für Mängelbeseitigungsaufwendungen**. Die Klägerin behauptete den Abschluss eines Werkvertrags, wobei die Bezahlung bar ohne Rechnung sowie ohne Abführung von Umsatzsteuer vereinbart worden sei. Der Beklagte hingegen behauptete, er habe die Arbeiten als reine Gefälligkeit ausgeführt. Das Landgericht hatte der Klage noch stattgegeben. Durch das Berufungsgericht erfolgte eine Klageabweisung. Nach Zulassung der Revision wurde diese Entscheidung durch den BGH bestätigt und die Revision zurückgewiesen.

c) Gründe

Das Gericht führt in seiner Entscheidung u.a. wie folgt aus: Der zwischen den Parteien geschlossene **Werkvertrag** sei gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG **nichtig**. Die genannte Vorschrift des SchwarzArbG enthalte ein Verbot eines Werkvertrags, der dazu diene, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre steuerlichen Pflichten nicht erfülle. Ein solches Verbot führe dann zur Nichtigkeit, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstoße und der Besteller diesen Verstoß zum eigenen Vorteil ausnutze.

Das seit dem 1.8.2004 geltende Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz diene ausweislich § 1 Abs. 1 SchwarzArbG der Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit. Schon daraus ergebe sich eine Verschärfung der gesetzlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit. Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG

Schwarzarbeit

gehöre zur Schwarzarbeit auch die Erbringung oder Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen, wenn von einem Steuerpflichtigen steuerliche Pflichten nicht erfüllt würden. Wenn also der Unternehmer seinen Erklärungs- und Anmeldepflichten nach dem Einkommen- bzw. Umsatzsteuergesetz nicht nachkomme sowie gegen die Rechnungsstellungspflicht verstoße. Mit dieser Regelung werde bewusst auch der Auftraggeber erfasst, der die Schwarzarbeit überhaupt erst ermögliche.

Ob der Auftraggeber selbst verbotene Schwarzarbeit geleistet habe, könne offen bleiben, da bereits eine Beteiligung, d.h. die Kenntnis eines Gesetzesverstoßes sowie die Ausnutzung eines solchen zum eigenen Vorteil ausreiche. Immerhin habe der Gesetzgeber auch die Pflichten zur Rechnungserteilung und -aufbewahrung erweitert.

Hinweis:

Die sich aus dem EStG bzw. dem UStG ergebenden Pflichten sind jedem Unternehmer bekannt. Weithin unbekannt dürften die Pflichten des Auftraggebers bzw. Rechnungsempfängers sein. Der private Bauherr ist grundsätzlich verpflichtet, Rechnungen, Zahlungsbelege oder andere beweiskräftige Unterlagen zwei Jahre lang aufzubewahren. Die zweijährige Aufbewahrungsfrist für Privatpersonen ist verbunden mit der Pflicht des Unternehmers oder Handwerkers, innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Leistung eine Rechnung auszustellen (zitiert nach Zoll-online unter www.zoll.de).

Die Pflichtangaben regelt § 14 Umsatzsteuergesetz (UStG). Gemäß § 14 Abs. 4 UStG muss eine Rechnung folgende Angaben enthalten:

1. Den vollständigen Namen und die vollständige Anschrift des leistenden Unternehmers und des Leistungsempfängers,
2. die dem leistenden Unternehmer vom Finanzamt erteilte Steuernummer oder die ihm vom Bundeszentralamt für Steuern erteilte Umsatzsteuer-Identifikationsnummer,
3. das Ausstellungsdatum,
4. eine fortlaufende Nummer mit einer oder mehreren Zahlenreihen, die zur Identifizierung der Rechnung vom Rechnungsaussteller einmalig vergeben wird (Rechnungsnummer),
5. die Menge und die Art (handelsübliche Bezeichnung) der gelieferten Gegenstände oder den Umfang und die Art der sonstigen Leistung,
6. den Zeitpunkt der Lieferung oder sonstigen Leistung; in den Fällen des Abs. 5 S. 1 den Zeitpunkt der Vereinnahmung des Entgelts oder eines Teils des Entgelts, sofern der Zeitpunkt der Vereinnahmung feststeht und nicht mit dem Ausstellungsdatum der Rechnung übereinstimmt,
7. das nach Steuersätzen und einzelnen Steuerbefreiungen aufgeschlüsselte Entgelt für die Lieferung oder sonstige Leistung (§ 10 UStG) sowie jede im Voraus vereinbarte Minderung des Entgelts, sofern sie nicht bereits im Entgelt berücksichtigt ist,
8. den anzuwendenden Steuersatz sowie den auf das Entgelt entfallenden Steuerbetrag oder im Fall einer Steuerbefreiung einen Hinweis darauf, dass für die Lieferung oder sonstige Leistung eine Steuerbefreiung gilt,
9. in den Fällen des § 14b Abs. 1 S. 5 einen Hinweis auf die Aufbewahrungspflicht des Leistungsempfängers und
10. in den Fällen der Ausstellung der Rechnung durch den Leistungsempfänger oder durch einen von ihm beauftragten Dritten gem. Abs. 2 S. 2 die Angabe „Gutschrift“.

Ziel sei es, so der Senat, die „Ohne-Rechnung-Geschäfte“ wirkungsvoll zu bekämpfen. Daher müssten sowohl für den Unternehmer als auch für den Leistungsempfänger entsprechende Pflichten bestehen. Die zusätzliche **Rechnungsaufbewahrungspflicht des privaten Leistungsempfängers** neben der Rechnungsstellungspflicht des Unternehmers führe dazu, dass beide Seiten ein erhebliches Interesse daran hätten, dass das Geschäft legal mit Rechnung abgewickelt werde (BGH, a.a.O., Rn 24 der Urteilsbegründung).

Praxishinweis:

Der Auftraggeber sollte auf die Erteilung einer ordnungsgemäßen Rechnung bestehen, um nicht unfreiwillig und unbeabsichtigt doch noch an unerlaubter Schwarzarbeit „mitzuwirken“. Falls eine Rechnung nicht erteilt wird, sollte der Unternehmer unter Fristsetzung per Einschreiben mit Rückschein zur Rechungserteilung aufgefordert werden. Dieses Schreiben kann zu Beweis Zwecken gegenüber der Finanzverwaltung und dem Zoll bzw. bei späteren Mängelrügen vor Gericht genutzt werden. Sollte eine Rechnung nicht ausgestellt werden, hilft nur die Selbstanzeige.

Die Nichtigkeit führe dazu, dass der Klägerin **keine Mängelansprüche** zustünden. Ein Verstoß gegen das neue SchwarzArbG, mithin gegen steuerrechtliche Pflichten, führe bereits ohne weiteres zur **Nichtigkeit des gesamten zugrunde liegenden Werkvertrags**. Auch weitere gesetzliche Ansprüche seien nicht gegeben.

d) Anmerkung

Mit dieser Entscheidung – Schwarzarbeit I – vollzog der BGH den ersten Schritt seiner wegweisenden Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, die bei der sog. Ohne-Rechnung-Abrede noch Mängelansprüche zuerkannt hatte. Diese Entscheidung ließ jedoch noch **Raum für mögliche bereicherungsrechtliche Ansprüche**. Denn nach Ansicht des Senats seien die im besonderen Maße von den Grundsätzen Treu und Glauben beeinflussten Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung regelmäßig geeignet, unerträgliche Ergebnisse auch in den Fällen zu verhindern, in denen die aufgrund eines nichtigen Werkvertrags erbrachten Leistungen mangelhaft sind (vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 336/89). Der Senat hielt daher bereicherungsrechtliche Ausgleichsansprüche unter Überwindung der strengen Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB über § 242 BGB (noch) für möglich. Auch diese Ansicht wurde vom Senat später jedoch revidiert. Wegweisend war die wichtige Entscheidung des BGH, Urt. v. 10.4.2014 (Schwarzarbeit II), die wiederum die aktuelle Entscheidung, BGH, Urt. v. 11.6.2015 (Schwarzarbeit III), als folgerichtig und konsequent nach sich ziehen musste.

2. Schwarzarbeit II**Hinweis:**

Urt. v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13, BGHZ 201, 1 = BGH NJW 2014, 1805; s. ausführlich STAMM, Kehrtwende des BGH bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit, NJW 2014, 2145.

a) Amtlicher Leitsatz

„Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG (...) nichtig, steht dem Unternehmer für erbrachte Bauleistungen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz gegen den Besteller nicht zu.“

b) Sachverhalt

Die Klägerin machte die **Zahlung restlichen Werklohns** gerichtlich geltend. Nach Darstellung der Klägerin sollte der Restbetrag in bar und ohne Rechnung gezahlt werden. Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben. Auf die Berufung erfolgte eine Klageabweisung. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin blieb erfolglos.

c) Gründe

Die Entscheidung des VII. Senats beruht auf folgenden rechtlichen Erwägungen: Der Klägerin stehe kein Zahlungsanspruch zu. Der **Vertrag sei wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot**, hier gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG, **nichtig**. Die Beklagte habe erkannt und zu ihrem Vorteil ausgenutzt, dass die Klägerin keine Rechnung erstellen und somit keine Umsatzsteuer verlangen und abführen wollte. Ebenso **verneint** wurden Ansprüche auf einen **bereicherungsrechtlichen Wertersatz**, dessen Voraussetzungen zwar vorlägen, aber an der strengen **Konditionssperre** des § 817 S. 2 BGB scheitern würden. Durch das SchwarzArbG solle nicht allein der Steuerhinterziehung begegnet, sondern auch die mit Schwarzarbeit einhergehende Wettbewerbsverzerrung verhindert oder zumindest eingeschränkt werden. Danach ver-

Schwarzarbeit

stoße nicht nur die vertragliche Vereinbarung, sondern auch deren Ausführung gegen ein gesetzliches Verbot. Die Anwendung der Konditionssperre sei dabei nicht eingeschränkt, weil durch das Gesetz weder der Schwarzarbeiter geschützt noch ein verbotswidriger Zustand, der mit der Rechtsordnung nicht vereinbar sei, aufrechterhalten werde. Auch stünden einer Anwendung nach neuer Rechtsprechung nicht mehr die Grundsätze von Treu und Glauben entgegen.

Entgegen der im Urt. v. 31.5.1990 (VII ZR 336/89, BGH NJW 1990, 2542) zum Ausdruck gekommenen Auffassung habe sich die Annahme des Senats, der Ausschluss vertraglicher Ansprüche verbunden mit der Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben bei Bekanntwerden der Schwarzarbeit entfalte bereits die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung, nicht bewahrheitet. Es seien dennoch weiterhin in erheblichem Umfang handwerkliche Leistungen in Schwarzarbeit erbracht worden. Die amtliche Begründung zum Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz in der Fassung vom 23.7.2004 (BT-Drucks 15/2573, S. 1 u. 17) weise darauf hin, dass die Schwarzarbeit in Deutschland ein alarmierendes Niveau erreicht habe und kein Kavaliersdelikt sei. **Wer bewusst gegen das SchwarzArbG verstoße, solle nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben** und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen (vgl. BGH, Urt. v. 5.5.1992 – X ZR 134/90, BGHZ 118, 182, 193). Es handele sich nicht um ein Kavaliersdelikt, sondern um handfeste Wirtschaftskriminalität, die dem Gemeinwesen schweren Schaden zufüge.

d) Anmerkung

Der vormalige Vorsitzende des VII. Zivilsenats Prof. Dr. ROLF KNIFFKA kommentierte die Entscheidung in der mündlichen Verhandlung wie folgt: *„Ihr stellt euch außerhalb des Gesetzes. Dann finden auch keine Billigkeits-erwägungen statt!“* (Pressemeldung der dpa, abgedr. in Diepholzer Kreiszeitung, Ausgabe vom 11.4.2014).

3. Schwarzarbeit III**Hinweis:**

Urt. v. 11.6.2015 – VII ZR 216/14, ZAP EN-Nr. 602/2015 = NJW 2015, 2406 m. Anm. STAMM.

a) Amtlicher Leitsatz

„Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG (...) nichtig, steht dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gegen den Unternehmer kein Rückzahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zu.“

b) Sachverhalt

Der Kläger forderte **Schadensersatz wegen Werkmängeln**. Der Beklagte wandte Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen das SchwarzArbG ein und machte bereits gezahlten Schadensersatz widerklagend geltend. Das Landgericht hat der Klage vollumfänglich entsprochen und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung wurde der Beklagte aus Bereicherungsrecht zur überwiegenden Rückzahlung des erhaltenen Werklohnes verurteilt und der Widerklage, ebenfalls aus Bereicherungsrecht, überwiegend stattgegeben. Mit gegen die Klage zugelassener Revision wurde die Klage durch den BGH abgewiesen.

c) Gründe

Der Entscheidung des VII. Senats des BGH lagen folgende Erwägungen zugrunde: Der **Vertrag** sei wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG **gem. § 134 BGB nichtig**. Der Beklagte habe Schwarzarbeit ausgeführt. Er habe für den mündlich vereinbarten Werklohn keine Umsatzsteuer verlangen und abführen wollen. Die an den Kläger gerichtete Rechnung habe nicht § 14 UStG entsprochen und keinen Umsatzsteueranteil ausgewiesen. Der Kläger habe dies erkannt und bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt, indem er mit dem Beklagten ein Entgelt ohne Umsatzsteueranteil vereinbarte.

Dem Kläger stehe jedoch **kein Anspruch** unter dem Gesichtspunkt der **ungerechtfertigten Bereicherung** zu. Einer Rückzahlung stehe § 817 S. 2 Hs. 1 BGB entgegen. Zwar sei der Empfänger einer Leistung gem. § 817

S. 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet, wenn dieser gegen ein gesetzliches Verbot verstoße. Eine Rückforderung sei aber gem. § 817 S. 2 Hs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last falle. So verhalte es sich vorliegend. Eine einschränkende Auslegung der Vorschrift komme nicht in Betracht. Wer bewusst das im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz enthaltene Verbot missachte, solle nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen (BGH, a.a.O., Rn 17 der Urteilsgründe m.w.N.). Nach STAMM hat der BGH nunmehr in Vollzug seiner Kehrtwende frühere Überlegungen zur Korrektur des Konditionsausschlusses mittels § 242 BGB verbannt (a.a.O.).

Praxishinweis:

Bei dem Einwand der Nichtigkeit des Werkvertrags wegen Schwarzarbeit gilt es aus anwaltlicher Sicht zu beachten, dass dem Mandanten keine Nachteile entstehen. Der voreilige Einwand könnte in straf- und steuerrechtlicher Hinsicht ansonsten zum Bumerang werden. Vorliegend war die fällige Umsatzsteuer vom Beklagten längst nachentrichtet worden; er war daher „steuerehrlich“ geworden. Andererseits besteht die anwaltliche Pflicht, die Interessen seines Mandanten im Rahmen des Mandats umfassend und in jeder Hinsicht wahrzunehmen (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 11.8.2015 – 28 U 136/14, ZAP EN-Nr. 848/2015). Hier liegt ein spezielles Problem gerade darin, dass kaum ein Unternehmer Schwarzarbeit von sich aus einräumen wird. Es bedarf daher einer umfassenden Recherche des zugrundeliegenden Sachverhalts in alle Richtungen sowie einer gründlichen Durchsicht aller Vertragsunterlagen.

d) Anmerkung

Einen langen Atem benötigte der nicht rechtsschutzversicherte Beklagte dennoch, da trotz einer Baustellenkontrolle durch den Zoll und einer nicht ordnungsgemäßen Rechnung das Landgericht die Schwarzarbeitsproblematik vollkommen verkannte. Das Berufungsgericht erkannte zwar die Nichtigkeit des Vertrags wegen Schwarzarbeit, entschied aber den Fall – trotz ausdrücklichen Hinweises auf die bereits ergangenen Entscheidungen des BGH – nach alter und überholter Rechtslage. Glücklicherweise wurde die Revision zugelassen.

VI. Auswirkungen für die Praxis

Neuerdings riskiert der Gewerbetreibende, dass er zukünftig leer ausgeht. Einen rechtlichen Anspruch auf Bezahlung hat er jedenfalls nicht. Ob ihm – wie in der mündlichen Verhandlung vom 11.6.2015 zwischen dem Senat und den Parteivertretern lebhaft diskutiert – möglicherweise ein Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zusteht, erscheint angesichts der strikten Voraussetzungen des § 826 BGB zumindest fraglich. Möglicherweise wird sich der BGH auch mit diesen Fällen, in denen es jemand darauf anlegt, den vorleistenden Schwarzarbeiter zu prellen, noch zu beschäftigen haben. Die Zukunft wird es zeigen.

Hinweis:

Schwierig wird ein Berufen auf Schwarzarbeit vor Gericht aber auch deshalb, weil es sich oftmals nur um interne Absprachen handelt, die mündlich getroffen wurden. Die Zahlung erfolgt in bar, eine Rechnung wird nicht ausgestellt. Nach einer Entscheidung des OLG Köln (Urt. v. 22.4.2015 – 11 U 94/14, NJW 2015, 2046) trägt jedoch die Beweislast dafür, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des gesetzlichen Verbotes vorliegen, die Partei, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts geltend macht. Das Gericht ging, anders als noch die Vorinstanz, nach erneuter Beweisaufnahme und Anhörung des Beklagten davon aus, dass diesem ein solcher Nachweis nicht gelungen sei.

Wegen drohender Beweisnot gilt es daher einiges zu beachten, denn die Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit können vielfältig und durchaus widersprüchlich sein. So können zur Finanzierung von Baumaßnahmen gegenüber der Bank Kostenvoranschläge mit, Quittungen oder andere Belege jedoch ohne, Mehrwertsteuer vorgelegt werden. Alle Alarmglocken sollten daher läuten, wenn sich in den Akten „widersprechende“ Kostenanschläge/Quittungen oder andere Belege ohne Mehrwertsteuer finden.

Checkliste:

Für einen sog. Schwarzbau sprechen folgende Indizien:

- Für die Nutzungsänderung einer bestehenden Immobilie wurde keine Baugenehmigung beantragt;
- kein Architekt wurde mit der Bauplanung und Bauaufsicht beauftragt;
- es liegen weder Bauzeichnung noch Baustatik vor;
- ein Bodengutachten, welches bereits seit 2008 als Grundlage der Planung und Realisierung eines Bauvorhabens bauordnungsrechtlich vorgeschrieben ist, wurde nicht eingeholt;
- es besteht kein Bauvertrag, d.h. keine ausführliche Beschreibung der zu erbringenden Bauleistungen.

VII. Ausblick

Wie einer Pressemitteilung des Instituts für Angewandte Wirtschaftsforschung e.V. (IAW) vom 3.2.2015 zu entnehmen ist, ist der langjährige Rückgang der Schattenwirtschaft 2015 zum Stillstand gekommen. Zwar üben die robuste Situation auf dem Arbeitsmarkt und das geringe, aber positive Wirtschaftswachstum einen dämpfenden Effekt auf das Ausmaß der Schattenwirtschaft aus. Allerdings verstärkten steigende Sozialbeiträge und die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns von 8,50 € die Anreize, in der Schattenwirtschaft zu arbeiten (zitiert aus der Pressemitteilung des IAW v. 3.2.2015). Für eine Zunahme der Schwarzarbeit könnte auch die aktuelle Flüchtlingswelle sorgen. Häufig ohne Arbeitserlaubnis könnten sich Flüchtlinge auf dem sog. grauen Arbeitsmarkt als billige Arbeitskräfte potentiellen Arbeitgebern andienen, um ihr Einkommen aufzubessern. Die weitere Entwicklung bleibt daher abzuwarten. Die neue höchstrichterliche Rechtsprechung hat jedenfalls das OLG Stuttgart in seinem Ur. v. 10.11.2015 (10 U 14/15, ZAP EN-Nr. 101/2016) bereits konsequent umgesetzt.

Mit Spannung zu erwarten ist, ob der VII. Senat des BGH auch weitere Entscheidungen kassiert (vgl. Anspruch gem. § 242 BGB bei Preisgarantie: BGH 85, 48; PALANDT/ELLENBERGER, § 134 Rn 22), welchen Einfluss die Rechtsprechung bei den sog. Mangelfolgeschäden resultierend aus Schwarzarbeit haben und ob sich möglicherweise auch die Rechtsprechung in anderen Bereichen des Zivilrechts (z.B. bei Grundstücksgeschäften mit Schwarzbeurkundungen) ändern wird. Bislang wurden Mangelfolgeschäden nämlich erstattet, da die Nichtigkeit des Vertrags die Wirksamkeit gesetzlicher Ansprüche nicht berührte. Allerdings ist anzunehmen, dass zukünftig eine Haftung gem. § 254 BGB ausgeschlossen sein wird. Es dürfte sich dabei um ein „Verschulden gegen sich selbst“ handeln (vgl. BGH NJW 2009, 582). Denn diese Vorschrift ist zugleich eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (vgl. PALANDT/GRÜNEBERG, § 254 Rn 1).

Bislang wird auch ein Formverstoß gem. § 311b BGB bei einer sog. Unterverbriefung oder Schwarzbeurkundung, bei dem die Parteien eines Grundstückskaufs vereinbaren, einen Teil des Kaufpreises bei der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags nicht anzugeben, durch die Grundbucheintragung geheilt. Allerdings wurde eine solche Heilung bereits für den Fall verneint, in dem sich die Eintragung im Grundbuch nicht auf das gesamte veräußerte und aufgelassene Grundstück bezog (OLG Hamm, Ur. v. 25.6.2015 – 22 U 166/14, ZAP EN-Nr. 813/2015). Es bleibt abzuwarten, ob der „Öffentliche Glaube“ des Grundbuchs auch bei Eintragung des richtigen Grundstücks für denjenigen Erwerber eingeschränkt wird, der sich mit seiner Schwarzgeldabrede bewusst gegen das Gesetz stellt. Für ein Ende derartiger Geschäfte könnte allerdings schon die Einführung einer gesetzlichen Pflicht zur Vorlage eines Verkehrswertgutachtens vor Beurkundung und Eintragung ins Grundbuch sorgen. Der Verkäufer und Vermieter einer Immobilie ist bereits zur Vorlage eines Energieausweises gesetzlich verpflichtet. Warum sollte Vergleichbares nicht für den Erwerber eines Grundstücks gelten? Helfen würde sicher auch, wenn das Steuerrecht vereinfacht und gerechter ausgestaltet werden würde, um die Anreize zur Steuerhinterziehung zu verringern. Auch hat nach STAMM erst die frühere Rechtsprechung des BGH zivilrechtliche Anreize für die Schwarzarbeit geliefert (STAMM NJW 2014, 2146).

Der BGH hat seine Aufgabe und seinen gesetzlichen Auftrag jedenfalls erkannt und trägt seinen Teil an der Bekämpfung der Schwarzarbeit bei. Auf Milde dürfen Schwarzarbeiter nunmehr vor keinem Deutschen Gericht mehr hoffen.