

Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 134, 817 BGB, § 1 Abs. 2 SchwarzArbG

- 1. Ein Werkvertrag, der gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstößt, ist gemäß § 134 BGB nichtig. Dem Schwarzarbeiter stehen in solchen Fällen keine vertraglichen Ansprüche zu.**
- 2. Dass der Besteller von Schwarzarbeit die Leistung auf Kosten des vorleistenden Schwarzarbeiters unentgeltlich behalten darf, ist zur Durchsetzung der Ziele des Gesetzes nicht unabweislich geboten. Denn der Ausschluss vertraglicher Ansprüche verbunden mit der Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben bei Bekanntwerden der Schwarzarbeit entfaltet bereits die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung.**
- 3. Bei der Bewertung des durch die Schwarzarbeit Erlangten ist zunächst zu beachten, dass der Schwarzarbeiter im Wege des Bereicherungsausgleichs keinesfalls mehr erlangen kann, als er mit seinem Auftraggeber - in nichtiger Weise - als Entgelt vereinbart hatte. Insbesondere ist stark wertmindernd zu berücksichtigen, dass vertragliche Gewährleistungsansprüche wegen der Nichtigkeit des Vertrages von vornherein nicht gegeben sind.**

BGH, Urteil vom 31.05.1990, Az.: VII ZR 336/89

Tenor:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 11. Oktober 1989 aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten aus abgetretenem Recht restlichen Werklohn in Höhe von 20.505,00 DM und Zinsen.

Der Ehemann der Klägerin, der Zeuge S., führte 1985 und 1986 für den Beklagten Handwerksarbeiten durch, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein und ohne einen Gewerbebetrieb angemeldet zu haben. Beides war dem Beklagten bekannt. Er hat an S. für dessen Leistungen mindestens 4.500,00 DM gezahlt. Steuern und

Sozialversicherungsbeiträge hat S. nicht abgeführt. Die von ihm behaupteten Restwerklohnforderungen hat S. an die Klägerin abgetreten.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 11.880,00 DM und Zinsen zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, die der Beklagte zurückzuweisen bittet, verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht nimmt an, nicht nur der Bekl., sondern auch sein Vertragspartner O habe gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwArbG) verstoßen.

S habe ein Handwerk selbständig betrieben, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 I Nr. 3 SchwArbG). Er habe dabei gehandelt, um wirtschaftliche Vorteile in erheblichem Umfang zu erzielen. Dieses Bestreben reiche zur Erfüllung des Tatbestandes aus. Er habe deshalb weder vertragliche noch gesetzliche Ansprüche, die er an die Kl. habe abtreten können.

2. Das ist im Ausgangspunkt richtig.

a) Das BerGer. nimmt zutreffend an, daß O ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbständig betrieben hat, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 I HandwO). Als stehendes Gewerbe gelten alle Arten und Formen des Gewerbebetriebs, die weder dem Reisegewerbe noch dem Messe-, Ausstellungs- und Marktwesen zuzuordnen sind. Gewerbliche Tätigkeiten, die - wie hier - außerhalb einer gewerblichen Niederlassung auf "vorgehende Bestellung" vorgenommen werden, gehören nicht zu einem Reisegewerbe (vgl. § 55 GewO); sie sind daher zum stehenden Gewerbe zu rechnen, ohne Rücksicht darauf, ob der Gewerbetreibende eine gewerbliche Niederlassung besitzt oder nicht. Daher ist etwa ein Maurer oder Zimmerer, auch wenn er keine eigene Betriebsstätte hat, sondern seine Arbeiten auf Bestellung bei den Kunden ausübt, als Inhaber eines stehenden Gewerbebetriebes anzusehen, sofern nur ein sogenannter gewerblicher Mittelpunkt erkennbar ist. Dazu genügt, daß der Gewerbetreibende an seinem Wohnsitz eine entsprechende Tätigkeit entfaltet (BVerwG, GewArch 1979, 96).

b) Nach den Feststellungen des BerGer. hat der Zedent O durch seine selbständige gewerbliche Tätigkeit als Inhaber eines Handwerksbetriebes auch wirtschaftliche Vorteile in erheblichem Umfang i. S. des § 1 I SchwArbG "erzielt". Ein wirtschaftlicher Vorteil ist nämlich jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage. Es ist noch nicht einmal nötig, daß letztlich eine Bereicherung oder ein Gewinn erlangt wird (Marschall, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, S. 149; Sannwald, Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, § 1 SchwArbG Rdnr. 8). Wirtschaftliche Vorteile von erheblichem Umfang liegen mindestens dann vor, wenn die Einnahmen aus der Schwarzarbeit Auswirkungen auf die Art der Lebensführung des Betroffenen, auf seine Bildung von Ersparnissen oder auf seine Tätigkeit im Arbeits- oder

Wirtschaftsleben außerhalb der Schwarzarbeit haben (z. B. aufwendige Reisen oder besondere Anschaffungen usw., Marschall, S. 152). Das kann bei einem Betrag von 4500 DM, den O unstreitig mindestens von dem Bekl. erhalten hat und der ihm - dem Plan der Beteiligten entsprechend - ohne Abzüge verblieben ist, unbedenklich bejaht werden. Nach der Höhe der Klageforderung hatte die Werkleistung des O einen erheblichen Umfang. Dem entspricht es, daß O für eines der Bauvorhaben zusätzlich Hilfskräfte beschäftigen mußte, um der Fülle der Arbeit Herr zu werden. Der Gesetzgeber wollte ersichtlich Bagatellfälle von der Bußgeld- und Nichtigkeitsfolge ausnehmen. Ein solcher Bagatellfall liegt hier nicht vor.

c) Es ist im Ergebnis auch nicht zu beanstanden, wenn das BerGer. davon ausgegangen ist, der Bekl. habe durch sein Verhalten jedenfalls gegen § 2 I SchwArbG verstoßen. Zwar kann es grundsätzlich Bedenken erwecken, daß das BerGer. einen marktüblichen Preis nicht festgestellt hat. Denn wenn ein solcher Preis vereinbart wurde, hat der Auftraggeber regelmäßig keinen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil "erzielt" (Ambs, in: Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 3. Aufl., § 2 SchwArbG Anm. 1 a. E.). Da O unstreitig Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt hat, kann aber unbedenklich davon ausgegangen werden, daß auch der Bekl. durch die Art der Vertragsgestaltung und -ausführung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat.

Die Gesamtumstände des Falles lassen nach den Feststellungen auch den Schluß zu, daß die vom Bekl. erzielten Vorteile einen nicht unerheblichen Umfang hatten. Dafür spricht schon, daß es - wie das BerGer. festgestellt hat - der ausdrückliche Wunsch des Bekl. war, die Arbeiten, um Kosten zu sparen, von O "schwarz" ausführen zu lassen. Daß diese Kostenersparnis nur gering war oder etwa gar nicht erreicht wurde, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Damit steht wiederum in Übereinstimmung, daß - wie schon erwähnt - beide Parteien einen Verstoß gegen das Schwarzarbeitsgesetz nie in Abrede gestellt haben. Damit haben sie die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile in erheblichem Umfang von vornherein eingeräumt. Unter diesen besonderen Umständen mußte das BerGer. insoweit keine ins einzelne gehenden Feststellungen mehr treffen.

3. Die von O und dem Bekl. geschlossenen Verträge waren somit gem. § 134 BGB nichtig. Wie der Senat (BGHZ 85, 39 (43 ff.) = NJW 1983, 109 = LM § 134 BGB Nr. 103) näher dargelegt hat, will das Schwarzarbeitsgesetz durch die Androhung von Geldbußen sowohl gegenüber dem Auftragnehmer als auch gegenüber dem Auftraggeber die Schwarzarbeit schlechthin verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den "Vertragspartnern" verhindern. Dies ist bereits ein gewichtiges Indiz dafür, daß die Rechtsordnung einem das Verbot der Schwarzarbeit mißachtenden Vertrag die Wirksamkeit versagen will. Insbesondere läßt sich - wie der Senat im einzelnen ausgeführt hat (BGHZ 85, 39 (44) = NJW 1983, 109 = LM § 134 BGB Nr. 103) - der Zweck des Schwarzarbeitsgesetzes nur erreichen, wenn derartige Verträge als nicht rechtswirksam angesehen werden. Das gilt zumindest dann, wenn wie hier beide Parteien gegen das Schwarzarbeitsgesetz verstoßen haben. Im Einzelfall kann allerdings die "Berufung auf die Nichtigkeit" eines gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts gegen Treu und Glauben verstoßen, so daß der

Vertrag im Ergebnis als wirksam zu behandeln ist (BGHZ 85, 39 (47 ff.) = NJW 1983, 109 = LM § 134 BGB Nr. 103).

4. Die Kl. kann somit wegen der Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge Rechte allenfalls aus deren Rückabwicklung herleiten. Nach der Rechtsprechung des Senats sind die §§ 677 ff. BGB in derartigen Fällen grundsätzlich anwendbar (Senat, BGHZ 37, 258 (263) = NJW 1962, 2010 = LM § 1 RechtsberatG Nr. 10). Die "Aufwendungen" des O bestanden hier aber aus einer vom Gesetz verbotenen Tätigkeit. Diese durfte er nicht "den Umständen nach für erforderlich halten"; schon daher entfällt ein Vergütungsanspruch nach Maßgabe der §§ 683, 670 BGB.

5. Die Kl. kann sich aber entgegen der Auffassung des BerGer. mit Erfolg auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung berufen. Die Annahme eines Anspruchs gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB scheitert hier im Ergebnis nicht an der Vorschrift des § 817 S. 2 BGB. Zwar gilt diese Vorschrift grundsätzlich für Fallgestaltungen der vorliegenden Art. Sie kann auch dem Rechtsnachfolger des Gläubigers entgegengehalten werden (Jauernig-Schlechtriem, BGB, 5. Aufl., § 817 Anm. 7 m. w. Nachw.).

Vorliegend hat der Zedent O durch seine handwerklichen Tätigkeiten gegen das Schwarzarbeitsgesetz verstoßen. Nach den Feststellungen des BerGer. wollten beide Parteien ihre Verträge gerade als Schwarzarbeit durchführen. Dann aber kann kein Zweifel daran bestehen, daß O sich des Verstoßes bewußt gewesen ist und ihn trotzdem gewollt hat.

6. Die Bereicherungsansprüche gehören indessen dem Billigkeitsrecht an und stehen daher in besonderem Maße unter den Grundsätzen von Treu und Glauben (BGHZ 36, 232 (234, 235) = NJW 1962, 580 = LM § 812 BGB Nr. 52). Mit diesen wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Bekl. den Wert des rechtswidrig Erlangten nicht erstatten müßte, sondern unentgeltlich behalten könnte.

Das RG hat es für den Fall der Vorleistung bei einem Bordellkauf als arglistiges, von der Rechtsordnung nicht geschütztes Verhalten bezeichnet, daß der Käufer nicht zahlen, die Herausgabe des erworbenen Hauses aber unter Berufung auf § 817 S. 2 BGB verweigern wollte (RGZ 71, 432). Ähnlich verhält es sich hier. Bei der Anwendung des den Gläubiger hart treffenden Rückforderungsverbot des § 817 S. 2 BGB (BGHZ 50, 90 (92) = NJW 1963, 1329 = LM § 817 BGB Nr. 25) kann nicht außer Betracht bleiben, welchen Zweck das in Frage stehende Verbotsgesetz verfolgt (Erman-H. P. Westermann, BGB, 8. Aufl., § 817 Rdnrn. 10 ff.). Danach kann im Einzelfall eine einschränkende Auslegung der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift geboten sein. Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verfolgt in erster Linie nicht den Schutz eines oder beider Vertragspartner, vielmehr vor allem die Wahrung öffentlicher Belange. Insbesondere standen arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte bei Erlass des Gesetzes im Vordergrund der Überlegungen. Nach der Amtlichen Begründung führt Schwarzarbeit zu einer erhöhten Arbeitslosigkeit in vielen Berufszweigen, verursacht Steuerausfälle und schädigt die Sozialversicherungsträger; sie gefährdet auch die

selbständigen Betriebsinhaber, die nicht so billig arbeiten können wie die Schwarzarbeiter. Nur daneben soll auch der Auftraggeber davor geschützt werden, daß er bei fehlerhafter Werkleistung keine Gewährleistungsansprüche hat (BT-Dr 2/1111 und 9/192). Das Gesetz wurde als Schutzgesetz i. S. des § 134 BGB ausgestaltet, weil sich nur durch die Nichtigkeit der verbotenen Geschäfte die verfolgten Zwecke erreichen ließen (Tiedtke, NJW 1983, 713 (716)). Mit dem Ausschluß vertraglicher Ansprüche ist aber andererseits auch der vor allem ordnungspolitischen Zielsetzung des Gesetzes weitgehend Genüge getan. Daß der Besteller von Schwarzarbeit die Leistung auf Kosten des vorleistenden Schwarzarbeiters unentgeltlich soll behalten dürfen, ist zur Durchsetzung der Ziele des Gesetzes nicht unabweislich geboten. Denn der Ausschluß vertraglicher Ansprüche verbunden mit der Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben bei Bekanntwerden der Schwarzarbeit entfaltet bereits die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung. Die Gewährung eines bereicherungsrechtlichen Ausgleichs - zumal in dem gebotenen eingeschränkten Umfang (s. dazu weiter unten) - steht dieser generalpräventiven Wirkung nach Auffassung des Senats nicht entgegen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte der wirtschaftlich meist stärkere Auftraggeber zudem keinesfalls günstiger behandelt werden als der wirtschaftlich schwächere Schwarzarbeiter (BT-Dr 2/1111, S. 10). Unter diesen Umständen gewinnt aber der an Treu und Glauben orientierte Gesichtspunkt entscheidend an Gewicht, daß es nicht der Billigkeit entspräche, dem durch die Vorleistung begünstigten Besteller den durch nichts gerechtfertigten Vorteil unentgeltlich zu belassen (in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, BauR 1978, 412 (413); Anm. Köhler zum Berufungsurteil, EWiR § 817 BGB 1/90, S. 47; Soergel-Hefermehl, BGB, 12. Aufl., § 134 Rdnr. 55; a. A. OLG Koblenz, DB 1975, 2125 (2126); OLG Oldenburg, GewArch 1978, 228 (229); Krüger=Nieland-Zöller, in: RGRK, § 134 Rdnr. 58; Lieb, in: MünchKomm, 2. Aufl., § 817 Rdnr. 14; Tiedtke, NJW 1983, 713 (715); Schmidt, MDR 1966, 464).

Der Bereicherungsanspruch geht nach § 818 II BGB auf Ersatz des Wertes, der dem Bekl. ohne Rechtsgrund zugeflossen ist. Bei der Bewertung des durch die Schwarzarbeit Erlangten ist zunächst zu beachten, daß der Schwarzarbeiter im Wege des Bereicherungsausgleichs keinesfalls mehr erlangen kann, als er mit seinem Auftraggeber - in nichtiger Weise - als Entgelt vereinbart hatte (vgl. BGH, LM § 123 BGB Nr. 22). In aller Regel werden hiervon aber wegen der mit der Schwarzarbeit verbundenen Risiken ganz erhebliche Abschläge angebracht sein. Insbesondere ist stark wertmindernd zu berücksichtigen, daß vertragliche Gewährleistungsansprüche wegen der Nichtigkeit des Vertrages von vornherein nicht gegeben sind. Haben sich schon Mängel gezeigt, so sind diese darüber hinaus im Rahmen der Saldierung in die Ausgleichsrechnung einzubeziehen.