

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 134, 817 BGB; § 1 II SchwarzArbG

- 1. Ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Werkvertrag kann auch dann nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG, § 134 BGB nichtig sein, wenn er nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.**
- 2. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass es zu einer wirksamen Abänderung des Ursprungsvertrags gar nicht komme, weil bereits die Änderungsvereinbarung selbst unwirksam sei und damit der ursprüngliche nicht zu beanstandende Vertrag weiter gelte.**

BGH, Urteil vom 16.03.2017, Az.: VII ZR 197/16

### **Tenor:**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 29. Juni 2016 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

### **Tatbestand:**

1

Der Kläger begehrt aus eigenem und von seiner Ehefrau, der Zeugin P., - beide Rechtsanwälte - abgetretenem Recht Rückerstattung geleisteten Werklohns für die Entfernung des alten sowie Beschaffung und Verlegung eines neuen Teppichbodens in seinem privaten Wohnhaus.

2

Mit als Kostenvoranschlag bezeichnetem Schreiben vom 3. Juli 2012 bot der Beklagte die Leistungen zu einem Gesamtpreis von 16.164,38 € an. Im August 2012 führte er die Arbeiten aus. Zwischen den Parteien ist streitig, zu welchem Zeitpunkt der Vertragsschluss erfolgte, auf welchen Werklohn sie sich geeinigt haben, ob, wann und inwieweit eine Ohne-Rechnung-Abrede getroffen wurde und welcher Betrag von dem Kläger und seiner Ehefrau in bar geleistet wurde. Der Beklagte erstellte eine Rechnung

lediglich über einen Betrag von 8.619,57 €, die sich wahrheitswidrig auf Verlegearbeiten in Wohnungen in einem vermieteten Wohnhaus des Klägers bezieht; diesen Betrag überwies der Kläger.

3

Mit Schreiben vom 11. April 2013 erklärten der Kläger und seine Ehefrau wegen behaupteter Mängel den Rücktritt vom Vertrag. Sie fordern Rückzahlung von 15.019,57 €. Der Kläger behauptet, er habe das Angebot des Beklagten mit Faxschreiben vom 5. Juli 2012 unverändert angenommen. Er habe neben der Überweisung Barzahlungen in Höhe von 5.400 € und 1.000 € an den Beklagten geleistet. Der Beklagte behauptet, man habe sich darauf verständigt, dass ein Teil des Werklohns nicht auf Rechnung und ohne Mehrwertsteuer gezahlt werde. Über den anderen Teil habe eine Rechnung über fingierte Arbeiten in dem vermieteten Wohnhaus des Klägers erstellt werden sollen. Von den als Barzahlung vereinbarten 6.400 € habe er lediglich 4.000 € erhalten.

4

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt er seinen Antrag weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

5

Die Revision ist nicht begründet.

I.

6

Das Berufungsgericht ist nach Beweisaufnahme unter anderem durch Vernehmung der Zeugen P. und E. sowie nach Anhörung der Parteien davon überzeugt, dass sich die Vertragsparteien kurz nach Vertragsschluss und noch vor Durchführung der Arbeiten auf "Schwarzarbeit" geeinigt haben, tatsächlich ein Teil des Werklohns als "Schwarzgeld" gezahlt wurde und die Auftraggeber diese Vereinbarung auch zu ihrem eigenen Vorteil ausnutzen wollten.

7

Der dem Kläger und seiner Ehefrau zeitnah zugegangene Kostenvoranschlag vom 3. Juli 2012, der ein Angebot darstelle, sei von diesen mit Telefax vom 5. Juli 2012 angenommen worden. Die Schwarzgeldabrede sei erst im Anschluss hieran getroffen worden. Der mit den Verhandlungen auf Seiten des Beklagten befasste Bruder des Beklagten, der Zeuge E., sei einige Tage später zu einem Treffen in das Privathaus des Klägers und seiner Ehefrau gekommen, bei dem es dann zu der Ohne-Rechnung-Abrede gekommen sei. Der hierdurch zu erzielende wirtschaftliche Vorteil für die Auftraggeber habe in der Reduzierung des Zahlbetrags um 1.144,28 € sowie der steuerlichen Absetzbarkeit der angeblichen Aufwendungen für die vermieteten Wohnungen gelegen. Dass es sich bei dem Bargeld für den Beklagten um Schwarzgeld handle, sei den Auftraggebern schon aufgrund der Umstände und der Höhe des eigenen erstrebten Vorteils bewusst gewesen.

8

Dem Kläger stände wegen der behaupteten Mängel weder ein Schadensersatzanspruch noch ein Anspruch auf Rückzahlung des Werklohns nach erklärtem Rücktritt vom

Vertrag noch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Der zwischen ihm und der Zeugin P. auf der einen und dem Beklagten auf der anderen Seite geschlossene Vertrag sei wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig, § 134 BGB.

9

Der Umstand, dass sich die Ohne-Rechnung-Abrede nur auf einen Teil des vereinbarten Werklohns bezogen habe und über den anderen Teil eine lediglich vom Inhalt her fingierte Rechnung habe gestellt werden sollen, führe dennoch zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags. Der vereinbarungsgemäß noch über Rechnung und mit Mehrwertsteuer zu zahlende Teil des Werklohns habe sich nicht auf eine bestimmte Teilleistung im Verhältnis der Parteien bezogen. Die Abrede habe das gesamte und einheitliche Rechtsgeschäft erfasst. Teilnichtigkeit scheidet damit aus.

10

Auch der Umstand, dass die Parteien erst nach Vertragsschluss die Abrede getroffen hätten, ändere an der Gesamtnichtigkeit des Vertrags nichts. Die Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz erfasse nicht nur den Abänderungsvertrag, sondern das gesamte geänderte Vertragsverhältnis, so dass aus diesem Vertrag keine Gewährleistungsrechte und/oder Werklohnansprüche mehr hergeleitet werden könnten. Die nachträgliche Abrede gestalte den ursprünglich wirksamen Werkvertrag mit dem Inhalt um, den er durch die Abrede gefunden habe. Die Parteien hätten den Vertrag in der ursprünglichen Form nicht mehr fortsetzen wollen und hätten sich gerade dazu entschlossen, das im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz enthaltene Verbot bewusst zu missachten. Es liefe der gesetzlichen Intention zuwider, wenn allein wegen des Umstands, dass eine Schwarzgeldabrede erst nachträglich getroffen werde, die Nichtigkeit des Werkvertrags gemäß § 134 BGB abgelehnt würde.

11

Die Folge der Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags sei das vollständige Fehlen von Mängelansprüchen. Einem Anspruch aus §§ 812, 398 BGB stehe die Vorschrift des § 817 Satz 2 Halbsatz 1 BGB entgegen. Umstände, die ausnahmsweise aus dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben zu einem anderen Ergebnis führen könnten, lägen nicht vor.

II.

12

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung stand.

13

1. Die von der Revision gegen die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung, die Parteien hätten nach Vertragsschluss vor Durchführung der Arbeiten vereinbart, einen Teil des Werklohns als Schwarzgeld zu zahlen, erhobenen Verfahrensrügen aus § 286 ZPO hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

14

2. Zutreffend erkennt das Berufungsgericht, dass dem Kläger wegen der behaupteten Mängel weder ein Schadensersatzanspruch noch ein Anspruch auf Rückzahlung des Werklohns nach erklärtem Rücktritt vom Vertrag gemäß § 634 Nr. 3 und 4, §§ 636, 280, 281, 346, 398 BGB zusteht. Mängelansprüche scheiden aus, weil der Werkvertrag gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nichtig ist.

15

a) § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn diese Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt (BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 Rn. 13; Urteil vom 11. Juni 2015 - VII ZR 216/14, BGHZ 206, 69 Rn. 10).

16

Ohne Rechtsfehler und von der Revision im Ausgangspunkt auch nicht in Frage gestellt nimmt das Berufungsgericht an, dass die von ihm festgestellten Vereinbarungen der Parteien auf das Leisten von Schwarzarbeit im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG gerichtet sind. Der Beklagte sollte hiernach Werkleistungen erbringen, ohne als Steuerpflichtiger die sich auf Grund der Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten zu erfüllen (vgl. nur § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG; § 18 UStG; § 25 Abs. 3 EStG; § 370 AO).

17

b) Die Nichtigkeit derartiger Werkverträge beschränkt sich nicht auf den Fall, dass sie von vornherein auf das Leisten von Schwarzarbeit gerichtet sind. Ebenso unwirksam sind sie, wenn ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Vertrag nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.

18

aa) Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Verbots treffen beide Fallgestaltungen gleichermaßen. Ziel des Gesetzes ist es, die Schwarzarbeit schlechthin zu verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den "Vertragspartnern" zu verhindern (BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 Rn. 15, 17). Es will nicht nur den tatsächlichen Vorgang der Schwarzarbeit eindämmen, sondern im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung nehmen (BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 Rn. 17).

19

bb) Diesem Ergebnis kann nicht entgegen gehalten werden, dass es zu einer wirksamen Abänderung des Ursprungsvertrags gar nicht komme, weil bereits die Änderungsvereinbarung selbst unwirksam sei und damit der ursprüngliche nicht zu beanstandende Vertrag weiter gelte. Die Auffassung, die meint, es sei (nur) die Änderungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz nichtig (vgl. Lorenz in Festschrift für Buchner, 2009, S. 571, 573 f.; ders., NJW 2013, 3132, 3134; Jerger, NZBau 2016, 137; BeckOGK/Vossler, BGB, Stand: 15. November 2016, § 134 Rn. 303.2), berücksichtigt nicht ausreichend, dass diese - isoliert betrachtet - nicht die Voraussetzungen einer Schwarzarbeit nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfüllt und deshalb auch nicht in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG setzt die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen voraus. Die inkriminierte Änderungsvereinbarung betrifft jedoch nur die Umstände der Zahlung (keine Rechnung, keine Umsatzsteuer, Barzahlung) verbunden mit einer Verringerung des Entgelts. Erst die Verknüpfung mit der zu erbringenden Dienst- oder Werkleistung macht den Vorgang zur Schwarzarbeit. Gerade deshalb hat die Schaffung des Schwarzarbeitstatbestandes des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG umgekehrt dazu geführt, dass die Verstöße gegen steuerrechtliche Pflichten bereits ohne weiteres zur Nichtigkeit des gesamten zugrunde liegenden Werkvertrages führen. Eine isolierte Prüfung nur der Ohne-Rechnung-Abrede erfolgt nicht (BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 Rn. 29). Ebenso wenig wie bei einer anfänglichen Verknüpfung der

Vereinbarung einer Dienst- oder Werkleistung mit einer Ohne-Rechnung-Abrede führt die spätere Zusammenführung zu der Möglichkeit, die Ohne-Rechnung-Abrede isoliert unter dem Gesichtspunkt der Schwarzarbeit nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG für unwirksam zu halten. Vielmehr liegt mit der Änderung des Ursprungsvertrags Schwarzarbeit vor, die zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags führt (im Ergebnis ebenso OLG Stuttgart, BauR 2016, 669 = NZBau 2016, 173; Popescu, ZfBR 2015, 3, 5; BeckOGK/Kober, BGB, Stand: 1. Februar 2017, § 634 Rn. 47.2).

20

cc) An dem Ergebnis ändert sich nichts dadurch, dass die Ohne-Rechnung-Abrede auch im Hinblick auf einen Verstoß gegen steuerrechtliche Verbotsvorschriften isoliert unwirksam sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2008 - VII ZR 42/07, BGHZ 176, 198 Rn. 7 f. m.w.N.). Ein solcher zusätzlicher Unwirksamkeitsgrund führte nicht dazu, dass § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG in Verbindung mit § 134 BGB nicht mehr anwendbar wäre. Denn er zwänge nicht dazu, die Ohne-Rechnung-Abrede bei der Prüfung außer Betracht zu lassen. Weder denknotwendig noch aufgrund des Zwecks beider Unwirksamkeitsgründe wäre das steuerrechtliche Verbot mit der Folge isolierter Unwirksamkeit der Ohne-Rechnung-Abrede vorrangig zu berücksichtigen.

21

Durch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz soll nicht allein der Steuerhinterziehung begegnet und damit ein fiskalischer Zweck verfolgt werden; mit der gesetzlichen Regelung soll vielmehr auch die mit der Schwarzarbeit einhergehende Wettbewerbsverzerrung verhindert oder zumindest eingeschränkt werden. Sie dient damit auch dem Schutz gesetzestreuer Unternehmer und Arbeitnehmer (BGH, Urteil vom 10. April 2014 - VII ZR 241/13, BGHZ 201, 1 Rn. 19). Diesem Ziel ist nicht dadurch gedient, Parteien, die sich - nachträglich - für die Durchführung eines verbotenen Geschäfts entschieden haben, dieses Vorhaben mit Rechtswirkungen im Rahmen des Erlaubten zu ermöglichen.

22

c) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, die Parteien hätten den ursprünglich geschlossenen Vertrag abändern wollen. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien wussten, dass sie die neue Abrede nicht wirksam schließen konnten, weil sie gegen das Verbot der Schwarzarbeit verstößt. Dieser Fall ist nicht vergleichbar mit Fällen, in denen Parteien einen Vertrag schließen und wissen, dass ein Teil ihrer Abmachungen wegen Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form unwirksam ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1966 - V ZR 68/65, BGHZ 45, 376). Es ist schon zweifelhaft, ob die Kenntnis von einer Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB der Kenntnis einer Formunwirksamkeit (§ 125 BGB) gleichzusetzen ist. Der Grundsatz, dass bei Kenntnis der Parteien von der Formunwirksamkeit eines Teils ihrer Abmachungen das Rechtsgeschäft lediglich von den übrigen Vertragsbestimmungen gebildet wird, hat außerdem nur dort Sinn, wo ein Vertrag sich grundsätzlich in wirksame und unwirksame Abreden aufteilen lässt und sich damit die Frage stellt, ob § 139 BGB anwendbar ist oder wegen fehlenden Rechtsbindungswillens nicht eingreift (BGH, Urteil vom 13. November 1998 - V ZR 379/97, NJW 1999, 351, juris Rn. 9). Das ist hier wie dargelegt nicht der Fall.

23

d) Fernliegend ist die Auffassung der Revision, der ursprünglich vereinbarte Vertrag habe möglicherweise für den Fall einer späteren rechtlichen Auseinandersetzung als rechtlich verbindliche Auffangregelung Bestand haben sollen. Hierfür gibt es weder Feststellungen des Berufungsgerichts noch Parteivortrag. Eine solche Vereinbarung wäre außerdem wegen Umgehung des Verbots des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG unwirksam. Denn sie liefe darauf hinaus, den Vertrag unter die Bedingung zu stellen, dass ein in erster Linie beabsichtigtes Schwarzarbeitsgeschäft nicht "geräuschlos" abgewickelt wird.

24

e) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch nicht nur eine Teilnichtigkeit des Vertrages angenommen, weil nur ein Teil des Werklohns unter Verstoß gegen steuerliche Pflichten ohne Rechnung und Abfuhr von Umsatzsteuer gezahlt werden sollte. Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass ein einheitlicher Werkvertrag allenfalls dann als teilwirksam angesehen werden könnte, wenn die Parteien dem zuzüglich Umsatzsteuer vereinbarten Teilwerklohn konkrete zu erbringende Einzelleistungen zugeordnet hätten (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 2014 - VII ZR 241/13, BGHZ 201, 1 Rn. 13 m.w.N.).

25

Zu Unrecht meint die Revision, aus der Feststellung des Berufungsgerichts, dass der Beklagte für einen Teilbetrag eine Rechnungsstellung für erforderlich hielt, um die Materialbewegungen buchhalterisch stimmig zu erfassen, ergebe sich, dass die Parteien über die Einzelleistung "Lieferung des Teppichbodens" eine wirksame Teilvereinbarung getroffen hätten. Dies belegt nur die Motivation zur Erstellung einer unzutreffend niedrigen Rechnung. Eine abgrenzbare Teilleistung, die hiermit vergütet werden sollte, ergibt sich weder hieraus noch sonst aus dem Parteivortrag zu den Vereinbarungen. Sie liegt auch schon deshalb fern, weil als Werkerfolg die Verlegung des neuen, zu beschaffenden Teppichbodens vereinbart war und deshalb die Lieferung eben dieses Teppichbodens keine abgrenzbare Teilwerkleistung sein kann.

26

3. Einen Bereicherungsanspruch hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juni 2015 - VII ZR 216/14, BGHZ 206, 69 Rn. 12-17) verneint, § 817 Satz 2 Halbsatz 1 BGB.

III.

27

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.