



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

*Hinweis vom HLB-Team: Eine beliebte Fall-Konstellation im Rahmen von Werk-, Kauf-, oder Arbeitsverträgen ist jene des Vertragsschlusses unter Missachtung eines gesetzlichen Gebots bzw. Bruch eines Verbotsgesetzes, § 134 BGB. Jene unter euch, die ihr bereits das Repetitorium stoisch durchgestanden habt, werdet die nachfolgenden Erwägungen unserer August-Entscheidung vielleicht in der geistigen Schublade mit dem Titel „**Schwarzarbeiter-Fall**“ archiviert haben. Grund genug, sich noch einmal vertieft mit der Materie auseinanderzusetzen und das juristische Fundament fürs Examen etwas auszubauen.*

*Zur Erinnerung: Insb. die §§ 1 Abs. 2 SchwarzArbG, §§ 1 Abs. 1, 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 14b UStG, §§ 33, 370 AO (gerne einmal anlesen!) spielen eine tragende Rolle, wenn es im Examensfall um den Häuserbau oder die Werkerstellung „**ohne Rechnung**“ oder kaufpreismindernde, mündliche Nebenabreden geht. Auch in der vorliegenden Entscheidung des Monats musste sich das OLG Hamm (Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891) mit dem **§ 370 AO** (Steuerhinterziehung) auseinandersetzen, nachdem ein komplettes Sportstudio für einen Schnäppchen-Preis von 5.000€ - den Kaufpreis eines gebrauchten Kleinwagens - verkauft wurde. Insgesamt 31.000€, davon 30.000€ in bar „**an der Steuer vorbei**“, wurden bereits ausgetauscht. Nach einem Rücktritt des Verkäufers ging es nun um den Anspruch auf Rückzahlung des Verkäufers betreffend diese ohne vertragliche Absicherung bezahlte Summe. Das Ergebnis, den Bereicherten zivilrechtlich bereichert zu lassen, wird dem Laien zunächst merkwürdig vorkommen. Wir zeigen euch jedoch im Folgenden die Hintergründe und getroffenen Abwägungen dieser durchaus nachvollziehbaren Raison der obersten Gerichte auf.*

*Neben üblichen, hilfreichen FYI's in den Fußnoten, die euch nicht zuletzt in der Mündlichen die Nase vorn' halten lassen, wird es im **dogmatischen Teil** im Lichte der Entscheidung um den Anwendungsbereich des **§ 817 S. 2 BGB** und seine Handhabung im Kontexte verschiedener Leistungskonditionen und spezieller Einzelfälle gehen. Wir stellen euch die **in der Praxis wichtigsten Fallbeispiele** dar, wann die Kondition gegen den Bereicherten aus Wertungsgründen ausgeschlossen wird. Darüber hinaus reichen wir euch eine kompakte und praktische Übersicht an die Hand, welche Ansprüche in der besonders gängigen „Schwarzarbeit“-Klausur auf jeden Fall zu prüfen sind, sodass ihr bei der Wiederholung systematisch vorgehen könnt. Viel Spaß also bei der Lektüre! Danach wird zumindest euch niemand mehr „Pfuscher am Bau“ eures juristischen Gedankenpalast vorwerfen können.*



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

Die Hintergründe der Entscheidung

Nach den Feststellungen des OLG Hamm¹ war der Beklagte Inhaber eines Sportstudios sowie der darin vorhandenen Einrichtungsgegenstände. Am 06.04.2018 schloss er mit der Klägerin einen Vertrag, in dem u.a. Folgendes vereinbart wurde: „Der (Bekl.) beabsichtigt, sein Unternehmen, das Sportstudio A (...) durch den Verkauf sämtlicher Einrichtungsgegenstände, Gerätschaften und Verträge an (die Kl.) zu übertragen. (...) Der vereinbarte Kaufpreis beträgt 5.000 EUR.“ Neben diesem schriftlichen Vertrag vereinbarten die Parteien mündlich, dass die Klägerin weitere 30.000 EUR als Kaufpreis an den Beklagten zahlen solle, sodass der Kaufpreis insgesamt 35.000 EUR betrage. Höhere Kaufpreisangebote anderer Interessenten schlug der Beklagte aus.

Am 30.04.2018 übergab der Beklagte der Klägerin das Sportstudio, nachdem diese ihm bereits 31.000 EUR² – 1.000 EUR per Überweisung als vertragliche Teilerfüllung, 30.000 EUR nicht verfolgbar in bar – gezahlt hatte. Mit Schreiben vom 03.09. und 05.09.2018 erklärte der Beklagte den Rücktritt vom Vertrag. Dies akzeptierte die Klägerin mit Schreiben vom 17.09.2018.

Die Klägerin hat den Beklagten sodann auf Rückzahlung der 31.000 EUR verklagt. Sie hat erstinstanzlich vor dem LG Dortmund³ behauptet, dass nach der Absprache mit dem Beklagten die weiteren 30.000 EUR in bar „**an der Steuer vorbei**“ gezahlt werden sollten. Das LG Dortmund hat der Klage stattgegeben und den Beklagten zur Rückzahlung der 31.000 EUR verurteilt. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt.

Die Entscheidung

Die zulässige Berufung des Beklagten hat Erfolg. Sie ist insbesondere auch begründet, da das angegriffene Urteil auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO).⁴

¹ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891.

² Nach den Feststellungen des Landgerichts; urspr. war dies zwischen den Parteien streitig. Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1892).

³ LG Dortmund Urt. v. 02.02.2022 – 1 O 132/18.

⁴ **FYI:** Mit einer **Berufung** können sich die Parteien gegen erstinstanzliche Endurteile wenden (§ 511 Abs. 1 ZPO). Sie ist zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600 € übersteigt oder das Gericht des ersten Rechtzugs die Berufung zugelassen hat (§ 511 Abs. 2 ZPO). Die Berufung ist begründet, wenn dem angefochtenen Urteil eine Rechtsverletzung zugrunde liegt (§ 546 ZPO) oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO).



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Rückzahlung des bereits geleisteten Geldbetrages in Höhe von 31.000 EUR.⁵ Ein solcher ergibt sich weder aus **§ 346 Abs. 1 BGB** noch aus dem Bereicherungsrecht.

I. **Kein Rückzahlungsanspruch aus § 346 Abs. 1 BGB**

Mangels eines Rückgewährschuldverhältnisses hat die Klägerin keinen Rückzahlungsanspruch aus **§ 346 Abs. 1 BGB**.

Es fehlt an der Voraussetzung eines **wirksamen Kaufvertrags**, weil dieser nach **§ 134 BGB** **nichtig** ist.⁶ Ein Vertrag ist danach nichtig, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt.

1. **Verstoß gegen § 370 AO**

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag verstößt gegen **§ 370 AO**, also gegen ein Gesetz im Sinne des BGB (vgl. **Art. 2 EGBGB**). Eine Steuerhinterziehung nach **§ 370 AO** liegt insbesondere dann vor, wenn gegenüber den Finanzbehörden unrichtige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen gemacht und dadurch Steuern verkürzt werden (**§ 370 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 AO**).

Nach den unwidersprochenen Angaben der Klägerin, die durch die Zurückweisung höherer Kaufpreisangebote anderer Interessenten gestützt werden, wurde der Kaufpreis von 5.000 EUR in dem schriftlichen Vertrag nur deshalb vereinbart, um den weiteren Kaufpreis in Höhe von 30.000 EUR in bar „an der Steuer vorbei“ zu zahlen. Die Parteien haben demnach einen Entschluss gefasst und umgesetzt, gegenüber der Finanzbehörde (Finanzamt) unrichtige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen, namentlich die Höhe des wirklichen Kaufpreises, welche sich unmittelbar auf die Steuerlast auswirkt, zu machen und dadurch Steuern zu verkürzen.⁷

2. **Gesamtnichtigkeit**

Dieser Verstoß gegen das Verbotsgesetz führt auch zur Gesamtnichtigkeit des geschlossenen Vertrags und nicht nur zur Nichtigkeit der Kaufpreisabrede.⁸ Gemäß **§ 139 BGB** ist bei einer

⁵ OLG Hamm, Urte. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1892).

⁶ OLG Hamm, Urte. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1892).

⁷ OLG Hamm, Urte. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1892).

⁸ OLG Hamm, Urte. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1892).



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre.

Nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH⁹ zu den sog. **Schwarzarbeiterfällen** ist der Vertrag insgesamt nichtig, **wenn beide Parteien gegen das Verbotsgesetz verstoßen haben**. Das ist anzunehmen, wenn eine Partei gegen das Gesetz verstößt und die andere Partei dies zumindest erkennt und zu ihrem eigenen Vorteil ausnutzt. Von einem solchen Ausnutzen ist jedenfalls in dem Fall auszugehen, in dem auf Grund der Abrede ein reduzierter Preis gewährt wird.¹⁰ Ziel dieser Rechtsprechung ist es, denjenigen, der bewusst gegen ein Verbotsgesetz verstößt, schutzlos zu stellen, um ihn mit dieser „abschreckenden“ Wirkung zu veranlassen, keine verbotenen Geschäfte abzuschließen.¹¹

Diese Rechtsprechung des BGH ist auch auf den vorliegenden Fall übertragbar, denn hier besteht genauso eine Benachteiligung der anderen Wettbewerber, wie in den im Werkvertragsrecht spielenden Schwarzarbeiterfällen.¹² In den letzten Jahren haben sich aufgrund einer geänderten gesellschaftlichen Wahrnehmung, wonach die Steuerhinterziehung als eine ernst zu nehmende Straftat angesehen wird, auch die Gesetzgebung und die Rechtsprechung dahingehend entwickelt, dass härter gegen Steuerhinterziehung vorgegangen wird.¹³ Soweit die Parteien vorsätzlich und **kollusiv zusammengewirkt** haben, um Steuern zu hinterziehen und dadurch sowohl die Allgemeinheit als auch ihre redlichen Mitwettbewerber zu schädigen, ist es geboten, die Nichtigkeit des gesamten Vertrags anzunehmen.¹⁴

Auch der XII. Zivilsenat des BGH, hat einen Mietvertrag für insgesamt nichtig angesehen, in dem die Parteien zur Steuerhinterziehung den **Mietzins in falscher Höhe** angegeben haben. Nach Ansicht des Senats hätte der Vertrag nur dann aufrechterhalten werden können, wenn festgestanden hätte,

⁹ **FYI:** Die **Aktenzeichen** bestehen aus **fünf Elementen:** der Bezeichnung für den zuständigen Senat (römische Zahlen für die aktuell XIII (exkl. einem Hilfssenat „VIa“) Zivilsenate, arabische Zahlen für die 6 Strafsenate), dem Registerzeichen laut feststehender Tabelle (im **Anhang** im Habersack ganz hinten), einer laufenden Nummer, einem Schrägstrich und dem zweistelligen Eingangsjahr.

Aktenzeichen lauten zum Beispiel „IX ZR 258/02“ oder „1 StR 97/19“.

¹⁰ BGH, Urte. v. 10.04. 2014 – VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805 (1805).

¹¹ OLG Hamm, Urte. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1892).

¹² OLG Hamm, Urte. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1893).

¹³ OLG Hamm, Urte. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1893).

¹⁴ OLG Hamm, Urte. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1893).



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

dass er auch ohne die nichtigen steuerlichen Absprachen zu denselben Bedingungen abgeschlossen worden wäre.¹⁵ Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagte den Kaufpreis im Gegenzug für die Abrede, 30.000 EUR in bar „an der Steuer vorbei“ zu zahlen, gewährt hat. Ihm lagen nämlich auch zwei deutlich höhere Kaufangebote über 45.000 EUR und über 42.750 EUR von anderen Interessenten vor.¹⁶ Es kann dementsprechend nicht angenommen werden, dass sich der Beklagte ohne die steuerverkürzende Abrede auf einen Kaufpreis von 35.000 EUR eingelassen hätte.¹⁷

Zwar behauptet der Beklagte (= Verkäufer), er habe beabsichtigt entgegen seiner ursprünglichen Absicht den Finanzbehörden doch mitzuteilen, dass er als Kaufpreis 35.000 EUR erhalten habe. Dem widerspricht die Klägerin (= Käufer) jedoch ausdrücklich. Zudem kann die mit dem Verstoß gegen **§ 370 AO** eingetretene Nichtigkeit des Vertrags nicht durch den nachträglichen Entschluss eines Vertragspartners, sich nunmehr doch gesetzmäßig verhalten zu wollen, rückwirkend beseitigt werden. Denn sonst würde „dem unredlich Handelnden die Möglichkeit eröffnet [...], planmäßig gesetzeswidrig zu handeln und im Falle von Störungen im Rahmen der Vertragsabwicklung die von Rechtsprechung und Gesetzgeber beabsichtigten Folgen – den Ausschluss jeglicher wechselseitiger Ansprüche – zu vermeiden.“¹⁸

II. Kein Rückzahlungsanspruch aus **§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB**

Ein Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der gezahlten 31.000 EUR ergibt sich auch nicht aus dem Bereicherungsrecht. Denn einem – dem Grunde nach gegebenen – Anspruch aus **§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB** (*condictio indebiti*) steht **§ 817 S. 2 BGB** entgegen.

1. Ausschluss der Rückforderung nach **§ 817 S. 2 BGB**

§ 817 S. 2 BGB findet trotz seiner systematischen Stellung unstreitig auf alle Fälle der Leistungskondiktion Anwendung und nicht nur auf **§ 817 S. 1 BGB**.¹⁹ Die Rückforderung der Leistung

¹⁵ BGH, Urt. v. 02.07.2003 – XII ZR 74/01, NJW 2003, 2742 (2742).

¹⁶ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1893).

¹⁷ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1893).

¹⁸ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1893).

¹⁹ **FYI:** Leistungskondiktion ist nicht gleichbedeutend mit „*condictio indebiti*“. Deshalb haben wir weiter oben den lateinischen Begriff zur Präzisierung verwendet; dies hilft bei der Unterscheidung. Es gibt fünf Spielarten der Leistungskondiktion (**condictio** (c.) **indebiti**, **§ 812 Abs.1 S.1, 1. Alt.**; **Erfüllung trotz Einrede**, **813 Abs.1** (ggf. i.V.m. **§ 812 Abs.1 S.1, 1. Alt.**; **c. ad causam finitam**, **§ 812 Abs.1 S.2, 2. Alt.**; **c. ob rem**; **§ 812 Abs.1 S.2, 2. Alt.**; **c. ob turpem vel iniustam causa**, **§ 817 S.1**). Bei der Leistungskondiktion (LK) geht es um die



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

ist danach grundsätzlich ausgeschlossen, wenn dem Leistenden einer der in **§ 817 S. 1 BGB** genannten Verstöße zur Last fällt. Also insbesondere wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt ist, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Dabei reicht der Verstoß einer der Parteien gegen ein Verbot aus. Hier ist die Zahlung der Geldforderung durch die Klägerin an sich wertneutral. Es ist jedoch zu beachten, dass schon die Vereinbarung der Parteien, einen Teil des Kaufpreises „an der Steuer vorbei“ zu leisten, gegen das gesetzliche Verbot verstößt. Durch die Ausführung dieser Vereinbarung begeht die Klägerin daher ebenfalls einen solchen Verstoß.²⁰

2. Keine einschränkende Auslegung nach **§ 242 BGB**

Eine einschränkende Auslegung des **§ 817 S. 2 BGB**, insbesondere nach **§ 242 BGB**, ist nicht geboten.²¹

Zwar sah die frühere herrschende Meinung eine **Einschränkung** von **§ 817 S. 2 BGB** für die Fälle vor, in denen es nicht mit Treu und Glauben vereinbar war, wenn der Bereicherte das rechtswidrig Erlangte behalten durfte. Es sei dem Zweck des Gesetzes bereits durch den Ausschluss vertraglicher Ansprüche hinreichend Genüge getan.²² Jedoch hat der VII. Zivilsenat des BGH diese Rechtsprechung eindeutig aufgegeben, da sich die Annahme „*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*“ hat.²³ Es ist vielmehr hinzunehmen, dass der am Gesetzesverstoß Mitwirkende die erlangte Leistung ggf. ohne jegliche Gegenleistung behalten darf. Denn nur so kann auch die mit der Steuerhinterziehung einhergehende **Wettbewerbsverzerrung** eingeschränkt werden.²⁴

Rückabwicklung nichtiger Verträge oder sonst fehlgeschlagener Leistungen. Dagegen beruht die Nichtleistungskondition (NLK) darauf, dass der Anspruchsgegner in die Rechte und Pflichten des Anspruchstellers eingegriffen hat.

Die NLK ist subsidiär. Sie kennt drei Hauptfälle: die **besondere Eingriffskondition** in **§ 816** (drei Spielarten!), die Eingriffskondition des **§ 822** (wirksame unentgeltliche Verfügung eines Berechtigten) und den **§ 812 Abs. 1 S.1 2. Alt.** (Eingriffs-, Verwendungs-, und Rückgriffskondition).

²⁰ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1894).

²¹ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1894).

²² Vgl. dazu BGH, Urt. v. 31.05.1990 – VII ZR 336/89, NJW 1990, 2542 (2543).

²³ BGH, Urt. v. 10.04.2014 – VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805 (1806).

²⁴ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1894).



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

Zumindest in diesem konkreten Fall ist die dargestellte Rechtsprechung des VII. Zivilsenats auch anwendbar. Denn „jedenfalls vorliegend – möglicherweise aber auch generell – [geht] mit der Steuerhinterziehung gleichermaßen eine der Schwarzarbeit vergleichbare Wettbewerbsverzerrung [einher]. Wie in den „Schwarzarbeiterfällen“ wollten die Parteien vorliegend durch die Hinterziehung von Steuern in erheblichem Maße gegenüber redlichen Vertragsparteien Vorteile generieren, die auch maßgeblich Wettbewerbsvorteile umfassten“²⁵ Schließlich hätte der Beklagte das Sportstudio auch für 45.000 EUR veräußern können. Die Klägerin musste somit einen deutlich geringeren Kaufpreis refinanzieren.²⁶ Zudem möchte der Gesetzgeber auch solche Fälle der Schwarzarbeit, wie sie in diesem Fall vorliegt, verhindern. Er möchte auch hier die Wettbewerbsfähigkeit steuerehrlicher Unternehmen schützen.²⁷

Dogmatische Vertiefung

§ 817 S. 2 BGB schließt die gerichtliche Durchsetzbarkeit bei „zweifelhaften“ Geschäften aus.²⁸ Entgegen seinem Wortlaut findet die Norm dabei nicht nur auf Fälle des **§ 817 S. 1 BGB** Anwendung, sondern nach herrschender Meinung **analog auf alle Leistungskonditionen** und erst Recht auch **auf einseitige Gesetzes- oder Sittenverstöße**. Denn ansonsten wäre die Kondition dann nicht ausgeschlossen, wenn der Leistende einseitig gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen hat, sodass im Ergebnis der verwerflich handelnde Empfänger besser als der redlich handelnde Empfänger gestellt würde, da Letzterer das Erlangte behalten dürfe.²⁹

In objektiver Hinsicht ist ein Gesetzes- oder Sittenverstoß jedenfalls des Leistenden erforderlich, der im Zeitpunkt der Leistung gegeben sein muss. Zudem muss das Erlangte endgültig in das Vermögen des Empfängers übergegangen sein und dort nach dem Willen der Parteien auch verbleiben sollen.³⁰

Die subjektiven Anforderungen sind im Einzelnen streitig, aber es muss zumindest ein leichtfertiges Verschließen des Leistenden vor dem Gesetzes- bzw. Sittenverstoß vorliegen.³¹

²⁵ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1894).

²⁶ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1894).

²⁷ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2023 – 2 U 78/22, NJW 2023, 1891 (1894).

²⁸ Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, § 817 BGB Rn. 11.

²⁹ Wendehorst, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 66. Ed. 01.05.2023, § 817 BGB Rn. 11.

³⁰ Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, § 817 BGB Rn. 15.

³¹ Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, § 817 BGB Rn. 17.



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

Der Konditionsausschluss nach **§ 817 S. 2 BGB** ist wiederum teilweise aus Gründen der Generalprävention, aufgrund des Schutzzwecks der Verbotsnorm oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben **ausgeschlossen**.³² In welchen Fällen ein solcher Ausschluss anzunehmen ist, wird von den verschiedenen Gerichten teilweise unterschiedlich bewertet und ist sehr einzelfallabhängig. Trotzdem lassen sich verschiedene wiederkehrende Argumentationsstrukturen feststellen, mit deren Hilfe auch in den Examensklausuren zumindest ein vertretbares Ergebnis gefunden werden kann. Beispielhaft werden daher im Folgenden einige gerichtliche Entscheidungen zu der Problematik vorgestellt.

I. Schenkkreise

Bei den sog. **Schenkkreisen** geht es darum, dass neue Teilnehmer den anderen Mitgliedern der Gruppe Geld in der Hoffnung schenken, später selbst beschenkt zu werden. Die Schenkkreise sind dabei wie eine Pyramide aufgebaut und werden häufig über Social Media vertrieben. Ein möglicher Aufbau wurde vom BGH beschrieben, die konkreten „Layers“ können im Einzelfall aber abweichen: *„Sie bestehen aus „Charts“ zu jeweils 15 Plätzen, wobei jeder Platz mit mindestens zwei Mitspielern besetzt ist. An der Spitze steht ein Platz auf der Empfängerposition. Auf der zweiten Stufe stehen zwei, auf der dritten vier und auf der vierten, letzten Stufe acht Plätze, jeweils in Geberposition. Die auf der vierten Stufe stehenden Mitspieler leisten ihre „Schenkungen“ an die in der Spitzenposition stehenden Mitglieder. Sobald diese sämtliche Zuwendungen von den auf der vierten Stufe stehenden Spielern erhalten haben, scheiden sie aus dem Spiel aus. Es werden sodann durch Aufteilung zwei neue Charts gebildet, an deren Spitze die beiden Plätze der bisherigen Stufe zwei treten. Die zweiten Stufen der neu gebildeten Charts werden von jeweils zwei der vier Positionen der dritten Stufe des Ursprungscharts besetzt. Die neu gebildeten dritten Stufen bestehen aus jeweils vier der acht Positionen der letzten Stufe des Ursprungscharts. Diesen Mitspielern obliegt es sodann, jeweils neue Mitspieler für acht Positionen der neu zu bildenden vierten Stufen der neuen Charts zu werben, so dass die volle Teilnehmerzahl von jeweils 15 Plätzen für die neuen Charts erreicht wird.“*³³ Die Krux in derlei „Kreisen“ liegt gerade in ihrem tatsächlich exponentiell-pyramidalen Aufbau: Müssen die Initiatoren auf erster Stufe z.B. nur acht Personen anwerben, sind es auf der nächsten Stufe bereits 64 mit willigen Schenkern zu besetzende Positionen und auf der wiedernächsten bereits 512 Leerplätze.

³² Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, § 817 BGB Rn. 18.

³³ BGH, Urt. v. 13.03.2008 – III ZR 282/07, NJW 2008, 1942 (1942).



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

Nach der Rechtsprechung des BGH ist dieses Vorgehen nach **§ 138 Abs. 1 BGB** sittenwidrig, weil es allein darauf abzielt, „zugunsten einiger weniger „Mitspieler“ leichtgläubige und unerfahrene Personen auszunutzen und sie zur Zahlung des „Einsatzes“ zu bewegen“.³⁴ Eine Rückforderung des gezahlten Betrags ist dementsprechend nach **§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB** möglich. **§ 817 S. 2 BGB** steht dem nach der Rechtsprechung des BGH nicht entgegen. Denn ansonsten würde die Wertung des **§ 138 Abs. 1 BGB** konterkariert. Die „Initiatoren solcher „Spiele“ [würden] zum Weitermachen geradezu eingeladen, wenn sie die mit sittenwidrigen Methoden erlangten Gelder [...] behalten dürften.“³⁵ Darüber hinaus könnte man über ein Verbotsgesetz in Form des **§ 16 UWG** („Strafbare Werbung“; Stichwort: Schneeballsysteme) nachdenken.

In diesen Fällen stellt der BGH also maßgeblich darauf ab, wie der Abschluss solcher sittenwidriger Verträge effektiv verhindert werden kann. Dadurch, dass **§ 817 S. 2 BGB** nicht angewendet wird, sollen solche Verträge für die Initiatoren möglichst unattraktiv gemacht werden.

II. Die klassischen Schwarzarbeiterfälle

In den klassischen selbstständigen Schwarzarbeiterfällen, treffen der Werkbesteller und der Unternehmer eine Vereinbarung, wonach für die in Auftrag gegebene Leistung keine Umsatzsteuer berechnet werden soll (sog. **Ohne-Rechnung-Abrede**).

Nach dem BGH ist ein solcher Vertrag insgesamt aufgrund des Verstoßes gegen **§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG** nach **§ 134 BGB** nichtig, wenn die folgenden Voraussetzungen vorliegen: Zunächst müsse es sich um einen vorsätzlichen Verstoß des Unternehmers gegen die Vorschrift handeln. Weiterhin müsse der Besteller den Verstoß kennen und diesen bewusst zu seinem eigenen Vorteil ausnutzen.³⁶

Bereicherungsansprüchen beider Parteien steht nach der heutigen Rechtsprechung des BGH jedoch **§ 817 S. 2 BGB (analog)** entgegen.³⁷ Sowohl die vertragliche Vereinbarung der Parteien, als auch deren Ausführung verstoße nach dem Sinn und Zweck des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz gegen das gesetzliche Verbot. Eine einschränkende Auslegung des **§ 817 S. 2 BGB** komme nicht in Betracht.

³⁴ BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05, NJW 2006, 45 (46).

³⁵ BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05, NJW 2006, 45 (46).

³⁶ BGH, Urt. v. 11.06.2015 – VII ZR 216/14, NJW 2015, 2406 (2406).

³⁷ Schwab, in: Säcker/Rixecker/Oetker, MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 817 BGB Rn. 27.



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

„Wer bewusst das im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz enthaltene Verbot missachtet, soll nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen. Der Ausschluss eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs mit der ihm zukommenden abschreckenden Wirkung ist ein geeignetes Mittel, die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende Zielsetzung des Gesetzgebers mit den Mitteln des Zivilrechts zu fördern.“³⁸

Auch hier geht es dem BGH also darum, die Schwarzarbeit für beide Vertragsparteien möglichst unattraktiv zu gestalten und so dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz möglichst große Wirkung zu verleihen. Anders als in dem Fall der Schenkkreise, wird dieses Ziel hier jedoch gerade dadurch erreicht, dass **§ 817 S. 2 BGB** angewendet wird.

III. Unerlaubtes Online-Glücksspiel

Zuletzt haben sich verschiedene Gerichte der unteren Instanzen mit der Frage beschäftigt, ob Teilnehmer an unerlaubten Online-Glücksspielen die Spieleinsätze zurückfordern können.³⁹

Nach **§ 134 BGB** ist der zwischen dem Veranstalter und dem Spieler geschlossene Spielvertrag nichtig, weil er gegen **§ 4 Abs. 4 GlüStV 2012** verstößt.⁴⁰ Wenn der Zweck des Verbotsgesetzes nicht anders zu erreichen ist, kann sich die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags nämlich auch aus einem einseitigen Verstoß ergeben. Es ist dann von der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts auszugehen, wenn sich die Normen nicht nur gegen die Art und Weise seines Zustandekommens richten, sondern gegen seinen Inhalt und seinen wirtschaftlichen Erfolg.⁴¹ Das ist hier der Fall, **§ 4 Abs. 4 GlüStV 2012** möchte nicht nur den Abschluss des Vertrags, sondern auch die Durchführung des Glücksspiels verhindern.⁴²

Mit unterschiedlichen Begründungen haben etwa das OLG Braunschweig und das LG Hamburg in ihren Entscheidungen eine Anwendung des **§ 817 S. 2 BGB** auf Fälle, in denen der Teilnehmer unerlaubter Online-Glücksspiele seine Spieleinsätze zurückforderte, verneint. Das OLG Braunschweig ging dabei davon aus, dass es an den für **§ 817 S. 2 BGB** erforderlichen subjektiven Voraussetzungen, nämlich dass sich der Leistende (hier der Spieler) der Einsicht, dass sein Handeln

³⁸ BGH, Urt. v. 11.06.2015 – VII ZR 216/14, NJW 2015, 2406 (2406).

³⁹ Näher dazu unsere Entscheidung des Monats März 2023.

⁴⁰ OLG Braunschweig, Urt. v. 23.02.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023 (2622).

⁴¹ OLG Braunschweig, Urt. v. 23.02.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023 (2622).

⁴² OLG Braunschweig, Urt. v. 23.02.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023 (2622).



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

verbots- bzw. sittenwidrig ist, leichtfertig verschließt, fehlte.⁴³ Die Existenz der verschiedenen Verbotsgesetze kann dabei nicht als jedem Bürger bekannt vorausgesetzt werden. Es ist vielmehr im Grundsatz die Kenntnis des Leistenden von dem bestimmten Verbotsgesetz festzustellen. Dabei genügt es, „wenn sich der Leistende der Einsicht in die Gesetzeswidrigkeit leichtfertig verschließt.“⁴⁴ Die Beweislast für diese Tatsachen trägt der Bereicherungsschuldner, da es sich um eine Einwendung handelt. Dieser ist er in dem Fall nicht hinreichend nachgekommen. Insbesondere ließ sich aus der Tatsache, dass sich das Angebot nach der Werbung nur an Spieler in Schleswig-Holstein richtete, keine allgemeine Bekanntheit des generellen Verbots von Online-Glücksspielen in den anderen Bundesländern herleiten.⁴⁵ Das LG Hamburg lies es dagegen dahinstehen, ob der leistende Spieler in dem Fall Kenntnis davon hatte, dass das Online-Glücksspiel illegal war.⁴⁶ Es ging mit Verweis auf eine Entscheidung des LG Paderborn⁴⁷ davon aus, dass **§ 817 S. 2 BGB** hier teleologisch zu reduzieren sei, weil die Anwendung dieser Vorschrift dazu führe, dass „die Initiatoren solcher Systeme zum Weitermachen geradezu eingeladen“ würden.⁴⁸ In der Gesetzesbegründung werde insbesondere angeführt, dass das Angebot von Online-Glücksspielen auch durch die Unterbindung entsprechender Zahlungsströme bekämpft werden solle.⁴⁹ Die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags sollten auch „dem Schutz der Spielteilnehmer vor suchtfördernden, ruinösen und/oder betrügerischen Erscheinungsform des Glücksspiels“ dienen.⁵⁰ „Diese Intention des Verbotsgesetzes würde jedoch vollständig unterlaufen, wenn die Spieleinsätze, die ein Spieler tätigt, in zivilrechtlicher Hinsicht kondiktionsfest wären, also dem Anbieter des verbotenen Glücksspiels dauerhaft verbleiben“⁵¹

⁴³ OLG Braunschweig, Urt. v. 23.02.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023 (2622).

⁴⁴ OLG Braunschweig, Urt. v. 23.02.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023 (2622).

⁴⁵ OLG Braunschweig, Urt. v. 23.02.2023 – 9 U 3/22, BeckRS 2023 (2622).

⁴⁶ LG Hamburg, Urt. v. 12.01.2022 – 319 O 85/21, BeckRS 2022, 993 (993).

⁴⁷ LG Paderborn, Urt. v. 24.09.2021 – 4 O 424/20, BeckRS 2021, 35859 (35859).

⁴⁸ LG Hamburg, Urt. v. 12.01.2022 – 319 O 85/21, BeckRS 2022, 993 (993). Die Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion ist streitig; ablehnend für den Fall, dass der Spieler in Kenntnis der Illegalität am Spiel teilgenommen hat, etwa OLG Hamm, 21.03.2023 – 21 U 116/21, BeckRS 2023, 8297 Rn. 37.

⁴⁹ LG Hamburg, Urt. v. 12.01.2022 – 319 O 85/21, BeckRS 2022, 993 (993).

⁵⁰ LG Hamburg, Urt. v. 12.01.2022 – 319 O 85/21, BeckRS 2022, 993 (993).

⁵¹ LG Hamburg, Urt. v. 12.01.2022 – 319 O 85/21, BeckRS 2022, 993 (993).



Entscheidung des Monats **AUGUST** 2023

Zum Abschluss sei noch eine knappe Darstellung der zu prüfenden Ansprüche im Schwarzarbeiter-Fall (Teil B), oft ergänzt durch eine drittverschuldete Mangelsituation am Werk selbst (Teil A), an die Hand gereicht:

A. Unternehmer gegen Besteller

- I. Anspruch auf Werklohn, **§ 631 Abs. 1 BGB** = (-), mangels Durchsetzbarkeit (**§ 650g Abs. 4 S. 1 BGB**).
- II. Anspruch auf Abschlagszahlung, **§ 632a Abs. 1 BGB** = (+), wenn Leistung noch vorhanden.
- III. Teilvergütungsanspruch, **§ 645 Abs. 1 BGB** = (-), da Drittverschulden; **§ 645 Abs. 1 BGB** analog = (-), bei bloßer Realisierung des Betriebsrisikos des Unt. (Unwetter, Folge-Unternehmer-Schaden).
- IV. (Potentieller) Anspruch auf Abtretung von SE-Ansprüchen des Bestellers gegen den verursachenden Dritten (hier inzident SE-Ansprüche i.V.m. DSL (!) prüfen), soweit Mangel drittverschuldet, **§§ 631, 157 BGB** = (+).

B. Unternehmer gegen Besteller

- I. (Bau-)Werklohnanspruch, **§ 631 BGB** = (-), wegen Nichtigkeit des Vertrages, **§ 134 BGB** i.V.m. **§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG** bzw. **§ 370 AO**.
- II. SE-Anspruch aus **§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB** (c.i.c.) = (+), bei schuldhafter Herbeiführung eines Wirksamkeitshindernis einer Partei [(-), bei Einvernehmen].
- III. Aufwendungsersatz, **§§ 677, 683, 670 BGB** = (-), da keine Erforderlichkeit der Aufwendungen
- IV. Wertersatzanspruch, **§§ 812 Abs. 1 S. 1, Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB** = (-), da Ausschluss gem. **§ 817 Satz 2 BGB**.
- V. **§§ 817 S. 1, 818 Abs. 2 BGB** = (-), ebenso wg. Ausschluss gem. **§ 817 Satz 2 BGB** (s.o.).⁵²

⁵²

Verfasserin: Judith Jacobs, Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei HLB Schumacher Hallermann.
 Supervision: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann, & Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt bei HLB Schumacher Hallermann.