



STICHWORT SCHWARZARBEIT



Kein Rechtsschutz bei Schwarzarbeit

Teil 1: Relevante Urteile

Wer Steuern in beachtlichem Umfang „verkürzt“, also hinterzieht, spürte in den letzten Jahren, dass das Klima rauer wurde. Nicht nur lässt das Verständnis in der Gesellschaft nach. Auch der Verfolgungsdruck nimmt zu – durch den Ankauf von Daten-CDs und höhere Strafen. Mittlerweile hat sich die Erkenntnis weitgehend durchgesetzt, dass Steuerhinterziehung kein verzeihliches Kavaliersdelikt ist, sondern so etwas wie Diebstahl gegenüber der Gemeinschaft. Was für Hinterziehung im großen Rahmen gilt, gilt auch im Kleinen. Dr. Michael Sattler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, erklärt die Rechtslage.

Steuerdelikte in skandalträchtiger Größenordnung kommen eigentlich nur für einen überschaubaren Personenkreis in Betracht. Die meisten Bürger schulden gar nicht genug Steu-

ern oder haben keinen Zugang zu „kreativen Steuergestaltungsmöglichkeiten“, um sich dieser Gruppe zugehörig fühlen zu können. Neuerdings richtet sich das Interesse jedoch auch auf die Steuerdelikte des „kleinen Mannes“. Durch zwei Urteile des höchsten deutschen Zivilgerichts, des Bundesgerichtshofes (BGH) in Karlsruhe, innerhalb weniger Monate wird es künftig für Schwarzarbeiter und deren Auftraggeber deutlich ungemütlicher. Damit ist auch das seit jeher illegale, gleichwohl weit verbreitete und oft zu rechtfertigen versuchte „Steuerspar- und Beschäftigungsförderungsmodell“ der Normalbevölkerung in die Krise geraten. Was ist geschehen?

Keine Gewährleistungsansprüche

Mit seinem Urteil vom 1. August 2013 (Az. VII ZR 6/13) stellte der BGH fest, dass dem Auftraggeber einer Bauleistung keine Gewährleistungsansprüche zustehen, wenn der Vertrag eine Schwarzgeldabrede enthält. Die Klägerin hatte den als Holzfahrer und selbständigen Lohnunternehmer tätigen Beklagten damit beauftragt, ihre 170 m² große Auffahrt zu pflastern. Vereinbart war ein Werklohn von 1.800 Euro, der bar und ohne Rechnung gezahlt wurde. Dabei war beiden Parteien klar, dass der Auftragnehmer keine Einkommensteuer auf den Betrag entrichten und die Auftraggeberin zugleich die Umsatzsteuer sparen würde. Kurz nach der Fertigstellung zeigten sich Unebenheiten auf der gepflasterten Fläche, die auf eine mangelhafte Ausführung zurückzuführen waren.

Nachdem ein Nachbesserungsversuch des Beklagten erfolglos verlief, nahm ihn die Klägerin wegen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von rund 6.000 Euro in Anspruch. Dieser Betrag hät-



STICHWORT SCHWARZARBEIT

te für eine fachgerechte Ausführung durch ein Fachunternehmen aufgewandt werden müssen. In erster Instanz bekam die Klägerin noch Recht. Das Berufungsgericht hingegen wies die Klage ab und wurde in der Revisionsinstanz durch den BGH bestätigt. Dieser begründete seine Entscheidung und die damit verbundene Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung (vgl. FuG, Heft 5/2014) mit der umfassenden Reform des „Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung“ (SchwarzArbG) im Jahre 2004.

Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) – Auszug:

§ 1 Zweck des Gesetzes

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

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

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).

Als „Schwarzarbeiter“ in diesem Sinne wird angesehen, wer „Dienst- oder Werkleistungen erbringt (= Unternehmer) oder ausführen lässt (= Bauherr) und dabei eine der unter § 1 Absatz 2, Nr. 1 bis 5 beschriebenen Pflichten verletzt. Es geht dabei um

| sozialversicherungsrechtliche (z.B. Renten- und Krankenversicherung),

| steuerliche (z.B. Einkommens- und Umsatzsteuer),

| sozialrechtliche (z.B. Arbeitslosengeld) und gewerberechtliche (z.B. nach Gewerbe- oder Handwerksordnung)

Pflichten. Dabei reicht es aus, wenn die eine Partei weiß, dass die andere Partei ihre entsprechenden Pflichten nicht erfüllt. Der BGH sieht in § 1 Absatz 2 SchwarzArbG ein Verbotsgesetz, welches nach § 134 BGB dazu führt, dass ein Vertrag, der dagegen verstößt, nichtig ist. Die Klageabweisung stützt der BGB also darauf, dass zwischen den Parteien überhaupt kein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist, weil die Verein-



STICHWORT SCHWARZARBEIT

barung – Pflasterung der Zufahrt gegen Zahlung von 1.800 Euro in bar und ohne Rechnung – im Bewusstsein beider Parteien der Steuervermeidung diente und damit einen Fall des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG darstellt. In subjektiver Hinsicht reicht es aus, wenn der Bauherr die Steuerhinterziehung des Unternehmers erkennt und für den eigenen Vorteil nutzt. Der Auftraggeber eines „Schwarzarbeiters“ hat mangels wirksamen Vertrags keine Gewährleistungsansprüche.

Früher mehr Nachsicht

Schon vor dem Inkrafttreten des SchwarzArbG waren Verhaltensweisen, die zusammenfassend als „Schwarzarbeit“ bezeichnet wurden, illegal. Allerdings waren die Vorschriften auf diverse Gesetze unterschiedlicher Rechtsgebiete verteilt, wobei der Begriff „Schwarzarbeit“ dort nicht ausdrücklich erwähnt wurde, sondern der Umgangssprache entstammte.

Erst durch das SchwarzArbG wird derjenige, der eine auf Steuerhinterziehung seines Vertragspartners, das heißt des Auftragsnehmers, gerichtete Vereinbarung trifft, rechtlich genauso behandelt wie der Haupttäter. Früher wurde er nur als „Gehilfe“ angesehen.

Für den nur Beihilfe leistenden Auftraggeber konnte der BGH in seiner Entscheidung vom 24. April 2008 (Az. VII ZR 140/07) noch ein gewisses Verständnis aufbringen und hat ihm das Gewährleistungsrecht zuerkannt. Zur Begründung hieß es damals, lediglich die so genannte „ohne-Rechnung-Abrede“ sei unwirksam, der auf den Austausch von Werkleistung und Vergütung gerichtete Vertrag hingegen nicht. Letztlich stand vermutlich auch der Verbraucherschutzgedanke hinter dem Argument, ein „unmoralisches Angebot“ des Unternehmers an den Bauherrn solle nicht dazu führen, dass der Bauherr schutzlos ist. Zwar galt zum Zeitpunkt der Verkündung jenes Urteils bereits das SchwarzArbG; der Vertrag, über den zu urteilen war, stammte allerdings aus der Zeit vor dessen Inkrafttreten. Das Urteil aus dem Jahre 2008 ist für alle Bauverträge, die nach dem Datum des Inkrafttretens der Neufassung zum 1. August 2004 geschlossen wurden, nicht anwendbar.

Das Urteil aus dem Jahre 2008 ist für alle Bauverträge, die nach dem Datum des Inkrafttretens der Neufassung zum 1. August 2004 geschlossen wurden, nicht anwendbar.

Kein Vergütungsanspruch

In seinem zweiten Urteil nahmen sich die Bundesrichter die andere Seite des Vertrages vor. Mit seinem Urteil vom 10. April 2014 (Az. VII 241/13) stellte derselbe Senat klar, dass natürlich auch dem Unternehmer, der einen Bauvertrag mit Schwarzarbeit vereinbart, kein Vergütungsanspruch zusteht. Hier war die Konstellation insoweit etwas anders, als die Vertragsparteien nicht die gesamte Vergütung „schwarz“ vereinbart hatten, sondern nur einen Teil: 5.000 Euro von insgesamt 18.800 Euro. Nach Fertigstellung behielt der Bauherr einen Teil der Vergütung zurück und berief sich auf Mängel. Der Unternehmer verklagte ihn auf Zahlung der restlichen Vergütung, die auch 2.700 Euro des schwarz vereinbarten Vergütungsteils enthielt.

Das Landgericht Kiel gab der Klage noch statt, das Oberlandesgericht Schleswig wies sie hingegen ab. Der BGH bestätigte dies und stellte die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages fest. Eine Begrenzung der Unwirksamkeit auf einen Teil der Vergütung sei nicht möglich, weil die Vergütungsanteile nicht einzelnen Leistungen zugeordnet werden können. Es war also nicht feststellbar, dass die schwarz vereinbarten 5.000 Euro sich auf einen abgrenzbaren Leistungsteil



STICHWORT SCHWARZARBEIT

beziehen. Letztlich bedeutet dies, dass der Unternehmer für die erbrachte Leistung keine Vergütung beanspruchen kann.

Auch der Möglichkeit, den mit der Werkleistung unverdient erlangten Vorteil heraus zu verlangen – sei es in natura oder in Form eines finanziellen Wertersatzes –, erteilte der BGH eine Absage. § 817 BGB unterbinde den Rückforderungsanspruch, wenn neben dem Empfänger der Leistung (der Bauherr) auch der Leistende (das Bauunternehmen) im Zusammenhang mit der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen haben, was hier der Fall war. Fazit: Schwarzarbeiter können weder eine Vergütung einklagen noch die „Rückgabe“ des Mehrwerts, etwa verbauter Materialien oder sonstiger tatsächlicher Verbesserungen gegenüber dem Zustand vor der Leistungserbringung.

Teil 2: Konsequenzen für die Beteiligten

In der September-Ausgabe von „Familienheim und Garten“ stellten wir Ihnen die aktuelle Rechtslage bei Schwarzarbeit-Vereinbarungen vor, die zwischen Bauherren und Bauunternehmern immer wieder vorkommen. Solche Absprachen haben schmerzhaft Konsequenzen für die Beteiligten, wie Dr. Michael Sattler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, erläutert.

Wer sich auf Schwarzarbeit einlässt, steht rechtlos da. Der Auftraggeber (Bauherr) kann die vereinbarte Leistung mit gerichtlicher Hilfe nicht durchsetzen, wenn die andere Partei mangelhaft oder gar nicht leistet. Der Auftragnehmer (Handwerker) kann für eine erbrachte Leistung gerichtlich weder eine Vergütung noch die Rückforderung der Leistung geltend machen.

Der Staat, genauer die Justiz, hält sich also aus derartigen Abreden in zivilrechtlicher Hinsicht komplett heraus. Sie akzeptiert, dass es zu gefühlt ungerechten Ergebnissen führt, weil sich beispielsweise eine Partei an die Absprache hält und die andere nicht.

Strafverfolgung möglich

Steuer- und strafrechtlich besteht nicht die gleiche Zurückhaltung. Soweit der Sachverhalt den zuständigen Stellen zur Kenntnis gelangt, werden sie die Verfolgung aufnehmen. Mögliche Folge: Gegebenenfalls müssen Steuern nachentrichtet werden und ein Ermittlungsverfahren wird eingeleitet. Es droht den Beteiligten also Strafverfolgung wegen eines Steuervergehens.

In der September-Ausgabe dieser Zeitschrift erläuterten wir, dass ein Vertrag zwischen Bauherren und Bauunternehmer, der ganz oder zum Teil Schwarzarbeit beinhaltet, gesetzlich unwirksam ist. Basis hierfür ist das „Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung“ (SchwarzArbG). Derzeit ist noch nicht davon auszugehen, dass die umfassende Unwirksamkeit eines Schwarzarbeitervertrages allgemein bekannt ist. Ist die Unwirksamkeit den Beteiligten jedoch bekannt, würde die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen aus dem nichtigen Vertrag möglicherweise als versuchter Prozessbetrug zu werten sein, mit dem das Gericht durch Vorenthaltung von relevanten Tatsachen dazu veranlasst werden soll, einen nicht bestehenden Anspruch zuzuerkennen. Vor dem Zivilgericht sind die Parteien verpflichtet, umfassend und vollständig vorzutragen, was hier jedoch unterbleiben würde, da man sonst die Abweisung der Klage als unschlüssig riskieren würde. Strafbarkeit droht im Übrigen auch dem



STICHWORT SCHWARZARBEIT

Anwalt, der seinem Mandanten hilft, einen nicht bestehenden Anspruch durchzusetzen.

Schwarzarbeit in der Baubranche ist ein Massenphänomen, sodass stark damit zu rechnen ist, dass einige Bauprojekte in der nächsten Zeit ihr jähes Ende finden, wenn nämlich die kurz vor ihrer Verurteilung stehende Beklagtenpartei sich plötzlich auf die Schwarzgeldabrede beruft. Sie wird diese freilich beweisen müssen, was angesichts der üblichen diskreten Handhabung solcher Themen nicht immer leicht sein dürfte. Quittungen für „Schwarzgeld“ sind nun mal selten und beschreiben den quittierten Betrag, wenn sie doch mal ausgestellt werden, kaum als das, was er tatsächlich ist.

Schon immer ein Risiko

Die Schwarzarbeitsvereinbarung erforderte schon bisher ein erhöhtes wechselseitiges Vertrauen, da jede Partei generell damit rechnen musste, von der anderen angeschwärzt zu werden. Zum Beispiel wenn im Rahmen einer Steuerprüfung Unregelmäßigkeiten festgestellt wurden und der Ertappte versuchte, seine Haut zu retten, indem er andere preisgab.

Sicher sein konnte sich niemand, dass ihm so ein Schicksal erspart blieb. Durch die aktuelle BGH-Rechtsprechung wird es noch weitaus schwieriger für beide Seiten. Schon immer stellte es beim Bauvertrag eine der größten Herausforderungen dar, das Wechselspiel aus Leistung und Gegenleistung so abzustimmen, dass im Falle einer überraschenden Vertragsbeendigung, beispielsweise durch Kündigung oder Insolvenz, keine Seite übermäßige Nachteile erleidet. Dies geschieht in der Praxis durch Abschlagzahlungen und Sicherheiten, z. B. Bürgschaften.

Dieses System funktioniert allerdings in dem Moment nicht mehr, wo jede Seite weiß, dass sie eigentlich keinen Anspruch gegenüber der anderen Partei hat. Selbst Bürgschaften erweisen sich am Ende als nutzlos, wenn sich herausstellt, dass die vertraglichen Ansprüche, die sie sichern sollen, nicht bestehen. Da der Bürge immer nur so weit haftet wie der Hauptschuldner, vermittelt die Bürgschaft im Falle des Schwarzgeldvertrages eine trügerische Sicherheit – nämlich keine.

Probleme auch für Unbeteiligte

Möglicherweise unerfreuliche Konsequenzen ergeben sich auch für den Architekten des Bauherrn, der selbst nicht an der Schwarzgeldabrede zwischen Bauherr und Unternehmer beteiligt ist, eventuell nicht einmal etwas davon weiß. Wird nämlich ein Ausführungsmangel des Bauunternehmens festgestellt, der vom Architekten im Rahmen seiner Bauüberwachungspflicht hätte erkannt und verhindert werden können, haften Unternehmer und Architekt normalerweise als Gesamtschuldner. Hält sich der Bauherr zunächst an den Architekten, was wegen dessen Haftpflichtversicherung meistens der sicherere Weg ist, kann dieser bislang im Innenverhältnis beim Unternehmer Regress nehmen. Da aber ein Bauleistungsvertrag, der auf Schwarzarbeit basiert, laut SchwarzArbG als nichtig gilt, ist es fraglich, ob ihm das noch gelingen wird. Dies ist derzeit Gegenstand der Diskussion in der Fachliteratur und muss als offen bezeichnet werden..

Risiken für Baufinanzierung und Hausverkauf

Selbst auf die Baufinanzierung kann die Schwarzgeldabrede Auswirkungen haben. Gleich die finanzierende Bank unberechtigte Vergütungs-



STICHWORT SCHWARZARBEIT

forderungen aus, wird sie zwar den Betrag vom Unternehmer nicht zurückfordern können, weil es sich aus ihrer Sicht nicht um eine eigene Leistung an den Unternehmer handelt, sondern um eine Leistung an ihren Kunden, den Bauherrn. Allerdings wird sie den Betrag vom Kunden erstattet verlangen können, weil dieser – entgegen der üblichen kreditvertraglichen Vereinbarung – keine Rechnung über eine bestehende Vergütungsforderung vorweisen kann. Die Wirkung entspricht am Ende der Kündigung des Darlehensvertrages, was den Bauherrn in existenziellen Schwierigkeiten bringen kann.

Veräußert der Bauherr innerhalb der werkvertraglichen Gewährleistungsfrist von 5 Jahren seine Immobilie, so wird im Kaufvertrag regelmäßig die Abtretung der noch laufenden Gewährleistungsansprüche vereinbart. Erweisen sich diese im Falle eines später auftretenden Mangels als nichtig wegen Schwarzarbeit, haftet der Bauherr gegenüber dem Käufer. Denn er muss den Bestand der abgetretenen Forderung gewährleisten.

Wie dargestellt, sind die mit einer Schwarzgeldabrede verbundenen Risiken vor allem für den Bauherrn vielfältig und kaum zuverlässig vorhersehbar, geschweige denn beherrschbar. Der größte Verlust für den Bauunternehmer bzw. Handwerker besteht in der Nichteinbringlichkeit seiner Vergütung, wobei sich das Risiko angesichts der Praxis der Abschlagzahlungen bei Neubau oder umfassender Sanierung in der Regel auf die Schlussrate beschränken wird.

Optionen für Bauherrn

Der sicherste Weg ist offensichtlich und gleichzeitig der einzig richtige: einfach keine Schwarz-

geldabreden treffen! Um nicht Gefahr zu laufen, dass auch bei besten Absichten des Bauherrn sich der Bauunternehmer in einem möglichen Gewährleistungsprozess auf eine Schwarzgeldabrede beruft, sollte der Bauherr darauf achten, dass die Abrechnung ordnungsgemäß verläuft. Er sollte eine Schlussrechnung verlangen, in der – gegebenenfalls in Verbindung mit den Abschlagsrechnungen – alle erbrachten Leistungen aufgeführt sind. Andernfalls erleichtert er dem Unternehmer die Behauptung, dieser habe Leistungen außerhalb der Rechnungsstellung erbracht, um so die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zu begründen.

Hat man bereits eine Schwarzgeldabrede getroffen und bereut diese nun, besteht eine faktische Möglichkeit der nachträglichen Legalisierung. Dafür macht man den Unternehmer – am besten schriftlich – darauf aufmerksam, dass er offenbar vergessen habe, einige Leistungen abzurechnen und fordert ihn auf, dies nachzuholen. Sofern bereits unquittierte Barzahlungen erfolgt sind, sollte man auf diese hinweisen und um Berücksichtigung der Abschläge bitten. Natürlich kann es sein, dass der Unternehmer den Erhalt solcher Beträge bestreitet. Kann man die Zahlung dann nicht beweisen, hat man Pech gehabt, sollte dies als Preis für sein vorangegangenes Fehlverhalten ansehen und den Verlust mit Fassung tragen.

Ausnahmen

Nicht jede Leistung, die ohne Rechnung erbracht wird, stellt Schwarzarbeit dar. § 1 Absatz 3 SchwarzArbG nennt die Ausnahmen:

(3) Absatz 2 findet keine Anwendung für nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtete Dienst- oder Werkleistungen, die



STICHWORT SCHWARZARBEIT

1. von Angehörigen im Sinne des § 15 der Abgabenordnung oder Lebenspartnern,
2. aus Gefälligkeit,
3. im Wege der Nachbarschaftshilfe oder
4. im Wege der Selbsthilfe im Sinne des § 36 Abs. 2 und 4 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994 (BGBl. I S. 2137) oder als Selbsthilfe im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 des Wohnraumförderungsgesetzes vom 13. September 2001 (BGBl. I S. 2376), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 29. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3076), erbracht werden. Als nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet gilt insbesondere eine Tätigkeit, die gegen geringes Entgelt erbracht wird.

Die Abgrenzung ist nicht immer eindeutig und daher nicht ganz leicht. Klar muss sein, dass die genannten Ausnahmen eng auszulegen sind. Vieles, was augenzwinkernd als „Nachbarschaftshilfe“ tituliert wird, ist bei näherer Betrachtung keine.

Opfer der Schwarzarbeit

In zahlreichen Internet-Foren wurde Kritik an den beiden Entscheidungen des BGH geäußert.



DR. MICHAEL SATTLER,
LL.M.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Bau- und Architektenrecht

Deren Tendenz ging dahin, dass auch die Schattenwirtschaft ihren Beitrag zum Wohlstand der Bevölkerung leiste, da sie Mittel freisetze, die den Konsum ankurbelten. Zudem seien viele Auftraggeber aufgrund begrenzten finanziellen Spielraums nicht in der Lage, regulär Leistungen abzurufen, sodass ohne Schwarzgeldgeschäfte deren Immobilien verkommen würden. Hier kommt noch immer die Ansicht zum Ausdruck, Steuerhinterziehung sei ein „Delikt ohne Opfer“. Das ist jedoch nicht richtig, denn Opfer ist die Gemeinschaft, der wichtige Finanzmittel vorenthalten werden und damit jeder, der seine gesellschaftliche Verantwortung ernst nimmt. Zudem greift die Schattenwirtschaft erheblich in den wirtschaftlichen Wettbewerb ein. Unternehmen, die sich weigern, Schwarzgeldaufträge anzunehmen, erleiden Auftragseinbußen zugunsten derjenigen, die aus eigennützigen Motiven die Regeln missachten. Dies schadet zugleich dem auf Fairness angewiesenen Verbraucherschutz.

Die mit den beiden Urteilen verbundenen Aussage ist daher nur zu begrüßen: Wer der Gemeinschaft vorenthält, was ihr zusteht, soll nicht auf deren Schutz hoffen können, wenn sich das illegale Geschäft anders entwickelt als erwartet.