

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 173**

**Vertragliche und gesetzliche  
Ansprüche des Schwarzarbeiters**

**Von**

**Dr. Ulrich Voß**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**ULRICH VOSS**

**Vertragliche und gesetzliche  
Ansprüche des Schwarzarbeiters**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 173**

# Vertragliche und gesetzliche Ansprüche des Schwarzarbeiters

Von

Dr. Ulrich Voß



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Voss, Ulrich:**

Vertragliche und gesetzliche Ansprüche des Schwarzarbeiters /  
von Ulrich Voss. – Berlin : Duncker und Humblot, 1994

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 173)

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 1993

ISBN 3-428-08125-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-08125-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
gemäß der ANSI-Norm für Bibliotheken

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Akademischer Rat am Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und wurde von der Juristischen Fakultät im Sommersemester 1993 als Dissertation angenommen.

Dank gebührt neben meinen Eltern, denen ich diese Arbeit gewidmet habe, in besonderem Maße meinem Lehrer und Doktorvater Herrn Universitätsprofessor Dr. Klaus Tiedtke, der die Dissertation nicht nur angeregt und betreut hat, sondern darüber hinaus mir jederzeit mit Rat oder als Gesprächspartner zur Seite gestanden hat, und dessen Ideen für mich immer auch eine persönliche Bereicherung waren.

Bei Herrn Universitätsprofessor Dr. Dr. h.c. Günther Grasmann möchte ich mich für die Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Allen Mitarbeitern am Lehrstuhl für Finanz- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilrecht danke ich sehr herzlich für die Hilfe, die sie mir bei der Erstellung der Arbeit zuteil kommen ließen.

Ulrich Voß





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	15
-------------------------	----

## *1. Teil*

<b>Allgemeines zur Schwarzarbeit</b>	17
--------------------------------------	----

I. Begriffsbestimmung.....	17
II. Entwicklung des SchwArbG.....	19
III. Umfang und Auswirkungen der Schwarzarbeit.....	20
1. Umfang der Schwarzarbeit.....	20
2. Auswirkungen der Schwarzarbeit.....	22
IV. Ursachen.....	23
V. Folgen außerhalb des Verhältnisses Schwarzarbeiter-Auftraggeber.....	23
1. Schwarzarbeit aus strafrechtlicher Sicht.....	23
2. Schwarzarbeit und Arbeits- und Sozialrecht.....	24
VI. Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 SchwArbG.....	25
1. Objektive Voraussetzungen.....	25
a) Erzielung wirtschaftlicher Vorteile in erheblichem Umfange.....	25
b) Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen.....	27
2. Subjektive Voraussetzungen.....	30
3. Ausschluß nach § 1 Abs. 3 SchwArbG.....	30
a) Gefälligkeit.....	30
b) Nachbarschaftshilfe.....	30
c) Selbsthilfe.....	31

4. Resümee.....	32
VII. Tatbestandsmerkmale des § 2 SchwArbG .....	32
<i>2. Teil</i>	
<b>Vertraglicher Anspruch des Schwarzarbeiters</b>	<b>34</b>
I. Allgemeines zu § 134 BGB.....	34
1. Tatbestandsmerkmale des § 134 BGB und ihre Prüfung .....	34
2. Verständnis des § 134 BGB .....	36
3. Objektiver Verstoß.....	38
II. Rechtsprechung des BGH zum SchwArbG .....	40
1. Entscheidung vom 31.5.1990 .....	40
2. Verbotswidriges Handeln von Auftraggeber und Schwarzarbeiter .....	40
3. Einseitiger Verstoß gegen das SchwArbG.....	41
a) Entscheidung des BGH vom 19.1.1984 .....	41
b) Urteil des BGH vom 20.12.1984 .....	42
4. Verstoß gegen § 1 HandwO .....	42
III. Rechtsprechung der Instanzgerichte.....	42
IV. Rechtslehre .....	44
1. Vorherrschende Ansicht.....	45
2. Gegenansicht .....	45
a) Wirksamkeit des Vertrages trotz des Verstoßes beider Beteiligten gegen das SchwArbG .....	45
aa) Das SchwArbG als reine Ordnungsvorschrift.....	45
bb) Heilung der Nichtigkeit durch (teilweise) Erfüllung.....	46
cc) Auffassung von Honig.....	46
dd) Ansicht von Westphal .....	47

b) Differenzierung zwischen ein- und beiderseitigen Verstößen .....	48
aa) H.M. vor den Entscheidungen des BGH.....	48
bb) Ansicht von Köhler.....	48
cc) Halbseitige Teilnichtigkeit.....	49
V. Stellungnahme .....	49
1. Das SchwArbG als zur Nichtigkeit führendes Verbotsgesetz.....	50
2. Zur Nichtigkeit führender Verstoß.....	55
a) Beiderseitiger Verstoß .....	55
aa) Entscheidung des LG Bonn vom 2.12.1988.....	55
bb) Gegenansicht .....	57
cc) Stellungnahme .....	57
b) Einseitiger Verstoß.....	59
aa) Methodische Vorgehensweise des BGH .....	59
bb) Schwarzarbeit und Normrichtungstheorie .....	61
cc) Normzweck und Nichtigkeit.....	66
(1) Einseitiger Verstoß des Auftraggebers .....	67
(2) Einseitiger Verstoß des Auftragnehmers.....	68
dd) Berücksichtigung des § 817 Satz 2 BGB.....	73
ee) Rechtliche Position des gutgläubigen Auftraggebers bei Nichtigkeit des Vertrages .....	75
(1) Halbseitige Teilnichtigkeit.....	75
(a) Nach Erfüllung des Vertrages .....	75
(b) Vor Erfüllung des Vertrages.....	76
(c) Die Vorleistungsfälle .....	77
(2) Schadensersatzansprüche des Auftraggebers.....	79
(3) Treuwidrige Berufung auf die Nichtigkeit .....	80
(4) Resümee.....	81
3. Zwischenergebnis.....	82

*3. Teil*

<b>Anspruch des Schwarzarbeiters aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag</b>	<b>83</b>
I. Auffassung des Bundesgerichtshofes.....	83
II. Stellungnahme.....	84
1. Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB bei nichtigen Verträgen.....	84
2. Leistungen des Schwarzarbeiters als Aufwendungen.....	86
3. Erforderlichkeit der Aufwendungen.....	87
III. Zwischenergebnis.....	88

*4. Teil*

<b>Bereicherungsrechtlicher Anspruch</b>	<b>89</b>
I. Einführung.....	89
II. Höhe des (unterstellten) bereicherungsrechtlichen Anspruchs.....	89
1. Ansicht des BGH.....	91
2. Resonanz in der Rechtslehre.....	91
3. Stellungnahme.....	92
a) Abzug für nur mögliche Mängel und Risiken.....	92
aa) Möglichkeit späterer Gewährleistungsrechte.....	92
bb) Gegenargumente.....	92
cc) Zweck des Abschlags.....	95
dd) Resümee.....	98
b) Bereits aufgetretene oder latente Mängel.....	99
aa) Traditionelle Lösung.....	99
bb) Aufteilungsgedanke.....	100

4. Zwischenergebnis.....	100
III. Eingreifen des § 817 Satz 2 BGB.....	101
1. Entscheidung des BGH.....	102
2. Auffassung von Köhler.....	103
3. Kritik von Tiedtke.....	103
4. Meinungsstand bis zur Entscheidung des BGH.....	105
5. Entscheidungen anderer Senate zu § 817 Satz 2 BGB aus 1992.....	105
6. Beschluß des LG Bonn vom 24.10.1990.....	106
7. Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen.....	106
a) Rechtsnatur der Vorschrift.....	107
b) Sinn und Zweck des § 817 Satz 2 BGB.....	108
aa) Auffassung der Rechtsprechung.....	108
(1) Ansicht des RG.....	108
(2) Bisherige Auffassung des BGH.....	109
(3) Zusammenhang zwischen Rechtsschutzversagung und Strafe.....	109
bb) Rechtslehre.....	110
(1) Schuldkompensation.....	110
(2) § 817 Satz 2 BGB als Arglisteinrede.....	111
(3) Herrschende Lehre.....	112
cc) Folgerungen.....	113
c) Einschränkungen des § 817 Satz 2 BGB aufgrund seines historischen Anwendungsbereichs.....	114
aa) Auffassung von Honsell.....	114
(1) Begründungsansatz.....	114
(2) Resonanz in der Rechtslehre.....	115
(3) Stellungnahme.....	116
bb) Thesen von Bufe.....	117
(1) Ausgangspunkt.....	117

(2) Reaktion in der Rechtswissenschaft .....	118
(3) Stellungnahme .....	119
d) Beschränkungen des Anwendungsbereichs von § 817 Satz 2 BGB durch den Zweck des Verbotsgesetzes .....	120
aa) Auffassung von Fabricius .....	121
(1) Vertragspartner (oder ein Dritter) als Schutzobjekt .....	121
(2) Schutz der Allgemeinheit .....	123
(3) Anwendbarkeit auf den Fall .....	125
bb) Vorgehensweise des BGH .....	126
cc) Generalpräventive Wirkung .....	128
dd) Erreichen der ordnungspolitischen Ziele .....	130
e) Das gerechte Ergebnis .....	133
aa) Schwarzarbeit und Bordellkauf .....	134
bb) § 817 Satz 2 BGB als Arglistrede .....	134
cc) Stellungnahme .....	136
f) Methodische Zulässigkeit der "einschränkenden Auslegung" .....	141
8. Zwischenergebnis .....	144

### *5. Teil*

<b>Ergebnisse</b>	146
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	148

## Einleitung

Schwarzarbeit, ein Kavaliersdelikt? Viele sehen die Schwarzarbeit als solches an, halten sie teilweise sogar für notwendig<sup>1</sup>, andere sehen in ihr eines der großen Probleme unserer Gesellschaft.

Sogar das Fernsehen widmete diesem Thema eine 45-minütige Sendung. Aktueller Anlaß für die Frage "Wie würden Sie entscheiden?" war ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 31.05.1990<sup>2</sup>. Dieses Urteil und der ihm zugrundeliegende Fall steht auch im Mittelpunkt dieser Untersuchung.

*Der Fall:*

*"Die Klägerin verlangt vom Beklagten aus abgetretenem Recht restlichen Werklohn in Höhe von 20.505 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 S. für dessen Leistung mindestens 4.500 DM gezahlt. Steuern und Sozialversicherungsbeiträge (für einen Helfer) hat S. nicht abgeführt. Die von ihm behaupteten Restwerklohnforderungen hat S. an die Klägerin abgetreten"*<sup>3</sup>.

Es geht um die Frage, ob der vorleistende Schwarzarbeiter einen Anspruch auf "Zahlung des restlichen Werklohns" hat. Die Abtretung dieses vermeintlichen Anspruchs an seine Ehefrau kann bei der Lösung des Falles ignoriert werden. Derartige Abtretungen erfolgen meist aus prozeßtaktischen Gründen, um den ursprünglichen Anspruchsinhaber im Prozeß als

---

<sup>1</sup> Nach *Reuter*, Zivilrechtliche Probleme der Schwarzarbeit, S. 48 ist "Schwarzarbeit weniger Ausdruck unrechter Gesinnung als sozialen Bedarfs"; vgl. auch *Aberle/Eggenberger*, WiVerw 1979, S. 193, 204 f.

<sup>2</sup> BGHZ 111, S. 308 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Tatbestand des BGH-Urteils, BGHZ 111, S. 308.



Zeugen auftreten lassen zu können<sup>4</sup>. Der Ehefrau des S. kann jedenfalls nur dann ein Anspruch zustehen, wenn ihr Ehemann (also der vorleistende Schwarzarbeiter) einen Anspruch auf Bezahlung hatte. Dieser Anspruch könnte sich aus Vertrag, aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung<sup>5</sup> ergeben.

Nach einer kurzen Einführung in die allgemeine Problematik der Schwarzarbeit wird die Untersuchung auch diese Reihenfolge beachten.

Ausführungen zu Ansprüchen aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung sind nur veranlaßt, wenn ein vertraglicher Anspruch nicht gegeben ist. Der erste Schwerpunkt der Untersuchung ist daher die Wirksamkeit des Schwarzarbeitsvertrages. Daneben soll aber - wie auch in der Entscheidung des BGH - ein anderer Problemkreis im Mittelpunkt stehen: Es soll der Frage nachgegangen werden, ob (und ggf. in welcher Höhe) dem vorleistenden Schwarzarbeiter bei Nichtigkeit des Vertrages ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zusteht oder ob ein solcher Anspruch an dem Kondiktionsverbot des § 817 Satz 2 BGB scheitert. Sonstige (noch in der Diskussion befindliche) Probleme der Schwarzarbeit, besonders die Frage, ob Ansprüche des Auftraggebers auf Erfüllung, auf Gewährleistung oder auf Schadensersatz (z.B. aus culpa in contrahendo oder positiver Vertragsverletzung) bestehen, werden nur insoweit dargestellt, als sie für das bearbeitete Thema relevant sind.

---

<sup>4</sup> Zum fragwürdigen Wert einer derartigen "Zeugenaussage" vgl. LG Bonn, Urteil vom 2.12.1988, 18 097/88, S. 7 (n.v.) als 1. Instanz in dem vom BGH entschiedenen Fall.

<sup>5</sup> Ein deliktischer Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB für den Fall, daß der Auftraggeber von vornherein nicht vorhatte zu zahlen, kam hier nicht in Betracht. Der Streit, ob in diesem Fall überhaupt ein Betrug i.S.d. § 263 StGB vorliegt, soll auch in der Untersuchung vernachlässigt werden (vgl. dazu *Tiedtke*, DB 1990, S. 2307; *Köhler*, JZ 1990, S. 466, 469 f. jeweils m.w.N.; *Kern*, JuS 1993, S. 193, 194).

## 1. Teil

# Allgemeines zur Schwarzarbeit

## I. Begriffsbestimmung

Schattenwirtschaft, Grauarbeit, Untergrundwirtschaft und Ausweichwirtschaft sind Begriffe, die neben dem der Schwarzarbeit oft verwendet werden<sup>1</sup>. Diese Bezeichnungen werden teilweise als (identische) Oberbegriffe verwendet, die neben der Schwarzarbeit z.B. auch (unerlaubte) Kaufgeschäfte erfassen<sup>2</sup>. Üblich ist es, die Schwarzarbeit als Unterfall der Schattenwirtschaft anzusehen<sup>3</sup>.

Der Zusammenhang der Schwarzarbeit mit der illegalen Beschäftigung, die auch von dem Begriff der Schattenwirtschaft erfaßt wird, zeigt sich daran, daß die Novellierung des Schwarzarbeitsgesetzes 1981 im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung (BillBG)<sup>4</sup> vorgenommen wurde.

Müller<sup>5</sup> definiert die Schwarzarbeit als "Teilnahme am Markt für entgeltliche Dienst- oder Werkleistungen im Sinne der §§ 611, 631 BGB (Arbeit) ohne vollständige Übernahme der dabei öffentlich-rechtlich allen Wettbewerbern auferlegten Lasten (schwarz)", bzw. als "Schmutzkonzurrenz durch Trittbrettfahren, ohne den Fahrpreis durch Übernahme aller öffentlich-rechtlichen Lasten zu entrichten". Diese Begriffsumschreibungen sind für das hier zu bearbeitende Thema jedoch zu allgemein gehalten.

---

<sup>1</sup> Vgl. *Buchner*, *GewArch* 1990, S. 1, 3; *Klinge*, *WiVerw* 1986, S. 154; *Mückl*, *Die Schattenwirtschaft*, S. 9, 10; *Aberle/Eggenberger*, *WiVerw* 1979, S. 193, 195 ff.

<sup>2</sup> *Rüfner*, *Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit aus öffentlich-rechtlicher Sicht*, S. 52.

<sup>3</sup> Vgl. *Mückl*, S. 9, 12; *Klinge*, *WiVerw* 1986, S. 154.

<sup>4</sup> Vom 15.12.1981, (BGBl. I, S. 1390); Neufassung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit BGBl. I 1982, S. 110; zuletzt geändert 31.8.1990 (BGBl. II, S. 809); vgl. dazu *Buchner*, *GewArch* 1990, S. 1.

<sup>5</sup> *Schwarzarbeit (A) II*; ähnlich *Rüfner*, S. 52.