

**Schwarzarbeit am Bau -
Konsequenzen für das
Vergabeverfahren und für
Bauverträge**

15. März 2019

A. Erscheinungsformen der Schwarzarbeit

Begriffsherkunft

**Schwarzen - etwas bei Nacht tun, etwas Illegales tun
(mittelalterliche Gauner- und Randgruppensprache)**

**Gesetzliche Grundlage: Gesetz zur Bekämpfung der
Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung
(Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz - SchwarzArbG)**

Gesetzliche Definition der Schwarzarbeit in § 1 Abs. 2 SchwarzArbG

- 1. Verstoß gegen sozialversicherungsrechtliche Pflichten (illegale Beschäftigung)**
- 2. Verstoß des Steuerpflichtigen gegen **steuerliche Pflichten****
- 3. Verstoß von Sozialleistungsempfängern gegen Mitteilungspflichten**
- 4. Leistungserbringungen ohne Gewerbeanmeldung/Reisegewerbekarte**
- 5. Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe ohne **Handwerksrolleneintragung****

Zuständigkeiten

- ▶ **Zollverwaltung: Illegale Beschäftigung**
- ▶ **Landesfinanzbehörden: Steuerliche Pflichten**
- ▶ **Ordnungsbehörden: Gewerberecht, Handwerksrecht**

B. Die Handwerksrolleneintragung

§ 1 Abs. 1 HwO:

„Der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe ist nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen... gestattet.“

§ 1 Abs. 2 HwO:

„Ein Gewerbebetrieb ist ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfasst, das in der Anlage A aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten).“

Anlage A: Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können

Anlage B: Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungsfreie Handwerke oder handwerksähnliche Gewerbe betrieben werden können

Handwerksnovelle 2004 (94 → 41)

- ▶ Wiedereinführung Meisterpflicht wird nicht nur von Handwerksorganisationen, sondern auch von einzelnen Parteien und dem Land Bayern gefordert
- ▶ Der Wirtschaftsausschuss des Bundesrats hat sich am 4.2.2019 für die Wiedereinführung der Meisterpflicht in einzelnen Handwerken ausgesprochen
- ▶ Statistik: BT-Drs. 19/6095 vom 28.11.2018

C. Konsequenzen handwerksrechtlicher Bestimmungen für das Vergabeverfahren

Kurzfassung: Keine Bauvergabe an einen Schwarzarbeiter

Vorgaben der VOB/A:

§ 6 Abs. 3 VOB/A: „Am Wettbewerb können sich nur Unternehmen beteiligen, die sich **gewerbsmäßig** mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen.“

Die Gewerbefreiheit wird durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen wie die Gewerbeordnung und die Handwerksordnung eingeschränkt

Deshalb impliziert „gewerbsmäßig“, dass das Unternehmen alle erforderlichen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen erfüllen muss, insbesondere

► **Gewerbeanmeldung**

► **Handwerksrolleneintragung** bei zulassungspflichtigen Handwerken

Beispiele: Maurer und Betonbauer, Zimmerer, Straßenbauer, Wärme-, Kälte- und Schallschutzisolierer, Brunnenbauer

§ 6a Abs. 2 VOB/A Eignungsnachweise:

„Der Nachweis umfasst die folgenden Angaben:

...

4. Die Eintragung in das Berufsregister...“

Berufsregister: Handwerksrolle bei zulassungspflichtigen Handwerken oder IHK-Mitgliederverzeichnis

„Ist ein Bieter wegen seiner fehlenden Eintragung in der Handwerksrolle zur Ausführung der ausgeschriebenen Handwerksleistung nicht fähig, ist sein Angebot wegen fehlender Eignung auszuschließen.“

BayObLG, Beschluss vom 24.01.2003 - Verg 30/02

Anders, wenn es um Tätigkeiten geht, die für das Handwerk nicht wesentlich sind, siehe § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1-3 HwO (Beispiel Brunnenbauer)

51. Bau- und Vergaberechtstag – Schwarzarbeit am Bau

„Der Nachweis des Eintrags in das Berufsregister dient der Unterrichtung des AG über die **Existenz und sonstige wichtige Rechtsverhältnisse des Bewerbers oder Bieters; er ist Voraussetzung für eine Auftragserteilung. Die Einforderung dieses Nachweises soll verhindern, dass Bewerber den Zuschlag erhalten, die nicht über einen **ordnungsgemäß eingerichteten Handwerks- oder Gewerbebetrieb** verfügen. Über die Fachkunde und Leistungsfähigkeit eines Bewerbers besagt dieser Nachweis dagegen nichts.“**

(Heiermann u.a., Handkommentar zur VOB, 14. Aufl., § 6a VOB/A Rz 11)

„Durch die Eintragung in die Handwerksrolle wird ... die Leitung eines Betriebs als **qualifizierter Handwerksmeister ausgewiesen, so dass von einer sachgerechten Ausführung der Arbeiten ausgegangen werden kann.“** (Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, 6. Aufl., VOB/A § 6a Rz 16)

§ 16b VOB/A Eignung: „... zunächst die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die Angebote der Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Sicherheiten bietet...

„Hieran kann es fehlen, wenn die ausgeschriebenen Leistungen von einem Bieter nicht ausgeführt werden dürfen, weil sie ein Handwerk betreffen, für das der Bieter nicht in der Handwerksrolle eingetragen ist. ... weil die Gefahr besteht, dass er von Wettbewerbern auf Unterlassung in Anspruch genommen wird (§ 1 UWG, § 1 HwO) oder dass die zuständige Behörde ihm die Betriebsfortsetzung von Amts wegen oder auf Antrag untersagt (§ 16 Abs. 3 Handwerksordnung).“

OLG Celle, Urteil vom 27.12.2001 – 13 U 126/01

Keine Eintragung in das Berufsregister/die Handwerksrolle erforderlich: [Handwerksbetriebe aus der EU](#), die in Deutschland nur vorübergehend eine zulassungspflichtige Tätigkeit der Anlage A ausführen möchten

Aber: Vorab Anmeldung bei der zuständigen Handwerkskammer → [Dienstleistungsanzeige](#)

„Es ist mit dem Gleichheitssatz vereinbar, dass Gewerbetreibenden mit einer in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes erworbenen Qualifikation die Ausübung eines Handwerks in Deutschland unter teilweise anderen Voraussetzungen ermöglicht wird.“

BVerwG, Urteil vom 09.04.2014 - 8 C 50.12

Einzelfälle zur Abgrenzung von Handwerken

Straßenbau - Gala-Bau

„Das Anlegen von befahrbaren Wegen und (Park-) Plätzen im Zusammenhang mit (landschafts-) gärtnerisch geprägten Anlagen gehört zum Berufsbild des nichthandwerklichen Gewerbes des Garten- und Landschaftsbauers; insoweit überschneiden sich die Berufsbilder dieses Gewerbes und des Straßenbauer-Handwerks.“ BVerwG, Urteil vom 30.03.1993 - 1 C 26.91

Berufsbilder: Verordnungen zur Berufsausbildung und Meisterprüfung

Bei der Beurteilung der "landschaftsgärtnerischen Prägung" ist auf den Gesamtcharakter der Anlage abzustellen. Das BVerwG differenziert zwischen **typisch landschaftsgärtnerischen Anlagen** (Garten-, Park-, Grün- und Friedhofsanlagen) **und sonstigen Anlagen**... Der Flächenverteilung kommt Indizfunktion zu...

Wo eine **landschaftsgärtnerische Prägung** der Anlage nicht festzustellen ist, sind die genannten Arbeiten als wesentliche Teiltätigkeit dem Straßenbauerhandwerk ausschließlich zugewiesen

Abgrenzungsvereinbarung Zentralverband des Deutschen Baugewerbes und Bundesverband Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau vom **9.5.1985**

- Straßenbauarbeiten aller Art, Herstellen von Rad- und Gehwegen, Parkplatzflächen, verkehrsberuhigte Straßen und Fußgängerzonen, Schwarzdecken sowie die Ausführung von Kabelleitungstiefbauarbeiten sind ausschließlich dem Straßenbauhandwerk zugeordnet
- Erdbewegungsarbeiten aller Art, Wege- und Platzarbeiten bei Neubau, Umbau und Renovierung von Freianlagen und landschaftsgärtnerisch geprägten Fußgängerzonen sowie die Herstellung von Sport- und Spielplätzen dürfen von beiden Fachrichtungen ausgeführt werden

Beispielsfall

Ein Gala-Bauer hat eine **öffentliche Straße** aus Betonsteinpflaster erstellt. Nach Ausführung der Arbeiten ermittelt die Staatsanwaltschaft aufgrund einer Anzeige wegen eines Verstoßes gegen die Handwerksordnung und das Schwarzarbeitergesetz gegen die Betriebsinhaber.

In der verkehrsberuhigten Straße sind einzelne oder paarweise angeordnete Laubbäume am Gehwegrand vorhanden. Diese Bäume sind dabei entweder in kleine Grünflächen oder in grobkörnige Bandbeete eingelassen. In die Straße sind Sitzbänke „eingearbeitet“. Sie befindet sich in näherer Umgebung des Stadtparks und der Strandpromenade.

AG Anklam, Urteil vom 22.7.2002 – 62 Owi 20/01:

„Handelt es sich nicht um eine typische Anlage des Garten- und Landschaftsbaus, sondern wie hier um eine öffentliche Straße, so ist zu prüfen, ob die Straße unter Berücksichtigung ihrer Umgebung nach ihrem äußeren Erscheinungsbild **Teil einer landschaftsgärtnerisch geprägten Anlage ist...**

Eine landschaftsgärtnerische Prägung einer öffentlichen Straße ist dann gegeben, wenn zum Beispiel durch Pflanzungen und Einarbeitung von Sitzbänken der **Freizeitcharakter der Anlage verdeutlicht wird. Dabei ist eine **prognostische Einschätzung** durchzuführen unter Zugrundelegung der tatsächlichen Situation, der noch nicht verwirklichten Pläne und der vorhandenen und zukünftigen Vegetation.“**

Warum regen sich die Straßenbauer auf?

Wettbewerbsnachteile der Straßenbauer

► Unfallversicherungsbeitrag Gala-Bau günstiger

► Sozialkassen

Soka Bau: Ca. 20 % des Bruttolohns

Soka Gala-Bau: 2,8 %

► Stundenlohn

Straßenbauer **Mindestlohn 2 ab 1.3.2019: 15,20 E**

Ecklohn ab 1.5.2018: 19,48 E

Gala-Bauer **Mindestlohn ab 1.1.2019: 9,19 E** (gesetzlicher ML)

Ecklohn ab 1.10.2018: 15,91 E

Tiefbau

Abbruch- und Erdarbeiten sowie Erdkabelverlegung setzen keine Handwerksrolleneintragung voraus

Im Zusammenhang mit derartigen Tiefbaumaßnahmen ist auch das Wiederherstellen von Straßenbelägen zulässig

Kanal- und Rohrleitungsbau nicht zulassungspflichtig, sofern kein unmittelbarer Zusammenhang mit Straßenbauprojekten besteht

51. Bau- und Vergaberechtstag – Schwarzarbeit am Bau

Abgrenzungshilfen



51. Bau- und Vergaberechtstag – Schwarzarbeit am Bau

DIHK

IHK

Der Arbeitskreis Handwerksrecht informiert

TIEFBAUARBEITEN

Die Berufsbilder des industriellen Tiefbaus, des zulassungspflichtigen handwerklichen Straßenbaus sowie des Garten- und Landschaftsbaus überschneiden sich in vielen Bereichen, u. a. dort, wo es um die Schaffung von Entwässerungskanälen sowie das Anlegen von Wegen und (Park-)Plätzen geht. Dadurch gestaltet sich die Abgrenzung schwierig.

Folgende Tätigkeiten des klassischen Tiefbaus sind ohne Handwerksrollen-Eintragung zulässig:

Bagger- und Erdbewegungsarbeiten, Erdtransporte, Ausschachten, Rollierungsarbeiten, Ausheben von Baugruben und Gräben, Böschungsbegradigungen, Deichbau, Baggerarbeiten, Abbrucharbeiten, einfache Planierungen, Erdkabelverlegungen, Verlegung von Versorgungsleitungen (Wasser, Gas), Pipelineverlegungen, Waldwegbefestigungen. Zulässig ist auch das Wiederherstellen von Straßenbelägen in Verbindung mit vorausgegangenen selbst durchgeführten Tiefbaumaßnahmen oder Erdkabelverlegung (z. B. wenn eine Straße gequert werden musste) und das Anlegen von befahrbaren Wegen, Plätzen und Parkflächen im Zusammenhang mit (landschafts-)gärtnerisch geprägten Anlagen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 30.03.1993 festgestellt, dass dem Straßenbauerhandwerk in diesem Bereich kein Ausschließlichkeitsanspruch zusteht (zu weiteren Einzelheiten gibt es das Merkblatt *Garten- und Landschaftsbau oder Straßenbauerhandwerk?*).

Nichthandwerkliche Spezial- oder minderhandwerkliche Tätigkeiten, die ohne Handwerksrollen-Eintragung ausgeübt werden können

Der Kanal- bzw. Rohrleitungsbau stellt nicht zwangsläufig eine zulassungspflichtige handwerkliche Tätigkeit dar. So gehört der Kanalbau – soweit nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit Straßenbauprojekten – zu den nichthandwerklichen Spezialtätigkeiten des Tiefbaus, die ohne Handwerksrolleneintragung ausgeübt werden können. Lediglich der Umstand, dass Kanalbauarbeiten im Berufsbild des Straßenbauers erwähnt sind, führt nicht dazu, den Kanal- und Rohrleitungsbau (Berufszweige des Tiefbaus mit eigenen industriellen Ausbildungsgängen) immer als wesentliche zulassungspflichtige handwerkliche Tätigkeit zu qualifizieren. Bei der Definition we-

Anwendungsbeispiel:

Ausgeschrieben war die Neuherstellung eines Steildachs nebst Eindeckung mit Dachziegeln. Nach Submission rügt der zweitplatzierte Dachdecker, der etwas günstigere Zimmerer dürfe die ausgeschriebene Dacheindeckung handwerksrechtlich gar nicht ausführen.

- ▶ **Abgrenzungsleitfaden trifft hierzu keine Aussage**

- ▶ **Verordnung über das Meisterprüfungsbild/
Zimmermeister-Verordnung § 2 Abs. 2 Nr. 10:
„Im Zimmerer-Handwerk sind folgende Fertigkeiten und
Kenntnisse... zu berücksichtigen...
Deckung von Dächern mit Dachziegeln, Dachsteinen,
Faserzementwellplatten...**

- ▶ **Übergangsgesetz anlässlich der Änderung der
HwO vom 25.3.1998, § 1 Abs. 1: „Die wesentliche
Tätigkeit Herstellung und Reparatur von
Ziegeldächern... wird auch dem Gewerbe Nr. 3
Zimmerer... als wesentliche Tätigkeit zugeordnet.“**

51. Bau- und Vergaberechtstag – Schwarzarbeit am Bau

Rechtsfolge bei Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 (steuerliche Pflichten) SchwarzArbG:

§ 370 AO (Straftat)

Auftraggeber: Ggf. Beihilfe oder Mittäterschaft

Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 1 Abs. 2 Nr. 5 SchwarzArbG

Der Verstoß gegen § 1 HwO und die Beauftragung von Personen, die vorsätzlich gegen § 1 HwO verstoßen, stellen Ordnungswidrigkeiten dar, die mit einem **Bußgeld bis zu 50.000 E** bedroht sind (§ 8 Abs. 1 Nr. 1e, Nr. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 SchwarzArbG)

Der zumindest erforderliche Eventualvorsatz hinsichtlich der Ordnungswidrigkeit kann allerdings nicht schon angenommen werden, wenn der Besteller sich nicht bei der Kammer erkundigt hat

Insofern sind konkrete, erhebliche Anhaltspunkte für einen Verstoß erforderlich

D. Auswirkungen auf Bauverträge

I. Verstoß gegen steuerliche Pflichten

§ 134 BGB: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

Ältere Rechtsprechung: Trotz Nichtigkeit wurden im Einzelfall Gewährleistungsansprüche über Treu und Glauben begründet

**Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom
1.8.2013 - VII ZR 6/13:**

- „1. **§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG** enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.
2. Das Verbot führt jedenfalls dann zur **Nichtigkeit des Vertrages** gemäß § 134 BGB, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.
3. **Mängelansprüche des Bestellers bestehen in diesem Fall grundsätzlich nicht.**“

51. Bau- und Vergaberechtstag – Schwarzarbeit am Bau

Hintergrund: Der BGH hat seine Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von "Ohne-Rechnung-Abreden" an die geänderte Gesetzeslage angepasst

Es handelt sich um das erste Urteil zur Neufassung des SchwarzArbG vom 23.07.2004 - erst seit dieser Reform ist bereits die Verabredung zur Steuerhinterziehung vom SchwarzArbG erfasst

„Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23.07.2004 nichtig, steht dem Unternehmer für erbrachte Bauleistungen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz gegen den Besteller nicht zu.“

BGH, Urteil vom 10.04.2014 - VII ZR 241/13

„Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23.07.2004 nichtig, steht dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gegen den Unternehmer kein Rückzahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung zu.“

BGH, Urteil vom 11.06.2015 - VII ZR 216/14

51. Bau- und Vergaberechtstag – Schwarzarbeit am Bau

„Der Auftragnehmer ist gesetzlich dazu verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Bauleistung eine Rechnung auszustellen. Nimmt der Auftragnehmer vom Auftraggeber Bargeld entgegen und stellt er über diese Zahlung nicht innerhalb von sechs Monaten eine Rechnung aus, führt dies zu einer Nichtigkeit des Bauvertrags mit der Folge, dass dem Auftragnehmer kein Werklohn zusteht.“

OLG Hamm, Urteil vom 07.06.2016 - 24 U 152/15

„Verletzt der Unternehmer die Bestimmungen des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, weil er beabsichtigt, die anfallende Umsatzsteuer nicht abzuführen, so ist der geschlossene Bauvertrag nur dann unwirksam, wenn der Bauherr dies weiß und den Verstoß für seine Zwecke ausnutzen will.“

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.03.2016 - 23 U 110/15

„Bei hinreichenden Anhaltspunkten für die Ausführung der Fassadensanierung durch illegale Schwarzarbeit besteht kein Anspruch auf die Gewährung von Fördermitteln.“

OVG Saarland, Beschluss vom 28.05.2018 - 2 A 480/17

Aus den Gründen: „Wegen der nicht ausgeräumten, hinreichenden Anhaltspunkte für die Ausführung der Fassadensanierung am Anwesen des Klägers durch illegale Schwarzarbeit.“

II. Ausübung zulassungspflichtigen Handwerks ohne Eintragung in die Handwerksrolle

1. Der mit einem gewerblichen Auftragnehmer abgeschlossene Bauvertrag ist nicht deshalb unwirksam, weil der Auftragnehmer - unter Verletzung der Handwerksordnung - nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist.

2. Auch ein einseitiger Verstoß des Auftragnehmers gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit führt nicht zur Nichtigkeit des geschlossenen Bauvertrags.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 31.07.2015 - 2 U 10/15; BGH, Beschluss vom 04.07.2018 - VII ZR 188/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

51. Bau- und Vergaberechtstag – Schwarzarbeit am Bau

► Aufgrund der rein öffentlich-rechtlichen Ordnungsfunktion der HwO hat ein Verstoß keinen Einfluss auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrags

► Verstöße gegen gesetzlichen Verbote des SchwarzArbG führen nur dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zu seinem eigenen Vorteil ausnutzt

Anderer Ansicht zur handwerksrechtlichen Schwarzarbeit:
OLG Frankfurt, Urteil vom 24.05.2017 - 4 U 269/15

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

r.schneider@bau-sh.de