

# Schwarzgeldabreden im Arbeitsverhältnis\*

Thomas Fuchs\*\*

20. Oktober 2003

BGB §§ 134, 138 Abs. 1; StGB §§ 263 Abs. 1, 266a Abs. 1; AO § 370 Abs. 1 Nr. 1

**Eine Abrede, die Arbeitsvergütung ohne Berücksichtigung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen („schwarz“) auszu zahlen, führt regelmäßig nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags. Soll die Abführung von Steuern und Beiträgen vereinbarungsgemäß teilweise unterbleiben, ist nur diese Abrede und nicht ein Teil der Vergütungsvereinbarung nichtig.**

*BAG, Urteil vom 26. Februar 2003 – 5 AZR 690/01 (Lexetius.com/2003,1151)*

## Inhalt

<b>1 Sachverhalt</b>	<b>1</b>
<b>2 Begründung</b>	<b>2</b>
<b>3 Anmerkung</b>	<b>3</b>

## 1 Sachverhalt

Die Klägerin war bei dem Beklagten in dessen Hausverwaltungsunternehmen als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Der Beklagte ist zugleich Geschäftsführer eines weiteren Unternehmens, von dem die Klägerin und ihr Ehemann eine Eigentumswohnung erworben haben. Die Klägerin behauptet, die Parteien seien im Zusammenhang mit dem Wohnungskauf übereingekommen, dass das abzurechnende Arbeitsentgelt für die Tätigkeit der Klägerin bei dem Beklagten monatlich 2.750,00 DM brutto betragen und ein weiterer Betrag von monatlich 750,00 DM brutto auf ein „Arbeitgeberdarlehen“ des Beklagten in Höhe von 25.000,00 DM zwecks Finanzierung der Wohnung verrechnet werden sollte. Trotz wiederholter Aufforderung habe der Beklagte einen Vertrag über das Arbeitgeberdarlehen jedoch nicht ausgefertigt und eine Abrechnung unter Berücksichtigung des monatlichen Einbehalts von 750,00 DM nicht erstellt.<sup>1</sup>

\* (URL: <http://delegibus.com/2003,3.pdf>) = JR 10/2003, S. 439–440.

\*\*Rechtsanwalt Dr. iur., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Heidelberg; Impressum: (URL: <http://lexetius.com/impressum>).

<sup>1</sup>BAG, Lexetius.com 2003, S. 1151, Abs. 3, 7 f.

Die Klägerin, die das Arbeitsverhältnis nach 16 Monaten gekündigt hat, hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 12.000,00 DM brutto nebst 7,5 % Zinsen aus jeweils 750,00 DM nach einer bestimmten zeitlichen Staffelung zu verurteilen. Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. In den Vorinstanzen hatte die Klage keinen Erfolg. Den Behauptungen der Klägerin bezüglich der Verrechnungsvereinbarung ist das Landesarbeitsgericht in der Beweisaufnahme nicht nachgegangen, weil es sich dabei um eine Schwarzgeldabrede handele, die nach § 134 BGB in Verbindung mit den §§ 263 Abs. 1, 266a Abs. 1 StGB, § 370 AO nichtig sei. Einer Umdeutung in eine Bruttovergütungsabrede stehe die Kenntnis beider Parteien von der Nichtigkeit entgegen. Das Bundesarbeitsgericht hat das Urteils des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.<sup>2</sup>

## 2 Begründung

Das Bundesarbeitsgericht stützt seine Entscheidung, dass die Schwarzgeldabrede nicht insgesamt nichtig ist, sondern nur insoweit, als Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt werden sollten, im Wesentlichen auf vier Punkte:

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, sei zwar nach § 134 BGB nichtig. Die Parteien hätten hier auch mehrere Straftatbestände verwirklicht, nämlich Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB, Vorenthalten von Arbeitsentgelt nach § 266a Abs. 1 StGB und Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, sowie gegen steuer- und sozialversicherungsrechtliche Meldepflichten (§§ 41a Abs. 1, 41b Abs. 1 EStG, § 28a SGB IV) verstoßen. Hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge komme es aber auf den Zweck der Verbotsnormen an.<sup>3</sup> Der Zweck der genannten Vorschriften, deren Verletzung jeweils allein zu Lasten des Staats gehe, bestehe aber darin, die Hinterziehung von Steuern und Sozialbeiträgen zu verhindern. Gegen die Beschäftigung des Arbeitnehmers an sich würden sie sich nicht richten. Eine Nichtigkeit des vertraglichen Grundverhältnisses sei deshalb nur dann geboten, wenn die Absicht, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen, Hauptzweck der Vereinbarung ist. Im vorliegenden Fall würde die Erstreckung der Nichtigkeitsfolge auf das vertragliche Grundverhältnis dem Schutzzweck entgegenlaufen, weil ohne den Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers weder Steuern noch Sozialversicherungsbeiträge anfielen. Das hätte eine einseitige Belastung nur des Arbeitnehmers zur Folge.<sup>4</sup>

Auf die Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtigkeit von Verträgen, die gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwarzArbG) verstoßen,<sup>5</sup> könne – entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts – nicht abgestellt werden. Denn während nach den §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 SchwarzArbG die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen unter Verletzung der dort genannten Pflichten untersagt werde, verböten die hier einschlägigen Pflichten die Arbeitsleistung an sich nicht, sondern allein die Hinterziehung der Steuern und Sozialbeiträge.<sup>6</sup>

<sup>2</sup>BAG, Lexetius.com 2003, S. 1151, Abs. 9–13.

<sup>3</sup>Dazu schon BAG, Lexetius.com 2002, S. 1874, Abs. 17.

<sup>4</sup>BAG, Lexetius.com 2003, S. 1151, Abs. 18–23.

<sup>5</sup>BGH, BGHZ 85, S. 42 f.

<sup>6</sup>BAG, Lexetius.com 2003, S. 1151, Abs. 25.

Ergänzend sei auch auf die Fiktion des im Streitfall noch nicht anwendbaren § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV<sup>7</sup> hinzuweisen, wonach bei Schwarzgeldabreden ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart gilt. Daraus werde der Wille des Gesetzgebers, der von einem wirksamen Vertragsverhältnis ausgehe, deutlich.<sup>8</sup>

Schließlich sei die Schwarzgeldabrede auch nach § 138 Abs. 1 BGB nicht insgesamt nichtig. Auch hier komme es darauf an, ob der Hauptzweck der Abrede in der Hinterziehung der Steuern und Sozialbeiträge besteht. Andernfalls hätte der Gesetzgeber eine dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vergleichbare Regelung schaffen müssen.<sup>9</sup>

### 3 Anmerkung

Die Entscheidung ist recht bemerkenswert, wenn auch nicht wirklich überraschend, weil das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich den Schulterchluss zum Bundesgerichtshof beziehungsweise zu dessen neueren Rechtsprechung zu sogenannten "Ohne Rechnung"-Abreden<sup>10</sup> sucht.<sup>11</sup> Wer die Rechtsentwicklung aufmerksam verfolgt hat, war also bereits "vorgewarnt". Angesichts des mit der Entscheidung verbundenen Paradigmenwechsels erscheint es jedenfalls angebracht, ihre Begründung etwas genauer unter die Lupe zu nehmen. Rechtlich überzeugend wirken dabei allein die Ausführungen zu § 134 BGB in Verbindung mit den §§ 263 Abs. 1, 266a Abs. 1 StGB, § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO und zu § 138 Abs. 1 BGB, auf die deshalb nicht weiter eingegangen werden soll.

Der Begründungspunkt zur Nichtanwendbarkeit der Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtigkeit von Verträgen, die gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen, überzeugt nur im Ergebnis, aber nicht in der Argumentation. Das Bundesarbeitsgericht führt hier von der Sache her nämlich eine Analogieprüfung<sup>12</sup> durch und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass der zu beurteilende Sachverhalt mit dem vom Gesetzgeber geregelten nicht vergleichbar ist. Dies ist jedoch zu schnell gedacht. Bei den §§ 1, 2 SchwarzArbG handelt es sich um Bußgeldtatbestände und das Ziel des Analogieschlusses bestand darin, die "Grundsätze der Rechtsprechung" zu diesen Vorschriften anzuwenden. Im ersten Schritt sollte also ein Verbot begründet werden, woraus erst im zweiten Schritt die Nichtigkeit des vertraglichen Grundverhältnisses folgt. Diese – durchaus häufig anzutreffende – Vorgehensweise ist aber im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts wegen des Analogieverbots nach § 3 OWiG unzulässig, selbst wenn es nicht um die Verhängung einer Geldbuße geht. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gebietet nämlich eine einheitliche Rechtsanwendung.

Auch der wiederholte Hinweis auf § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV kann, so behutsam er auch eingesetzt wird, methodisch nicht überzeugen. Die Argumentationsstruktur, die sich hinter einem solchen Hinweis verbirgt, operiert mit einem allwissenden Gesetzgeber, der mit einer neuen Regelung nur das verdeutlicht, was er – notfalls auch *contra legem* – schon immer wollte. Einen solchen Gesetzgeber gibt es abgesehen von dem Fall einer klarstellungsbedürftigen Regelung

<sup>7</sup>Angefügt durch Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23. Juli 2002, BGBl. I, S. 2787.

<sup>8</sup>BAG, Lexetius.com 2003, S. 1151, Abs. 26, 31.

<sup>9</sup>BAG, Lexetius.com 2003, S. 1151, Abs. 28.

<sup>10</sup>BGH, Lexetius.com 2000, S. 2879, Abs. 19 f.

<sup>11</sup>BAG, Lexetius.com 2003, S. 1151, Abs. 24.

<sup>12</sup>Zu den Voraussetzungen ausführlich BGH, Lexetius.com 2003, S. 795, Abs. 25.

aber nicht. Vielmehr reagiert der Gesetzgeber in aller Regel auf tatsächliche Entwicklungen, indem er die bis dahin geltende Rechtslage anpasst und auf diese Weise gegebenenfalls auch seinen im Gesetz verkörperten Willen korrigiert. Vor dem Hintergrund, dass es bei der Auslegung von Gesetzen unter anderem auf den objektiven Willen des Gesetzgebers, wie er im Gesetz seinen Ausdruck gefunden hat,<sup>13</sup> ankommt, ist daher nicht nur die Argumentation mit einer erst zukünftig geltenden Regelung unzulässig, sondern regelmäßig auch der Hinweis auf den gesetzgeberischen Willen, der diese Regelung trägt.

Der Hinweis auf § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV ist jedoch auch in der Sache unpassend angebracht. Der Gesetzgeber spricht in der Gesetzesbegründung von illegaler Beschäftigung, vom wirtschaftlichen Zufluss eines Nettoarbeitsentgelts sowie von der Nichtnachweisbarkeit einer Vereinbarung und bedient sich daher allein zum Zweck der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge der Fiktion, es bestünde eine Vereinbarung über ein Nettoarbeitsentgelt (BT-Drucks. 14/8221, S. 14). Das Wesen einer Fiktion besteht nun aber – im Gegensatz zu einer unwiderlegbaren Vermutung – darin, etwas Unwirkliches anzunehmen. Der Gesetzgeber nimmt folglich an, dass es an einer solchen Vereinbarung fehlt. Das Argument des Bundesarbeitsgerichts, der Gesetzgeber ginge selbst nicht von der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags aus, wäre somit selbst dann, wenn § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV Anwendung fände, fehl am Platz. Diese Regelung hat allein sozialversicherungsrechtliche Bedeutung.

Angesichts dieser Begründungsmängel hinterlässt die Entscheidung eher einen zwiespältigen Eindruck, zumal auch ihre arbeitsmarktpolitische Bedeutung durchaus eine zweiseitige ist. Einerseits ist es sicherlich effektiver, das wirtschaftliche Risiko einer Schwarzgeldabrede, das bisher vor allem der Arbeitnehmer getragen hat, dem Arbeitgeber zuzuweisen. Dieser hat in der Verhandlungssituation nach wie vor den größeren Einfluss, so dass ein eigenes wirtschaftliches Interesse an rechtstreuem Verhalten die Annahme plausibel erscheinen lässt, dass dies auch bei der Entgeltabrede entsprechende Wirkung zeigen wird. Andererseits ist es aber schon beklagenswert, dass das Verantwortungsbewusstsein des Arbeitnehmers auf diese Weise nicht gerade gestärkt wird.

## Rechtsprechung

**BGH:** Urteil vom 23. September 1982 – VII ZR 183/80. BGHZ, 85, S. 39.

**BVerfG:** Beschluss vom 9. November 1988 – 1 BvR 243/86. BVerfGE, 79, S. 106.

**BGH:** Urteil vom 21. Dezember 2000 – VII ZR 192/98. Lexetius.com, 2000, S. 2879, Abs. 1 (URL: <http://lexetius.com/2000,2879>).

**BAG:** Urteil vom 17. April 2002 – 5 AZR 413/00. Lexetius.com, 2002, S. 1874, Abs. 1 (URL: <http://lexetius.com/2002,1874>).

**BAG:** Urteil vom 26. Februar 2003 – 5 AZR 690/01. Lexetius.com, 2003, S. 1151, Abs. 1 (URL: <http://lexetius.com/2003,1151>).

**BGH:** Urteil vom 13. März 2003 – I ZR 290/00 – Abonnementvertrag. Lexetius.com, 2003, S. 795, Abs. 1 (URL: <http://lexetius.com/2003,795>).

---

<sup>13</sup>BVerfG, BVerfGE 79, S. 121.