

Schwarzarbeit und Rechtsschutzverweigerung

Eine theoretische Untersuchung zur Frage, ob und inwieweit die neuere höchstrichterliche zivilrechtliche Rechtsprechung Schwarzarbeit effektiv eindämmt

Philipp Scheibenpflug und Henriette Sigmund*

A. Einleitung	254	(1) Höhe des Reputationskapitals	264
B. Schwarzarbeit als staatliches Einnahmeproblem	255	(2) Gefährdung und individuelle Bedeutung des Reputationskapitals	265
C. Die neue zivilrechtliche Missbilligung der Schwarzarbeit	256	b) Wahl von Personen mit emotionaler Verbundenheit	266
I. Fehlende Aktivierung des Zivilrechts bis 2013	256	Senkung der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung	267
II. Paradigmenwechsel im Jahr 2013	257	Portionierung der Vorleistungshandlung	267
D. Auswirkungen der neuen Rechtsprechung	258	Vornahme von Vorbereitungen des Nachleistenden vor Erhalt der Vorleistung	269
I. Zurückwerfen der Parteien in einen partiellen Naturzustand	258	Erhöhung der Defektionskosten durch Überlassung von Sicherungsgegenständen	269
II. Verhaltensrisiken im Naturzustand	259	Allgemeine Schwächen: fehlende rechtliche Wirksamkeit der Absicherungsmethoden	271
1. Verhaltensrisiken bei Vorleistung des Bestellers	260	Spezifische Schwächen eines Pfandes	272
2. Verhaltensrisiken bei Vorleistung des Handwerkers	261	Spezifische Schwächen einer Geisel	274
III. Erhöhung des Defektionsrisikos durch die Rechtsprechungsänderung	262	II. Bedeutung des staatlichen Rechtsschutzsystems zur Absicherung von Schwarzarbeitsabreden vor dem Rechtsprechungswandel	275
E. Effektivität der Rechtsprechungsänderung zur Bekämpfung der Schwarzarbeit	263	F. Schlussbetrachtung	276
I. Alternative Absicherungsmethoden bei rechtlicher Missbilligung der Schwarzarbeitsabrede	264		
Beschränkung der Kooperationspartner auf Personen mit hohen Defektionskosten	264		
a) Personen mit hohem Reputationskapital	264		

Diese Abhandlung beschäftigt sich mit der Bekämpfung von Schwarzarbeitsabreden durch das Zivilrecht. Die Folgen einer solchen Abrede werden aus Sicht der beteiligten Parteien im Lichte der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung unter Zugrundelegung des aus der Rechtsökonomik bekannten Rationalverhaltensmodells analysiert. Im Mittelpunkt steht hierbei die Frage, inwieweit die Versagung zivilrechtlichen Rechtsschutzes dazu geeignet ist, das Phänomen der Schwarzarbeit effektiv einzudämmen. Die Grundüberlegung der Autoren lautet, dass die Parteien

* Die Autorin Sigmund ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels und Wirtschaftsrecht und Rechtstheorie an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main (Prof. Dr. Tobias Tröger, LL.M. (Harvard)). Der Autor Scheibenpflug war wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl und absolviert derzeit ein LL.M.-Studium an der University of Pennsylvania.

durch die Rechtsschutzverweigerung in eine Art (rechtsfreien) Naturzustand zurückgeworfen werden, in dem die vorleistende Partei einer erheblichen Transaktionsunsicherheit bezüglich des Erhalts der Nachleistung ausgesetzt wird. Diese künstliche Steigerung der Transaktionsunsicherheit wirkt aber nur dann effektiv der Zahl der Schwarzarbeitsabreden entgegen, wenn den Parteien an Stelle des staatlichen Rechtsschutzes keine hinreichend die Transaktion stabilisierenden alternativen Absicherungsmethoden zur Verfügung stehen und sie zudem vor der Rechtsprechungsumkehr in erheblichem Maße auf das staatliche Rechtsschutzsystem zur Durchsetzung von Schwarzarbeitsabreden vertraut haben. Die Analyse endet mit einem skeptischen Blick auf die Effektivität des Rechtsprechungswandels im Kampf gegen Schwarzarbeit.

A. Einleitung

In den Jahren 2013 und 2014 fällte der Bundesgerichtshof zwei grundlegende Urteile, die mit der zivilrechtlichen Missbilligung von Schwarzarbeit „ernst machten“ und in Kontrast zu seiner früheren Judikatur stehen. Im Rahmen dieses Aufsatzes soll nach kurzer Skizzierung des Sachproblems der Schwarzarbeit (B.) und knapper Zusammenfassung des höchstrichterlichen Rechtsprechungswandels (C.) die Frage untersucht werden, inwieweit die Versagung zivilrechtlichen Rechtsschutzes dazu geeignet ist, zu einer effektiven Eindämmung des Phänomens der Schwarzarbeit beizutragen. Dabei wird zunächst dargestellt, dass die Parteien durch die Rechtsschutzverweigerung in eine Art (rechtsfreien) Naturzustand zurückgeworfen werden, indem die vorleistende Partei einer erheblichen Transaktionsunsicherheit bezüglich des Erhalts der Nachleistung ausgesetzt wird (D.). Trotz dieser Auswirkung kann der neuen Rechtsprechungslinie aber nur dann eine effektive Eindämmung von Schwarzarbeit zugeschrieben werden, wenn den Parteien zum einen an Stelle des staatlichen Rechtsschutzes keine hinreichenden alternativen Absicherungsmethoden zur Verfügung stehen und sie zum anderen vor der Rechtsprechungsumkehr in erheblichem Maße auf das staatliche Rechtsschutzsystem zur Durchsetzung von Schwarzarbeitsabreden vertraut haben. Nach Behandlung dieser Fragen (E.) erfolgt abschließend eine Bewertung der Effektivität des Rechtsprechungswandels (F.).

Zur Illustration der abstrakten Ausführungen wird ein Beispiel den Untersuchungsverlauf begleiten:

Besteller B möchte seine Wohnzimmerwand von Handwerker und Malermeister H streichen lassen. Bei ordnungsgemäßer Abführung von Steuern und Sozialabgaben könnte H dies zum Preis von 700 € anbieten, „schwarz“ für 400 €. Im Falle einer Schwarzarbeitsabrede, also dem Konsens weder Steuern noch Sozialabgaben zu zahlen, könnten B und H die „ersparten“ 300 € unter sich aufteilen.

B. Schwarzarbeit als staatliches Einnahmeproblem

Im Einklang mit § 1 Abs. 2 Nr. 1-2 SchwarzArbG¹ wird Schwarzarbeit im Folgenden als Erbringung oder Ausführung von Werkleistungen, typischerweise durch einen *Handwerker* für einen *Besteller* (Privatperson oder Unternehmen), unter Verletzung der im Sozialgesetzbuch und Steuerrecht vorgesehenen Zahlungspflichten verstanden.² Diese Pflichtverletzungen führen zu massiven Einnahmeausfällen für Staat und Sozialkassen.³ Eine genaue Bezifferung der Einbußen durch Schwarzarbeit ist wegen fehlender offizieller Daten naturgemäß schwierig. Laut Medienberichten soll Schwarzarbeit den Staat jährlich mindestens einen zweistelligen Milliardenbetrag an entgangenen Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen kosten.⁴ Ungeachtet der Frage nach der Validität dieser Zahlen im Einzelnen zeigen sie, dass es sich bei dem Phänomen der Schwarzarbeit nicht um ein Bagatellproblem handelt, sondern der Staat ein starkes finanzielles Interesse daran haben sollte, dieser Steuer- und Sozialversicherungsbeitragsvermeidung entgegenzuwirken. Jahrzehntlang waren primär das Strafrecht und das Steuerrecht die gesetzlichen Mittel der Wahl zur Bekämpfung von Schwarzarbeit. Dies zeigt sich sehr deutlich am Inhalt des SchwarzArbG von 2004, das sich auf die Einführung einer Definition von Schwarzarbeit, die Bündelung von Rechten der Zollverwaltung im Gesetz und die Schließung von Strafbarkeitslücken beschränkte.⁵ Die Bestimmung der zivilrechtlichen Folgen der Schwarzarbeit blieb hingegen in der Domäne der dritten Gewalt. Hier kam es zu einem einschneidenden Paradigmenwechsel in den Jahren 2013 und 2014.

1 Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) vom 23. Juli 2004 (BGBl. 2004 I, S. 1842), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. 2014 I, S. 1348) geändert worden ist.

2 Eine ähnliche Definition nutzt das OLG Schleswig ZIP 2013, S. 1920 (1920-1922), das eine Schwarzarbeitsabrede im Leitsatz als Handwerkerleistung definiert, die (teilweise) ohne Rechnung erbracht wurde, damit der Umsatz den Steuerbehörden (teilweise) verheimlicht werden kann. Dagegen umfasst § 1 Abs. 2 Nr. 3-5 SchwarzArbG weitergehend auch noch die Verletzung von sozialrechtlichen Mitteilungspflichten, gewerberechtiglichen Anzeigepflichten und handwerksrechtlichen Eintragungspflichten. Diese Tatbestände werden im Folgenden ausgeblendet, da sie – anders als die Nichtabführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen – zu keinen unmittelbaren Einnahmeausfällen des Staates führen.

3 BT-Drucks. 15/2573, S. 1 und 17.

4 In den Medien kursieren regelmäßig sehr hohe Werte, siehe <http://www.spiegel.de/wirtschaft/schwarzarbeit-gewerkschaft-warnt-vor-steuerenausfaellen-in-milliardenhoehe-a-609754.html>: 30 Milliarden €; <http://www.bild.de/geld/wirtschaft/schwarzarbeit/verlust-staat-25301286.bild.html>: 65 Milliarden €; http://www.huffingtonpost.de/2014/02/08/schwarzarbeit-schadet-steuerkasse-drei-mal-mehr-als-kapitalflucht_n_4749833.html (alle zuletzt abgerufen am: 08.10.2015). Aus der Wissenschaft siehe die Studien von F. *Schneider/D. Enste*, Shadow Economies: Size, Causes, and Consequences, 38 Journal of Economic Literature 2000, S. 77 und L. *Feld/F. Schneider*, Survey on the Shadow Economy and Undeclared Earnings in OECD Countries, 11 German Economic Review 2010, S. 109.

5 BT-Drucks. 15/2573, S. 1.

C. Die neue zivilrechtliche Missbilligung der Schwarzarbeit

Nachdem der BGH in der Vergangenheit die zivilrechtlichen Folgen von Schwarzarbeit für die Parteien der Schwarzarbeitsabrede abmilderte (1), entschied er sich vor kurzem dazu, das Zivilrecht im Kampf gegen die Schwarzarbeit zu aktivieren (2).

I. Fehlende Aktivierung des Zivilrechts bis 2013

Ausgangspunkt der einschlägigen Rechtsprechung war ein Urteil aus dem Jahre 1982.⁶ In diesem befand der BGH, dass ein beidseitiger Verstoß gegen das damals geltende Schwarzarbeitsgesetz zur Nichtigkeit der Schwarzarbeitsabrede gem. § 134 BGB führt.⁷ Dabei erkannte er, dass „sich der Zweck des Gesetzes, nämlich die Verhinderung von Schwarzarbeit, nur dann erreichen [lässt], wenn gegen das Gesetz verstoßende Verträge als nicht rechtswirksam angesehen werden.“⁸ Bereits in diesem Grundsatzurteil erhielt er aber den Anspruch des Bestellers auf Übernahme der Materialkosten durch den Handwerker im Hinblick auf den Grundsatz von Treu und Glauben aufrecht, da der Handwerker sonst das in der Schwarzarbeitsabrede übernommene Festpreisrisiko auf den Besteller abwälzen und „die Nichtigkeit des Vertrags einseitig zu seinen Gunsten ausnutzen“ könne.⁹ Im Ergebnis sah er die drohende Unbilligkeit gegenüber dem Besteller als gewichtiger an als den Abschreckungszweck des Schwarzarbeitsgesetzes.¹⁰ Diese mäandernde Argumentation, die präventiv motivierte Anordnung der Nichtigkeitsfolge einerseits und die in der Austauschgerechtigkeit wurzelnde Milderung der Nichtigkeitsfolgen über § 242 BGB andererseits, setzte sich in Folgeentscheidungen fort. So entschied der BGH im Jahre 1990, dass der vorleistende Handwerker einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Zahlung von Wertersatz für seine Leistung gegenüber dem Besteller habe.¹¹ Den diesem Ergebnis entgegenstehenden § 817 S. 2 BGB verwarf er mit Verweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben, da sonst der Besteller den Wert des rechtswidrig Erlangten behalten könne.¹² Zudem solle bereits die Beschränkung auf bereicherungsrechtliche Ansprüche für die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung ausreichen.¹³ Auf vergleichbare Weise berücksichtigte die höchstrichterliche Rechtsprechung im Jahr 2008 auch die Schutzbedürftigkeit des Bestellers im Fall mangelhafter Leistung. Der Besteller könne trotz Nichtigkeit des Vertrages wegen

6 BGHZ 85, 39.

7 BGHZ 85, 39 (42-45). Demgegenüber soll laut BGHZ 89, 369 (372-375) ein einseitiger Verstoß des Handwerkers gegen diese Vorschriften bei diesbezüglicher Unkenntnis des Bestellers nicht für die Auslösung der Nichtigkeitsfolge ausreichen.

8 BGHZ 85, 39 (44) – Einfügung durch die *Verfasser*.

9 BGHZ 85, 39 (47-50) (das wörtliche Zitat findet sich auf S. 49).

10 BGHZ 85, 39 (49 f.).

11 BGHZ 111, 308.

12 BGHZ 111, 308 (312 f.).

13 BGHZ 111, 308 (312 f.).

einer der Steuerhinterziehung dienenden „Ohne-Rechnung-Abrede“ Gewährleistungsrechte unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben geltend machen.¹⁴ Auch wenn sich diese Entscheidung nicht auf die bis *dato* ergangene Rechtsprechung zum Schwarzarbeitsgesetz stützte,¹⁵ zeigt sich auch in ihr die „Beißhemmung“ des BGH, Nichtigkeitsfolgen zulasten der Parteien einer Schwarzarbeitsabrede anzuordnen. Faktisch führte diese Rechtsprechungslinie dazu, dass die vertragliche Abrede trotz des grundsätzlichen Nichtigkeitsverdikts aufrechterhalten wurde. In Anbetracht des minimalen Ausmaßes der verbleibenden zivilrechtlichen Nachteile wurde in der Literatur pointiert von einem „*de facto* gültigen Vertrag [...]“ gesprochen.¹⁶

Wenn Malermeister H vorleistete, musste er trotz des Verstoßes gegen das SchwarzArbG nicht um den Erhalt eines Entgelts fürchten: Zwar erhielt er dieses wegen der Nichtigkeit des Werkvertrags nicht in Gestalt des Werklohns (§ 631 Abs. 1 2. Halbsatz BGB), aber im Wege eines Anspruchs auf Zahlung objektiven Wertersatzes aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Dieser Anspruch sollte allerdings nach Ansicht der Rechtsprechung wegen der mit der Schwarzarbeit verbundenen Risiken regelmäßig niedriger ausfallen als der Anspruch aus § 631 Abs. 1 2. Halbsatz BGB.¹⁷ Besteller B konnte seinerseits darauf hoffen, trotz Verstoßes gegen das SchwarzArbG im Falle einer Schlechtleistung Gewährleistungsrechte zu bekommen.

II. Paradigmenwechsel im Jahr 2013

Unter dem Eindruck der seit Jahrzehnten – auch nach der Einführung des SchwarzArbG im Jahr 2004 – unvermindert hohen Einnahmeeinbußen des Staates und der Sozialkassen kam es in den Jahren 2013 und 2014 zu einem Rechtsprechungsumschwung des BGH. So entschied er im Jahr 2013, dass dem Besteller einer Schwarzarbeitsabrede bei mangelhafter Leistung grundsätzlich keine Gewährleistungsrechte zustünden.¹⁸ Im Frühling 2014 kam es zum nächsten höchstrichterlichen

14 BGHZ 176, 198 (202-204).

15 Das diese Situation explizit in seinem § 1 Abs. 2 Nr. 2 regelnde Schwarzarbeitsgesetz von 2004 fand auf den im Dezember 2003 spielenden Sachverhalt keine Anwendung.

16 Siehe S. Lorenz, Schwarzarbeit zwischen Bereicherungsrecht und Gewährleistungsrecht: Über die Beliebtheit der Argumentation mit dem „Schwächeren“, in: J. Bauer/M. Kort/T. Möllers/B. Sandmann (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner, München 2009, S. 571 (580) – Hervorhebung bereits im Original.

17 Der BGH (BGHZ 111 308 (314)) begründet dies mit dem Fehlen von vertraglichen Gewährleistungsrechten bei einer Schwarzarbeitsabrede. Wie gerade ausgeführt konnten sich nach der bisherigen Judikatur des BGH allerdings Gewährleistungsrechte aus der Anwendung von § 242 BGB auch bei Nichtigkeit des Vertrages wegen einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ ergeben (BGHZ 176, 198 (202-204)). Es bestand somit ein ungelöstes Spannungsverhältnis zwischen diesen Urteilen.

18 BGHZ 198, 141 (149-150). Dabei vermeidet der BGH einen offenen Bruch mit seiner früheren Rechtsprechung zur „Ohne-Rechnung-Abrede“, indem er sich zur Begründung hierfür auf den im Jahr 2004 eingefügten § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG beruft (BGHZ 198, 141 (149-150)). Sachlich kommt dieses Ergebnis aber einer Kehrtwende gleich.

Paukensschlag: Der BGH judizierte, dass im Falle einer Schwarzarbeitsabrede dem Vergütungsanspruch des vorleistenden Handwerkers aus Bereicherungsrecht¹⁹ der Ausschlussgrund des § 817 S. 2 BGB entgegenstehe.²⁰ Die zuvor als Mittel der Wahl eingesetzte einschränkende Auslegung des § 817 S. 2 BGB wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben die erhoffte generalpräventive Wirkung nicht erziele und die Schwarzarbeit in Deutschland vielmehr ein alarmierendes Niveau erreicht habe.²¹ Hierbei bekannte sich der BGH offen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (auch) mit den Mitteln des Zivilrechts.²²

D. Auswirkungen der neuen Rechtsprechung

Die neue Rechtsprechung des BGH wirft die Parteien durch die Rechtsschutzverweigerung in eine Art (rechtsfreien) Naturzustand zurück (1). Folge ist, dass die vorleistende Partei verstärkt den Verhaltensrisiken der anderen Partei ausgesetzt ist (2), was eine Erhöhung des Defektionsrisikos für die vorleistende Partei einer Schwarzarbeitsabrede zur Folge hat und damit *ceteris paribus* Schwarzarbeit unattraktiver macht (3).

I. Zurückwerfen der Parteien in einen partiellen Naturzustand

Vertragsparteien können sich grundsätzlich auf das staatliche Rechtsschutzsystem verlassen, das ihnen die Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber der gegnerischen Partei ermöglicht. Nach dem zweistufigen Verfahren des deutschen Rechts muss sich die Erfüllung suchende Partei zunächst einen vollstreckungsfähigen Titel beschaffen, was im Regelfall im Wege des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens erfolgt. Dieser kann anschließend durch Einzelzwangsvollstreckung grundsätzlich *in natura* durchgesetzt werden.²³ Nach der neuen Judikatur des BGH bleibt dem vorleistenden Besteller oder Handwerker der staatliche Rechtsschutz verwehrt, da er keinen vollstreckungsfähigen Titel gegen den defektierenden Nachleistungsverpflichteten erlangen

19 Der BGH stellt dabei auf § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ab (BGH NJW 2014, S. 1805). Lorenz, Schwarzarbeit (Fn. 16), S. 571 (575 f.) weist zu Recht darauf hin, dass die allgemeine Leistungskondition im Regelfall bereits gem. § 814 Alt. 1 BGB ausgeschlossen sein dürfte und sich die Frage der Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB allein in Bezug auf die Zweckverfehlungskondition aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB stellt. Aufgrund des Zuschnitts dieser Untersuchung wird auf diese dogmatisch-konstruktiven Fragen nicht weiter eingegangen (siehe zu diesen auch J. Heyers, Verhaltenssteuerung durch Privatrecht am Beispiel sog. Schwarzarbeit, Jura 2014, S. 936 (943 f.)). Hier reicht es festzuhalten, dass nach der neueren Judikatur keine Bereicherungsansprüche des vorleistenden Handwerkers gegen den Besteller mehr geltend gemacht werden können.

20 BGH NJW 2014, S. 1805 (1805-1807).

21 BGH NJW 2014, S. 1805 (1806).

22 BGH NJW 2014, S. 1805 (1807).

23 Eine Ausnahme hierzu stellen gem. § 888 Abs. 3 ZPO Ansprüche auf unvertretbare Dienstleistungen dar. Werkleistungen fallen grundsätzlich nicht unter den Anwendungsbereich dieser Norm (U. Gruber, in: W. Krüger/T. Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. II, 4. Aufl., München 2012, § 888 Rn. 20).

kann. Diese (bewusste) Rechtsschutzverweigerung kann als Zurückversetzen der Parteien einer Schwarzarbeitsabrede in einen künstlich geschaffenen Naturzustand verstanden werden.²⁴ Unter diesem Begriff wird im Folgenden schlicht die Abwesenheit eines zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zur Verfügung stehenden staatlichen Rechtssystems verstanden, ohne die Geltung der Rechtsordnung im Übrigen – insbesondere des Strafrechts – in Abrede zu stellen.²⁵ Im Fall der Schwarzarbeit wird den Vertragsparteien der stabilisierende Effekt der staatlichen Rechtsdurchsetzungsmaschinerie bewusst verwehrt,²⁶ indem ihre vertragliche Absprache als nichtig qualifiziert und den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen der Ausschlussstatbestand des § 817 S. 2 BGB entgegengehalten wird.²⁷ In diesem Naturzustand ist die vorleistende Partei starken Verhaltensrisiken der nachleistenden Partei ausgesetzt, *i.e.* dem Risiko eines nicht absprachegemäßen Verhaltens (*Defektion*).²⁸

II. Verhaltensrisiken im Naturzustand

Die Verhaltensrisiken für die Parteien der Schwarzarbeitsabrede sind entscheidend dadurch geprägt, dass wegen der regelmäßig vorliegenden zeitlichen Asymmetrie ihrer Leistungspflichten ein simultaner Leistungsaustausch ausscheidet:²⁹ Die typische Schwarzarbeitsabrede zielt auf die Erbringung einer Werkleistung gegen Entgelt. Während sich die Pflicht des Bestellers als Geldleistungsschuldner auf die Überlassung von Geldscheinen bzw. auf die Veranlassung einer Banküberweisung beschränkt, hat der Handwerker eine Werkleistung zu erbringen, die sich regelmäßig über einen gewissen Zeitraum erstreckt. Hinzu kommt, dass der zur Zahlung berufene Besteller oftmals nicht (sofort) erkennen kann, ob die Leistung durch den Handwerker tatsächlich mangelfrei erbracht wurde.³⁰ Diese beiden Charakteristika – zeitliche Asymmetrie der Leistungspflichten und fehlende Erkennbarkeit von Mängeln im Zeitpunkt der Leistungserbringung – führen dazu, dass sich die jeweils vorleistende Partei starken Defektionsrisiken seitens der anderen Partei aussetzt. Zu unter-

24 Siehe bereits *L. Klöhn*, Die Konditionssperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß, *AcP* 2010, S. 804 (845), der davon spricht, dass es „darum geht, die Parteien in den Urzustand zurückzusetzen, aus dem sie der Vertrag befreien möchte“.

25 Die Terminologie ist angelehnt an den grundlegenden Aufsatz von *A. Kronman*, *Contract Law and the State of Nature*, 1 *Journal of Law, Economics & Organization* 1985, S. 5 (5-7).

26 In diese Richtung bereits *M. Cohen*, *The Basis of Contract*, 46 *Harvard Law Review* 1933, S. 553 (589), nach dem das Recht den Parteien den Schutz seiner Durchsetzungsmaschinerie versagt, wenn sie missbilligten Praktiken nachgehen; ähnlich auch die Überlegungen bei *Heyers*, *Verhaltenssteuerung* (Fn. 19), S. 936 (942).

27 Treffend dazu *Klöhn*, *Konditionssperre* (Fn. 24), S. 804 (846): „Die §§ 134, 138 BGB bewirken, dass die Parteien ihre Absprache nicht vertraglich absichern können. § 817 S. 2 BGB verwehrt ihnen, diese Kooperation auf ein gesetzliches Rechtsverhältnis zu stützen.“

28 *Kronman*, *State of Nature* (Fn. 25), S. 5 (6) spricht von „transactional insecurity“.

29 Siehe auch *Kronman*, *State of Nature* (Fn. 25), S. 5 (9 f.).

30 Die Handwerksleistung weist damit Charakteristika eines Erfahrungsguts auf (zu diesem weiterführend *B. Hermalin/A. Katz/R. Craswell*, *Contract Law*, in: *A. Polinsky/S. Shavell* (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, Volume 1, Elsevier B. V., Amsterdam 2007, S. 123 m.N.).

scheiden sind dabei die Konstellationen, in denen der Besteller in Vorleistung geht (a), vom spiegelverkehrten Fall einer Vorleistung des Handwerkers (b).

1. Verhaltensrisiken bei Vorleistung des Bestellers

Die Vorleistung birgt für den Besteller die Gefahr, dass der Handwerker *nach* Erhalt der Vorleistung – des Werklohns – vom Besteller die Leistungsdurchführung verweigert oder eine mangelhafte Leistung vornimmt. Der Handwerker kann in dieser Situation zwischen drei verschiedenen Verhaltensweisen wählen: Er kann die Leistung ordnungsgemäß und mit geschuldeter Sorgfalt durchführen (Handlungsvariante H 1),³¹ das Geld behalten und seine Leistung verweigern (Handlungsvariante H 2) oder eine unter dem geschuldeten Sorgfaltsmaßstab liegende (Schlecht-)Leistung erbringen (Handlungsvariante H 3). Bei Zugrundelegung eines rational nutzenmaximierenden Verhaltens³² wird er diejenige der drei Verhaltensweisen wählen, die seinen Wohlstand erwartungsgemäß maximiert. Da er die Vergütung durch den Besteller bereits erhalten hat, kommt es für den Handwerker in diesem Zeitpunkt nur noch auf die Frage der Kostenminimierung an.³³ Deshalb wird er die mit den Verhaltensweisen verbundenen Kosten gegeneinander abwägen und sich für die Handlungsvariante entscheiden, die die geringsten Kosten für ihn aufweist.

Je nachdem wie er sich entscheidet, fallen entweder nur *Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung* (H 1), nur *Defektionskosten* (H 2) oder potentiell beide an (H 3). Der Posten der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung umfasst den mit der Leistungsvornahme einhergehenden zeitlichen Opportunitätsverlust sowie den hierfür notwendigen Material- und gegebenenfalls Personaleinsatz. Unter dem Begriff der Defektionskosten sind alle negativen Folgen einer Nicht- oder Schlechtleistung zu verstehen. Diese umfassen den entgangenen Reputationsgewinn einer ordnungsgemäßen Erfüllung bzw. den drohenden Reputationsverlust bei vereinbarungswidrigem Verhalten, gegebenenfalls den Verlust an sozialen und emotionalen Bindungen durch die Defektion sowie die Zeit- und Sachkosten der Verteidigung gegenüber etwaigen Versuchen des Bestellers, die ausstehende Nachleistung zu erzwingen.³⁴

31 Es wird unterstellt, dass nach der Transaktionsvereinbarung keine unerwarteten Leistungsergebnisse für den Handwerker eingetreten sind.

32 Bei der folgenden Analyse wird unterstellt, dass beide Parteien ihr Verhalten in rationaler Weise auf die Maximierung ihres materiellen Wohlstands ausrichten. Weiterführend zu dem dieser Annahme zugrundeliegenden ökonomischen Verhaltensmodell (*homo oeconomicus*) siehe beispielsweise C. Kirchner, Ökonomische Theorie des Rechts, Überarbeitete und ergänzte Fassung eines Vortrages gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 16. Oktober 1996, Berlin/New York 1997, S. 13 (13-18); G. Kirchgässner, Homo Oeconomicus, 4. Aufl., Tübingen 2013, S. 12 ff.

33 Der mit einer ordnungsgemäßen Erfüllung einhergehende Reputationsgewinn des Handwerkers wird im folgenden Modell dadurch berücksichtigt, dass sein Ausbleiben die Defektionskosten erhöht.

34 Die Durchsetzung der Nachleistungspflicht mittels staatlicher Gewalt scheidet hierbei aufgrund der Rechtsschutzverweigerung bei Schwarzarbeitsfällen (dazu oben unter C. II.) aus, der Besteller könnte aber versuchen, eigenmächtig und gegebenenfalls mittels unerwünschter Kontaktaufnahmen bzw. durch Vornahme psychischer oder physischer Gewalt gegen den Handwerker vorzugehen, um diesen zur Nachleistung zu bewegen.

Sowohl der Umfang der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung als auch der der Defektionskosten ist von einer Vielzahl von Einzelfaktoren abhängig. So hängen die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung etwa vom Umfang der versprochenen Leistung, den zu ihrer Durchführung notwendigen Sach- und Personalmitteln und den Opportunitätskosten des Handwerkers ab. Das Ausmaß der Defektionskosten bestimmt sich dagegen nach der Höhe des drohenden Reputationsverlustes des Handwerkers im Falle einer Defektion, seiner Abhängigkeit von Folgeaufträgen, der Durchsetzungsstärke und -willigkeit des Bestellers und, bei Vornahme einer Schlechtleistung, zudem vom Entdeckungsrisiko durch den Besteller.

Während bei Vornahme von H 1 für den Handwerker nur die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung anfallen, sind bei H 2 von ihm nur die Defektionskosten zu tragen. Demgegenüber ermöglicht ihm H 3 einen Mittelweg: Die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung werden teilweise eingespart,³⁵ im Gegenzug besteht aber – anders als bei H 1 – die Gefahr anfallender Defektionskosten. Deren Eintreten bestimmt sich nach der Wahrscheinlichkeit, mit welcher der Besteller die Schlechtleistung entdecken wird (Entdeckungsrisiko). Sie liegen somit unterhalb des zu erwartenden Niveaus bei Vornahme von H 2.³⁶

Ein rationaler Besteller muss vor Übergabe des Geldes abschätzen, welche Handlung der Handwerker nach Erhalt des Geldes vornehmen wird. Nur wenn aus der Sicht des Bestellers die Defektionskosten des Handwerkers bei Vornahme von H 2 und H 3 dessen Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung übersteigen, wird er sich zur Vornahme der Vorleistung (Überlassung des Geldes) bereit erklären. Der Aufgabe einer zutreffenden Kalkulation der Entscheidungsdeterminanten des Handwerkers nach Erhalt der Vorleistung werden die typischen Besteller in einer Schwarzarbeitsabrede, z.B. private Grundstücks- oder Wohnungseigentümer oder kleine Unternehmen, in der Realität aber oftmals nicht gewachsen sein.

2. Verhaltensrisiken bei Vorleistung des Handwerkers

Im Falle einer Vorleistung seinerseits setzt der Handwerker sich der Gefahr aus, dass der Besteller anschließend die Bezahlung verweigert. Dieser kann nach Erhalt der Leistung zwischen zwei Verhaltensweisen wählen: er kann das vereinbarte Entgelt umstandslos bezahlen (Handlungsvariante B 1) oder die Bezahlung verweigern

35 Die Höhe der Ersparnis hängt davon ab, welches Leistungs- und Sorgfaltsniveau der Handwerker im konkreten Einzelfall verfolgt.

36 Ein rationaler Handwerker würde die bei Entdeckung der Schlechtleistung eintretenden Defektionskosten mit der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung multiplizieren – so wären beispielsweise in dem Fall, dass bei Entdeckung der Schlechtleistung Defektionskosten in Höhe von 100 Geldeinheiten anfallen und die Wahrscheinlichkeit einer Entdeckung 40 % beträgt, die Kosten aus seiner Sicht mit 40 Geldeinheiten zu veranschlagen.

(Handlungsvariante B 2).³⁷ Bei Vornahme von B 1 fallen nur Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung an, während bei B 2 nur die Kosten einer Defektion von ihm zu tragen sind.

Wiederum gilt, dass ein rationaler Handwerker eine Vorleistung nur dann erbringen wird, wenn er davon ausgehen kann, dass für sein Gegenüber die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung geringer sind als die Defektionskosten. Da dies ebenfalls von zahlreichen Einzelfaktoren abhängig ist,³⁸ wird der agierende Handwerker oftmals nicht in der Lage sein, die Entscheidungsdeterminanten des Bestellers nach Erhalt der Handwerksleistung zutreffend zu antizipieren.

H und B befinden sich nach der neuen Rechtsprechung in einer unkomfortablen Lage: Bei einer Vorleistung kann die Gegenleistung weder im Wege vertraglicher noch bereicherungsrechtlicher Ansprüche eingeklagt werden. Wenn H vor Erhalt der Vergütung streicht, besteht für ihn die Gefahr, dass B anschließend nicht (vollständig) bezahlt; wenn dagegen B in Vorkasse geht, besteht für ihn das Risiko, dass H nicht streicht oder die Malerarbeiten nur mangelhaft vornimmt, um Erfüllungskosten einzusparen.

III. Erhöhung des Defektionsrisikos durch die Rechtsprechungsänderung

Die vorstehenden Überlegungen machen die missliche Lage der potentiellen Parteien einer Schwarzarbeitsabrede offenbar. Zwar besteht ein beiderseitiges Interesse an der Durchführung der für sie profitablen Schwarzarbeitsabrede: Die Parteien erzielen durch die Umgehung von Steuerlast und Sozialversicherungsbeiträgen einen Gewinn auf Kosten des Staates und der Sozialkassen, den sie unter sich aufteilen können. Allerdings birgt dieses Vorgehen erhebliche Risiken und Gefahren. So begibt sich die vorleistende Partei mangels rechtlicher Absicherung der Transaktion in die Unsicherheit, ob ihr Gegenüber seinen Teil der Vereinbarung einhalten und ordnungsgemäß nachleisten wird. Deshalb wird oftmals keine der beiden Parteien zur Vorleistung bereit sein, sodass die Schwarzarbeitsabrede scheitert und der erhoffte Transaktionsgewinn für beide ausbleibt.³⁹

Dem gerade geschilderten allgemeinen Dilemma kooperationswilliger Parteien im Falle einer zeitlichen Asymmetrie des Leistungsaustausches begegnet das Rechtssystem grundsätzlich dadurch, dass es durch staatlichen Rechtsschutz die Defektions-

37 Bei der typischerweise in Geld bestimmten Gegenleistung ist eine Schlechtleistung ausgeschlossen (siehe *D. Medicus*, Die konkretisierte Gattungsschuld, JuS 1966, S. 297 (305)). Allenfalls besteht die Gefahr, dass der Besteller den Handwerker nach Erhalt der Vorleistung mittels Erpressung (*hold-up*) nötigt, eine geringere als die vereinbarte Vergütung zu akzeptieren. Ein solches Verhalten wird hier dem Fall der Nichtleistung (B 2) zugeordnet.

38 Zu deren beispielhafter Aufgliederung siehe oben unter D. II. 1.

39 Diese Folge ist nur für die konkreten Akteure bedauerlich, aus staatlicher Sicht jedoch zu begrüßen, sofern die Parteien aufgrund der Gefahren einer Schwarzarbeitsabrede die Kooperation unter ordnungsgemäßer Abführung von Steuern und Sozialabgaben durchführen.

kosten für Besteller bzw. Handwerker hochhält. Die defektierende Partei riskiert, die Kosten der Rechtsverfolgung gem. § 91 ZPO und materielle Kostenerstattungsansprüche tragen zu müssen.⁴⁰ Zudem führt die Inanspruchnahme staatlichen Rechtsschutzes auch dazu, dass die defektierende Partei gegebenenfalls mittels staatlicher Zwangsvollstreckung zur Vornahme der geschuldeten Leistung gezwungen wird bzw. zur Zahlung des Gegenwerts der Leistung (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB) verurteilt wird.⁴¹ Die mit der Rechtsprechungsumkehr angeordnete Verweigerung staatlichen Rechtsschutzes hat dementsprechend zur Folge, dass die Defektionskosten für die nachleistende Partei sinken und sich so die Transaktionsunsicherheit der vorleistenden Partei verschärft.⁴² *Ceteris paribus* ist davon auszugehen, dass die Rechtsschutzverweigerung zu einem Rückgang von Schwarzarbeitsabreden gegenüber der Situation vor dem Rechtsprechungswandel führt. Dementsprechend kann ihr im Grundsatz eine abschreckende Wirkung zugemessen werden.

E. Effektivität der Rechtsprechungsänderung zur Bekämpfung der Schwarzarbeit

Allerdings ist damit noch keine Aussage über die Effektivität des Rechtsprechungswandels im Kampf gegen die Schwarzarbeit getroffen. Das Kriterium der Effektivität ist allgemein ein Maß dafür, inwieweit ein Ziel durch eine Maßnahme erreicht wird.⁴³ Das Ausmaß, in dem es durch die Rechtsprechungsänderung zu einer Senkung von Schwarzarbeitsabreden kommt, hängt zum einen davon ab, inwieweit den Parteien mit den Wirkungen des staatlichen Rechtsschutzes vergleichbare, privatautonom wählbare Alternativen zur Absicherung ihres Kooperationsversprechens offenstehen (1). Wenn dies der Fall ist und die alternativen Absicherungsmethoden zudem keine allzu erhöhten Transaktionskosten mit sich bringen, können die Parteien die Wirkung der mit der Rechtsprechungsumkehr erhöhten Defektionsgefahr durch vermehrte Nutzung dieser Substitute ausgleichen und damit den Effekt der Rechtsschutzverweigerung leerlaufen lassen. Zum anderen hängt die Effektivität der neuen Rechtsprechung zur Bekämpfung der Schwarzarbeit davon ab, inwieweit sich die Parteien einer Schwarzarbeitsabrede überhaupt vor dem Rechtsprechungswandel auf das staatliche Rechtsschutzsystem verlassen haben. Nur wenn dies überhaupt und in nicht unerheblichem Maße der Fall war, kann der Wegfall dieser Absicherungsmethode Wirksamkeit bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit für sich in Anspruch nehmen (2).

40 Hierzu weiterführend: A. Schulz, in: W. Krüger/T. Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. I, 4. Aufl., München 2013, vor §§ 91 ff. Rn. 16-18.

41 Dazu bereits oben unter D. I.

42 Siehe allerdings zu den Schwächen des staatlichen Rechtsschutzes unten unter E. II.

43 G. Janson, *Ökonomische Theorie im Recht – Anwendbarkeit und Erkenntniswert im Allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts*, Berlin 2004, S. 89; H. Arnim, *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, Berlin 1988, S. 51; weitergehend scheinbar das Begriffsverständnis bei P. Jost, *Effektivität von Recht aus ökonomischer Sicht*, Berlin 1998, S. 59, der Recht nur dann als effektiv bezeichnet, wenn damit die Zielvorstellung des Gesetzgebers „wirksam“ (verstanden im Sinne von umfassend) umgesetzt wird.

I. Alternative Absicherungsmethoden bei rechtlicher Missbilligung der Schwarzarbeitsabrede

Im Zeitpunkt der Vereinbarung der Schwarzarbeitsabrede haben beide Parteien ein Interesse daran, die jeweilig vorleistende Partei hinreichend gegenüber der künftigen Defektionsgefahr der nachleistenden Partei abzusichern. Anderenfalls wird sich Erstere nicht zur Vorleistung bereit erklären und die geplante beidseitig vorteilhafte Kooperation scheitern. Um dies zu vermeiden, können die Parteien im Wege einer privatautonomen Absicherung versuchen, das Niveau der Unsicherheit, dem die vorleistende Partei ausgesetzt ist, auf ein erträgliches Maß zu senken oder es ganz zu eliminieren. Hierfür stehen den Parteien im Zeitpunkt der Vereinbarung der Schwarzarbeitsabrede drei Mittel zur Verfügung: Sie können den Kreis potentieller Kooperationspartner bei einer Schwarzarbeitsabrede auf besonders vertrauenswürdige Personen beschränken (a), die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung senken (b) oder die Defektionskosten erhöhen (c).

Beschränkung der Kooperationspartner auf Personen mit hohen Defektionskosten

Eine mögliche Reaktion auf den Wegfall staatlichen Rechtsschutzes ist, dass die vorleistungswillige Partei den Kreis ihrer potentiellen Transaktionspartner für Schwarzarbeitsabreden auf vertrauenswürdige Personen beschränkt, also solche, von denen bei rationaler Betrachtung keine Defektion zu erwarten ist. Dies können entweder Kooperationspartner mit einem hohen Reputationskapital sein (aa) oder solche, die eine emotionale Verbundenheit mit der vorleistenden Partei verbindet (bb).

a) Personen mit hohem Reputationskapital

Eine geringe Defektionsrate ist grundsätzlich von solchen Personen zu erwarten, die ein hohes Reputationskapital aufweisen. Es gilt: Je höher die Defektionskosten, desto wahrscheinlicher ist es, dass die nachleistende Partei sich für die Handlungsvariante H 1 bzw. B 1 entscheiden wird (1). Allerdings stellt sich hierbei bereits das allgemeine Problem, dass der schwarzarbeitswillige Besteller oder Handwerker das Reputationskapital seines Gegenübers nicht nur kennen und zutreffend einschätzen, sondern eine geeignete Person überhaupt erst einmal finden muss. Zudem greift die Gleichsetzung eines hohen Reputationskapitals mit einem niedrigen Defektionsrisiko zu kurz. Die Gleichung hängt vielmehr auch davon ab, dass die nachleistende Partei im Falle einer Defektion tatsächlich eine Minderung ihrer Reputation befürchten muss und dieser als Bestandteil ihres Vermögens subjektiv einen Wert zumisst (2).

(1) Höhe des Reputationskapitals

Grundsätzlich gilt, dass die Höhe der Defektionskosten und des Reputationskapitals positiv korrelieren, d.h. wenn die nachleistende Partei ein hohes Reputationskapital aufweist, dann sind auch ihre Defektionskosten hoch und damit ist das Risiko einer Defektion geringer. So ist es für die künftige Zusammenarbeit mit dem aktuellen

Transaktionspartner oder innerhalb einer vernetzten Branche grundsätzlich für beide Parteien wichtig, einen Ruf der Verlässlichkeit zu erwerben und zu erhalten. Gerade im Bereich der Schwarzarbeit werden in der Regel relationale Beziehungen⁴⁴ vorliegen, in denen Reputation und (persönliches) Vertrauen eine besonders große und oft bedeutendere Rolle als rechtliche Regeln spielen.⁴⁵ Das Interesse an der Erhaltung des Reputationskapitals der nachleistenden Partei wirkt ihrem Defektionsanreiz entgegen und bietet so eine Absicherung für die vorleistende Partei.⁴⁶

Je wichtiger es für den nachleistenden H ist, auch künftig Aufträge von B oder Personen aus dessen sozialem Umfeld zu erhalten, desto sensibler ist er hinsichtlich einer drohenden Reputationseinbuße im Falle einer Defektion. Gleichermäßen kann B mit Blick auf potentielle Folgeaufträge ein Interesse daran haben, in der „Community“ schwarzarbeitender Handwerker als Besteller bekannt zu sein, der sich an getroffene Vereinbarungen hält.

(2) Gefährdung und individuelle Bedeutung des Reputationskapitals

Allerdings bietet auch ein hohes Reputationskapital keine umfassende Gewähr dafür, dass eine Defektion ausbleiben wird. Der oben aufgestellte Zusammenhang zwischen hoher Reputation und niedrigem Defektionsrisiko bedarf vielmehr der Relativierung. Ob das Defektionsrisiko durch das „Aufspielsetzen“ von Reputationskapital tatsächlich effektiv gesenkt wird, hängt neben dem ursprünglichen Reputationsniveau von zwei weiteren Faktoren ab. Erstens, ob und gegebenenfalls inwieweit eine Defektion das Reputationskapital überhaupt zu zerstören vermag (Fähigkeit zur Beeinträchtigung des Reputationskapitals) und zweitens, ob die defektierende Partei diesem zukünftig überhaupt noch einen Wert beimisst (subjektiver Wert des Reputationskapitals für den Defekteur).

Die erste Frage hängt zum einen davon ab, inwieweit die vorleistende Partei das absprachewidrige Verhalten des Gegenübers erkennen kann, und zum anderen vom Grad der (sozialen) Vernetzung der vorleistenden Partei. Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit beträgt bei Defektion des Bestellers (B 2) 100 %, da die Nichtleistung typischerweise zur Kenntnis des Handwerkers kommt. Gleiches gilt für den spiegel-

44 Zum Typus des Relationalvertrags siehe den Überblick bei *M. Martinek*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2006, Vorbemerkungen zu §§ 662 ff. Rn. 68-72 und bei *R. Kimel*, From promise to contract, Hart Oxford 2003, S. 80 m.w.N.; der Begriff und das Konzept wurden überwiegend von *Ian R. MacNeil* geprägt (grundlegend *ders.*, The many futures of contracts, 47 South Californian Law Review (1974), S. 691, sowie *ders.*, Relational Contract: what we do and do not know, Wisconsin Law Review 1985, S. 483, *ders.*, Relational Contract Theory: Unanswered Questions, 94 Northwestern University Law Review 2000, S. 877).

45 Siehe zur großen Bedeutung von Vertrauen und Reputation im Geschäftsverkehr grundlegend *Macaulay*, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, 28 American Sociological Review 1963, S. 55 (58, 63 f.).

46 Siehe auch *T. Eger*, Möglichkeiten und Grenzen der sozialen Kooperation durch langfristige Verträge, in: C. Ott/H. Schäfer (Hrsg.), Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht, Tübingen 1997, S. 184 (196 f.).

verkehrten Fall betreffend der Nichtleistung des Handwerkers (H 2), die dem Besteller nicht entgehen wird. Bei Vornahme einer Schlechtleistung (H 3) kommt es auf den konkreten Einzelfall an, inwieweit diese für den Besteller erkennbar ist. Neben der Entdeckungswahrscheinlichkeit ist entscheidend, ob und gegebenenfalls inwieweit die vorleistende Partei eine Defektion ihres Gegenübers publik machen und dadurch dessen Reputationskapital schädigen kann (Verbreitungswahrscheinlichkeit).⁴⁷ Dabei gilt: je enger die Vernetzung des betroffenen Gesellschafts- und Geschäftskreises, desto größer ist die Gefahr eines Reputationsverlustes.⁴⁸

Der zweite über die Effektivität von Reputationskapital als Absicherungsmethode bestimmende Faktor ist, inwieweit der Betroffene voraussichtlich in der Zukunft noch auf dieses angewiesen sein wird. Mit anderen Worten: Die vorleistende Person muss einschätzen können, welchen Wert die nachleistende Partei ihrem Reputationskapital beimisst. So besteht keine Werthaltigkeit, wenn der Handwerker nicht mehr an Folgeaufträgen interessiert ist,⁴⁹ etwa weil er insolvent wird oder anschließend in Rente gehen, seinen Beruf wechseln oder aus dem gemeinsamen sozialen Umfeld wegziehen will⁵⁰ oder weil der Besteller nur an einer einmaligen Nutzung eines schwarzarbeitenden Handwerkers interessiert ist und sich deshalb um seinen Ruf in dieser „Community“ nicht kümmert. In diesen Fällen besteht eine sogenannte *Endspielsituation*, in der die nachleistende Partei am Erhalt von Reputationskapital in Schwarzarbeitskreisen nicht (mehr) interessiert ist.

Ob eine Situation vorliegt, in der ein hohes Reputationskapital auch eine hohe Absicherungswirkung aufweist, dürfte weder für den Besteller noch für den Handwerker im Zeitpunkt ihrer Vorleistung sicher erkennbar sein und schwächt damit den Nutzen von Reputation als Absicherungsmethode erheblich.

b) Wahl von Personen mit emotionaler Verbundenheit

Eine weitere Absicherungsmethode stellt die Wahl von Personen als Kooperationspartner dar, zu denen eine starke emotionale Verbundenheit besteht. Das Wohlbefinden solcher Personen ist so eng an das der Gegenpartei geknüpft, dass der mit einer Defektion einhergehende Nutzenverlust der vorleistenden Partei die nachleis-

47 Vgl. z.B. den grundsätzlichen Hinweis von T. Schelling, dass die Wirkung von Reputationskapital publizitätsabhängig ist (*ders.*, An Essay on Bargaining, 46 American Economic Review 1956, S. 281 (288)). Kronman, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (19) weist diesem Faktor dagegen eine nur geringe Bedeutung zu.

48 Vgl. zur Wirkungsmacht von Reputationskapital in „tightly knit communities“: J. Coleman, Contracts and Torts, 12 Law and Philosophy 1993, S. 71 (84).

49 Zum Kontinuitätsforderndnis siehe Schelling, Bargaining (Fn. 47), S. 281 (297).

50 Bei einmaligen Kontakten versagt dieser Absicherungsfaktor notwendigerweise; der Anreiz besteht nur, wenn künftige Interaktionen in Betracht kommen, vgl. D. Axelrod, Die Evolution der Kooperation, 6. Aufl., München 2005, S. 116, 164; siehe auch H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., Tübingen 2005, S. 88.

tende Partei in (fast) gleichem Umfang schädigt.⁵¹ Erforderlich ist also, dass die grundsätzlich entgegengesetzten Interessen der beiden Parteien einer Schwarzarbeitsabrede gleichgeschaltet werden.⁵² Dies ist etwa bei engen Freundschaftsbeziehungen oder familiären Beziehungen zwischen den Parteien der Fall. Eine solche, emotional aufgeladene Nähebeziehung dürfte im Verhältnis zwischen Handwerker und Besteller oder anderen austauschenden Geschäftspartnern in der Realität aber nur in Einzelfällen gegeben sein und stellt deshalb keinen allgemein nutzbaren Absicherungsmechanismus dar.⁵³

Senkung der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung

Anstelle der oder zusätzlich zur Beschränkung der Kooperationspartner auf Personen mit geringem Defektionsrisiko können die Parteien auch versuchen, die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung künstlich zu senken.⁵⁴ Wenn diese Kosten gesenkt werden, ohne dass auch die Defektionskosten proportional (oder sogar überproportional) fallen, wird die Abwägung von Kosten und Nutzen tendenziell eher zugunsten der Wahl der Handlungsvarianten H 1 bzw. B 1 ausfallen. Eine solche Senkung kann erfolgen, indem die Vorleistung in durch Abschlagszahlungen zu vergütenden Teilen erbracht wird (aa) oder indem die nachleistende Partei vor Erhalt der Vorleistung Vorbereitungsleistungen erbringt, die ihre späteren verbleibenden Erfüllungskosten senken (bb).

Portionierung der Vorleistungshandlung

Die Parteien können vereinbaren, dass der Umfang der Vorleistung auf einzelne Teilleistungen begrenzt wird und jede erbrachte Teilleistung sofort mittels einer Abschlagszahlung vergütet wird.⁵⁵ Hierdurch betragen die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung nach Vornahme einer jeden Teilleistung nur einen entsprechenden Bruchteil der Kosten der Vorleistung *in toto*. Dies führt allerdings nur dann zu einem geringeren Defektionsrisiko, wenn die Portionierung der Gesamtleistung des Vorleistenden in kleine Teilleistungen keine (über-)proportionale Senkung der Defektionskosten des Nachleistenden zur Folge hat. Dass dies nicht der Fall ist, ist insofern wahrscheinlich, als die Höhe der Defektionskosten nicht vom Umfang der Vorleistung abhängt, sondern diese ungeachtet der mit einer Defektion verbundenen Höhe des Ausfalls oftmals in fixer Höhe anfallen dürften. So liegt nahe, dass ein Reputationsverlust bei jeglichem defektionsbedingten Ausfall in (mehr oder weniger) fixer

51 Vgl. weiterführend *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (20-24), der dies unter den Begriff der „union“ fasst.

52 *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (22).

53 Zur Schwierigkeit eine solche Verbundenheit herzustellen siehe *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (23).

54 Zum Begriff der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung siehe bereits oben unter D. II. 1.

55 Siehe bereits *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (10) zum Versuch eine möglichst vollständige Simultanität des Leistungsaustausches herbeizuführen.

Höhe entsteht, weil die Defektion die fehlende Verlässlichkeit der defektierenden Partei⁵⁶ offenbart. Anders zu beurteilen ist die Situation bei anderweitigen Kosten, wie denen der Gefahr einer Nachstellung durch den Geschädigten; hier gilt, dass der Defektierende vom vorleistenden Geschädigten desto mehr Belästigungen zu erwarten hat, je höher der erlittene Ausfall ist. Allerdings dürfte der fixe Reputationsschaden regelmäßig den Hauptfaktor der Defektionskosten darstellen.⁵⁷

H soll für B die 10 Wände im Erdgeschoss für 500 € streichen. Wenn H die Leistung im Wert von 500 € vollständig in Form einer Vorleistung erbringt und die Defektionskosten (insbesondere durch einen Reputationsverlust) des B 400 € betragen, ist es für B lukrativer, nicht zu leisten und die Defektionskosten auf sich zu nehmen. Wenn H jedoch nach Streichung jeder Wand eine Abschlagszahlung in Höhe von 50 € verlangt, betragen die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung für B in jeder dieser Entscheidungssituationen nur 50 €. Diesen 50 € stehen aber weiterhin jeweils die vollen Defektionskosten (400 €) gegenüber, da eine Defektion die fehlende Verlässlichkeit des B aufdeckt und sein Reputationskapital ebenso stark eintrübt wie im Falle der Nichtzahlung der gesamten 500 € nach Erhalt der Gesamt(vor)leistung von H.

Allerdings stellt die möglichst kleinteilige Aufteilung in jeweils zu vergütende Teilleistungen kein Allheilmittel dar. So ist ein möglichst gleichzeitiger Leistungsaustausch, beispielsweise durch Abschlagszahlungen im täglichen oder sogar stündlichen Rhythmus,⁵⁸ in der Realität typischerweise nicht praktikabel oder zu (transaktions-)kostenintensiv.⁵⁹ Zudem verbleibt das Risiko einer (nicht erkennbaren) Schlechtleistung, da der Leistungsempfänger die Qualität der Leistung oftmals nicht oder nur begrenzt einschätzen kann.⁶⁰ Des Weiteren begibt sich der Besteller bei einer solchen Vorgehensweise in die Gefahr erpressbar zu werden, wenn die Vollendung der unvollständigen Leistung durch einen anderen Handwerker hohe zusätzliche (Einarbeitungs-)Kosten nach sich zöge. In einer solchen Situation könnte der Handwerker versuchen den Besteller zu nötigen, den ursprünglich vereinbarten Preis für

56 Eine ähnliche Überlegung findet sich bei B. Klein/K. Leffler, The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance, 89 Journal of Political Economy 1981, S. 615 (621): „a firm that cheats will become known as a ‘notorious’ cheater, and consumers will not purchase from the firm any product the quality of which cannot be determined prepurchase.“

57 Hinzu kommt, dass eine mittels physischer bzw. psychischer Gewalt erfolgende Eintreibung der Nachleistung durch den geschädigten Vorleistenden den Grenzen des Strafgesetzes unterworfen ist (§§ 238, 240, 241, 253 StGB) und damit den geschädigten Vorleistenden von zu nachdrücklichem Einfordern der Nachleistung abhalten kann.

58 Vgl. Klöhn, Konditionssperre (Fn. 24), S. 804 (828).

59 Siehe zu den anfallenden Kosten bei Schaffung von Simultanität: Kronman, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (11).

60 So wird für B oftmals nicht erkennbar sein, ob H die Arbeiten *lege artis* durchführt, und die Hinzuziehung eines fachkundigen Gutachters vor Bezahlung wird aus Kostengründen in der Regel ausscheiden.

die nächsten Teilleistungen zu erhöhen. Auch diese Absicherungsmethode weist somit Schwächen auf.

Vornahme von Vorbereitungshandlungen des Nachleistenden vor Erhalt der Vorleistung

Eine andere Methode zur künstlichen Senkung der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung stellt die Verpflichtung des Nachleistenden dar, *vor* Erhalt der Vorleistung Vorbereitungshandlungen vorzunehmen, die einerseits dem Zugriff des Vorleistenden entzogen sind, andererseits aber zu einer Senkung der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung beim Nachleistenden führen. Es muss sich dabei um Vorbereitungshandlungen für die Nachleistung handeln, die sich der Vorleistende nicht selbst einverleiben kann.⁶¹ Ansonsten würde das Vorleistungsrisiko lediglich auf den Nachleistenden übergewälzt; *mutatis mutandis* ergäbe sich das gleiche Vorleistungsdilemma in spiegelverkehrter Rollenverteilung.

B wünscht sich als Wandfarbe für seine Wände eine speziell gemischte Farbe, die auf dem Markt ansonsten nicht verkäuflich ist. B und H vereinbaren für die gesamte Malerarbeit die Zahlung von 300 €, die B vorleisten soll. Die Erfüllungskosten betragen für H 250 €. Wenn die Defektionskosten des H nach Erhalt der Vorleistung demgegenüber nur 200 € betragen, besteht ein Defektionsrisiko. Deshalb wird B sich nur dann zur Vorleistung bereit erklären, wenn H vor Erhalt der Vorleistung Vorbereitungshandlungen in Höhe von mindestens 51 € durchführt, da diese dazu führen, dass seine Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung nach Erhalt der Vorleistung nur noch 199 € betragen. Mit Blick auf die diesen Betrag übersteigenden Defektionskosten in Höhe von 200 € wird sich H für die ordnungsgemäße Erfüllung entscheiden. Mit der Anmischung der Farbe senkt H seine Kosten ordnungsgemäßer Nachleistung um den bereits investierten Betrag. Allerdings darf die Farbe dem B nicht bereits überlassen werden, da sonst die Gefahr bestünde, dass er sie einbehält und seine Vorleistung verweigert.

Die Nutzung dieser Absicherungsmethode dürfte in der Realität vielfach daran scheitern, dass den Parteien keine diese Kriterien erfüllende Vorbereitungshandlung zur Verfügung steht. Zudem muss sich der Handwerker zur Vornahme versunkener Kosten vor Erhalt einer Gegenleistung bereit erklären, wozu viele Handwerker nicht bereit sein dürften. Des Weiteren setzt der Mechanismus voraus, dass die Parteien den Wert der Nachleistung, der Vorleistung, der Vorbereitungsleistung und der Defektionskosten kalkulieren können, was oftmals die Kapazitäten der Parteien übersteigen wird.

Erhöhung der Defektionskosten durch Überlassung von Sicherungsgegenständen

Alternativ zur Senkung der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung kann das Abwägungsergebnis des Nachleistenden nach Erhalt der Vorleistung durch eine (künstli-

61 Ansatzweise bereits *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (19).

che) Erhöhung seiner Defektionskosten beeinflusst werden. Hierdurch wird es wahrscheinlicher, dass dieser sich absprachegemäß verhält und die Handlungsvarianten H 1 und B 1 wählt, weil der aus einer Defektion zu erwartende Gewinn durch drohende Einbußen gänzlich aufgehoben oder sogar ins Negative verkehrt werden würde. Die künstliche Erhöhung der Defektionskosten kann durch Überlassung von Sicherungsgegenständen erfolgen, die hier systematisch in die Überlassung eines Pfandes und die Überlassung einer sogenannten Geisel (*hostage*) im Sinne von *Kronman*⁶² aufgeteilt werden. Der Sicherungsgegenstand ist im Gegenzug zur Erbringung der Nachleistung an die nachleistende Partei zurückzugewähren.⁶³ Ein Pfand ist ein Vermögenswert des Pfandgebers (nachleistende Partei) an den Pfandnehmer (vorleistende Partei), der im Falle einer Defektion von der vorleistenden Partei verwertet werden kann.⁶⁴ Durch die Pfandgabe setzt die nachleistende Partei bei Vornahme einer Defektion (H 2/H 3 bzw. B 2) zusätzlich neben den regulären Defektionskosten auch noch den Wert des Pfandes aufs Spiel.

So könnte beispielsweise H seinen Werkzeugkasten an den bereits vollständig vergütenden B (sicherungs-)übereignen oder B könnte H einen wertvollen Einrichtungsgegenstand oder ein Schmuckstück als Sicherheit für dessen Vorleistung überlassen. Diese Sicherheit soll der vorleistenden Partei im Falle einer Defektion zur Verwertung zufallen.

Die Absicherung mittels einer Geisel erfolgt ebenfalls durch Übertragung eines Gegenstands vom Geiselgeber (nachleistende Partei) an den Geiselnehmer (vorleistende Partei). Vom Pfand unterscheidet sich die Geisel dadurch, dass sie zwar für den Geiselgeber einen (subjektiven) Wert hat, für den Geiselnehmer hingegen nicht verwertbar ist, sondern durch diesen allenfalls zerstört werden kann.⁶⁵ Beispiele für eine Geisel sind am Markt unverwertbare Liebesbriefe oder Erinnerungsgegenstände an nahestehende Personen.⁶⁶

Beide Absicherungsmethoden sind allerdings – wenn auch in unterschiedlichem Maße – darauf angewiesen, dass die Rechtsordnung die Übertragung des Sicherungsgegenstands und die damit verbundene Zweckabrede anerkennt, was jedenfalls seit dem Rechtsprechungsumschwung des BGH fernliegt (aa). Zudem weisen sie jeweils spezifische Schwächen auf, denen für das Pfand (bb) und für die Geisel (cc) separat nachgegangen wird.

62 Im Gegensatz zum Begriffsverständnis bei *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (12-15) werden hierunter in dieser Untersuchung nur Sachgeiseln unter Ausschluss von Personalgeiseln gefasst.

63 Falls dies nicht simultan möglich ist, entstehen neue Transaktionsunsicherheiten (weiterführend *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (13)).

64 Siehe *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (16), der von „collateral“ spricht.

65 *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (13) nennt den Fall der Überlassung eines Gegenstands als Geisel, der für den Geiselnehmer wertlos, für den Geiselgeber hingegen wertvoll ist, „the purest example of a hostage“.

66 Auch die Reputation ähnelt einer Geisel (hierzu bereits *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (18 f.)).

Allgemeine Schwächen: fehlende rechtliche Wirksamkeit der Absicherungsmethoden

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob die Parteien die Überlassung eines Pfandes mit Verwertungsrecht des Pfandnehmers bzw. die Überlassung einer Geisel mit Zerstörungsrecht des Geiselnahmers als vorleistender Partei nach Defektion des Nachleistenden überhaupt wirksam vereinbaren können.

Sowohl eine Abrede über eine Pfandbestellung als auch über eine Sicherungsüber-eignung einer Geisel wäre gem. §§ 134, 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn sie allein der Absicherung der Schwarzarbeitsabrede und damit der Umgehung des Nichtigkeitsverdikts aus §§ 1 SchwarzArbG, 134 BGB dienen soll.⁶⁷ Diese Rechtsfolge ist bei einer teleologischen Auslegung zwingend. Allerdings infiziert die Nichtigkeit der Sicherungsabrede aufgrund des bürgerlich-rechtlichen Abstraktionsprinzips grund-sätzlich nicht das dingliche Erfüllungsgeschäft (dingliche Übereignung gem. §§ 929, 930 BGB bzw. Pfandbestellung gem. § 1205 BGB). Somit erhält der Pfandnehmer/ Geiselnahmer dinglich Eigentum bzw. ein Faustpfandrecht am Sicherungsgegen-stand. Allerdings ist er aufgrund der Nichtigkeit der Sicherungsabrede einem Kon-diktionsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ausgesetzt. Diesem Anspruch kann auch nicht der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB entgegengehalten werden. Dieser setzt bereits seinem Wortlaut nach voraus, dass die Leistung selbst (Übereignung/Pfandbestellung) gegen die guten Sitten bzw. ein gesetzliches Verbot verstößt, was im Falle der Überlassung eines Sicherungsgegenstandes regelmäßig nicht der Fall ist.⁶⁸ Dem abzusichernden vorleistenden Pfandnehmer/Geiselnahmer droht somit die Gefahr, dass er den Sicherungsgegenstand gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB an den Pfandgeber/Geiselgeber herausgeben muss. Falls er diesen in Kenntnis des Herausgabeanspruchs verwertet oder vernichtet, drohen ihm Scha-densersatzansprüche aus §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB.⁶⁹ Im

67 Dazu, dass Umgehungsgeschäfte, also solche Rechtsgeschäfte, die der Herbeiführung eines verbotenen Erfolges unter Umgehung rechtlich verbotener Gestaltungen dienen, § 134 BGB unterfallen, siehe nur R. Sack/M. Seibl, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2011, § 134 Rn. 144 f.; A. Arnold, in: H. Westermann (Hrsg.), Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 134 Rn. 23. Die Absicherung einer Schwarzarbeitsabrede mittels eines Sicherungsgeschäfts anstelle eines – nach Ansicht des BGH – dem Nichtigkeitsverdict des § 134 BGB unterfallenden Vertrages dient der Umgehung des Nichtigkeitsverdikts für Schwarzarbeitsverträge, um mit der Absicherung der Schwarzarbeitsabrede einen verbotenen Erfolg herbeizuführen und stellt damit eine Umgehung dar.

68 In der Literatur und Rechtsprechung ist weitgehend anerkannt, dass der Sitten- oder Gesetzesverstoß gerade auch in der Leistung selbst liegen muss. So fallen Absicherungsgeschäfte, die nur in mittelbarem Zusammenhang mit einem gesetz- oder sittenwidrigen Geschehen stehen, nach herrschender Ansicht nicht in den Anwendungsbereich des § 817 S. 2 BGB (BGHZ 19, 205 (207); P. Buck-Heeb, in: H. Westermann (Hrsg.), Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 817 Rn. 14; M. Martinek, in: M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 817 BGB Rn. 21; mit abweichender Begründung im Ergebnis auch M. Schwab, in: M. Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2013, § 817 Rn. 64; S. Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2007, § 817 Rn. 13). Anders ist es, wenn die Übereignung des Sicherungsgegenstands selbst sitten- oder gesetzwidrig ist – etwa im Falle der Überlassung von Drogen, vgl. z.B. C. Armbrüster, in: F. Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., München 2015, § 134 Rn. 10.

69 Zu den Voraussetzungen, die an das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis des Bereicherungsschuldners gestellt werden, siehe Schwab (Fn. 68), § 819 Rn. 2; Lorenz (Fn. 68), § 819 Rn. 6.

Falle einer Verwertung oder Vernichtung in Unkenntnis des Herausgabeanspruchs ist er grundsätzlich einem Wertersatzanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB ausgesetzt.⁷⁰

Bei der Geisel dürfte die rechtliche Missbilligung der Sicherungsabrede dem Sicherungszweck weniger entgegenwirken, da der Geiselgeber die für ihn emotional wertvolle Geisel unversehrt und *in natura* zurückerhalten will und ein Schadensersatzanspruch keinen ausreichenden Ausgleich böte.⁷¹ Die Druckmittelfunktion bleibt zumindest vor Durchsetzung des rechtlichen Herausgabeanspruchs insofern bestehen.

Um B zur Vorleistung zu bewegen, überlässt H dem B den ersten Liebesbrief von seiner großen Liebe als Geisel. Selbst wenn H mangels Wirksamkeit der Sicherungsabrede ein rechtlicher Herausgabeanspruch aus Bereicherungsrecht zusteht und B dies weiß, kann B damit drohen, dass er den Brief zerstören wird. Obwohl H in diesem Fall Schadensersatz gem. §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 990, 989 BGB verlangen könnte, ist er der Drohung gegenüber nicht gleichgültig, da für ihn der unversehrte Rückerhalt des Briefes im Vordergrund steht. Wäre demgegenüber der Fernseher des B als austauschbares Serienmodell als Geisel gestellt worden, würde die rechtliche Nichtanerkennung der Sicherungsabrede die Absicherungswirkung zunichtemachen. B könnte den Fernseher als Pfand *in natura* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) bzw. im Falle einer Verwertung oder Zerstörung zumindest regelmäßig wertmäßig wiedererhalten (§§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 989, 990 bzw. 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB).

Spezifische Schwächen eines Pfandes

Selbst bei Außerachtlassung der sich aus der fehlenden rechtlichen Wirksamkeit und der möglichen Verwirklichung von Straftatbeständen ergebenden Schwächen einer Pfandüberlassung weist sie weitere, spezifische Defizite auf, die ihre Eignung als effektiver Absicherungsmechanismus stark in Frage stellen. Grundsätzlich führt die Pfandgewährung zwar in jedem Fall zu einem Sicherheitszugewinn für den vorleistenden Pfandnehmer, der die Pfandsache im Falle einer Defektion der nachleistenden Partei verwerten und damit ihren defektionsbedingten Wohlstandsverlust mindern oder sogar (über-)kompensieren kann.

Allerdings muss der (Verwertungs-)Wert der Pfandsache zwei Kriterien entsprechen, damit es erstens zu einer Absicherungswirkung für die vorleistende Partei als *Pfandnehmer* kommt und zweitens durch die Überlassung des Pfandes nicht neue Defektionsrisiken zu Lasten der nachleistenden Partei (*Pfandgeber*) geschaffen werden.

70 Ob er sich auf den Entreichereinwand des § 818 Abs. 3 BGB berufen kann, ist eine Frage des Einzelfalls.

71 Überdies dürfte ein Schadensersatzanspruch (insbesondere nach §§ 989, 990 BGB) regelmäßig an der objektiven Wertlosigkeit der Geisel, und damit dem fehlenden materiellen Schaden, scheitern. Auch ein Schmerzensgeld für den immateriellen Schaden ist nicht gegeben (§ 253 Abs. 2 BGB *e contrario*).

So erzielt die Überlassung eines Pfandes nur dann eine disziplinierende Wirkung auf die nachleistende Partei als Pfandgeber, wenn der Wert des Pfandes den Differenzbetrag zwischen deren Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung und deren Defektionskosten nicht unterschreitet. Nur dann macht die Pfandüberlassung eine Defektion für den Pfandgeber unprofitabel: Solange das Pfand für ihn wertmäßig unter dieser Grenze liegt, wird er als rationaler Nutzenmaximierer nach Erhalt der Vorleistung das Pfand aufgeben und die seinerseits zu erbringende Gegenleistung einsparen. Für den Pfandnehmer hätte das Pfand in diesem Fall nicht die absichernde Wirkung, die ordnungsgemäße Nachleistung wahrscheinlicher zu machen.

H und B einigen sich darauf, dass H durch Vornahme von Malerarbeiten vorleistet und hierfür anschließend von B 500 € erhalten soll. Wenn die Defektionskosten des B nur 150 € betragen, würde die Defektionsgefahr nicht effektiv gesenkt, wenn B dem H als Pfand seinen Fernseher im Wert von 200 € überlässt: Nach Vornahme der Streifarbeiten durch H hätte B einen Anreiz, auf die Rückgewähr des Fernsehers zu verzichten und die Bezahlung der ausstehenden 300 € des vereinbarten Werklohns zu verweigern, da er dabei immer noch Kosten in Höhe von 150 € einsparen würde.

Allerdings ist dies nicht das einzige Kriterium, welches erfüllt sein muss, damit die Pfandüberlassung einen die Transaktion stabilisierenden Effekt ausübt. So kommt es zu einer neuen Defektionsgefahr – diesmal durch die vorleistende Partei als Pfandnehmer –, wenn der Wert des Pfandes zu hoch ist. Im Falle, dass der Wert des Pfandes (abzüglich der Defektionskosten für den Pfandnehmer im Falle einer Verweigerung der Vorleistung) den Wert der Nachleistung des Pfandgebers abzüglich der Kosten der Vorleistung des Pfandnehmers übersteigt, würde ein rationaler und nutzenmaximierender Pfandnehmer die Vorleistung verweigern und das Pfand einbehalten.⁷² Der Wert des Pfandes bestimmt sich dabei nach dem Verwertungsnutzen, den es für den Pfandnehmer hat (Verwertungserlös).⁷³

Wenn der Verwertungserlös des Pfandes diesen Wert übersteigt, bringt die Übergabe des Pfandes an die vorleistende Partei (Pfandnehmer) die Gefahr mit sich, dass diese das Pfand vereinnahmt und die Vornahme der Vorleistung verweigert. Dadurch gewinnt sie den Verwertungserlös und spart die Kosten ihrer eigenen geschuldeten Vorleistung ein. Demgegenüber stehen der Verlust des Vermögenszuwachses durch die – bei Verweigerung der Vorleistung – ausbleibende Nachleistung des Pfandgebers und die mit der Verweigerung der Vorleistung einhergehenden Defektionskosten. Ein

72 Die Formel lautet somit: Verwertungserlös des Pfandes – Defektionskosten des Pfandnehmers \leq Wert der Nachleistung – Kosten der Vorleistung. Aufgelöst nach der Variable des Verwertungserlöses des Pfandes lautet sie: Verwertungserlös des Pfandes \leq Wert der Nachleistung des Pfandgebers – Kosten der Vorleistung des Pfandgebers + Defektionskosten des Pfandnehmers.

73 Dieser kann das Pfand entweder veräußern und sich den dabei erzielten Erlös abzüglich seiner Verwertungskosten einverleiben oder das Pfand selbst nutzen (siehe aber § 1229 BGB).

zu hoher Wert kann dazu führen, dass es sich aus Sicht der vorleistenden Partei als Pfandnehmer lohnt, selbst nach Erhalt des Pfandes zu defektieren. Eine Überlassung eines zu werthaltigen Pfandes brächte somit lediglich eine Verlagerung der Defektionsgefahr von dem Pfandnehmer (vorleistende Partei) auf den Pfandgeber mit sich (nachleistende Partei).⁷⁴ Eine absichernde Wirkung für den Pfandgeber wäre nicht mehr gegeben.

Wenn H sich nur unter der Voraussetzung, dass B ihm zur Sicherheit seinen Fernseher im Wert von 400 € überlässt, auf eine Vorleistung seiner Malerarbeiten vor Erhalt der 500 € einlässt, würde H – bei unterstellten Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung der Malerarbeiten von 300 € und Defektionskosten von 50 € bei Einverleibung des Fernsehers ohne zu streichen – die Malerarbeiten verweigern und den Fernseher behalten. Die ordnungsgemäße Durchführung der Transaktion hätte für ihn nur einen Nutzen in Höhe von 200 €, nämlich der vorgeleisteten Bezahlung der 500 € durch B abzüglich der eigenen Erfüllungskosten von 300 €. Da der Betrag von 200 € geringer ist als sein Erlös im Falle einer Defektion in Höhe von 350 € (Wert des Fernsehers von 400 € abzüglich der Defektionskosten von 50 €), wird er die Vornahme der Vorleistung verweigern und den Fernseher einbehalten.

Eine beide Kriterien berücksichtigende, wertmäßig derart passgenaue Pfandbestellung dürfte in der Realität für die Parteien einer Schwarzarbeitsabrede kaum jemals möglich sein. Selbst wenn die Parteien diese Aufgabe bewerkstelligen, dürfte es zudem oftmals an einem passenden Pfandgegenstand fehlen.

Spezifische Schwächen einer Geisel

Die Überlassung einer Geisel weist ebenfalls erhebliche spezifische Schwächen als Absicherungsmechanismus auf. Zunächst unterliegt die vorleistende Partei der Gefahr, einen für den Geiselgeber subjektiv wertlosen Gegenstand zu erhalten, wenn das Gegenüber die Verlustangst nur vorspielt und einen ihr gleichgültigen Gegenstand stellt (Schauspielgefahr).⁷⁵ Hinzu kommt, dass mangels Verwertbarkeit die abzusichernde Partei lediglich Zerstörung oder Einbehaltung der Geisel androhen kann (Druckmittelfunktion).⁷⁶

An der tatsächlichen Durchführung dieser Verhaltensweisen hat sie allerdings kein Interesse, da sie hieraus keinen Wertzuwachs ziehen kann, sondern sich vielmehr lediglich ihres Druckmittels begeben würde.⁷⁷ Die Zerstörung der Geisel selbst hätte für den Geiselnehmer keinen eigenen Nutzen, sondern kann allenfalls der zukünfti-

74 Siehe hierzu auch *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (16 f.).

75 Siehe hierzu *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (14).

76 Diese Zerstörungsgefahr ist der Sinn einer Geiselüberlassung, aber zugleich ihre Schwäche (siehe *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (12, 14)).

77 *Kronman*, State of Nature (Fn. 25), S. 5 (14 f.) weist darauf hin, dass der Geiselgeber diese Lage ausnutzen kann, um seine Gegenleistung (hier: die Nachleistung) zu drücken.

gen Disziplinierung des Geiselgebers oder des Aufbaus einer Reputation als „harter Bursche“⁷⁸ gegenüber dem Geiselgeber oder der Allgemeinheit dienen. Falls eine Zerstörung oder Beschädigung der Reputation der nachleistenden Partei keine Vorteile für die vorleistende Partei bietet, besteht aus ihrer Sicht kein Anreiz die Defektion publik zu machen, da diese Handlung selbst Kosten (Zeitkosten, Verbreitungskosten) mit sich bringt.⁷⁹ Auch insofern ist es für den Geiselnnehmer schwierig, dem Geiselgeber glaubhaft die Bereitschaft zur Zerstörung der Geisel vorzuspielen, um den gewünschten Absicherungseffekt zu erzielen.⁸⁰ Soweit ihm dies nicht gelingt, ist die Geisel zur Senkung der Defektionsgefahr nutzlos.

II. Bedeutung des staatlichen Rechtsschutzsystems zur Absicherung von Schwarzarbeitsabreden vor dem Rechtsprechungswandel

Die dargelegten Schwächen im Schutzpotential der untersuchten alternativen Absicherungsmethoden beweisen allerdings noch nicht die Effektivität der neuen Rechtsprechung als Waffe im Kampf gegen Schwarzarbeit. Diese hängt vielmehr auch davon ab, ob und gegebenenfalls inwieweit sich die Parteien einer Schwarzarbeitsabrede vor der Rechtsprechungsumkehr überhaupt auf staatlich gewährten, zivilrechtlichen Rechtsschutz verlassen haben. Dies erscheint aus verschiedenen Gründen höchst zweifelhaft.

Die Wirksamkeit des staatlichen Rechtsschutzes in Schwarzarbeitsfällen hängt davon ab, inwieweit gesichert ist, dass die vorleistende Partei einen Vollstreckungstitel gegen die nachleistende Partei erlangt und diesen auch vollstrecken kann. Im Erkenntnisverfahren kann die Erlangung eines Titels an zahlreichen Faktoren scheitern, so etwa bei Beweisnot der vorleistenden Partei oder an der Gefahr, dass die Instanzgerichte entweder nicht dem BGH folgten oder aufgrund der Umstände des Einzelfalls die wenig greifbare Generalklausel des § 242 BGB nicht für einschlägig hielten und dementsprechend die Klage des vorleistenden Bestellers/Handwerkers im Hinblick auf die Nichtigkeit des Werkvertrages abwiesen.⁸¹ Selbst nach Erlangung eines Voll-

78 Dazu *Axelrod* (Fn. 50), S. 137.

79 Wenn die vorleistende Partei dennoch die Geisel zerstört, handelt sie aus Rache oder altruistisch für andere zukünftige Transaktionspartner der nachleistenden Partei. Dies widerspricht der klassischen ökonomischen Verhaltensannahme, die allein auf eigennützige Ziele abstellt; allerdings zeigt die Verhaltensökonomie, dass solch scheinbar irrationales Verhalten weit verbreitet ist, siehe dazu etwa die Darstellung des „Ultimatumspiels“ oder des „Diktatorspiels“ bei *M. Englerth*, *Behavioral Law and Economics*, in: C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spieker (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, Tübingen 2007, S. 60 (70-75). Diese Spiele zeigen auf, dass Menschen bereit sind, materielle Vorteile aufzugeben, um als unfair eingestufte Verhaltensweisen zu bestrafen, obwohl sie dadurch keinen materiellen Vorteil erzielen.

80 Siehe zu dieser Herausforderung beispielsweise *Schelling*, *Bargaining* (Fn. 47), S. 281 (293, 296 f.).

81 Weiterhin ist zu bezweifeln, dass der seitens des BGH über § 242 BGB gewährte Schutz der vorleistenden Partei einer Schwarzarbeitsabrede in Schwarzarbeitskreisen überhaupt große Bekanntheit genoss; dennoch kann dem zivilrechtlichen Rechtsschutz eine Bedeutung als letzter Sicherheitsanker beigemessen werden, auf dessen Verfügbarkeit sich die Parteien – insbesondere für gravierende Fälle – verlassen haben.

streckungstitels gab es keine Garantie für die tatsächliche Durchsetzung der ausstehenden Gegenleistungspflicht; entgegenstehen konnten rechtliche und tatsächliche Vollstreckungshindernisse wie beispielsweise die Pfändungsschutzvorschriften der §§ 811, 811c, 850 ff. ZPO oder ein Untertauchen des Vollstreckungsschuldners.

Ein noch gewichtigerer Einwand dagegen, dass das staatliche Rechtsschutzsystem jemals einen entscheidenden Absicherungsfaktor für die Parteien einer Schwarzarbeitsabrede darstellte, sind die ihnen bei Offenlegung der Schwarzarbeitsabrede drohenden Folgen. So mussten beide Parteien bei Inanspruchnahme des staatlichen Rechtsschutzsystems die nachteiligen Konsequenzen der einschlägigen strafrechtlichen Sanktionen wegen Steuerhinterziehung (§§ 370, 369 Abs. 2 AO, 25 Abs. 1 und 2, 26, 27 StGB) fürchten.⁸² Diese treffen nicht nur den steuerabführungspflichtigen Handwerker, sondern auch den Besteller, wenn dieser als Mittäter, Gehilfe oder Anstifter qualifiziert werden kann. Für die an einer Schwarzarbeitsabrede beteiligten Handwerker bestand zudem die empfindliche Gefahr, aus der Handwerksrolle entfernt zu werden und sich damit der Möglichkeit zu begeben, einer (legalen) Handwerktätigkeit nachzugehen (§ 1 Abs. 2 Nr. 5 SchwarzArbG).⁸³ Hinzu kommt gegebenenfalls ein Reputationsverlust bei Offenlegung eines bewussten Gesetzesverstößes in der Öffentlichkeit, beim Arbeitgeber oder im sozialen Umfeld der Parteien.

F. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend kann der Schluss gezogen werden, dass die alternativen Absicherungsmethoden allesamt erhebliche Schwächen aufweisen und schwarzarbeitswilligen Parteien nicht in allen Fällen zur Verfügung stehen. So dürfte die Wahl einer Person mit hohen Defektionskosten als Transaktionspartner einer Schwarzarbeitsabrede oftmals an deren fehlender Erkennbarkeit oder Verfügbarkeit scheitern. Selbst bei Auffinden einer Person mit hohem Reputationskapital droht die Gefahr, dass sich diese in einer Endspielsituation befindet und deshalb nur scheinbar hohe Defektionskosten zu fürchten hat. Der Senkung der Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung sind ebenfalls Grenzen gesetzt. Im Falle einer Portionierung der Vorleistung sind oftmals hohe Transaktionskosten zu erwarten, die den Schwarzarbeitsgewinn schmälern. Zudem besteht für den Besteller die Gefahr, eine mangelhafte Leistung abzunehmen und zu bezahlen. Eine Absicherung durch die Vornahme projektspezifischer Vorbereitungsmaßnahmen durch die nachleistende Partei, die einerseits der

82 Siehe dazu nur *Lorenz*, Schwarzarbeit (Fn. 16), S. 571 (572).

83 Nach der Rechtsprechung des BVerwG hat die Untersagung eines Gewerbes gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GewO die Löschung in der Handwerksrolle zur Folge (BVerwG NVwZ-RR 1992, S. 547). Die Verletzung steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften, die Existenz von Steuerschulden und die Vornahme von Straftaten stellen Tatsachen dar, die zur Einstufung eines Handwerkers als unzuverlässig gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GewO führen können (C. *Brüning*, in: J. Pielow (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar zur Gewerbeordnung, Stand: 1.10.2014, München, § 35 Rn. 19-24; P. *Marcks*, in: R. Landmann/G. Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, 69. Ergänzungslieferung, München 2015, § 35 GewO Rn. 37 ff., 43).

vorleistenden Partei nicht zugutekommen, andererseits aber die Kosten ordnungsgemäßer Erfüllung der nachleistenden Partei senken, dürfte wiederum häufig daran scheitern, dass der Handwerker vor der Vornahme versunkener Kosten zurückschreckt. Zudem dürfte sich nicht in jedem Schwarzarbeitsfall eine geeignete Vorbereitungsbehandlung finden lassen. Die Überlassung von Sicherungsgegenständen weist das Risiko auf, dass deren Wert zu hoch oder zu niedrig ist und dadurch neue Verhaltensrisiken seitens des Sicherungsnehmers entstehen. Zudem ist diese Absicherungsmethode auf rechtliche Anerkennung angewiesen, welche bei konsequentem Weiterdenken des Rechtsprechungswandels jedoch ausscheidet. Überdies bringt die Vereinbarung (geeigneter) alternativer Absicherungsmethoden einen nicht unerheblichen Aufwand (Transaktionskosten) mit sich.

Somit stehen den Parteien nach dem Rechtsprechungswandel zwar nur eingeschränkt wirksame alternative Absicherungsmethoden zur Verfügung, allerdings ging den Parteien durch den Wegfall des staatlichen Rechtsschutzes auch nur ein ohnehin nicht besonders wirkmächtiger Absicherungsmechanismus verloren.⁸⁴ In der Gesamtschau stellt das „Zurückwerfen der Parteien in einen partiellen Naturzustand“ lediglich einen kleinen Nachteil für die Beteiligten dar, sodass die neue Rechtsprechung der (zivilrechtlichen) Bekämpfung von Schwarzarbeit zwar grundsätzlich dienlich ist.⁸⁵ Dennoch sollten an ihre Wirkkraft keine zu hohen Erwartungen gestellt werden.⁸⁶ Es handelt sich somit zwar um einen passenden, aber nur kleinen Baustein im Gesamtgefüge des staatlichen Kampfs gegen Schwarzarbeit.

84 Siehe auch *Heyers*, Verhaltenssteuerung (Fn. 19), S. 936 (942), der darauf hinweist, dass ein Vertrag für die Beteiligten einer Schwarzarbeitsabrede „eine eher untergeordnete Rolle“ spielt.

85 Optimistisch etwa *S. Lorenz*, „Brauchen Sie eine Rechnung?“, Ein Irrweg und sein gutes Ende, NJW 2013, S. 3132 (3135).

86 Aus gesamtgesellschaftlicher Sicht ist die Rechtsprechungsänderung nicht ohne weiteres positiv zu bewerten. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die mit der Verringerung der Schwarzarbeit einhergehende Erhöhung der allgemeinen Wohlfahrt die Höhe der zugleich mit der *vermehrten* Nutzung der alternativen Absicherungsmethoden einhergehenden – sozial wertlosen – Transaktionskosten übersteigt. Wenn hingegen die Erhöhung der Transaktionskosten durch alternative Absicherungsmethoden diese gesamtgesellschaftliche Nutzenerhöhung übersteigt, dann führt die Rechtsprechungsänderung sogar zu einem Wohlfahrtsverlust.