

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN  
JURISTISCHE FAKULTÄT

Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Strafrecht und Strafprozeßrecht  
sowie Geschichte des Strafrechts

**Prof. Dr. iur. Felix Herzog**

Postanschrift: Prof. Dr. Felix Herzog, Juristische Fakultät  
der Humboldt-Universität zu Berlin, 100 99 Berlin



**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung  
des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages  
am 24. März 2004**

zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung  
BT-Drucksache 15/2573

|               |  |
|---------------|--|
| Postanschrift | Lehrstuhl Prof. Herzog, Institut für Kriminalwissenschaften, Juristische Fakultät der Humboldt-Universität, 10099 Berlin     |
| Hausanschrift | Unter den Linden 9 – 11, Kommode Raum 232  |
| Telefon       | (030) 2093 - 3411  |
| Telefax       | (030) 2093 - 3387  |
| e-mail        | Felix=Herzog@rewi.hu-berlin.de   |
| Internet      | <a href="http://www.rewi.hu-berlin.de/Lehrstuehle/Herzog/index.html">www.rewi.hu-berlin.de/Lehrstuehle/Herzog/index.html</a> |

## **I. Problemlage laut Gesetzesentwurf**

Die Entwurfsbegründung konstatiert ein alarmierendes Niveau von Schwarzarbeit in Deutschland. Schwarzarbeit sei kein Kavaliersdelikt, sondern schwerwiegende Wirtschaftskriminalität, die dem Gemeinwesen hohen Schaden zufüge.

Erforderlich sei eine verschärfte Bekämpfung der Schwarzarbeit. In einer Doppelstrategie müsse einerseits ein neues Unrechtsbewusstsein gegenüber der Schwarzarbeit durch entsprechende strafrechtliche Regelungen und eine Erhöhung des Verfolgungsdrucks geschaffen werden, andererseits müsse rechtmäßiges Verhalten von Bürgerinnen und Bürgern durch Hilfestellungen gefördert werden.

Von den Maßnahmen verspricht sich der Entwurf, dass die gesellschaftliche Akzeptanz der Schwarzarbeit deutlich sinken wird. Zudem sollen ab 2004 Mehreinnahmen von 1 Mrd. Euro jährlich für den Bund erzielt werden.

## **II. Kritische Analyse der vorgeschlagenen Problemlösungsstrategie**

Die kritische Analyse konzentriert sich auf die umstrittene und problematische Regelung von geringfügigen Beschäftigungen in Privathaushalten.

### **1. Ursachen für das alarmierende Niveau von Schwarzarbeit in Deutschland**

Die Entwurfsbegründung greift zu kurz, wenn sie das alarmierende Niveau von Schwarzarbeit in Deutschland auf der Mentalitätsebene damit zu erklären versucht, dass ein falsches Bewusstsein von Schwarzarbeit als Kavaliersdelikt festzustellen sei. Entsprechend kurz greift folglich auch die Lösungsstrategie, mit „Zuckerbrot und Peitsche“ ein „neues Unrechtsbewusstsein“ zu schaffen.

Bevor auf die strafrechtlichen Erkenntnisse zu den Bedingungen von Gesetzesgehorsam und Unrechtsbewusstsein eingegangen wird, bedarf es einiger Anmerkungen zu den materiellen Ursachen der weitverbreiteten Leistung und Inanspruchnahme von Schwarzarbeit ohne Unrechtsbewusstsein.

Seriöse Schätzungen der Größe der Schattenwirtschaft gehen für 2003 von einem Anteil von 17% am Bruttoinlandsprodukt (= ca. 360 Mrd. Euro) aus, hiervon entfallen ca. 2/3 auf

Schwarzarbeit. Nach Repräsentativumfragen aus den Jahren 2000/2001 haben 23 % der Befragten schon einmal Schwarzarbeit geleistet, 43 % Schwarzarbeit in Anspruch genommen und 51 % Bereitschaft zur Nutzung von Schwarzarbeit gezeigt [Enste, Ausgewählt Umfrageergebnisse zur Schattenwirtschaft, [www.schattenwirtschaft.de](http://www.schattenwirtschaft.de)].

Preisvergleiche zwischen Schwarzarbeiterpreis und regulären Preis ergeben etwa für eine Malerstunde in Berlin einen Arbeitspreis von 10 – 17 Euro gegenüber 42 Euro und für die Kosten eines Umzuges einen Unterschied von 300-380 Euro gegenüber 1800 Euro [Enste, a.a.O.]. Ähnliche Diskrepanzen würde man für Haushaltshilfen, Installationsarbeiten, Klavier- und Nachhilfestunden oder Kfz-Reparaturen ermitteln können.

Ich möchte mich auf den Sektor der Inanspruchnahme derartiger Leistungen durch Privathaushalte konzentrieren, der ja auch die öffentliche Diskussion dieses Gesetzesentwurfes im Vorfeld bestimmt hat.

Über die Hälfte der Bevölkerung ist zur Inanspruchnahme derartiger Leistungen bereit, weil die negativen ökonomischen und gesellschaftlichen Folgeerscheinungen der Ausbreitung von Schwarzarbeit nicht gesehen werden, wohl aber gesehen wird, wie die eigenen Belastungen mit Abgaben, Steuern und Beiträgen ansteigen und zur Reduzierung der Haushaltskosten zwingen. Ein Durchschnittsverdienerhaushalt rechnet sich aus, dass man sich die mietvertragsgemäße Renovierung der Wohnung, den Umzug, die Erneuerung der Auspuffanlage am Kfz, die Kinderbetreuung und Haushaltsreinigung zu „offiziellen“ Bedingungen nicht leisten kann. Wer nicht das Glück hat, über einen hilfsbereiten Freundeskreis (man beobachte nur Umzugswochenenden in Großstädten) oder eine funktionierende Verwandtschaft (die eine zentrale Rolle bei der Kinderbetreuung spielt) zu verfügen, greift ohne Unrechtsbewusstsein auf die Angebote der Schattenwirtschaft zurück. Hier gilt die alte Weisheit „Das Sein bestimmt das Bewusstsein“. Da es sich bei der Schwarzarbeit im Gegensatz zu den klassischen Vermögensdelikten des Strafrechts wie Betrug, Diebstahl, Unterschlagung und Untreue (in der Fachterminologie) um ein sogenanntes opferloses Delikt, also ein Delikt ohne erkennbaren individuellen Geschädigten handelt, wirkt sich eine mögliche Ahnung von den gesamtwirtschaftlichen Schäden nicht als Motivation zur Normenbefolgung aus. Vor Ort wird Schwarzarbeit als Win-Win-Situation erlebt: der „schwarze Verdienst“ und die „schwarze Leistung“ sind „Schnäppchen“, mit denen man sich gemeinsam den als erdrückend erlebten staatlichen Reglementierungen und Steuerbelastungen entzieht.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und zu welchem Preis mit verschärften Sanktionen und einer Erhöhung des Verfolgungsdruckes von der Leistung und Inanspruch-

nahme von Schwarzarbeit abgeschreckt und ein neues Unrechtsbewusstsein implementiert werden kann.

## 2. Implementierung von Unrechtsbewusstsein durch staatliche Sanktionen?

Der moderne demokratische Rechtsstaat verfolgt im Gegensatz zum absolutistischen Wohlfahrtsstaat mit dem Strafrecht keine volkspädagogischen Projekte, sondern will für seine Bürgerinnen und Bürger Rechtsgüterschutz leisten. In seinen Kernbestand beruht das Strafrecht auf gewachsenen moralischen Werten und sozialetischen Gesinnungen. Diese sind durchaus einem gesellschaftlich-historischen Wandel unterworfen, wie Entkriminalisierungen (Beispiel: Homosexualität) und Neukriminalisierungen (Beispiel: Umweltstrafrecht) zeigen. Es ist jedoch problematisch, wenn sich der Gesetzgeber mit einem Strafgesetz den sozialetischen Wertungen eines großen Bevölkerungsanteils entgegenstellt und ein „neues Unrechtsbewusstsein“ erzwingen will – denn Strafrecht ist die schärfste Waffe des Staates zur sozialen Kontrolle seiner Bürgerinnen und Bürger und darf auch von Verfassungen wegen nur als *ultima ratio* eingesetzt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat zu der Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für Kriminalisierungen ausgeführt, das bei der verfassungsrechtlichen Prüfung eines strafbewehrten Verbotes zwischen der Schwere des Eingriffs in die Handlungsfreiheit und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe eine Gesamtabwägung zu erfolgen hat, bei der insbesondere das Übermaßverbot Beachtung finden muss (BVerfGE 90, 145, 146, 173). Ein strafrechtliches Verbot kommt danach nur dann in Betracht, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus „in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenlagern der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“ (BVerfGE 88, 203, 258).

Selbst wenn man zu der Einschätzung gelangen sollte, dass Schwarzarbeit auch in Privathaushalten in besonderer Weise sozialschädlich ist, gebietet die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Einsatzes von Strafrecht als staatlichem Zwangsmittel ganz grundsätzlich zunächst einmal Feststellungen zur Geeignetheit und Erforderlichkeit dieser Maßnahme. Es gilt als gesicherte Erkenntnis der Sanktionswirkungsforschung, dass ein direkter Zusammenhang zwischen Sanktionsschärfe und Normbefolgung nicht besteht. Normbefolgung ist dagegen im gewissen Umfang abhängig von der Verfolgungsdichte und –intensität (Entdeckungsrisiko). Wenn der Gesetzesentwurf eine Erhöhung des Verfolgungsdrucks bezweckt, könnte man also im Ansatz von einer geeigneten Maßnahme ausgehen. Indes muss eine solche Maßnahme auch erforderlich sein. Auf der Prüfungsstufe der Erforderlichkeit ist dem Gesetzgeber bei der Verfolgung

seiner Ziele aufgegeben, nach Alternativen zu dem weitestmöglichen Eingriff zu suchen. Das Übermaßverbot ist verletzt, wenn der Gesetzgeber ein anderes gleich wirksames Mittel hätte wählen können, welches die Grundrechte weniger einschränkt.

Die Eingriffe in Grundrechte und Privatsphäre, die mit einer Intensivierung der Verfolgung von Schwarzarbeit in Privathaushalten einhergehen würden, sind erheblich. Da sich diese Form der Schwarzarbeit nicht wie die "gewerbliche" Schwarzarbeit auf Baustellen, in der Gastronomie oder im Speditionsgewerbe durch Kontrolle und Observation im öffentlichen Raum ermitteln lässt, wird mit bedenklichen Phänomenen der Denunziation, nicht zuletzt unter zerstrittenen Nachbarn, Beziehungen und Freundschaften zu rechnen sein. Überdies werden Ressourcen der Ermittlungsorgane und des Kriminaljustizsystems durch die Verfolgung von Bagatellen gebunden, die für die Verfolgung der organisierten und kriminellen Erscheinungsformen von Schwarzarbeit wie etwa im Baugewerbe dringend benötigt werden. Wie die öffentliche Diskussion im Vorfeld dieses Gesetzentwurfes gezeigt hat, werden die Reaktionen einer großen Zahl von Bürgerinnen und Bürger auf einen solchen Ansatz negativ sein und die populäre Kritik an dem Kriminaljustizsystem „Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen“ weiter entfachen. Auch insofern ist der Ansatz eher kontraproduktiv, als dass er zur „Schaffung eines neuen Unrechtsbewusstseins“ beiträgt.

### 3. Paradoxe Regelungstechnik

Diese Problematik ist in dem jetzt vorliegenden Gesetzesentwurf einerseits berücksichtigt, andererseits mit der denkbar ungeeignetsten Regelungstechnik angegangen worden.

Es steht außer Zweifel, dass typische Tätigkeiten von Schwarzarbeitern in Privathaushalten nach der Definition des § 1 SchwarzArbG in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, denn „Maler“, „Putzfrauen“, „Nachhilfelehrer“ usw. bestreiten ihren Lebensunterhalt durch diese Tätigkeiten; auch wenn sie in dem *einen* Haushalt nur zuweilen und gegen geringes Entgelt tätig werden, ergibt sich ihr Verdienst aus der Summe derartiger Tätigkeiten in vielen verschiedenen Haushalten. Dies wird auch der einzelne private Auftraggeber regelmäßig überblicken. Die entsprechenden Arbeitsverhältnisse begründen damit auch strafbewehrte Meldepflichten im Sinne von § 266 a Abs. 2 StGB nach der Novellierung durch Art. 2 SchwarzArbG. Die „schwarze“ geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten wird also – wie es zunächst scheint – kriminalisiert. Der Gesetzgeber zieht hier entsprechend seinem Programm „Schaffung neuen Unrechtsbewusstseins“ zunächst einmal „die Flagge hoch“.

In Artikel 5 Zf. 7 dd) und Artikel 7 Ziff. 2 wird dann für geringfügige Beschäftigungen in Privathaushalten – versteckt in Regelungen des SGB (!) – die Flagge „wieder eingeholt“, indem bestimmt wird, dass für diese Fälle § 266 Abs. 2 StGB „keine Anwendung“ findet. Damit wird in dem selben Gesetz ein Verhalten zunächst für tatbestandsmäßig erklärt, um wenige Artikel später für das selbe Verhalten einen Tatbestandsausschluss zu deklarieren. Dies ist nicht nur gesetzgebungstechnisch eine Paradoxie, sondern auch für das eigene Anliegen des Gesetzgebers, in der Bevölkerung „neues Unrechtsbewusstsein“ zu schaffen, verheerend, weil eine solche Regelung für rechtsunkundige Bürgerinnen und Bürger schlicht nicht nachvollziehbar ist und somit keine normative Orientierung bieten kann.

### III. Schlussfolgerungen

1. Die Ursachen der zunehmenden Ausbreitung von Schwarzarbeit in privaten Haushalten werden von dem Gesetzesentwurf nur unzureichend berücksichtigt. Der repressive Ansatz („Schaffung neuen Unrechtsbewusstseins“; „Erhöhung des Verfolgungsdrucks“) greift für diesen Bereich zu kurz. Hinter der Mentalität, Schwarzarbeit als Kavaliersdelikt anzusehen, steht eine Art von Protest vieler Bürgerinnen und Bürger gegen staatliche Überreglementierung und die steigende Belastung mit Steuern, Abgaben und Beiträgen.
2. Der Gesetzgeber ist bei der Kriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden und muss insbesondere das Übermaßverbot beachten. An der Geeignetheit und Erforderlichkeit von repressiven Maßnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in privaten Haushalten bestehen erhebliche Zweifel. Im Zweifelsfall gilt für Strafgesetzgebung das Gebot der Zurückhaltung, da es sich beim Strafrecht um das schärfste Zwangsmittel des Staates handelt, das nur als *ultima ratio* eingesetzt werden darf.
3. Der Entwurf erkennt zwar diese Problematik, zieht daraus aber eine regelungstechnisch unsinnige und seinem Regelungsziel abträgliche Konsequenz. Wie „neues Unrechtsbewusstsein“ geschaffen werden soll, wenn in ein und demselben Gesetz ein und dasselbe Verhalten zunächst für tatbestandsmäßig erklärt und sodann wieder vom Tatbestand ausgeschlossen wird, ist nicht nachvollziehbar.