



**Stellungnahme  
gegenüber dem Finanzausschuss des  
Deutschen Bundestages im Rahmen der  
Anhörung am 24. März 2004**

**zum**

**Entwurf eines Gesetzes zur  
Intensivierung der Bekämpfung der  
Schwarzarbeit und damit zusammen-  
hängender Steuerhinterziehung**

**Abteilung Recht**

## A. Allgemeine Anmerkungen zu dem Gesetzgebungsvorhaben

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks teilt die Auffassung, dass Schwarzarbeit in Deutschland ein alarmierendes Niveau erreicht hat. Es ist die Aufgabe des Staates und der Gesellschaft insgesamt, durch wirksame Maßnahmen Schwarzarbeit zu bekämpfen und somit die Rahmenbedingungen für einen fairen Leistungswettbewerb zu schaffen, bei dem alle Anbieter die ihnen auferlegten öffentlichen Lasten gerecht tragen. Denn Schwarzarbeit geht durch Lohn- und Preisunterbietung zu Lasten der ehrlichen Wettbewerber und entzieht dem Staat darüber hinaus wichtige Einnahmen.

Zu begrüßen ist daher die Absicht, die bisher in verschiedenen Gesetzen enthaltenen Regelungen zur Schwarzarbeitsbekämpfung in einem Stammgesetz zusammenzufassen und zu optimieren, um wünschenswerte Effizienzsteigerungen bei der Verfolgung von Schwarzarbeit zu erzielen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bereits 1957 erlassen wurde. Mitte 2002 wurden letztmals mit dem *Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit* gesetzliche Maßnahmen zur Eindämmung der Schwarzarbeit ergriffen, dies insbesondere durch eine Erhöhung der Bußgeldrahmen. Dennoch boomt heute die Schwarzarbeit in Deutschland mehr als je zuvor. Offensichtlich ist es nicht gelungen, durch das bisher verabschiedete repressive Instrumentarium der Schwarzarbeitsproblematik Herr zu werden. So stieg zwischen 1990 und 2002 der Anteil der Wertschöpfung durch Schwarzarbeit am Bruttoinlandsprodukt von 12 Prozent auf 16,5 Prozent.

Der unter Federführung des Bundesministeriums für Finanzen verfolgte Ansatz, durch eine weitere Verschärfung im repressiven Bereich nunmehr eine Trendwende bei der Schwarzarbeitsbekämpfung herbeizuführen, ist daher skeptisch zu beurteilen. Zudem besteht bei repressiven Ansätzen die Gefahr, dass gerade auch die gesetzestreuen Unternehmen mit neuer Bürokratie belastet werden. Repressive Ansätze sind im Zusammenspiel mit anderen Maßnahmen selbstverständlich auch notwendig. Primär ist jedoch bei den Ursachen anzusetzen. Bei der jetzigen Gesetzesinitiative wird zu stark außer Acht gelassen, dass Schwarzarbeit als der am stärksten wachsende *Wirtschaftszweig* in Deutschland primär auf die immer noch viel zu hohen Belastungen von Bürgern und Wirtschaft mit Steuern, Abgaben und Lohnnebenkosten zurückzuführen ist. Die alleinige Stärkung des repressiven Instrumentariums durch höhere Strafrahmen wird nach allen Erfahrungen aus der Vergangenheit zu keinem nachhaltigen Erfolg bei der Eindämmung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung führen. Erfolg bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit wird nur haben, wer die Ursachen endlich angeht und nicht ständig an den Symptomen herumkuriert.

Insofern weisen die vorgezogenen Steuerentlastungen und der konjunkturelle Entwicklungstrend hin zu mehr Wirtschaftswachstum in die richtige Richtung. Dringend erforderlich wäre eine grundlegende Reform des deutschen Steuerrechts mit einer Absenkung der Tarife und auch eine grundlegende Reform der Sozialsysteme. Der Faktor Arbeit muss in Deutschland deutlich billiger werden. Nur so wird nachhaltig die Bereitschaft sinken, Schwarzarbeit anzubieten und nachzufragen. Dies gilt insbesondere wegen der

anstehenden EU-Osterweiterung, die aufgrund bestehender Wohlstandsgefälle zwischen Deutschland und den Beitrittsländern zu einem weiteren Anwachsen des Wettbewerbsdrucks mit der Folge einer verstärkten Abwanderung in die Schattenwirtschaft führen dürfte. So betragen etwa die Arbeitskosten je geleistete Stunde im Landesdurchschnitt in Polen für das Referenzjahr 2000 nur rund 4,5 € und in der Tschechischen Republik sogar lediglich 3,9 €, im Vergleich zu 22,7 € im EU-Durchschnitt und 26,54 € in Deutschland.

Aus einer aktuellen empirischen Ursachenanalyse in 21 OECD-Ländern (*Quelle: iw-trends 4/2003*) ergibt sich, dass durch eine Absenkung der Steuer- und Abgabenbelastung um 10 Prozentpunkte eine Reduzierung des Anteils der Wertschöpfung aus Schattenwirtschaft am Bruttoinlandsprodukt um 2 Prozentpunkte erreicht werden kann. In Deutschland ergäbe sich hierdurch eine Verringerung der Wertschöpfung aus Schattenwirtschaft um 40 Mrd. € (BIP 2002: 1.989 Mrd. Euro; Anteil 16,5 % = 328 Mrd. Euro; Anteil 14,5 % = 288 Mrd. Euro;  $328 - 288 = 40$  Mrd. Euro).

Während die Unterschiede bei der Schattenwirtschaft in den OECD-Ländern zu 32 % durch die Steuer- und Abgabenbelastung erklärt werden können, lassen sich 52 % der Schwankungen der Schattenwirtschaft zwischen den Ländern durch unterschiedliche Arbeitsmarktregulierungen erklären – dazu gehören insbesondere die reglementierte Arbeitszeit und der Kündigungsschutz. Durch die generelle Verkürzung der Arbeitszeit ergibt sich ein kräftiger Impuls zu mehr Schwarzarbeit. In Deutschland arbeitet ein Schwarzarbeiter durchschnittlich etwa 20 % der tariflichen Arbeitszeit zusätzlich in der Schattenwirtschaft.

Die Einschränkung der geringfügigen Beschäftigung im Jahr 1999 führte zu mehr Schwarzarbeit. Die seit April 2003 geltende Regelung hat die Zahl der offiziellen *Mini-Jobber* wieder steigen lassen. Die illegale Wertschöpfung sank um rund 10 Mrd. €. Eine Ausweitung der Mini-Jobs zu den vom Handwerk bereits seit Jahren geforderten kleinen Beschäftigungsverhältnissen (Anhebung der Verdienstgrenze von 400 auf 600 € monatlich) würde einen verstärkten Beitrag dazu leisten, Schwarzarbeit durch legale Arbeit zu ersetzen. Diskutiert werden müsste des Weiteren über reduzierte Mehrwertsteuersätze für Handwerksleistungen, wie es sie teilweise im Rahmen von Modellversuchen auf Gemeinschaftsebene gibt. Auch umfassende Möglichkeiten zur steuerlichen Absetzbarkeit von Handwerkerrechnungen wären ein richtiger Ansatz, um beim Verbraucher die Bereitschaft zur Nachfrage von Schwarzarbeit zu reduzieren. Allein eine Pflicht zur Aufbewahrung von Handwerkerrechnungen ist nicht ausreichend.

Ein repressives Instrumentarium allein ist nur sehr bedingt geeignet, Schwarzarbeit nachhaltig zu bekämpfen, dem Staat Einnahmen zu sichern und hierbei für mehr Gerechtigkeit bei der Tragung öffentlicher Lasten zu sorgen. Zudem wird im Zusammenhang mit der Nennung möglicher Einnahmezuwächse durch das Gesetzgebungsverfahren außer Acht gelassen, dass durch die aktuelle Gesetzgebung die Kosten zur Bekämpfung der Schwarzarbeit von 339 Mio. € auf 500 Mio. € steigen werden, die Einnahmen an Verwarnungs- und Bußgeldern trotz der bisherigen Intensivierung zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bei rund 31 Mio. € und damit unter 10 % der Kosten stagnieren (*Quelle: iw-trends 4/2003*). Eine vordringliche Aufgabe wäre hier insbesonde

re die Beseitigung des bestehenden Vollstreckungsnotstands, da insgesamt nur ca. 15 % der Bußgeldbescheide im Bereich Illegale Beschäftigung & Schwarzarbeit tatsächlich vollstreckt werden. Dies gilt insbesondere bei Unternehmen mit Sitz im Ausland.

Im Ergebnis wird nur eine wirksame Ursachenbekämpfung den Entwicklungstrend eines stetigen Anwachsens der Schwarzarbeit in Deutschland zu Lasten der ehrlichen Marktteilnehmer nachhaltig umkehren. Dies ist dadurch augenscheinlich belegt, dass das erst Mitte 2002 in Kraft getretene *Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit* nicht einmal ein weiteres Anwachsen der Schattenwirtschaft in Deutschland verhindert hat. Auf die Ursachenbekämpfung muss sich daher das gesetzgeberische Handeln vorrangig konzentrieren.

So heißt es in einem von der Generaldirektion *Beschäftigung und Soziales* der Europäischen Kommission im Jahre 2001 veröffentlichten Abschlußbericht einer Untersuchung zur illegalen Beschäftigung in Europa<sup>\*</sup>: *Wenn Eigenschaften des offiziellen sozioökonomischen Systems selbst zum Entstehen nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit führen, sollte man über eine Änderung (von Teilen) des Systems nachdenken. Diese Strategie ist am besten geeignet, wenn nicht angemeldete Erwerbstätigkeit zum Beispiel durch einen unbeweglichen Arbeitsmarkt, starre Gesetzgebung oder hohe Lohnnebenkosten verursacht werden.* Maßnahmen zur Änderung des Systems umfassen nach dem Bericht unter anderem *Steuersenkungen, Senkungen der Soziallasten sowie Deregulierung und Flexibilisierung von Arbeitsverhältnissen (zum Beispiel Zeitarbeit, Saisonarbeit)*. Warum die Bundesregierung diesen Ansatz, der von der deutschen Wirtschaft seit Jahren geschlossen gefordert wird, immer noch weitgehend missachtet, ist unverständlich.

## **B. Zu den einzelnen Regelungen des Gesetzgebungsvorhabens**

### **I. Definition des Begriffs der Schwarzarbeit**

Bereits in der Vergangenheit wurde der Begriff der Schwarzarbeit außerhalb des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwArbG) vereinzelt einer Definition zugeführt. So ist nach einer gängigen Definition unter Schwarzarbeit die Teilnahme am Markt für entgeltliche Dienst- oder Werkleistungen ohne vollständige Übernahme der dabei durch das öffentliche Recht allen Wettbewerbern auferlegten Lasten zu verstehen. Der Vorteil entsprechend kurzer Definitionen ist in ihrer Prägnanz zu sehen, der Nachteil in der Unbestimmtheit der Konturen. Die in § 1 Abs. 2 des Regierungsentwurfs (RegE) vorgeschlagene Begriffsdefinition ist inhaltsscharf und daher geeignet, den Begriff der Schwarzarbeit zu bestimmen.

Allerdings wird bei der vorgeschlagenen Definition nicht mehr – wie bisher – die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang unter Verstoß gegen die gewerberechtlichen Bestimmungen des § 1 HwO bzw. der §§ 14 und 55 GewO vom

---

<sup>\*</sup> *UNDECLARED LABOUR IN EUROPE, Towards an integrated approach of combatting undeclared labour, Amsterdam, 2001, S. 134.*

Begriff der Schwarzarbeit erfasst und sanktioniert. Dies stellt einen grundlegenden Paradigmenwechsel dar, wurde das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 30.3.1957 doch vor allem erlassen, um die Mitursächlichkeit der Schwarzarbeit für die erhöhte Arbeitslosigkeit in vielen Berufszweigen und die Gefährdung insbesondere handwerklicher Betriebe durch Lohn- und Preisunterbietung einzudämmen, aber auch um Verbraucher vor minderwertigen Leistungen zu schützen. In der ursprünglichen Fassung des Referentenentwurfs vom 13.10.03, die der internen Ressortabstimmung zu Grunde lag, wurde der Verstoß gegen die genannten gewerberechtlichen Bestimmungen noch vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst.

Schwarzarbeit und unzulässige Handwerkstätigkeit werden im allgemeinen Sprachgebrauch nicht streng auseinandergelassen. Es mag letzten Endes eine Geschmacksfrage sein, ob man den Verstoß gegen gewerberechtliche Bestimmungen in einer Legaldefinition vom Begriff der Schwarzarbeit erfassen will oder nicht.

In der Sache falsch und daher inakzeptabel ist aber, entsprechende Verstöße nicht mehr wie bisher mit einem adäquaten Sanktionsrahmen versehen zu wollen, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt.

## **II. Fehlende Ahndung von Verstößen gegen gewerberechtliche Bestimmungen**

Als zentrale Änderung ist im vorliegenden Regierungsentwurf vorgesehen, dass Verstöße gegen die Eintragungspflicht in die Handwerksrolle (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwArbG) nicht mehr vom Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit erfasst werden sollen. Gleiches gilt für die Anzeigepflicht nach § 14 GewO sowie die Verpflichtung zum Erwerb einer Reisegewerbekarte gem. § 55 GewO, die derzeit in § 1 Abs. 1 Nr. 2 SchwArbG geregelt sind. Bisher wird der Verstoß gegen die genannten gewerberechtlichen Bestimmungen von § 1 Abs. 1 SchwArbG erfasst, sofern es sich um die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang handelt. Da im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit ein adäquater Sanktionsrahmen zur Verfügung gestellt wird und die allgemeinen gewerberechtlichen Bußgeldbestimmungen aufgrund der vorrangigen Regelungen des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes bisher eine geringere praktische Bedeutung haben, hat der Gesetzgeber davon Abstand genommen, die gewerberechtlichen Bußgeldtatbestände an diejenigen des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes anzupassen.

So handelt etwa nach § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO ordnungswidrig, wer entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 oder § 9 Abs. 2 Satz 1 ein dort genanntes Gewerbe als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, wobei die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden kann. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwArbG handelt ordnungswidrig, wer Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang erbringt, obwohl er ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung). Eine Ordnungswidrigkeit kann in diesem Fall mit einer Geldbuße bis zu einhunderttausend Euro geahndet werden (§ 1 Abs. 2 SchwArbG).

Ähnliche Wertungsunterschiede hinsichtlich des Unrechtsgehalts – die daraus resultieren, dass das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit eine vorrangige spezialgesetzliche Regelung darstellt, die Fälle mit besonderem Unrechtsgehalt erfasst – sind zwischen dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und der Gewerbeordnung vorhanden. So ist die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ordnungswidrig nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 SchwArbG, sofern der Betreffende seiner Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat. Entsprechende Ordnungswidrigkeiten werden mit einer Geldbuße bis zu dreihunderttausend Euro geahndet. Wie sich aus § 145 Abs. 1 Nr. 1 b) i.V.m. Abs. 4 GewO ergibt, werden vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen die Erlaubnispflicht zum Betreiben eines Reisegewerbes (§ 55 Abs. 2 GewO) mit einer Geldbuße von bis zu fünftausend Euro geahndet. Nach § 146 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 3 GewO steht zur Ahndung von Verstößen gegen die Anzeigepflicht des § 14 GewO ein Bußgeldrahmen von bis zu eintausend Euro zur Verfügung.

Den gewerberechtlichen Bestimmungen, die derzeit primär durch das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bußgeldrechtlich abgesichert sind, kommt eine hohe praktische Bedeutung zu, aus der sich der entsprechende Bußgeldrahmen, wie er im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz festgeschrieben ist, rechtfertigt. Wie etwa direkt aus dem Gesetz folgt, dient die Anzeigepflicht nach § 14 Abs. 1 GewO dem Zweck, der zuständigen Behörde die Überwachung der Gewerbeausübung sowie statistische Erhebungen zu ermöglichen. Die von den Gewerbeämtern erhobenen Daten werden in das Gewerbeverzeichnis aufgenommen und eine Mitteilung über die Gewerbebeanmeldung u.a. an das Finanzamt, die zuständige Handwerks- oder Industrie- und Handelskammer, das statistische Landesamt und das Gewerbeaufsichtsamt weitergeleitet. Dass diese Anzeigepflicht ordnungswidrigkeitenrechtlich adäquat abgesichert werden muss, dürfte außer Frage stehen.

Noch wichtiger ist eine entsprechende Absicherung, wenn nicht allein eine Anzeigepflicht, sondern eine Erlaubnispflicht besteht. Im Gewerberecht sind diejenigen Tätigkeiten erlaubnispflichtig, bei denen ein besonderes Schutzbedürfnis der Öffentlichkeit vorliegt. Neben Regelungen der Handwerksordnung finden sich auch in der Gewerbeordnung Bestimmungen über erlaubnispflichtige Tätigkeiten, so etwa für die Vermittlung von Immobilien, Darlehen, sowie bestimmter Kapital- und Vermögensanlagen, sowie die Ausübung eines Bewachungs-, Versteigerer- oder Pfandleihgewerbes. Aufgrund der besonderen Bedeutung der Erlaubnispflicht im Gewerberecht ist hier grundsätzlich eine höhere Bußgeldbewehrung angezeigt als bei der reinen Anzeigepflicht.

Nicht zutreffend ist daher die Begründung des Regierungsentwurfs, die zusätzliche Verfolgung von Gewerberechtsverstößen als Schwarzarbeit neben der bußgeldrechtlichen Erfassung im Handwerks- und Gewerberecht sei unzweckmäßig. Und unhaltbar ist die seitens des BMF vorgetragene Begründung, die weitere Ahndung von Gewerberechtsverstößen als Schwarzarbeit laufe der von der Bundesregierung angestrebten Liberalisierung des Handwerksrechts zuwider. Zum 1. Januar 2004 sind sowohl das dritte

*Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften* (große Novelle) als auch das *Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen* (kleine Novelle) in Kraft getreten. Im Rahmen der großen Novelle wurde die Zahl der Gewerke in Anlage A von vormals 94 auf 41 reduziert. Des Weiteren ist eine Ausübungsberechtigungsregelung für qualifizierte Gesellen eingeführt worden. Diese ermöglicht es Gesellen mit einer Berufserfahrung von mindestens sechs Jahren, davon vier in leitender Stellung, sich in dem von ihnen erlernten Beruf auch ohne Meisterbrief selbständig zu machen. Mit der kleinen Novelle wurde die Möglichkeit gesetzlich normiert, einfache handwerkliche Tätigkeiten im Bereich der Anlage A selbständig auszuführen, ohne die Voraussetzungen für die Zulassungspflicht erfüllen zu müssen.

Die vorgenannte Begründung des BMF für eine ersatzlose Streichung des Bußgeldrahmens für Verstöße gegen gewerberechtliche Bestimmungen im Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit kann wohl nur dahingehend verstanden werden, dass diejenigen, die trotz der umfassenden Liberalisierung im Bereich des Handwerksrechts bestimmte handwerkliche Tätigkeiten in Ermangelung des Vorliegens der persönlichen Voraussetzungen nicht ausüben dürfen, dazu eingeladen werden sollen, sich über geltendes Recht hinwegzusetzen.

Wie sonst soll nachvollziehbar begründet werden, warum der Bußgeldrahmen bei Verstößen gegen handwerks- und gewerberechtliche Bestimmungen im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz noch Mitte 2002 deutlich erhöht wurde – Verdopplung bei Verstößen gegen die Eintragungspflicht in die Handwerksrolle auf 100.000 € und Versechsfachung auf 300.000 € bei Nichterwerb der Reisegewerbekarte bzw. Verletzung der Anzeigepflicht bei Eröffnung eines Gewerbebetriebs –, nunmehr aber eine adäquate Bußgeldbewehrung plötzlich überflüssig sein soll? Sollte sich der Gesetzgeber etwa über 45 Jahre geirrt haben, weil der entsprechende Bußgeldtatbestände zunächst mit dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz geschaffen und diese sodann im Laufe der Jahre angepasst hat? Wohl kaum. Noch unverständlicher ist das Vorgehen der Bundesregierung und der zuständigen Ministerien, wenn man berücksichtigt, dass andererseits das Bußgeld bei Verstößen gegen die Verpflichtung zur Führung und Aufbewahrung von Lohnunterlagen im Inland von derzeit 5.000 Euro auf 500.000 Euro erhöht werden soll (§ 111 Abs. 4 S. 1 SGB IV-Entwurf).

Im Rahmen der großen Novelle der Handwerksordnung wurde für die Zuordnung von Handwerken zur Anlage A und damit zu den zulassungspflichtigen Handwerken neben der Ausbildungsleistung entscheidend auf das Kriterium der Gefahrgeneigtheit abgestellt. In § 148 GewO werden u.a. Verstöße gegen gewerberechtliche Bestimmungen, die Leben oder Gesundheit eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährden, als Straftatbestand mit Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder Geldstrafe geahndet. Die Zulassungspflicht bei den gefahrgeneigten Handwerken dient nichts anderem. Die Bundesregierung hat in ihrer Begründung des Gesetzes ausdrücklich das Kriterium *Gefahrgeneigtheit* mit den Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter begründet (*BT-Drucks. 15/1206*). In diesem Bereich soll nach dem Regierungsentwurf eine Bußgeldbewehrung von max. 10.000 € ausreichend sein. Solche Wertungswider

sprüche sind nicht rational nachvollziehbar und schon gar nicht schlüssig – sprich systematisch – begründbar.

Bei einer korrekturlosen Umsetzung des Regierungsentwurfs würde in der Praxis aufgrund des geringen Sanktionsrahmens kaum noch ein Amtsgericht die für die umfassende Aufklärung eines Verstoßes gegen die genannten gewerberechtlichen Bestimmungen notwendigen Durchsuchungsbeschlüsse ausfertigen, da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor einer entsprechenden Anordnung – die das Grundrecht aus Artikel 13 Absatz 2 GG tangiert – jeweils die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme durch den zuständigen Richter zu prüfen ist. Bei der richterlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung wird der durch den Bußgeldrahmen zum Ausdruck gebrachte Unwertgehalt berücksichtigt, da ein angemessenes Verhältnis zwischen Mittel und Zweck des Eingriffs gewahrt werden muss. Nur so wird sichergestellt, dass die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich ist sowie nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und der Stärke des bestehenden Tatverdachts steht.

Zudem könnten die Kreise und Kommunen die Personalkosten für die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen häufig nicht mehr decken, mit der Folge, dass entsprechende Aufgaben kaum noch oder gar nicht mehr wahrgenommen würden. Nach außen wäre dies ein Signal, es mit den bestehenden gewerberechtlichen Anzeige- und Erlaubnispflichten nicht so ernst zu nehmen. Dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

Wenn ein Verstoß gegen handwerks- und gewerberechtliche Anzeige- und Erlaubnisatbestände zukünftig nicht mehr vom Begriff der Schwarzarbeit erfasst werden soll, so müssen zumindest die derzeit im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verankerten Bußgeldtatbestände ins Handwerks- und Gewerbebereich übernommen werden. Für die zuständigen Behörden ist aus überwiegenden Allgemeinwohlintressen die Kenntnis über die Zahl und die Art der vorhandenen Gewerbebetriebe und eine wirksame Überwachung der Gewerbeausübung unabdingbar. Es darf nicht aus den Augen verloren werden, dass gerade Regelungen der Berufszulassung und der Berufsausübung auf eine Prüfung der Zuverlässigkeit bzw. der Sachkunde des Gewerbetreibenden zum Schutz der Allgemeinheit abzielen.

### **III. Wegfall der bisherigen Regelung zur Beauftragung mit Schwarzarbeit**

Der Regierungsentwurf sieht einen ersatzlosen Wegfall der derzeitigen Regelung des § 2 SchwArbG vor, wonach ordnungswidrig handelt, wer Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er eine oder mehrere Personen beauftragt, diese Leistungen unter Verstoß gegen die in § 1 Abs. 1 genannten Vorschriften zu erbringen. Dabei orientieren sich die Bußgeldrahmen an denjenigen in § 1 SchwArbG.

Richtigerweise wird derzeit im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz nicht allein bei der Angebotsseite angesetzt, sondern auch auf der Nachfrageseite. Will man im Rahmen des repressiven Instrumentariums nicht an Effizienz verlieren, so muss dies auch zukünftig so bleiben. Sofern Verstöße gegen handwerks- und gewerberechtliche Bestimmungen nicht mehr begrifflich als Schwarzarbeit deklariert werden sollen, müsste



der Regelungsgehalt des jetzigen § 2 SchwArbG in die GewO bzw. die HwO übernommen werden.

#### **IV. Gewerbeämter und Handwerkskammern als Zusammenarbeitsbehörden**

Grundsätzlich falsch ist es, wenn die Gewerbeämter und Handwerkskammern zukünftig keine Zusammenarbeitsbehörden mehr wären, wie es im Regierungsentwurf vom 9.12.03 vorgesehen war. Zu begrüßen ist die Änderung im Regierungsentwurf, der nunmehr die für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach der Handwerksordnung und nach der Gewerbeordnung zuständigen Behörden als Zusammenarbeitsbehörden aufführt. Denn vielen Sachverhalten, die durch den Zoll ermittelt werden, kommt auch eine gewerberechtliche Relevanz zu. Wenn Gewerbeämter und Handwerkskammern zukünftig keine Zusammenarbeitsbehörden wären, käme es zu Effizienzverlusten, die nicht gewollt sein können.

#### **V. Auskunftsansprüche bei anonymen Werbemaßnahmen**

Im Regierungsentwurf ist in § 7 SchwarzArbG-RegE ein Auskunftsanspruch bei anonymen Werbemaßnahmen nur noch für die Behörden der Zollverwaltung über zentrale Abfragestellen vorgesehen. Aus der Begründung des Entwurfs (*Begründung, S. 21*) ist ersichtlich, dass damit die Handwerkskammern vom Kreis der Auskunftsberechtigten ausgenommen werden. Ohne einen entsprechenden Auskunftsanspruch wird jedoch die Verfolgung der Bekämpfung unerlaubter Handwerksausübung deutlich geschwächt. Soll diese Änderung beibehalten werden, so wäre eine entsprechende Regelung für Auskunftsersuchen der Handwerkskammern in der Handwerksordnung zu verankern.

#### **VI. Erforderliche Anpassungen von Gewerbeordnung und Handwerksordnung**

Aufgrund der vorgenannten Erwägungen wären die folgenden Anpassungen im Handwerks- und Gewerbebereich erforderlich, so Verstöße gegen handwerks- und gewerberechtliche Bestimmungen zukünftig nicht mehr vom Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit erfasst werden sollen. Berücksichtigt sind des Weiteren erforderliche Folgeänderungen im Hinblick auf die Behördenzusammenarbeit und Auskunftsansprüche, die sich ebenfalls aus der beabsichtigten Neuausrichtung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes ergeben. Alle Änderungen bzw. Ergänzungen sind hervorgehoben.

##### **1. Änderung der Gewerbeordnung**

a) Hinter § 146 wird folgender § 146a in die Gewerbeordnung eingefügt:

##### **§ 146a Gewerbeüberwachung**

**(1) Ordnungswidrig handelt, wer Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang erbringt, obwohl er der Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des**

*selbständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat.*

- (2) *Ordnungswidrig handelt, wer Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er eine oder mehrere Personen beauftragt, die diese Leistungen unter Verstoß gegen Absatz 1 erbringen.*
- (3) *Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen der Absätze 1 und 2 mit einer Geldbuße bis dreihunderttausend Euro geahndet werden.*
- (4) *Die Geldbußen fließen in die Kasse der Verwaltungsbehörde, die den Bußgeldbescheid erlassen hat. Dies gilt in Abweichung von § 90 Abs. 2 OWiG auch im Fall einer gerichtlichen Verurteilung.*

## **2. Anpassung der HwO**

### **a) Neuregelung von § 17 Abs. 4 HwO**

§ 17 Abs. 4 HwO wird wie folgt neu gefasst:

*Erfolgen Werbemaßnahmen für Handwerksleistungen ohne Angabe von Name und Anschrift unter einem Fernmeldeanschluss oder unter einer Chiffre und bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes ausgeübt wird, ist der Anbieter dieser Telekommunikationsdienstleistung oder der Herausgeber der Chiffreanzeige verpflichtet, den Handwerkskammern auf Verlangen Namen und Anschrift des Anschlussinhabers oder Auftraggebers der Chiffreanzeige unentgeltlich mitzuteilen. Für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 117 Abs. 5 können die dafür nach Landesrecht zuständigen Behörden und die Handwerkskammern über zentrale Abfragestellen in entsprechender Anwendung des § 90 Abs. 3 und 4 des Telekommunikationsgesetzes Auskunft über Namen und Anschrift des Anschlussinhabers einholen.*

### **b) Ergänzung von § 117 HwO**

#### **§ 117 Ordnungswidrigkeiten**

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer
  - 1. entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 oder § 9 Abs. 2 Satz 1 ein dort genanntes Gewerbe als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt oder
  - 2. entgegen § 51 oder § 51b die Ausbildungsbezeichnung *Meister/Meisterin* führt.

- (2) Die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nr. 1 kann mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro, und die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nr. 2 kann mit einer Handgeldbuße bis zu fünftausend Euro geahndet werden.
- (3) **Mit einer Geldbuße bis zu einhunderttausend Euro kann ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 bei Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang geahndet werden.**
- (4) **Ordnungswidrig handelt, wer Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er eine oder mehrere Personen beauftragt, die diese Leistungen unter Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 erbringen. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu einhunderttausend Euro geahndet werden.**
- (5) **Ordnungswidrig handelt, wer für die selbständige Erbringung handwerklicher Dienst- oder Werkleistungen durch eine Anzeige in Zeitungen, Zeitschriften oder anderen Medien oder auf andere Weise wirbt, ohne pflichtgemäß in die Handwerksrolle eingetragen zu sein. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfundzwanzigtausend Euro geahndet werden.**
- (6) **Die Geldbußen fließen in die Kasse der Verwaltungsbehörde, die den Bußgeldbescheid erlassen hat. Dies gilt in Abweichung von § 90 Abs. 2 OWiG auch im Fall einer gerichtlichen Verurteilung.**

## VII. Regelung des § 1 Abs. 3 Reg-E

Nach § 1 Abs. 3 Reg-E sind nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtete Dienst- oder Werkleistungen, die von Lebenspartnern im Sinne des § 15 AO, aus Gefälligkeit, im Wege der Nachbarschafts- oder der Selbsthilfe erbracht werden, nicht vom Begriff der Schwarzarbeit erfasst und daher nicht bußgeldbewehrt. Dabei sollen gemäß der Legaldefinition in § 1 Abs. 3 Satz 2 Reg-E insbesondere diejenigen Tätigkeiten als nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet zu werten sein, die gegen ein geringes Entgelt erbracht werden. Nach derzeit geltendem Recht sind Dienst- oder Werkleistungen, die auf Gefälligkeit, Nachbarschafts- oder Selbsthilfe beruhen, nicht als ordnungswidrig nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz anzusehen, ohne dass jedoch als weiteres Merkmal auf eine nachhaltige Gewinnausrichtung abgestellt wird.

Im Zusammenhang mit der Verfolgung von Schwarzarbeit werden die zuständigen Behörden regelmäßig mit den Einwänden konfrontiert, es handele sich um Nachbarschaftshilfe, Selbsthilfe oder reine Gefälligkeitsleistungen. Der Beweis des Gegenteils gestaltet sich häufig schwierig. Entsprechende Schutzbehauptungen lassen sich ggf. durch die Sicherstellung von Unterlagen des Schwarzarbeiters oder des Auftraggebers entkräften. Dies würde durch die geplante Gesetzesänderung in Zukunft allerdings erheblich erschwert.

So setzt die *Gefälligkeit* bereits begrifflich die Unentgeltlichkeit der jeweiligen Leistung voraus. Abweichend von diesem allgemeinen Begriffsverständnis soll dies zukünftig nicht mehr gelten, sofern nur ein geringes Entgelt vereinbart oder geflossen ist. Was unter dem unbestimmten Begriff im Einzelfall betragsmäßig zu subsumieren ist, bleibt offen. Zudem wird der bisherige Charakter der Regelung des § 1 Abs. 3 Reg-E als restriktiv auszulegende Ausnahmegesetzgebung gewandelt. Es würde eben nicht mehr ausreichen, durch die Sicherstellung von Unterlagen die Entgeltlichkeit nachzuweisen, da der Nachweis eines nicht geringen Entgelts erforderlich wäre. Als Schutzbehauptung könnten stets Umstände vorgetragen werden, die nachgewiesene Zahlungen als im Verhältnis zur erbrachten Leistung gering erscheinen lassen. Hierdurch wird Missbrauch Tür und Tor geöffnet.

### **VIII. Versicherungsleistungen nur für Beitragszahler**

Zu begrüßen ist die beabsichtigte Neuregelung von § 110 Abs. 1a SGB VII durch Artikel 7 des Regierungsentwurfs. Den allein beitragszahlenden Unternehmern ist es nicht zuzumuten, ihre illegale Konkurrenz zu *subventionieren*. Wer illegal Arbeitnehmer beschäftigt, kann nach derzeitiger Rechtslage nicht einmal für die von der Berufsgenossenschaft aufgebrauchten Leistungen in Anspruch genommen werden.

Allerdings ist die beabsichtigte Neuregelung aus Sicht des Handwerks noch nicht weitgehend genug, da nicht nur das Fehlverhalten auf Arbeitgeberseite sanktioniert werden sollte, sondern auch auf der Arbeitnehmerseite. Es ist nicht einzusehen, warum diejenigen Arbeitnehmer, die vorsätzlich oder grob fahrlässig schwarz arbeiten, im Kreis der Anspruchsberechtigten verbleiben sollen. Wer sich durch illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit bewusst außerhalb des Sozialversicherungssystems bewegt, darf im Schadensfall keinesfalls einen Anspruch innerhalb des Systems haben.

Die sozialgerichtliche Rechtsprechung, nach der auch für illegal beschäftigte Arbeitnehmer und Schwarzarbeiter Unfallversicherungsschutz im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung (GUV) besteht, ist durch den Gesetzgeber durch eine Neufassung von § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII und Streichung von §§ 2 Abs. 2 S. 1, 7 Abs. 2 SGB VII zu korrigieren. Illegal beschäftigte Arbeitnehmer und Schwarzarbeiter müssen von den Leistungen der GUV ausgeschlossen werden. Entsprechendes muss für Ausländer gelten, die z.B. im Rahmen der EU-Osterweiterung im Bundesgebiet tätig sind. Dieser Personenkreis ist durch die Sozialsysteme seines Heimatstaates abzusichern. Eine Kostenübernahme für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten durch die deutschen Berufsgenossenschaften ist durch gesetzliche Maßnahmen und durch Satzungsregelungen der Berufsgenossenschaften zu unterbinden.

### **IX. Aufhebung der Sozialversicherungsausweis-Verordnung**

Gemäß Artikel 18 des Regierungsentwurfs soll die Sozialversicherungsausweis-Verordnung aufgehoben werden. Dies wird zum derzeitigen Zeitpunkt abgelehnt. Zwar ist es richtig, dass der Sozialversicherungsausweis nicht fälschungssicher ist und ein

gewisser Schwarzmarkt existiert, weshalb seine Effektivität zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung nur sehr begrenzt ist. Erforderlich wäre daher ein fälschungssicheres und elektronisch lesbares Dokument. Als Funktionsträgerkarte käme hierfür die JobCard in Betracht.

Falsch ist aber der von der Bundesregierung verfolgte Ansatz, zumindest für einen Übergangszeitraum – von möglicherweise mehreren Jahren – ersatzlos auf den Sozialversicherungsausweis zu verzichten. Durch das Mitte 2002 in Kraft getretene *Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit* wurde bereits die obligatorische Sofortmeldung (§ 102 SGB IV a.F.) abgeschafft, so dass nur noch die allgemeine Meldepflicht nach § 28a SGB IV besteht. Durch die zusätzlich geplante Abschaffung des Sozialversicherungsausweises wird die wirkungsvolle Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung ohne Not unnötig erschwert.

**Berlin, im März 2004**  
**RA Dr. Stork**