



Berliner Juristische Universitätschriften  
Strafrecht

Band 31

Sven Brenner

**Die strafrechtliche Bekämpfung  
der Schwarzarbeit  
unter besonderer Berücksichtigung  
wirtschaftlicher Aspekte**



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG



Sven Brenner

Die strafrechtliche Bekämpfung der Schwarzarbeit  
unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte

# Berliner Juristische Universitätschriften

Herausgegeben im Auftrag der Professoren der Juristischen Fakultät  
an der Humboldt-Universität zu Berlin

von

Professor Dr. Michael Kloepfer, Professor Dr. Klaus Marxen  
Professor Dr. Rainer Schröder

Strafrecht

Band 31

ISBN 978-3-8305-2526-4

Sven Brenner

**Die strafrechtliche Bekämpfung  
der Schwarzarbeit  
unter besonderer Berücksichtigung  
wirtschaftlicher Aspekte**



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

## Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2526-4

© 2008 BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH  
Markgrafenstr. 12-14, 10969 Berlin  
E-Mail: [bwv@bwv-verlag.de](mailto:bwv@bwv-verlag.de), Internet: <http://www.bwv-verlag.de>  
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,  
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde von der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Sommersemester 2007 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis August 2007 berücksichtigt.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Martin Heger, der die Arbeit engagiert betreut und durch wertvolle Anregungen wesentlich zum Gelingen beigetragen hat. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Bernd Heinrich. Schließlich möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Klaus Marxen für die Aufnahme meiner Arbeit in diese strafrechtliche Reihe danken.

Berlin, Dezember 2007

Sven Brenner





# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis   | 15 |
| Einleitung  | 19 |
| Erster Teil: Die Schwarzarbeit als Phänomen                                       | 22 |
| I.    Begrifflichkeiten   | 22 |
| 1.    Schattenwirtschaft als Untersuchungsgröße<br>in der Wirtschaftswissenschaft | 22 |
| 2.    Schwarzarbeit   | 25 |
| 3.    Nachbarschaftshilfe, Gefälligkeit, Selbsthilfe                              | 27 |
| II.   Ermittlung des Umfangs und<br>des Ausmaßes der Schwarzarbeit                | 28 |
| 1.    Erhebungsmethoden   | 28 |
| a.)    Direkte Methoden   | 28 |
| b.)    Indirekte Methoden   | 29 |
| c.)    Methode der unbeobachtbaren Variablen                                      | 31 |
| 2.    Tatsächliches Ausmaß der Schattenwirtschaft<br>und der Schwarzarbeit        | 31 |
| III.  Ursachen zur Entstehung von Schwarzarbeit                                   | 34 |
| 1.    Erklärungsansätze zur Entstehung von Schwarzarbeit                          | 34 |
| a.)    Transaktionskostenflucht   | 35 |
| b.)    Einkommen-Freizeit-Modell  | 37 |
| c.)    Anomietheorie  | 38 |
| d.)    Die These vom Staatsversagen   | 39 |
| e.)    Die These vom Marktversagen  | 39 |
| 2.    Ursachen für Schwarzarbeit  | 41 |
| a.)    Steuerlast und Abgabenquote als Ursache                                    | 41 |
| b.)    Steuergerechtigkeit und Steuerwiderstand<br>als Ursache für Schwarzarbeit  | 46 |

|      |  |    |
|------|--|----|
| c.)  | Regulierungsgrad privater Aktivitäten<br>als Ursache für Schwarzarbeit | 48 |
| aa.) | Regulierungen des Arbeitseinsatzes                                     | 48 |
| bb.) | Regulierungen der selbstständigen<br>Berufsausübung                    | 51 |
| d.)  | Individuelle Entscheidung<br>für Schattenwirtschaft                    | 54 |
| IV.  | Folgen der Schwarzarbeit   | 56 |
| 1.   | Folgen, die den Staat betreffen  | 56 |
| a.)  | Wirtschaftliche Folgen   | 56 |
| b.)  | Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt                                      | 59 |
| c.)  | Folgen für die sozialen Sicherungssysteme                              | 61 |
| d.)  | Steuerpolitische Auswirkungen  | 62 |
| e.)  | Gesellschaftliche Auswirkungen   | 64 |
| 2.   | Folgen, die die Vertragsparteien betreffen                             | 66 |
| a.)  | Zivilrechtliche Folgen   | 66 |
| b.)  | Arbeitsrechtliche Folgen   | 68 |
| c.)  | Sozialrechtliche Folgen  | 69 |
|      | Zweiter Teil: Die Novelierung des SchwarzArbG                          | 71 |
| I.   | Das neue SchwarzArbG   | 71 |
| 1.   | § 1 SchwarzArbG  | 72 |
| 2.   | §§ 2–7 SchwarzArbG – Aufgaben und<br>Befugnisse bei Prüfungen          | 74 |
| 3.   | §§ 8–11 SchwarzArbG – Bußgeld-<br>und Strafvorschriften                | 76 |
| 4.   | §§ 12–14 SchwarzArbG – Ermittlungen                                    | 78 |
| II.  | Gesetzgebungsprozess   | 78 |
| 1.   | Änderungen während des Gesetzgebungsprozesses                          | 78 |
| 2.   | Auswirkungen und Novellierungen anderer Gesetze                        | 79 |
| 3.   | Diskussion de lege ferenda   | 80 |
| a.)  | SchwarzArbG als Gefahrenabwehrrecht                                    | 80 |
| b.)  | Forderung nach Einzelmaßnahmen und<br>Kompetenzerweiterungen           | 84 |
| aa.) | Strafprozessuale Betrachtung   | 85 |
| bb.) | Gefahrenabwehrrechtliche<br>Betrachtung                                | 89 |

|   |   |     |
|---|---|-----|
| III.  | Notwendigkeit eines Gesetzes<br>zur Bekämpfung der Schwarzarbeit                  | 91  |
| 1.  | Status quo  | 94  |
| 2.  | Gesellschaft ohne die Ahndung der Schwarzarbeit                                   | 97  |
| 3.  | Gesetzeskonformes Verhalten   | 98  |
| Dritter Teil: Ahndung der Schwarzarbeit nach dem Strafrecht |   | 99  |
| I.  | Vorenthalten und Veruntreuung von<br>Arbeitnehmerentgelten – § 266a StGB          | 99  |
| 1.  | Entstehungsgeschichte und Systematik  | 99  |
| 2.  | Wirtschaftliche Notwendigkeit des § 266a StGB                                     | 100 |
| 3.  | Geschütztes Rechtsgut § 266a I, II StGB   | 101 |
| 4.  | Täterqualifikation des § 266a I, II StGB  | 104 |
|   | a.) Arbeitgeber   | 104 |
|   | b.) Scheinselbstständiger   | 106 |
| 5.  | Vorenthaltung der Arbeitnehmerbeiträge<br>zur Sozialversicherung – § 266a I StGB  | 110 |
|   | a.) Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung                                     | 110 |
|   | b.) Vorenthalten der Arbeitnehmeranteile  | 111 |
| 6.  | Nichtentrichten der Arbeitgeberanteile<br>zur Sozialversicherung – § 266a II StGB | 116 |
|   | a.) Allgemeines   | 116 |
|   | b.) Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung                                      | 117 |
|   | c.) Unrichtige oder unvollständige Angaben<br>gegenüber der Einzugsstelle         | 117 |
|   | d.) Täuschung der Einzugsstelle durch<br>pflichtwidriges Unterlassen              | 121 |
|   | e.) Erfolg der Handlung   | 122 |
| 7.  | Vorsatz   | 122 |
| 8.  | Strafbarkeit bei Insolvenz  | 123 |
|   | a.) § 266a II StGB versus § 64 II GmbHG   | 123 |
|   | b.) Streitstand   | 124 |
|   | aa.) Vorrang der Beitragszahlungspflicht  | 124 |
|   | bb.) Omissio libera in causa und<br>omissio libera in omittendo                   | 126 |
|   | cc.) Kongruente und inkongruente<br>Befriedigung                                  | 131 |
|   | dd.) Temporärer Rechtfertigungsgrund<br>§ 64 II GmbHG                             | 132 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
|     | ee.) Vollständiges Zahlungsverbot<br>basierend auf § 64 II GmbHG  | 133 |
|     | c.) Stellungnahme   | 134 |
|     | aa.) Rechtliche Betrachtung   | 139 |
|     | bb.) Wirtschaftliche Betrachtung  | 141 |
| 9.  | Absehen von Strafe  | 145 |
| 10. | Besonders schwere Fälle   | 146 |
|     | a.) Aus groben Eigennutz in einem<br>großen Ausmaß Beiträge vorenthält –<br>§ 266a IV S. 2 Nr. 1 StGB         | 147 |
|     | b.) Nachgemachte oder verfälschte Belege<br>zur fortgesetzten Begehung –<br>§ 266a IV S. 2 Nr. 2 StGB         | 149 |
|     | c.) Die Mithilfe eines Amtsträgers ausnutzt,<br>der seine Stellung missbraucht –<br>§ 266a IV S. 2 Nr. 3 StGB | 150 |
| 11. | Konkurrenzen  | 151 |
| II. | Betrug – § 263 StGB   | 152 |
| 1.  | Rechtsgut   | 152 |
| 2.  | Betrug des Arbeitnehmers gegenüber und<br>zu Lasten der Sozialversicherung                                    | 153 |
|     | a.) Objektiver Tatbestand   | 153 |
|     | aa.) Täuschungshandlung   | 153 |
|     | bb.) Garantenstellung   | 154 |
|     | cc.) Irrtum   | 157 |
|     | dd.) Vermögensverfügung und Schaden   | 158 |
|     | b.) Subjektiver Tatbestand  | 159 |
| 3.  | Betrug des Arbeitnehmers gegenüber und<br>zu Lasten des Arbeitgebers  | 160 |
|     | a.) Schwarzarbeit während<br>der Arbeitsunfähigkeit   | 160 |
|     | b.) Schwarzarbeit während der Freizeit  | 160 |
| 4.  | Betrug des selbstständig tätigen Schwarzarbeiters<br>gegenüber und zu Lasten des Auftraggebers                | 161 |
|     | a.) Objektiver Tatbestand   | 162 |
|     | aa.) Täuschungshandlung   | 162 |
|     | bb.) Irrtum   | 162 |
|     | cc.) Kausalität zwischen Irrtum<br>und Vermögensverfügung   | 163 |
|     | dd.) Vermögensschaden   | 164 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
|      | b.) Subjektiver Tatbestand   | 168 |
| 5.   | Betrug des Arbeitgebers gegenüber der Einzugsstelle der Sozialversicherungsbeiträge und zu Lasten der Sozialversicherung | 168 |
|      | a.) Objektiver Tatbestand  | 169 |
|      | aa.) Täuschungshandlung  | 169 |
|      | bb.) Irrtum  | 169 |
|      | cc.) Vermögensverfügung  | 172 |
|      | dd.) Vermögensschaden  | 173 |
|      | b.) Subjektiver Tatbestand   | 175 |
| 6.   | Betrug des Auftraggebers gegenüber und zu Lasten der Unfallversicherung  | 176 |
| 7.   | Betrug im besonders schweren Fall  | 176 |
| 8.   | Beihilfe zum Betrug  | 180 |
| III. | Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen – § 9 SchwarzArbG   | 181 |
| 1.   | Systematik   | 181 |
| 2.   | Tatbestand   | 182 |
|      | a.) Handlungen der §§ 9 i. V. m. § 8 I Nr. 1 SchwarzArbG   | 182 |
|      | b.) Erbringen von Dienst- und Werkleistungen in erheblichem Umfang   | 184 |
|      | aa.) Dienst- und Werkleistungen  | 184 |
|      | bb.) Begriff des erheblichen Umfangs   | 185 |
|      | c.) Leistungsbewirkung   | 193 |
|      | d.) Subjektive Komponente  | 193 |
|      | e.) Ausschluss des Tatbestandes  | 194 |
|      | aa.) Angehörige und Lebenspartner  | 194 |
|      | bb.) Nachbarschaftshilfe   | 195 |
|      | cc.) Selbsthilfe im Wohnungsbau  | 196 |
|      | dd.) Gefälligkeit  | 196 |
|      | ee.) Nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet   | 197 |
| 3.   | Teilnahme des Auftraggebers  | 198 |
| 4.   | Verhältnis zu anderen Strafnormen  | 199 |
| IV.  | Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen – § 10 SchwarzArbG                   | 200 |
| 1.   | Systematik   | 200 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 2.   | Tatbestand des § 10 I SchwarzArbG   | 201 |
| a.)  | Täterqualifikation  | 201 |
| b.)  | Beschäftigung eines Ausländers  | 201 |
| c.)  | Ausbeuterische Arbeitsbedingungen   | 204 |
| d.)  | Vorsatz   | 207 |
| 3.   | Besonders schwerer Fall – § 10 II SchwarzArbG                                       | 208 |
| V.   | Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung im größeren Umfang – § 11 SchwarzArbG | 210 |
| 1.   | Systematik  | 210 |
| 2.   | Ausländerbegriff  | 210 |
| 3.   | Gleichzeitiges Beschäftigen von mehr als fünf Ausländern                            | 211 |
| 4.   | Beharrliches Wiederholen  | 211 |
| a.)  | Beschäftigung eines Ausländers  | 212 |
| b.)  | Nachgehen einer Tätigkeit ohne Arbeitserlaubnis                                     | 212 |
| 5.   | Strafschärfung  | 212 |
| VI.  | Lohnwucher – § 291 I S. 1 Nr. 3 StGB  | 213 |
| 1.   | Schutzzweck   | 213 |
| 2.   | Objektiver Tatbestand   | 214 |
| a.)  | Geleistete Arbeit als sonstige Leistung   | 214 |
| b.)  | Ausbeuten einer Schwächesituation   | 214 |
| aa.) | Schwächesituationen   | 214 |
| bb.) | Ausbeutung  | 217 |
| c.)  | Auffälliges Missverhältnis  | 218 |
| d.)  | Gewähren oder sich versprechen lassen   | 219 |
| 3.   | Subjektiver Tatbestand  | 220 |
| 4.   | Besonders schwere Fälle   | 220 |
| a.)  | Wirtschaftliche Not   | 220 |
| b.)  | Gewerbsmäßigkeit  | 221 |
| 5.   | Konkurrenzen  | 221 |
| VII. | Straftaten nach dem AÜG – §§ 15, 15a AÜG  | 223 |
| 1.   | Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung   | 223 |
| a.)  | Arbeitnehmerüberlassung   | 223 |
| b.)  | Gewerbsmäßigkeit  | 225 |
| 2.   | Ohne erforderliche Genehmigung oder Aufenthaltstitel                                | 226 |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| 3.    | Verleih von ausländischen Leiharbeitern<br>ohne Genehmigung – § 15 AÜG | 226 |
|       | a.) Weitere Tatbestandsmerkmale  | 226 |
|       | b.) Besonders schwere Fälle  | 227 |
| 4.    | Entleih von Ausländern ohne<br>Genehmigung – § 15a AÜG                 | 227 |
|       | a.) Weitere Tatbestandsmerkmale<br>des § 15 a I S. 1 AÜG               | 227 |
|       | b.) Weitere Tatbestandsmerkmale<br>des § 15a II AÜG                    | 229 |
|       | c.) Besonders schwere Fälle  | 229 |
| 5.    | Kritik an dem Verhältnis der<br>Strafnormen zueinander                 | 230 |
| 6.    | Konkurrenzen   | 233 |
| VIII. | Steuerhinterziehung – § 370 AO   | 234 |
| 1.    | Rechtsgut  | 234 |
| 2.    | Tatbestand   | 234 |
|       | a.) Tathandlungen  | 234 |
|       | aa.) Tathandlung nach § 370 I Nr. 1 AO                                 | 235 |
|       | bb.) Tathandlung nach § 370 I Nr. 2 AO                                 | 235 |
|       | b.) Taterfolg  | 237 |
|       | c.) Vorsatz  | 239 |
| 3.    | Besonders schwere Fälle  | 239 |
|       | Ergebnisse   | 241 |
|       | Literatur  | 245 |
|       | Stichwortverzeichnis   | 263 |





## Abkürzungsverzeichnis

|                        |  |
|------------------------|--|
| AEntG                  | Arbeitnehmer-Entsendegesetz  |
| AO                     | Abgabenordnung   |
| AP                     | arbeitsrechtliche Praxis   |
| ArbR                   | Arbeitsrecht   |
| AÜG                    | Arbeitsüberlassungsgesetz  |
| AuR                    | Arbeit und Recht   |
| BAGE                   | Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts  |
| BB                     | Betriebsberater  |
| BGBL                   | Bundesgesetzblatt  |
| BGHSt                  | Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen                                    |
| BGHZ                   | Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen                                    |
| BSGE                   | Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts   |
| BT-Drs.                | Bundestagsdrucksache   |
| BVerfGE                | Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts  |
| BVerwGE                | Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts  |
| DB                     | Der Betrieb  |
| DEÜV                   | Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung |
| DStR                   | Deutsches Steuerrecht  |
| eiro                   | European Foundation for the improvement of living and working conditions                       |
| EK – <i>Bearbeiter</i> | Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Auflage, herausgegeben von <i>Dietrich, Thomas</i>     |
| EuGHE                  | Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichtshofs  |
| EWiR                   | Entscheidungen im Wirtschaftsrecht   |

|  |   |
|--|---|
| FS   | Festschrift   |
| GA   | Goltdammer's Archiv für Strafrecht  |
| GewArch  | Gewerbe Archiv  |
| GmbHHR   | GmbH-Rundschau  |
| GS   | Gedächtnisschrift   |
| Hb. ArbStR                                     | Handbuch Arbeitsstrafrecht  |
| Hb. POR  | Handbuch des Polizeirechts  |
| Hb. SteuStR                                    | Steuerstrafrecht, Handbuch  |
| Hb. WiSteuR                                    | Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts   |
| Hb. WiStR                                      | Handbuch Wirtschaftsstrafrecht  |
| HZA – <i>Bearbeiter</i>                        | Handbuch zum Arbeitsrecht, herausgegeben von <i>Leinemann, Hartmut</i>  |
| ifm  | Institut für Mittelstandsforschung  |
| iw-trends                                      | Zeitschrift zur empirischen Wirtschaftsforschung des Institutes der deutschen Wirtschaft Zugriff über <i>www.iwkoeln.de</i> |
| JA   | Juristische Arbeitsblätter  |
| Jb.  | Jahrbuch  |
| JR   | Juristische Rundschau   |
| JurBüro  | Juristisches Büro   |
| JuS  | Juristische Schulung  |
| JZ   | Juristenzeitung   |
| KK – <i>Bearbeiter</i> ,<br>StPO               | Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Auflage, herausgegeben von <i>Pfeiffer, Gerd</i>                           |
| KÖSDI  | Kölner Steuerialog  |
| KSK – <i>Bearbeiter</i>                        | Kasseler Kommentar zum Sozialgesetzbuch, herausgegeben von <i>Niesel, Klaus</i>   |
| LStDV  | Lohnsteuerdurchführungsverordnung   |
| LK <sup>10</sup> – <i>Bearbeiter</i> ,<br>StGB | Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Auflage, herausgegeben von <i>Jeschke, Hans-Heinrich / Ebermayer, Ludwig</i>   |
| LK – <i>Bearbeiter</i> ,<br>StGB               | Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Auflage, herausgegeben von <i>Jähnke, Burkhard</i>                             |
| LR – <i>Bearbeiter</i> ,<br>StPO               | Löwe-Rosenberg, Strafprozessordnung, 25. Auflage, 1997-2004   |

|  |  |
|--|--|
| M / K / S                                    | <i>von Mangoldt / Klein / Starck</i>   |
| MDR  | Monatsschrift für Deutsches Recht  |
| MH – <i>Bearbeiter</i> ,<br>ArbR             | Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, herausgegeben von Richardi, Reinhard                                      |
| MK <sup>3</sup> – <i>Bearbeiter</i> ,<br>BGB | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, herausgegeben von <i>Rebmann, Kurt / Säcker, Franz-Jürgen</i> |
| MK – <i>Bearbeiter</i> ,<br>BGB              | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, herausgegeben von <i>Rebmann, Kurt / Säcker, Franz-Jürgen</i> |
| MK – <i>Bearbeiter</i> ,<br>StGB             | Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, herausgegeben von <i>Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus</i>                        |
| NJW  | Neue Juristische Wochenschrift   |
| NJW-RR                                       | Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport   |
| NK – <i>Bearbeiter</i> ,<br>StGB             | Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, herausgegeben von <i>Kindhäuser, Urs</i>                                  |
| NStZ   | Neue Zeitschrift für Strafrecht  |
| NStZ-RR                                      | Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport  |
| NVwZ   | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht  |
| NVwZ-RR                                      | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport  |
| NWB  | Neue Wirtschaftsbriefe   |
| NZA  | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht  |
| NZA-RR                                       | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport  |
| NZI  | Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht  |
| NZV  | Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht   |
| POR  | Polizei- und Ordnungsrecht   |
| PStR   | Praxis Steuerrecht   |
| RdA  | Recht der Arbeit   |
| Rsp.   | Rechtsprechung   |

|                                  |   |
|----------------------------------|---|
| SK – <i>Bearbeiter</i> ,<br>StGB | Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,<br>herausgegeben von <i>Rudolphi, Hans-Joachim</i> , u.a. |
| SK – <i>Bearbeiter</i> ,<br>StPO | Systematischer Kommentar zur Strafprozessord-<br>nung, herausgegeben von <i>Rudolphi, Hans-Joachim</i>  |
| StV                              | Strafverteidiger  |
| SVS                              | Schriften des Vereins für Socialpolitik   |
| T / F                            | Tröndle/ Fischer  |
| VersR                            | Versicherungsrecht  |
| WD-ZfWP                          | Wirtschaftsdienst – Zeitschrift für Wirtschaftspoli-<br>tik   |
| WiB                              | Wirtschaftsrechtliche Beratung  |
| WiSt                             | Wirtschaftswissenschaftliches Studium   |
| wistra                           | Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht   |
| WiVerwR                          | Wirtschaftsverwaltungsrecht   |
| WuV                              | Wirtschaft und Verwaltung   |
| ZfA                              | Zeitschrift für Arbeitsrecht  |
| ZfBR                             | Zeitschrift für deutsches und internationales<br>Baurecht   |
| ZFdG                             | Zollfahndungsdienstgesetz   |
| ZfWP                             | Zeitschrift für Wirtschaftspolitik  |
| ZfZ                              | Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern   |
| ZIP                              | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht  |
| ZRP                              | Zeitschrift für Rechtspolitik   |

## Einleitung

Kaum ein Thema hat die öffentliche Debatte in den letzten Jahren mehr erregt als das der Schwarzarbeit und deren Bekämpfung. Die Diskussion wurde insbesondere durch die Einführung des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der damit zusammenhängenden Steuerhinterziehung vom 23.4.2004 (BGBl. I, 1842) entfacht. Dabei wurden vor allem Befürchtungen geäußert, dass die Verfolgung der Schwarzarbeit nun auf den privatwirtschaftlichen Sektor ausgedehnt würde, d. h. die Beschäftigung von Putzfrauen nun als Schwarzarbeit zu deklarieren<sup>1</sup> und umfassende Durchsuchungen auch im privaten Bereich zu befürchten seien.<sup>2</sup> Zur Bekämpfung der Schwarzarbeit dient nach dem Willen des Gesetzgebers primär das Strafrecht. Deshalb wurde es auch in Hinblick auf die Schwarzarbeit ständig verschärft und angepasst.<sup>3</sup> Durch das Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.7.2002<sup>4</sup> wurde § 266a StGB durch Regelbeispiele erweitert, zudem wurden Streitigkeiten um die Auszahlung von Arbeitslohn durch die Formulierung des Tatbestandes gelöst. Das SchwarzArbG wurde mit neuen Rechtsfolgen versehen und die einschlägigen Vorschriften in den Sozialgesetzbüchern novelliert. Zudem wurde der Zugang der Behörden zur Erlangung von Auskünften erleichtert. Mit dem Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23.4.2004<sup>5</sup> wurde die Bekämpfung der Schwarzarbeit erneut reformiert. Das SchwarzArbG wurde novelliert und die Ahndung der Schwarzarbeit, insbesondere die Straftatbestände um die illegale Beschäftigung von Ausländern, die bisher auch im SGB III a.F. normiert waren, in das SchwarzArbG transferiert. Der Gesetzgeber definierte erstmalig die Schwarzarbeit und änderte die Wertungen in Bezug auf kleine Gefällig-

<sup>1</sup> BT, stenografischer Bericht, 15. Wahlperiode, S. 8491.

<sup>2</sup> BT, stenografischer Bericht, 15. Wahlperiode, S. 8484.

<sup>3</sup> Vgl. Gesetz in der Fassung vom 15.12.1981 (BGBl. I, 1390); Gesetz in der Fassung vom 26.7.1994 (BGBl. I, 1792); Gesetz in der Fassung vom 23.7.2002 (BGBl. I, 2787); Gesetz in der Fassung vom 23.7.2004 (BGBl. I, 1842).

<sup>4</sup> BGBl. I, 2787.

<sup>5</sup> BGBl. I, 1842.

keiten von Nachbarn und Verwandten. Zudem unterzog er die Regelungen einigen Änderungen und stattete die Ermittlungsbehörden mit weiteren Befugnissen aus. Der Straftatbestand des § 9 SchwarzArbG entstand neu. Mit der Einführung des Gesetzes ging auch eine Änderung des § 266a I StGB einher. Nunmehr wurde auch die Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen unter Strafe gestellt. Die Änderungen des Sozialrechts, insbesondere die der Fälligkeit der Beiträge zur Sozialversicherung, hatten ebenso Auswirkungen auf die Ahndung der Schwarzarbeit. Die Diskussion ist auch in der Wirtschaftswissenschaft äußerst rege.<sup>6</sup> Etliche Untersuchungen prüfen das Verhältnis der Schattenwirtschaft und der Schwarzarbeit zum Bruttoinlandsprodukt. Empirische Untersuchungen werden primär von *Friedrich Schneider* (Universität Linz) und *Dominik Enste* (Institut der deutschen Wirtschaft Köln) durchgeführt. Der rapide Anstieg von Missbüchern dieser Art bis zum Jahre 2003 wurde vor allem in der Politik heftig diskutiert. Die Zunahme der Schattenwirtschaft wird dabei für eine Reihe von Problemen, wie der Zunahme der Arbeitslosigkeit, der steigenden Staatsverschuldung und dem wachsenden Defizit in den Sozialversicherungskassen, verantwortlich gemacht.<sup>7</sup>

Diese Arbeit prüft u. a., ob dem tatsächlich so ist. Überdies werden das Ausmaß, die Ursachen und die Folgen der Schwarzarbeit dargestellt. Dabei wird auch kurz auf die einzelnen Untersuchungsmethoden und Herangehensweisen eingegangen. Diese sollen allerdings nur einen Überblick geben und haben nicht den Anspruch, vollständig zu sein. Ein nicht unwesentlicher Teil der Arbeit befasst sich mit den Forderungen des Schrifttums nach umfangreichen Änderungen des neuen SchwarzArbG. Zudem wird die Frage untersucht, ob das SchwarzArbG überhaupt ökonomisch sinnvoll ist. Für die ökonomische Untersuchung werden die Grundsätze der ökonomischen Analyse des Rechts, insbesondere das Effizienz-Kriterium, herangezogen.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Bhattacharyya*, The Economic Journal 1999, F 348 ff.; *Dixon*, The Economic Journal 1999, F 335 ff.; *Enste / Schneider*, WD-ZfWP 2006, 185 ff. und WD-ZfWP 2006, 196 ff.; *Giles*, The Economic Journal 1999, F 370 ff.; *Koch*, WD-ZfWP 2006, 192 ff. und WD-ZfWP 2005, 715 ff.; *Tanzi*, The Economic Journal 1999, F 338 ff.; *Thomas*, The Economic Journal 1999, F 381 ff.

<sup>7</sup> Bundesministerium für Arbeit, Illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit schaden uns allen, S. 6/7. Sozialversicherung meint hier die Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie die Arbeitslosenversicherung, obwohl diese gem. §§ 3 II, 19 SGB I zum Arbeitsförderungsrecht gehört (*Waltermann*, Sozialrecht, Rdn. 94).

<sup>8</sup> Siehe 2. Teil, III und Teil 3, I, 8, c, bb.

Der Hauptteil der Arbeit befasst sich mit dem nach dem SchwarzArbG definierten Verhalten und dessen Sanktionierung mit dem klassischen Strafrecht. Das Recht der Ordnungswidrigkeiten soll nur am Rande behandelt werden. Auf die genannten Reformen wird an entsprechender Stelle eingegangen. In die Erörterungen wurden auch die Strafbarkeit nach dem AÜG und der Lohnwucher nach § 291 StGB einbezogen, da diese mit dem Schwarzarbeitergesetz und der Strafbarkeit der Schwarzarbeit in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Die Strafbarkeit nach der AO wird nur kurz und die Probleme bei der Anwendung des § 370a AO werden nur teilweise im Rahmen der Argumentation angeschnitten. Bei der Überprüfung der Strafbarkeit wurden ebenfalls die ökonomischen Erwägungen berücksichtigt. Ziel ist es, eine andere Sichtweise als die rein juristische aufzuzeigen und dem Leser zu verdeutlichen, dass bei der Auslegung von Rechtsbegriffen, bei der Argumentation und bei der Anwendung von Strafschärfungen ökonomische Gesichtspunkte durchaus Berücksichtigung finden können und auch Berücksichtigung finden sollten. Ferner wird dargestellt, dass ein SchwarzArbG zwar notwendig, aber nicht die „optimale Waffe“ gegen die Schwarzarbeit ist.

## Erster Teil

# Die Schwarzarbeit als Phänomen

## I. Begrifflichkeiten

### 1. Schattenwirtschaft als Untersuchungsgröße in der Wirtschaftswissenschaft

In der juristischen Literatur werden Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft häufig synonym verwendet.<sup>9</sup> Die Wirtschaftswissenschaften unterscheiden hingegen den Begriff der Schattenwirtschaft und der Schwarzarbeit. Die Begrifflichkeit der Schattenwirtschaft ist allerdings nicht unumstritten.<sup>10</sup> Schattenwirtschaft wird als die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Betätigungen, die nicht amtlich erfasst werden, bezeichnet.<sup>11</sup> Darin werden nicht nur Dienstleistungen erfasst, die sich als Leistungsmissbrauch darstellen oder gegen die Handwerks- oder Gewerbeordnung, gegen die Abgabenordnung oder die Meldepflicht verstoßen. Auch Geschäfte, die durch Hehlerei, Drogen- und Menschenhandel sowie Schmuggel getätigt werden, werden der Schattenwirtschaft zugeordnet.<sup>12</sup> Diese Aktivitäten gehören dem sog. informellen Sektor an.<sup>13</sup>

Um die Begrifflichkeiten zu klären, soll das System kurz dargestellt werden. Die hier vorgenommene Definition orientiert sich an der von

<sup>9</sup> So bei *Schmidt*, Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, S. 2.

<sup>10</sup> *Cassel / Caspers*, WiSt 1984, 1 (2); *Tuchfeldt*, ZfWP 1984, 13 (15); *Mückl*, Schattenwirtschaft: Entstehungsursachen, Umfang, Auswirkungen, in: *Eser / Müller*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, S. 9 (10).

<sup>11</sup> *Hösli*, Schwarzarbeit, S. 31 f.; *Enste*, iw-trends, Heft 4/03, 2.

<sup>12</sup> *Enste*, iw-trends, Heft 4/03, 2, *Hösli*, Schwarzarbeit, S. 29.

<sup>13</sup> *Enste / Schneider*, Journal of Economic Literature 2000, 77 (79).



*Enste* und *Schneider*.<sup>14</sup> Ausgangspunkt für die Unterscheidung zwischen den einzelnen Sektoren ist, dass die Volkswirtschaft zweigeteilt ist.<sup>15</sup> Es wird zwischen einem offiziellen und einem inoffiziellen Sektor unterschieden.<sup>16</sup> Dabei fallen alle Transaktionen und Aktivitäten, die staatlich administriert und besteuert werden, in den offiziellen Sektor, mithin solche Unternehmungen, die zur Berechnung des Bruttoinlandsproduktes herangezogen werden.<sup>17</sup>

Zum inoffiziellen Sektor gehören alle Aktivitäten, die nicht für die Berechnung des Bruttoinlandsproduktes herangezogen werden, obwohl sie zur gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung beitragen.<sup>18</sup> Dem inoffiziellen Sektor werden der Haushaltssektor, der irreguläre und der kriminelle Sektor zugewiesen.<sup>19</sup> Im Haushaltssektor werden Dienstleistungen legal erstellt, die auf dem Markt allerdings nicht gehandelt und damit nicht zur Berechnung des BIP herangezogen werden.<sup>20</sup>

Der kriminelle Sektor, auch als Untergrundwirtschaft bezeichnet, ist dadurch geprägt, dass die Dienstleistungen und Waren illegal gehandelt werden und dass deren Ausführung bzw. Erstellung ebenfalls illegal erfolgt,<sup>21</sup> weil gegen z. B. Menschenrechte verstoßen (Menschenhandel) oder die Gesundheit in nicht unerheblichem Maße beeinträchtigt wird (Drogenhandel). Die im kriminellen Sektor der Volkswirtschaft erbrachten Leistungen werden weder im juristischen noch im wirtschaftswissenschaftlichen Sinn als Schwarzarbeit betrachtet.

Der irreguläre Sektor ist dadurch geprägt, dass legale Güter bzw. Dienstleistungen durch illegale Ausführungsweisen erbracht werden. Problematisch ist dabei, dass diese Aktivitäten oftmals als legitim angesehen werden. Der irreguläre Sektor ist der, der in der Wirtschafts-

<sup>14</sup> *Enste / Schneider*, Journal of Economic Literature 2000, 77 (79); *Enste / Schneider*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit S. 7 f.; *Enste / Schneider*, WD-ZfWP 06, 185; *Enste*, iw-trends, Heft 4/03, 2, 3; *Enste / Schneider*, Schattenwirtschaft und irreguläre Beschäftigung, Irrtümer, Zusammenhänge und Lösungen, S. 4.

<sup>15</sup> *Tuchtfeldt*, ZfWP 1984, 13 (17/18).

<sup>16</sup> *Enste*, Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, S. 8.

<sup>17</sup> *Ballarini / Buschmann (Projektleiter)*, Abschlussbericht, ifm, 5.

<sup>18</sup> *Enste*, iw-trends, Heft 4/2003, 3.

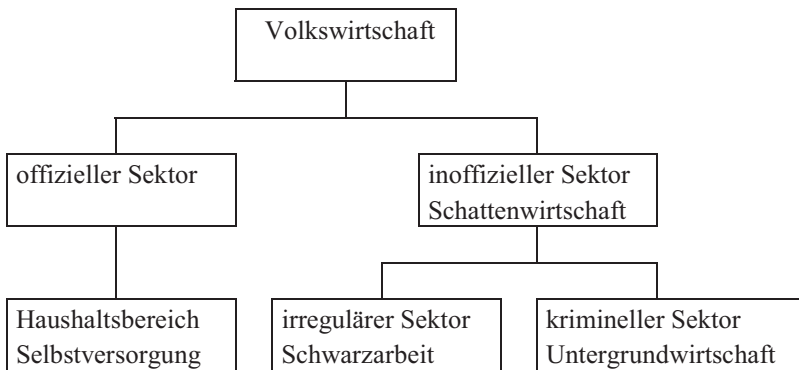
<sup>19</sup> *Enste*, iw-trends, Heft 4/2003, 3.

<sup>20</sup> Wie Nachbarschaftshilfen, Eigenarbeiten, Reparaturen, Selbsthilfeorganisationen, ehrenamtliche Tätigkeiten.

<sup>21</sup> *Enste*, iw-trends, Heft 4/2003, 3.

wirtschaft als Schwarzarbeit bezeichnet wird und den auch § 1 SchwarzArbG als Schwarzarbeit ausweist.<sup>22</sup>

In der wirtschaftsrechtlichen Literatur ist nicht ganz eindeutig, ob die Schattenwirtschaft mit dem inoffiziellen Sektor gleichzusetzen ist<sup>23</sup> oder die Schattenwirtschaft nur durch den irregulären und kriminellen Sektor geprägt wird<sup>24</sup>. Dies ist jedoch für die juristische Betrachtungsweise nicht von Bedeutung und soll nicht weiter ausgeführt werden. Zudem wird darüber gestritten, ob zwischen irregulärem und kriminellen Sektor überhaupt unterschieden werden soll.<sup>25</sup> Auch diese Frage ist nur zweitrangig von juristischer Bedeutung. Es besteht Einigkeit, dass diese Sektoren der Schattenwirtschaft zuzuordnen sind. Ein Schaubild soll die gerade erklärten Begrifflichkeiten noch einmal visualisieren:



**Abbildung 1 in Anlehnung an: *Enste, iw-trends* Heft 4/2003, 2; *Enste, Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel*, S. 7**

Wenn in dieser Arbeit von Schattenwirtschaft die Rede ist, so meint dies, dass der Haushaltssektor, der irreguläre und der kriminelle Sektor dieser Begrifflichkeit unterfallen.

<sup>22</sup> *Enste, iw-trends*, Heft 4/2003, 3; *Enste / Schneider*, Schattenwirtschaft und irreguläre Beschäftigung, Irrtümer, Zusammenhänge und Lösungen S. 4.

<sup>23</sup> *Cassel / Caspers*, WiSt 1984, 1 (2); *Ballarini / Buschmann (Projektleiter)*, Abschlussbericht ifm 2003, 5.

<sup>24</sup> *Enste, iw-trends*, Heft 4/2003, 3; *Enste / Schneider*, Schattenwirtschaft und irreguläre Beschäftigung, Irrtümer, Zusammenhänge und Lösungen S. 4.

<sup>25</sup> *Koch*, WD-ZfWP 2006, 192.