

BUH e.V., Artilleriestr. 6, 27283 Verden



## Auszug aus der BUH Stellungnahme zu Verfassungsbeschwerden gegen Durchsuchungen wegen angebliche unerlaubter Handwerksausübung

BUH e.V.

Bundesgeschäftsstelle  
Artilleriestr. 6  
27283 Verden

Tel.: 04231 / 95 666 79  
Fax.: 04231 / 95 666 81

---

Verden, Mai 2007

Zu verschiedenen Verfassungsbeschwerden zu Hausdurchsuchungen wegen angeblich unerlaubter Handwerksausübung hatte das Bundesverfassungsgericht den BUH um eine Stellungnahme gebeten.

In dem Anschreiben des Bundesverfassungsgerichts hieß es:

„Es wird gebeten insbesondere zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse im Hinblick auf eine richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung erkennen lassen müssen, ob und inwieweit der Anfangsverdacht sich auf eine Ordnungswidrigkeit nach § 117 Abs. 1 HandwO oder auf eine nach § 1 Abs. 1 SchwarzArbG stützt.“

Der BUH hat dies zum Anlass genommen nicht nur die Frage Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen nach § 117 Abs. 1 HandwO und § 1 Abs. 1 SchwarzArbG a.F. zu erörtern, sondern grundsätzlich die Verhältnismäßigkeit von hohen Geldbußen bei Ordnungswidrigkeiten zu erörtern.

Die Ausführungen beziehen sich auf das Gesetzeslage 2002. Das Schwarzarbeitsgesetz wurde 2004 grundlegend überarbeitet. Die alte Bestimmung § 1 Abs. 1 SchwarzArbG a.F. findet sich nun in § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG.

Zu der Frage des Bundesverfassungsgerichts hat der BUH in seiner Stellungnahme wie folgt geantwortet:

### ***I. Zu der von Ihnen gestellten Rechtsfrage***

Selbstverständlich muss die richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung erkennen lassen, ob sich der Tatverdacht auf eine Ordnungswidrigkeit nach § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO oder auf eine nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwArbG stützt. Denn es handelt sich um teilweise unterschiedliche Tatbestände (ohne oder mit „erheblichem Umfang“ der Dienst- oder Werkleistungen).

Dieser Unterschied rechtfertigt es aber keinesfalls, den Rahmen der Geldbußen-Androhung auf das Zehnfache (!) (bis zu 100.000 Euro (SchwArbG) statt bis zu 10.000 Euro (HwO) anzuheben, wenn man zum Vergleich die Strafschärfungen bei „Gewerblichkeit“ im StGB heranzieht (z.B. § 243 Abs. 1 S.2. Nr. 3; § 253 Abs. 4 S.2 1. Alt.; § 260 Abs. 1 Nr. 1; § 260 a Abs. 1; § 263 Abs. 3 S.2 Nr. 1 1. Alt; hier ist etwa eine Verdoppelung des Strafrahmens gegenüber dem Grunddelikt festzustellen).

Im Übrigen sind sowohl § 117 Abs. 1 HwO als auch § 1 SchwArbG aus mehreren Gründen verfassungswidrig : Die Kriterien für die Bemessung der Höhe von Strafen und Geldbußen sind im Strafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht unterschiedlich. Bereits die

Verschiedenbehandlung als solche lässt sich nicht rechtfertigen. Zudem verstoßen die Kriterien für die Bemessung der Geldbußen im Ordnungswidrigkeitenrecht gegen den Schuldgrundsatz. Die Höhe der Geldbußen in § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO und in § 1 SchwArbG *überschreiten* im übrigen das sich aus dem Verhältnis von Vergehen zu Ordnungswidrigkeiten ergebende Höchstmaß für (die nachrangigen) Ordnungswidrigkeiten. Zu Gunsten geringerwertiger Schutzzwecke dürfen den Bürgern auch nur geringere Einbußen ihrer Freiheit auferlegt werden. Auch dürfen ihre verfahrensmäßigen Schutzmechanismen, so wie sie im Rahmen des Normal-Strafrechts bestehen, – erst recht – nicht im nachrangigen Ordnungswidrigkeitenrecht eingeschränkt werden! Das gesamte Strafrecht - Normalstrafrecht mit Verbrechen und Vergehen sowie das Ordnungswidrigkeitenrecht - kann nur einheitlichen Grundsätzen folgen. Verschärfungen irgendwelcher Art sind nur bei entsprechend schwerer wiegenden Taten möglich.

Die weit überzogenen Geldbußen-Rahmen in § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO und in § 1 SchwArbG führen zu einer deutlichen bis ganz massiven Überzeichnung des Vorwurfs an den Täter und zu einer Fehleinschätzung der Bedeutung der konkreten Straftat z.B. im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsprüfungen hinsichtlich einer Hausdurchsuchung; diese Bedeutung darf ausschließlich aus der persönlichen Schuld des Täters abgeleitet werden. Bereits von der Deliktskategorie her sind Ordnungswidrigkeiten grundsätzlich keine ausreichend schwer wiegenden Taten, als dass sie eine Durchsuchung rechtfertigen könnten. Falls überhaupt bei Zugrundelegen der Unschuldsvermutung ein hinreichender Tatverdacht für das Vorliegen des objektiven Tatbestandes und des Vorsatzes angenommen werden könnte (was in der Regel nicht der Fall sein dürfte), so schließt die regelmäßig zu erwartende nur geringe Schuld der „Schwarzarbeiter“ (wegen der Abgrenzungsprobleme zur legalen Gewerbetätigkeit) die Verhältnismäßigkeit einer Hausdurchsuchung fast immer aus.

Im übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass auch § 6 Abs.2 SchwArbG verfassungswidrig ist, da er ein eigenständiges finanzielles Interesse der Verwaltungsbehörden in Städten und Kreisen, die sich seit Jahren in erheblicher Finanznot befinden, begründet, sich durch Verfolgungsmaßnahmen zusätzliche Einnahmen zu verschaffen.

Im Einzelnen :

1. a) Gemäß § 46 StGB gilt :

(Abs. 1) „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen“.

(Abs. 2) „Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht .....“

(Abs. 3) „Umstände, die schon Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden“ (Unterstreichung durch den BUH).

Die Bedeutung der Tat und ihre Auswirkungen spielen also keine Rolle für die Strafzumessung nach StGB. Die Fragen des Verfalls und der Einziehung der durch die Tat erlangten Vorteile werden in den §§ 73 ff StGB separat geregelt.

Dies entspricht dem Schuldgrundsatz (*"Keine Strafe ohne entsprechende Schuld"*), der Verfassungsrang hat. Er ist an der Idee der Gerechtigkeit orientiert und findet seine Grundlage im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) und in der Menschenwürde (Art. 1 GG) (vgl. BVerfGE 50, 205 (214) = NJW 1979, 1039 m.w.Nachw.). Das bedeutet, dass Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen (vgl. BVerfG vom 15.06.1989 – 2 BvL 4/87 – in NJW 1990, 37 (38); BVerfGE 25, 269 (286) = NJW 1969, 1059).

b) Gemäß § 12 StGB ist für die Einordnung der Straftaten in die Deliktskategorien Verbrechen oder Vergehen ausschließlich das Regel-Strafmass entscheidend. Da das

Strafmass entsprechend den §§ 46 ff und 73 ff StGB nur auf die persönliche Schuld des Täters abhebt und ausdrücklich nicht auf die durch die Tat erlangten Vorteile, ist also auch für den Vergleich der Straftaten im Einzelfall und ihre Einstufung als schwerer wiegend oder weniger schwer wiegend im Rahmen des StGB nur die persönliche Schuld des Täters entscheidend, nicht die Bedeutung der Tat oder *ihrer* Auswirkungen.

- c) Dies gilt auch für die Geldstrafe, die sich gemäss § 40 StGB zwischen fünf und dreihundertsechzig vollen Tagessätzen bewegen kann. Bei Regel-Jahres-Nettoeinkommen von 10.000 – 30.000 Euro für die hier ausschlaggebende Gruppe der wegen angeblicher „Schwarzarbeit“ Verfolgten bedeutete dies entsprechende Höchstsätze der Geldstrafe nach § 40 StGB von 10.000 - 30.000 Euro. Die Regel-Geldstrafen dürften dann in der Größenordnung von einem Viertel der Höchstsätze liegen, d.h. bei 2.500 – 7.500 Euro für Vergehen nach StGB.
- d) Da es sich bei Ordnungswidrigkeiten wesensgemäß um Taten geringerer Strafwürdigkeit handelt als bei Vergehen (und erst recht bei Verbrechen) gemäß § 12 StGB, dürfen für Ordnungswidrigkeiten auch nur geringere Geldbußen vorgesehen werden. Sowohl nach den Höchstsätzen als auch nach den praktizierten Regelbußen müssen sie deutlich unter den vorgenannten Sätzen für Geldstrafen nach dem StGB liegen, wenn man gleiche Bemessungsgrundsätze anwendet. Dies bedeutet, dass (schuldabhängige !) Geldbußen im Ordnungswidrigkeitenrecht allenfalls die Hälfte, eher nur ein Viertel der Höchstgrenzen bzw. der Regelsätze für Geldstrafen bei Vergehen erreichen dürfen. Für die genannte Gruppe der Regel-Jahres-Nettoeinkommen von 10.000 - 30.000 Euro bedeutet dies, dass die Höchstsätze der Geldbußen im Ordnungswidrigkeitenrecht eine Größenordnung von 2.500 - 7.500 Euro nicht überschreiten dürfen und die Regel-Geldbußen nur bei 600 – 1.800 Euro liegen dürfen, bei geringerer Schuld z.B. wegen rechtlicher Abgrenzungsprobleme (d.h. im Normalfall der "Schwarzarbeits"-Verfolgung) entsprechend deutlich geringer, zwischen 5 und 500 Euro.

Höhere Geldbußen stellen einen Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz der Schuldangemessenheit dar (Tatbestand und Rechtsfolge sind nicht sachgerecht aufeinander abgestimmt) und gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (Ordnungswidrigkeitenrecht als Bagatelldelikt (erst recht !) wie das Strafrecht nach StGB zu behandeln) dar, Art. 1, 3, 20 GG.

§ 17 Abs. 1 OWiG sieht entsprechend auch tatsächlich nur 5 - 1.000 Euro als Regel-Geldbuße vor !

2. Gemäß § 17 Abs. 3 S.1 OWiG ist allerdings erstes Kriterium für die Bemessung der Geldbuße „die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit“, nicht die persönliche Schuld des Täters. Schlimmer noch : Gemäß § 17 Abs. 4 OWiG gilt : „*Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden*“. Ein separater Verfall von erlangten Vorteilen ist gemäß § 29 a OWiG nur für die Fälle vorgesehen, in denen keine Geldbuße festgesetzt wird.

Bei echten Bagatellen, d.h. wenn die Geldbuße eine Größenordnung von 100 Euro nicht übersteigt, mag es hinnehmbar sein, auf die Differenzierung zwischen der Schuld des Täters einerseits und der Höhe der einzuziehenden Vorteile aus rechtswidriger Tat andererseits zu verzichten. Bei höheren Beträgen führen die Regeln des § 17 Abs. 3 u.4 OWiG jedoch zu einer deutlichen bis ganz massiven Überzeichnung des Vorwurfs an den Täter und zu einer Fehleinschätzung der Bedeutung der konkreten Straftat z.B. im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsprüfungen hinsichtlich einer Hausdurchsuchung.

- a) Beispiel: Angesichts der großen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der legalen Bereiche von freiem Gewerbe (Minderhandwerk), handwerksähnlichem Gewerbe, Reisegewerbe, unerheblichem Nebenbetrieb usw., die auch von den Verwaltungsbeamten und Richtern nicht leicht nachvollzogen werden können (sie benötigen in der Regel die Hilfe von "Sachverständigen" für solche Abgrenzungsfragen) wird die persönliche Schuld des "Schwarzarbeiters" häufig nur sehr gering sein - wenn man überhaupt einen Vorsatz rechtswidrigen Handelns (der zwingend erforderlich ist, § 10 OWiG !) feststellen kann.  
(Warum sollte der angebliche „Schwarzarbeiter“ besser sein als die zuständigen Ministerialbeamten, die sich nicht in der Lage sehen, konkrete, praktisch verwendbare Abgrenzungskriterien zu benennen? (Vergleiche hierzu die dem Bundesverfassungsgericht vom BUH bereits überreichten Antworten der Wirtschaftsministerien des Bundes und der Länder auf eine Umfrage aus dem Jahre 2000) Es ist im übrigen anerkannt, dass dem Bürger kein Rechtsirrtum vorgeworfen werden kann, dem auch Richter erlegen sind. Dies sollte auch für Irrtümer und Unzulänglichkeiten der zuständigen hochrangigen Verwaltungsbeamten gelten !).  
Der rechtswidrig erlangte Vorteil eines Gewerbetreibenden (wenn er denn überhaupt rechtswidrig gehandelt hat; bei der Mehrzahl der gegenwärtig, insbesondere vom Handwerk, zur Anzeige gebrachten Fälle handelt es sich um legale Gewerbeausübung nach den Kriterien der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.03.2000 – 1 BvR 608/99) kann aber sehr groß sein. 500 Euro schuldangemessene Strafe plus 10.000 Euro einzuziehende Vorteile ergeben hier ein völlig anderes Bild als 10.500 Euro Geldbuße !

- b) Es sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, die es über den Bereich der echten Bagatellen (unter 100 Euro) hinaus rechtfertigen könnten, im Ordnungswidrigkeitenrecht von der Strafzumessungsregel des § 46 StGB abzugehen. Der Gesichtspunkt der Verfahrensvereinfachung kann nur bei den genannten echten Bagatellen (bis 100 Euro) tragen. Gesichtspunkte der Generalprävention, der individuellen Abschreckung durch eine Art "vorbeugenden Zwangsgeldes" (eine Vermischung von Bagatellstrafrecht und Verwaltungszwang ?) oder andere Überlegungen zu den Strafzwecken sind allgemeiner, das gesamte Strafrecht und sein Verhältnis zum Verwaltungszwang erfassender Art und können vom Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise gemäß Art. 3 GG nur einheitlich für das gesamte Normal- und Bagatellstrafrecht sowie das Verwaltungsrecht entschieden werden. Sie müßten ggfs. sogar vorrangig bei den erheblich schwerer wiegenden Taten des Normalstrafrechts zur Anwendung kommen, ehe man an eine Anwendung im Bereich des Bagatellstrafrechts denken könnte.

Die Strafzumessungsregel des § 46 StGB entspricht dem Schuldgrundsatz, der Verfassungsrang hat und seine Grundlage in der Menschenwürde (Art. 1 GG) und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) findet. Der hieraus abzuleitenden Forderung, dass Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen (vgl. Zitatstellen oben), entsprechen § 17 Abs. 3 u.4 OWiG nicht. § 17 Abs. 3 u.4 OWiG sind daher wegen Verstoßes gegen den Schuldgrundsatz und wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 3 GG (im Verhältnis zu § 46 StGB) als verfassungswidrig anzusehen !

- c) Unabhängig von der Verfassungswidrigkeit des § 17 Abs. 3 u.4 OWiG ist für eine ordnungsbehördliche, staatsanwaltliche oder richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich Ordnungswidrigkeiten, besonders wenn es um die Zulässigkeit von Durchsuchungen gemäß § 105 StPO / Art. 13 Abs. 2 GG geht, jeweils zu differenzieren zwischen der persönlichen Schuld des Täters und den einzuziehenden Tatvorteilen. Denn für die relative Einstufung der Schwere eines konkreten Delikts

kann es - über die gesetzgeberische Einordnung in Deliktskategorien und Strafraumen hinaus - gemäß dem o.g. mit Verfassungsrang ausgestatteten Schuldgrundsatz nur auf die individuelle Schuld des Täters ankommen. Die "Bedeutung der Tat" hat der Gesetzgeber abstrakt bereits bei der Einordnung in die drei Deliktskategorien (Verbrechen, Vergehen, Ordnungswidrigkeit) berücksichtigt. Innerhalb der Deliktskategorie hat der Gesetzgeber durch den (zulässig gewählten, nicht einen überzogenen; siehe hierzu die vorgenannten Höchstgrenzen für Geldbußen bei Ordnungswidrigkeiten !) Rahmen der Geldbuße eine weitere Differenzierung vorgenommen.

- d) Es versteht sich von selbst, dass eine individuelle Schuld des Tatverdächtigen im Stadium der Erwägung einer Hausdurchsuchung im Einzelnen noch nicht mit Sicherheit detailliert festgestellt werden kann. Aber genau so, wie es bei dem Ermittlenden und dem prüfenden Richter einen im Einzelnen zu substantiierenden Verdacht hinsichtlich des objektiven Tatbestandes geben muss, so muss auch ein im Einzelnen zu substantiierender Tatverdacht hinsichtlich der subjektiven Seite bestehen, denn ohne Vorsatz ist gemäß § 10 OWiG keine Bestrafung möglich. Irrtumsfragen und allgemeines Ausmaß der Vorwerfbarkeit einer eventuellen rechtlichen Fehleinschätzung sind hier bereits zu erwägen. Damit ist aber eine ausreichende Grundlage für eine erste Vor-Abschätzung möglicher Schuld des Täters gegeben. Diese Vor-Abschätzung möglicher Schuld des Täters ist der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich der Durchsuchung zu Grunde zu legen.
3. Da jede Durchsuchung regelmäßig ein schwerwiegender Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen darstellt (BVerfG - 2 BvR 2158-98 - in NJW 1999, 2176; BVerfG - 2 BvR 1473 / 01 - in NJW 2002, 1333), steht ihre Anordnung unter dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; der Eingriff muss sowohl in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat als auch zur Stärke des Tatverdachts stehen (s.o. BVerfG in NJW 1999, 2176). Nur schwerwiegende Taten und ein starker Tatverdacht können daher grundsätzlich eine Durchsuchung rechtfertigen.
- a) Bereits von der Deliktskategorie her sind Ordnungswidrigkeiten grundsätzlich keine ausreichend schwer wiegenden Taten, als dass sie eine Durchsuchung rechtfertigen könnten. Berücksichtigt man die persönliche Schuld des Täters gemäss dem Regel-Strafraumen des § 17 Abs. 1 OWiG oder dem o.g. Vergleich mit dem allgemeinen Strafrecht, so ergibt sich nichts Abweichendes, in der Regel ist die Schuld vielmehr gering. Eine angemessene Strafe, d.h. Geldbuße im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts muss gemäss der Systematik der Delikte im Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht deutlich unter den Sätzen einer Geldstrafe nach StGB liegen (s.o.), d.h. in der Regel erheblich unter 2.500 - 7.500 Euro, eher bei 600 - 1.800 Euro oder gemäß dem Regelsatz des § 17 Abs. 1 OWiG nur bei einem Satz von 5 - 1.000 Euro Geldbuße. Dies alles reicht keinesfalls, einen so schwer wiegenden Eingriff in die Privatsphäre zu rechtfertigen wie eine Hausdurchsuchung (siehe: BVerfG - 2 BvR 2158-98).
- b) Hinsichtlich der Erforderlichkeit eines starken Tatverdachts als Voraussetzung für eine Durchsuchung ist festzuhalten, dass die beantragende Verwaltungsbehörde wie der entscheidende Richter deutlich machen müßte, dass sie eine detaillierte Prüfung aller be- und entlastenden Gesichtspunkte (§ 160 Abs.2 StPO !) vorgenommen haben (z.B. an Hand einer Check-Liste wie unter 3/1.8 im Loseblatt-Kommentar Mirbach "Die neue Handwerksordnung"; vergleiche Anlage). Hierbei muss sich bereits vor dem Durchsuchungsbeschluss ein starker Tatverdacht ergeben und zwar sowohl hinsichtlich des objektiven und des subjektiven Tatbestandes:

- Zum objektiven Tatbestand : Die Bemerkung in der Stellungnahme des Zentralverbandes des deutschen Handwerks vom 20.06.2002 zu der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1006 / 01 und anderen Verfassungsbeschwerden, Seite 4 unten  
*"Allerdings lässt sich vor Durchführung von Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen in vielen Fällen der tatsächliche Umfang handwerklicher Leistungen unter Verstoß gegen die Eintragungspflicht in die Handwerksrolle nicht abschließend abschätzen"*  
 macht deutlich, was in der Regel Realität ist : Vor der Durchsuchung liegen eben in der Regel noch nicht genügend Informationen für die Bejahung eines starken Tatverdachts vor, die meisten Erst-Informationen können auch auf Fälle legaler Gewerbeausübung zutreffen. Ob sich dann nach der Hausdurchsuchung überhaupt ein realer Tatverdacht bestätigt, ist höchst fraglich!  
 = Das heißt : die Durchsuchung dient in der Regel der Ausforschung !  
 = Nach der "Unschuldsvermutung" hingegen muss in solchen Fällen eine Durchsuchung abgelehnt werden, d.h. in der Regel bereits wegen nicht ausreichenden Tatverdachts hinsichtlich des objektiven Tatbestands.  
 = Der Grundsatz ist die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, nicht der Meisterzwang ! Informationen, die sowohl auf Fälle legaler Gewerbeausübung als auch auf Fälle von Handwerksausübung i.S.d. § 1 HwO hindeuten können, dürfen daher keinesfalls als Indiz für Handwerksausübung i.S.d. § 1 HwO gewertet werden, im Gegenteil. Aus der Tatsache, dass eine Tätigkeit einem Ausbildungsberufsbild eines Handwerks nach Anlage A zur HwO angehört, ergibt sich nur eine bloße Möglichkeit der Handwerklichkeit, keine Wahrscheinlichkeit. Erst wenn die üblichen Möglichkeiten legaler Gewerbeausübung mit erheblicher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können, kann man von einem Indiz für einen Verstoß gegen § 1 HwO ausgehen (daher die Notwendigkeit des Abarbeitens von Check-Listen!).
- Bezüglich des Vorsatzes gilt : In sehr vielen Fällen ist die Abgrenzung zwischen legaler freier Gewerbeausübung und Handwerksausübung nach § 1 HwO so schwierig, dass sie die Möglichkeiten eines normalen Gewerbetreibenden (sowie die der meisten anderen Menschen) deutlich übersteigt. Wenn in dieser Lage der Gewerbetreibende annimmt, rechtmäßig zu handeln, so fehlt es ihm an dem nach § 10 OWiG zwingend erforderlichen Vorsatz. Die Gerichte nehmen jedoch grundsätzlich keinen Verbotsirrtum an, mit der Begründung, der Betroffene hätte sich bei der für ihn zuständigen Handwerkskammer erkundigen können. Dieser gerichtliche Einwand kommt selbst in solchen Fällen, in denen das Gericht feststellt, dass die von der Handwerkskammer erteilte Auskunft im konkreten Fall falsch war - vgl. z. B. Amtsgericht Böblingen Urteil vom 29 IV. 2002 - 12 OWi 180 Js 50711/01.

Da die Unsicherheit der Abgrenzung für den gesamten Bereich typisch ist, ist auch das Fehlen eines Vorsatzes rechtswidrigen Handelns der Normalfall ! Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für einen auf die Rechtswidrigkeit gerichteten Vorsatz vorliegen, kann daher ein hinreichender Tatverdacht vorliegen !

Bei allen Fällen, in denen Betriebe mit einem Gewerbe (welchem auch immer) ordnungsgemäß angemeldet sind (die dann auch normal Steuern und Sozialversicherung abführen) spricht ein starker Anschein dafür, dass sie rechtmäßig handeln wollen, also kein Vorsatz eines Verstoßes gegen § 1 HwO vorliegt.

4. Sollte der Gesetzgeber bestimmte einzelgesetzliche Tatbestände oder Tatbestandsgruppen als wesentlich schwerer wiegend ansehen, als es dem Regel-Strafraahmen des § 17 Abs. 1 OWiG entspricht, so bleibt ihm nur der Weg einer Höherstufung zum Vergehen - deren relative Korrektheit dann ebenfalls erst noch zu überprüfen wäre. Eine Anhebung des Bußgeldrahmens über das Maß des § 17 Abs. 1 OWiG bzw. die o.g. Werte aus dem Vergleich mit dem Strafrecht hinaus ist jedenfalls verfassungswidrig. § 117 Abs. 2 1. Alt. HwO und (erst recht) § 1 Abs. 2 SchwArbG sind verfassungswidrig.

Es geht nicht an, neben dem vergleichsweise liberalen Normal-Strafrecht unter der Flagge des eigentlich weniger schwer wiegenden Ordnungswidrigkeitenrechts tatsächlich ein „dunkles Parallel-Universum“ zu errichten, in dem (verglichen mit dem StGB) unverhältnismäßige Härte und eine Durchsetzung fraglosen Gehorsams der Bürger gegenüber der Obrigkeit, koste es was es wolle, Trumpf zu sein scheinen (Die Bürger gehorchen nicht? Die Delikts-Zahlen nehmen nicht ab? Also rauf mit den Strafraahmen! Der Strafraahmen des § 1 Schwarzarbeitsgesetzes wurde so in wenigen Jahren seit Ende der neunziger Jahre versechsfacht!). Zu Gunsten geringwertiger Schutzzwecke dürfen den Bürgern auch nur geringere Einbußen ihrer Freiheit auferlegt werden, dürfen ihre verfahrensmäßigen Schutzmechanismen – erst recht - nicht beeinträchtigt werden!

- a) Beispiel 1: In der 13. Wahlperiode wurde im Deutschen Bundestag auf Antrag der damaligen SPD-Opposition eine Herunterstufung des Ladendiebstahls vom Vergehen zur Ordnungswidrigkeit diskutiert. Als Vertreter von CDU und FDP dies im Rechtsausschuss aus grundsätzlichen Erwägungen (wegen der Bedeutung des Schutzes des Eigentums, Art. 14 GG) ablehnten, antworteten SPD-Vertreter mit dem Hinweis, wenn Ladendiebstahl erst einmal zur Ordnungswidrigkeit herabgestuft sei, könne man viel wirksamer dagegen vorgehen. Das Ordnungswidrigkeitenrecht böte schnell greifende Mittel (dies wurde detailliert) während bisher ordentliche Straf-Verfahren gegen Ladendiebe in großer Zahl wegen Geringfügigkeit eingestellt würden.  
Wie Ladendiebstahl zweckmäßig einzustufen ist, kann hier dahinstehen - allein die Tatsache, dass ein solches Argument glaubhaft vorgebracht werden konnte – dass Bagatell-Straftaten wirksamer bekämpft werden als die eigentlich bedeutsamen Straftaten – macht deutlich, dass sich im Ordnungswidrigkeitenrecht massive Fehlentwicklungen vollzogen haben, denen mit den Mitteln des Verfassungsrechts entgegenzutreten ist!
- b) Beispiel 2: In der 14. Wahlperiode des Deutschen Bundestages heißt es in der Bundestagsdrucksache 14/8221 zur Begründung für die (erneute) Strafverschärfung des Bußgeldrahmens in § 1 Abs. 2 SchwArbG von 100.000 auf 300.000 Euro:  
*„Der Schwarzarbeiter und sein Auftraggeber verschaffen sich durch die Schwarzarbeit einen nicht unerheblichen Vorteil gegenüber denjenigen, die sich gesetzestreu verhalten. Diesem finanziellen Anreiz muss auf der anderen Seite ein erhöhter Bußgeldrahmen gegenüberstehen, um dem Unrechtsgehalt des Verhaltens angemessen begegnen zu können. Außerdem kann ein erhöhter Bußgeldrahmen die Abschreckungswirkung erhöhen.“*  
Der Bundestag ist dem tatsächlich überwiegend gefolgt (bzgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 u.2 SchwArbG), hinsichtlich § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwArbG (Verstoß gegen § 1 HwO) bleibt es bei der ersten Verdoppelung des Strafrahmens im Jahre 1998.  
Folgte man der Logik dieser Begründung, so müssten z.B. die Strafraahmen der §§ 263 ff StGB und anderer Delikte, bei denen es um die Erzielung finanzieller Vorteile geht, für Millionen-Delikte ebenfalls verdoppelt, versechsfacht oder sonst vervielfacht werden, „um den finanziellen Anreizen entgegenzutreten“ und „die Abschreckungswirkung zu erhöhen“. Tatsächlich wird nichts dergleichen ernsthaft in Erwägung gezogen, vor allem nicht eine so drastische Strafraahmen-Anhebung auf das

Doppelte oder gar Sechsfache und der Strafzweck der „Abschreckung“ fehlt im StGB (vergleiche § 46 StGB).

Die Logik der Strafverschärfung bei Schwarzarbeit auf den Ladendiebstahl zu übertragen könnte z.B. bedeuten, statt des (einschränkenden) Antragserfordernisses in § 248 a StGB eine generelle Mindeststrafe von fünf Jahren vorzusehen !

5. Das gesamte Strafrecht - Normalstrafrecht mit Verbrechen und Vergehen sowie das Ordnungswidrigkeitenrecht - kann nur einheitlichen Grundsätzen folgen. Gesichtspunkte der Generalprävention und der Erzwingung regelkonformen Verhaltens müssen grundsätzlich einheitlich für alle Delikte gelten - und wenn schon differenziert, dann müssen belastendere Maßnahmen vorrangig für die schwerer wiegenden Delikte mit den größeren Schäden gelten, nicht zuerst für Bagatelldelikte.
6. Wenn es schließlich regelmäßig Ermittlungsprobleme gibt (wie in der o.g. Stellungnahme des Zentralverbands des deutschen Handwerks dargelegt), die nur durch die Anwendung unverhältnismäßiger Mittel (wie Durchsuchung zur Ausforschung) und ein Außerkräftsetzen der Unschuldsvermutung überwunden werden können - also durch massive Verfassungsverstöße - dann muss man sich noch einmal ernsthaft überlegen, ob der Deliktstatbestand selbst zutreffend gewählt ist. Nach Ansicht des BUH ist der Meisterzwang des § 1 HwO verfassungswidrig, seine Sanktionierung entsprechend. Zumindest ist ein solcher Eingriff in das Wirtschaftsleben wie die gegenwärtige Schwarzarbeitsverfolgung - maßgeblich als „Selbstjustiz“ von den Handwerkskammern und anderen Handwerksorganisationen als Vertretern der Begünstigten vorangetrieben - für (die übrige) Wirtschaft, Verwaltung und Justiz sowie nicht zuletzt gerade für die sozialen Belange der meist hauptbetroffenen „kleinen Leute“ eine äußerst zweifelhafte Angelegenheit, der keine entsprechende Rechtfertigung gegenübersteht.

Nach dem zweiten Weltkrieg war Deutschland einige Jahre lang ein „Volk von Kriminellen“, die täglich auf den "Schwarzmärkten" die – teils mit hohen Strafen bewehrten – staatlichen Wirtschaftslenkungsmaßnahmen durchbrachen. Dann wurden diese Regelungen aufgehoben und die Deutschen waren kein „Volk von Kriminellen“ mehr. Nicht die Deutschen waren kriminell gewesen sondern die Regelungen, die ihnen Bürokraten übergestülpt hatten. Mit dem Meisterzwang und der heutigen "Schwarzarbeits-Verfolgung" ist es nach Ansicht des BUH nicht anders.

7. Im übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass § 6 Abs. 2 SchwArbG verfassungswidrig ist, da er ein eigenständiges finanzielles Interesse der Verwaltungsbehörden in Städten und Kreisen, die sich seit Jahren in erheblicher Finanznot befinden, begründet, sich durch Verfolgungsmaßnahmen zusätzliche Einnahmen zu verschaffen. Hierzu liegen vielfältige Berichte aus den Haushaltsberatungen von Städten und Kreisen vor, in denen dieses Interesse von den Zuständigen explizit geäußert und zum Gegenstand konkreter Maßnahmen gemacht wurde (Verstärkung des Personals in den Ordnungsämtern zur Erzielung höherer Einnahmen, Einstellung der erwarteten Mehreinnahmen in die Haushaltsplanung, Festlegung eines erwarteten Bußgeld-Solls je Mitarbeiter, Prämien in Abhängigkeit der erzielten Bußgeldsumme usw.). Der (Erwartungs-) Druck auf das ermittelnde Personal und die „Leistungsanreize“ führen dazu, dass die erforderliche Neutralität erheblich eingeschränkt wird und insbesondere entlastende Gesichtspunkte gemäß § 46 OWiG / § 160 Abs. 2 StPO nicht mehr ausreichend geprüft werden. Dies ist mit Art. 20 und Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar.

Für § 12 VerwKostG und andere vergleichbare Vorschriften gilt ebenfalls die Verfassungswidrigkeit, soweit sie sich auf Maßnahmen der Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten oder auf Verwarnungen im Vorfeld der Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten beziehen.