

Norbert Cyrus

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzesentwurf der
Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Entwurf eines Gesetzes
zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit
zusammenhängender Steuerhinterziehung“ – Drucksache 15/2573 – im
Bundestagsausschuss für Finanzen am Mittwoch, den 24. März 2004**

Norbert Cyrus
Universität Oldenburg
FB III – IBKM (EU-Forschungsprojekt POLITIS)
Postfach 2503
D-26111 Oldenburg
E-Mail: cyrusnorbert@aol.com

Vorbemerkung

Die grundlegende Neuordnung der gesetzlichen Bestimmungen zur Definition illegaler Beschäftigung und die organisatorische Umgestaltung der Behördenstrukturen zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung sind längst überfällige Schritte. Der Personalansatz bei den Kontrollbehörden im Bereich der Bekämpfung illegaler Beschäftigung ist von 50 Stellen 1982 auf geplante 7 000 Stellen 2005 angestiegen. Zusätzlich wird bei vielen anderen Behörden sowie bei Polizeien, Staatsanwaltschaften und Gerichten Personal im Zusammenhang mit der Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit eingesetzt. In Anbetracht der erheblich angestiegenen Aufwendungen öffentlicher Mittel sollte man erwarten dürfen, dass die effiziente und sachgerechte Mittelverwendung durch ein transparentes Controlling überprüft und die Zielerreichung regelmäßig evaluiert wird. Eine **transparente Kosten-Nutzen-Analyse fehlt** jedoch ebenso wie eine grundsätzliche Analyse der Zielrealisierung und der Schwachstellen der bisher verfolgten Ansätze zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit.

In den letzten Jahren wurden die Voraussetzungen der Strafbarkeit illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit verschärft, neue Delikte wurden eingeführt und der Rahmen für Bußgeld und Gefängnisstrafen insgesamt erheblich erhöht. Diese Maßnahmen zur Verschärfung stehen in einem auffälligen Missverhältnis zur Anwendung und Durchsetzung dieser Bestimmungen: So hatte die Bundesanstalt für Arbeit nach Presseinformationen¹ im Jahr 2002 insgesamt 122,3 Mio. € Bußgelder wegen illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit verhängt. Das tatsächlich vollstreckte Bußgeld betrug dagegen gerade einmal 30,4 Mio. €. Dieser Sachverhalt verdeutlicht, dass **aktuelle Defizite der Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vor allem in der Umsetzung und Durchsetzung von Gesetzen** liegen.² Notwendig ist eine systemische Gesamtbetrachtung der Effizienz staatlicher Bemühungen zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit. Eine Gesamtbetrachtung hat sowohl die Ausgestaltung der rechtlichen Normierung als auch die organisatorische Umsetzung zu behandeln.

Die vorliegende Stellungnahme bezieht einerseits die Ergebnisse eines Europäischen Forschungsprojektes zu Migrationskontrolle auf dem Arbeitsmarkt in den vier Mitgliedsländern Griechenland, Italien, Großbritannien und Deutschland ein.³ Zum Zweiten werden Erkenntnisse einer Untersuchung über die erzwungene Arbeit ausländischer Wanderarbeiter im gegenwärtigen Deutschland verwendet, die voraussichtlich im Juni 2004 vom Internationalen Arbeitsamt in Genf herausgegeben wird.⁴

¹ Härpfer, S.: 2003, Vasillis Fall. Im Freizeitpark Kalkar stürzte ein Schwarzarbeiter zu Tode - was ist sein Leben wert? In: Der Tagesspiegel vom 13. Oktober 2003, S. 3.

² Cyrus, N.: 2004, Migrationspolitik: Auch auf die Umsetzung kommt es an, in: Cyrus, N. (Hrsg.): Zwischen dosierter Öffnung und verschärfter Kontrolle. Arbeitsmöglichkeiten für Migrantinnen und Migranten in Deutschland. Dokumentation der Fachtagung der Friedrich-Ebert-Stiftung in Kooperation mit dem Institut für Bildung und Kommunikation in Migrationsprozessen (IBKM) der Universität Oldenburg, EU-Forschungsprojekt IAPSAIS, Berlin: FES, 45-52

³ Zu Informationen zum EU-Forschungsprojekt IAPASIS siehe: <http://www.iue.it/RSCAS/Research/IAPASIS/Reports.shtml>

⁴ Cyrus, N.: 2004 (forthc.), Forced labour and trafficking in labour exploitation of foreign migrant workers in contemporary Germany. Report prepared for the International Labour Office (ILO, Geneva), forthcoming: June 2004

Allgemeine Anmerkungen

Die aktuelle Diskussion um die Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung weist eine **bedenkliche Verkürzung auf die Frage der Hinterziehung von Steuern und Sozialabgaben** auf. Illegale Wettbewerbsvorteile werden aber auch durch Unterschreitung verbindlicher Standards bei der Entlohnung oder die Missachtung von Schutzbestimmungen (Arbeitszeit, Arbeitsschutz) erzielt und nicht selten mittels Anwendung von Betrug, Täuschung, Zwang oder Gewalt gegen Arbeitnehmer durchgesetzt. Illegale Beschäftigung schmälert somit nicht nur die Einnahmen des Fiskus und der Sozialversicherungen, sondern geht bei Formen der „erzwungenen Arbeit“ mit einer Verletzung grundlegender Arbeitnehmerrechte und Menschenrechte einher. Die ILO Konvention Nr. 29 aus dem Jahr 1930 definiert in Artikel 2 den Begriff Zwangsarbeit: „Als „Zwangs- oder Pflichtarbeit“ im Sinne dieses Übereinkommens gilt jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat.“⁵

In der internationalen Diskussion um die Bekämpfung von Menschenhandel und Schleusung ist mit dem - im Zusammenhang mit der im Dezember 2000 verabschiedeten UN-Konvention zur Bekämpfung Transnationaler Organisierter Kriminalität⁶ gezeichneten - Zusatzprotokoll Menschenhandel in Artikel 3 festgelegt worden, dass Menschenhandel nicht nur bei einer sexuellen Ausbeutung vorliegt, sondern auch bei der Ausbeutung der Arbeitskraft. Der Begriff der Ausbeutung soll „zumindest die Ausbeutung der Prostitution einer anderen Person und andere Formen der sexuellen Ausbeutung, erzwungene Arbeits- und Dienstleistungen, Sklaverei und sklavereiähnliche Praktiken, Knechtschaft oder die Entnahme von Organen einschließen“.⁷ **In dem vorgelegten Entwurf zum SchwarzArbG ist das veränderte internationale Rechtsverständnis noch nicht berücksichtigt.** Die Europäische Kommission hat in einer Mitteilung empfohlen, Konvention und Protokolle zu ratifizieren und in nationales Recht umzusetzen.⁸ Im Bundesministerium der Justiz wird zurzeit an der Umsetzung dieser Definition aus dem internationalen Recht in nationales Recht gearbeitet.

Die Notwendigkeit einer **Einbeziehung von Straftaten zum Nachteil der Arbeitnehmer in den Prüfkatalog** ergibt sich auch aus der Begründung des Gesetzes: „Vorrangiges Ziel im Rahmen der Bekämpfung der Schwarzarbeit bleibt nach wie vor der gewerbliche Bereich. (...) Es ist nicht hinnehmbar, wenn Unternehmen große Teile ihres Personals außerhalb eines legalen Arbeitsverhältnisses und unter Verletzung zahlreicher Rechtsnormen beschäftigen und den Wettbewerb grob verzerren“.⁹

Es ist daher konsequent, auch **Formen erzwungener Arbeit in den Katalog der zu kontrollierenden und zu ahndenden Tatbestände aufzunehmen.** Insbesondere sollten die Kontrollbehörden überprüfen, ob die festgestellten Arbeits- und Entgeltbedingungen durch

⁵ Der vollständige Wortlaut: <http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/gc029.htm>. Das Übereinkommen wurde von insgesamt 163 Ländern ratifiziert. Deutschland hat am 13.6.1956 ratifiziert

⁶ Siehe Albrecht, H.-J./Fijnaut, C.: (Hrsg.): 2002, The Containment of Transnational Organized Crime. Comments on the UN-Convention of December 2002, freiburg i.Br.: edition iuscrim

⁷ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children (Trafficking-Protocol), Artikel 3, (Übersetzung durch den Autor, N.C.)

⁸ European Commission: 2003, Proposal for a Council Decision on the conclusion, on Behalf of the European Community, of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime. COM (2003) 512 final. 22.8.2003

⁹ BT-Drucksache 15/2573 vom 2.3.2004, Seite 47

Betrug, Zwang, Nötigung, Androhung oder Anwendung von Gewalt aufgezwungen und der Tatbestand der Sittenwidrigkeit und des Lohnwuchers erfüllt wird. Arbeitnehmer sind durch die Behörden auf die Möglichkeit hinzuweisen, vorenthaltenen Lohn für geleistete Arbeit oder im Falle erzwungener Arbeit Entschädigung einfordern zu können. Durch den konsequenten Schutz der Opfer von Ausbeutung wird der Anreiz verringert, die derzeit faktisch bestehende Schutzlosigkeit illegal beschäftigter Arbeitnehmer grob zu missbrauchen und illegale Wettbewerbsvorteile zu erlangen.

Zu § 1: Zweck des Gesetzes

In der Begründung des Gesetzentwurfes heißt es, dass erstmalig eine klare und eindeutige Definition von Schwarzarbeit in Anlehnung an die Alltagssprache vorgenommen wird. Dieser Aussage kann ich nicht folgen: Bisher war es so, dass Schwarzarbeit ausschließlich als „unerlaubte Handwerksausübung“ (Handwerksarbeiten ohne Eintragung in die Handwerksrolle) definiert war. Andere Erscheinungsformen wurden als illegale Beschäftigung zusammengefasst. Nun werden alle Formen illegaler Beschäftigung als Schwarzarbeit bezeichnet – mit Ausnahme der „unerlaubten Handwerksausübung“. **Die bisherige Begrifflichkeit wird einfach nur vollständig umgekehrt. Überzeugender ist das allerdings nicht.** Unter der neuen Definition Schwarzarbeit werden verschiedenste Formen illegaler Beschäftigung und Hinterziehung von Steuern und Abgaben zusammengefasst, die im alltäglichen Sprachgebrauch nicht unbedingt als Schwarzarbeit bezeichnet werden, zum Beispiel die Unterschreitung des Mindestlohnes nach dem Arbeitnehmerentsende-Gesetz oder die Aufbewahrungspflicht von Rechnungen.

Eine klare Definition rechtswidriger Formen der Beschäftigung erfolgt nicht dadurch, dass nur noch ein einziger Begriff verwendet wird, sondern durch eine transparente und nachvollziehbare Begriffswahl. Es wäre **angemessener, als Oberbegriff statt Schwarzarbeit die Bezeichnung illegale Beschäftigung** zu wählen. Dieser Begriff bezeichnet eindeutig den rechtswidrigen Gehalt einer Handlung und ist gleichzeitig so allgemein, dass auch dem Alltagsverständnis nach alle Formen illegaler Beschäftigung darunter verstanden werden. Auch für den Gebrauch in der internationalen Diskussion ist der Begriff illegale Beschäftigung in anderen Sprachen leichter zu übersetzen und nachzuvollziehen.

Die Verwendung einer **Sammelkategorie Schwarzarbeit macht Unterschiede zwischen den Akteurstypen illegaler Beschäftigung unkenntlich.** Der Sozialhilfe oder Arbeitslosengeld hinterziehende Arbeitslose und der untertariflich bezahlte ausländische Arbeitnehmer mit einer erforderlichen Arbeits- und/oder Aufenthaltserlaubnis werden ebenso zum „Schwarzarbeiter“ wie der Auftraggeber, der Arbeitgeber und der Arbeitsvermittler.

Bereits heute ist es so, dass bei der Darstellung der Ergebnisse der Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit Arbeitgeber- und Arbeitnehmerdelikte nicht immer gesondert ausgewiesen wurden, sondern zusammengefasst veröffentlicht werden.¹⁰ Es steht zu befürchten, dass mit der Einführung einer derart pauschalen Begrifflichkeit bei einer

¹⁰ vgl. die Angaben der Bundesanstalt für Arbeit im Migrationsbericht 2003, BT-Drucksache 15/2262 vom 18.12.2003, S. 119

Bewertung der Bekämpfungsmaßnahmen in der Öffentlichkeit nicht mehr unterschieden wird, ob hauptverantwortliche Arbeitgeber und Auftraggeber, abhängig beschäftigte Arbeitnehmer, oder Leistungsbetrug sanktioniert wurden. Es muss im Gesetz und auch in der statistischen Berichtsführung klar differenziert werden, wer illegale Beschäftigung beauftragt, wer sie vermittelt bzw. ausleiht, wer sie ausführen lässt und wer sie erbringt.

Die speziellen Deliktformen der illegalen Beschäftigung sollten jeweils mit einer eigenen Bezeichnung belegt werden. Auch bei Tötungsdelikten wird ja nicht nur ein Begriff sondern eine differenzierte Begrifflichkeit (Mord, Totschlag, Körperverletzung mit Todesfolge, fahrlässige Tötung usw.) verwendet. Eine differenzierte Bezeichnung der Delikte im Gesetz und ihrer Darstellung im statistischen Berichtswesen ist zur Transparenz und Klarheit sowohl für die Verfolgungsbehörden als auch für die Öffentlichkeit notwendig: **Erst durch eine differenzierte Begrifflichkeit wird nachvollziehbar, welche Erscheinungsformen und Schwerpunkte illegale Beschäftigung hat**, inwiefern die Haupttäter und Hauptnutznießer illegaler Beschäftigung tatsächlich bestraft werden und in welchen Bereichen Vollzugsdefizite bestehen. In dem Gesetz muss die prioritäre Orientierung auf gewerblich organisierte illegale Beschäftigung auch in der Darstellung der zu prüfenden und ahndenden Tatbestände deutlich gemacht werden.

Die Tatbestände der „erzwungenen Arbeit“ und des Lohnwuchers sind an geeigneter Stelle in das Strafgesetzbuch oder das SchwarzArbG aufzunehmen sowie die entsprechenden Verweise darauf vorzunehmen. Der Straftatbestand des Lohnwuchers sollte wie Mietwucher in § 291 des Strafgesetzbuchs ausdrücklich normiert werden.

Zu § 2: Prüfungsausgaben

In § 2 werden die Behörden der Zollverwaltung, mit der Ausnahme der Prüfung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse im Privathaushalt, aufgeführt. Bei den Prüfungen werden die Behörden der Zollverwaltung von den anderen in Absatz 2 aufgeführten Stellen unterstützt

Es ist jedoch **zweifelhaft, ob die Behörden der Zollverwaltung mit Waffen tragenden Beamten die richtige Stelle zur Überprüfung eines Deliktfeldes ist, das vorrangig durch Ordnungswidrigkeiten gekennzeichnet ist**. Selbst Organisierte Kriminalität besteht in diesem Deliktfeld in der Regel aus gewaltloser Wirtschaftskriminalität und kommt in der Regel ohne Waffen- und Gewaltanwendung aus. Wenn Gewalt angewandt wird, dann gegen die Arbeitnehmer, die in diesem Falle nicht Täter, sondern Opfer von Gewaltkriminalität werden. Die jahrzehntelangen Erfahrungen der Bundesanstalt für Arbeit zeigen, dass Außenprüfungen auch ohne das Mitführen von Waffen erfolgreich durchgeführt werden können.¹¹ Aus der Prüfpraxis sind keine Fälle von Übergriffen gegen Kontrolleure bekannt, die ein derart martialisches Auftreten bei Außenprüfungen als Regel rechtfertigen. Daher ist der **Einsatz von Waffenträgern bei Außenprüfungen als unverhältnismäßig** anzusehen.

¹¹ siehe auch die ethnographische Beschreibung des Vorgehens einer BA-Außenprüfgruppe durch Cyrus, N./Vogel, D.: 2002, Ausländerdiskriminierung durch Außenkontrollen im Arbeitsmarkt? Fallstudienbefunde – Herausforderungen – Gestaltungsoptionen, in: Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (MittAB) 35 (2): 254-270

Neben der Unverhältnismäßigkeit ist der Einsatz von Waffenträgern auch unzweckmäßig. Waffenträger sind beim Einsatz dienstlich verpflichtet, die vorgeschriebenen Maßnahmen zur Eigensicherung einzuhalten. Dadurch wird der Personalaufwand für die Durchführung von Außenprüfungen unverhältnismäßig hoch: Wenn aus überzogenen Eigensicherungserwägungen für jeden Überprüften ein Prüfer angesetzt wird, dann ist in der Konsequenz die Überprüfung von größeren Arbeitstätten (Baustellen) nicht mehr gewährleistet. Eine solche Auswahl der Kontrollobjekte widerspricht der gesetzgeberischen Intention, vor allem die gewerbliche illegale Beschäftigung, die auch auf großen Arbeitsstätten anzutreffen ist, effektiv zu bekämpfen. Stattdessen werden kleinere Objekte stärker kontrolliert. Auf den kleineren Objekten werden kleinere Fische gefangen. Die mit § 9 SchwarzArbG-Entwurf vorgenommene Verschärfung des Tatbestands des Leistungsbetruges würde immerhin dafür gesorgt haben, dass diese kleinen Fische als Straftäter zu betrachten sind. Das Aufgreifen dieser Straftäter würde die Erfolgsbilanz - im Sinne einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung - aufpolieren. Es steht zu befürchten, dass sich die Verfolgungsbehörden auf das Delikt der Abgabenhinterziehung durch Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Ausführung von Dienst- und Werkaufträgen konzentrieren müssen – da die Straftat zu verfolgen ist – und damit Kapazitäten zur Ermittlung der Hinterleute, die illegale gewerbliche Beschäftigung anbieten und organisieren, abgezogen werden. Damit werden die **Möglichkeiten einer effizienten Bekämpfung der gewerblichen Schwarzarbeit nicht verbessert, sondern verschlechtert.**

Es ist zudem bedenklich, dass Kontrollen durch Waffenträger nicht dem Prinzip der Unschuldsvermutung entsprechen und in der Öffentlichkeit eine stigmatisierende Wirkung haben. Die **überprüften Arbeitnehmer werden wie Schwerverbrecher behandelt.** Bei einer Beibehaltung der aktuell ausgeübten diskriminierenden Auswahl von Kontrollorten, bei der für Arbeitsstätten mit Ausländern oder ausländisch wirkenden Personen ein höheres Kontrollrisiko besteht,¹² werden insbesondere Ausländer oder ausländisch wirkende Personen (darunter eingebürgerte Ausländer oder Aussiedler) diskriminiert und stigmatisiert. Die Wahrnehmung Deutschlands im Ausland nimmt dabei Schaden.

Es ist dringend erforderlich, die Durchführungsbestimmungen für Außenprüfungen zu evaluieren und die Außenprüfungen durch eine Behörde ohne Waffen tragende Mitarbeiter durchführen zu lassen. Dies ist auch vor dem Hintergrund sinnvoll, dass es mit der Übernahme der Mitarbeiter der Arbeitsmarktsinspektion durch den Zoll Mitarbeiter gibt, die als Angestellte oder aus gesundheitlichen Gründen keine Waffe tragen dürfen oder aus persönlichen Gründen nicht wollen.

In den Prüfkatalog sind die Tatbestände der „erzwungenen Arbeit“ und des „Lohnwuchers“ aufzunehmen.

Zu § 3: Befugnisse bei der Prüfung von Personen

Mit § 3 bekommen Kontrolleure das Recht, die mitgeführten Aufzeichnungen überprüfter Personen zu überprüfen. Praktisch bedeutet dies eine Leibesvisitation. Diese ist ohne Anfangsverdacht aber unverhältnismäßig und im Übrigen auch wenig zweckmäßig. Die

¹² Cyrus, N./Vogel, D.: 2002, Ausländerdiskriminierung...

regelmäßige Leibesvisitation wird dazu führen, dass *vorsätzlich* handelnde Personen zur Verschleierung von Dauer und Umfang der illegalen Beschäftigung ihre Aufzeichnungen nicht mehr bei der Arbeit mit sich führen. Es werden somit nur die „Dummen“ oder „Ahnungslosen“ (in der Regel Ausländer) betroffen. Die Aufzeichnungen an sich haben zudem ohne ergänzende Erläuterungen derjenigen, die diese Aufzeichnungen gemacht haben, wenig Erkenntniswert und Beweiskraft. Es käme gerade darauf an, dass die Überprüften zur freiwilligen Kooperation mit den Ermittlungsbehörden gewonnen werden. **Die Bereitschaft zur Kooperation wird zunichte gemacht, wenn abhängig Beschäftigte wie Schwerkriminelle behandelt werden, indem sie von Waffenträgern unter Einsatz deutscher Schäferhunde umzingelt und einer Leibesvisitation unterzogen werden.**

Zu § 5: Duldungs- und Mitwirkungspflichten

Nach § 5 sollen Ausländer verpflichtet werden, ihren Pass und ihre Aufenthaltsgenehmigung dem Zoll zur Weiterleitung an die zuständige Ausländerbehörde zu überlassen, sofern sich Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen ausländerrechtliche Vorschriften ergeben. **Es ist nicht erkennbar, welches Ziel mit dem Entzug gültiger Dokumente von Ausländern im Rahmen der Arbeitsmarktkontrolle verfolgt wird.** Die Regelung bezieht alle denkbaren Verstöße gegen ausländerrechtliche Vorschriften ein und soll schon im Verdachtsfall greifen. In vielen Fällen ist allerdings die Einziehung der Dokumente nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig, um entsprechende Sanktionen einzuleiten. Dies gilt z.B. bei geduldeten Ausländern für Verstöße gegen die Auflage, mit der eine Erwerbstätigkeit verboten wird. Im Rahmen der Arbeitsmarktkontrolle kann es nicht angehen, den Zoll zur Hilfsbehörde der Ausländerbehörden zu machen und ihn über die Datenübermittlungspflicht des § 76 Abs. 2 AuslG hinaus zur Kontrollinstanz für die Einhaltung allgemeiner ausländerrechtlicher Vorschriften zu machen. Sofern an einer Einziehungsbefugnis der Kontrollbehörde festgehalten werden soll, sollte sie daher auf die Fälle des unerlaubten Aufenthalts beschränkt werden.

Zu § 6: Unterrichtung und Zusammenarbeit von Behörden

Die Unterrichtung der Ausländerbehörden führt regelmäßig dazu, dass illegal beschäftigte Arbeitnehmer unverzüglich ausgewiesen werden. Damit werden unter Umständen Personen außer Landes geschafft, die für ein Ermittlungsverfahren gegen Auftraggeber oder Arbeitgeber als Zeugen benötigt werden: „Problematisch ist auch, dass die Staatsanwaltschaften oftmals von der Arbeitsverwaltung zu einem Zeitpunkt von dem Straftatverdacht erfahren, zu dem die **illegal beschäftigten Ausländer bereits abgeschoben wurden und daher als Zeugen nicht mehr zur Verfügung stehen.**“¹³ Betroffen sind auch Opfer erzwungener Arbeit, die in einem Verfahren gegen Straftäter als Zeugen und Nebenkläger auftreten würden.¹⁴

¹³ Bundesregierung: 2000, Neunter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - AÜG – sowie über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung – BillBG – BT-Drucksache 14/4220, Zitat S. 43.

¹⁴ dazu Cyrus, N.: 2004 (forthc.), Forced Labour...

Die Bekämpfung und Ahndung illegaler Beschäftigung wird durch die aktuelle Praxis behindert, da die illegal oder vorschriftswidrig beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer als Straftäter gegen das Ausländergesetz behandelt und ausgewiesen werden. **Durch dieses Vorgehen werden Straftäter faktisch begünstigt.** Illegale Beschäftigung kann aber nur effektiv bekämpft werden, wenn durch Zeugen das Ausmaß und die kriminelle Energie gerichtsfest nachgewiesen werden kann.

Eine weiter gehende und grundsätzliche Überlegung wäre die **Herabstufung des Tatbestandes illegaler Aufenthaltes (§ 92 AuslG) von einer Straftat zu einer Ordnungswidrigkeit.** Im Zeitalter von Globalisierung ist die mit der Strafbewehrung erhoffte abschreckende Signalwirkung gering. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen sind auch auf der Basis der Einstufung als Ordnungswidrigkeit weiterhin möglich, es würden aber auf Seiten der Behörden im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens Entscheidungsspielräume geschaffen werden, die im Zusammenhang mit Ermittlungsverfahren genutzt werden können. Die Staatsanwaltschaften würden entlastet und könnten sich auf die ernstesten Fälle gewerblicher Schwarzarbeit und Menschenhandel konzentrieren. Darüber hinaus würde klargestellt, dass die Ausübung einer illegalen abhängigen Beschäftigung, bei der kein Leistungsmissbrauch besteht, als Ordnungswidrigkeit geahndet und nicht kriminalisiert wird. Damit wird unterstrichen, dass die gewerbliche illegale Beschäftigung im Vordergrund des Verfolgungsinteresses steht. Wenn abhängig beschäftigte ausländische Arbeitnehmer nicht als Straftäter gegen das Ausländerrecht behandelt werden, dann erhöht sich die Bereitschaft, in Ermittlungsverfahren mit den Behörden zu kooperieren.

Zu Abschnitt 3: Bußgeld- und Strafvorschriften (§§ 8 – 12)

Die vorgeschlagenen Bußgeld und Strafvorschriften in den §§ 8-12 sowie den aufgeführten Nebengesetzen weisen ein **Ungleichgewicht hinsichtlich des Strafmaß für illegale Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Auftraggeber und Arbeitsvermittler** auf.

In diesem Zusammenhang ist die geplante Einführung von § 9 (Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen) mit einem Strafmaß Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe besonders bedenklich. Es wird nicht deutlich gemacht, warum zum bestehenden Betrugs-Straftatbestand des § 263 StGB zusätzlich im SchwarzArbG ein **Straftatbestand eingeführt werden soll, bei dem es auf schuldhaftes Verhalten beim subjektiven Tatbestand (Bereicherungsabsicht) nicht mehr ankommen soll.** Tatsächlich sind die mit § 263 bestehenden Straftatbestimmungen in Verbindung mit den Ordnungswidrigkeitstatbeständen des neuen § 8 Abs. 1 Nr. 1 völlig ausreichend, zumal die Rechtsprechung zu § 263 StGB schon bisher hohe Anforderungen an die Leistungsbezieher hinsichtlich der Wahrnehmung ihrer Meldepflichten stellt (vgl. z.B. OLG Köln 1. Strafsenat, Urteil vom 17. Dezember 2002, Az: Ss 470/02)

Auch ergibt näheres Hinsehen, dass hier - außer bei Leistungsberechtigten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz - **derselbe Tatbestand gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit sein soll:** Bei § 8 Abs. 1 Nr. 1 kommt es zwar nicht darauf an, ob Leistungen zu Unrecht bezogen werden. Dies ist aber nur ein scheinbarer Unterschied zu § 9, weil die in § 8 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 in Bezug genommenen Meldepflichten nach § 60 SGB I nur dann bestehen, wenn die zu meldenden Umstände leistungsrelevant sind. Allein die Meldepflicht nach § 8a

AsylbLG bezieht sich nicht ausdrücklich auf die Leistungsrelevanz, auch wenn dies natürlich das Motiv der Regelung darstellt.

Schließlich ist anzumerken, dass die **Einführung eines mit einer Ordnungswidrigkeit identischen Straftatbestandes unter Verzicht auf die Erfüllung der subjektiven Tatbestandsseite mit hoher Wahrscheinlichkeit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht genügt, die das BVerfG für das Strafrecht als ultima ratio staatlicher Sanktionen postuliert.** Der Wunsch, „ein anderes Unrechtsbewusstsein in der Bevölkerung zu wecken“ ist legitim, aber nicht ausreichend, einen neuen Straftatbestand zu kreieren. Abgesehen davon, dass dem deutschen Strafrecht bisher eine Strafbarkeit ohne Schuld fremd ist, ist angesichts der dürren Begründung zu § 9 weder die Frage nach der Strafbarkeitslücke des § 263 StGB beantwortbar noch Erforderlichkeit und Geeignetheit nachvollziehbar.

In der vorliegenden Fassung könnte zudem der Eindruck entstehen, als ob der Gesetzgeber einen Tatbestand allein wegen seiner leichteren Beweisbarkeit – die objektive Tatsachenfeststellung (unterbliebene Meldung) - für eine Strafverschärfung herausgreift, um damit im Bereich der illegalen Beschäftigung Erfolge beim Aufdecken und Ahnden von zu *Straftaten* erklärten Delikten *generieren* zu können. **Eine effiziente Bekämpfung der gewerblich organisierten Schwarzarbeit und die Aufdeckung und Bestrafung der bisher als Straftäter eingestuften hauptverantwortlichen Akteure illegaler Beschäftigung wird damit nicht verwirklicht.** Vor einer weiteren strafrechtlichen Verschärfung ist die aktuelle Ahndungspraxis zu evaluieren und eventuell bestehende Hindernisse bei der Ausschöpfung des bereits bestehenden Strafmaßes sind zu beheben.

Nach § 8 werden sowohl Arbeitnehmer (Abs. 1, Nr. 1 a-c) wie auch Arbeitgeber (Abs. 1 Nr. 2) mit einer Gefängnisstrafe bis zu drei Jahren oder bzw. Geldstrafe belegt. **Das vorgesehene Strafmaß lässt die größere Verantwortlichkeit, die bisher dem Verhalten des Arbeitgebers zugeschrieben wurde, nicht mehr deutlich werden.**

An der schärferen Bestrafung der illegalen Beschäftigung von Ausländer wird weiterhin festgehalten. Nach § 10 macht sich ein Arbeitgeber strafbar, der Ausländer ohne die erforderliche Arbeitserlaubnis zu Bedingungen beschäftigt, die in einem deutlichen Missverhältnis zu vergleichbaren deutschen Arbeitnehmern stehen. Der Gesetzgeber erachtet diese Tat als „besonders verwerflich“.¹⁵ Das Strafmaß beträgt Freiheitsstrafe bis zu drei Jahre oder Geldstrafe, in besonders schweren Fällen Freiheitsstrafen von sechs Monaten bis zu fünf Jahre. Mit diesem Straftatbestand trägt der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung, dass ausländische Arbeitnehmer auf Grund einer auslandsspezifischen Hilflosigkeit leicht Opfer von Ausbeutung und erzwungener Arbeit werden können und besonderen Schutz benötigen.¹⁶ Dieser Straftatbestand entspricht inhaltlich dem bisherigen § 406 SGB III. Diese Strafnorm kommt auch bei einem Anfangstatverdacht bisher kaum zur Anwendung, da Zeugen - die ausländischen Arbeitnehmer - wegen Verstoß gegen das Ausländergesetz abgeschoben werden. Ohne die Zeugenaussagen der Opfer gibt es keine Möglichkeiten, die ungünstigeren Beschäftigungsbedingungen nachzuweisen. Die Hauptzollämter haben im Jahr 2001 bei insgesamt 33 078 Ermittlungsverfahren nur 91 Verfahren auf Grund § 406 SGB III durchgeführt.¹⁷ Die Bundesanstalt für Arbeit hatte im Berichtszeitraum 1996-1999 in

¹⁵ Bundesregierung: 2000, Bericht..., S. 43

¹⁶ Siehe auch Bundesregierung: 2000, neunter Bericht..., S. 45

¹⁷ Mitteilung der „Informations- und Koordinierungszentrale für die Bekämpfung illegaler Beschäftigung durch die Zollverwaltung“ (InKo BillBZ) in der Oberfinanzdirektion Köln.

insgesamt 1 559 Ermittlungsfällen Strafanzeige erstattet oder an die Staatsanwaltschaft abgegeben.¹⁸ Allerdings: „Es liegen keine Zahlen vor, aus denen hervorgeht, in wie vielen der an die Staatsanwaltschaft abgegebenen Fällen es tatsächlich zu einer Verurteilung nach § 406 Abs.1 Nr. 3 SGB III gekommen ist.“¹⁹ Obwohl § 10 SchwarzArbG mit der besonderen Schutzbedürftigkeit ausländischer Arbeitnehmer begründet wird, ist allein die Bestrafung der Täter vorgesehen. **Maßnahmen zum effektiven Schutz der Opfer, der Stärkung ihrer Rechtssicherheit und Konfliktfähigkeit und Regelungen zur Kompensation für erlittenes Unrecht fehlen.** Auch den Opfern ausbeuterischer Beschäftigung droht ein Verfahren wegen Verstoß gegen das Ausländergesetz. Dieser Zustand ist nicht länger hinnehmbar und der Gesetzgeber ist aufgefordert, Abhilfe zu schaffen. Die Tatbestände der erzwungenen Arbeit und des Lohnwucher sind in den Prüfkatalog aufzunehmen. Ein Straftatbestand Lohnwucher sollte (in § 291) in das Strafgesetzbuch aufgenommen werden.

Es ist darüber hinaus festzustellen, dass auch ausländische Arbeitnehmer, die als Werkvertragsarbeitnehmer oder Saisonbeschäftigte im Besitz einer erforderlichen Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis sind, zu ungünstigeren Bedingungen beschäftigt. Schlagzeilen im Zusammenhang mit der Beschäftigung bulgarischer Werkvertragsarbeitnehmer auf dem Bau („**Sklassenmarkt München** – Sie schufteten für 3 Euro die Stunde“)²⁰ oder rumänischer Werkvertragsarbeitnehmer in der Fleisch verarbeitenden Industrie („**Wie im Lager. Rumänische Werkvertragsarbeitnehmer schufteten in Schlachthöfen, oft unter menschenunwürdigen Bedingungen**“)²¹ bilden nur die Spitze des Eisbergs erzwungener Arbeit und Lohnwuchers.²² Daher sollten zur Klarstellung in § 10 Abs. 1 die Worte „die eine Genehmigung nach § 284 Abs.1 Satz 1 des Dritten Sozialgesetzbuches nicht besitzen“ gestrichen werden. Diese Formulierung ist sowieso überflüssig, da die Arbeitserlaubnis nur unter der Maßgabe erteilt wurde, dass die Arbeits- und Lohnbedingungen nicht ungünstiger sind wie für vergleichbare deutsche Arbeitnehmer.

Nach internationalem und auch deutschem²³ Rechtsverständnis haben Arbeitnehmer unabhängig vom Aufenthaltsstatus Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung und u.a. auch den Anspruch auf Lohn für die geleistete Arbeit. Diese Ansprüche werden im Moment durch die Bestimmungen des Ausländerrechts entwertet. In Anlehnung an die bestehende Rechtslage bei Menschenhandel (§ 180 b und 181 StGB) sollte **in Ermittlungs- und Gerichtsverfahren kooperierenden Arbeitnehmern für die Zeit von Strafverfahren ein Aufenthaltstitel und eine Arbeitsgenehmigung** erteilt werden. Für dieses Vorgehen lassen sich gute Argumente anführen:

„Es ist sehr die Frage, ob der ermittlungstechnisch unvermeidlich erste Zugriff gegenüber dem Arbeitnehmer auch bedeuten darf, dass die Arbeitnehmer als erste von Strafe ereilt werden. Bei der illegalen Beschäftigung kumuliert ja gleich eine ganze Menge von

¹⁸ Bundesregierung: 2000, Bericht..., Tabelle 12, S. 102

¹⁹ Bundesregierung: 2000, Bericht..., Zitat S. 43

²⁰ Aufmacher der Abendzeitung München vom 5.3.2004

²¹ Artikel von Helmut Lorscheid in der Frankfurter Rundschau vom 20.1.2004

²² Vgl. Cyrus, N.: 2004 (forthc.), Forced labour...

²³ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages: 2000, Anspruch auf Arbeitsentgelt bei Beschäftigung ohne Aufenthaltsgenehmigung, WF VI – 70/00; sowie Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages: 2001, Können illegal Beschäftigte (Ausländer) ihren Lohn einklagen?, WF VI – 48/01; sowie Fodor, R.: 2001, Rechtsgutachten zum Problemkomplex des Aufenthaltes von ausländischen Staatsangehörigen ohne Aufenthaltsrecht und ohne Duldung in Deutschland, in: Alt, J./Fodor, R.: 2001, Rechtlos? Menschen ohne Papiere, Karlsruhe: von Loeper, S. 125-233

Sanktionen. Zum Bußgeld kommen die Abschiebung und die Erschwerung der Wiedereinreise. Durch diese Situation wird aber in Wirklichkeit die Verfolgung der Delikte erschwert. Sie begründet auch beim Arbeitnehmer ein Verschleierungsinteresse. Um sich selbst zu schützen, sind sie auch gezwungen, die illegalen Praktiken des Arbeitgebers zu decken. Es sollten rechtliche Konstrukte entwickelt werden, um dieses Zusammenspiel aufzubrechen. Dazu gehört es, die **Drohung mit Geldbußen oder Strafen gegenüber den Beschäftigten zurückzunehmen**. Soweit der Staat auf Arbeitgeber und Auftraggeber mit Geldbußen oder Strafen zurückgreift, sollte in den zu zahlenden Betrag gleich das noch offene Entgelt der betroffenen Arbeitnehmer einbezogen werden. Der Staat würde es dann mittels Verwaltungszwang einziehen. Selbstverständlich hätte er es den Arbeitnehmern dann zu überweisen. Würde eine solche Praxis rechtlich verankert und praktiziert, würde es wesentlich häufiger zur Aufdeckung illegaler Beschäftigung kommen.²⁴

Zur Sensibilisierung der Ermittlungsbehörden sollte in Analogie zur Arbeitsdefinition „Organisierte Kriminalität“ und unter Berücksichtigung der Palermo-Konvention und der Zusatzprotokolle eine **Arbeitsdefinition „Erzwungene Arbeit“** ausgearbeitet werden, um Straftaten zum Nachteil von Arbeitnehmern besser zu erkennen.²⁵

Opfer erzwungener Arbeit sollten Anspruch auf eine Kompensation für erlittenes Unrecht durch den Täter erhalten.

Zu § 12: Allgemeines zu Ordnungswidrigkeiten

Es ist nicht zweckdienlich, dass die Geldbußen, wie in § 12, Abs. 2 vorgesehen, in die Kasse derjenigen Verwaltungsbehörde fließen, die den Bußgeldbescheid erlassen hat. Zum einen wird dadurch die Tendenz gefördert, dass im Zweifel ein Bußgeld in einer Höhe verhängt wird, die einem Widerspruch nicht bzw. nicht in der verhängten Höhe Bestand hält. Damit werden u. U. Intensivtäter, die sich erfahrungsgemäß einen Anwalt nehmen und eine Reduktion der Bußgeldhöhe erreichen, gegenüber Bagatelltätern bevorteilt. Zum zweiten könnte die Tendenz gefördert werden, dass in Grenzfällen die für eine Bebußung besonders aussichtsreichen Fälle so ausermittelt werden, dass entsprechende Einnahmen bei der ermittelnden Behörde bleiben. **Behörden wie die Staatsanwaltschaften, die im Bereich des Strafrechts angesiedelt sind und statt Geldbußen Freiheitsstrafen verhängen, werden finanziell benachteiligt**. Die bisherige Erfahrung zeigt, dass die personellen Engpässe im Bereich der Ahndung illegaler Beschäftigung liegen. Daher sind die Staatsanwaltschaften und Wirtschaftskammern personell aufzustocken. Die eingenommenen Bußgelder sollten in einem Fond einfließen, aus dem u.a. die Aufstockung des Personals bei Staatsanwaltschaft und Gerichten, aber auch Kompensationszahlungen für die Opfer erzwungener Arbeit finanziert wird, wenn der Arbeitgeber nicht herangezogen werden kann.

²⁴ von Seggern, B.: 1997, Illegale Beschäftigung, rechtliche Befunde und Perspektiven, in: Soziale Sicherheit 7, 264-271, Zitat S. 271

²⁵ Cyrus, N.: 2004 (forthc.), Forced Labour...

Zu § 14: Ermittlungsbefugnisse

In § 14 Abs. 1 wird auf die von der Bundesanstalt für Arbeit „übergeleiteten“ Mitarbeiter Bezug genommen, die unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind. Neben den genannten Bedingungen (Mindestalter 21 Jahre, bestehendes Dienstverhältnis bei der BA zum 31.12.2003 sowie mindestens zwei Jahre Einsatz bei der Bekämpfung illegaler Beschäftigung) gehört zur Erreichung der gleichwertigen Einsatzfähigkeit, dass ein Gesundheitstest bestanden, ein Eigensicherungs-training und die Waffenausbildung erfolgreich absolviert wird. Da nur Beamte Waffen tragen dürfen, ist eine Verbeamtung der 2 100 übergeleiteten angestellten Arbeitsmarktinspektoren notwendig.

Inzwischen hat sich gezeigt, dass erhebliche Schwierigkeiten bei der Eingliederung der Arbeitsmarktinspektoren (AMI) bestehen, da die übergeleiteten Mitarbeiter die genannten Anforderungen zurzeit überwiegend nicht erfüllen. **Die ehemaligen Arbeitsmarktinspektoren dürfen zurzeit gemäß den Zollvorschriften Arbeitsmarktüberprüfungen nicht eigenständig durchführen.** Das heißt im Klartext, dass Beamte und Angestellte, die seit Jahren eigenständig und erfolgreich Arbeitsmarktkontrollen durchgeführt haben, nur noch in Begleitung von mindestens zwei bewaffneten Zollbeamten tätig werden dürfen und teilweise gar nicht bei Außenprüfungen eingesetzt werden. Seit dem 1. Januar 2004 werden daher weniger Außenkontrollen durchgeführt. Insbesondere die Überprüfung ausländischer Werkvertrags- und Entsendeunternehmen, die bisher im Aufgabenbereich der Bundesanstalt für Arbeit lag, ist zurzeit durch die Abgabe des Prüfpersonals an die Zollverwaltung nicht abgedeckt. Es ist davon auszugehen, dass die für das Jahr 2004 veranschlagten Mehreinnahmen durch Geldbußen in Höhe von 1 Mrd. € nicht realisiert werden.

Da die obligatorischen Gesundheitsüberprüfungen erst nach der Überleitung zum Zoll zum 1.1.2004 durchgeführt wurden, haben sich einige der übernommenen Mitarbeiter erst nach der vollzogenen Überleitung als gesundheitlich ungeeignet für den Zollvollzugsdienst erwiesen. Ein zusätzliches Problem ist, dass übergeleitete Angestellte nicht immer an der Waffe ausgebildet werden wollen. Zu allem Überfluss sind die **Kapazitäten zur Vermittlung der zollspezifischen Anforderungen an Eigensicherung und Waffenausbildung nicht ausreichend.** Für die Waffenausbildung ist allein eine Zolleinrichtung in Sigmaringen zuständig. An dem vierzig Tage dauernden Lehrgang können circa 25 Neuzöllner teilnehmen. Man kann sich leicht ausrechnen, dass es bei einer Anzahl von 2 100 übergeleiteten Angestellten mehrere Jahre vergehen werden, bis alle Mitarbeiter die Waffenausbildung abgeschlossen haben und damit voll einsatzfähig sind.

In der Begründung zu § 14, Abs. 1 heißt es, dass die Übertragung der Vollzugsrechte ausschließlich die einmalig von der Bundesanstalt für Arbeit übergeleiteten rund 2 100 Angestellte und damit einen eng umgrenzten Personenkreis betrifft (S. 73). Um die angestrebte Personalstärke von insgesamt 7 000 Arbeitskräften im Bereich Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu erreichen, wird zurzeit bei Post und Bahn für einen Übertritt in den Zolldienst geworben. Diese Zielgruppe ist im Bereich der Arbeitsmarktkontrolle gänzlich unerfahren und eine Übernahme würde noch weitaus höhere organisatorische Probleme zur Folge haben. Es sieht fast so aus als ob die geplante Aufstockung im Bereich Finanzkontrolle Schwarzarbeit eher dem Abbau von Personalüberhang bei Bahn und Post dient und nicht zur Effizienzsteigerung der Bekämpfung illegaler Beschäftigung.

Insgesamt ist vor einer weiteren Aufstockung des Personalansatzes von jetzt 5 000 auf 7 000 Planstellen **zuerst die Arbeitsfähigkeit der Kontrollbehörde herzustellen**. Grundsätzlich ist zu fragen, ob die Verwaltungen der Zollbehörden für die Durchführung der Arbeitsmarktkontrollen den geeigneten organisatorischen und rechtlichen Rahmen bilden.

Schließlich ist **vor einer weiteren mechanischen Aufstockung des Kontrollpersonals eine Evaluation der Arbeitsmarktkontrollen** sinnvoll. Bisher kann niemand gesicherte Aussagen über den Erfolg von Außenkontrollen machen. Die Behörden produzieren viele statistische Daten, die jedoch zu spezifisch und durch die Mehrfacherfassungen eines Falles oder Vorgangs durch verschiedene Behörden gleichzeitig nicht aussagekräftig sind. Eine Evaluation hat zu berücksichtigen, dass **neben den Außenprüfungen auch gezielte kriminalpolizeiliche Ermittlungen, automatisierter Datenabgleich (DALEB und Kontospiegel) sowie von Arbeitnehmern angestregte Anzeigen oder Arbeitsgerichtsverfahren als Maßnahmen gegen illegale Beschäftigung** wirken. Notwendig ist eine Überprüfung der Charakteristik und Verteilung der Aufgriffe, eine Analyse der Bearbeitungsverläufe und Erledigungen durch Einstellung, Bußgeld oder Gerichtsurteil. Die Sachverhalte sind zu benennen, die einer umfassenden Aufklärung und angemessenen Bestrafung entgegenstehen. Es ist zu ermitteln, auf welcher Ebene der Bekämpfung illegaler Beschäftigung Personalengpässe die effektive Aufarbeitung ermittelter Verstöße behindern. Ein Verfahrensvorschlag für eine empirische Evaluation der Maßnahmen zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung liegt vor.²⁶

Vieles deutet darauf hin, dass die Bekämpfung illegaler Beschäftigung vor allem durch **personelle und fachliche Engpässe bei Staatsanwaltschaften und Gerichten** verursacht wird. Die bisher zumeist übliche Abarbeitung der hoch komplizierten wirtschaftskriminellen Sachverhalte bei den Staatsanwaltschaften durch Buchstabendezernate ist zu Gunsten der Einrichtung spezialisierter Dezernate zu verändern.

Zu § 21: Ausschluss von öffentlichen Aufträgen

Trotz zahlreicher festgestellter Verstöße bei der Ausführung von Aufträgen der öffentlichen Hand kommt die Vorschrift in der bereits bestehenden Version kaum zur Anwendung. Im Interesse einer effizienteren Anwendung bestehender Instrumentarien ist daher den Behörden eine Melde- und Berichtspflicht über den erfolgten Ausschluss von Unternehmen von öffentlichen Vergabeverfahren aufzuerlegen. Wird ein Unternehmen trotz nachgewiesener Verstöße von der Vergabe nicht ausgeschlossen, so sind die Gründe anzugeben, damit der Gesetzgeber die Möglichkeit zur Revision der Vorschrift erhält.

Zu Artikel 3: Änderungen des Dritten Buches Sozialgesetzbuch

Mit Artikel 3 Nr. 9 soll im § 405 SGB III nach Absatz 5 ein neuer Absatz 6 angefügt werden. Danach sollen neben Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsbehörden auch *Gerichte* der

²⁶ Vogel, D.: 2003, Überlegungen zu Controlling und Monitoring der Arbeitsmarktkontrollen, unv. Ms., Oldenburg

Zollverwaltung Erkenntnisse aus sonstigen Verfahren übermitteln, die aus ihrer Sicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 404 Abs. 1 oder 2 Nr. 3 erforderlich sind, soweit nicht für die übermittelnde Stelle erkennbar ist, dass schutzwürdige Interessen des betroffenen oder anderer Verfahrensbeteiligter an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, wie gesichert die zu übermittelnden Erkenntnisse sind.

Diese Bestimmung ist **durch die Unbestimmtheit nicht geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen** und den ortsüblichen oder tariflichen Standards auf dem Arbeitsmarkt Geltung zu verschaffen. Der Gesetzgeber sollte die ohnehin überlasteten Gerichte nicht noch zu Hilfsbehörden der Kontrollbehörden erklären, die sich mit der Frage zu beschäftigen haben, ob und wann schutzwürdige Interessen einer Übermittlung der Daten entgegenstehen. Im Übrigen sind bei der undifferenzierten Nennung von Gerichten auch Sozial-, Arbeits- oder Familiengerichte subsumiert, die unter Umständen entsprechende Kenntnisse erlangen. Zudem betrifft § 404 Abs. 2 Nr. 3 ausschließlich einen Ausländer, der ohne Genehmigung nach § 284 Abs. 1 Satz 1 eine Beschäftigung ausübt. Die Bestimmung ist somit einseitig gegen ausländische *Arbeitnehmer* gerichtet und **verhindert, dass diese ein Arbeitsgericht anrufen, um vorenthaltenen Lohn aus einem faktischen Arbeitsverhältnis einzuklagen**. Mit dieser Norm würde die Durchsetzung des nach internationalem Rechtsverständnis bestehenden Anspruchs auf Lohn für geleistete Arbeit unabhängig vom Aufenthaltsstatus verhindert. In den letzten Jahren haben eine Reihe illegal beschäftigter Arbeitnehmer, denen Lohn aus einem faktischen Arbeitsverhältnis vorenthalten wurde, diesen Weg erfolgreich beschritten. Die Einklagbarkeit von Lohn für geleistete Arbeit auf zivilrechtlichem und arbeitsrechtlichem Wege ist ein wichtiges und effektives Instrument, um die Ausbeutung ausländischer Arbeitnehmer einzudämmen. Außerdem wird damit auch vermieden, dass betrogene Arbeitnehmer sich an mafiöse Gruppen wenden, um das Geld mit Androhung oder Anwendung von Gewalt eintreiben zu lassen.²⁷ Daher ist die Einbeziehung von Gerichten in die Übermittlungspflicht nicht Ziel führend. **Maßnahmen, die dazu führen dass aus Angst vor einer Abschiebung die Anrufung von Gerichten unterbleibt, begünstigen Täter**, die durch ausbeuterische Beschäftigung oder erzwungene Arbeit Vorteile erlangen und bestärken sie, ihr gesetzwidriges Tun fortzusetzen. Eine weitere **Schwächung der Rechtssicherheit und Konfliktfähigkeit der Arbeitnehmer wird dagegen die Anreize für ausbeuterische Arbeitgeber verstärken**, Ausländer illegal zu beschäftigen. Der Gesetzgeber sollte im daher Gegenteil alle geeigneten Maßnahmen ergreifen und fördern, die die Rechtssicherheit und Konfliktfähigkeit aller beschäftigten Arbeitnehmer unabhängig vom Aufenthaltsstatus sicherstellen.²⁸ Damit wird die Arbeitsmarktordnung insgesamt gestärkt.

Der Artikel ist zu streichen.

Zu Artikel 9: Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

²⁷ Hinweise auf diese Konstellationen bei Alt, J.: 2003, *Leben in der Schattenwelt*, Karlsruhe: von Loeper und bei Lewandowski, A.: 1999, *Illegale Arbeit ist leicht zu finden in Berlin*, in: Erzbischöfliches Ordinariat Berlin (Hrsg.), *Illegal in Berlin. Momentaufnahmen aus der Bundeshauptstadt*, Berlin, 43-46

²⁸ Vgl. Cyrus, N.: 2000. *Rechtssicherheit und Konfliktfähigkeit stärken. Ein arbeitsmarktbezogener Ansatz zur Sozialen Arbeit mit Menschen ohne Aufenthaltsstatus in Berlin*, in: *Migration und Soziale Arbeit* Nr. 1, 28-33

Die Erfahrungen skandinavischer Länder zeigen, dass der effektivste Beitrag zur Verhinderung illegaler Beschäftigung in der Selbstregulierung der Sozialpartner liegt. So ist zum Beispiel die gewerbliche illegale Ausländerbeschäftigung in Dänemark kaum verbreitet, obwohl staatliche Behörden kaum Kontrollen von Arbeitsstätten durchführen. Der Hauptgrund für diese erstaunliche Situation liegt im Konsens der Sozialpartner, die geltenden Tarife anzuerkennen und gemeinsam anzuwenden. Sowohl Gewerkschaften als auch Arbeitgeberorganisationen sorgen für die Einhaltung: „Das skandinavische System der **wechselseitigen Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern bildet eine starke soziale Kontrolle, die bisher effektiv dafür gesorgt hat, dass illegale Arbeitsmigranten vom Arbeitsmarkt fern gehalten wurden**. Unter normalen Umständen besteht keine Notwendigkeit der staatlichen Intervention. Strafen gegen Arbeitgeber wegen illegaler Ausländerbeschäftigung können verhängt werden, sie sind aber relativ selten.“²⁹

Auch die aktuellen kriminologischen Erkenntnisse aus der Sanktionsforschung in Deutschland betonen „die ausgeprägte Abhängigkeit effizienter strafrechtlicher Sozialkontrolle von Systemen informeller bzw. privater Verhaltenskontrolle und insbesondere der Selbstkontrolle.“³⁰ Zur Unterstützung und Stärkung einer selbst regulierenden Kontrolle sollte die bisher auf die Baubranche beschränkte **Haftung des Auftraggebers für die Nettolöhne der Beschäftigten** daher auf alle Werk- und Dienstleistungsverträge ausgedehnt werden. Das Haftungsrisiko wird dazu beitragen, Unternehmen davon abzuhalten, sich dubioser (inländischer oder ausländischer) Subunternehmer zu bedienen, um unter Umgehung des deutschen und internationalen Arbeits- und Sozialrechts Kosten zu sparen. Die Rechte der Beschäftigten, vor allem von ausländischen Subunternehmen, werden gestärkt, da die Durchsetzung ihrer Lohnansprüche erleichtert wird. Damit wird ein zusätzliches Regulativ der Selbstkontrolle auf dem Arbeitsmarkt eingeführt.

In Artikel 9 zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes wird eine neue Nummer 1 eingefügt:

1. § 1 a wird wie folgt verändert: Die Wörter „Bauleistungen im Sinne des § 211 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch“ werden ersetzt durch die Wörter „Leistungen im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages“. Die Nummern 1 und 2 werden zu 2 und 3.

Weiterhin ist für Beschäftigungsverhältnisse, die in Deutschland ausgeübt werden, auch als **Gerichtsstandort Deutschland** festzulegen. Zurzeit ist es so, dass Werkvertragsarbeitnehmer und entsandte Arbeitnehmer – mit Ausnahme des Bauhauptgewerbes und der Hafenschlepperassistenz - bei Rechtsstreitigkeiten nur die Arbeitsgerichtsbarkeit des Herkunftslandes anrufen kann. Dies führt dazu, dass zum Beispiel ein rumänisches Gericht über die in Deutschland verbindlichen Standards urteilen soll. Das ist praktisch und rechtlich nicht möglich und die Arbeitnehmer sind des gerichtlichen Schutzes beraubt. Daher ist die im Arbeitnehmerentsende-Gesetz bestimmte Zuständigkeit deutscher Arbeitsgerichte, die auf den Geltungsbereich des Gesetzes beschränkt ist, auf alle Arbeitsverhältnisse auszuweiten.

²⁹ Hjarno, J.: 2003, *Illegal Immigrants and Developments in Employment in the Labour Markets of the EU*. Burlington: Ashgate, S. 95 (Übersetzung aus dem Englischen durch den Autor, N.C.)

³⁰ Albrecht, H.-J.: 2003, *Forschungen zur Wirtschaftskriminalität in Europa: Konzepte und Befunde*, in: Albrecht, H.-J./Entorf, H. (Hrsg.): *Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat*, Heidelberg: Physica Verlag, 37-69, Zitat S. 67.

Zu Artikel 16: Änderung der Arbeitsgenehmigungsordnung

In der jetzigen wie in der vorgeschlagenen Fassung der Arbeitsgenehmigungsverordnung wird der ausländische Arbeitnehmer für ein Fehlverhalten seines Arbeitgebers mit der Verweigerung (§ 6) bzw. dem möglichen Entzug (§ 7) der Arbeitserlaubnis bestraft und damit seiner Existenzgrundlage beraubt. Die Regelung des § 6 Abs. 2 Nr.1 erscheint ohnehin überflüssig, weil das Wesen der dort genannten arbeitgeberseitigen Verstöße gerade darin besteht, dass sie der Agentur für Arbeit zum Zeitpunkt der Beantragung der Arbeitserlaubnis in aller Regel nicht bekannt sind. Der Widerruf der Arbeitserlaubnis nach § 7 Abs. 1 ist in den Fällen der vorschriftswidrig ungünstigeren Bezahlung ausländischer Beschäftigter kein geeignetes Mittel, um Lohndumping zu beenden und den Arbeitgeber zur Zahlung ortsüblicher oder tariflicher Entgelte anzuhalten. Insbesondere stellt es einen nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch dar, wenn der Arbeitgeber ortsübliche Löhne bis zur Wuchergrenze, also um ein Drittel, ungestraft unterschreiten darf, während dem ausländischen Beschäftigten schon bei einer geringfügigen Unterschreitung, die er selber regelmäßig nicht zu verantworten hat, der Verlust der Arbeitserlaubnis droht. Die Erfüllung der Tatbestände des § 6 Abs. 2 Nr. 1 – also Verstöße des Arbeitgebers gegen Vorschriften des Arbeitsgenehmigungs- und Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – ist nicht mehr hinnehmbar, weil **nicht das Verhalten des Arbeitgebers sanktioniert wird, der gegen die Rechtsordnung verstößt, sondern der Arbeitnehmer, der in Ermangelung einer Alternative ungünstigere Arbeits- und Entlohnungsbedingungen akzeptiert.**

Daher ist die Arbeitsgenehmigungsordnung zu ändern. Gestrichen wird § 6 Abs. 2 Nr. 1. Die bisherigen Nummern 2 und 3 werden Nummern 1 und 2.

§ 7 Abs. 1 Satz 1 der Arbeitsgenehmigungsverordnung wird wie folgt geändert: „Die Arbeitserlaubnis kann widerrufen werden, wenn der Tatbestand des § 6 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 2 erfüllt ist.“

Untergesetzliche Klarstellung zur Vereinfachung der Niederlassung ausländischer Selbstständiger

Grundsätzlich zu begrüßen ist die Absicht, den Zugang zu Beschäftigung zu erleichtern und Hindernisse für die Aufnahme einer legalen Tätigkeit zu verringern. Die Einführung von Mini-Jobs ist in diesem Zusammenhang hilfreich, solange ein Arbeitnehmer unterhalb der Freibetragsgrenze bleibt. Wenn ein Bewerber aber zum Überleben einen zweiten oder dritten Job benötigt, der Arbeitgeber aber allein eine Beschäftigung auf Basis eines Minijobs anbietet, bestehen erneut Anreize, eine Person nicht oder illegal zu beschäftigen. Mit der Einführung der Minijobs ist das Problem insofern entschärft, aber nicht endgültig gelöst.

Im Zusammenhang mit der gesonderten Behandlung der unangemeldeten geringfügigen Beschäftigung in Haushalten ist anzumerken, dass mit der Möglichkeit der Mini-Jobs zumindest ein Teil der Arbeitsverhältnisse in die Legalität zurückgeholt wird, was sehr zu begrüßen ist. Allerdings sind Mini-Jobs nicht die Lösung für Personen, die auf Grund der

Beschäftigung in mehreren Haushalten sowohl bezüglich der Arbeitszeit als auch Entlohnung über der Freibetragsgrenze liegen. Bei Beschäftigten, die durch eine Arbeit in bis zu zwölf Haushalten in der Woche über die Freibetragsgrenze kommen, ist auf Grund der Ausübung der Tätigkeit von einer **selbstständigen Beschäftigung auszugehen. Damit eröffnet sich ein Weg für die Legalisierung der in Deutschland zurzeit noch unangemeldet beschäftigten Putz- und Haushaltshilfen aus den EU-Beitrittsländern.**

Aufgrund der EU-Assoziationsabkommen bzw. mit dem Beitritt zur EU am 1. Mai 2004 können sie sich innerhalb der EU als Selbstständige niederlassen und somit in Deutschland ein Gewerbe anmelden. Diese Anmeldung wird aber momentan durch Ausländerbehörde mit europarechtlich nicht vorgesehene Auflagen verknüpft (so werden in einigen Bundesländern 25 000 € Startkapital verlangt oder gar die Aufenthaltsgenehmigung mit dem Argument verweigert, die selbstständige Tätigkeit sei nicht im regionalen Wirtschaftsinteresse).³¹ Diese **rechtswidrigen bürokratischen Hürden sind durch eine Klarstellung des Auswärtigen Amtes und des Bundesministeriums des Innern zu beseitigen.**

Es sollte jedoch nicht übersehen werden, dass Privathaushalte nicht nur als Kunden die Dienstleistungen Selbstständiger in Anspruch nehmen, sondern auch als Arbeitgeber einer Vollzeit beschäftigten Arbeitskraft auftreten können, die im Haushalt leben (so genannte *live-ins*). **Im Zusammenhang mit der Beschäftigung von *live-ins* sind Missbräuche und sogar Todesfälle bekannt geworden.** Ausländische Arbeitnehmerinnen wurden von Privathaushalten unter falschen Versprechungen angeworben und ausgebeutet. Neben der vollständig illegalen Beschäftigung kommt es auch im Rahmen von Au Pair sowie der Beschäftigung von Hausangestellten, die ausländisches Botschaftspersonal begleiten, zu Missbräuchen.³²

19. März 2004

Norbert Cyrus

³¹ Siehe Böcker, A./Guild, E.: 2002, Implementation of the Europe Agreements in France, Germany, the Netherlands and the UK: Movement of Persons. London: Platinum

³² Cyrus, N.: 2004 (fortc.), Forced Labour...