

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

JURISTISCHE FAKULTÄT

FRANZ-VON-LISZT-HAUS

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Jur. Fakultät, Martin-Luther-Univ., 06099 Halle



13. März 2012

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Familie,
Senioren, Frauen u. Jugend
Ausschussdrucksache
17(13)161b

Stellungnahme für das öffentliche Fachgespräch zum Thema „Europaratsübereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels“

Vorbemerkung

Der vorliegende Gesetzentwurf (BT-Drucks. 17/7316) zielt auf die längst überfällige Ratifizierung der „Convention on action against trafficking in human beings“ (CETS No. 197) des Europarats vom 16. Mai 2005. Die Bundesrepublik hat die Konvention am 17. 11. 2005 gezeichnet; sie trat am 1. 2. 2008 in Kraft, nachdem die erforderliche Mindestzahl der Unterzeichnerstaaten erreicht war. Auch da Deutschland an der Ausarbeitung der Konvention maßgeblich beteiligt war, wirft diese Verzögerung bei der Ratifikation ein schlechtes Licht.

Das Hauptanliegen der Europaratskonvention ist die Stärkung der Rechte der Opfer. Das zeigt sich nicht nur an der Bezeichnung des Menschenhandels als Verletzung der Menschenrechte und der Menschenwürde in der Präambel.¹ Auch die Reihung der verschiedenen Kapitel soll belegen, dass die Forderung nach Respekt für die Opferrechte und nach wirksamem Schutz der Opfer keine leeren Worte sind. So finden sich etwa die „Measures to protect and promote the rights of victims, guaranteeing gender equality“ in Kapitel III – vor der verbindlichen Definition der Straftatbestände des Menschenhandels in Kapitel IV. Darin offenbart sich ein grundlegender Wandel im Umgang mit dem Menschenhandel. Bisher standen Strafverfolgung und ausländerrechtliche Regulierung im Vordergrund.² Nunmehr nimmt ein menschenrechtlicher Ansatz die Opfer nicht (nur) als Störer der innerstaatlichen Rechtsordnung zur Kenntnis, sondern rückt seine Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit in den Fokus (s. auch BT-Drucks. 17/7316, S. 33).

¹ S. ferner Explanatory Report on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, §§ 41 ff.

² Der Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 19. 7. 2002 (ABl. EG Nr. L 203 v. 1. 8. 2002, S. 1 ff.; zur Vorgeschichte näher *Kreuzer ZAR* 2001, S. 220 ff.) zielte nur auf die europaweite Einführung und Harmonisierung von Strafvorschriften gegen den Menschenhandel. Der euphemistisch (s. *Piotrowicz International Journal of Refugee Law*, 2002, S. 267 f.) so genannten „EU-Opferschutzrichtlinie“ vom 29. 4. 2004 (RL 2004/81/EG, ABl. EG Nr. L 261/19 vom 6. 8. 2004) ging es keineswegs originär um die Rechte des Opfers, sondern nur darum, im Interesse der Strafverfolgung seinen Aufenthalt höchstens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens sicherzustellen.

Für eine Rechtsordnung, die der Menschenwürde und den Grundrechte eine derart fundamentale Bedeutung einräumt (vgl. Art. 1 GG), ist die Ratifikation der Europaratskonvention alternativlos.

1. Sehen Sie (rechtlich zwingenden) bundesgesetzlichen Änderungsbedarf zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarates vom 15. Mai 2005 zur Bekämpfung des Menschenhandels (SEV)?

Vorbemerkung

Vor einer Beantwortung der Frage ist auf Folgendes hinzuweisen:

Wie auch bei anderen völkerrechtlichen Verträgen gewährt die Europaratskonvention Nr. 197 – im Unterschied etwa zur Europäischen Menschenrechtskonvention – dem Einzelnen nicht unmittelbar subjektive Rechte, sondern der Vertragsstaat muss durch seine Rechtsordnung den Rechtsschutz vertragskonform umsetzen und seine Rechtsordnung entsprechend anpassen. Zwingend geändert werden muss anders lautendes Bundesrecht. Ansonsten gilt der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Gesetzesauslegung.³

Eine weitere Dimension kommt mit Art. 4 Abs. 1 EMRK ins Spiel, das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft.⁴ In der Beschwerdesache *Siliadin* gegen Frankreich hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aus Art. 4 Abs. 1 EMRK die staatliche Pflicht abgeleitet, extreme Arbeitsausbeutung unter sklavereiähnlichen Bedingungen als Straftat zu verfolgen. Eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht allein hielt er nicht für ausreichend.⁵ Noch weitergehend verlangte der EGMR in der Beschwerdesache *Rantsev* gegen Zypern und Russland, dass die Staaten den rechtlichen und administrativen Rahmen schaffen, um Menschenhandel zu bekämpfen und – potentielle – Opfer zu schützen.⁶ Zypern wurde verurteilt, weil sich die Behörden nicht sonderlich um diesen Fall gekümmert hatten und weil das System der Artistinnen-Visa als unzureichend angesehen wurde. In diesem Zusammenhang sprach der EGMR auch die Verpflichtung an, Opfern Unterkunft, medizinische Ver-

³ S. bereits BVerfGE 74, S. 358 (370); vgl. auch *Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1993, S. 112 ff.

⁴ Zum Folgenden s. auch *Birk* in: *Karl* (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Loseblatt, Stann 10. Lief. 2007, Art. 4 Rn. 7 ff.; das BVerfG hat mehrfach bekräftigt, dass sich die deutschen Gerichte und Behörden bei der Rechtsanwendung an der autonomen Interpretation der EMRK durch den EGMR orientieren müssen, s. BVerfGE 74, S. 358 (370); 82, S. 115 (120); 111, S. 307 (326); zuletzt eingehend BVerfGE 128, S. 326 ff.

⁵ EGMR, Urteil vom 26. 7. 2005 – 73316/01 (*Siliadin gegen Frankreich*), §§ 143 ff. = NJW 2007, S. 41 ff. m. zust. Bespr. *Frenz*, Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit nach dem Urteil *Siliadin*, NZA 2007, S. 734 ff.: Die togolesische Beschwerdeführerin war als Minderjährige nach Frankreich gekommen und musste als Hausmädchen unter sklavereiähnlichen Bedingungen in verschiedenen französischen Familien arbeiten. Zum Tatzeitpunkt war diese Form der Arbeitsausbeutung in Frankreich nicht strafbar.

⁶ EGMR, Urteil vom 7. 1. 2010 – 25965/04 (*Rantsev gegen Zypern und Russland*), §§ 272 ff. = NJW 2010, S. 3003 ff. m. Bespr. *Pati*, Der Schutz der EMR gegen Menschenhandel, NJW 2011, S. 128 ff.: Die Tochter des russischen Beschwerdeführers war mit einem Künstlervisum nach Zypern eingereist, um dort in einem Nachtclub als „Artistin“ zu arbeiten. Tatsächlich handelte es sich um ein Bordell. Der Sachverhalt deutet darauf hin, dass die Geschädigte Opfer von Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung wurde. Später wurde sie anscheinend von den Hinterleuten ermordet, als sie zu flüchten versuchte.

sorgung und psychologische Unterstützung zu gewähren. Bemerkenswerterweise wurde auch Russland verurteilt, weil der Menschenhandel dort seinen Ausgangspunkt genommen hatte und die russischen Behörden es unterlassen hätten, die Rekrutierung der Geschädigten und die Beteiligung russischer Hinterleute zu untersuchen. Die Rechtsprechung des EGMR ist hier deshalb von Interesse, weil er zum Zweck eines effektiven Schutzes der Menschenrechte die Konventionsgarantien weit auslegt und sich dabei auch an den einschlägigen internationalen Rechtstexten orientiert. Es wäre jedenfalls eine Peinlichkeit ersten Ranges, wenn Deutschland erst vom EGMR belehrt werden müsste, was es für einen effektiven Schutz der Opfer investieren muss.

(1) Änderungsbedarf im Bereich des Ausländerrechts

Das geltende Ausländerrecht wirft im Verhältnis zur Europaratskonvention vier Probleme auf.

- Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Europaratskonvention sieht für die Opfer von Menschenhandel ein humanitäres Aufenthaltsrecht unabhängig von seiner Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden und der Dauer des Strafverfahrens vor. Demgegenüber kennt § 25 Abs. 4 a AufenthG lediglich einen vorläufigen Aufenthalt, der an den Zweck der Strafverfolgung geknüpft ist. Es ist daher sehr fraglich, ob insofern, wie die Gesetzesbegründung meint (BT-Drucks. 17/7316, S. 40; vgl. demgegenüber BT-Drucks. 17/8156, S. 4), kein zwingender Änderungsbedarf besteht (Einzelheiten dazu bei Frage 5).

- Art. 15 Abs. 3 der Europaratskonvention sieht vor, dass das Opfer nach innerstaatlichem Recht von den Tätern Entschädigung erlangen kann. Ein entsprechender Rechtsanspruch geht jedoch ins Leere, wenn das Opfer aus dem Ausland nicht mehr in der Lage ist, den Schadensersatz vor den deutschen Gerichten einzuklagen. § 25 Abs. 4 b ermöglicht lediglich für Opfer von Arbeitsausbeutung eine Verlängerung des Aufenthalts, um ausstehenden Arbeitslohn einzuklagen (näher dazu unten Punkt 4).

- Art. 10 Abs. 2 der Europaratskonvention fordert zur Sicherung der Strafverfolgung, dass mutmaßliche Opfer von Menschenhandel nicht eher abgeschoben werden, bevor rechtskräftig darüber entschieden worden ist, ob sie Opfer einer derartigen Straftat geworden sind. Nach Art. 13 Abs. 1 soll ihnen eine mindestens 30tägige Bedenkzeit eingeräumt werden, um sich dem Einfluss der Täter zu entziehen und über eine Kooperation mit den zuständigen Behörden zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat die Bedenkfrist inzwischen auf 90 Tage erweitert (§ 59 Abs. 7 AufenthG). Zwar ist diese Regelung nur als vorläufiger Verzicht auf eine Abschiebung und nicht als rechtmäßiger Aufenthalt ausgestaltet. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Europaratskonvention dürfte sich hieraus kein Änderungsbedarf ergeben. Es ist Sache der nationalen Gesetzgeber, wie das Ergebnis (Anwesenheit des Opfers) in die Begrifflichkeit der jeweiligen Rechtsordnungen übernommen wird.

- Art. 14 Abs. 2 der Europaratskonvention statuiert die Vorrangigkeit des Kindeswohls bei allen aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen. Entgegen der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/7316, S. 40) reicht § 25 Abs. 4 a AufenthG, der sich allein an den Bedürfnissen der Strafverfolgung orientiert, nicht aus (näher dazu bei Frage 4).

(2) Änderungsbedarf bei der Versorgung und Alimentierung von Menschenhandelsopfern

Art. 12 Abs. 1 der Europaratskonvention enthält eine ganze Liste von Maßnahmen zum Schutz der Opfer „bei ihrer körperlichen, psychischen und sozialen Erholung“. Einbezogen sind „die Gewähr-

leistung von Bedingungen, unter denen ihr Lebensunterhalt sichergestellt ist, durch Maßnahmen wie angemessene und sichere Unterkunft sowie psychologische und materielle Hilfe“ (Buchst. a) und „medizinische Notversorgung“ (Buchst. b).

Für Menschenhandelsopfer aus Drittstaaten gilt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG das Asylbewerberleistungsgesetz (s. auch BT-Drucks. 17/7316, S. 38). Dieses Regelungswerk ist als Rechtsgrundlage problematisch, denn sein Hauptzweck liegt in der Abschreckung von Personen, die über vorge-täuschte Asylgründe den höheren Sozialleistungsstandard in Deutschland in Anspruch nehmen möchten.⁷ Die Kostenerstattung für medizinische Maßnahmen nach § 4 Abs. 1 AsylbLG ist auf akute Erkrankungen beschränkt, so dass traumatisierte Opfer nicht in einer Langzeittherapie behandelt werden können. Weitergehende Hilfen für Opfer sexueller Gewalt gemäß § 6 Abs. 2 AsylbLG setzen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 Abs. 1 AufenthG voraus. § 25 Abs. 4 a AufenthG oder gar die Be-denkzeit nach § 59 Abs. 7 AufenthG sind nicht miteinbezogen. Damit fallen die meisten Opfer von Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung nicht unter diesen Leistungstatbestand. Im Übrigen gilt gemäß § 3 AsylbLG das Sachleistungsprinzip, das beispielsweise einer Unterbringung des Opfers in einem Frauenhaus entgegensteht.⁸ Hinzukommt als praktisches Problem vor allem für die Polizei und die Fachberatungsstellen die Schwierigkeit, eine Behörde zu finden, die die Kosten übernimmt. In der Regel ist die Behörde an dem Ort für die Sachleistungen zuständig, an dem das Opfer von der Polizei aufgegriffen wurde. Allerdings erweist es sich häufig als schwierig, wenn nicht gar unmöglich, Sach-leistungen zuzustellen, wenn das Opfer an einem entfernten Ort untergebracht ist. Müssen Betroffene aus Sicherheitsgründen mehrfach den Aufenthaltsort wechseln, kommt es zu unproduktiven Streitig-keiten zwischen Kommunen und Ämtern über die Kostentragung. Häufig werden erhebliche Kräfte der Beratungsstellen dadurch gebunden, dass sie sich für die unkundigen Opfer durch den Verwal-tungsdschungel kämpfen müssen.⁹

Es erscheint möglich, die Anspruchsgrundlagen des AsylbLG konventionskonform auszulegen. An-gesichts der divergierenden Praxis der Behörden kann dies aber nur durch Verwaltungsvorschriften sichergestellt werden.

Für Opfer aus Deutschland oder aus der EU gelten die Regelungen des SGB II und, wichtiger, des SGB XII, namentlich §§ 47 ff. SGB XII (Hilfen zur Gesundheit).¹⁰ An diesen Vorschriften muss grundsätzlich nichts geändert werden. In der Praxis werden freilich auch EU-Angehörige oft auf das AsylbLG verwiesen. Das ist rechtswidrig.

(3) Änderungsbedarf im Straf- und Strafprozessrecht

a. Die §§ 232 – 233 a StGB erfüllen die Forderung von Art. 18 der Europaratskonvention nach einer Bestrafung des Menschenhandels zur Ausbeutung der Sexualität und der Arbeitskraft. Zwar weichen die deutsche und die international übliche Terminologie insofern voneinander ab, als Menschenhandel

⁷ Vgl. BT-Drucks. 12/4451, S. 5 f.; 12/5008, S. 13 f.

⁸ So stellte bereits der 1. Periodische Sicherheitsbericht der Bundesregierung, 2001, S. 109 fest, dass die Mittel nach dem AsylbLG zu gering sind und die Kosten nicht decken.

⁹ Vgl. auch Lagebild Menschenhandel, 2003, S. 16; 2. Periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung, 2006, S. 464.

¹⁰ Näher dazu KOK (Hrsg.), Entwicklung tragfähiger Strukturen für die Betroffenen von Menschenhandel zur Arbeitsausbeutung, 2011, S. 195 ff. (unter: <http://www.bmas.de/DE/Themen/Soziales-Europa-und-Internationales/Meldungen/studie-menschenhandel-arbeitsausbeutung.html>).

nach dem StGB als Erfolg voraussetzt, dass der ausbeuterische Sexualkontakt stattgefunden hat bzw. die ausbeuterische Beschäftigung ausgeübt wird, während Art. 4 Buchst. a der Europaratskonvention die Rekrutierung der Opfer erfasst. Diese Handlungen fallen unter § 233 a StGB, der die „Förderung des Menschenhandels“ bestraft. Eine übereinstimmende Terminologie wäre zwar wünschenswert, ist aber völkerrechtlich nicht geboten, so lange das deutsche Strafrecht die fraglichen Verhaltensweisen materiell erfasst (s. auch BT-Drucks. 17/7316, S. 43 f.).¹¹

Der Antrag der SPD-Fraktion kritisiert, dass § 233 StGB in der geltenden Fassung in Widerspruch zu Art. 4 Buchst. b der Europaratskonvention stehen soll (BT-Drucks. 17/8156, S. 4). Dieser Einwand betreffe, wenn er richtig ist, auch § 232 StGB. Art. 4 Buchst. b erklärt die Einwilligung – besser: die Zustimmung („consent“) des Opfers für unwirksam, wenn eines der in Buchst. a genannten Mittel angewendet wurde. Gewalt, andere Formen der Nötigung oder Täuschung schließen nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der Strafrechtsdogmatik eine rechtswirksame Einwilligung aus. Nun nimmt die Definition des Menschenhandels auf subtilere Formen des Drucks unterhalb der Nötigung Bezug. Insofern stellt sich hier dieselbe Frage wie beim Begriff des sexuellen Missbrauchs nach den §§ 174 ff. StGB. Missbrauch ist ebenfalls mit einer wirksamen Einwilligung unvereinbar. Menschenhandel nach §§ 232, 233 StGB liegt nach dem geltenden Recht nur in einer einzigen Konstellation nicht vor: Wenn das sich in einer persönlichen Zwangslage – die der Täter nicht hergestellt haben oder aufrechterhalten darf – befindliche Opfer sich von sich aus für die Prostitution oder eine ausbeuterische Beschäftigung entscheidet und die Umstände dieser Tätigkeit genau kennt.¹² In einer solchen Konstellation wird seine Entscheidungsfreiheit nicht verletzt. Ein Widerspruch zum international üblichen Begriff des Menschenhandels ist nicht ersichtlich.

Im Hinblick auf den Menschenhandel zur Entnahme von Organen besteht allerdings eine Strafbarkeitslücke (entgegen BT-Drucks. 17/7316, S. 44): Die §§ 18 und 19 TPG bestrafen sämtlich – nur – die rechtswidrige Entnahme von Organen. Auf die Einzelheiten kommt es hier nicht an. Die in Art. 4 Buchst. a der Europaratskonvention genannten Handlungen sind nur dann als Beihilfe strafbar, wenn die Organ- oder Gewebeentnahme wenigstens versucht worden ist, denn § 27 Abs. 1 StGB setzt eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat voraus. Wegen der Akzessorietät der Teilnahme sind Handlungen im Vorfeld einer geplanten rechtswidrigen Organentnahme nicht strafbar. In der Terminologie der Europaratskonvention kommt es für den Menschenhandel aber nicht darauf an, ob die Organentnahme bereits unmittelbar bevorsteht. Die Rekrutierung der Opfer unter den dort genannten Umständen soll vielmehr schon dann strafbar sein, wenn der Ausbeutungszweck noch gar nicht erreicht worden ist. Diese Sichtweise wird bestätigt von Art. 21 Abs. 2 der Europaratskonvention, wonach bereits der Versuch strafbar sein soll. Den Versuch des Versuchs (einer Straftat nach §§ 18, 19 TPG) kennt das deutsche Strafrecht aber nicht – und die Straftatbestände des TPG sind mit gutem Grund nicht als Unternehmensdelikte (s. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) ausgestaltet.

b. Art. 19 der Europaratskonvention fordert die Mitgliedstaaten auf, eine eigene Strafvorschrift gegen die Nachfrage nach Menschenhandelsopfern zu „erwägen“. Teilweise hat der deutsche Gesetzgeber diese Vorgabe bereits umgesetzt. So sieht § 10 a SchwarzArbG eine Strafe für die Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel, die Opfer von Menschenhandel sind, vor.¹³ Allerdings hat diese

¹¹ Näher dazu *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, 2006, Vor §§ 232 – 233 b Rn. 10 und 16.

¹² Vgl. *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, § 232 Rn. 26; s. auch BGH v. 7.7.2009 – 3 StR 132/09, bei *Pfister* NStZ-RR 2010, S. 5.

¹³ Die Norm lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 4 Absatz 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes einen Ausländer beschäftigt, und hierbei eine Lage ausnutzt, in der sich der Ausländer durch eine gegen ihn gerichtete Tat eines Dritten nach § 232 oder 233 des Strafgesetzbuchs befindet.“

neue Strafvorschrift nur einen sehr beschränkten Anwendungsbereich: Sie bezieht sich allein auf die Arbeitsausbeutung und auf Opfer aus Nicht-EU-Staaten. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/7316, S. 44) verweist weiter auf § 182 Abs. 1 StGB, wonach sich strafbar macht, wer die Zwangslage des minderjährigen Opfers zu einem Sexualkontakt ausnutzt. Darüber hinaus ist auch Abs. 2 zu nennen, der den entgeltliche Sexualkontakte zwischen volljährigen Tätern und minderjährigen Opfern und damit den Bereich der Prostitution Minderjähriger erfasst. Der Wertungswiderspruch zu § 232 Abs. 1 StGB ist offensichtlich: Bis zu einer Schutzaltersgrenze von 21 Jahren verzichtet § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB auf Zwang. Ferner schreibt § 232 StGB keine Altersgrenze für Täter vor. Zu einer allgemeinen Strafvorschrift gegen die Freier von Menschenhandelsopfern und Zwangsprostituierten konnte sich der Gesetzgeber bislang nicht durchringen.¹⁴

Allerdings lässt die Formulierung „erwägt“ (engl.: „shall consider“) völkerrechtlich betrachtet Raum für ein lückenhaftes und inkonsistentes Strafrecht (vgl. dazu auch Frage 9 Punkt 3).

c. Schließlich fordert Art. 26 der Europaratskonvention ein Absehen von Strafe für die Beteiligung der Menschenhandelsopfer an rechtswidrigen Taten, zu denen sie gezwungen wurden. Bei der konkreten Ausgestaltung dieser Forderung wird den Staaten ein breiter Spielraum vom persönlichen Strafausschlussgrund bis hin zu Regelungen über die Verfahrenseinstellung eröffnet, denn die Strafflosigkeit soll „in Übereinstimmung mit den Grundsätzen ihres Rechtssystems“ vorgesehen werden.

Einschlägig ist hier insbesondere die „Kronzeugenregelung“ nach § 154 c StPO, wonach die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung eines Vergehens – insbesondere von Verstößen gegen § 95 AufenthG – absehen kann, wenn das Opfer einer Nötigung oder Erpressung diese Tat anzeigt und dadurch eigenes Fehlverhalten aufdeckt (s. auch BT-Drucks. 17/7316, S. 47). Die Formulierung ist nicht gelungen, denn nach dem Gesetzeszweck sollten auch und gerade die Opfer von Menschenhandel zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden ermutigt werden.¹⁵ Menschenhandelsdelikte setzen jedoch nicht immer eine Nötigung voraus; das gilt nur für die qualifizierten Formen nach §§ 232 Abs. 4 Nr. 1, 233 Abs. 3, 233 a Abs. 2 Nr. 3 StGB. Ferner steht das Absehen von der Strafverfolgung im Ermessen der Staatsanwaltschaft und ist nicht obligatorisch. Das Gericht hat keine vergleichbare Einstellungsmöglichkeit.

Eine Behebung dieser Defizite ist aber aus völkerrechtlichen Gründen nicht zwingend geboten.

(4) Änderungsbedarf bei der Durchsetzung von Lohn- und Entschädigungsforderungen

Nach Art. 15 Abs. 3 der Europaratskonvention muss jede in ihrem innerstaatlichen Recht das Recht der Opfer auf Entschädigung durch die Täter vorsehen. Die einschlägigen Bestimmungen finden sich in § 823 BGB. Allerdings bleibt die rechtliche Möglichkeit eine bloße Fiktion, wenn das betroffene Opfer in sein Heimatland abgeschoben wurde, etwa weil überhaupt kein Strafverfahren durchgeführt wurde oder weil das Strafverfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen ist und das innerstaatliche Recht keinen Aufenthaltstitel für eine Zivilklage auf Lohn oder Schadensersatz vorsieht.¹⁶

¹⁴ Näher dazu *Renzikowski ZRP* 2005, S. 213 ff.

¹⁵ S. Meyer-Goßner, *StPO*, 52. Aufl. 2009, § 154 c Rn. 2.

¹⁶ S. dazu *Niesner/Jones-Pauly*, *Frauenhandel in Europa*, 2001, S. 223 f.

In diesem Zusammenhang ist die Arbeitgebersanktionenrichtlinie vom 18. 6. 2009¹⁷ relevant. Art. 7 Abs. 1 Buchst. a garantiert ausländischen Arbeitnehmern ohne Aufenthaltsrecht den ihnen zustehenden Lohn. Um die Erfüllung dieses Vergütungsanspruchs müssen sich die Mitgliedstaaten selbst kümmern, ohne dass die betroffene Person Klage erheben muss – und zwar nach Abs. 3 auch im Falle der Ausreise bzw. Ausweisung. Noch strikter verbietet Abs. 4 die Abschiebung, bevor jemand den ausstehenden Lohn vollständig erhalten hat.

Der Bundesgesetzgeber hat dieser Forderung durch das „Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex“ vom 22. 11. 2011¹⁸ Rechnung getragen. Allerdings ist der neue Rechtszustand nicht überzeugend. § 25 Abs. 4 b ermöglicht für ausreisepflichtige Opfer von Arbeitsausbeutung nach §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG, 15 a AÜG über die Bedürfnisse der Strafverfolgung hinaus eine Verlängerung des Aufenthalts, wenn die Vergütung noch nicht vollständig bezahlt ist und die Geltendmachung aus dem Ausland eine unzumutbare Härte bedeuten würde.

Enger kann man es nicht fassen: Auf der Strecke bleiben Opfer von Menschenhandel zur Ausbeutung der Sexualität, den § 25 Abs. 4 a AufenthG enthält keine vergleichbare Klausel. Ausgeklammert sind weiter Schadensersatzansprüche (etwa bei Gesundheitsschäden) – und zwar für alle Erscheinungsformen des Menschenhandels. Diese Differenzierung beruht auf keinem sachlich tragfähigen Grund und verstößt daher gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG.

2. Artikel 29 Abs. 4 SEV 197 gibt den Mitgliedstaaten auf, die Ernennung eines nationalen Berichterstatters bzw. einer nationalen Berichterstatterin oder ähnliche Mechanismen für den Bereich des Menschenhandels zu erwägen. Darüber hinaus verpflichtet Abs. 2 des gleichen Artikels die Vertragsparteien zur Koordinierung aller politischen Maßnahmen gegen den Menschenhandel.

(1) Geeignete Strukturen oder Maßnahmen, um die Gesamtkoordinierung der Maßnahmen gegen den Menschenhandel auf Bundesebene weiterzuentwickeln?

Menschenhandel zur Ausbeutung der Sexualität und zur Ausbeutung der Arbeitskraft werden im Strafrecht zwar in unterschiedlichen Vorschriften thematisiert. Auch ist die Ausweitung der internationalen Definition des Menschenhandels auf die Arbeitsausbeutung jüngeren Datums. Letztendlich handelt es sich aber nur um verschiedene Erscheinungsformen der Ausbeutung. Prägend für den Menschenhandel, jedenfalls in seinem völker- und europarechtlichen Verständnis ist die Ausnutzung einer Zwangslage im weitesten Sinn. Von daher sind verschiedene, parallele Strukturen bei der Bekämpfung des Menschenhandels nicht sinnvoll, sondern letztlich kontraproduktiv.

Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/7316, S. 34) weist darauf hin, dass bislang die innerstaatliche Abstimmung für den Bereich des Menschenhandels zur Ausbeutung der Sexualität durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe Frauenhandel unter Federführung des BMFSFJ gewährleistet wird. Für den Menschenhandel zur Arbeitsausbeutung sollen entsprechende Strukturen, wohl unter der Verant-

¹⁷ RL 2009/52/EG „Richtlinie über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen“, ABl. EG L 168/24 vom 30. 6. 2009.

¹⁸ BGBl. I S. 2258.

wortlichkeit des BMAS gebildet werden (z.B. eine parallele Bund-Länder-Arbeitsgruppe zum Menschenhandel der Arbeitsausbeutung).

Die bisherigen Strukturen für den Menschenhandel zur Ausbeutung der Sexualität haben sich bewährt. Im Bereich der Arbeitsausbeutung mögen sich manche Frage etwas anders stellen. Für den Umgang mit den Opfern gilt dies ganz sicher nicht. Daher muss nochmals nachdrücklich vor einer Zersplitterung der Strukturen oder gar vor Kompetenzstreitigkeiten gewarnt werden.

(2) Einrichtung und Struktur einer nationalen Berichterstattungsstelle für Deutschland

Die Europaratskonvention enthält – ebenso wenig wie andere einschlägige europäische oder internationale Dokumente – keine konkreten Vorgaben dazu, wie eine nationale Berichterstattungsstelle ausgestaltet sein muss. Allerdings lassen sich folgende Anhaltspunkte gewinnen:

Zu ihrem Aufgabenbereich gehören u.a.

- die Sammlung von Daten und Informationen
- die Berichterstattung an Regierungen, Parlamente und den Europarat
- die Ausarbeitung von Empfehlungen an Regierungen, Behörden und andere einschlägige Institutionen

Zur Ausstattung der Berichterstattungsstelle gehört eigenes Personal. Aufgrund ihrer Kontrollfunktion sollte sie von der Verwaltung unabhängig sein und über einen eigenen Haushalt verfügen. Schließlich muss sie die Befugnis haben, die notwendigen Informationen und Daten von den staatlichen Stellen abzufragen. Zweckmäßig ist eine interdisziplinäre Besetzung (wie in den entsprechenden Expertenkommissionen zum Menschenhandel auf der Ebene der EU und des Europarats auch). Eine Einbindung der NGO's versteht sich von selbst.

Auf jeden Fall muss das Mandat der Berichterstattungsstelle – schon aus datenschutzrechtlichen Gründen – gesetzlich klar bestimmt werden.

3. Wie beurteilen Sie die Entwicklung der Unterstützungsstrukturen für Opfer des Menschenhandels zur sexuellen Ausbeutung/zur Arbeitsausbeutung in Deutschland? Wie haben sich die im Kontext der Bekämpfung des Menschenhandels zur sexuellen Ausbeutung entwickelten Kooperationsformen zwischen Polizei und Unterstützungseinrichtungen in Deutschland bewährt?

Im Bereich des Menschenhandels zur sexuellen Ausbeutung haben sich inzwischen Unterstützungsstrukturen etabliert. In fast jedem Bundesland existieren entsprechende Kooperationsprogramme, die die Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Behörden und den Fachberatungsstellen sicherstellen sollen. Ohne die – häufig ehrenamtliche – Arbeit der chronisch unterfinanzierten Fachberatungsstellen wären die unübersehbaren Fortschritte im Bereich des Menschenhandels zur sexuellen Ausbeutung nicht erreicht worden; ohne sie gäbe es in Deutschland keinen Opferschutz, keine Betreuung der Zeugen – und damit auch keine Aussicht auf eine erfolgreiche Strafverfolgung im jeweiligen Einzelfall.¹⁹

¹⁹ Näher dazu KOK (Fn. 10), S. 367 ff.

Diese Unterstützungsstrukturen bestehen im Bereich des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft noch nicht. Gleichwohl engagieren sich viele Fachberatungsstellen schon länger in beiden Feldern.²⁰ Es wäre nachgerade unsinnig, auf diese Erfahrungen zu verzichten. Im Grunde genommen warten die Fachberatungsstellen nur darauf, dass sie auch offiziell das Mandat für den Menschenhandel zur Arbeitsausbeutung erhalten – und natürlich die dazu erforderlichen zusätzlichen Finanzmittel. Die Verpflichtung hierzu ergibt sich aus der Art. 12 Abs. 1 der EU-Opferschutzrichtlinie. Danach sollen die Opfer die Eingliederungsangebote der Fachberatungsstellen wahrnehmen können, „die darüber mit den Mitgliedstaaten besondere Vereinbarungen getroffen haben“. Die Konsequenz einer derartigen Vereinbarung kann nur sein, dass der Mitgliedstaat auch für ihre Finanzierung eintreten muss.

4. Der Begründungstext der Konvention führt aus, dass das Kindeswohl entscheidend für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sein muss (Art. 14 des Übereinkommens). Wie wird dieser Forderung im deutschen Aufenthaltsrecht Rechnung getragen und ergibt sich aus Ihrer Sicht Änderungsbedarf?

Art. 14 Abs. 2 der Europaratskonvention sieht vor, dass der Aufenthaltstitel für kindliche Opfer, „so weit rechtlich erforderlich, im Einklang mit dem Wohl des Kindes erteilt und gegebenenfalls unter denselben Bedingungen verlängert wird“. Diese Betonung des Kindeswohls entspricht Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention vom 20. 11. 1989, wonach „bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleich viel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, (...) das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt [ist], der vorrangig zu berücksichtigen ist“.²¹

Im geltenden Aufenthaltsrecht kommt das Kindeswohl nur an zwei Stellen vor: in § 32 Abs. 4 AufenthG bei der Regelung des Kindernachzugs und in § 62 Abs. 1 AufenthG bei der Abschiebehaft.

Die Gesetzesbegründung meint, dass die Belange des Kindeswohls im Rahmen der Ermessensausübung nach § 25 Abs. 4 a AufenthG zu berücksichtigen seien (BT-Drucks. 17/7316, S. 40). Das reicht jedoch nicht aus. Der vorläufige Aufenthalt nach § 25 Abs. 4 a AufenthG dient ausschließlich der Durchführung eines Strafverfahrens gegen die Täter des Menschenhandels und ist strikt an die Kooperation des Opfers mit den Strafverfolgungsbehörden sowie an die Dauer des Strafverfahrens gebunden (s. auch Frage 5). Außerhalb dieser Gesichtspunkte spielt das Kindeswohl keine Rolle. Von einer vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls minderjähriger Opfer von Menschenhandel ist das AufenthG weit entfernt.

5. Art. 14 Buchstabe a) und b) des Übereinkommens bestimmen, dass dem Opfer ein verlängerbarer Aufenthaltstitel erteilt wird, wenn die zuständige Behörde entweder der Auffassung ist, dass der Aufenthalt des Opfers aufgrund seiner persönlichen Situation oder für die Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden bei den Ermittlungen oder beim Strafverfahren er-

²⁰ Ein Beispiel ist die Fachberatungsstelle Ban Ying (www.ban-ying.de), die das „Berliner Bündnis gegen Menschenhandel“ (www.gegen-menschenhandel.de) mitinitiiert hat; s. auch KOK (Fn. 10), S. 391 ff.

²¹ BGBl. 1992 II S. 121. Die Bundesrepublik hat am 15. 7. 2010 ihren ausländerrechtlichen Vorbehalt zurückgenommen.

forderlich ist. Betroffenen aus Nicht-EU-Ländern wird bisher ein Aufenthalt in Deutschland jedoch nach § 25 Abs. 4a Nr. 3 AufenthG nur in Bezug auf Buchstabe b) gewährt. Sehen Sie hier zwingenden Änderungsbedarf?

Nach Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Europaratskonvention erteilt jede Vertragspartei „dem Opfer einen verlängerbaren Aufenthaltstitel, wenn ... die zuständige Behörde der Auffassung ist, dass der Aufenthalt des Opfers aufgrund seiner persönlichen Situation erforderlich ist“. Diese Forderung muss im Kontext von Art. 12 Abs. 6 der Europaratskonvention gesehen werden, wonach die Unterstützung der Opfer gerade nicht von ihrer Bereitschaft abhängen soll, mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren.²² Infolgedessen richtet sich der Aufenthalt nach Art. 14 Abs. 1 lit. a über das Strafverfahren hinaus gerade nicht an ausländerrechtlichen oder sonstigen Gesichtspunkten der öffentlichen Ordnung, sondern allein an der Lage des Opfers aus.²³ Vor allem muss nach Art. 16 Abs. 5 verhindert werden, dass Opfer von Menschenhandel nach der Ausweisung in ihre Herkunftsländer erneut zu Opfern werden. Diese Regelung ist klar. Ein Ermessen ist nicht vorgesehen, vielmehr geht es um eine Verpflichtung zur Gewährung von Aufenthalt.²⁴ Lediglich die Formulierung „erforderlich“ eröffnet der zuständigen Behörde einen gewissen Beurteilungsspielraum.

Das deutsche Recht sieht bislang einen gesonderten Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen für Menschenhandelsopfer nicht vor. Die Gesetzesbegründung thematisiert diese Frage nicht, sondern begnügt sich – unvollständig – mit dem Hinweis auf den vorläufigen Aufenthalt zum Zweck der Strafverfolgung nach § 25 Abs. 4 a AufenthG (BT-Drucks. 17/7316, S. 40). Das reicht schon deshalb nicht aus, weil der vorläufige Aufenthalt – wie es auch den Intentionen der EU-Opferschutzrichtlinie entspricht²⁵ – „primär die Erleichterung der Durchführung des gegen den Täter gerichteten Strafverfahrens beinhaltet“.²⁶ Ein individueller Rechtsanspruch auf Erteilung des vorläufigen Aufenthalts für das Opfer besteht nicht. Der strikten Bindung an das Strafverfahren dient sodann § 52 Abs. 5 AufenthG, wonach der Aufenthaltstitel widerrufen werden soll, wenn die Voraussetzungen nach § 25 Abs. 4 a und 4 b nicht mehr vorliegen. Zu diesem Zweck muss die Staatsanwaltschaft oder das zuständige Gericht die Ausländerbehörden von Amts wegen über den Verfahrensstand informieren (§ 87 Abs. 5 AufenthG).

Das AufenthG kennt verschiedene Möglichkeiten des Aufenthalts in Deutschland aus humanitären Gründen, die jedoch allesamt nicht oder nur in speziell gelagerten Ausnahmefällen einschlägig sind:

- § 22 AufenthG betrifft die Aufnahme „aus dem Ausland“, gilt also nicht für bereits eingereiste Ausländer.
- § 23 AufenthG sieht die Aufenthaltsgewährung bei besonders gelagerten politischen Interessen vor. Betroffen ist die Aufnahme von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von bestimmten Ausländergruppen. Es geht aber nicht um die Berücksichtigung individueller Probleme von Einzelpersonen.
- § 23 a AufenthG regelt die Einzelentscheidung von Härtefallkommissionen als Notbehelf. Das ist aber kein Ersatz für eine notwendige generelle Regelung, ganz abgesehen vom fehlenden Rechtsanspruch der jeweils betroffenen Person.

²² Eindringlich betont im Explanatory Report (Fn. 1), §§ 168 ff.

²³ Explanatory Report (Fn. 1), §§ 180 ff.; auch Art. 7 des Palermo-Protokolls empfiehlt ein solches humanitäres Aufenthaltsrecht

²⁴ Ebenso schon *Planitzer*, Menschenhandel – was hat sich seit Palermo getan?, juridikum 2007, S. 107 (111).

²⁵ In Art. 13 Abs. 1 heißt es: „Der aufgrund dieser Richtlinie erteilte Aufenthaltstitel wird nicht verlängert, wenn ... das maßgebliche verfahren aufgrund einer Entscheidung der zuständigen Behörde abgeschlossen wurde.“

²⁶ BMI, Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. 10. 2009, Ziff. 25.4a.4.2.

- § 25 Abs. 3 AufenthG sieht ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen vor, wenn ein Abschiebeverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG vorliegt. Demnach darf ein Ausländer nicht abgeschoben werden, wenn ihm in seinem Heimatland eine erhebliche konkrete Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit droht. Die bloße Möglichkeit reicht nicht aus. Es ist aber für die Betroffenen kaum möglich, diese Voraussetzungen nachzuweisen. Anders verhält es sich bei Opfern, die sich in einem Zeugenschutzprogramm nach § 1 Abs. 1 ZSHG befinden (s. auch § 72 Abs. 4 S. 2 AufenthG). Abgesehen von den hohen Hürden, die das ZSHG errichtet, geht dieser Zeugenschutz regelmäßig an den Bedürfnissen der Opfer vorbei. Die häufig traumatisierten Opfer benötigen eine intensive psychosoziale Betreuung, die mit einer umfassenden Abschirmung unvereinbar ist.²⁷ In der Praxis wird daher nur ein sehr geringer Prozentsatz der Opfer von Menschenhandel in ein Zeugenschutzprogramm aufgenommen.²⁸
- Nach § 25 Abs. 4 AufenthG kann ein vorübergehender Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen gewährt und verlängert werden, solange eine Ausreise eine außergewöhnliche Härte wäre. Diese Vorschrift betrifft aber nur Personen, die nicht vollziehbar ausreisepflichtig (s. §§ 50 Abs. 1, 51) sind, ist also nicht anwendbar bei der großen Masse der Menschenhandelsopfer, die entweder illegal eingereist sind oder deren Aufenthalt aufgrund der nichtgenehmigten Ausübung der Prostitution illegal geworden ist.
- § 25 Abs. 5 AufenthG sieht für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer einen Aufenthaltstitel vor, wenn rechtliche oder tatsächliche Gründe ihrer Ausreise entgegenstehen und auf absehbare Zeit nicht mit einem Wegfall der Abschiebehindernisse zu rechnen ist. Diese Norm betrifft vor allem die ungeklärte Staatsangehörigkeit oder den Verlust von Ausweispapieren.
- Bei einem Abschiebeverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG kommt eine Duldung aus humanitären Gründen nach § 60 a AufenthG in Betracht, die allerdings auf höchstens sechs Monate beschränkt ist. Der Aufenthalt bleibt in diesem Fall rechtswidrig.

Das derzeit geltende Ausländerrecht enthält also keinen ausdrücklichen Rechtstitel für einen Aufenthalt aufgrund der persönlichen Situation des Menschenhandelsopfers.²⁹ Inwieweit die dargestellten anderen Vorschriften extensiv konventionskonform ausgelegt werden können, ist sehr fraglich. Dieser Notbehelf erscheint auch deswegen nicht als Lösung, weil die Praxis der Ausländerbehörden im Umgang mit Menschenhandelsopfern bereits jetzt von Bundesland zu Bundesland und Behörde zu Behörde sehr unterschiedlich ist.

6. Welche Erfahrungen ergeben sich aus dem „Italienischen Modell“ eines vorläufigen Aufenthaltstitels für ZeugInnen, die Opfer von Menschenhandel sind? Wie würden Sie bei Geltung einer entsprechenden Regelung in Deutschland die Gefahr einer missbräuchlichen Berufung auf diese Regelung einschätzen?

Gemäß Art. 18 des Decreto legislativo n. 286/98 vom 25. 7. 1998³⁰ können Opfer von Frauenhandel in Italien einen vorläufigen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erhalten, der nicht an ein Strafverfahren gegen die Täter geknüpft ist. Voraussetzung ist, dass die Polizei den Opferstatus festgestellt

²⁷ S. Niesner/Jones-Pauly, Frauenhandel in Europa, 2001, S. 225 ff.

²⁸ Im Jahr 2004 waren es 18 ausländische Opfer. Das entspricht einem Anteil von 2,1 % der ausländischen Opfer (s. BKA, Lagebild Menschenhandel 2004, S. 17). In späteren Lagebildern finden sich keine Angaben mehr dazu.

²⁹ Hier wäre außerdem eine Einbindung der Fachberatungsstellen mit ihrer Einschätzung der persönlichen Situation des Opfers sinnvoll.

³⁰ Gazzetta Ufficiale n. 191 v. 18.08.1998 – Supplemento Ordinario n. 139.

hat. Nach der Teilnahme an einem Integrationsprogramm, die von den Fachberatungsstellen organisiert wird, kann sogar ein unbefristeter Aufenthaltstitel erlangt werden, wenn die betroffene Person eine Beschäftigung nachweist. In der Praxis wird diese Vorschrift anscheinend nicht einheitlich umgesetzt. Interessant ist aber, dass weder von Seiten der Behörden, noch von Seiten der Beratungsstellen von Missbrauchsfällen berichtet wird.³¹

Ein humanitäres Aufenthaltsrecht ist nur für Nicht-Eu-Angehörige notwendig. EU-Angehörige genießen bereits nach EU-Recht Freizügigkeit innerhalb der EU. Für die Einführung eines humanitären Aufenthaltstitels nach dem italienischen Vorbild sprechen zwei Gründe:

- Nach Art. 12 Abs. 6 der Europaratskonvention soll die Unterstützung der Opfer gerade nicht von ihrer Bereitschaft abhängen soll, mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren. Deshalb fordert Art. 14 Abs. 1 lit. a einen weiteren Aufenthalt des Opfers über das Strafverfahren hinaus, der sich allein an seiner Lage orientiert. Dabei muss verhindert werden, dass Opfer von Menschenhandel nach der Ausweisung in ihre Herkunftsländer erneut zu Opfern werden (Art. 16 Abs. 5). Diese Festschreibung eigenständiger Opferrechte unabhängig von irgendwelchen Bezügen zu staatlichen Strafverfolgungsmaßnahmen entspricht der grundlegenden Bedeutung von Menschenrechten, die nicht etwa als Prämien für ein bestimmtes Verhalten gewährt werden, sondern einer Person gerade und ausschließlich deshalb zukommen, weil sie Mensch ist. Daher kann der menschenrechtliche Anspruch eines Opfers von Menschenhandel auf Hilfe und Unterstützung nicht von seiner illegalen Einreise oder seiner Kooperationsbereitschaft mit den staatlichen Behörden abhängen.

- Von Seiten der Strafverteidiger wird immer wieder versucht, die Glaubwürdigkeit von Opferzeuginnen durch die Unterstellung zu erschüttern, sie würden den Angeklagten nur belasten, um sich so einen Aufenthalt zu „erschleichen“. Durch die Entkoppelung des humanitären Aufenthalts vom Strafverfahren würde diese Strategie verhindert.

Darüber, ob und inwieweit derartige Regelungen missbräuchlich in Anspruch genommen werden können, lässt sich bloß spekulieren.³² Grundsätzlich kann durch kein wie auch immer geartetes Gesetz ausgeschlossen werden, dass jemand einen Titel erlangt, der ihm von Rechts wegen nicht zusteht. Auch im Strafrecht gibt es falsche Verurteilungen ebenso wie falsche Freisprüche. Missbrauchsmöglichkeiten lassen sich durch die Ausgestaltung des humanitären Aufenthaltstitels verringern. Entscheidend ist hierbei, dass die Betroffenen vor einer staatlich eingesetzten Stelle Angaben machen müssen, dass diese Angaben – so weit als möglich – überprüft werden, und dass die Durchführung des Integrationsprogramms kontrolliert wird. Eine offene Frage ist freilich, welche neutrale Stelle unparteiisch und nach welchen Kriterien entscheidet, ob hinreichende Anhaltspunkte für die Opfereigenschaft vorliegen.

³¹ Näher dazu *Pearson*, Human traffic human rights: redefining witness protection, Anti Slavery International, 2002; *Petrini* in: *On the road* (Hrsg.), Article 18: Protection of victims of trafficking and fight against crime, research report, 2002, S. 190 ff.; *Monzini*, Sex traffic, 2005, S. 145 f.; weitere Informationen unter: www.ontheroadonlus.it.

³² Krit. ggü. gegenüber diffusen Missbrauchsbefürchtungen *Uhl/Vorheyer*, Täterprofile und Opferbilder. Die Logik der internationalen Menschenhandelspolitik, in: *Sapper/Wechsel/Huterer* (Hrsg.), *Mythos Europa – Prostitution, Migration, Frauenhandel*, S. 21 (29); s. ferner *Monzini*, Sex traffic, 2005, S. 148 ff.

7. Welche Kenntnisse haben Sie darüber, dass es keine bundeseinheitliche Praxis zur finanziellen Unterstützung der Betroffenen von Menschenhandel aus den Mitgliedstaaten der EU gibt und welche Schlüsse ziehen Sie daraus?

Konkrete Kenntnis aus der Praxis habe ich nicht.

Art. 18 AEUV verbietet als ein allgemeines Prinzip der europäischen Integration jede Diskriminierung von EU-Bürgern auf Grund der Staatsangehörigkeit. Daraus folgt, dass Unionsbürger bei der finanziellen Unterstützung ebenso behandelt werden müssen wie deutsche Opfer von Menschenhandel. Insofern sind die rechtlichen Grundlagen klar. Eine von Behörde zu Behörde unterschiedliche Praxis ist nicht nachvollziehbar.

Sinnvoll erscheint es, die Behörden durch Verwaltungsvorschriften zu einer einheitlichen Praxis anzuhalten.

8. Sehen Sie unabhängig von der jetzt anstehenden Umsetzung der Konvention weiteren Handlungsbedarf zur effektiveren Bekämpfung des Menschenhandels und Stärkung der Opferrechte?

Die Diskussion, ob und inwieweit mit dem jetzigen Gesetzesentwurf die Europaratskonvention Nr. 197 vollständig im deutschen Recht umgesetzt wird oder nicht, ist insofern müßig, als die Problematik demnächst erneut auf die Tagesordnung kommt. Am 5. 4. 2011 haben das Europäische Parlament und der Rat eine neue Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer verabschiedet.³³ Die Richtlinie greift das Programm der Europaratskonvention Nr. 197 auf und schreibt es fort. Im Mittelpunkt steht dabei eine substantielle Verbesserung des bislang in der EU eher vernachlässigten Opferschutzes. Unter Berufung auf Art. 5 Abs. 3 der Europäischen Grundrechte-Charta, der den Menschenhandel ausdrücklich verbietet, nimmt die Richtlinie einen neuen Anlauf zur Vereinheitlichung des Strafrechts. Art. 2 Abs. 3 erweitert die bisherige Definition des Menschenhandels auf Bettelerei und die Ausnutzung zur Begehung von Straftaten. Neu ist auch die Empfehlung einer weitgehenden Straffreistellung der Opfer von Menschenhandel für ihre Beteiligung an strafbaren Handlungen in unmittelbarem Zusammenhang mit Menschenhandel in Art. 8. Schließlich empfiehlt Art. 18 Abs. 4 die Bestrafung der Nachfrage nach Menschenhandelsopfern. Ein großer Fortschritt im Opferschutz auf der Ebene der EU bedeutet die Forderung nach einer umfassenden Unterstützung und Betreuung der Opfer des Menschenhandels, die nach Art. 11 Abs. 3 von der tatsächlichen Durchführung eines Strafverfahrens oder der Bereitschaft zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden entkoppelt wird. Es kommt nur noch darauf an, dass die betroffene Person als Opfer von Menschenhandel eingeschätzt wird (Art. 11 Abs. 2). Nach Art. 11 Abs. 5 sollen die Opfer u.a. Mittel zur Sicherstellung ihres Lebensunterhalts, eine geeignete und sichere Unterbringung, materielle Unterstützung, medizinische Versorgung und psychologische Hilfe, Beratung und Information erhalten. Über diese Rechte müssen sie aufgeklärt werden. Abs. 4 fordert die staatlichen Behörden zur Zusammenarbeit mit den Fachberatungsstellen auf. Nimmt man diese Forderung ernst, impliziert dies eine hinreichende finanzielle Unterstützung der Fachberatungsstellen durch den Staat.

³³ RL 2011/36/EU, ABl. L 101 v. 15. 4. 2011, S. 1 ff.

Art. 12 Abs. 2 schreibt einen kostenlosen Rechtsbeistand im Strafverfahren, aber auch bei der Durchsetzung einer finanziellen Entschädigung vor. Ferner muss nach Abs. 3 bis 5 der Zeugenschutz im Strafverfahren gewährleistet werden. Besondere Betreuungs-, Unterstützungs- und Schutzmaßnahmen für Kinder regeln die Art. 13 bis 16. Bemerkenswert sind schließlich die Maßnahmen zur Prävention (Art. 18 und 19). Neben Aufklärungsprogrammen, die sich an potentielle Opfer richten, sollen die Mitarbeiter in den zuständigen Behörden regelmäßig zur Erkennung potentieller Opfer und zum Umgang mit ihnen geschult werden. Schließlich sollen die Mitgliedstaaten nationale Berichtersteller oder gleichwertige Mechanismen des Monitoring und der Evaluation implementieren, um den Umgang mit dem Phänomen Menschenhandel kritisch zu würdigen und Verbesserungen zu initiieren. Spätestens bei der Umsetzung der Richtlinie spätestens bis 6. 4. 2013 (s. Art. 22 Abs. 1) werden sich also die hier aufgeworfenen Fragen wieder stellen.

Änderungsbedarf besteht vor allem in folgender Hinsicht:

*** Neuregelung der Strafvorschriften gegen den Menschenhandel**

Die bereits erwähnt Erweiterung des Menschenhandels auf Betteltätigkeiten und die Ausnutzung zur Begehung strafbarer Handlungen muss in das deutsche Recht umgesetzt werden. Dazu ist eine Reform der §§ 232 ff. StGB erforderlich. Das macht eine grundsätzliche Neuausrichtung erforderlich.

Bislang ist die Einbeziehung rechtswidriger Handlungen in den Begriff der (Arbeits-)Ausbeutung dem deutschen Strafrecht weitgehend fremd.³⁴ Im Rahmen eines umfassenden Konzepts von „forced labour“ tritt jedoch die Unangemessenheit des Austauschverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung gegenüber der Freiheitsbeeinträchtigung in den Hintergrund.³⁵ Die strafbaren Handlungen, zu deren Begehung das Opfer ausgenutzt werden soll, lassen sich bei dieser Betrachtungsweise nicht auf den Bereich der Klein- oder mittleren Kriminalität beschränken. Auf einem ganz anderen Blatt steht die Frage, ob und inwieweit die betroffene Person für ihre Handlung selbst zur Verantwortung gezogen werden kann (dazu sogleich).

Weiterhin wird vor allem § 233 StGB in seiner aktuellen Fassung von der Praxis sehr kritisch bewertet. Seit jeher bereiten die Tatbestandsmerkmale des komplexen Menschenhandels, die auf die subjektive Befindlichkeit des Opfers abstellen (Zwangslage, auslandsspezifische Hilflosigkeit) Probleme beim Tatnachweis.³⁶

Sinnvoll wäre ein neuer Kriminalisierungsansatz, der nicht nur auf den Menschenhandel zur Ausbeutung der Arbeitskraft fokussiert, sondern die „Pyramide der Arbeitsausbeutung“³⁷ abbildet. Diese Metapher beschreibt die Arbeitsausbeutung als ein kontinuierliches Phänomen, für das weniger ein wachsendes Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt typisch ist, sondern die Zunahme des auf die Betroffenen ausgeübten Drucks – mit dem sich dann im Fall des Menschenhandels auch

³⁴ So wird etwa die Einbeziehung rechtswidriger Dienstleistungen (z.B. als Drogenkurrier) in den Leistungswucher nach § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit der Begründung abgelehnt, die Rechtsordnung könne nicht ohne Selbstwiderspruch derartiges Verhalten bei Strafe verbieten und gleichzeitig den Abschluss solcher Geschäfte zu einem angemessenen Preis sichern, vgl. *Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 291 Rn. 19 a.

³⁵ In diesem Sinn definiert Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2011/36/EU die Opfer von Menschenhandel als besonders schutzbedürftige Personen, die „keine wirkliche oder für sie annehmbare andere Möglichkeit [haben], als sich dem Missbrauch zu beugen“.

³⁶ S. auch KOK (Fn. 10), S. 103 f.

³⁷ S. KOK (Fn. 10), S. 48 f.

die denkbar schlechtesten Arbeitsbedingungen durchsetzen lassen. Die Übergänge zwischen den verschiedenen Formen der Arbeitsausbeutung sind fließend. Weiterhin kann ein Arbeitsverhältnis zunächst durchaus freiwillig eingegangen worden sein und dann im Lauf der Zeit zu Ausbeutung mutieren. Das Bild der Pyramide illustriert, dass die Fälle des Menschenhandels zur Arbeitsausbeutung nur einen kleinen Anteil ausbeuterischer Arbeitsverhältnisse ausmachen. Wer sich darauf beschränkt, verfehlt nicht nur die Dynamik der Arbeitsausbeutung, sondern vergibt von vornherein die Möglichkeit, angemessene Konzepte zu effektiver Prävention und Intervention zu entwickeln.

Ein auf objektive Kriterien der Arbeitsausbeutung beschränkter Straftatbestand, der die unterste Ebene der Pyramide abbildet, könnte als Auffangtatbestand fungieren, wenn die subjektiven Merkmale des Lohnwuchers und des Menschenhandels nicht nachgewiesen werden können. Entsprechende Strafvorschriften finden sich bislang nur rudimentär im Nebenstrafrecht mit der Beschränkung auf Arbeitnehmer aus Drittstaaten. So bestraft § 15 a AÜG das Entleihen von Ausländern ohne Genehmigung, § 10 SchwarzArbG erfasst die Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung und zu ungünstigen Bedingungen. Der zweiten Ebene der Arbeitsausbeutung sollte durch einen eigenständigen Tatbestand der qualifizierten Arbeitsausbeutung unter Ausnutzung einer Schwächesituation Rechnung getragen werden. Dieser Tatbestand kann dem Lohnwucher nach § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB nachgebildet werden und nimmt im Wesentlichen auch die Beschäftigung zu unangemessenen Arbeitsbedingungen nach § 233 Abs. 1 StGB auf. An der Spitze der Arbeitsausbeutung geht es dann um eine weitere Qualifikation, nämlich die Bestrafung des Einsatzes von Zwangsmitteln. Hier wären dann Zwangsarbeit, Sklaverei und ähnliche Ausbeutungsverhältnisse anzusiedeln. Diese Straftaten können nicht nur durch objektive Merkmale beschrieben werden, weil das Unrecht durch die Art und Weise der Einwirkung auf die Opfer charakterisiert wird.

Auf diese Weise könnte ein weiterer Geburtsfehler des deutschen Rechts behoben werden. Der *Menschenhandel* im eigentlichen und international- und europarechtlichen Sinn ist bislang in § 233 a StGB geregelt – nur mit einer „falschen“ Überschrift. Wie in vielen europäischen Nachbarländern³⁸ könnte man einen einheitlichen Straftatbestand für die Rekrutierung der Opfer vorsehen, während die verschiedenen Ausbeutungsziele dort geregelt würden, wo sie hingehören: im Sexualstrafrecht, in den Straftatbeständen des Arbeitsstrafrechts, soweit es um die Arbeitsausbeutung geht, im TPG usw.

*** Konsequente Bestrafung der Nachfrageseite**

Auch diejenigen, die nicht unmittelbar selbst in die für die Unterdrückung maßgeblichen Strukturen eingebunden sind, aber durch ihre Nachfrage die betreffenden Personen ausbeuten, missachten ihre Menschenwürde. Das ist strafwürdiges Unrecht (s. auch Frage 9 Punkt 3).

*** Straffreistellung der Opfer**

Art. 8 der Richtlinie 2011/36/EU enthält eine Nichtbestrafungsklausel, die sich ausweislich Abschnitt 7 der Präambel vor allem auf die Strafverfolgung wegen der Verwendung falscher Dokumente, sonstiger Urkundsdelikte oder Verstößen gegen das Ausländerrecht als unmittelbare Folge des Menschenhandels bezieht. Auf diese Weise sollen die Menschenrechte der Opfer geschützt, ihre weitere Viktimisierung vermieden und sie zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden ermutigt werden. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Strafverfolgung der Opfer wegen Taten in Zusammenhang mit Menschenhandelsdelikten mit dem Auftrag, ihre Menschenrechte zu schützen, kulli-

³⁸ Vgl. § 104 a österr. StGB; Art. 182 schweizer. StGB; Art. 433quinquies belg. Strafgesetzbuch; Art. 273 f niederländ. Kriminalgesetzbuch.

diert. Die „Vexierlogik“ des Menschenhandels – die Betroffenen sind Opfer und Täter zugleich³⁹ – behindert nicht nur die Kooperation der Opfer mit den Strafverfolgungsbehörden, sondern unmittelbar auch den Schutz der Opfer selbst: Wer sich gegenüber den staatlichen Behörden aus Furcht vor Bestrafung nicht als Menschenhandelsopfer zu erkennen gibt, kann nicht geschützt werden.⁴⁰ Mit entsprechenden Drohungen, sie an die staatlichen Behörden auszuliefern, fällt es den Tätern leicht, die Opfer unter Druck zu setzen.

Bislang kann Straffreiheit über § 154 c Abs. 2 StPO erreicht werden. Bei der jetzigen Ausgestaltung ist das Angebot von Straffreiheit als Gegenleistung für Kooperation für die Betroffenen jedoch kaum kalkulierbar, denn ihre Aussage bleibt für sie riskant. Wenn sie sich gegenüber den Behörden als Menschenhandelsopfer offenbaren, initiieren sie dadurch zwangsläufig Ermittlungen wegen des Verdachts auf unangemeldete Beschäftigung oder illegalem Aufenthalt. Der Ausgang des Strafverfahrens wegen Menschenhandels ist unwägbar. Misslingt der Nachweis vor Gericht aus welchen Gründen auch immer, mutieren die Betroffenen vom – vermeintlichen – Menschenhandelsopfer zum Täter ausländischer Delikte.

Notwendig wäre daher eine Soll-Vorschrift, in der ferner klargestellt wird, dass der Verdacht, Opfer eines Menschenhandelsdelikts zu sein, ausreicht. Zudem müssten alle Formen der Arbeitsausbeutung einbezogen werden, weil die Frage einer Qualifikation ebenfalls für die Betroffenen unkalkulierbar ist. Schließlich muss sich die Straffreistellung grundsätzlich auch auf rechtswidrige Handlungen beziehen, zu denen das Opfer „gezwungen“ wurde.⁴¹ Insofern ist die neue Menschenhandelsalternative der „Ausnutzung zu strafbaren Handlungen“ betroffen.⁴² Hier bietet sich eine Differenzierung nach Art und Schwere des Delikts an.⁴³

*** Stärkung der aufenthaltsrechtlichen Perspektive**

Verschiedene Probleme des Aufenthaltsrechts der Opfer von Menschenhandel wurden bereits angesprochen, so die Legalisierung des Aufenthalts während der Bedenkzeit (s. oben Frage 1 Punkt 1). In diesem Zusammenhang sollte ebenfalls klargestellt werden, dass die Bedenkzeit auch der Stabilisierung des Opfers dient (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Europaratskonvention). Ein weiteres Problem ist, dass die Bedenkzeit nur von den Strafverfolgungsbehörden initiiert werden kann. Bei Opfern, die aus psychischen Gründen noch nicht einmal dazu in der Lage sind, mit der Polizei zu kommunizieren, sollten auch die Fachberatungsstellen, zumindest für eine gewisse Zeit, ein entsprechendes Antragsrecht haben.

Zu einem humanitären Aufenthaltsrecht für Opfer von Menschenhandel s. bereits Frage 5.

³⁹ *Cyrus/Vogel/DeBoer*, Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung. Explorative Untersuchung zu Erscheinungsformen, Ursachen und Umfang in ausgewählten Branchen in Berlin und Brandenburg im Auftrag des Berliner Bündnis gegen Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung, 2010, S. 56.

⁴⁰ S. *Dettmeijer-Vermeulen*, Human Trafficking. Seventh Report from the National Rapporteur, 2009, S. 214 f. (unter: <http://english.bnrm.nl/repors/seventh/>).

⁴¹ Vgl. dazu Explanatory Report (Fn. 1), § 273.

⁴² S. *Dettmeijer-Vermeulen* (Fn. 40), S. 218 ff.

⁴³ Vgl. auch Draft Council conclusions on Trafficking in Human Beings, 14186/07 vom 31. 10. 2007, § 20: „Exceptions from inpunishment should be possible in cases of extreme severity of the offence.“

*** Versorgung der Opfer**

Die Probleme mit der Versorgung der Opfer wurden bereits bei Frage 1 Punkt 2 diskutiert. Es sollte jedenfalls gesetzlich klargestellt werden, dass Menschenhandelsopfer nicht nur auf eine medizinische Notversorgung beschränkt sind. Ferner muss die Zuständigkeit geregelt werden, um kontraproduktive Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen den Behörden auf dem Rücken der Opfer zu vermeiden.

*** Gewährleistung der Entschädigung der Opfer**

Art. 17 der Richtlinie spricht die Entschädigung der Opfer an. Primär müssen die Täter dafür in Anspruch genommen werden, was rechtlich nach den §§ 823 ff. BGB auch möglich ist. Problematisch sind jedoch die Fälle, in denen der Täter insolvent ist oder auf sein Vermögen nicht mehr zugegriffen werden kann, weil er es ins Ausland verschoben hat. Für derartige Konstellationen empfiehlt Art. 15 Abs. 4 der Europaratskonvention die Bildung eines Entschädigungsfonds.

*** Konzept der Arbeitsmigration**

Ein wichtiger Faktor für Menschenhandel sind die desolaten Lebensverhältnisse in den Herkunftsländern. Der existentielle Druck, dieser Situation zu entkommen, wird durch ein restriktives Ausländerrecht nicht abgemildert, sondern dadurch wird die Anfälligkeit für Ausbeutung zusätzlich verstärkt. Diese Faktoren könnten abgemildert werden, wenn man den Bedarf an niedrigqualifizierten Arbeitskräften anerkennt und den deutschen Arbeitsmarkt für befristete oder dauerhafte Beschäftigungsmöglichkeiten von Ausländern öffnet.

*** Aufbau tragfähiger Unterstützungsstrukturen**

Alle noch so gut gemeinten rechtlichen Regelungen helfen wenig, wenn der Unterbau fehlt, der diese Regelungen exekutiert. Die KOK-Studie entwickelt detaillierte Vorschläge, wie eine dezentral vernetzte Unterstützungsstruktur aussehen könnte.⁴⁴ Die Bundesregierung sollte diese Vorschläge aufgreifen und sich für ihre Umsetzung einsetzen. In allen Bundesländern sollten Kooperationsmodelle zwischen Fachberatungsstellen und staatlichen Behörden auf Landes- und auf Gemeindeebene existieren. Das ist leider immer noch nicht der Fall.

9. Welche gesetzlichen Maßnahmen können im Rahmen des Ratifizierungsverfahrens dazu dienen, die Geschäftsmodelle der Täter im Bereich sexuelle Ausbeutung/Menschenhandel einzudämmen? Wie beurteilen Sie in diesem Zusammenhang Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung bei Tätern sowie die Einführung der sogenannten Freierbestrafung und Einführung einer Erlaubnispflicht für alle Formen von Prostitution?

1. Reglementierung der Prostitution

Die Reglementierung der Prostitution ist überfällig. Das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. 12. 2001⁴⁵ hat zwar die Diskriminierung von Prostituierten beseitigt, indem

⁴⁴ S. KOK (Fn. 10), S. 415 ff.

⁴⁵ BGBl. I S. 3983.

es die Ausübung der Prostitution vom Makel der Sittenwidrigkeit befreite und ihr einen zivilrechtlichen Rahmen eröffnete. Die erhoffte Verbesserung der sozialen Situation von Prostituierten ist jedoch ausgeblieben. Kritiker monieren, dass lediglich die Freiräume der Zuhälter erweitert und die polizeilichen Möglichkeiten zur Kontrolle des Milieus eingeschränkt worden seien, und fordern eine Rückkehr zum alten Rechtszustand.⁴⁶ Auch der Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des ProstG vom Januar 2007 räumt ein, dass es die selbstgesteckten Ziele nur zu einem kleinen Teil erreicht habe und weiterer Handlungsbedarf bestehe.⁴⁷

Das Problem der unsäglichen Flatrate-Bordelle hat inzwischen weitgehend das Bewusstsein dafür geschärft, dass man den Ansatz, den das ProstG bietet, endlich nutzen muss: Die Eröffnung eines rechtlichen Rahmens für die Ausübung der Prostitution schafft erst die Möglichkeit für eine umfassende staatliche Reglementierung – wie bei anderen gefahrträchtigen Berufen auch. Aus dieser Einsicht heraus hat der Bundesrat am 11. 2. 2011 mit großer Mehrheit die Entschließung für eine stärkere Reglementierung des Betriebs von Prostitutionsstätten angenommen.⁴⁸ Darin wird die Bundesregierung aufgefordert, u.a. folgende gesetzliche Regelungen zu schaffen:

- Erlaubnispflicht für Prostitutionsstätten, die mit nach Betriebsart differenzierte Befristungen und Auflagen verbunden ist und den Ordnungsbehörden Kontrollmöglichkeiten eröffnet
 - umfangreiche Meldepflichten für Betreiber von Prostitutionsstätten bezüglich der dort beschäftigten Personen sowie Beschäftigungs- und Mietverträge
 - Meldepflichten für selbständig tätige Prostituierte
 - Verbot von ungeschütztem Geschlechtsverkehr
 - begleitende Sanktionen (Geldbußen, Strafen) bis zum Verlust der Betriebserlaubnis
- Aus unerfindlichen Gründen ist diese Initiative bislang nicht in die Tat umgesetzt worden.

Auch in der Literatur wird eine entsprechende Reglementierung schon seit längerem gefordert.⁴⁹ Es ist ohnehin wenig einsichtig, dass jeder Besitzer einer Imbissbude, jeder Schrotthändler strengeren Regeln unterworfen ist als der Betreiber eines Bordells. Die allseitigen Vorteile liegen auf der Hand.⁵⁰ Ein verlässlicher Rahmen schafft Rechtssicherheit. Wenn er von staatlichen Behörden kontrolliert und durchgesetzt wird, entfällt für die Prostituierten die Notwendigkeit, sich ihre Beschützer in der Subkultur des Milieus zu suchen. Durch vertrauensvolle Kooperation können „schwarze Schafe“ eher ermittelt und isoliert werden. Mittelfristig muss es nicht unbedingt das Image – und damit den Umsatz – eines Etablissements fördern, wenn ihm Verbindungen zum Menschenhandel nachgesagt werden und es infolgedessen häufigeren polizeilichen Kontrollen ausgesetzt ist, durch die die erhoffte seriöse und zahlungskräftige Kundschaft vergrault wird. Ein Rückgang der einschlägigen Deliktzahlen in der Polizeilichen Kriminalstatistik wäre kein Erfolgsnachweis, sondern im Gegenteil: Wenn die Anzeigebereitschaft aus dem Milieu heraus wächst, wird die Strafverfolgung von Menschenhandelsdelikten verbessert. Das wird übrigens auch auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden ähnlich gesehen.⁵¹

⁴⁶ Vgl. BR-Drucks. 140/05, S. 7 f.; BT-Drucks. 16/1343, S. 7 f.; *Schmidbauer* NJW 2005, S. 871 ff.

⁴⁷ BT-Drucks. 16/4146, S. 44; der vollständige Bericht findet sich auf www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationsliste,did=93304.html.

⁴⁸ BR-Drucks. 314/10 (B).

⁴⁹ S. etwa *Gurlitt* GewArch 2008, S. 426 ff.; *Mäurer* ZRP 2010, S. 253 ff.; vgl. ferner *von Galen*, Rechtsfragen der Prostitution, 2004, Rn. 426 ff.

⁵⁰ Und werden auch durch entsprechende Erfahrungen aus den Niederlanden bestätigt, s. *Daalder*, Prostitution in the Netherlands since the lifting of the brothel ban, 2007, S. 83 ff.

⁵¹ Vgl. *Herz/Minthe*, Straftatbestand Menschenhandel. Verfahrenszahlen und Determinanten der Strafverfolgung, 2006, S. 231; *Herz*, Menschenhandel. Eine empirische Untersuchung zur Strafverfolgungspraxis, 2005, S. 252 f.

Im Übrigen würde sich auch für die Freierstrafbarkeit (s.u., 3.) eine neue Perspektive eröffnen. Die Konzessionierung sexueller Dienstleistungen stellt ein klares Unterscheidungskriterium für erlaubte und unerlaubte Prostitution zur Verfügung. Wer illegale sexuelle Dienstleistungen nachsucht, kann leichter straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, als wenn die sexuelle Ausbeutung eines Menschenhandelsopfers bewiesen werden muss.

2. Gewinnabschöpfung

Die Abschöpfung des Gewinns aus der Straftat Menschenhandel ist – theoretisch – eine besonders zweckmäßige und wichtige Sanktion, weil auf diese Weise den Ausbeutern genau das wieder abgenommen wird, worauf ihre Ausbeutung abgezielt hat: Geld.

Bei allen Menschenhandelsdelikten sieht das geltende Recht die Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung vor. Nach § 73 StGB soll dem Täter „das aus der rechtswidrigen Tat Erlangte“, abgenommen werden. Die früher als „Totengräber des Verfalls“⁵² titulierte Einschränkung in § 73 Abs. 1 S. 2 StGB im Hinblick auf (potentielle) Schadensersatzansprüche der Opfer hat sich inzwischen insofern erledigt, als nach § 111 I StPO das Vermögen gleichwohl beschlagnahmt werden kann. In diesem Fall kann das Opfer innerhalb von drei Jahren (§ 111i Abs. 3 StPO)⁵³ gegenüber dem Fiskus Schadensersatz geltend machen – sofern es nicht zuvor in sein Heimatland zurückgekehrt oder abgeschoben worden ist.⁵⁴

Wenn der Täter oder ein Teilnehmer gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande gehandelt hat, die sich zur fortgesetzten Begehung verbunden hat, sieht § 233 b StGB den erweiterten Verfall nach § 73 d StGB vor, wenn Umstände die Annahme rechtfertigen, dass Vermögensbestandteile des Täters im Zusammenhang mit Menschenhandelsdelikten stehen. Auf diese Weise soll der organisierten Kriminalität die finanzielle Basis entzogen werden.⁵⁵ Da in diesem Bereich häufig die Schwierigkeit besteht, dass die kriminelle Herkunft von Vermögenswerten, die bei Tatbeteiligten gefunden werden, nicht sicher nachgewiesen werden kann, ermöglicht § 73 d StGB eine Beweislastumkehr. Zwar hat das BVerfG die verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere im Hinblick auf die Unschuldsvermutung, nicht geteilt.⁵⁶ Gleichwohl besteht auch in der Rechtspraxis Einigkeit, dass die Vorschrift verfassungskonform restriktiv ausgelegt werden muss.⁵⁷ Wegen der Bedeutung der Eigentumsgarantie genügt daher nicht schon ein bloßer Verdacht. Vielmehr muss der Tatrichter nach erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung von der deliktischen Herkunft der betreffenden Gegenstände gewonnen haben, ohne dass diese selbst im Einzelnen festgestellt werden muss.⁵⁸

Schließlich kannte das frühere Recht die Sanktion der Vermögensstrafe (§ 43 a StGB a.F.), die einen umfassenden Zugriff auf das gesamte Vermögen des Täters gestattete. Das Bundesverfassungsgericht

⁵² BGHSt 45, S. 235 (249).

⁵³ Das entspricht der regelmäßigen Verjährungszeit von drei Jahren nach § 195 BGB. Bei Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit gilt nach § 199 Abs. 2 BGB jedoch eine dreißigjährige Verjährungsfrist. Diese Diskrepanz begünstigt allein die Staatskasse.

⁵⁴ Daher krit. zur praktischen Wirksamkeit *Bohne/Boxleitner* NStZ 2007, S. 552 ff.

⁵⁵ S. BT-Drucks. 12/989, S. 22 f.

⁵⁶ S. BVerfGE 110, S. 1 ff.

⁵⁷ BGHSt 40, S. 371 ff.; BGH StV 2003, S. 160.

⁵⁸ BGHSt 40, S. 371 (373).

hat § 43 a jedoch wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) für verfassungswidrig erklärt.⁵⁹ Nach alledem ist aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Erweiterung des Zugriffs auf das Vermögen der Täter ausgeschlossen.

In der Praxis besteht das Hauptproblem darin, dass es den Tätern gelingt, ihr Vermögen zu verschleiern oder ins Ausland zu schaffen. Die einzige Chance, in diesem Bereich etwas zu verbessern, dürfte darin bestehen, den Strafverfolgungsbehörden mehr personelle und sachliche Ressourcen zur Verfügung zu stellen.

3. Freierbestrafung

Art. 19 der Europaratskonvention fordert die Unterzeichnerstaaten dazu auf, die Nachfrage nach Dienstleistungen von Menschenhandelsopfern zu bestrafen, wenn der Täter weiß, dass es sich um ein solches Opfer handelt. Diese Forderung wird von Art. 18 Abs. 4 der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 4. 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer⁶⁰ aufgegriffen. Ihr zufolge soll jeder Mitgliedstaat „die Einleitung von Maßnahmen [erwägen], mit denen die Inanspruchnahme von Diensten, die Gegenstand einer Ausbeutung im Sinne des Artikels 2 sind, in dem Wissen, dass die betreffende Person Opfer einer Straftat nach Artikel 2 ist, als strafbare Handlung eingestuft wird“.

Der Gesetzgeber hat dieser Forderung durch das „Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex“ vom 22. 11. 2011 zum Teil bereits Rechnung getragen. Einschlägig ist etwa § 10 a SchwarzArbG, der die Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel, die Opfer von Menschenhandel sind, erfasst. Für Deutsche gibt es keinen vergleichbaren Schutz. Weiterhin ist § 182 Abs. 1 StGB zu nennen, der die Nachfrage nach minderjährigen Prostituierten als sexuellen Missbrauch Jugendlicher bestraft.

Die in Deutschland schon seit dem 37. Strafrechtsänderungsgesetz kontrovers diskutierte Strafbarkeit der Freier von Zwangsprostituierten hat der Gesetzgeber dagegen nicht geregelt. Eine derartige Strafvorschrift ist geboten, weil auch diejenigen unmittelbar selbst in die Rechte der Menschenhandelsopfer eingreifen, die zwar nicht in die für die Unterdrückung maßgeblichen Strukturen eingebunden sind, aber durch ihre Nachfrage die betreffenden Personen ausbeuten und so ebenfalls ihre Menschenwürde missachten. Die Vorstellung, durch eine Strafvorschrift den Bereich des Menschenhandels gewissermaßen „auszutrocknen“⁶¹, erscheint demgegenüber eher naiv, denn das Strafrecht dürfte hier wegen der Probleme, die subjektive Tatseite nachzuweisen, vor allem eine symbolische Wirkung haben.

⁵⁹ BVerfG NJW 2002, S. 1779.

⁶⁰ ABl. L 101 v. 15. 4. 2011, S. 1 ff.; s. ferner Art. 3 der „Arbeitgebersanktionenrichtlinie“ (RL 2009/52/EG) vom 18. 6. 2009 (ABl. EG L 168/24 vom 30. 6. 2009), der die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern ohne Aufenthaltsrecht per se untersagt.

⁶¹ In diese Richtung Explanatory Report (Fn. 1), § 230. Die Senkung der Nachfrage, mit der oft Notwendigkeit begründet wird, die Freier von Zwangsprostituierten zu bestrafen, vgl. BT-Drucks. 15/4048, S. 10; 15/4380, S. 4; 16/1343, S. 8; BR-Drucks. 140/05, S. 9 ist jedoch allenfalls ein erfreulicher Nebeneffekt.

10. Wie beurteilen Sie die letzten gesetzlichen Änderungen zum Thema Menschenhandel im Rahmen der Umsetzung des zweiten Richtliniengesetzes? Wurde Ihrer Meinung nach alles richtlinienkonform umgesetzt oder gibt es aus Ihrer Sicht noch Lücken?

Das bereits angesprochene „Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex“ vom 22. 11. 2011 bezog sich auf eine ganze Reihe von ausländerrechtlichen Regulierungen der EU. Für den Menschenhandel ist am Rande die ebenfalls schon genannte „Arbeitgebersanktionenrichtlinie“ relevant. Die Richtlinie bezweckt die Bekämpfung der Beschäftigung von Ausländern ohne legalen Aufenthalt in der EU, um die Attraktivität der illegalen Einwanderung zu senken. Aus diesem Grund sollen vor allem potentielle Arbeitgeber, die sich davon Wettbewerbsvorteile – etwa durch Dumpinglöhne oder andere schlechte Arbeitsbedingungen – versprechen, durch Strafvorschriften von einer solchen Beschäftigung abgeschreckt werden. In erster Linie geht es also um die Verhinderung von Schwarzarbeit. Weiter verweist die Begründung auf die Anfälligkeit von Drittstaatsangehörigen ohne Aufenthaltstitel für eine Beschäftigung zu schlechten Arbeitsbedingungen hin. Damit dient die Arbeitgebersanktionenrichtlinie indirekt auch der Bekämpfung des Menschenhandels zur Arbeitsausbeutung.

Art. 3 der Richtlinie untersagt die illegale Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltsrecht per se. Anders als beim Menschenhandel kommt es nicht darauf an, ob dabei bestimmte Mittel wie Täuschung oder Zwang eingesetzt werden. Die entsprechenden Verbote nebst ihrer Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit oder als Straftat finden sich im deutschen Recht in §§ 4 Abs. 3 S. 2, 98 Abs. 2 a AufenthG; 10, 10 a, 11 SchwarzArbG; 404 SGB III; 15 a Abs. 2, 16 Abs. 1 Nr. 2 AÜG. Das deutsche Recht geht dabei insoweit über die Anforderungen der Arbeitgebersanktionenrichtlinie hinaus, als auch die illegale Beschäftigung von Personen erfasst wird, die sich rechtmäßig im Inland aufhalten und denen nur die betreffende Beschäftigung nicht gestattet ist.

Nach Art. 4 Abs. 1 der Arbeitgebersanktionenrichtlinie müssen Arbeitgeber vor der Einstellung von Drittstaatsangehörigen ihren Aufenthaltsstatus durch die Vorlage entsprechender Dokumente überprüfen. Diese Pflicht ist in § 4 Abs. 3 S. 3 AufenthG normiert. Ferner müssen Unternehmen oder (sonstige) juristische Personen einschlägige Beschäftigungsverhältnisse an die zuständigen Behörden melden. Die korrespondierende sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht enthält § 28 a SGB IV.

Die ausländischen Arbeitnehmer ohne legales Aufenthaltsrecht werden von der Richtlinie als Opfer behandelt. Sie haben nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. a einen Anspruch auf den ihnen von Rechts wegen zustehenden Lohn, müssen bei der Geltendmachung dieses Anspruchs unterstützt werden und dürfen grundsätzlich nicht vorher ausgewiesen werden. Weiterhin soll den Opfern von Arbeitsausbeutung nach Art. 7 Abs. 3 ein befristetes Aufenthaltsrecht für die Dauer des Strafverfahrens gegen die Arbeitgeber zukommen. Diese Vorgabe wird durch § 25 Abs. IV b AufenthG umgesetzt (s. bereits oben Frage 1 Punkt 4).

In diesem Zusammenhang verdient die Erweiterung der Bedenkfrist für die Opfer von Menschenhandel auf 90 Tage nach § 59 Abs. 7 AufenthG nachdrückliche Zustimmung. Problematisch bleibt allerdings, dass der Aufenthalt bis zur Entscheidung des Opfers, mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren, weiterhin rechtswidrig bleibt und während dieser Zeit lediglich von einer Abschiebung abgesehen wird.

Unabhängig von EU-Recht hat der Gesetzgeber bei dieser Gelegenheit das Problem der Zwangsverheiratung angepackt. Zwangsheirat kann mit Menschenhandel einhergehen. So hat man schon seit jeher den „Heiratshandel“ als Problem des Menschenhandels aufgefasst.⁶² § 232 StGB erfasst Opfer, die ins Inland gelockt und so in eine Zwangslage gebracht werden, in der sie keine Alternative mehr sehen als in die Heirat mit einem plötzlich auftauchenden Interessenten einzuwilligen. Nahe an der Prostitution liegt die Vermittlung ausländischer Frauen an verschiedene Interessenten „zur Probe“.⁶³ Mit § 237 StGB wurde ein eigener Straftatbestand eingeführt. §§ 37 Abs. 2 a und 51 Abs. 4 AufenthG sehen erleichterte Rückkehrmöglichkeiten vor. Unverständlicherweise enthält das geltende Recht aber kein explizites Aufenthaltsrecht für Opfer von Zwangsheirat.

Dieses Problem sowie die bereits oben (Frage 1 Punkt 4) angesprochene gleichheitswidrige Differenzierung eines fortbestehenden Aufenthaltsanspruchs zur Geltendmachung von Lohnansprüchen für Opfer von Arbeitsausbeutung betreffen indes nicht die Frage, ob die Arbeitgebersanktionenrichtlinie EU-konform umgesetzt worden ist.

11. Welche Maßnahmen sollten im Bereich der EU-Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen sowie der Bestimmungen zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis in der EU ergriffen werden, um Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung besser bekämpfen zu können?

Restriktive Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen gehören zu einem wichtigen Faktor, der Menschenhandel begünstigt. Ein ungesicherter Aufenthaltsstatus trägt zur Schwäche und Verletzlichkeit des Opfers bei und macht sie für Ausbeutung anfällig.⁶⁴ Restriktionen können Menschenhandel nicht verhindern, weil sie von den gut organisierten Hinterleuten umgangen werden können, aber sie treiben die Kosten für die Opfer (Stichwort: Schuldenfalle) in die Höhe.⁶⁵ Einschränkend muss freilich gesagt werden, dass zu einem großen Teil EU-Angehörige Opfer von Arbeitsausbeutung und Menschenhandel sind. Diese Personengruppe ist wegen der EU-Freizügigkeit und -Dienstleistungsfreiheit nicht von ausländerrechtlichen Reglementierungen betroffen.

Das Dilemma ausländerrechtlicher Regulierungen besteht damit darin, dass sie einerseits kontraproduktiv wirken, andererseits aber unumgänglich sind, um den Arbeitsmarkt und die sozialen Sicherungssysteme in Deutschland vor Lohndumping zu schützen. Denn aus reinen Marktgesichtspunkten kann sich Schwäche zu Stärke wandeln: Wer im Heimatland in desolaten Verhältnissen lebt, wird eher bereit sein, zu einer geringen Entlohnung deutlich unter Tarif und zu schlechten Bedingungen zu arbeiten. Es kann also nicht darum gehen, aufenthaltsrechtliche Reglementierungen pauschal zu diskreditieren. Es ist daher grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, die Arbeitsaufnahme durch Ausländer innerhalb der EU zu reglementieren und zu kontrollieren.

⁶² S. BT-Drucks. 15/3045, S. 8.

⁶³ Vgl. *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, § 232 Rn. 41; zu den Erscheinungsformen des Heiratshandels s. *Mentz*, Frauenhandel als migrationsrechtliches Problem, 2001, S. 61 ff.

⁶⁴ Vgl. auch die Tatbestandsmerkmale des § 232 StGB: „Zwangslage“ und „Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist“. Näher dazu *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, § 232 Rn. 18 und 21.

⁶⁵ S. auch *Cyrus*, Menschenhandel und Arbeitsausbeutung in Deutschland, 2006, S. 61 ff.; KOK (Fn. 10), S. 50, 62, 72 ff. et passim.

Freilich hat die EU-Binnenfreizügigkeit die Schutzwirkungen von Zugangsbeschränkungen (Grenzkontrollen) erheblich relativiert. Zusätzlich bieten sich neue Umgehungstatbestände (etwa falsch deklarierte Selbständigkeit), weil die Beschäftigungsverhältnisse von Arbeitnehmern, die von Entsendeunternehmen aus den Mitgliedstaaten nach Deutschland kommen, faktisch nur in sehr begrenztem Umfang kontrolliert werden können.⁶⁶ Vor diesem Hintergrund ist es umso wichtiger, alternative wirksame Schutzmechanismen zu entwickeln. Zu denken wäre hier an die Generalunternehmerhaftung (s. auch Frage 13), an Mindestlohnregelungen oder an die Entkriminalisierung unerlaubter Aufenthalte für Opfer von Arbeitsausbeutung (s. auch Frage 8). Weiterhin sollten Ausländer, die im Inland arbeiten möchten, möglichst früh umfassend über ihre Rechte und über mögliche Ansprechpartner informiert werden. Wenn die betroffene Person weiß, wie sie zu ihrem von Rechts wegen geschuldeten Arbeitslohn kommen kann, ist sie weniger anfällig für extreme Arbeitsausbeutung.

Längerfristig ist es erforderlich, auch für Niedrigqualifizierte – und nicht nur für hochqualifizierte potentielle Top-Verdiener – ein Konzept der Arbeitsmigration zu entwickeln.

12. Welche konkreten Maßnahmen sollten bei der Überprüfung und Kontrolle von Arbeitsstätten vorgenommen werden, um Menschenhandel zum Zwecke der Arbeitsausbeutung besser bekämpfen zu können?

Die Überprüfung und Kontrolle von Arbeitsstätten kann durch folgende Maßnahmen verbessert werden:

- bessere Koordination der Behörden
- Entwicklung von Kooperationsmodellen mit Beratungsstellen (NGO's)
- Erarbeitung eines Katalogs von Indizien für Arbeitsausbeutung
- Schulung von Behördenmitarbeitern

Derzeit ist vor allem die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Bundeszollverwaltung dafür zuständig, gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 und 5 SchwarzArbG zu überprüfen, ob Ausländer zu den vorgeschriebenen Mindestarbeitsbedingungen beschäftigt werden. Das Mandat betrifft allerdings nicht die Arbeitsausbeutung schlechthin, sondern nur von Nicht-EU-Angehörigen, die unter das SchwarzArbG und das AÜG fallen. Weiterhin wäre die FKS auch dafür zuständig, die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen nach dem MiArbG von 1952⁶⁷ zu kontrollieren. Von der in § 1 Abs. 2 vorgesehenen Befugnis zur Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten durch Rechtsverordnung (§ 4 Abs. 3) hat das BMAS bislang jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Zu erwägen wäre eine Erweiterung des Aufgabenbereichs der FKS zu einer allgemeinen Arbeitsschutzinspektion.

⁶⁶ Vgl. etwa zum für § 266 a StGB (strafbare Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen) relevanten Problematik der Entsendebescheinigungen A 1 (früher E 101) BGHSt 51, S. 224 ff. m. Anm. *Schulz* NJW 2007, S. 237 und *Hauck* NStZ 2007, S. 221 f.; zu den Erscheinungsformen des Heiratshandels s. *Mentz*, Frauenhandel als migrationsrechtliches Problem, 2001, S. 61 ff.

⁶⁷ BGBl. 2009 I S. 818.

13. Sehen Sie Möglichkeiten, Unternehmer, die Aufträge an Subunternehmer erteilen, die wiederum Menschen beschäftigen, die durch Menschenhandel zu unwürdigen Arbeiten gezwungen werden, zum Schadensersatz an die Opfer zu verpflichten? Wenn ja, welche konkreten Maßnahmen würden Sie hier vorschlagen?

Nach § 98 a Abs. 3 AufenthG haftet „ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- und Dienstleistungen beauftragt (...), für die Erfüllung der Verpflichtung dieses Unternehmers nach Absatz 1 [d.h. die Zahlung der vereinbarten, mindestens der üblichen Vergütung] wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat“. Diese Haftung erweitert Abs. 4 auf „Generalunternehmer und alle zwischengeschalteten Unternehmer ohne unmittelbare vertragliche Beziehung zu dem Arbeitgeber“. Die Haftung des Generalunternehmers oder eines zwischengeschalteten Unternehmers entfällt, wenn ihnen die Rechtswidrigkeit der Beschäftigung nicht bekannt war. Gemäß Abs. 5 kann der Unternehmer sich – auch (?) – durch den Nachweis exkulpieren, dass er aufgrund sorgfältiger Prüfung davon ausgehen konnte, dass der Arbeitgeber keine Ausländer illegal beschäftigt – etwa indem er gemäß § 4 Abs. 3 S. 3 AufenthG Einsicht in den Aufenthaltstitel nimmt.⁶⁸ Es stellt sich die Frage, ob dieser Maßstab auch auf Schadensersatzansprüche ausgedehnt werden kann.

Wer als Unternehmer wissentlich Aufträge an Subunternehmen erteilt, die Arbeitnehmer zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen beschäftigen, macht sich wegen Beihilfe zu den einschlägigen Strafvorschriften strafbar.⁶⁹ Daraus ergibt sich dann über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 830 Abs. 2 BGB eine Schadensersatzpflicht.

Unabhängig davon spricht für eine Schadensersatzpflicht weiter die Erwägung, dass ein Unternehmer allein durch die Gründung eines (Sub-)Unternehmens, möglicherweise noch mit Sitz im Ausland, die Bindungen an das deutsche Arbeitsrecht unterlaufen könnte. Ferner kann sich der Unternehmer aussuchen, welchen Subunternehmer er beauftragt. Auch im Zivilrecht gilt jedoch der Schuldgrundsatz, wonach man grundsätzlich nur für schuldhaft verursachten Schaden einstehen muss. Daraus folgt, dass jede Abwälzung der Pflicht, einen Schaden zu ersetzen, den primär ein anderer – hier: der Subunternehmer – verursacht hat, mindestens eine Exkulpationsmöglichkeit vorsehen muss. Als Vorbild hierfür eignet sich § 831 BGB (Haftung für Verrichtungsgehilfen): Dementsprechend tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Unternehmer bei der Auswahl des Subunternehmers die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat. Man wird also im weitesten Sinne eine Art Überwachungsver schulden verlangen müssen. Art und Weise einer sorgfältigen Überwachung sollten aus Gründen der Klarheit gesetzlich geregelt werden.

⁶⁸ Dieser Maßstab entspricht im Übrigen Art. 8 der Arbeitgebersanktionenrichtlinie, wonach der Unternehmer für finanzielle Sanktionen nach Art. 5 (z.B. Übernahme der Kosten für die Rückführung illegal beschäftigter ausländischer Arbeitnehmer, s. dazu § 66 Abs. 4 Nr. 2 und 3 AufenthG) und Nachzahlungen nach Art. 6 (insbesondere Lohn und Sozialversicherungsbeiträge) in Regress genommen werden kann, die primär den Subunternehmer treffen (Abs. 1). Dieser Regress ist an die Kenntnis des Unternehmers von der illegalen Beschäftigung gebunden (Abs. 2). Gemäß Art. 8 Abs. 3 haftet ein Unternehmer nicht, der seiner im innerstaatlichen Recht festgelegten Sorgfaltspflicht nachgekommen ist.

⁶⁹ Zum sog. „deliktischen Sinnbezug“ bei „neutralen Handlungen“ vgl. BGHSt 46, 107 (112 ff.); BGH NSTZ 2004, 41.