

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Missständen am Arbeitsmarkt, illegaler Beschäftigung sowie von Kindergeld- und Sozialleistungsmissbrauch

Berlin, 2. Januar 2019
Abteilung Arbeitsmarkt, Tarifpolitik und Arbeitsrecht

A. Einleitung

Das Bundesministerium für Finanzen hat am 3. Dezember 2018 den Referentenentwurf für ein Gesetz zur Bekämpfung von Missständen am Arbeitsmarkt, illegaler Beschäftigung sowie von Kindergeld und Sozialleistungsmissbrauch vorgelegt. Ziel des Gesetzentwurfs ist es, die Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung im Hinblick auf die aktuellen Herausforderungen wirkungsvoller und effektiver auszugestalten, vor allem um gleiche Bedingungen für alle Unternehmen herzustellen. Dazu sollen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Prüfungs- und Ermittlungstätigkeiten der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) verbessert, konsequent gegen das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, gegen Sozialversicherungsbetrug und illegale Beschäftigung vorgegangen sowie die Einhaltung gesetzlicher Mindestlohnverpflichtungen überprüft werden.

Der ZDH räumt der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung einen sehr hohen Stellenwert ein. Es ist dem Handwerk ein besonderes Anliegen, die Handwerksunternehmen und deren Beschäftigte vor Marktentwicklungen zu bewahren, die die Stabilität der Unternehmen und die Sicherheit der Arbeitsplätze gefährden. Die Zielrichtung des Referentenentwurfs wird daher vom ZDH im Grundsatz begrüßt. Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung stellen nicht nur eine Gefahr für die Sicherung des Steueraufkommens und die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme dar.

Die durch illegale Beschäftigung entstehenden Schäden müssen gesetzestreue Unternehmen genauso wie die solidarisch handelnden Bürger mit ihren Sozialversicherungsbeiträgen wieder ausgleichen. Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung führen überdies auch zu einer massiven Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Denn gegen die oftmals wesentlich günstiger illegalen

Anbieter können gesetzestreu handelnde Handwerksbetriebe kaum bestehen. Die mit Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung verbundenen negativen Verdrängungs- und Substitutionsprozesse bedrohen zudem legale Beschäftigung und verhindern, dass neue Arbeitsplätze geschaffen werden. Dies schwächt nicht zuletzt auch die tarifpolitische Handlungsfähigkeit der Sozialpartner.

Zu berücksichtigen ist dabei aber ebenso, dass die Ursachen der Schattenwirtschaft vielfältig sind. Sie reichen von hohen Arbeitskosten, einer starken Regulierungsdichte des Arbeitsrechts, dem hohen bürokratischen Aufwand legaler Geschäftstätigkeit bis hin zu einem fehlenden Unrechtsbewusstsein in der Bevölkerung. Schwarzarbeit ist kein Kavaliersdelikt. Neben den jetzt vom Bundesministerium für Finanzen vorgelegten Novellierungen müssen daher weitere flankierende Maßnahmen erfolgen, um die Verwerfungen am Markt effektiv und nachhaltig einzudämmen.

Dem Handwerk ist es daher ein großes Anliegen, dass diese Verwerfungen am Markt, wie sie etwa durch Schwarzarbeit, Scheinselbstständigkeit, Mindestlohnverstöße sowie organisierte Formen der Schwarzarbeit entstehen, wirksam bekämpft werden. Dies darf allerdings nicht, wie im vorliegenden Referentenentwurf vorgesehen, zulasten der Kernkompetenz der FKS, nämlich die Durchführung effektiver Mindestlohnkontrollen, gehen.

Es ist begrüßenswert, wenn die Kontrolldichte der zuständigen Behörden erhöht und den Datenaustausch zwischen den Behörden und Institutionen effizienter gestalten werden. Die vom Bundesministerium für Finanzen vorgesehene Ausweitung des Aufgabenfeldes der FKS, wie etwa erweiterte Prüfaufgaben und Ermittlungsbefugnisse, sind jedoch nur sinnvoll, wenn damit ein Anwachsen der Personalkapazitäten ver-

bunden ist. Dies scheint aber leider nur bedingt bzw. gar nicht vorgesehen zu sein. Tatsächlich scheinen die Personalkapazitäten der FKS weiterhin ungenügend zu sein. Der ZDH hatte seinerzeit die im Rahmen der Einführung des Mindestlohngesetzes beschlossene personelle Aufstockung des Zolls um 1.600 Stellen begrüßt und sich für eine rasche Umsetzung dieses Beschlusses ausgesprochen. Ob diese Personalplanungen angesichts der anvisierten weiteren Handlungsfelder der FKS ausreichen, ist mehr als zweifelhaft. Das Handwerk sieht hier dringenden Nachbesserungsbedarf. Anderenfalls drohen effektive Mindestlohnkontrollen ins Hintertreffen zu geraten. Mindestlohnkontrollen dürfen nicht zum bloßen „Nebengeschäft“ der FKS werden.

B. Zu den Vorschlägen im Einzelnen

Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Finanzen zur Änderung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArb-E), des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG-E) und weiterer Gesetze nimmt das Handwerk wie folgt Stellung:

I. Aufnahme der „illegalen Beschäftigung“ erhöht Sensibilisierung

Die Aufnahme der Begrifflichkeit der „illegalen Beschäftigung“ in § 1 Abs. 3 SchwarzArbG-E ist grundsätzlich zu begrüßen. Nach dieser Norm übt „illegale Beschäftigung“ aus, wer als Arbeitgeber Ausländer unerlaubt beschäftigt, als Ausländer unerlaubt eine Erwerbstätigkeit ausübt, als Arbeitgeber Arbeitnehmer ohne erforderliche Erlaubnis nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) oder entgegen den Bestimmungen des AÜG überlässt oder für sich tätig werden lässt. Gleiches soll für den Arbeitgeber gelten, der Arbeitnehmer beschäftigt, ohne dass die Arbeitsbedingungen

nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes (MiLoG), AEntG oder des § 8 Abs. 5 AÜG iVm. einer Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 S. 1 AÜG eingehalten werden.

Die Aufzählung der Tatbestände, die eine illegale Beschäftigung kennzeichnen, dient der Rechtsklarheit. Sie trägt vor allem dazu bei, den Unrechtscharakter eines Verstoßes gegen die Regelungen des MiLoG und des AEntG zu verdeutlichen und vergrößert damit die Abschreckungswirkung mit Blick auf eine solche Verhaltensweise.

Um auszuschließen, dass die aufgrund der technologischen Entwicklung und der kriminellen Energie einzelner Marktakteure heute noch nicht absehbaren bzw. nicht bekannten Konstruktionen gesetzeswidriger Beschäftigung vom Anwendungsbereich des SchwarzArbG ausgeschlossen werden, sollte die Aufzählung der Erscheinungsformen der illegalen Beschäftigung im Rahmen des § 1 Abs. 3 SchwarzArbG-E aus Sicht des Handwerks nicht abschließend, sondern beispielhaft („insbesondere“) und damit offen für weitere Begehungsformen mit ähnlichem Charakter ausgestaltet sein. Anderenfalls drohen die Definitionen von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung in absehbarer Zeit nicht mehr zeitgemäß zu sein und zukünftigen Anforderungen und Entwicklungen nicht mehr entsprechen zu können.

II. Aufnahme von AÜG-Verstößen in das SchwarzArbG-E ist verfehlt

Nicht nachvollziehbar und daher abzulehnen ist dagegen die Einbeziehung des AÜG über die Definition der „illegalen Beschäftigung“ gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3 SchwarzArbG-E. Sofern Verstöße der Arbeitgeber gegen das AÜG als „illegale Beschäftigung“ gewertet werden sollen, schießt der Gesetzgeber über sein Regelungsziel hinaus. Die Rahmenbedingungen der Beschäfti-

gung von Zeitarbeitnehmern sind im AÜG umfassend geregelt. Auch die Rechtsfolgen bei Verstößen der Zeitarbeitsunternehmen wie der entleihenden Betriebe gegen diese Bedingungen sind erschöpfend und abschließend im AÜG normiert.

Viele Handwerksbetriebe setzen Zeitarbeitnehmer ein, um unvorhersehbare Auftragsspitzen abdecken und Personalengpässe überbrücken zu können. Der Einsatz von Zeitarbeitnehmern stellt für sie einen Vorgang regulärer Beschäftigung dar, der lediglich den besonderen Bestimmungen des AÜG unterfällt. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften, die für klein- und mittelständische Handwerksbetriebe, die über keine Personalabteilung verfügen, ohnehin sehr komplex und wenig anwenderfreundlich sind, der derzeit „lediglich“ eine Ordnungswidrigkeit darstellt (vgl. § 16 AÜG), per se als illegale Beschäftigung zu charakterisieren, kriminalisiert entleihende Arbeitgeber ohne erkennbaren Grund. Das Instrument der Zeitarbeit wird durch die in § 1 Abs. 3 SchwarzArbG-E gesetzlich geplante Zuweisung unnötig stigmatisiert.

III. Konzentration der Kontrollbehörden auf tatsächliche rechtsmissbräuchliche und illegale Vorgänge notwendig

Überdies bedarf es angesichts ohnehin knapper finanzieller und personeller Ressourcen einer Konzentration der Prüfaufgaben der Kontrollbehörden auf tatsächliche rechtsmissbräuchliche und illegale Vorgänge.

Im Zuge der zum 1. April 2017 erfolgten AÜG-Novelle bei Handwerksunternehmen kommt es vielfach zu Irritationen bei der Anwendung des AÜG. So weist beispielsweise der Zentralverband der Deutschen elektro- und informationstechnischen Handwerke (ZVEH) darauf hin, dass die Abgrenzung zwischen erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung und der Entsendung

von Arbeitnehmern im Rahmen von Werkverträgen sich in der Lesart der Arbeitsverwaltung bereits seit mehr als 30 Jahren für handwerkliche Betriebe als eine sehr tückische Falle erwiesen hat, in die zahllose, unbescholtene Betriebe hineintappten und sich unvermittelt mit Bußgeldern wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung konfrontiert sahen. Viele Handwerksunternehmer fühlten sich auch persönlich in ihrem Selbstverständnis nachhaltig verletzt, angeblich Arbeitnehmerüberlassung betreiben zu wollen, wo es doch in Wirklichkeit um die Erbringung von Dienstleistungen geht.

Schon damals gab es auf handwerklicher Seite mehrere Initiativen die darauf abzielten, die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung von handwerkstypischen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes abzugrenzen und nicht länger als vermeintlich illegal zu ahnden. Anstatt diese aufzugreifen, umging man seither das Problem mit Hilfe der sogenannten „Vorratserlaubnis“. Dadurch konnten Handwerksbetriebe ihre Arbeitnehmer unbedenklich über Monate auf der Grundlage von Werkverträgen beispielsweise zur Abwicklung von Projekten bei industriellen Auftraggebern einsetzen, und wenn sie dabei ungewollt die Grenzen zur Arbeitnehmerüberlassung überschritten, so bestätigte die Vorlage einer vorab eingeholten gebührenpflichtigen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis („Vorratserlaubnis“), dass rechtlich keine illegale Arbeitnehmerüberlassung vorlag.

Die Fortführung dieser Praxis ist es jedoch seit dem 1. April 2017 unmöglich. Handwerksbetriebe, die ihre Arbeitnehmer bei Auftraggebern über einen längeren Zeitraum zur Dienstleistungserbringung einsetzen möchten, müssen nun dieselben hohen Anforderungen des AÜG einhalten und die gleichen strengen Betriebsprüfungen durch die Agentur für Arbeit dulden, wie ein originäres Zeitarbeitsunternehmen. Das bedeutet nicht nur, dass bspw. Elektrohandwerksbetriebe

über eine reguläre Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügen müssen. Sie müssen zudem jeweils von vornherein wissen, bei welchem Auftrag möglicherweise die Grenzen zu einer Arbeitnehmerüberlassung überschritten werden, damit sie den Einsatz, wie es das AÜG vorsieht, von Anfang an als Zeitarbeit deklarieren und die eingesetzten Arbeitnehmer als Zeitarbeiter hinreichend konkretisieren können. Dies ist in der Realität des Alltags aber kaum möglich. Die Konsequenzen einer möglichen Fehleinschätzung sind im AÜG klar normiert: Das Arbeitsverhältnis des eingesetzten Arbeitnehmers mit dem Elektrohandwerksbetrieb wird wegen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung unwirksam und es entsteht ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Auftraggeber. Zudem drohen erhebliche Geldbußen und mit Blick auf § 1 Abs. 3 Nr. 3 SchwarzArbG-E zukünftig auch ein Verstoß gegen das SchwarzArbG.

Die dadurch auf Handwerksbetriebe zukommenden Unwägbarkeiten sowie der vermeidbare Kontrollaufwand für die Behörden wurden bereits im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens sowie in den parlamentarischen Beratungen mehrfach von den Handwerksorganisationen adressiert. Denn für viele Handwerksbetriebe stellt diese Form des Personaleinsatzes einen wichtigen Bestandteil ihres Dienstleistungsangebots dar, auf den sie nicht verzichten können.

Insoweit sollte ein Vorschlag der Wirtschaftsministerkonferenz von 1990 zur Änderung des AÜG aufgegriffen werden mit folgendem Wortlaut: „Hat sich der Arbeitgeber zur selbständigen Erbringung von Leistungen bei Dritten verpflichtet und seine Gewährleistungspflicht nicht ausgeschlossen, ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn aus sachlichen Gründen ein betriebsspezifisches Weisungsrecht des Dritten und eine Vergütung nach Zeitaufwand vereinbart sind“.

Ergänzend könnte in § 1 Absatz 5 SchwarzArbG-E folgende Regelung aufgenommen werden:

(5) Absatz 2 und 3 finden keine Anwendung auf Dienst- und Werkleistungen, zu denen sich ein Arbeitgeber gegenüber Dritten verpflichtet und hierfür seine Gewährleistungspflicht nicht ausgeschlossen hat, bei denen aus sachlichen Gründen ein betriebsspezifisches Weisungsrecht des Dritten und eine Vergütung nach Zeitaufwand vereinbart wird.

IV. Zuweisung neuer Aufgabenfelder höhlt Kernkompetenz der FKS aus

Die mit dem Referentenentwurf vorgesehene Zuweisung von erweiterten Prüfaufgaben und Ermittlungsbefugnissen an die FKS ist begrüßenswert, soweit es um die Intensivierung der Aufdeckung und Verfolgung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung geht, die vor allem die Stabilität der Unternehmen und die Sicherheit der Arbeitsplätze bedrohen. Dies gilt vor allem in Bezug auf die Erweiterung der Befugnisse zur Bekämpfung von Scheinselbstständigkeit und der Verwendung von sogenannten Briefkastenfirmen sowie der erweiterten Ahndungskompetenz beim Ausstellen bzw. Inverkehrbringen inhaltlich unrichtiger Belege.

Problematisch ist die Zuweisung von Aufgaben und Ermittlungstätigkeiten an die FKS jedoch insoweit, als der mit dem SchwarzArbG-E geplante erweiterte Aufgabenkreis nicht mit dem dafür erforderlichen Beschäftigungsaufbau einhergeht. So soll die FKS beispielsweise gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 iVm. §§ 3 und 4 SchwarzArbG-E demnächst auch zuständig sein für die Aufdeckung von nur zum Schein begründete Beschäftigungsverhältnisse und selbstständige Tätigkeiten zum Zwecke des Sozialleistungs Betrugs sowie nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SchwarzArbG-E für das Aufdecken unberechtigten Kindergeldbezugs. Für diese Fälle soll die FKS auch gemäß § 14 SchwarzArbG-E auch ent-

sprechende Ermittlungsbefugnisse eingeräumt werden. Des Weiteren ist die Schaffung einer Prüfungs- und Ermittlungskompetenz der FKS im Hinblick auf tarifvertraglich vereinbarte Unterkunftsbereitstellung und -bedingungen gemäß § 5 S. 1 Nr. 4 AEntG-E vorgesehen.

Mit der Übertragung dieser und weiterer Verantwortlichkeiten auf der Grundlage des vorliegenden Referentenentwurfes droht eine Überforderung der FKS und eine Verwässerung ihrer Zuständigkeiten. Zusätzliche Aufgaben erfordern zusätzliche Personalkapazitäten. Da dies – soweit ersichtlich – aktuell und in absehbarer Zeit nicht realisierbar sein wird, droht die Gefahr, dass sich die FKS künftig nicht mehr auf ihre Kernkompetenz, nämlich auf die Durchführung von Mindestlohnkontrollen und der Einhaltung der Regelungen des AEntG, fokussieren kann. Dabei ist es schon bei dem gegenwärtigen breiten Aufgabenfeld der FKS kaum möglich, mit dem vorhandenen Personal flächendeckende und effiziente Kontrollen durchzuführen, um Verstöße gegen das MiLoG und das AEntG aufzudecken und zu verfolgen.

V. Unterrichtung und Zusammenarbeit im Inland und in der EU sowie im EWR

Zu begrüßen ist die vorgeschlagene Regelung in § 6 Absatz 3 SchwarzArbG-E zum besseren Datenaustausch zwischen den Behörden der Zollverwaltung und dem Bundeszentralamt für Steuern nach § 5 Absatz 1 Nr. 13 des Finanzverwaltungsgesetzes. Dies gilt im besonderen Maße für die Überprüfung der tatsächlichen Erbringung der von Subunternehmern fakturierten Leistungen gegenüber dem Auftraggeber. Durch den verbesserten Datenaustausch können Informationen für das Prüfungsverfahren schneller generiert und damit Betrugsfälle im Bereich der Umsatzsteuer effektiver aufgedeckt und bekämpft werden.

VI. Erweiterte Auskunftsansprüche und Mitteilungspflichten sind zu begrüßen

Positiv hervorzuheben sind die neuen Auskunftsansprüche und Mitteilungspflichten gemäß § 7 SchwarzArbG-E. Werden Angebote oder Werbemaßnahmen ohne Angabe von Namen und Anschrift veröffentlicht und bestehen in diesem Zusammenhang Anhaltspunkte, für Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung nach § 1 SchwarzArbG-E, so soll derjenige, der das Angebot oder die Werbemaßnahme veröffentlicht hat, verpflichtet sein, der FKS Name und Anschrift des Auftraggebers des Angebots oder der Werbemaßnahme unentgeltlich mitzuteilen. Zugleich beinhaltet die Norm die Verpflichtung beispielsweise des Betreibers einer Online-Plattform, bei Vorliegen von eigenen Anhaltspunkten für eine Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung die nach Landesrecht zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zuständigen Landesbehörden darüber zu unterrichten.

Mit Hilfe der Vorschrift des § 7 SchwarzArbG-E können etwa Angebote oder Werbemaßnahmen über Online-Dienstleistungsplattformen, in Foren oder sonstigen elektronischen Kommunikationsplattformen, auf denen statt regulärer Dienst- oder Werkleistungen tatsächlich scheinselfständige Tätigkeiten angeboten werden, von den zuständigen Kontrollbehörden besser aufgedeckt und verfolgt werden. Da in den letzten Jahren in immer größerem Ausmaße handwerkliche Dienstleistungen von Soloselbstständigen auf Online-Plattformen angeboten werden, ist eine solche Regelung zwingend erforderlich, um neue wettbewerbsverzerrende Geschäftsmodelle zulasten gesetzestreuer Unternehmen zu unterbinden. Das Handwerk erwartet, dass die FKS auf der Grundlage der Neureglung die Anbieter derartiger Online-Plattformen entsprechend in die Pflicht nimmt.

VII. Ausstellen oder Inverkehrbringen inhaltlich unrichtiger Belege

Eine häufig vorkommende Form der Schwarzarbeit ist der Kettenbetrug unter Verwendung von Schein- und Abdeckrechnungen. Es sehr zu begrüßen, dass nun in § 9 SchwarzArbG-E eigene Bußgeldtatbestände für das Ausstellen und Inverkehrbringen derartiger Rechnungen geschaffen werden. Damit wird die oft erfolglose Ermittlung solcher Praktiken über § 266a StGB durch einen eigenen Verfolgungstatbestand flankiert. Der Begriff der „Leichtfertigkeit“ sollte jedoch unter Hinweis auf die parallele Vorschrift des § 378 Abgabenordnung näher definiert werden.