# ARBEIT OHNE LOHN

# IRREGULÄRE MIGRANT\_INNEN NACH WIE VOR OHNE ZUGANG ZUM RECHT

rbeitsgerichte haben nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG) die Pflicht, die etwaig erlangte Kenntnis über einen irregulären Aufenthalt einer Person an die Ausländerbehörden zu übermitteln. Diese Regelung stellt für irreguläre Arbeitnehmer\_innen ein massives Hindernis für die Beschreitung des Rechtswegs dar und höhlt somit individualrechtliche Garantien aus.

Sieht man sich die Zahl der Übermittlungen von Arbeitsgerichten an die Ausländerbehörde an, scheint das Problem der Übermittlung eher ein theoretisches zu sein. Es ist lediglich ein Fall bekannt, bei dem eine Arbeitsrichterin den fehlenden Aufenthaltstitel eines unterbezahlten Au-pair-Mädchens in Hamburg an die Staatsanwaltschaft übermittelte.¹ Daneben gibt es keine Anhaltspunkte, dass in anderen Verfahren von der Übermittlungspflicht gemäß § 87 Abs. 2 AufenthG je Gebrauch gemacht wurde. Dass die Norm nur auf dem Papier und in der gerichtlichen Anwendung kaum existiert, ist allerdings ein Trugschluss. Die Hauptursache für die gerichtliche Abwesenheit der Norm liegt in dem Drohpotential derselben. Irreguläre Migrant\_innen haben durch das Informieren der Ausländerbehörde eine Abschiebung zu befürchten und klagen somit erst gar nicht gegen ihre Arbeitgeber\_innen. Der Zugang zu den Gerichten und somit zum Recht bleibt ihnen verwehrt.

# Ursachen der verfehlten Migrationspolitik

Irreguläre Migration ist eine der Ursachen für nationale Bestrebungen, Migration zu begrenzen und zu kontrollieren. Gleichermaßen wird sie durch diese Mechanismen verstärkt, indem Staaten die Zuwanderung einschränken, die Kontrollmechanismen allerdings Lücken aufweisen. Diese sind aufgrund von touristischen Bestrebungen und Interessen im Sinne der Öffnung des Waren-, Dienstleistungsund Kapitalverkehrs teilweise sogar gewollt.<sup>2</sup>

Im Allgemeinen verfolgt sowohl die europäische als auch die deutsche Zuwanderungspolitik primär das Ziel der Abwehr und Einschränkung der irregulären Migration.<sup>3</sup> Die EU stützt alle gesetzgeberischen Maßnahmen auf den Kompetenztitel aus Art. 79 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der unter anderem "die Verhütung und verstärkte Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel" als Zielsetzung vorgibt. Diese Art der Politik gründet sich auf der Angst vor einem Kontrollverlust in der Migrationspolitik, wie beispielsweise der unberechtigten Nutzung des Sozialsystems, der Verdrängung von Arbeitnehmer\_innen mit deutscher Nationalität vom Markt und dem Anstieg von Kriminalität.<sup>4</sup>

So entsteht zwischen der faktischen irregulären Migration und den Bestrebungen, diese zu vermeiden, ein Raum, der mit einem Paradoxon aufwartet: Er verspricht den Arbeitnehmer\_innen eine Lebensgrundlage und mehr Sicherheit durch entlohnte Arbeit, bedroht

sie aber mit der Aufdeckung des irregulären Aufenthalts und der daraus resultierenden Abschiebung. Die Durchsetzung ihrer Rechte vor den staatlichen Stellen, die einerseits individualrechtliche Ansprüche gewährleisten und andererseits ordnungsrechtliche Migrationskontrolle und -bekämpfung durchführen sollen, ist de facto unmöglich.

#### Keine Verbesserung durch Sanktionsrichtlinie

Die Sanktionsrichtlinie des Europäischen Parlaments und Rates vom 18. Juni 2009 brachte für den Lohnanspruch irregulärer Migrant\_innen und die Auskunftspflichten öffentlicher Stellen Neuerungen. Die Richtlinie verfolgt gerade nicht das Ziel, Migrant\_innen wegen des Nichtbesitzes einer Arbeitserlaubnis zu bestrafen, sondern die Arbeitgeber\_innen zu sanktionieren, die am ehesten von den Arbeitsverhältnissen profitieren.<sup>5</sup> Zudem setzt sich die Richtlinie als Aufgabe, einen "Beitrag zur Verringerung der Ausbeutung von Drittstaatsangehörigen ohne legalen Aufenthalt" zu leisten. Daraus folgt allerdings nicht die Gewährleistung des Schutzes der Arbeitnehmer\_innen, denen mit der Begrenzung von irregulären Arbeitsverhältnissen auch die Lebensgrundlage entzogen wird. Diese sind zum einen auf den Lohn angewiesen und befinden sich zum anderen aufgrund ihrer schlechten Vertragsverhandlungsposition gegenüber der\_dem Arbeitgeber\_in und der Unsichtbarkeit gegenüber den öffentlichen Stellen, auf deren Hilfe sie angewiesen wären, in einer prekären Situation. So werden zwar die Anreize zur irregulären Immigration verringert, allerdings treffen die Folgen mehrheitlich die Arbeitnehmer\_innen. Die Richtlinie lässt weiterhin außer Acht, dass Arbeitgeber\_innen in der Regel mehr davon profitieren, Menschen irregulär zu beschäftigen, als dass sie sich Sanktionen ausgesetzt fühlen müssen. Zudem lässt sich die Effizienz der Sanktionierung der Arbeitgeber\_innen kritisieren, da es weiterhin möglich ist, Kettenunternehmen zu bilden und sich somit der Haftung zu entziehen. Die berechtigte Kritik an der Unionsgesetzgebung schlägt sich konsequenterweise auch auf die Umsetzung der Richtlinie in innerdeutsches Recht durch. Denn wenn die grundlegenden Richtlinien einer Politik schon Lücken im effektiven Schutz der Betroffenen und eine teilweise falsche Perspektive auf die Problematik anwenden, sind ähnliche Rechtsschutzlücken und faktische Benachteiligungen für die innerstaatliche Regelung vorprogrammiert.

Aus der Sanktionsrichtlinie ergibt sich die Pflicht der Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmer\_innen ihre Ansprüche geltend machen können. Dies wurde in § 98 a AufenthG durch die Klarstellung, dass auch bei fehlendem Aufenthaltstitel oder einer

Duldung der Anspruch auf Vergütung besteht, umgesetzt. Des Weiteren wurde eine Ausnahme für Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen eingefügt. Dies wurde vor allem mit Blick auf das Recht auf Bildung aus Art. 28 der UN-Kinderrechtskonvention erkämpft, selbst wenn dieses Recht auch nach der Gesetzesänderung praktisch kaum in Anspruch genommen werden kann. <sup>7</sup> Die Arbeitsgerichte blieben jedoch als öffentliche Stelle in der Pflicht, von dem fehlenden Aufenthaltstitel der Ausländerbehörde zu berichten.

Auch wenn § 98 a AufenthG den Lohnanspruch für irreguläre Arbeitnehmer\_innen trotz gesetzlichen Verbotes aufrecht erhält, sind die Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung durch die Übermittlungspflichten von Arbeitsgerichten erheblich erschwert, so dass insbesondere das geforderte Kriterium der möglichen Geltendmachung der Ansprüche nicht erfüllt ist. Das Ziel, die Arbeitnehmer\_innenrechte zu schützen, wurde demnach weder durch Erlass noch durch die Umsetzung der Sanktionsrichtlinie erreicht.

#### Persönliches Erscheinen der Kläger innen vor Gericht



Im Vorfeld eines arbeitsgerichtlichen Prozesses birgt die Pflicht zur "Bezeichnung der Parteien" in der Klageschrift und damit die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift die Gefahr, dass infolge z.B. einer nicht gemeldeten Anschrift Rückschlüsse über den Aufenthaltsstatus gezogen werden. Zwar muss die Klägerpartei bei der mündlichen Verhandlung anwesend sein, kann sich aber grundsätzlich vertreten lassen. Dazu muss die Vertretung jedoch vollumfänglich Angaben zum Sachverhalt machen können, da die Partei sonst als nicht erschienen gilt und mit einem Ordnungsgeld belegt werden kann. Zudem kann das Arbeitsgericht ihr persönliches Erscheinen vor Gericht anordnen. Allerdings können Entschuldigungsgründe die Nichtanwesenheit geltend gemacht werden. Darüber hinaus kann das Gericht eine Parteivernehmung anordnen. Wenn der Anordnung nicht nachgekommen wird, kann dies als Aussageverweigerung in die Entscheidung des Gerichtes mit einfließen und die Kläger\_innenseite erheblich schwächen.

Eine weitere Möglichkeit, dass Kläger\_innen nicht selbst vor Gericht erscheinen müssen und der gefährlichen Situation der Aufdeckung des fehlenden Aufenthaltstitels aus dem Weg gehen, besteht darin, den bestehenden Lohnanspruch an eine andere Person abzutreten. Eine Abtretung von Ansprüchen ist nur für den pfändbaren Teil möglich, der sich nach § 850c der Zivilprozessordnung auf mindestens 1.030 Euro netto monatlich belaufen muss. Um diese Beschränkung zu umgehen, können Lohnansprüche im Vorhinein zum Beispiel von Organisationen, die sich um die rechtliche Vertretung von irregulären Migrant\_innen kümmern, "abgekauft" werden.<sup>8</sup>

#### Der Aufenthaltstitel während des Prozesses

Das Arbeitsgericht entscheidet den ihm unterbreiteten Rechtsstreit nach den vorgelegten Schriftstücken und Unterlagen, wobei, entsprechend dem Beibringungsgrundsatz, die Parteien allein die Tatsachen einführen. Das Arbeitsgericht ist hieran im Urteilsverfahren gebunden und darf nur den unterbreiteten Vortrag zugrunde legen. Das Gericht selbst trifft zwar bei Unklarheiten eine Hinweispflicht, hat aber selbst den Sachverhalt nicht zu ermitteln. Falls der Aufenthaltsstatus als materielle Voraussetzung des Anspruchs von Bedeutung sein sollte, so erscheint dessen Vorbringen angesichts der drohenden Übermittlung und Ausweisung als irrational hinsichtlich des Kläger\_innenbegehrens. Wenngleich der fehlende Aufenthaltstitel möglicherweise eine rechtshindernde Einwendung darstellen kann und ein Vorbringen durch die\_den Arbeitgeber\_in damit theoretisch möglich ist, ist zweifelhaft, ob diese\_r eine solche Einwendung auch geltend macht, da ihr\_ihm bei der Beschäftigung einer Person ohne regulärem Aufenthaltstitel eine strafrechtliche Verfolgung gemäß § 10 Schwarzarbeitsgesetz sowie ordnungsrechtliche Sanktionen drohen.

Das Gericht muss und darf dann nicht übermitteln, wenn es über keine positive Kenntnis von dem fehlenden Aufenthaltstitel verfügt. Bloße Mutmaßungen, Vermutungen sowie Andeutungen der\_des Arbeitgeber\_in reichen dementsprechend nicht aus. Keine Übermittlungspflicht besteht auch dann, wenn eine bedienstete Person als Privatperson Kenntnis von dem fehlenden Aufenthaltstitel erlangt.<sup>9</sup> Dafür spricht schon der Wortlaut des § 87 Abs. 2 AufenthG, der die "öffentliche Stelle im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben" und nicht Privatpersonen verpflichtet.

Das Gericht muss ebenfalls nicht übermitteln, wenn Informationen über den fehlenden Aufenthaltstitel nicht entscheidungserheblich sind. Damit wird eine dem Bestimmtheitsgebot Rechnung tragende Eingrenzung des Tatbestandsmerkmals "im Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung" vorgenommen.

Nur weil das Gericht positive Kenntnis von dem fehlenden Aufenthaltstitel erlangt hat, wird nicht automatisch eine Übermittlungspflicht an die Ausländerbehörde ausgelöst. § 87 Abs. 2 AufenthG

- Vgl. Emilija Mitrovic, Papierlos, aber nicht rechtlos, 15.10.2010: Die Gewerkschaftliche Anlaufstelle für Menschen ohne Papiere in Hamburg, http://www.bdwi.de/ forum/archiv/uebersicht/4228837.html, (Stand aller Links; 12.12.2014).
- Vgl. Norbert Cyrus, Irreguläre Migration Zum Stand der Diskussion menschenrechtlicher Ansätze in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR), 2010, 318.
- <sup>3</sup> Vgl. Jürgen Bast, Illegaler Aufenthalt und europarechtliche Gesetzgebung, ZAR, 2012, 6.
- Vgl. Dita Vogel / Norbert Cyrus, Irreguläre Migration in Europa Zweifel an der Wirksamkeit der Bekämpfungsstrategien, focus Migration, Kurzdossier, März 2008, 1.
- Sabine Voglrieder, Die Sanktionsrichtlinie: ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einer umfassenden Migrationspolitik der EU, ZAR, 2009, 170.

stellt zwar eine Eingriffsgrundlage in die individuellen und justiziellen Rechte der betreffenden Person dar, muss aber einer verfassungskonformen Auslegung entsprechend einen sachgerechten Ausgleich zwischen den individualrechtlichen Belangen und staatlichen Interessen herstellen.

#### Verfassungsrechtliche Einschränkungen der Übermittlungspflichten

§ 87 Abs. 2 AufenthG kann bereits aufgrund seines weiten Anwendungsbereiches und der massiven Auswirkungen auf die Rechte auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) und effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG der Betroffenen als verfassungswidrig angesehen werden. Das staatliche Interesse an einer effektiven Migrationskontrolle ist gegen die geschützten Rechtsgüter der Betroffenen abzuwägen.<sup>10</sup> Dabei erscheint bereits zweifelhaft, ob § 87 Abs. 2 AufenthG überhaupt geeignet ist, einen sachgerechten Ausgleich zwischen den Belangen herzustellen. In der extensiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals "im Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung" droht ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und den Grundsatz der Gewaltenteilung, indem den staatlichen Belangen institutionell ein erheblicher Vorrang eingeräumt wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Datenverarbeitung jedoch unzulässig, wenn sich die damit verfolgten Zwecke ausschließen.<sup>11</sup> Gerichten kommt die Aufgabe zu, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten und nicht als Ausforschungsinstrument der Ausländerbehörden zu fungieren. Der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 2 AufenthG ist somit restriktiv zu verstehen.

# Unionsrechtliche Einschränkungen der Übermittlungspflichten

Zudem könnte sich der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 2 AufenthG unionsrechtlich im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung reduzieren lassen. Für die Mitgliedstaaten ist nur das Ziel der Richtlinie verbindlich, während die Wahl der Mittel zur Zielerreichung bei ihnen verbleibt. Mitgliedstaatliches Recht ist dabei durch die nationalen Gerichte auch nach dem Zweck der Richtlinie auszulegen,¹² wobei das Gericht diese Auslegung "unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts" vornehmen muss.¹³



Die Sanktionsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einrichtung wirksamer Verfahren, um das Einklagen des Arbeitslohns durch die Arbeitnehmer\_innen mit irregulärem Status zu ermöglichen. Wenngleich die Richtlinie neben dem Ziel der wirksamen Durchsetzung von Lohnansprüchen auch die Vermeidung illegaler Migration bezweckt, lässt sich daraus nicht schließen, dass wirksame Verfahren nur für jene Arbeitnehmer\_innen geschaffen werden sollen, deren irregulärer Aufenthalt schon aufgedeckt wurde, um dem zuerst genannten Ziel zuwiderlaufende Anreize zu vermeiden. Eine an dem Wortlaut und an der Systematik orientierte Auslegung der Richtlinie legt nahe, dass diese auch die Durchsetzung von Lohnansprüchen aus der Irregularität erfasst. So verpflichten Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie sowie Erwägungsgrund Nr. 26, dass eine Unterstützung von Drittstaatsangehörigen bei dem Einreichen von Beschwerden nicht als Beihilfe zum illegalen Aufenthalt gilt. Zudem nehmen die





einzelnen Richtlinienvorschriften eindeutig auf den Abbau typischer Hindernisse des effektiven Rechtsschutzes bei aufenthaltsrechtlicher Illegalität Bezug: Art. 6 Abs. 2 lit. b zur Wahrung der Anonymität und Art. 13 Abs. 1 und 2 zur Möglichkeit Dritter für illegal Beschäftigte Beschwerde einzulegen. Nach gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) dürfen Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der unionsrechtlich garantierten Rechte gewährleisten sollen, die Ausübung dieser verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.<sup>15</sup>

Damit verstößt eine extensive Auslegung des § 87 Abs. 2 AufenthG gegen die Pflicht zur effektiven Umsetzung der Richtlinienbestimmung. Eine richtlinienkonforme Auslegung der Norm könnte methodisch an zwei Tatbestandsmerkmalen ansetzen: Zum einen lässt sich diskutieren, ob Gerichte nicht mehr unter dem Begriff der "öffentlichen Stellen" zu fassen sind. Auf der anderen Seite stützt eine richtlinienkonforme Auslegung aber die restriktive Auslegung des Merkmals "im Zusammenhang mit ihrer Aufgabenerfüllung".

### Unsichere Rechtslage — Gesetzesänderung notwendig

Aus der Praxis lassen sich unterschiedliche Erfahrungen bezüglich der Übermittlung von Arbeitsgerichten an die Ausländerbehörde entnehmen. Gespräche mit Anwält\_innen aus dem Bereich des Arbeitsrechts<sup>16</sup> ergaben, dass der Aufenthaltstitel vor Gericht keine Rolle spiele – zumindest nicht für die Übermittlung an die Ausländerbehörde.

Ein\_e Richter\_in des Landesarbeitsgerichts Berlin hat bestätigt, dass die Übermittlungspflicht nicht angewendet wird.<sup>17</sup> Dies hat nach ihrer\_seiner Aussage zweierlei Ursachen: Zum einen würden Arbeitsrichter\_innen diese Norm nicht kennen, da sie sich nicht mit dem AufenthG beschäftigen und zum anderen sähen sie keine Notwendigkeit darin, falls der fehlende Aufenthaltstitel bekannt werden sollte, dies der Ausländerbehörde mitzuteilen. Auch das Schreiben der ehemaligen Staatssekretärin des Berliner Senats für Wirtschaft, Arbeit und Frauen, Susanne Ahlers, bestätigt dies: "Im Ergebnis kann ich Ihnen also mitteilen, dass in aller Regel vor dem Arbeitsgericht Fragen nach dem ausländerrechtlichen Status klagender aus-

ländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht erforderlich sind. Diese Auffassung ist mir von der Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Berlin auf Nachfrage ausdrücklich bestätigt worden."<sup>18</sup>

Dennoch und um tatsächliche Rechtssicherheit zu schaffen, müssen Arbeitsgerichte von der Übermittlungspflicht ausgenommen werden. Auch wenn diese gesetzliche Änderung nicht ausreichen wird, um Menschen ohne Aufenthaltsstatus ihren Anspruch auf Entlohnung zu gewährleisten, würde sie jedoch Türen des Rechtsschutzes öffnen und somit eine Form des Empowerments über Lohnzahlungsklagen erreichen können. Denn mit dem Lohn entfällt die Möglichkeit die grundlegenden Bedürfnisse zu decken, sie bringt irreguläre Migrant\_innen in eine Lage, die ein Überleben fast unmöglich macht. Lohnzahlungsklagen können zudem ein politisches Instrument sein, um das Verhalten derjenigen zu verändern, die von unbezahlter Arbeit profitieren. Der Gewinn, den Arbeitgeber\_innen mit günstigen bis hin zu kostenlosen Arbeitskräften zum Beispiel beim Bau von Großprojekten und dem Bewirtschaften von Restaurants machen, kommt natürlich ihnen selbst aber auch den Abnehmer innen der Dienstleistungen zu Gute. Leidtragende sind die irregulären Arbeitnehmer\_innen.

#### Theresa Tschenker studiert an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Der Artikel basiert auf einem Projekt von Janina Barkholdt und Theresa Tschenker im Rahmen der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte (www.hlcmr.de). Beide Studierenden haben innerhalb der HLCMR ein Praktikum in der Beratungsstelle "Ban Ying" bei Paula Riedemann absolviert, der sie an dieser Stelle für die vertrauensvolle und wertschätzende Zusammenarbeit danken.

- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag vom 16.05.2007, 5.
- Vgl. Hendrik Cremer, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere Empfehlungen zur Umsetzung, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2009, 47 ff., http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx\_commerce/policy\_paper\_14\_das\_recht\_auf\_bildung\_fuer\_kinder\_ohne\_papiere.pdf.
- Vgl. Manuela Kamp / Heike Rabe, Handreichung für Beratungsstellen Arbeitsausbeutung und Menschenhandel – Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu ihren Rechten verhelfen, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2012, 37.
- Vgl. Holger Winkelmann, in: Günter Renner / Jan Bergmann / Klaus Dienelt, Ausländerrecht, 10. Auflage, 2013, § 87 Rn. 6 ff.
- Vgl. Christian Lewek, in: Andreas Fischer-Lescano u.a., Arbeit in der Illegalität, 2012, 191.
- Joerg Alt, Vortrag vom 14.06.2004, www.joerg-alt.de/Vortraege/2004-2005/05-06-14Hamburg.doc, (Stand:09.01.2015).
- Vgl. EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984 (von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen), Rn. 26.
- Vgl. ebenda, Rn. 28.
- So auch: Heike Rabe, Beschwerde an die Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 08.10.2012, 11 f.
- Vgl. EuGH, Urteil vom 22.12.2010, Rs. C-279/09 (DEB gegen BRD), Rn. 28.
- Gespräche im April 2014 mit Anwältinnen aus dem Arbeitsrecht in Berlin.
- Dies geht aus dem E-Mail Verkehr der Autorin mit einer\_m Richter\_in am Landesarbeitsgericht Berlin vom 25.04.2014 hervor, welche\_r anonym bleiben möchte.
- http://www.joergalt.de/Recht/Bundeslaender/Berlin/berlin.html.