

Andreas Fischer-Lescano, Eva Kocher,
Ghazaleh Nassibi (Hg.)

ARBEIT IN DER ILLEGALITÄT

Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere

campus

Arbeit in der Illegalität

Andreas Fischer-Lescano ist Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Bremen.

Eva Kocher ist Professorin für Bürgerliches Recht, Europäisches und Deutsches Arbeitsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

Ghazaleh Nassibi ist Referentin für Tarifkoordination beim DGB-Bundesvorstand.

Andreas Fischer-Lescano, Eva Kocher,
Ghazaleh Nassibi (Hg.)

Arbeit in der Illegalität

Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere

Campus Verlag
Frankfurt/New York

© Campus Verlag GmbH

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Hans-Böckler-Stiftung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie.
Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.
ISBN 978-3-593-39608-8

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Copyright © 2012 Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Umschlaggestaltung: Campus Verlag, Frankfurt am Main

Druck und Bindung: CPI buchbücher.de, Birkach

Gedruckt auf Papier aus zertifizierten Rohstoffen (FSC/PEFC).

Printed in Germany

Dieses Buch ist auch als E-Book erschienen.

www.campus.de

© Campus Verlag GmbH

Inhalt

Einleitung <i>Andreas Fischer-Lescano, Eva Kocher & Ghazaleh Nassibi</i>	7
Einführung	
Menschen ohne Aufenthaltsstatus in der Erwerbsarbeit: Eine sozialwissenschaftliche Einführung <i>Dita Vogel</i>	13
Rechtliche Rahmenbedingungen der Arbeit in der Illegalität	
Grund- und Menschenrechte illegalisierter Migrantinnen und Migranten <i>Timo Tohidipur</i>	41
Illegale Migration und die Rechte von illegalen Migrantinnen und Migranten als Regelungsgegenstände des Europarechts <i>Jürgen Bast</i>	71
Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung <i>Ibrahim Kanalan</i>	91
Der Schutz irregulärer Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten in der Arbeit durch die UN-Menschenrechtskonventionen – Ein Überblick <i>Katharina Spiess</i>	114

Rechte für Beschäftigte als Sanktionen gegen Arbeitgeber_innen – Eine erste Einschätzung der Neuregelung in § 98 a AufenthG <i>Eva Kocher & Ghazaleh Nassibi</i>	135
 Rechtspolitische Handlungsstrategien: Wege aus der Illegalität	
Regularisierung des Aufenthalts von Menschen ohne Papiere: Bausteine einer liberalen Migrationspolitik? <i>Marei Pelzer</i>	143
Soziologie der Migrationskämpfe: Die Transformation der Bewegung der »Papierlosen« in Barcelona in eine MigrantInnenbewegung <i>Amarela Huerta</i>	159
Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland <i>Christian Lewek</i>	181
Gewerkschaftliche Handlungsspielräume: von der außergerichtlichen Interessendurchsetzung bis zum gewerkschaftlichen Rechtsschutz <i>Frank Schmidt-Hullmann, IG BAU</i>	199
Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere – die Agenda der Gewerkschaften <i>Sonja Marko, verdi</i>	212
Autorinnen und Autoren	218

Einleitung

Andreas Fischer-Lescano, Eva Kocher & Ghazaleh Nassibi

In Deutschland leben nicht nur zehntausende Menschen ohne Aufenthaltspapiere; sie arbeiten hier auch. Von regulärer Erwerbsarbeit sind sie jedoch faktisch ausgeschlossen; ihre Tätigkeit gilt als »Schwarzarbeit«, auch ihre Arbeitgeber_innen müssen mit Sanktionen rechnen. Menschen ohne Papiere arbeiten zwar nahezu in allen Branchen; sie müssen sich jedoch aus diesen Gründen oftmals mit prekären Arbeitsbedingungen in der sog. Schattenwirtschaft zufrieden geben; ein großer Teil ist in privaten Haushalten beschäftigt.¹

Dennoch: Menschen ohne gültigen Aufenthaltsstatus sind zwar ohne Papiere, aber nicht rechtlos. Die Rechte auf (angemessene) Entlohnung, Mindesturlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und Unfallversicherung (um nur einige grundlegende Rechte in der Erwerbsarbeit zu nennen) gelten uneingeschränkt für alle Arbeitnehmer_innen. Diese Rechte sind einklagbar, unabhängig davon, welchen Aufenthaltsstatus die Menschen besitzen und ob eine Arbeitserlaubnis vorliegt. In Bezug auf die Entlohnung stellt dies nun auch das Gesetz zur Umsetzung der »Arbeitgeber-Sanktions-Richtlinie« 2009/52/EG² in § 98a AufenthG³ klar und trifft damit erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu dieser Frage.

1 Vgl. Vogel, Dita/Aßner, Manuel/Mitrovic, Emilija/Kühne, Anna: *Leben ohne Papiere – Eine empirische Studie zur Lebenssituation von Menschen ohne gültige Aufenthaltspapiere in Hamburg* (Langfassung), 2009, S. 178 f./187, 20.10.2011, <http://www2.erzwiss.uni-hamburg.de/personal/neumann/Diakonie-entfassung.pdf>. Die Studie wurde von der Diakonie in Zusammenarbeit mit der Nordelbischen Kirche und ver.di in Auftrag gegeben.

2 Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen (ABl. L 168 vom 30.6.2009, S. 24) – so genannte Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie.

3 Vgl. Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex vom 22. November 2011, BGBl. Teil I, Nr. 59.

Das vorliegende Buch analysiert die rechtliche Stellung von Menschen ohne Aufenthaltspapiere in der Erwerbsarbeit auf der Basis des geltenden deutschen, europäischen und internationalen Rechts. Zur Bezeichnung von »Menschen ohne Aufenthaltspapiere« verwenden die Autorinnen und Autoren des Buchs unterschiedliche Begriffe: »illegale Migrant/innen«, »illegalisierte Migrant/innen«, »illegal aufhältige Drittstaatsangehörige«, »irreguläre Migrantinnen und Migranten«, »Menschen ohne Aufenthaltsstatus«, »Personen ohne Papiere«, »sans papiers«, »Papierlose«⁴. Gemeint sind jeweils Ausländer_innen/Migrant_innen, die sich illegal in Deutschland aufhalten. Der illegale Aufenthalt kann durch eine illegale Einreise, den Ablauf eines regulären Aufenthaltstitels wie z.B. eines Touristenvisums, oder den Entzug einer Aufenthaltsgenehmigung oder eines Abschiebeschutzes entstehen.⁵ Nicht erfasst werden also EU-Bürger_innen, Geduldete, Asylbewerber_innen, Personen mit Touristenvisa und ähnlichen Titeln, die trotz eines Verbots der Erwerbsarbeit arbeiten sowie ausländische Zuwanderer_innen, die mit gefälschten Papieren oder Identitäten gemeldet sind und so ein Aufenthaltsrecht erfolgreich vortäuschen. Allerdings: Viele der im Buch angesprochenen Probleme der »Schwarzarbeit« betreffen auch andere Gruppen von Arbeitnehmer_innen in gleicher und ähnlicher Weise. Und obwohl im Folgenden die Rechte in der abhängigen Arbeit im Mittelpunkt stehen, können sich auch für selbstständig Erwerbstätige vergleichbare Rechtsfragen stellen.

Beschäftigte ohne Aufenthaltspapiere bewegen sich somit nicht in einem »rechtsfreien Raum« – auch wenn sie oder ihre Arbeitgeber_innen dies oft annehmen. Von großer Bedeutung ist deshalb die Frage nach der wirksamen Durchsetzung der Rechte *von* Erwerbstätigen – im Gegensatz zur Verletzung von Gesetzen *durch* Erwerbstätige, insbesondere durch Schwarzarbeit und illegalen Aufenthalt⁶. Aus der Sicht der Erwerbsarbeit erschwert gerade diese Gemengelage den Menschen ohne Aufenthaltspapieren die Rechtsdurchsetzung – falls sie überhaupt Kenntnis von ihren Rechten haben. Denn der fehlende legale Aufenthaltsstatus erhöht die Abhängigkeit von den Arbeitge-

4 Wir haben diese Begrifflichkeit genauso wenig vereinheitlicht wie die unterschiedlichen Umgangsweisen mit der sprachlichen Benennung aller Geschlechter – auch hier verwenden die Autor_innen unterschiedliche Ansätze.

5 Siehe auch die Definition des illegalen Aufenthalts in Artikel 3 der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG: »die Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Artikel 5 des Schengener Grenzkodex oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats.«

6 Straftat nach § 95 des Aufenthaltsgesetzes.

ber_innen und schafft subjektiv das Empfinden eines insgesamt rechtlosen Zustandes.⁷

Im Buch wird die Rechtslage zunächst auf Basis des geltenden Rechts dargestellt; anschließend wird diskutiert, welche weiteren rechtlichen Instrumente nötig wären, um den erforderlichen rechtlichen Schutz wirksam zu machen. Dabei geht es auch um die Frage nach geeigneten Akteur_innen der Rechtsdurchsetzung, insbesondere die Frage nach der Rolle von Gewerkschaften und Selbsthilfeorganisationen. Das Buch wendet sich an die Rechtswissenschaft sowie die Beratungspraxis.

Nach einer sozialwissenschaftlichen Einführung, in der *Dita Vogel* die Bedeutung der Rechte in der Erwerbsarbeit für Menschen ohne Aufenthaltspapiere mit empirischen Daten, ökonomisch-theoretischen sowie rechtsoziologischen Überlegungen untermauert, geht es im zweiten Abschnitt des Buches um die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen. *Timo Tohidipur* erläutert zunächst die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere im internationalen und europäischen Menschenrechtsschutz, bevor *Jürgen Bast* auf die rechtlichen Rahmenbedingungen eingeht, die sich aus der europäischen Migrationspolitik ergeben. *Ibrahim Kanalan* konkretisiert im Anschluss, was die Aussage, auch Menschen ohne Aufenthaltspapiere hätten Rechte, im deutschen Arbeitsrecht sowie im Recht der sozialen Sicherung konkret bedeutet. *Katharina Spieß* gibt einen Überblick über den Schutz von Menschen ohne Aufenthaltspapiere in ihren Rechten in der Erwerbsarbeit durch die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention, die bis heute noch von keinem westlichen Industriestaat ratifiziert wurde. Ihrer Auffassung nach könnte die Ratifizierung dieser Konvention bereits einen wichtigen Impuls für Wege aus der Illegalität bieten. Zum Schluss dieses Abschnitts geben Eva Kocher und Ghazaleh Nassibi eine erste Einschätzung der Neuregelung in § 98 a AufenthG und erläutern, warum die geltende Rechtslage trotz dieser Norm noch weit davon entfernt ist, die Durchsetzung der Lohnansprüche für alle Beschäftigten unabhängig vom Aufenthaltsstatus sicherzustellen.

Weitere Bausteine rechtspolitischer Handlungsstrategien für einen Weg aus der Illegalität thematisiert der dritte Abschnitt des Buches. Hier behandelt *Marei Pelzer* zunächst die Regularisierung des Aufenthalts von Menschen ohne Aufenthaltspapiere im Rahmen einer liberalen Migrationspolitik; mit Hilfe eines regulären Aufenthaltstitels könnten Menschen ohne Aufenthaltspapiere in den regulären Arbeitsmarkt wechseln und irreguläre

⁷ Siehe Vogel, »Menschen ohne Aufenthaltsstatus in der Erwerbsarbeit – eine sozialwissenschaftliche Einführung«, in diesem Band, S. 13.

Beschäftigungsverhältnisse zurückgedrängt werden. *Amarela Varela Huerta* beschäftigt sich mit der Frage nach möglichen Akteur_innen. Im Rahmen einer Soziologie der Migrationskämpfe stellt sie die Dynamiken dar, die zu einer Transformation der Bewegung der »Papierlosen« in Barcelona in eine Migrant_innenbewegung geführt haben. Der Rechtsanwalt *Christian Lewek* erläutert vor dem Hintergrund eigener Erfahrungen aus der Praxis in Deutschland, welche Möglichkeiten und Hindernisse einer gerichtlichen Durchsetzung von Arbeitsrechten durch Menschen ohne Aufenthaltspapiere bestehen.

Den Abschluss bilden zwei Stellungnahmen aus der gewerkschaftlichen Praxis, die den Handlungsrahmen und die Handlungsspielräume der gewerkschaftlichen Politik für und im Interesse von Menschen ohne Aufenthaltspapiere erläutern. *Frank Schmidt-Hullmann* (Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt »IG BAU«) diskutiert gewerkschaftliche Handlungsmöglichkeiten von der außergerichtlichen Interessendurchsetzung bis zum gewerkschaftlichen Rechtsschutz vor dem Hintergrund von Erfahrungen mit der illegalen Beschäftigung in der Bauwirtschaft. Er stellt insbesondere die Schwierigkeiten dar, Menschen ohne Aufenthaltspapiere dauerhaft zu organisieren, und problematisiert die organisationspolitischen Fragen, die sich aus einem Verständnis ergeben, das Politik für Menschen ohne Aufenthaltspapiere als Kampf gegen »Lohndumping« formuliert. Im zweiten Beitrag gibt *Sonja Marko* (Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft »verdi«) anhand der Beschlusslagen einen Überblick über die Agenda und Herausforderungen der Gewerkschaften.

Die Veröffentlichung wurde durch die Hans-Böckler-Stiftung gefördert – hierfür sagen wir herzlichen Dank!

Berlin, Januar 2012

Einführung

Menschen ohne Aufenthaltsstatus in der Erwerbsarbeit: Eine sozialwissenschaftliche Einführung

Dita Vogel

Nach einer repräsentativen Umfrage glauben 80 Prozent der Menschen in Deutschland, dass illegale Einwanderer und Einwanderinnen ausgebeutet werden.¹ Zugleich finden rund 60 Prozent illegale Zuwanderung besorgniserregend und fürchten einen Anstieg der Kriminalität. Diese Ergebnisse der Meinungsforschung deuten darauf hin, dass die Frage nach den Arbeitsrechten von Menschen ohne Aufenthaltsstatus einen durchaus beachtlichen Stellenwert in der Wahrnehmung der Deutschen hat. Im Kern geht es darum, dass Menschen, die das Aufenthaltsrecht verletzen, in ihren Arbeitsrechten verletzt werden.

Nach einer kurzen Einordnung des Themas werden empirische Erkenntnisse zu Umfang und Strukturen illegalen Aufenthalts und illegaler Beschäftigung skizziert. Für die nähere Analyse werden ökonomisch-theoretische Überlegungen zu den Anreizstrukturen angestellt, welche die Durchsetzung von Rechten von Menschen ohne Aufenthaltsstatus in der Erwerbsarbeit begünstigen bzw. erschweren. Anschließend wird die Durchsetzung von Rechten in der Praxis aus rechtssoziologischer Sicht diskutiert. Das Kapitel schließt mit Überlegungen zu politischen Handlungsoptionen.

Eine Vorbemerkung zu den empirischen Erkenntnissen: Repräsentative Umfragen und administrative Vollerhebungen, wie sie für andere Gruppen in der Forschung genutzt werden, sind bei Papierlosen nicht möglich.² Empirische Befunde gibt es aber durchaus: Qualitative Migrantenbefragungen

1 Transatlantic Trends. Immigration 2010, Umfrage des German Marshall Fund of the United States und weiterer Stiftungen unter 1000 Erwachsenen in Deutschland, 30.11.2011, http://trends.gmfus.org/?page_id=2766.

2 Unter besonderen Umständen kann mit hohem Aufwand eine Repräsentativität durch Zusatzinformationen hergestellt werden, siehe Heijden, Peter G.M./Bustami, Rami/Cruyff, Maarten/Engbersen, Godfried/van Houwelingen, Hans C., *Point and Interval Estimation of the Population Size Using the Truncated Poisson Regression Model*, Unveröffentlichtes Manuskript, Amsterdam 2003; Blangiardo, Gian Carlo, *The centre sampling technique in surveys on foreign migrants: The balance of a multi-year experience*, United Nations Statistical Commission and EUROSTAT, Working paper 12, Genf 2008.

argumentieren mit der Analyse und dem Vergleich systematisch ausgewählter Einzelfälle. Daten von Kontrollbehörden und Hilfsorganisationen können ausgewertet werden, wenn bei der Interpretation beachtet wird, dass diese Daten systematisch verzerrt sind, weil die jeweiligen Organisationen – bedingt durch ihre Aufgabe und Arbeitsweise – bestimmte Typen von Papierlosen häufiger antreffen als andere. Auch die Einschätzung von Experten und Expertinnen, die zum Beispiel als Rechtsanwältin oder Migrantenberater in ihrer Arbeit mit Menschen ohne Aufenthaltsstatus zu tun haben, liefern Beobachtungen aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit, wenn auch mit der jeweiligen professionellen »Brille«. Daher basiert die hier präsentierte sozialwissenschaftliche Einordnung auf einer Kombination von theoretischen Überlegungen und empirischen Befunden von unterschiedlicher Zuverlässigkeit. Tendenziell lassen sich Aussagen zur quantitativen Relevanz bestimmter Muster und Prozesse nur grob angeben.

I. Einordnung der Fragestellung

Als Arbeitsrechte sollen hier staatlich garantierte Mindestrechte diskutiert werden, die ein subjektives Recht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber begründen. Sie werden nur praktisch relevant, wenn sie der Arbeitnehmer einfordert.³

Ob jemand aktiv werden kann, um seine Rechte durchzusetzen, hängt von vielen Voraussetzungen ab, unter anderem auch vom Aufenthaltsstatus. Unter Menschen ohne Aufenthaltsstatus werden hier Ausländer verstanden, die sich illegal in Deutschland aufhalten, unabhängig davon, ob der illegale Aufenthalt durch eine illegale Einreise, den Ablauf eines regulären Aufenthaltstitels wie zum Beispiel eines Touristenvisums, oder den Entzug einer Aufenthaltsgenehmigung oder eines Abschiebeschutzes entstanden ist.⁴ Nicht

³ Siehe dazu eingehend die Texte von Lewek, Christian, »Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland«, in diesem Band, S. 181, und Kanalan, Ibrahim, »Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung«, in diesem Band, S. 91.

⁴ Die Europäische Union hat erstmals in Artikel 3 der Rückführungsrichtlinie von 2008 definiert, was sie unter illegalem Aufenthalt versteht: »die Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Artikel 5 des Schengener Grenzkodex oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats« (Richt-

in diese Definition einbezogen sind EU-Bürger, Geduldete, Asylbewerber, Personen mit Touristenvisa und ähnlichen Titeln, die trotz Arbeitsverbot arbeiten sowie ausländische Zuwanderer, die mit gefälschten Papieren oder Identitäten gemeldet sind und so ein Aufenthaltsrecht erfolgreich vortäuschen.⁵ Damit konzentriert sich dieser Beitrag auf die Gruppe, deren Rechtsstatus in Deutschland am schwächsten ist. Viele der angesprochenen Probleme betreffen jedoch auch andere Gruppen.

Menschen ohne Aufenthaltsstatus werden hier synonym auch als *Papierlose* bezeichnet. Das heißt nicht, dass diese Migranten gar keine Papiere haben. Sie können zum Beispiel durchaus über einen Pass ihres Herkunftslandes verfügen. Sie haben aber nicht die *notwendigen* Papiere, die ein Aufenthaltsrecht bestätigen. Wenn sie sich bewusst und vorsätzlich ohne diese Papiere in Deutschland aufhalten, begehen sie eine Straftat nach § 95 des Aufenthaltsgesetzes.

Menschen ohne Aufenthaltsstatus sind meist nicht nur illegal im Land, sondern arbeiten auch unregistriert in der Schatten- oder Untergrundwirtschaft.⁶ Das trifft aber nicht zwangsläufig auf jeden zu. Wenn ein Mensch ohne Aufenthaltsstatus zum Beispiel mit geliehenen Papieren unter dem Namen eines anderen registrierte Arbeit leistet, ist diese Arbeit nicht Teil der Schattenwirtschaft, obwohl die Beschäftigung illegal ist. Zugleich gibt es Beschäftigte in einer Grauzone zwischen Legalität und Illegalität, die unter dem Stichwort *semi-compliance*⁷ (teilweise Regelkonformität) diskutiert wer-

linie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger). Inwiefern einige der hier angesprochenen Grenzfälle davon abgedeckt sind, ist umstritten.

5 Jandl, Michael/Vogel, Dita, »Chapter 1, Introduction to the methodological problem«, in: Dita Vogel/Albert Kraler (Hg.), *Report on methodological issues. Report prepared for the research project CLANDESTINO Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe funded under the 6th Framework Programme of the European Union* 2008, S. 4–10, 23.12.2011, <http://irregular-migration.net//index.php?id=187>.

6 Die Definition des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung aus dem Jahr 2004 zählt enumerativ verschiedene Situationen auf, in denen Dienst- und Werkleistungen vor den Behörden verborgen werden. Das entspricht im Wesentlichen dem Alltagssprachgebrauch und der international gebräuchlichen Definition von unregistrierter Arbeit (undeclared work) als prinzipiell legalen produktiven bezahlten Aktivitäten, die bei den Steuer- oder Sozialbehörden nicht angegeben werden. Siehe z.B. European Commission, *Undeclared Work in the European Union: Report*. Special Eurobarometer, Brüssel 2007, Wave 67.3 (284).

7 Ruhs, Martin/Anderson, Bridget, »Semi-compliance and illegality in migrant labour markets: an analysis of migrants, employers and the state in the UK«, in: Dies. (Hg.), *Research*

den. Wenn arbeitsrechtliche Mindestbedingungen nicht eingehalten werden, kann die Genehmigung widerrufen werden und so die Grundlage für den legalen Aufenthalt des Arbeitnehmers entfallen.⁸ Menschen ohne Aufenthaltsstatus sind in der schwächsten Position zur Durchsetzung von Rechten, weil ihr Aufenthalt prinzipiell durch Abschiebung beendet und in der Regel auch strafrechtlich geahndet werden kann.

II. Umfang und Strukturen

1. Gesamtzahlen

Wie viele Menschen ohne Aufenthaltsstatus insgesamt illegal in Deutschland leben, kann nur geschätzt werden. Jahrelang wurde die Zahl von mindestens einer Million Menschen genannt, die Jörg Alt nach umfangreichen qualitativen Analysen in mehreren deutschen Städten hochgerechnet hat.⁹ Nachdem 2004 unter anderem das Nachbarland Polen und neun weitere Länder und 2007 Rumänien und Bulgarien in die Europäische Union aufgenommen wurden, war klar, dass diese Schätzung nicht mehr stimmen konnte, denn EU-BürgerInnen können sich im Regelfall nicht illegal in Deutschland aufhalten. Tabelle 2 stellt eine Multiplikator-Schätzung für Deutschland vor. Die Schätzung basiert auf methodischen Diskussionen im europäischen Forschungsprojekt CLANDESTINO¹⁰ und in einer Studie über die Stadt Hamburg. Danach können nicht-repräsentative verzerrte Statistiken für Ober- und Untergrenzenschätzungen genutzt werden, wenn die Richtung der Verzerrung klar ist. Hier wurden Daten der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) genutzt.

Insgesamt sind in der PKS im Jahr 2009 rund 2,2 Millionen Menschen als Tatverdächtige erfasst. Bei den rund 460.000 ausländischen Tatverdächtigen wurde in rund 46.000 Fällen der Aufenthaltsstatus als »illegal« angege-

ching Illegality in Labour Migration: Concepts, Ethics and Policy Nexus. Population, Space and Place, Sonderheft Nr. 3/2010, S. 195–221.

8 Siehe z.B. Krieger, Wolfgang/Ludwig, Monika/Schupp, Patrick/Will, Annegret, *Lebenslage »illegal«. Menschen ohne Aufenthaltsstatus in Frankfurt am Main*, Karlsruhe 2006, S. 123.

9 Größenschätzung für Deutschland (aktualisierte Version); Anlage 4 zum Buch: Alt, Jörg, *Leben in der Schattenwelt*, Karlsruhe 2003, 30.11.2011, <http://www.joerg-alt.de/Publikationen/Materialanlagen/materialanlagen.html>.

10 Vogel/Kraler (Hg.), *Report on methodological issues* [wie Anm. 5].

ben. Allerdings wurde nur in rund 22.000 Fällen auch wegen illegalem Aufenthalt ermittelt – bei den übrigen Fällen handelt es sich überwiegend um bei illegaler Einreise aufgegriffene Personen. In nur 7.623 Fällen wurde auch wegen nicht aufenthaltsrechtlicher Delikte ermittelt. Nur diese Zahl wird für Multiplikatorrechnungen herangezogen.

Tabelle: Schätzung des Umfangs der Bevölkerung ohne Aufenthaltsstatus in Deutschland

<i>Jahr</i>	<i>Geschätzter Mindestumfang</i>	<i>Geschätzter Höchstumfang</i>
2009	138 484	330 330
2008	183 017	421 938
2007	195 845	453 681
2006	238 798	558 599
2005	279 526	675 204

Quelle: Eigene Schätzungen¹¹

Die Untergrenzenschätzung beruht auf der Annahme, dass Menschen ohne Status im Vergleich zu gemeldeten Ausländerinnen und Ausländern in der Polizeilichen Kriminalstatistik unterrepräsentiert sind, wenn man nur solche Straftaten betrachtet, die auch Deutsche oder regulär im Land lebende Ausländer begehen können (Jedermann-Straftaten). Die Obergrenzenschätzung beruht auf der Annahme, dass sie im Vergleich zu Deutschen bei diesen Straftaten überrepräsentiert sind, u.a. wegen eines geringeren Anteils alter Menschen mit niedrigerer Kriminalitätswahrscheinlichkeit. Die Schätzung zeigt einen kontinuierlichen Rückgang der Zahl der Menschen ohne Aufenthaltsstatus in Deutschland von rund 280.000 bis 680.000 Menschen im Jahre 2005 auf 130.000 bis 330.000 im Jahr 2009. Die Schätzung reflektiert, dass die Zahl der in der PKS registrierten Fälle von illegalem Aufenthalt

¹¹ Vogel, Dita, *How many irregular residents are there in Germany? Estimates on the basis of police criminal statistics*, Hamburg Institute of International Economics (HWWI), Database on Irregular Migration, Hamburg 2009; Working paper No. 3, 23.12.2011, <http://irregular-migration.net/index.php?id=162>; Dita Vogel/Stephanie Gelbrich, *Update Germany*, Hamburg Institute of International Economics (HWWI), Database on Irregular Migration, Hamburg 2010, 23.12.11, <http://irregular-migration.net/index.php?id=229>.

nicht nur absolut, sondern auch relativ zu Vergleichsdaten der ausländischen und deutschen Bevölkerung zurückgegangen ist.

2. Geschlecht

In der öffentlichen Darstellung von Menschen ohne Aufenthaltsstatus dominieren junge Männer. So verweist zum Beispiel eine Ausarbeitung der Europäischen Kommission darauf, dass es überwiegend um mobile und risikobereite junge Männer zwischen 20 und 30 geht.¹² Diese Wahrnehmung könnte auf einprägsame Medienbilder über die illegale Einreise mit Booten zurückzuführen sein, aber auch auf den geringen Anteil von Frauen in den Statistiken der Polizeibehörden. Andere Daten und differenziertere Analysen mit Kontrollstatistiken deuten auf eine Unterschätzung des Frauenanteils hin.¹³

In der Polizeilichen Kriminalstatistik Deutschlands ist der Männeranteil bei allen Tatverdächtigen, deren Aufenthalt als illegal eingestuft wird, seit 2005 von 70 auf 72 Prozent leicht angestiegen. Daraus darf man aber nicht schließen, dass die meisten Zuwanderer ohne Aufenthaltsstatus Männer sind, denn bei den Deutschen und legal im Lande lebenden Ausländern sind Männer noch stärker überrepräsentiert, obwohl Frauen mehr als die Hälfte der Bevölkerung ausmachen.

Nach Schätzungen für Hamburg 2007 liegt dort der Frauenanteil an der Bevölkerung ohne Status bei 45 Prozent.¹⁴ Die Überlegung wird hier auf Deutschland 2009 übertragen. Der Frauenanteil an der deutschen Bevölkerung liegt bei 51 Prozent, während ihr Anteil an allen deutschen Tatverdäch-

12 European Commission, *Study on the links between legal and illegal migration. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Brussels 2004, COM 412 final 11.

13 Kovacheva, Vesela, *Security challenges and the composition of irregular resident populations in Europe: overestimating the young men?*, Hamburg Institute of International Economics (HWWI), Database on Irregular Migration, Working paper No.8, Hamburg 2010, 23.12.2011, <http://irregular-migration.net//index.php?id=162>.

14 Vogel, Dita/Aßner, Manuel, »Wie viele Menschen leben illegal in Hamburg? Eine Schätzung der Gesamtzahl und ausgewählter Strukturmerkmale mit der Logicom-Methode«, in: Diakonisches Werk Hamburg (Hg.), *Leben ohne Papiere. Eine empirische Studie zur Lebenssituation von Menschen ohne gültige Aufenthaltspapiere in Hamburg*, Hamburg 2009, S. 9–132, S. 77 f.

tigen wegen Diebstahls aus Warenhäusern und Verkaufsräumen¹⁵ nur rund 40 Prozent ausmacht (2008). Wenn wir davon ausgehen, dass Frauen ohne Status in ähnlicher Weise in der Diebstahlstatistik unterrepräsentiert sind wie deutsche Frauen, liegt der Frauenanteil in der Bevölkerung ohne Status in Deutschland bei 30 bis 40 Prozent, je nachdem ob man den Multiplikator von 2008 oder 2009 zugrundelegt.

In sozialwissenschaftlichen Debatten wird in den letzten Jahren immer wieder auf beachtliche und unterschätzte Frauenanteile in der Schattenwirtschaft hingewiesen. Vor allem in der Hausarbeit und der Betreuung von Kindern und alten Menschen finden Migrantinnen aus weniger entwickelten Ländern Arbeit, während teilweise ihre eigenen Kinder und Angehörigen von Frauen aus noch ärmeren Ländern oder Regionen betreut werden.¹⁶

3. Beschäftigung

Der Umfang der Schattenwirtschaft ist ähnlich schwierig zu schätzen wie die Zahl der Menschen ohne Status. Für 2004 schätzte zum Beispiel die *Rockwool Foundation* die Wertschöpfung durch Schwarzarbeit auf 70 Millionen Euro, während andere Schätzungen auf etwa doppelt so hohe Werte kommen.¹⁷ Einigkeit besteht darüber, dass der weitaus überwiegende Teil der Schwarzarbeit nicht von ausländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, sondern von Deutschen geleistet wird.

Auswertungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS), die an Arbeitsplätzen kontrolliert, wurden genutzt, um die Zahl der Personen zu schätzen, die in der Privatwirtschaft beschäftigt sind (d.h. ohne private Haushalte). Da die FKS in der Regel verdachtsgeleitet kontrolliert und daher Menschen ohne Status überrepräsentiert sind, wurden mit Daten der FKS Maximalschätzungen durchgeführt. Nach diesen Berechnungen gab es 2006 in Deutschland maximal 300.000 Personen ohne Status, die in privaten Unternehmen beschäftigt waren, während die Gesamtzahl der Personen ohne Ar-

15 Dieses Delikt wird hier ausgewählt, weil Frauen im Vergleich zu anderen häufigen Straftaten am wenigsten unterrepräsentiert sind. Der Frauenanteil bei den als illegal eingestuften Tatverdächtigen liegt bei 24% (2009) bzw. 31% (2008).

16 Lutz, Helma, *Vom Weltmarkt in den Privathaushalt. Die neuen Dienstmädchen im Zeitalter der Globalisierung*, Münster 2007.

17 Bundesrechnungshof, *Bericht nach § 99 BHO über die Organisation und Arbeitsweise der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS)*, Bonn 2008, 30.11.2011, <http://bundesrechnungshof.de/veroeffentlichungen/sonderberichte/schwarzarbeit.pdf>.

beitserlaubnis auf maximal 1,25 Millionen und somit deutlich höher geschätzt wurde.¹⁸ Dies zeigt, dass es wichtig ist, die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltsstatus im Kontext der illegalen Ausländerbeschäftigung von legal im Lande lebenden Personen zu betrachten.

Genauere branchenspezifische Schätzungen wären im Prinzip in Kollaboration mit der FKS möglich, sind aber bisher noch nicht durchgeführt worden. Als Beispiel für einen solchen branchenspezifischen Ansatz sei eine Kontrolle im Hamburger Hotelgewerbe angeführt, von der FKS-Mitarbeiter berichteten.¹⁹ 2006 erfolgte eine Prüfung des Hotelgewerbes mit insgesamt 23 Betrieben, bei denen 212 Personen von der FKS überprüft wurden. Es wurden dabei insgesamt acht verdächtige Personen festgestellt, zwei davon mit ausländerrechtlichen Verstößen, welche auch zu Festnahmen geführt haben, das heißt illegalen Aufenthalt betrafen. Wenn diese Überprüfung typisch wäre, würde das bedeuten, dass rund ein Prozent der Beschäftigten der Hotelbranche in Hamburg keinen Aufenthaltsstatus haben.

Besonders betroffen sind generell Branchen, deren Produktion sich schlecht ins Ausland verlagern lässt, bei denen die Qualifikationsanforderungen niedrig sind, die starke saisonale oder konjunkturelle Schwankungen aufweisen und die aus unterschiedlichen Gründen für Kontrollen schwer zugänglich sind, zum Beispiel weil Privathaushalte involviert sind, wegen kleinbetrieblicher Strukturen sowie wechselnder Produktions- und Einsatzorte.

Seit 1. Januar 2009 müssen die Arbeitgeber in bestimmten Branchen neue Beschäftigte sofort melden, und zugleich sind diese verpflichtet, Ausweispapiere mit sich zu führen. Die Liste der in diese Pflicht eingezogenen Branchen zeigt, in welchen privatwirtschaftlichen Bereichen häufig Verstöße angetroffen werden: Bau-, Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, Personenbeförderungs-, Speditions-, Transport- und damit verbundenen Logistikgewerbe, Schausteller-, Gebäudereinigungsgewerbe sowie Unternehmen der Forstwirtschaft, der Fleischwirtschaft und des Messebaus.²⁰

Unbestritten werden auch Privathaushalte besonders häufig zum Beschäftigungsort für Menschen ohne Status. Hier dominieren Reinigung, Pflege, Betreuung und andere Tätigkeiten, die traditionell von Frauen geleis-

18 Vogel/Aßner, *Wie viele Menschen leben illegal in Hamburg?* [wie Anm. 14], S. 90.

19 Vogel/Aßner, *Wie viele Menschen leben illegal in Hamburg?* [wie Anm. 14], S. 77 f.

20 23.12.2011, http://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/del/Navigation/Service/Zielgruppen/arbeitgeber/DEUEV/DEUEV_sofortmeldung_node.html.

tet werden, so dass auch in der Beschäftigung ohne Status Frauen dominieren.²¹

III. Ökonomisch-theoretische Überlegungen zu Anreizstrukturen für die Durchsetzung von Rechten

Ökonomische Überlegungen eignen sich gut, um zu durchdenken, welche Wirkungen bei bestimmten Regelungen erwartet werden können. Zwar gibt es eine Vielzahl von ökonomisch-theoretischen Überlegungen zu Fragen des illegalen Aufenthalts,²² jedoch meines Wissens keine modelltheoretischen Analysen zur Durchsetzung von Rechten von Menschen ohne Status im Arbeitsmarkt. Dazu sollen hier einige Überlegungen angestellt werden.

In der ökonomischen Theorie werden Normverstöße als Ergebnis individuellen Kalküls gedacht, wobei die erwarteten Nutzen die erwarteten Kosten eines Regelbruchs übersteigen müssen.²³ Der Normadressat reagiert auf Sanktionshöhe und -wahrscheinlichkeit und versucht diese durch Täuschungsmanöver zu beeinflussen. Der Staat bestimmt Kontrollaktivitäten und Sanktionshöhe, um einen optimalen Vollzug zu gewährleisten, wobei Kosten der Kontrolle und die Effekte der Kontrollaktivitäten abgewogen werden müssen. Aus diesem Ansatz folgt unmittelbar, dass ein 100prozentiger Normvollzug kein Ziel der staatlichen Politik sein kann, weil dann die Kontrollkosten die Kontrollnutzen überwiegen würden.²⁴

Unter der realistischen Annahme, dass die Möglichkeiten zum Überleben in der Illegalität durch die Beschäftigungsmöglichkeiten begrenzt sind, ist die Arbeitsnachfrage der restringierende Faktor, und die Arbeitgeber sind Normadressaten staatlicher Regelungen. Dann ist zunächst zu fragen, ob sie überhaupt erkennen können, ob eine Person, die ihnen Arbeit anbietet, ohne

21 Gather, Claudia/Geissler, Birgit/Rerrich, Maria (Hg.), *Weltmarkt Privathaushalt. Bezahlte Hausarbeit im globalen Wandel*, Münster 2002; Lutz, *Vom Weltmarkt in den Privathaushalt* [wie Anm. 16].

22 Straubhaar, Thomas/Katseli, Louka/Zimmermann, Klaus F. (Hg.), »On the Economics of Illegal Migration«, *Special Issue of the Journal of Population Economics* (1999).

23 Gawel, Erik, »Vollzug als Problem der ökonomischen Theoriebildung«, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften* 113 (1993), S. 597–627.

24 Entorf, Horst, »Rational Migration Policy Should Tolerate Non-Zero Illegal Migration Flows: Lessons from Modelling the Market for Illegal Migration«, *International Migration* 40 (1) (2002), S. 27–41.