



## Norbert Cyrus

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des  
Deutschen Bundestages zum  
Gesetzentwurf der Abgeordneten Josef Philip Winkler (...) und der Fraktion  
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN "Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der  
sozialen Situation von Ausländerinnen und Ausländer, die ohne  
Aufenthaltstitel in Deutschland leben" (BT-Drucksache 16/445)**

sowie

**Antrag der Abgeordneten Ulla Jelpke (...) und der Fraktion DIE LINKE  
„Für die unbeschränkte Geltung der Menschenrechte in Deutschland“ (BT-  
Drucksache 16/1202)**

**am 26. Juni 2006 in Berlin**

Norbert Cyrus  
Universität Oldenburg / IBKM  
EU-Projekt POLITIS  
Postfach 2503  
D-26111 Oldenburg

## Vorbemerkung

Das Problem der illegalen Migration ist weltweit von Bedeutung<sup>1</sup>. Schätzungen deuten darauf hin, dass von bis zu 40 Mio. illegalen Migranten weltweit ausgegangen werden muss. Davon leben etwa 11-12 Mio. allein in den USA. Die Weltkommission für Internationale Migration geht davon aus, dass jährlich schätzungsweise 2,5 bis 4 Millionen Menschen internationale Grenzen illegal überschreiten, davon schätzungsweise 500 000 irreguläre Migranten in Europa. Mindestens fünf Millionen der 56,1 Millionen Migranten in Europa im Jahr 2000 waren irreguläre Zuwanderer (10 %).<sup>2</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass etwa 1 % der Bevölkerung in der EU keinen legalen Status hat (4,5 Mio. Menschen).<sup>3</sup>

Die vorliegenden Erkenntnisse von Behörden und Forschungseinrichtungen weisen darauf hin, dass auch Deutschland von illegaler Migration betroffen ist.<sup>4</sup> Für Deutschland reichen die Schätzungen von 100.000 bis zu 1 Mio. Personen, die ohne Aufenthaltsstatus aufhältig sind. Die Bandbreite der Schätzungen zeigt, wie unsicher der bisherige Kenntnisstand noch ist. Es ist aber mit Sicherheit davon auszugehen, dass illegale Migration in einem durchaus erheblichen Umfang stattfindet. **Der Gesetzgeber ist herausgefordert, einen Umgang mit illegaler Migration zu entwickeln, der sicherheitspolitische Interessen, wirtschaftliche Belange und menschenrechtliche Standards in angemessener Weise berücksichtigt.** Bisher ist der staatliche Umgang in Deutschland jedoch durch den einseitigen Vorrang einer ordnungspolitischen Sichtweise geprägt. Daher ist es sehr zu begrüßen, dass der Deutsche Bundestag sich mit der öffentlichen Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages mit der Problematik befasst, um rechtliche Rahmenbedingungen und politische Handlungsmöglichkeiten jenseits einer bloß ordnungspolitischen Sichtweise zu behandeln. Mit dem Gesetzesentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und dem Antrag der Fraktion DIE LINKE werden einige der von zivilgesellschaftlichen Akteuren und wissenschaftlichen Experten entwickelten Vorschläge und Forderungen für einen menschenrechtlich adäquateren Umgang mit Menschen ohne Aufenthaltsstatus aufgegriffen. In der öffentlichen Anhörung sind dabei zwei miteinander verknüpfte, durchaus aber unabhängige Themenkomplexe angesprochen: Zum einen geht es um gesetzgeberische Initiativen zur **Verbesserung des sozialen und menschenrechtlichen Schutzes** von Ausländerinnen und Ausländern, die ohne Aufenthaltsstatus in Deutschland leben. Zum zweiten wird nach einer Einschätzung der **europäischen Erfahrungen mit Legalisierungsmaßnahmen** gefragt.

Ich nehme zu beiden Themenkomplexen Stellung und berücksichtige dabei den **aktuellen Stand der sozial- und kulturwissenschaftlichen Migrationsforschung**. Der Forschungsstand der internationalen Migrationsforschung weist darauf hin, dass eine isolierte Betrachtung einzelner migrationspolitischer Maßnahmen wenig Aussagekraft hat. Eine Bewertung einzelner Instrumente ist vielmehr im Gesamtzusammenhang migrationspolitischer Maßnahmen in ihrer Wechselwirkung vorzunehmen.

<sup>1</sup> GCIM (Global Commission on International Migration): 2005, Migration in einer interdependenten Welt: Neue Handlungsprinzipien. Bericht der Weltkommission für Internationale Migration, Berlin: Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen.

<sup>2</sup> GCIM 2006: 85, a.a.O.

<sup>3</sup> Papademetriou, Demetrios. G. 2005, The "Regularization" Option in Managing Illegal Migration More Effectively: A Comparative Perspective, in: Migration Policy Institute - Policy Brief no. 4, Washington: Migration Policy Institute.

<sup>4</sup> Annette Sinn; Axel Kreienbrink; Hans Dietrich von Loeffelholz (unter Mitarbeit von Michael Wolf): 2005, Illegal Aufhältige Drittstaatsangehörige in Deutschland. Staatliche Ansätze, Profil und soziale Situation. Forschungsstudie im Rahmen des Europäischen Migrationsnetzwerks, Nürnberg: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge; Schönwälder, Karen; Vogel, Dita; Sciortino, Giuseppe: 2004, Migration und Illegalität in Deutschland. AKI-Forschungsbilanz 1, Berlin: WZB.

Meine Ausführungen stützen sich auf eigene Forschungsarbeiten zu Aspekten illegaler Einwanderung in Deutschland, die in einer Expertise für den *Sachverständigenrat Migration und Zuwanderung*<sup>5</sup> sowie einer Studie für das *Internationale Arbeitsamt*<sup>6</sup> konzentriert dargestellt werden. In diesen Veröffentlichungen wird die auch dieser Stellungnahme zu Grunde liegende Position dargelegt, dass **ordnungspolitische und menschenrechtliche Ansätze im staatlichen Umgang mit illegaler Migration nicht im Widerspruch** stehen, so wie es in der Diskussion von Vertretern beider Ansätzen offensichtlich häufig unterstellt wird. Dagegen ist zu betonen: Durch die Stärkung der Rechtssicherheit und Konfliktfähigkeit von Migrantinnen und Migranten ohne Aufenthaltsstatus werden die Anreize für die kommerzielle Organisation illegaler Einreisen und die Ausbeutung illegaler Migration auf dem Arbeitsmarkt verringert. Eine **konsequente menschenrechtliche Politik erfüllt auch ordnungspolitische Funktionen**.

### 1) Soziale Rechte im Hinblick auf Schul- und Kita-Besuch

Im Kontext des föderalen Staatsaufbaus der Bundesrepublik Deutschland erweist sich die Problematik, das Recht auf Bildung auch für Kinder ohne Aufenthaltsstatus zu gewährleisten, als sehr komplex. Bildungsangelegenheiten liegen in der Verantwortlichkeit der Bundesländer. Der Bund setzt aber mit dem Aufenthaltsgesetz bei der Problematik der Beschulung von Kindern ohne Aufenthaltsstatus einen Rahmen, der insbesondere mit der aufenthaltsrechtlichen Übermittlungspflicht (§ 87 AufenthG) auf Länderbestimmungen durchgreift. Die Komplexität der Materie lässt sich gut im Zusammenhang mit der Einführung von Einbürgerungstests illustrieren. In seinem Einbürgerungstest hat das Hessische Innenministerium im Abschnitt mit Fragen zu Verfassung und Grundrecht die folgende Frage 44 aufgenommen: „*In Deutschland gibt es eine gesetzliche Schulpflicht für alle Kinder und Jugendlichen. In welchem Alter beginnt die Schulpflicht, wann endet sie?*“ Mit dieser Frage wird unterstellt, dass in Deutschland eine allgemeine Schulpflicht für alle Kinder besteht. Tatsächlich besteht aber **keine gesetzliche Schulpflicht für alle Kinder und Jugendlichen**. Aktuell werden Kinder ohne legalen Aufenthalt bis zu ihrer freiwilligen Ausreise oder Ausweisung nur in Bayern, Bremen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein durch die Schulgesetze von der Schulpflicht erfasst.<sup>7</sup>

In den übrigen Bundesländern sehen die Schulgesetze für Kinder ohne Aufenthaltsrecht weder eine allgemeine Schulpflicht noch ein Schulbesuchsrecht vor. Auf diesen Sachverhalt hat das hessische Kultusministerium ausdrücklich hingewiesen: „**Statuslose Kinder sind nicht zum Schulbesuch berechtigt.** (...) Nach § 3 Abs. 1 der Verordnung zum Schulbesuch von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Herkunftssprache vom 9. April 2003 (Abl. S. 238) sind Kinder schulpflichtig, wenn sie im Besitz einer gültigen Aufenthaltsgenehmigung oder von einer solchen befreit sind. Asylbewerberinnen und Asylbewerber sind dann schulpflichtig, wenn sie einer Gebietskörperschaft zugewiesen sind. Kinder, deren Aufenthalt ausländerrechtlich geduldet ist, sind zum Schulbesuch berechtigt (§ 3 Abs. 3 der Verordnung). Kinder, die keinen aufenthaltsrechtlichen Status haben, können nicht aufgenommen werden.“<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Cyrus, Norbert: 2004, Aufenthaltsrechtliche Illegalität in Deutschland. Sozialstrukturbildung – Wechselwirkungen – Politische Optionen, Expertise für den Sachverständigenrat Zuwanderung und Integration (Nürnberg), Nürnberg: BAMF.

<sup>6</sup> Cyrus, Norbert: 2006, Menschenhandel und Arbeitsausbeutung in Deutschland. Genf: Internationales Arbeitsamt.

<sup>7</sup> Pers. Auskunft von Björn Harmening mit Stand vom März 2006.

<sup>8</sup> Rundschreiben des Hessischen Kultusministeriums vom 12. Oktober 2005, Aktenzeichen I.3 St – 821.100.000.

Diese Rechtslage entspricht nicht dem völkerrechtlichen Verständnis. Das Recht auf Bildung ist u. a. durch Art. 28 der UN-Kinderrechtskonvention in internationaler Rechtsauffassung verankert, besteht unabhängig vom Aufenthaltsstatus und ist materiell zu gewährleisten.<sup>9</sup> Nach internationalem Verständnis haben Staaten zu gewährleisten, dass das Recht auf Bildung und der Schulbesuch auch *tatsächlich* erfolgt. Die Mehrheit der Bundesländer verneint aber eine Schulpflicht von Kindern ohne Aufenthaltsstatus.

Neben der **fehlenden allgemeinen Schulpflicht** bildet nach übereinstimmender Auskunft von Praktikern und Experten die **Übermittlungspflicht öffentlicher Stellen** (nach § 87 AufenthG) ein gesetzliches Hindernis bei der Verwirklichung des Rechts auf Bildung: *„Der verpflichtende Schulbesuch unabhängig vom ausländerrechtlichen Status sollte ermöglicht werden, wobei die zuständigen Schulbehörden und Schulen unabhängig auf die Verwirklichung dieses Rechts eines jeden jungen Menschen hinwirken können sollten. Eine Meldepflicht – bei positiver Kenntnis der „Illegalität“ eines ausländischen Schülers – an die Ausländerbehörden gem. § 76 II AuslG (zukünftig § 87 II Nr. 1 AufenthG) kann nicht Aufgabe der Schule sein. Es wäre demnach eine einfache gesetzliche Regelung unabhängig vom ausländerrechtlichen Status möglich und im Sinne des Kindeswohls wünschenswert.“*<sup>10</sup> Die genauere Betrachtung zeigt somit, dass das völkerrechtlich verankerte Recht auf Bildung durch ein Verwaltungshandeln auf Länder- und Bundesebene, das von einer Vorrangigkeit ordnungs- und aufenthaltsrechtlicher Bestimmungen vor dem Recht auf Bildung geleitet ist, entwertet wird.

Der **gesetzlich normierte Ausschluss** bzw. die **Rechtsunsicherheit** hat zur Folge, dass in vielen Fällen der Schulbesuch unterbleibt. Dies hat gravierende Folgen für die betroffenen Kinder und die beteiligten Gesellschaften, in denen die Kinder später u. U. als Analphabeten leben. Wenn der Schulbesuch organisiert werden kann, dann bestehen erhebliche rechtliche Probleme, angefangen von versicherungstechnischen Fragen, Aufsichtspflichten des Personals bis hin zur Strafandrohung wegen Verletzung der Übermittlungspflicht.

Das erklärte Ziel der Verhinderung illegaler Einwanderung wird mit den errichteten rechtlichen Hürden, die dem Schulbesuch entgegenstehen, jedoch nicht erreicht. Ursächlich verhindert oder erschwert wird aber der Schulbesuch von Kindern ohne Aufenthaltsrecht. Wenn der Staat aber nicht in der Lage ist, den illegalen Aufenthalt zu beenden, dann hat er Sorge zu tragen, dass das Recht auf Bildung faktisch eingelöst wird. Es ist grundsätzlich nicht hinnehmbar, dass Kinder für die Entscheidung ihrer Eltern haftbar gemacht werden.

### **Aus diesem Sachstand ergeben sich folgende Empfehlungen**

- Edukative Einrichtungen sind von der Übermittlungspflicht nach § 87 AufenthG ausdrücklich auszunehmen. Der von Bündnis 90/Die Grünen vorgelegte Gesetzentwurf hat hier mit der Formulierung in Art. 1, Nr. 3, Punkt 5-7 einen Weg gewiesen.
- Die Bundesländer sollen das Schulgesetz dahingehend novellieren, dass eine allgemeine Schulpflicht unabhängig vom Aufenthaltsstatus begründet wird sowie die Schulgesetze und Durchführungsbestimmungen so ausgestalten, dass Schulen der Übermittlungspflicht nicht unterliegen.

<sup>9</sup> Vgl. Björn Harmening, 2006. Input-Referat für die Arbeitsgruppe „Schulpflicht und Schulrecht – Recht auf Bildung“ der Fachtagung „Kinder ohne deutschen Pass. Staatenpflicht und Kinderrecht“, veranstaltet von der Friedrich-Ebert Stiftung, Berlin. (Unv. PP-Präsentation).

<sup>10</sup> Siehe Harmening, Björn: 2005, „Wir bleiben draußen“. Schulpflicht und Schulrecht von Flüchtlingskindern in Deutschland. Juristische Expertise im Auftrag von terre des hommes Deutschland e.V., Berlin: terre des hommes, S. 26.

- Erforderlich ist auch eine Klärung der sozialversicherungsrechtlichen und mittelzuweisungstechnischen Folgen und Verfahrensweisen für Schulen, die Kinder ohne Aufenthaltsstatus aufnehmen.

## 2) Arbeitsrechtliche Situation (Einklagbarkeit von Lohn)

Die Problematik der Einklagbarkeit von Lohn aus faktischen Arbeitsverhältnissen muss in einem weiteren Zusammenhang betrachtet werden, denn in der sozialwissenschaftlichen Migrationsforschung wird auf die besondere Bedeutung der informellen Wirtschaft als Magnet für illegale Migration hingewiesen.<sup>11</sup> Vor diesem Hintergrund kommt dem staatlichen Umgang mit der Schattenwirtschaft eine strategische Bedeutung bei den Bemühungen zur Verminderung illegaler Zuwanderung zu.

Bei allen staatlichen Maßnahmen ist zu beachten, dass nach völkerrechtlichem und auch deutschem Rechtsverständnis auch illegale Migranten Anspruch auf Lohn für geleistete Arbeit aus einem faktischen Arbeitsverhältnis haben. Internationale Bestimmungen verlangen, dass illegale Migranten nicht aufgrund eines fehlenden Aufenthaltsstatus schlechter behandelt oder ihnen allgemein geltende Bestimmungen vorenthalten werden dürfen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt das Internationale Arbeitsamt zur Durchsetzung von Standards auf dem Arbeitsmarkt ausdrücklich einen dualen Ansatz, der Arbeitsmarktkontrollen mit effektivem Rechtsschutz auch illegal beschäftigter ausländischer Arbeitnehmer verbindet. Dieser Ansatz beruht auf der Überlegung, dass die Anreize für Arbeitgeber zur Organisation illegaler Beschäftigung in der Schattenwirtschaft durch einen verbesserten Rechtsschutz für illegal beschäftigte Migranten reduziert werden.

Dieser Ansatz war bereits in den 1970er Jahren von der Europäischen Kommission angedacht worden: Illegale Migration sollte eingedämmt werden, *indem* illegale Migranten geschützt werden. Dieser Ansatz wurde jedoch von den Mitgliedsländern nicht aufgegriffen. Erst in jüngster Zeit wurde dieser Ansatz von der Europäischen Kommission wieder in Betracht gezogen, letztlich aber auf Grund politischer Widerstände zu Gunsten repressiver Maßnahmen nicht weiter verfolgt.

Auch in Deutschland wird bei der Behandlung des Themas durch staatliche Stellen vor allem ein ordnungspolitische Perspektive angewandt. Dennoch hatten in den letzten Jahren auch einige illegal beschäftigte ausländische Arbeitnehmer, denen Lohn aus einem faktischen Arbeitsverhältnis vorenthalten worden war, mit der Unterstützung von Beratungsstellen den Weg der Klage vor Arbeitsgerichten erfolgreich beschritten. Dieser Weg wird aber nur in Ausnahmefällen genutzt, da aus der Perspektive der Arbeitsmigranten rechtliche Hürden bestehen, die durch die Verabschiedung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (2005) weiter verschärft wurden. Gegenwärtig ist es Beratungsstellen nur schwer möglich, Klienten ohne Aufenthaltsstatus zur Einreichung von Klagen beim Arbeitsgericht auf Auszahlung von widerrechtlich vorenthaltenem Lohn zu motivieren, da der Zugang zum Arbeitsgericht für diese Personengruppe durch mehrere rechtliche Regelungen erschwert wird:

- Es ist nicht eindeutig geklärt, ob Arbeitsgerichte als öffentliche Stellen übermittlungspflichtig sind und den *Ausländerbehörden* Kenntnisse über Personen ohne Aufenthaltsstatus mitzuteilen haben. Da zu dieser Frage konkurrierende

---

<sup>11</sup> Schönwalder 2005, a.a.O.; Sinn u.a. 2005, a.a.O.; Cyrus 2004, a.a.O.

Rechtsauffassungen vertreten werden, besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Die verfügbaren Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung weisen darauf hin, dass diese Rechtsunsicherheit **illegale Migranten in Deutschland in ihrer Rechtsdurchsetzungsfähigkeit faktisch einschränken.**<sup>12</sup>.

- Nach § 405 SGB III Absatz 6 sollen neben Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsbehörden auch Gerichte der *Zollverwaltung* Erkenntnisse aus sonstigen Verfahren übermitteln, die aus ihrer Sicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 404 Abs. 1 oder 2 Nr. 3 (illegale Ausländerbeschäftigung) erforderlich sind, soweit nicht für die übermittelnde Stelle erkennbar ist, dass schutzwürdige Interessen des betroffenen oder anderer Verfahrensbeteiligter an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, wie gesichert die zu übermittelnden Erkenntnisse sind. Die ohnehin überlasteten Gerichte werden mit dieser Regelung zu Hilfsbehörden der Kontrollbehörden erklärt, die sich mit der Frage zu beschäftigen haben, ob und wann schutzwürdige Interessen einer Übermittlung der Daten entgegenstehen. Diese Bestimmung ist **durch die Unbestimmtheit nicht geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen** und den ortsüblichen oder tariflichen Standards auf dem Arbeitsmarkt Geltung zu verschaffen. Auch wenn die Bestimmung nach ihrem Wortlauf auf Arbeitgeber zielt, werden einseitig ausländische *Arbeitnehmer* getroffen und damit **verhindert, dass diese ein Arbeitsgericht anrufen, um vorenthaltenen Lohn aus einem faktischen Arbeitsverhältnis einzuklagen.**
- Nach Auskunft von Polizeibeamten, die in dem Deliktfeld organisierte Schwarzarbeit schwerpunktmäßig ermitteln, ist im Zusammenhang mit Verfahren wegen illegaler Ausländerbeschäftigung auch die in § 73 StGB normierte Verfallsbestimmung anzuwenden: „Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an.“ Es wird argumentiert, dass der Lohn durch die Straftat illegaler Aufenthalt erlangt und daher der Verfallsbestimmung unterliegt. Hier besteht ein Widerspruch, da einerseits nach internationalem und deutschem Rechtsverständnis Anspruch auf Lohn für geleistete Arbeit besteht, der Lohn aber als erlangt aus der Straftat illegaler Aufenthalt wieder einbehalten werden soll. Ohne sichere Aussicht auf Erhalt des Lohnes wird das Arbeitsgericht nicht angerufen werden.
- Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Unterrichtung der *Ausländerbehörden* durch Kontrollbehörden regelmäßig dazu führt, dass illegal beschäftigte Arbeitnehmer ohne Aufenthaltsstatus unverzüglich ausgewiesen werden. Sie werden von den Kontrollbehörden nicht darauf hingewiesen, dass sie bestehende Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber einklagen können. So werden die Profite illegaler Arbeitgeber gesteigert. Durch die fehlende Information und die schnelle Abschiebung werden unter Umständen auch Personen außer Landes geschafft, die für ein Ermittlungsverfahren gegen Auftraggeber oder Arbeitgeber als Zeugen benötigt werden: „Problematisch ist auch, dass die Staatsanwaltschaften oftmals von der Arbeitsverwaltung zu einem Zeitpunkt von dem Straftatverdacht erfahren, zu dem die **illegal beschäftigten Ausländer bereits abgeschoben wurden und daher als Zeugen nicht mehr zur Verfügung stehen.**“<sup>13</sup> Von der Ausweisung betroffen sind auch Personen, die als Opfer von Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung (§ 232 StGB) eigentlich eine

<sup>12</sup> Cyrus: 2006, a.a.O.

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

Duldung für eine vierwöchige Bedenkzeit erhalten sollen, damit sie ihre Angelegenheiten ordnen und sich überlegen können, ob sie als Zeugen in einem Menschenhandelsverfahren auftreten.<sup>14</sup> Bisher wird dem Anfangsverdacht auf Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft von den Kontrollbehörden nicht hinreichend nachgegangen. Die Erkenntnisse über die wenigen bisher angestregten Ermittlungs- und Strafverfahren wegen Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung verdeutlichen jedoch hinreichend, dass die Verbesserung des Schutzes von illegalen Migranten auch der Optimierung der Strafverfolgung dient.

**Die Bestimmungen führen dazu, dass aus Angst vor einer Abschiebung die Anrufung von Gerichten unterbleibt.** Die Einklagbarkeit von Lohn für geleistete Arbeit auf zivilrechtlichem und arbeitsrechtlichem Wege ist aber ein wichtiges und effektives Instrument, um die Ausbeutung ausländischer Arbeitnehmer einzudämmen. Außerdem wird durch die Gewährleistung des Zugangs zu Arbeitsgerichten vermieden, dass betrogene Arbeitnehmer sich an mafiöse Gruppen wenden, um den vorenthaltenen Lohn mittels Androhung oder Anwendung von Gewalt eintreiben zu lassen. Die Folgen der dargestellten rechtlichen Hürden beim Zugang zum arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz sind nicht nur für betroffenen Migranten, sondern auch für die Ziele der Rechtspflege im Bereich der Durchsetzung arbeitsrechtlicher Standards negativ. Damit wird nicht mehr Sicherheit, sondern mehr Unsicherheit erzielt.

**Die Schwächung der Rechtssicherheit und Konfliktfähigkeit der Arbeitnehmer bildet einen Anreize für ausbeuterische Arbeitgeber,** Ausländer illegal zu beschäftigen. Die Bekämpfung und Ahndung der Arbeitgeberdelikte illegaler Beschäftigung sowie des Menschenhandels zum Zweck der Arbeitsausbeutung wird auch dadurch behindert, dass die illegal oder vorschriftswidrig beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer als Straftäter gegen das Ausländergesetz behandelt und ausgewiesen werden. **Durch dieses Vorgehen werden Straftäter faktisch begünstigt und bestärkt, ihr gesetzwidriges Tun fortzusetzen.** Die Einbeziehung von Gerichten und Arbeitskontrollbehörden in die Übermittlungspflicht ist daher nicht Ziel führend. Der Gesetzgeber sollte im daher Gegenteil alle geeigneten Maßnahmen ergreifen und fördern, die die Rechtssicherheit und Konfliktfähigkeit aller beschäftigten Arbeitnehmer unabhängig vom Aufenthaltsstatus sicherstellen. Damit wird die Arbeitsmarktordnung insgesamt gestärkt. Ein effektiver Rechtsschutz für illegal beschäftigte ausländische Arbeitnehmer ohne erforderliche Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis ist nicht nur ein rechtliches oder humanitäres Thema, sondern bildet einen Bestandteil der Migrationskontrolle.

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

---

<sup>14</sup> dazu Cyrus 2006, a.a.O.

erhöht sich die Bereitschaft, in Ermittlungsverfahren mit den Behörden zu kooperieren. Dies würde dazu beitragen, dass die Anreize für die Organisation illegaler Ausländerbeschäftigung verringert werden.

## Empfehlungen

- Mit dem Gesetzentwurf von Bündnis 90/ Die Grünen wird mit Artikel 1, Abs. 3, Nr. 4 ein Weg aufgezeigt, um die Arbeitsgerichte von der Übermittlungspflicht auszunehmen.
- Es wäre jedoch zu überprüfen, ob nicht besser die Ermittlungsbehörden von der Übermittlungspflicht ausgenommen werden sollten, da diese zur Ermittlung und Verfolgung von Arbeitgeberdelikten Informationen auch von Gerichten verwerten sollen. Insofern wäre Artikel 2 dahingehend zu revidieren, dass die Hauptzollämter zwar Informationen von Gerichten erhalten, aber nicht an Ausländerbehörden übermitteln dürfen.
- Der Verfallstatbestand sollte so gefasst werden, dass der Lohn für geleistete Arbeit nicht als Vermögensvorteil aus einer Straftat eingestuft wird.
- Sinnvoll ist die Herabstufung des Straftatbestandes illegale Einreise und Aufenthalt zu einer Ordnungswidrigkeit.
- Opfern von Menschenhandel sollte prinzipiell eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, um die Kooperationsbereitschaft in Strafverfahren zu erhöhen und den in Strafverfahren vorgebrachten Vorwurf auszuräumen, dass Aussagen nur gemacht werden, um in Deutschland bleiben zu können.
- Dringend erforderlich sind eine Gesamtevaluation der Zielerreichung von Arbeitsmarktkontrollen und die Evaluation der Auswirkungen von Migrationskontrolle.

### 3) Zu Meldepflichten /Datenübermittlung (Krankenhäuser und Schulen)

Nach § 87 AufenthG haben öffentliche Stellen die Ausländerbehörden unverzüglich zu informieren, wenn sie Kenntnis über Ausländer ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis erlangen. Soweit öffentliche Stellen nicht ausdrücklich aus der Übermittlungspflicht ausgenommen sind, betrifft diese Bestimmung auch soziale und edukative Einrichtungen in öffentlicher Trägerschaft. Indirekt betroffen sind auch soziale Einrichtungen in privater Trägerschaft, wenn sie öffentliche Zuwendungen erhalten und in diesem Zusammenhang den Kosten übernehmenden öffentlichen Stellen personenbezogene Daten mitzuteilen haben. Spätestens bei einer Beantragung der Kostenübernahme erhalten öffentliche Stellen somit Kenntnisse über einen fehlenden Aufenthaltsstatus.

**Übermittlungspflicht für Schulen:** Die Frage, ob eine Übermittlungspflicht nach § 87 AufenthG für edukative Einrichtungen besteht, ist umstritten. Einige kommunale Schulaufsichtsbehörden verneinen eine Übermittlungspflicht und haben Schulen angewiesen, keine Daten an Ausländerbehörden zu übermitteln. Mehrheitlich wird aber die Auffassung vertreten, dass Schulen als öffentliche Stellen übermittlungspflichtig sind.

Damit wird Angehörigen edukativer Berufe zugemutet, einerseits allen Kindern ohne Ansehen des Aufenthaltsstatus den Zugang zu Bildung zu gewähren. Andererseits sind sie als Angehörige öffentlicher Stellen verpflichtet, Kenntnisse über einen fehlenden Aufenthaltsstatus an die zuständigen Ausländerbehörden zu übermitteln. Es ist m. E. nicht angemessen, einerseits das Recht auf Bildung zu bejahen und zugleich den edukativen Einrichtungen Aufgaben der



Migrationskontrolle aufzubürden, die nicht mit dem Erziehungs- und Bildungsauftrag der Schule im Zusammenhang stehen.

Eine materielle Betrachtung der Folgen der bestehenden Übermittlungspflicht für edukative Einrichtungen zeigt zudem, dass illegale Zuwanderung durch den Bestand der Regelung in diesem Bereich nicht effektiv eingeschränkt wird, aber der Schulbesuch verhindert wird bzw. für Direktoren und Lehrer, die Kinder ohne Aufenthaltsstatus in ihre Schule aufnehmen, Rechtsunsicherheit geschaffen wird. Es gehört zur Fürsorgepflicht des Staates, für seine Beschäftigten Rechtssicherheit zu schaffen.

**Übermittlungspflicht bei Krankenhäusern:** Das deutsche Recht sieht vor, dass Erkrankte Anspruch auf Zugang zur Notversorgung haben. Die zuständigen Sozialbehörden sind nach SGB XII bzw. Asylbewerberleistungsgesetz zur Übernahme der Kosten verpflichtet. Der Sachverhalt ist juristisch unstrittig. Strittig ist jedoch, inwieweit der Zugang zur Gesundheitsversorgung bzw. die Inanspruchnahme des Rechts auf gesundheitliche Versorgung durch bestehende gesetzliche Bestimmungen faktisch entwertet wird.

Studien und Berichte von behandelnden Ärzten weisen eindrücklich darauf hin, dass sich Personen ohne Aufenthaltsstatus aus Angst, dass ihr illegaler Aufenthalt den Behörden bekannt werden könnte, in den meisten Fällen sehr spät in stationäre Behandlung begeben. Dies hat zuerst einmal für sie selber schwere Konsequenzen. Darüber hinaus ergeben sich aber auch Konsequenzen für die Allgemeinheit, wenn die verspätete Behandlung langwieriger und damit und teurer wird.

#### **Empfehlung:**

- Für beide vorgenannten Bereiche bildet die Übermittlungspflicht eine ursächliche Barriere, die eine tatsächliche Inanspruchnahme von Rechten verhindert. Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen weist mit Artikel 1, Abs. 3 Nr. 1-3 und 5-7 einen Weg, wie dieser menschenrechtlich sensible Bereiche von der Meldepflicht befreit werden kann.
- Falls sich für diese Regelung keine Mehrheit findet, käme auch die Einrichtung eines Fonds für die Kostenübernahme der Behandlung von Nichtversicherten nach niederländischem Vorbild in Frage.<sup>15</sup>

#### **4) Problematik der Strafbarkeit von Beihilfehandlung humanitärer Helfer und Erkenntnisse zur Straffälligkeit**

Das Bundesinnenministerium argumentiert, dass hier kein Klärungsbedarf besteht, da es bisher zu keiner Verurteilung gekommen sei. Diese Argumentation greift aber zu kurz, da die **präventive Wirkung der rechtlichen Bestimmungen nicht hinreichend gewürdigt** wird. In der Regel legt der Gesetzgeber großen Wert darauf, auf eine Präventivfunktion auch strafrechtlicher Regelungen hinzuweisen. Es geht bei der Strafandrohung nicht allein darum, Vergehen zu bestrafen, sondern durch die Strafandrohung mögliche Straftäter davon abzuhalten, ein Vergehen zu begehen. Vor diesem Hintergrund ist es schwer nachvollziehbar, warum ausgerechnet bei der Strafbarkeit von humanitär motivierten Beihilfehandlungen die

---

<sup>15</sup> siehe dazu Cyrus 2004

Präventivfunktion nicht gewürdigt oder gar in Abrede gestellt wird. Gerade gesetzestreue Personen, und die humanitär motivierten professionellen Helfer in beratenden, edukativen oder heilenden Berufen gehören wohl dazu, sind für präventive Signale deutlich empfänglicher wie notorische Kriminelle. Nach Auskunft von Praktikern und Betroffenen empfinden es professionell Helfende als entwürdigend und verletzend, dass ihre Arbeit durch staatliche Bestimmungen in die Grauzone krimineller Handlungen gerückt wird. Sie können als juristische Laien auch nicht einschätzen, wann sie noch (erlaubte) Nothilfe leisten und wann sie durch eine intensivere Leistungsgewährung in den Bereich der möglichen Strafandrohung geraten. Einerseits erwartet der Staat zivilgesellschaftliches Engagement und stellt unterlassene Hilfe sogar unter Strafe – andererseits wird dem oder der Helfenden nicht eindeutig vermittelt, dass die geleistete Hilfe keine Beihilfe zum illegalen Aufenthalt darstellt. Eine solche Konstellation ist entwürdigend und eines Rechtsstaates nicht angemessen.

### Empfehlung

- Der Gesetzgeber ist aufgefordert, eine Klarstellung vorzunehmen, dass die humanitär motivierte Hilfe nicht strafbewehrt ist. Der Gesetzentwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zeigt mit Art. 4 Abs. 4 einen Weg auf. Hilfsweise wären auch Klarstellungen in den Durchführungsbestimmungen denkbar.
- Die Übermittlungspflicht erreicht das erklärte Ziel der Migrationskontrolle nicht, weist aber erhebliche humanitär und menschenrechtlich bedenkliche Nebenwirkungen auf. Daher sollte die Übermittlungspflicht grundsätzlich evaluiert werden. Dabei sollte auch geprüft werden, welche Auswirkungen die Einschränkung oder das Fallenlassen der Übermittlungspflicht hat.

### 5) Europäische Erfahrungen mit Legalisierungsverfahren

Zum Themenkatalog der öffentlichen Expertenanhörung zählt auch die Frage nach der Einschätzung der europäischen Erfahrungen mit Legalisierungsverfahren. Diese Frage ist nicht einfach zu beantworten, denn die Einschätzung von Erfolg oder Misserfolg ergibt sich erst aus den mit Legalisierungsmaßnahmen jeweils verbundenen Zielvorgaben. Es gehört zu dem großen Missverständnis der Diskussion über illegale Zuwanderung, dass Legalisierungsprogramme als Instrumente zur Verhinderung illegaler Einwanderung angesehen werden. Dies ist aber nicht der Fall. Die Betrachtung der Debatten zeigt, dass mit Legalisierungsverfahren tatsächlich das Ziel verfolgt wird, in der Illegalität lebenden Menschen einen Ausweg aus der aufenthaltsrechtlichen Illegalität zu eröffnen, informelle Beschäftigung in formelle Beschäftigung zu verwandeln und sie in Steuer- und Beitragszahler zu verwandeln.

Das Ziel der Verhinderung illegaler Einwanderung wird mit anderen Maßnahmen zu erreichen versucht, die in der Regel im Zusammenhang mit Legalisierungsmaßnahmen begleitend aufgelegt werden. Hier sind namentlich zu nennen *repressive Instrumente* wie die Intensivierung von Grenzkontrollen, die Verschärfung von Visumsbestimmungen, die Ausweitung von Inlandskontrollen oder die Verschärfung von Sanktionen gegen Arbeit- und Auftraggeber; aber auch *reduktive Instrumente* wie die Eröffnung von Einwanderungsmöglichkeiten (arbeitsmarktbezogene Zuwanderung und Familiennachzug), die Einführung temporärer Beschäftigungsprogramme (Saisonarbeit) oder der verbesserte Zugang zu Schutzmaßnahmen für Flüchtlinge, Asylbewerber oder Bürgerkriegsflüchtlinge. Wenn illegale Migration nach Durchführung von Legalisierungsmaßnahmen fort dauert oder sogar ansteigt, dann sagt das nichts über den Erfolg oder Misserfolg dieser Legalisierungsmaßnahmen aus, sondern über den Erfolg

bzw. Misserfolg der ergriffenen restriktiven und reduktiven Maßnahmen zur Verhinderung illegaler Einwanderung. Bei Betrachtung der europäischen Legalisierungsmaßnahmen gemäß der Zielvorgabe der Eröffnung von Auswegen aus der Illegalität sind die in den europäischen Mitgliedsstaaten durchgeführten Maßnahmen durchaus als erfolgreich anzusehen.

Dennoch wird für Deutschland die Durchführung von Legalisierungsmaßnahmen aus grundsätzlichen Erwägungen u. a. mit dem Argument abgelehnt, dass illegales Verhalten und Rechtsbruch nicht belohnt werden dürfte. Bei einer konsequenten Anwendung des Prinzips, wonach illegales Verhalten und Rechtsbruch nicht belohnt werden darf, müsste jedoch auch die Verjährung von Straftaten, die aus guten Gründen besteht, abgeschafft werden. Wer aus grundsätzlichen Erwägungen eine Legalisierung von illegal Eingewanderten ablehnt, der oder die sollte dann so konsequent sein und auch Steuerbetrüger, Insolvenzverschlepper oder Bilanzfälscher nicht in den Genuss von Verjährung kommen lassen.

Weiterhin ist es nicht zutreffend, dass Legalisierungsmaßnahmen nicht in das deutsche Rechtssystem passen würden. Tatsächlich hat die Bundesrepublik Deutschland eine ganze Reihe von Legalisierungsmaßnahmen durchgeführt, die allerdings nicht als Legalisierung bezeichnet wurden, sondern als Altfallregelung oder Härtefallregelung. Durch diese Regelungen wurde auch in Deutschland Menschen, die vollziehbar ausreisepflichtig waren, ein Ausweg aus der aufenthaltsrechtlichen Illegalität eröffnet und damit Illegalität reduziert. Eine entsprechende aktuelle Regelung für die Gruppe der langfristig Geduldeten ist dringend erforderlich.

Auch die Einführung der befristeten Saisonarbeit ausländischer Arbeitnehmer ist in diesem Zusammenhang ausdrücklich zu erwähnen: Die Saisonarbeitsregelung wurde offiziell u. a. damit begründet, illegale Beschäftigung in legale Bahnen lenken zu wollen. Statt kompromissloser Durchsetzung bestehenden Rechtes hatte der Gesetzgeber in einer Situation, in der das Recht nicht mehr durchsetzbar war, Alternativen für die bis dahin illegale Beschäftigung angeboten und so die illegale Migration reduziert. Legalisierungsprogramme können somit durchaus zur Verminderung illegaler Einwanderung beitragen, wenn sie in einen kohärenten migrationspolitischen Gesamtplan eingebettet sind. Die wichtigste Funktion besteht aber darin, einen Ausweg aus der Illegalität zu eröffnen. Der Gesetzgeber hat mit den §§ 23 und 23 a AufenthG die Möglichkeit vorgesehen, in Härtefällen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Dieser Ansatz sollte systematischer genutzt werden, um auch illegalen Migranten bei Erfüllung bestimmter Bedingungen einen Ausweg aus der aufenthaltsrechtlichen Illegalität zu eröffnen.

## **Empfehlungen**

- Die bereits angekündigte Härtefallregelung zu Gunsten der langfristig Geduldeten sollte umgesetzt werden.
- Bei Erfüllung bestimmter Bedingungen sollten auch Personen ohne Aufenthaltsstatus Zugang zu den bereits bestehende Möglichkeiten der Härtefallregelungen (§ 23 und 23a AufenthG) erhalten.

## **6) Abschließende Bemerkung**

Es ist abschließend noch einmal ausdrücklich und eindringlich darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen das Problem der aufenthaltsrechtlichen Illegalität nur dann effektiv vermeiden helfen, wenn sie in einen kohärenten migrationspolitischen Gesamtplan

eingegliedert sind. Eine isolierte Anwendung ohne Berücksichtigung der Wechselwirkungen mit anderen Maßnahmen ist nicht erfolgreich, hat zudem oft unerwünschte und menschenrechtlich bedenkliche Nebenwirkungen und ist manchmal sogar kontraproduktiv.

Es ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen, dass der deutsche Gesetzgeber begonnen hat, sich intensiv mit den Optionen für einen kohärenteren Umgang mit illegaler Einwanderung zu befassen. In Anbetracht der soziologischen und rechtlichen Bewertung der zur Verfügung stehenden Instrumente vor dem Hintergrund der aktuellen demographischen Entwicklung wird sich m. E. mittelfristig eine kombinierte Anwendung verschiedener migrationspolitischer Instrumente unter Einschluss einer kontinuierlichen (dynamischen) Regularisierung – die in den USA als „earned regularization“ diskutiert wird - wohl als Gebot der Vernunft durchsetzen.

Unabhängig davon bleibt die Gewährleistung der Menschenrechte illegaler Einwanderer eine dauerhafte staatliche Aufgabe, die nicht an die Zivilgesellschaft delegiert werden kann.

Oldenburg, 21. Juni 2006

Norbert Cyrus