



Arbeitsausbeutung und Menschenhandel

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu ihren Rechten verhelfen

Eine Handreichung für Beratungsstellen

Impressum

Deutsches Institut für Menschenrechte
Zimmerstr. 26/27
10969 Berlin
Tel.: 030 25 93 59 - 0
Fax: 030 25 93 59 - 59
info@institut-fuer-menschenrechte.de
www.institut-fuer-menschenrechte.de

Gestaltung/Satz:
Kathrin Bartelheim, Berlin

Juni 2012
2., überarbeitete Auflage

ISBN 978-3-942315-48-7 (PDF)

© 2012

Deutsches Institut für Menschenrechte
Alle Rechte vorbehalten

Das Institut

Das **Deutsches Institut für Menschenrechte** ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands. Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status). Zu den Aufgaben des Instituts gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, Information und Dokumentation, angewandte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit nationalen und internationalen Organisationen. Es wird vom Bundesministerium der Justiz, vom Auswärtigen Amt und von den Bundesministerien für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung sowie für Arbeit und Soziales gefördert. Im Mai 2009 wurde die Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention im Institut eingerichtet.

Die Autorinnen

Heike Rabe ist Volljuristin und leitet das Projekt „Zwangsarbeit heute“ das am Deutschen Institut für Menschenrechte in Kooperation mit der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ seit 2009 durchgeführt wird. Weitere Informationen zum Projekt: www.institut-fuer-menschenrechte.de/de/projekt-zwangsarbeit-heute.html

Manuela Kamp ist seit 1996 Rechtsanwältin in Berlin und arbeitet in den Tätigkeitsschwerpunkten Arbeitsrecht (nur für Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter), Sozialrecht und Familienrecht.

Die Angaben in der Arbeitshilfe spiegeln die Rechtsauffassung der Autorinnen wieder. Um den Charakter einer Arbeitshilfe für die nicht-juristische Praxis herzustellen, haben wir auf die vertiefte Darstellung von Normen und zum Teil auf Vollständigkeit verzichtet. Ergänzungen und Anregungen für eine eventuelle Überarbeitung nehmen die Verfasserinnen unter der E-Mail-Adresse rabe@institut-fuer-menschenrechte.de gerne entgegen.

Wir bedanken uns ganz herzlich bei **Claudia Rabe** (contra, Fachstelle gegen Frauenhandel in Schleswig-Holstein), **Beata Waldeck** (Beratungsstelle für Migrantinnen und Migranten von Arbeit und Leben, DGB Berlin-Brandenburg), **Dr. Barbara Weiser** (Caritasverband für die Diözese Osnabrück) für die fachliche Unterstützung.

Arbeitsausbeutung und Menschenhandel

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern
zu ihren Rechten verhelfen

Eine Handreichung für Beratungsstellen



Vorwort

Deutsches Institut für Menschenrechte

Die Menschenrechte erfordern einen Wechsel der Perspektive auf das Thema Menschenhandel: Weg von dem Fokus auf die Strafverfolgung der Täter und Täterinnen, hin zu einer Wahrnehmung der Betroffenen als Trägerinnen und Träger von Rechten.

Hierzu trägt das Projekt „Zwangsarbeit heute: Betroffene von Menschenhandel stärken“ bei, welches das Deutsche Institut für Menschenrechte seit 2009 in Kooperation mit der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ durchführt. Das Projekt zielt auf die Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten der von Menschenhandel oder von extremen Formen der Arbeitsausbeutung Betroffenen, ihre Rechtsansprüche auf Lohn und Entschädigung gegenüber den Tätern und Täterinnen durchzusetzen.

Die vorliegende Handreichung soll Beratungsstellen, die mit Betroffenen von Arbeitsausbeutung und Menschenhandel in Kontakt kommen, dabei unterstützen, ihre Klientinnen und Klienten zur Durchsetzung ihrer arbeitsrechtlichen Ansprüche zu beraten.

Berlin, April 2012

Prof. Dr. Beate Rudolf
Direktorin

Dr. Petra Follmar-Otto
Leiterin der Abteilung
Menschenrechtspolitik Inland/Europa

Vorwort

Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“

Durch Arbeitsausbeutung im Zusammenhang mit Menschenhandel werden zahlreiche Rechte der Betroffenen verletzt. Um dem effektiv entgegenzuwirken, bedarf es eines ausgeglichenen Zusammenspiels von Maßnahmen in den Bereichen Prävention, Strafverfolgung, Vernetzung von Interessenvertretern und Stärkung der Betroffenen. Insbesondere das Empowerment der von Menschenhandel betroffenen Personen verlangt mehr Aufmerksamkeit, die auch in politischen Maßnahmen ihren Niederschlag finden sollte.

Die Stärkung der Opfer von Menschenhandel ist der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ wichtig, insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Durchsetzung von Lohn-, Entschädigungs- und Schmerzensgeldansprüchen.

Deshalb freue ich mich, dass im Rahmen des Projektes „Zwangsarbeit heute: Betroffene von Menschenhandel stärken“ diese praktische und grundlegende Handreichung entstanden ist. Mein Wunsch ist, dass die Informationen und Instrumente aus der Publikation nachhaltig in der Beratung von Betroffenen verankert werden und damit wirkungsvoll zu einer rechtlichen Stärkung der Betroffenen von Menschenhandel beitragen.

Berlin, April 2012

Dr. Martin Salm

Vorstandsvorsitzender

Inhalt

A	Einleitung	7
B	Was sind Menschenhandel und schweren Formen der Arbeitsausbeutung?	8
1.	Menschenhandel	8
2.	Schwere Formen der Arbeitsausbeutung	9
C	Welche Rechte haben Arbeitnehmer aus einem Arbeitsverhältnis?	11
1.	Lohnanspruch	11
1.1	Woraus ergibt sich der Lohnanspruch?	11
1.1.1	Mündlicher oder schriftlicher Arbeitsvertrag	11
1.1.2	Faktisches Arbeitsverhältnis bei unwirksamem Arbeitsvertrag	11
1.1.3	Scheinselbständigkeit	11
1.1.4	Mündliche Zusatzvereinbarungen	12
1.1.5	Falsche Bezeichnung der Tätigkeit im Arbeitsvertrag	13
1.2	Wie hoch ist der zu zahlende Lohn?	13
1.2.1	Arbeitsvertrag	13
1.2.2	Tarifverträge	13
1.2.3	Vermutung zu Gunsten des Arbeitnehmers, dass das Arbeitsverhältnis drei Monate gedauert hat	15
1.2.4	Lohnwucher	15
1.3	Lohnanspruch auch bei „Schwarzarbeit“?	16
1.4	Was ist bei Minijobs zu beachten?	17
1.5	Wie müssen Überstunden bezahlt werden?	18
1.6	Wie werden Sachleistungen (Kosten für Unterkunft und Verpflegung) angerechnet?	19
1.7	Welche Fristen sind bei der Forderung von Lohnansprüchen zu beachten?.....	21
1.8	Was tun, wenn die tarifvertragliche Frist zur Geltendmachung des Anspruchs bereits verstrichen ist?	22
1.9	Gegen wen richtet sich der Anspruch auf Lohn?	23
2.	Insolvenzgeld von der Agentur für Arbeit	23
3.	Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche	24
3.1	Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung	24
3.2	Schadensersatz wegen Diskriminierung	25
4.	Sozialversicherung (Kranken- und Rentenversicherung etc.)	26
5.	Ansprüche gegen die Unfallversicherung bei einem Arbeitsunfall	27
6.	Lohnabrechnungen	28
7.	Urlaubsanspruch	28
8.	Entgeltfortzahlungsanspruch bei Krankheit	28
9.	Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung	29
D	Checkliste rund um den Lohnanspruch	31
E	Wie können die Arbeitnehmer ihre Rechte geltend machen?	35
1.	Ohne das Arbeitsgericht	35
2.	Der Weg über das Arbeitsgericht	36
2.1	Klageeinreichung	36
2.2	Mahnbescheidsverfahren	36
2.3	Unterstützung im Gerichtsverfahren durch Beratungsstellen	36
2.4	Welche Möglichkeiten bestehen, wenn Arbeitnehmer nicht selbst vor Gericht als Kläger auftreten wollen?	37
3.	Beweismöglichkeiten und Beweisschwierigkeiten	37
4.	Ablauf des Arbeitsgerichtsverfahren	38

F	Welche Kosten können für die Arbeitnehmer entstehen?	39
1.	Was kostet die Rechtsberatung bei einem Anwalt?	39
2.	Was kostet ein Gerichtsverfahren vor dem Arbeitsgericht?	40
G	Was ist bei der Beratung von Arbeitnehmern ohne Papiere zu beachten?	42
1.	Welche Ansprüche haben die Betroffenen?	42
2.	Gegen wen richtet sich der Anspruch auf die Zahlung von Lohn?	43
3.	Welche Risiken bestehen bei der Durchsetzung von Lohnansprüchen?	43
4.	Wo werden irreguläre Arbeitnehmer unterstützt?	45
5.	Machen sich Berater bei der Unterstützung von Menschen ohne Papiere strafbar?	45
5.1	Wie ist die Rechtslage?	46
5.2	Worauf ist bei der Beratung von Menschen ohne Papiere zu achten?	46
6.	Welche aufenthaltsrechtlichen Möglichkeiten gibt es für die Durchsetzung von Ansprüchen?	47
6.1	Dreimonatige Ausreisefrist, um Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden abzuwägen	47
6.2	Aufenthaltserlaubnis bei Aussage gegen die Täter im Strafverfahren	48
6.3	Aufenthaltserlaubnis bei Durchsetzung von Lohnansprüchen	48
6.4	Verlängerung der Ausreisefrist	48
6.5	Kündigungsschutzklage	48
H	Checkliste für die (außer)-gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen	50
I	Wie können die Ansprüche trotz Ausreise durchgesetzt werden?	52
1.	Grundsätzliches	52
2.	Checkliste für die Geltendmachung von Ansprüchen bei Ausreise	53
J	Kooperation zwischen Beratungsstelle und Rechtsanwalt	54
1.	Rechtsberatung durch Beratungsstellen?	54
2.	Haftung für Falschberatung	55
3.	Koordination verschiedener Verfahren	55
K	Neue Arbeit finden – Arbeitsmarktzugang in Deutschland	56
1.	Begriffsklärungen	56
1.1	Was bedeutet Arbeitnehmerfreizügigkeit?	56
1.2	Was bedeutet Dienstleistungsfreiheit?	56
1.3	Was bedeutet Entsendearbeit?	57
1.4	Was bedeutet Werkvertragsarbeit?	58
1.5	Was bedeutet Leiharbeit?	58
1.6	Was bedeutet Saisonarbeit?	59
2.	Arbeitsmarktzugang für Personen ohne rechtmäßigen Aufenthalt oder ohne Duldung	60
3.	Arbeitsmarktzugang für Migranten mit einer Duldung oder Aufenthaltsgestattung	60
4.	Arbeitsmarktzugang für Migranten mit einer Aufenthaltserlaubnis	61
5.	Besonderheiten für bestimmten Branchen und bestimmte Länder	62
5.1	Staatsangehörige aus Bulgarien und Rumänien	62
5.2	Pflegepersonal aus Kroatien	63
5.3	Spezialitätenköche aus Drittstaaten	64
5.4	Au-pair-Kräfte aus den EU-Ländern und Drittstaaten	65
L	Rechtliche Besonderheiten für Betroffene von Menschenhandel/Arbeitsausbeutung	66
1.	Aufenthaltsrecht	66
1.1	Erteilung einer Ausreisefrist von drei Monaten	66
1.2	Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis als Zeugen in Strafverfahren	66
1.3	Aufenthalt aus Gefährdungsgründen	66
2.	Beschränkter Zugang zum Arbeitsmarkt	66
3.	Versorgung von Drittstaatern nach dem Asylbewerberleistungsgesetz	67
4.	Versorgung von EU-Bürgern nach dem Sozialgesetzbuch II	67
	Informationsmaterial	69

A Einleitung



In Deutschland arbeiten viele Menschen unter prekären Bedingungen, beispielsweise in der Pflege, im Haushalt, der Landwirtschaft, auf dem Bau oder in der Prostitution. Einige von ihnen werden unter Einschränkung ihrer Selbstbestimmung wirtschaftlich massiv ausgebeutet. Sie werden in ihren Rechten verletzt, haben keine Informationen über ihre Rechtsansprüche und erhalten häufig gar keinen oder nur einen Bruchteil ihres Lohnes. Selten gelingt den Betroffenen die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen.

Migrantinnen und Migranten sind in besonderem Maße von schwerer Arbeitsausbeutung und Menschenhandel betroffen. Die Durchsetzung ihrer Arbeitsrechte ist im Rahmen prekärer Beschäftigungsverhältnisse, im Zusammenhang mit einem irregulären Aufenthaltsstatus beziehungsweise restriktiven Aufenthaltsregelungen oder mangels finanzieller Unterstützung häufig erschwert.

Deutschland hat sich in verschiedenen Dokumenten auf internationaler und europäischer Ebene verpflichtet, gegen Menschenhandel aktiv zu werden und sich für die Rechte der Opfer einzusetzen. Insbesondere die Europaratskonvention gegen Menschenhandel als erstes rechtsverbindliches Dokument stellt die Bekämpfung von Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung und zur Arbeitsausbeutung ausdrücklich in einen menschenrechtlichen Kontext und legt den Mitgliedstaaten umfassende Verpflichtungen auf, die Betroffenen zu schützen, informieren und die Durchsetzung ihrer Rechte zu stärken. Die Kernarbeitsnormen der International Labour Organization (ILO)¹ verpflichten

Deutschland dazu, gerechte und diskriminierungsfreie Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Betroffene haben ein Recht darauf, Schadensersatz für die erlittenen Verletzungen und Lohn für geleistete Arbeit zu erhalten. Dieses Recht gilt unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus oder von einer Arbeitserlaubnis.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte führt in Kooperation mit der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ seit 2009 das Projekt „Zwangsarbeit heute“ durch, das Betroffene von Menschenhandel und Arbeitsausbeutung dabei unterstützt, ihre Rechte einzuklagen. Im Zentrum des Projektes steht ein Rechtshilfefonds, aus dem ausgesuchte Gerichtsverfahren finanziert werden.

Die vorliegende Handreichung baut auf den Erfahrungen des Projektes auf. Sie richtet sich an Beratungsstellen, die mit Betroffenen von Arbeitsausbeutung oder Menschenhandel in Kontakt kommen. Die Handreichung gibt einen Überblick über die wichtigsten Ansprüche von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern² aus dem Arbeitsverhältnis sowie die Möglichkeiten, Ansprüche außergerichtlich oder gerichtlich durchzusetzen. Sie kann nur einen Überblick bieten und ersetzt im Einzelfall nicht die rechtsanwaltliche Beratung. Insbesondere bei schwierigen Rechtsfragen oder wenn verschiedene Rechtsgebiete wie das Arbeits- und Aufenthaltsrecht zusammenwirken, kann diese Handreichung nur einen Einstieg in die Beratung bieten.

¹ Die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) ist eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen. Schwerpunkte der Arbeit der ILO sind die Formulierung und Durchsetzung internationaler Arbeits- und Sozialnormen, insbesondere der sogenannten Kernarbeitsnormen. Die sind die Grundlage für eine soziale und faire Gestaltung der Globalisierung und menschenwürdige Arbeit.

² Im Text dieser Handreichung wird aus Gründen der Lesbarkeit im Folgenden nur die männliche Form verwendet. Selbstverständlich sind hier alle Geschlechter gemeint.

B Was sind Menschenhandel und schwere Formen der Arbeitsausbeutung?



Wenn es Anhaltspunkte für Menschenhandel gibt, wenden Sie sich an die Fachberatungsstellen gegen Menschenhandel:
www.kok-buero.de/mitgliedsorganisationen-fachberatungsstellen

Wenn Arbeitnehmer in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt werden, wenn sie nicht mehr selbstbestimmt darüber entscheiden können, wie oder wo sie ihre Arbeitskraft einsetzen und wenn sie wirtschaftlich massiv ausgebeutet werden, dann kann Menschenhandel gemäß § 232, 233 des Strafgesetzbuches (StGB) vorliegen.

Strafrechtliche Verurteilungen wegen Menschenhandel finden sich mittlerweile in verschiedenen Branchen. Gehäuft gab es bisher Fälle in der Sexindustrie, der Landwirtschaft und der Gastronomie. Einzelfälle, in denen Täter verurteilt wurden, sind in einer Spedition, im Haushalt, einem Kartoffelschälbetrieb, einem Friseursalon und im Bereich der Bettelerei bekannt geworden.³ Darüber hinaus gibt es aus der Forschung⁴ und Praxis Hinweise auf Fälle in der Bauwirtschaft, der fleischverarbeitenden Industrie, dem Reinigungsgewerbe und der Pflege. Gibt es Anhaltspunkte für Menschenhandel, empfiehlt sich in jedem Fall ein Erfahrungsaustausch mit den Fachberatungsstellen gegen Menschenhandel.⁵

Häufig sind Betroffene von Menschenhandel von ihren Arbeitgebern auf polizeiliche Kontrollen vorbereitet, sie haben Angst, sich zu offenbaren oder sind noch nicht in der Lage, ihren Arbeitsplatz aufzugeben und belasten daher ihre Arbeitgeber nicht. Auch Beratungsstellen können deshalb nicht immer sofort erkennen, ob in einem konkreten Fall Menschenhandel vorliegt. Darüber hinaus sind die Grenzen zu schweren Formen der Arbeitsausbeutung oder zur Zuhälterei fließend. Zur Orientierung in der Beratung, aber auch für das Vorgehen der Kontrollbehörden sind daher mittlerweile Arbeitshilfen in Form von Indikatorenlisten⁶ zur Erkennung von Menschenhandel entwickelt worden.

1. Menschenhandel

Das Strafgesetzbuch stellt zwei verschiedene Formen von Menschenhandel unter Strafe: Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (§ 232 StGB) und Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung (§ 233 StGB). Danach wird wegen Menschenhandels bestraft, wer eine andere Person unter Ausnutzung einer Zwangslage oder der sogenannten auslandsspezifischen Hilflosigkeit zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder in Arbeitsverhältnisse bringt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen anderer Arbeitnehmer stehen.

Anzeichen für eine auslandsspezifische Hilflosigkeit liegen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zum Beispiel vor, wenn die Betroffenen die deutsche Spra-

³ Siehe die Rechtsprechungsdatenbank des Projektes „Zwangsarbeit heute“:
<http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/de/projekt-zwangsarbeit-heute/rechtsprechungsdatenbank.html>.

⁴ Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hg) (2011).

⁵ Bundesweit gibt es in 15 Bundesländern insgesamt 48 Fachberatungsstellen gegen Menschenhandel (Stand März 2012).

⁶ Zum Beispiel: www.contra-sh.de/docs/indikatorenliste_menschenhandel.pdf (Stand März 2012).

che nicht sprechen, kein Bargeld haben und in Bezug auf Unterkunft und Verpflegung auf die Täter angewiesen sind. Dabei kommt es auf eine Gesamtbewertung der Situation mit Blick auf die Hilflosigkeit an. Es wird geprüft, inwieweit die Betroffenen in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt sind. Hierbei wird in der Rechtsprechung mit dem Maß der Überwachung durch den Täter/Arbeitgeber, mit dem Grad der persönlichen Abhängigkeit, den sozialen Kontakten in Deutschland und den Möglichkeiten der Arbeitnehmer, Unterstützung zu organisieren, argumentiert.

Zu den Arbeitsbedingungen zählen die Arbeitszeit, der Arbeitslohn oder die Art der Unterkunft. Ein auffälliges Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen anderer Arbeitnehmer liegt zum Beispiel dann vor, wenn der tatsächlich gezahlte Lohn weniger als Zweidrittel des Tariflohns beträgt.

Beispiel für Menschenhandel zur Arbeitsausbeutung:

2007 hat Frau M. vier rumänische Arbeitnehmerinnen mit dem bewusst falschen Versprechen angeworben, dass sie in ihrer Ferienwohnanlage in Deutschland legal, regulär und mit Krankenversicherung beschäftigt werden würden. Sie vereinbarte einen Monatslohn von 850 Euro bei einer täglichen Arbeitszeit von acht Stunden und freier Kost und Logis. Tatsächlich mussten die Frauen jeweils 13 Stunden am Tag, sieben Tage pro Woche als Reinigungskraft und Küchenhilfe arbeiten. Dies ergab einen Stundenlohn von 3,20 Euro. Sie sprachen kein Deutsch, hatten keine Sozialkontakte und waren mittellos. Die Arbeitnehmerinnen wurden alle in einem Zimmer ohne richtige Betten untergebracht. Frau M. hatte die Arbeitnehmerinnen auf mögliche Kontrollen vorbereitet. Sie sollten sagen, dass sie zu Besuch in Deutschland seien und für gelegentliche Hilfe im Haushalt keinen Lohn erhalten haben. Aufgrund einer Kontrolle der Finanzkontrolle Schwarzarbeit ist es zu einem Strafverfahren und einer Verurteilung, unter anderem wegen Menschenhandel zur Arbeitsausbeutung gekommen. Nach Auffassung des Gerichts entsprach das ursprünglich vereinbarte Arbeitsverhältnis durchaus den üblichen

Bedingungen. Ein auffälliges Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen anderer Arbeitnehmer in Deutschland bestand nach Ansicht des Gerichts allerdings darin, dass sich der Arbeitslohn durch die vielen Arbeitsstunden auf 3,20 Euro reduziert hat und alle vier Frauen zusammen in einem Zimmer untergebracht waren. Weil sie isoliert, ohne Sprachkenntnisse und finanzielle Mittel in Deutschland waren, hat das Gericht die sogenannte auslandsspezifische Hilflosigkeit der Arbeitnehmerinnen festgestellt, die von Frau M. gezielt ausgenutzt wurde.

Quelle: Landgericht Traunstein, Urteil vom 4.6.2008; Aktenzeichen Ns 220 Js 23280/07. Weitere Informationen unter www.institut-fuer-menschenrechte.de/de/projekt-zwangsarbeit-heute/rechtsprechungsdatenbank.html

2. Schwere Formen der Arbeitsausbeutung

Unterhalb der Schwelle des Menschenhandels liegt der Bereich der sogenannten schweren Arbeitsausbeutung. Der Begriff definiert sich schwerpunktmäßig über das Ausmaß der wirtschaftlichen Ausbeutung. Die Selbstbestimmtheit der Arbeitnehmer ist in der Regel nicht so stark eingeschränkt wie bei Betroffenen des Menschenhandels. In der Praxis sind die Phänomene der schweren Arbeitsausbeutung und des Menschenhandels zum Teil schwer voneinander zu unterscheiden. Zum Teil gehen sie ineinander über oder sind verschiedene Stadien eines Entwicklungsprozesses. Häufig sind die wirtschaftlichen Folgen für die Arbeitnehmer dieselben. Der Beratungsbedarf ist ähnlich und auch die (Aufenthalts-)Rechte der Betroffenen sind für bestimmte Gruppen gleich (siehe hierzu unter L).

Schwere Arbeitsausbeutung ist im Gegensatz zu Menschenhandel kein strafrechtlicher Begriff. Einzelne Straftatbestände, die das Phänomen abdecken, sind beispielsweise der Lohnwucher (§ 291 StGB), § 10 Absatz 1 oder § 11 Absatz 1 Nummer 3 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) oder § 15a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG).

§§ 10, 11 SchwarzArbG beziehen sich auf Situationen, in denen Arbeitnehmer aus Drittstaaten ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 AufenthG oder Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten ohne die erforderliche EU-Arbeitserlaubnis⁷ in Deutschland beschäftigt werden. Die Vorschriften setzen voraus, dass die Betroffenen Arbeitsbedingungen ausgesetzt sind, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen stehen. § 15a AÜG bezieht sich auf dieselbe Situation im Rahmen der Leiharbeit (siehe zum Begriff der Leiharbeit unter K 1.5).

Bei der Beurteilung der Frage, wann ein auffälliges Missverhältnis vorliegt, sind zunächst Vergleichsgruppen zu bilden. Im Rahmen von §§ 10, 11 SchwarzArbG sind die Arbeitsbedingungen zwischen deutschen Arbeitnehmern und den Arbeitnehmern ohne Aufenthalts- oder EU-Arbeitserlaubnis in einem Betrieb zu vergleichen. Im Rahmen von § 15a AÜG sind die Arbeitsbedingungen zwischen deutschen Leiharbeitnehmern und Leiharbeitnehmern ohne Aufenthalts- oder EU-Arbeitserlaubnis zu vergleichen. Dabei geht es um die Arbeitsbedingungen, die dem Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer zugrunde liegen. Ein Vergleich der Arbeitsbedingungen muss immer zwischen Arbeitnehmern, die ähnliche Tätigkeiten ausüben, angestellt werden.

Arbeitsbedingungen, die in den Vergleich mit einbezogen werden, sind zum Beispiel der Arbeitslohn, die Arbeitszeit, Urlaubsansprüche und Kündigungsfristen. Das auffällige Missverhältnis ist dann gegeben, wenn diese Bedingungen in einer Gesamtwürdigung bei den Arbeitnehmern ohne Aufenthalts- beziehungsweise EU-Arbeitserlaubnis deutlich schlechter sind als bei der deutschen Vergleichsgruppe. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Lohn um 20 Prozent geringer ist. Dabei ist ausschließlich der in Deutschland gezahlte oder geschuldete Lohn maßgeblich. Ein auffälliges Missverhältnis liegt auch dann vor, wenn der Vertrag aus anderen Gründen sittenwidrig ist, zum Beispiel, wenn jeglicher Kündigungsschutz oder Urlaubsanspruch ausgeschlossen wird.

Beispiel für schwere Arbeitsausbeutung:

Herr K. und Herr S. betrieben ein Stuttgarter Familienunternehmen, das Dienstleistungen für den Lebensmittelhandel anbot. Jahrelang beschäftigten die Brüder mehrere hundert Arbeitnehmer, darunter Portugiesen und Bulgaren zu einem Stundenlohn von drei Euro. Seit 2004 unterhielt die Firma ein Netz aus 25 Subunternehmen.

Viele der Arbeitnehmer hatten zum Schein ein Gewerbe angemeldet, womit Herr K. und Herr S. die Steuer- und Sozialabgaben umgingen. Die Arbeitnehmer waren in Sammelunterkünften untergebracht und wurden frühmorgens zu den jeweiligen Einsatzorten gefahren, wo sie in Supermärkten die Regale auffüllen mussten. Ihnen wurde vom Arbeitgeber verboten, während der Arbeit in den Märkten zu reden. Ihre Löhne bekamen die Arbeitnehmer verspätet oder mit Abzügen zur Bestrafung von Fehlern ausbezahlt. Sie konnten sich kaum das Nötigste zum Lebensunterhalt leisten.

Quelle: <http://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Prozess-Die-Ausbeutung-der-Regalauffueller-id8235256.html> (Stand: 13.02.2012).

⁷ Die EU-Arbeitserlaubnis für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis brauchen nur noch Bulgaren und Rumänen. Dies gilt längstens noch bis zum 31.12.2013.

C Welche Rechte haben Arbeitnehmer aus einem Arbeitsverhältnis?



1. Lohnanspruch

Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Lohn für die Arbeit, die sie geleistet haben. Ein Lohnanspruch besteht unabhängig von einer Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis. Dies gilt auch für die Situation einvernehmlicher „Schwarzarbeit“.

1.1 Woraus ergibt sich der Lohnanspruch?

1.1.1 Mündlicher oder schriftlicher Arbeitsvertrag

■ **Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Lohn, auch wenn kein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert.**

Grundlage für den Lohnanspruch ist zunächst der Arbeitsvertrag. Betroffene von Arbeitsausbeutung können häufig jedoch keinen schriftlichen Arbeitsvertrag vorlegen oder der Arbeitgeber bestreitet, dass es einen Arbeitsvertrag gegeben hat beziehungsweise die Betroffenen überhaupt bei ihm gearbeitet haben. Hier ist zu beachten, dass der Arbeitsvertrag schriftlich formuliert, aber auch mündlich abgeschlossen worden sein kann. Das bedeutet: Es liegt auch dann ein wirksamer Arbeitsvertrag vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur anweist, was er zu tun hat, und ihm sagt, was er bezahlt bekommt.

Kommt es zu Auseinandersetzungen über die Arbeitsbedingungen, ist häufig schwer nachweisbar, was vereinbart wurde, wenn kein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt. Daher hat der Gesetzgeber den Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitsbedingungen innerhalb eines Monats nach dem Arbeitsbeginn schriftlich zu bestätigen (§ 2 Nachweisgesetz).

Besteht das Arbeitsverhältnis noch, sollte der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber ihm einen schriftlichen Arbeitsvertrag gibt.

1.1.2 Faktisches Arbeitsverhältnis bei unwirksamem Arbeitsvertrag

Auch wenn ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde, der sich im Nachhinein als unwirksam herausstellt, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohnzahlung.

Im Bereich Menschenhandel oder schwerer Arbeitsausbeutung werden Arbeitsverträge in der Regel aufgrund von Sittenwidrigkeit unwirksam sein, da der Lohn, den sie bekommen, zu niedrig ist (siehe dazu C 1.2.4 Lohnwucher). Da aber der Arbeitnehmer eine Zeit lang trotzdem gearbeitet hat, besteht für diese Zeit ein sogenanntes faktisches Arbeitsverhältnis. Dieses faktische Arbeitsverhältnis ist dann die rechtliche Grundlage für den Lohnanspruch. Die Höhe des Lohns ergibt sich aus dem, was üblicherweise in der Region für die jeweilige Arbeit bezahlt wird oder aus einschlägigen Tarifverträgen (siehe dazu unter C 1.2 Höhe des Lohns).

1.1.3 Scheinselbständigkeit

In der Praxis kommt es vor, dass der Arbeitgeber um Kosten zu sparen, abhängig Beschäftigte als Auftragnehmer oder selbständige Unternehmer behandelt. Der Arbeitgeber zahlt dann keinen Lohn, sondern ein Honorar. Er führt keine Sozialversicherungsabgaben ab und verweigert die Anwendung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen wie Urlaubsgewährung oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Manchmal wird auch verlangt, dass Arbeitnehmer vor der Aufnahme der Arbeit eine Gewerbeerlaubnis beantragen. Hierbei kann es sich um eine sogenannte Schein-

selbstständigkeit handeln. Die liegt zum Beispiel dann vor, wenn die Arbeitnehmer „weisungsgebunden“ arbeiten. Der Arbeitgeber gibt dann vor, wann, wie lange und wie sie arbeiten. Dies wird bei Menschenhandel oder schwerer Arbeitsausbeutung in der Regel der Fall sein.

Im Fall der Scheinselbstständigkeit können die betroffenen Arbeitnehmer ihre Ansprüche trotz der von der Arbeitgeberseite deklarierten angeblichen selbständigen Tätigkeit als arbeitsrechtliche Ansprüche vor den Arbeitsgerichten einklagen. Entscheidend dafür, ob das Gericht das Arbeitsverhältnis als eine abhängige Beschäftigung oder eine Selbstständigkeit bewertet, ist nicht das, was zwischen den Parteien vereinbart und unterschrieben wurde. Entscheidend ist die tatsächliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses: Wenn zum Beispiel der Arbeitnehmer ein Gewerbe angemeldet hat, er aber auf der Grundlage von Anweisungen gearbeitet hat, besteht ein Anspruch auf Lohn und Sozialversicherung.

Der Arbeitnehmer kann dann vor dem Arbeitsgericht seine Lohnansprüche einklagen und zwar die angemessene Vergütung nach § 612 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), also den Tariflohn oder die ortsübliche Vergütung. Die Sozialversicherungsbeiträge für die Vergangenheit muss der Arbeitgeber tragen.

Ob ein Fall von Scheinselbstständigkeit vorliegt, ist insbesondere auch im Bereich der Prostitution zu prüfen. Bei Frauen, die grundsätzlich bereit waren, in der Prostitution zu arbeiten, denen dann aber ausbeuterische Bedingungen aufgezwungen wurden, kann auch über eine Klage auf Zahlung von ausstehendem Lohn vor dem Arbeitsgericht nachgedacht werden. Wenn ihnen Arbeitszeiten, Kunden oder die Art der Dienstleistungen vorgegeben wurden, haben sie gerade nicht selbständig, sondern eher weisungsgebunden gearbeitet.

Eine rechtliche Besonderheit ergibt sich, wenn im Rahmen von Entsendearbeit (siehe unter K 1.3) zwischen selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung unterschieden werden muss. Für die Unterscheidung gelten die Maßstäbe des Entsendelandes und nicht die Regeln, die am Arbeitsort Deutschland gelten. Das ist im Einzelfall schwierig festzustellen und hier sollte die Unterstützung einer Gewerkschaft gesucht werden.

Beispiel für Scheinselbstständigkeit:

Herr B. wird jeden Morgen von einem vereinbarten Treffpunkt abgeholt und auf eine Baustelle gefahren. Dort wird er angewiesen, welche Arbeiten er durchzuführen hat und wie lange er arbeiten soll. Sein „Vorgesetzter“ teilt ihm wiederholt mit, er soll ein Gewerbe anmelden, da er ja selbständig sei. Da hier Weisungen in Bezug auf Ort, Zeit und Art der Tätigkeiten erfolgen und Herr B. nur den einen Auftraggeber hat, liegt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor. Herr B. kann den Mindestlohn für seine Tätigkeit geltend machen und seine Vergütungsansprüche vor dem Arbeitsgericht einklagen.

1.1.4 Mündliche Zusatzvereinbarungen

Häufig unterschreiben Arbeitnehmer zwar einen Arbeitsvertrag, der in Bezug auf alle wesentlichen Elemente wie zum Beispiel Arbeitszeit, Lohn, Urlaub et cetera, den gesetzlichen Anforderungen entspricht, mündlich wird zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aber etwas anderes vereinbart, etwa ein deutlich niedrigerer Lohn. Oder der Arbeitgeber zahlt am Ende des Monats entgegen der Vereinbarungen im Arbeitsvertrag eine niedrigere Summe aus, und der Arbeitnehmer akzeptiert dies, um seinen Arbeitsplatz zu behalten. Dies kann dann als eine Zustimmung zum niedrigeren Lohn gesehen werden. Eine solche Vereinbarung ist nur unter bestimmten Voraussetzungen wirksam. Ist der Arbeitnehmer in einer Branche beschäftigt, in der über einen anwendbaren Tarifvertrag (siehe unter C 1.2.2 Tarifverträge) die Höhe des Lohns vorgegeben ist, ist ein Verzicht des Arbeitnehmers auf den Lohn unwirksam. Ein Arbeitnehmer kann also nicht auf den Mindestlohn verzichten, so dass auch für den Fall, dass über einen gewissen Zeitraum weniger gezahlt wurde als der Mindestlohn, noch die Differenz nachgefordert werden kann, auch wenn mündlich ein niedrigerer Lohn vereinbart worden ist. Dasselbe gilt, wenn der mündlich vereinbarte oder vom Arbeitnehmer „akzeptierte“ Lohn so niedrig ist, dass die Vereinbarung sittenwidrig ist (siehe unter C 1.2.4 Lohnwucher).

Bei anderen mündlichen Abweichungen vom Inhalt des schriftlichen Arbeitsvertrages kann ein Verzicht des Arbeitnehmers vorliegen. In diesem Fall sollte ein Rechtsanwalt genau prüfen, ob die Lohnansprüche aus dem Arbeitsvertrag dennoch geltend gemacht werden sollten.

1.1.5 Falsche Bezeichnung der Tätigkeit im Arbeitsvertrag

Um nicht den Mindestlohn zahlen zu müssen, kommt es in der Praxis vor, dass Arbeitgeber eine bestimmte Tätigkeit in den Arbeitsvertrag schreiben, die nicht dem entspricht, was die Arbeitnehmer tatsächlich arbeiten. So leisten zum Beispiel Frauen Pflegearbeit, in ihrem Arbeitsvertrag werden sie aber als Haushaltshilfen mit Pflegeaufgaben geführt. Für die Entlohnung von Haushaltshilfen gibt es keine tariflichen Vorgaben und so wird dann der Mindestlohn für die häusliche Pflege mit 7,75 Euro (Ost) beziehungsweise 8,75 Euro (West) umgangen.

Entscheidend für die Berechnung des Lohns, der dem Arbeitnehmer zusteht, ist aber die tatsächlich geleistete Tätigkeit. Die Bezeichnung im Arbeitsvertrag ist für das Arbeitsgericht zwar ein Hinweis auf die Art der Tätigkeit, wenn aber nachgewiesen werden kann, dass eigentlich eine andere Arbeit geleistet wurde, muss diese auch bezahlt werden.

1.2 Wie hoch ist der zu zahlende Lohn?

1.2.1 Arbeitsvertrag

Die Höhe des zu zahlenden Lohns richtet sich zunächst danach, was Arbeitgeber und Arbeitnehmer in ihrem Arbeitsvertrag vereinbart haben. Dies kann schriftlich oder mündlich vereinbart worden sein. Wurde nichts explizit vereinbart, sondern hat der Arbeitnehmer die Arbeit nach Anweisung des Arbeitgebers einfach aufgenommen, richtet sich der Lohn nach Art und Umfang der Arbeit, die geleistet wurde. Es ist dann nach § 612 Abs. 2 BGB der ortsübliche Lohn zu zahlen, also entweder der Lohn eines einschlägigen Tarifvertrages (siehe dazu C 1.2.2 Tarifverträge) oder die ortsübliche Vergütung, die im Einzelfall ermittelt wer-

den muss. Ortsüblich ist eine Vergütung, die ähnliche Beschäftigte mit ähnlicher Ausbildung und Berufserfahrung unter Beachtung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere des Lebensalters, für entsprechende Arbeit am betreffenden Ort gewöhnlich erhalten.⁸ Die dafür erforderlichen Angaben können beim zuständigen Arbeitsamt oder dem regionalen Gewerkschaftsbüro erfragt werden.

1.2.2 Tarifverträge

■ Prüfen Sie, ob es für die Branche und in der Region einen Tarifvertrag gibt, der Vorgaben für die Lohnhöhe macht.

Vorgaben für die Höhe des Lohns und damit für die Berechnung der Ansprüche können sich auch aus Tarifverträgen ergeben. Ist ein Tarifvertrag anwendbar, dann greift der Lohn aus dem Arbeitsvertrag nur, wenn er höher ist als der tarifliche Lohn. Der Tarifvertrag ist ein Vertrag zwischen den Tarifvertragsparteien (zum Beispiel Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften für die Arbeitnehmer). Tarifverträge enthalten Rechtsnormen, die unter anderem den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen regeln. Es gibt verschiedene Arten von Tarifverträgen.

■ Allgemeinverbindliche Tarifverträge sind immer anwendbar

Wichtig für die Berechnung der Lohnhöhe sind die allgemeinverbindlichen Tarifverträge⁹. Die gibt es in einzelnen Branchen und zum Teil für einzelne Regionen. Sie müssen zwingend angewendet werden, auch wenn weder der Arbeitgeber im Arbeitgeberverband noch der Arbeitnehmer in der Gewerkschaft organisiert ist. Die allgemeinverbindlichen Tarifverträge geben oft eine bestimmte Lohnhöhe vor. Ist der Tariflohn höher als der vertraglich vereinbarte, gilt der Tariflohn. Ist der vertragliche Lohn höher, gilt der im Vertrag vereinbarte Lohn. Dies resultiert aus dem sogenannten Günstigkeitsprinzip: Das bedeutet, dass die für den Arbeitnehmer günstigere Regelung greift.

⁸ Richtwerte für die jeweilige Tätigkeit findet man unter <http://www.lohnspiegel.de/main> (Stand: 13.02.2012).

⁹ Siehe dazu <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Tarifvertraege/inhalt.html> (Stand: 13.02.2012).

Wichtig sind die allgemeinverbindlichen Mindestlohtarifverträge, die es mittlerweile im Elektrohandwerk, Baugewerbe, Maler- und Lackiererhandwerk, Dachdeckerhandwerk, in den Wäschereidienstleistungen, in der Pflegebranche, in den Sicherheitsdienstleistungen und in der Leiharbeit gibt. Deren Regelungen sind also zwingend auf ein Arbeitsverhältnis anwendbar.

■ **Tarifverträge sind anwendbar, wenn es im Vertrag vereinbart ist**

Über die allgemeinverbindlichen Tarifverträge hinaus gibt es eine Vielzahl von weiteren Tarifverträgen für einzelne Regionen, Bundesländer oder Branchen.¹⁰ In den Arbeitsverträgen kann bestimmt werden, dass ein bestimmter Tarifvertrag Anwendung finden soll. Der Inhalt des Tarifvertrages ist dann für das Arbeitsverhältnis wichtig. In einem Tarifvertrag sind auch die Inhalte eines Arbeitsverhältnisses geregelt: Urlaubsdauer, Lohnhöhe, Kündigungsfristen et cetera.

■ **Tarifverträge sind anwendbar, wenn die Parteien tarifgebunden sind**

Auch wenn im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich auf einen Tarifvertrag Bezug genommen wird, muss er berücksichtigt werden, wenn der Arbeitgeber im Arbeitgeberverband und der Arbeitnehmer in der Gewerkschaft organisiert sind. Dies wird aber in Fällen schwerer Arbeitsausbeutung oder Menschenhandel nur selten der Fall sein.

Beispiel:

Frau B. aus Lettland wurde über eine Agentur für private Pflegekräfte an eine Arbeitgeberin in Deutschland vermittelt. Sie unterschreibt einen Arbeitsvertrag, in dem ein Entgelt von 1.500 Euro brutto monatlich vereinbart wird. Ihr Arbeitgeber war die Agentur und nicht der Privathaushalt. Dafür hat sie leichte Pflegetätigkeiten zu verrichten. Über diese offizielle Summe werden Gehaltsabrechnungen erstellt. Tatsächlich erhält sie 800 Euro im Monat, wohnt bei der zu pflegenden Person und hat zunehmend 24 Stunden „Rufbereitschaft“, die sie überwiegend in der Wohnung verbringt. Die zu pflegende Person wird aufgrund einer psychischen Erkrankung aggressiv und der Betreuungsaufwand steigt immer weiter. Aus Angst, den Arbeitsplatz zu verlieren, akzeptiert Frau B. die Bedingungen, bis sich ihr Gesundheitszustand aufgrund der psychischen und physischen Belastung derart verschlechtert, dass sie gezwungen ist, die Stelle aufzugeben.

In der Pflege existiert ein Mindestlohn West von 8,75 Euro brutto die Stunde. Hierbei ist zu beachten, dass der Mindestlohn allerdings nicht gilt, wenn die Pflegekraft direkt von dem Privathaushalt angestellt wurde oder der Vermittler kein Betrieb ist, der überwiegend Pflegeleistungen erbringt. Da ein Verzicht auf tariflich entstandene Ansprüche nicht möglich ist, steht dem Arbeitnehmer weiterhin der volle Tariflohn zu. Auch wenn die Arbeitnehmerin die Arbeitsbedingungen aus Angst den Arbeitsplatz zu verlieren zunächst hingenommen hat, sollten also die vertraglich vereinbarten Ansprüche der Arbeitnehmerin geltend gemacht werden. Es bestehen bei einer Zahlung von 800 Euro brutto auch Anhaltspunkte für möglichen „Lohnwucher“, da bei der Stundenzahl noch die 24 Stunden Rufbereitschaft zu berücksichtigen ist.

¹⁰ Siehe dazu unter http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_4874.htm;
<http://www.arbeitsrecht.de/service/tarifvereinbarungen/tarifvereinbarungen.php>;
oder nach Branchen geordnet: http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_4136.htm (Stand: 13.02.2012).

1.2.3 Vermutung zu Gunsten des Arbeitnehmers, dass das Arbeitsverhältnis drei Monate gedauert hat

In prekären Arbeitsverhältnissen ist es häufig schwierig, die Dauer des Arbeitsverhältnisses nachzuweisen. So kann es sein, dass der Arbeitgeber angibt, der Arbeitnehmer sei nur für ein paar Tage bei ihm beschäftigt gewesen, obwohl dieser für einen längeren Zeitraum dort gearbeitet hat. Dies geht in gerichtlichen Auseinandersetzungen häufig zu Lasten der Arbeitnehmer.

Hier kann dem Arbeitnehmer im Gerichtsverfahren die Vermutungsregel nach § 98a Abs. 1 Aufenthaltsgesetz helfen. Hiernach gilt zugunsten von bestimmten Arbeitnehmern die Vermutung, dass das Arbeitsverhältnis drei Monate lang bestanden hat (§ 98a Abs. 1 Aufenthaltsgesetz). Das betrifft folgende Arbeitnehmer, die entweder ohne Aufenthaltstitel/Duldung oder die ohne den zur Arbeitsaufnahme erforderlichen Aufenthaltstitel beschäftigt waren:

- EU-Bürger: Migranten aus Bulgarien und Rumänien sowie deren freizügigkeitsberechtigzte Familienangehörige, die ohne die erforderliche Genehmigung beschäftigt waren (§ 284 Abs. 1 SGB III).
- Drittstaater, die ohne den zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigenden Aufenthaltstitel beschäftigt waren (§ 4 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz). Das sind:
 - Migranten mit einer Aufenthaltserlaubnis, die sie nicht zur Ausübung einer Beschäftigung berechtigt und denen die Ausländerbehörde die Ausübung einer Beschäftigung auch nicht erlaubt hat. Hierbei handelt es sich um bestimmte Fälle mit Aufenthaltstiteln aus humanitären Gründen oder im Zusammenhang mit dem Familiennachzug.
 - Migranten mit einer Duldung oder Aufenthaltsgestattung, die nicht zur Beschäftigung berechtigt sind. Das sind zum Beispiel Migranten, die sich entweder noch kein Jahr ununterbrochen geduldet oder gestattet in Deutschland aufhalten oder denen die Ausländerbehörde keine Erlaubnis zur Arbeitsaufnahme erteilt hat (siehe hierzu unter K – Arbeitsmarktzugang in Deutschland).
 - Migranten ohne Aufenthaltstitel / Duldung.

Auf den Aufenthaltstiteln sollte explizit vermerkt sein, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist. Auch die Duldung und Aufenthaltsgestattung sollte einen Vermerk enthalten wie zum Beispiel „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ oder „Beschäftigung nur mit Genehmigung der Ausländerbehörde gestattet“ oder „Beschäftigung als Küchenhelfer bei x gestattet“.

Die Vermutung hat folgende Wirkung: Trägt der Arbeitgeber vor Gericht zum Beispiel vor, er habe den Arbeitnehmer nur zwei Wochen beschäftigt, der Arbeitnehmer sagt aber, er habe sechs Monate gearbeitet, dann gilt die Vermutung, dass das Arbeitsverhältnis drei Monate gedauert hat. Das bedeutet, der Arbeitgeber muss nachweisen, dass der Arbeitnehmer weniger als drei Monate bei ihm gearbeitet hat. Kann er das nicht, gelten die drei Monate vor dem Arbeitsgericht als bewiesen. Eine Arbeitsdauer über die drei Monate hinaus muss dann wieder von dem Arbeitnehmer bewiesen werden.

1.2.4 Lohnwucher

Bei Menschenhandel oder schwerer Ausbeutung ist die schriftliche oder mündliche Vereinbarung über den Lohn in der Regel sittenwidrig. Dann gelten – egal, was vereinbart wurde – immer die Vergütung, wie sie sich aus einschlägigen Tarifverträgen ergibt oder die für die ausgeführte Arbeit übliche Vergütung.

Wenn der schriftlich oder mündlich vereinbarte Lohnanspruch sehr niedrig ist (beispielsweise fünf Euro brutto Stundenlohn) kann es sich um rechtswidrige Ausbeutung von Arbeitnehmern, den sogenannten Lohnwucher, handeln. Das ist auch der Fall, wenn zwar die Vereinbarungen den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, der Arbeitnehmer aber tatsächlich deutlich mehr Stunden arbeiten musste und damit der Stundenlohn entsprechend sinkt.

Lohnwucher ist ein Straftatbestand (§ 291 StGB). Liegt Lohnwucher vor, hat das auch Auswirkungen auf die Höhe und Berechnung des Lohnanspruchs. Das Bundesarbeitsge-

richt geht davon aus, dass dieser Straftatbestand erfüllt ist, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung (zum Beispiel Arbeit) und Gegenleistung (Bezahlung) vorliegt. Die Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist dann sittenwidrig und unwirksam im Sinne von § 138 Absatz 2 BGB. Lohnwucher liegt vor, wenn der Arbeitnehmer weniger als zwei Drittel des in der betreffenden Branche und der Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns bekommen hat.¹¹

Handelt es sich um „Lohnwucher“, gilt nicht der vereinbarte Lohn, sondern der einschlägige Tariflohn. Ein Tarifvertrag ist einschlägig, wenn für die Branche (beispielsweise Metallverarbeitung, Einzelhandel, Gebäudereinigung et cetera), in der der Arbeitgeber tätig ist, ein Tarifvertrag existiert. Es ist noch darauf zu achten, in welchem Bundesland der Arbeitgeber den Hauptsitz hat beziehungsweise der Arbeitnehmer tätig war. Dort sollte dann nach dem Bestehen eines Tarifvertrages für die Branche gesucht werden, da insbesondere der Tariflohn durchaus lokal unterschiedlich sein kann. Die existierenden Tarifverträge findet man im Internet. Darüber hinaus geben die jeweils zuständigen Gewerkschaften Informationen zu den Tarifverträgen. Ist kein Tariflohn auszumachen, ist von der ortsüblichen Vergütung auszugehen (siehe dazu C 1.2. und C 1.2.2 Tarifverträge).

Beispiel:

In Berlin ist zwischen einer Kellnerin und ihrem Arbeitgeber ein Stundenlohn von 4,50 Euro brutto vereinbart worden. Die einschlägige tarifliche Vergütung in der Gastronomiebranche beläuft sich auf mindestens 7,80 Euro brutto. Lohnwucher ist also für diesen Fall naheliegend (zwei Drittel des Tariflohns wären 5,20 Euro brutto), so dass der Tariflohn in der Höhe von 7,80 Euro brutto pro Stunde geltend gemacht werden sollte.

Da Lohnwucher auch ein Straftatbestand ist, kann der Arbeitgeber angezeigt werden.

1.3 Lohnanspruch auch bei „Schwarzarbeit“?

Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Lohnzahlung auch bei „Schwarzarbeit“. „Schwarzarbeit“ liegt unter anderem vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht gemeldet und dafür keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hat. Liegt „Schwarzarbeit“ vor, ist nur die Lohnvereinbarung nichtig, nicht aber der gesamte Vertrag. Der Lohnanspruch besteht trotzdem und bleibt einklagbar. Die Arbeitnehmer können den Lohn geltend machen, also den Betrag, der als Zahlung in bar auf die Hand vereinbart wurde. Das Bundesarbeitsgericht¹² hat in einem Fall von zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber einverständlicher „Schwarzarbeit“ (siehe Beispiel) entschieden, dass der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung als Bruttolohn geltend machen muss. Das heißt also: Wenn sechs Euro auf die Hand vereinbart waren, kann der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber sechs Euro brutto pro Stunde verlangen. Da es sich bei der Schwarzarbeit um eine Ordnungswidrigkeit handelt, besteht auch für den Arbeitnehmer die Gefahr einer Strafverfolgung beziehungsweise einer Ordnungswidrigkeit mit der Folge, dass er ein Bußgeld zahlen muss.

Liegt kein Fall von einvernehmlicher Schwarzarbeit vor und hat der Arbeitgeber ohne Kenntnis des Arbeitnehmers die Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt, sollte der geschuldete Lohn als Nettolohn geltend gemacht werden.

¹¹ Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom 22.04.2009, 5 AZR 436/08.

¹² Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom 17.03.2010, 5 AZR 301/09.

Beispiel:

Frau M. war offiziell geringfügig auf 400 Euro-Basis in einer Spielothek beschäftigt und hat vom Arbeitgeber nebenbei ohne Abführung der Sozialversicherungsbeiträge weitere 900 Euro monatlich erhalten. Ihr wurde gekündigt und sie hat daraufhin unter anderem auf Zahlung ihres monatlichen Lohns für zwei Monate geklagt. Vor den Arbeitsgerichten hat sie sich mit ihrem Arbeitgeber darüber gestritten, ob sie die 1.300 Euro als Nettobetrag oder als Bruttobetrag fordern könne.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat entschieden, dass die 1300 Euro als Brutto zu zahlen sind, so dass der Arbeitgeber vor Auszahlung an Frau M. davon also noch die Arbeitnehmeranteile für die Sozialversicherung und Steuern abführen musste. Das BAG konnte nämlich nicht feststellen, dass die Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart hatten, dass Frau M. die 1.300 Euro als Nettobetrag erhalten sollte. Die zusätzlich zur geringfügigen Beschäftigung gezahlten 900 Euro seien vielmehr eine Schwarzgeldabrede, mit der beide Parteien bezweckten, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen. Sie hätten gerade nicht die Übernahme der Abgaben und Steuern durch den Arbeitgeber vereinbart.

Quelle: Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom 17.03.2010, 5 AZR 301/09

1.4 Was ist bei Minijobs zu beachten?

Auch im Rahmen von sogenannten Minijobs werden Arbeitnehmer immer wieder ausgebeutet: Die Arbeitgeber beschäftigen sie offiziell im Rahmen eines Minijobs, tatsächlich müssen die Arbeitnehmer aber deutlich mehr Stunden als zulässig arbeiten.

Ein Minijob ist ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis, bei dem das monatliche Arbeitsentgelt 400 Euro nicht übersteigt. Werden mehrere Minijobs ausgeübt, werden sie zusammengerechnet. Minijobs sind versicherungsfrei. Es müssen keine Beiträge in die Renten- und Arbeitslosenversicherung, in die gesetzliche Krankenversicherung und in die Pflegeversicherung eingezahlt werden. Nur der Arbeitgeber zahlt eine Pauschale an die Minijob-Zentrale (Bundesknappschaft).

Ein Minijob ist an die gleichen arbeitsrechtlichen Grundlagen gebunden wie ein normales Beschäftigungsverhältnis. Der Urlaubsanspruch, Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Kündigungsschutz bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes et cetera bestehen auch für den Minijobber. Die Höhe des Lohns richtet sich wie in anderen Beschäftigungsverhältnissen auch nach Tarifverträgen oder der ansonsten für die Arbeit üblichen Vergütung (siehe unter C 1.2).

Besonderheiten für Minijobber ergeben sich im Bereich der Sozialversicherungsleistungen. Bei einem Minijob ist der Arbeitnehmer nicht pflichtkrankenversichert. Ist er nicht anderweitig krankenversichert (zum Beispiel familienversichert), dann muss er sich auf eigene Kosten freiwillig krankenversichern. Darüber hinaus hat er keinen Anspruch darauf, dass die Krankenkasse ein Krankengeld nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums von sechs Wochen bezahlt. Es besteht auch kein Anspruch auf Arbeitslosengeld I (§ 117 SGB III).

Wird die Geringfügigkeitsgrenze überschritten, werden also mehr Stunden gearbeitet, als im Rahmen der 400 Euro für die jeweilige Arbeit zulässig ist, dann handelt es sich nicht mehr um einen Minijob, sondern um ein normales Beschäftigungsverhältnis. Dem Arbeitnehmer steht der Tariflohn beziehungsweise der ortsübliche Lohn für die geleisteten Arbeitsstunden zu. Dann muss der Arbeitgeber Beiträge in

die Kranken-, Pflege und Rentenversicherung einzahlen. Der Arbeitnehmer hat den Abzug des Arbeitnehmeranteils der Sozialversicherungsbeiträge von seinem Lohn hinzunehmen.

Beispiel 1:

Frau F. bekommt einen Arbeitsvertrag als Reinigungskraft in Berlin angeboten. Sie soll für 440 Euro im Monat 60 Stunden Ladenlokale putzen. In dem Vertrag wird ihre Arbeit als geringfügige Beschäftigung bezeichnet. Sie geht damit in eine Beratungsstelle und lässt sich beraten. Dies führt dazu, dass der Vertrag geändert wird. Aufgrund des Mindestlohns für Reinigungskräfte in Berlin, steht Frau F. ein Stundenlohn in Höhe von 8,55 Euro zu. Das bedeutet, entweder wird die Stundenzahl auf 46 Stunden im Monat angepasst (440 Euro: 8,55 = 46,78 Stunden) oder die Bezeichnung „geringfügige Beschäftigung“ wird gestrichen.

Beispiel 2:

Frau F. hat als Reinigungskraft auf der Grundlage einer geringfügigen Beschäftigung 60 Stunden im Monat in Berlin geputzt. Sie bekommt dafür wie vertraglich vereinbart 400 Euro im Monat ausgezahlt. Die Vereinbarung ist unwirksam, da damit der einschlägige Tarifvertrag unterlaufen wird. Frau F. kann von ihrem Arbeitgeber also die Zahlung von insgesamt 513 Euro verlangen (60 x 8,55 Euro). Der Betrag ist ein Bruttobetrag, so dass der Arbeitgeber auch noch Sozialversicherungsabgaben und Steuern abführen muss. Frau F. ist dann in der Krankenkasse pflichtversichert und es werden auch höhere Beiträge an die Rentenversicherung abgeführt.

1.5 Wie müssen Überstunden bezahlt werden?

- Überstunden sollten immer vollständig berechnet und zumindest in außergerichtlichen Verhandlungen geltend gemacht werden.

Betroffene von Arbeitsausbeutung oder Menschenhandel leisten in der Regel massive Überstunden. Der Arbeitgeber muss diese Überstunden in Höhe des regulären Stundenlohns bezahlen. Überstunden können bei fehlendem Mindestlohn beziehungsweise fehlender Angabe zum Stundenlohn im Arbeitsvertrag nach folgender Formel berechnet werden. Ein Beispiel: 1.500 Euro brutto monatlich ist vereinbart für eine Wochenarbeitszeit von 40 Stunden. Es muss also der Stundenlohn ausgerechnet werden. $1.500 \text{ Euro} \times 3/13$ ergibt den Wochenlohn. Dieser geteilt durch 40 Stunden ergibt dann den Stundenlohn. Der kann für die Berechnung der Überstunden zu Grunde gelegt werden. Musste der Arbeitnehmer an Wochenenden oder nachts arbeiten, können sich aus Tarifverträgen dafür noch Zuschläge ergeben.

Zum Teil stehen in Arbeitsverträgen Vereinbarungen zu Überstunden oder Mehrarbeit, die besagen, dass alle betrieblich bedingten Überstunden mit dem Grundgehalt abgegolten sind, also nicht mehr extra geltend gemacht werden können. Nach einem aktuellen Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG)¹³ kann sich der Arbeitgeber auf solche Vereinbarungen im Vertrag in der Regel nicht mehr berufen. Der Arbeitgeber schuldet nach § 612 Abs. 1 BGB die Bezahlung der Überstunden. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Arbeitnehmer ein so hohes monatliches Gehalt bekommt, dass er davon ausgehen muss, dass Überstunden damit abgegolten werden.

Ein großes Problem in der Praxis besteht darin, diese Überstunden in einem Arbeitsgerichtsverfahren auch nachzuweisen. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gibt dazu vor, dass der Arbeitnehmer die Anordnung jeder einzelnen Überstunde durch den Arbeitgeber und den

¹³ BAG-Urteil vom 22.02.2012 - 5 AZR 765/10. Danach hat ein Lagerarbeiter mit einer Bruttovergütung von 1.800 Euro monatlich die Nachzahlung von 968 Überstunden für drei Jahre eingeklagt.

Umfang der geleisteten Überstunden beweisen muss (siehe Beweisschwierigkeiten unter E 3.).

Überstunden sollten aber auf jeden Fall ausgerechnet und außergerichtlich gegenüber dem Arbeitgeber mit geltend gemacht werden, auch wenn diese in einem anschließenden Arbeitsgerichtsverfahren vielleicht nicht erfolgreich durchgesetzt werden können. Dies ist zum einen notwendig, um möglicherweise bestehende Fristen für die Forderung von Ansprüchen einzuhalten (siehe dazu unter C 1.7). Zum anderen kann die Auflistung aller Überstunden eine gute Verhandlungsbasis für die Gesamtansprüche des Arbeitnehmers in einem Gerichtsverfahren sein.

Beispiel:

Frau H. hat im Oktober 2011 als beschäftigte Reinigungskraft in Berlin zehn Überstunden gemacht. Im Manteltarifvertrag für das Gebäudereinigerhandwerk ist vorgegeben, dass der Lohn zum 15. des Folgemonats fällig wird und dass die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden müssen. Frau H. muss also spätestens am 15.01.2012 dem Arbeitgeber ein Schreiben schicken, aus dem sich die Höhe der Überstundenvergütung ergibt: Zehn Überstunden à 8,55 Euro Mindestlohn Berlin West, also 85,50 Euro brutto müssen geltend gemacht werden.

1.6 Wie werden Sachleistungen (Kosten für Unterkunft und Verpflegung) angerechnet?

Arbeitnehmer müssen sich Kosten für Unterkunft und Verpflegung gar nicht oder nur zum Teil auf ihre Lohnansprüche anrechnen lassen, wenn sie nicht den üblichen Standards entsprechen.

Neben der Vergütung in Geld können die Vertragsparteien auch vereinbaren, dass der Arbeitgeber Sachleistungen wie Unterkunft und Verpflegung stellt. In Arbeitsverträgen wird dann zum Teil genau aufgelistet, wie viel dafür berechnet wird. Zum Teil ist das aber auch nicht explizit aufgeführt und Arbeitnehmer sehen erst bei ihrer monatlichen Lohnzahlung, wie viel der Arbeitgeber dafür von ihrem Lohn abgezogen hat.

Liegen keine Vereinbarungen darüber vor, mit welchem Wert Sachleistungen wie Unterkunft und Verpflegung auf die Arbeitsvergütung angerechnet werden sollen, ist der „übliche Wert“ einer Sachleistung anzunehmen. Dieser übliche Wert kann nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV)¹⁴ bestimmt werden. Dort wird genau aufgelistet, was welche Sachleistung wert ist. In § 2 Abs. 1 SvEV wird zum Beispiel der Wert der Verpflegung auf monatlich 219 Euro festgesetzt. Dies bezieht sich auf täglich drei Mahlzeiten. In § 2 Abs. 3 heißt es, dass der Wert einer zur Verfügung gestellten Unterkunft auf 212 Euro monatlich (bei Unterbringung in Einzelzimmern) festgesetzt wird. Der Wert sinkt, je mehr Personen in einer Unterkunft untergebracht werden. Sind es mehr als drei Beschäftigte, ist der Wert auf 84,80 Euro monatlich festgesetzt. Wenn die Beschäftigten im Haushalt der Arbeitgeber wohnen, verringert sich der Wert um 15 Prozent.

In ausbeuterischen Arbeitsverhältnissen kommt es vor, dass Unterkunft und Verpflegung im Vertrag vorgesehen sind, von den Arbeitgebern auch mit der vollen Summe nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung berechnet werden, aber entweder tatsächlich gar nicht zur Verfügung

¹⁴ Die Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) ist zu finden unter www.Gesetze-im-internet.de.

stehen oder weder Verpflegung noch Unterkunft den üblichen Standards entsprechen. Bei den sehr geringen Löhnen im niedrigqualifizierten Bereich führt das teilweise dazu, dass nach Abzug von Kost und Logis kaum etwas übrig bleibt. Hier sollte genau geprüft werden, für welche Leistung der Arbeitgeber welche Summe angerechnet hat.

Gewährt der Arbeitgeber keine Unterkunft, obwohl das im Vertrag steht, dann kann der Wert für die Unterkunft als Teil des Lohnanspruchs geltend gemacht werden. Besteht die Verpflegung nicht aus den drei üblichen Mahlzeiten täglich oder werden Arbeitnehmer in überbelegten Sammelunterkünften, Küchen, Kellern oder Kinderzimmern untergebracht, kann der Arbeitnehmer den Wert des Sachbezugs gegen den Arbeitgeber als Teil des Lohnanspruchs geltend machen. Stellt der Arbeitgeber zum Beispiel nur einen Schlafplatz in einem dunklen nicht beheizbaren Abstellkellerraum zur Verfügung, ist dies keine angemessene Unterkunft. Dann sollte der Arbeitnehmer zusätzlich zum vereinbarten Lohn den vollen Betrag für die Unterkunft nach der SvEV vom Arbeitgeber verlangen. Häufig sind solche „Wohnsituationen“ nur schwer nachzuweisen. Solange das Arbeitsverhältnis noch besteht, sollte der Arbeitnehmer die Unterbringung, das Essen et cetera zum Beispiel durch Fotos dokumentieren.

Sollte der Arbeitgeber beispielsweise nach einer unwirksamen Kündigung Lohn nachzahlen müssen, muss er auch den Wert für Unterkunft und Verpflegung bezahlen.

Beispiel 1:

Frau M., die als Haushaltskraft beschäftigt ist, wird fristlos gekündigt. In ihrem Vertrag steht, dass sie neben einer Vergütung in Höhe von 650 Euro brutto auch einen Anspruch auf Gewährung der Unterkunft und Verpflegung hat. Wenn sie gegen die Kündigung klagt und das Arbeitsgericht feststellt, dass die fristlose Kündigung unwirksam war, kann sie bis zum Ablauf der Kündigungsfrist die Zahlung der vertraglichen Vergütung und auch der Unterkunftskosten und der Verpflegung gegen den Arbeitgeber geltend machen. Die Verpflegungskosten könnten also mit 219 Euro monatlich angesetzt und

für die Unterkunft 212 Euro abzüglich 15 Prozent, also 180,20 Euro, monatlich berechnet werden.

Beispiel 2:

Herr B. hat in einem chinesischen Spezialitätenrestaurant gearbeitet. In seinem Vertrag wird ihm zusätzlich zum Lohn Kost und Logis gewährt. Er musste massive Überstunden leisten, ihm wurde eine Matratze in einem kleinen unbeheizten Kellerraum zur Verfügung gestellt und er konnte in der Küche, in der er gearbeitet hat, mitessen. Bei einer Durchsichtung der Finanzkontrolle Schwarzarbeit wird festgestellt, dass der Arbeitsvertrag von Herrn B. zwar formal korrekt war, die Arbeitsbedingungen aber nicht dem Vertrag entsprachen.

Herr B. konnte mit Zustimmung der Ausländerbehörde in ein anderes für seine Qualifikation einschlägiges Spezialitätenrestaurant wechseln und klagt jetzt vor dem Arbeitsgericht auf Zahlung des ausstehenden Lohns gegen seinen alten Arbeitgeber. Neben der Überstundenvergütung sollten hier also auch die Kosten für die nicht erbrachten Sachleistungen mit geltend gemacht werden. Die Unterbringung auf einer Matratze im unbeheizten Keller ist keine angemessene Unterbringung und auch ein Verstoß gegen die Arbeitsstättenverordnung. Es könnte also der volle Betrag für die nicht angemessene Unterbringung in Höhe von 212 Euro monatlich und für die nicht ausreichende Verpflegung, geschätzt die Hälfte des in der Sozialversicherungsentgeltverordnung vorgesehenen Betrags in Höhe von 219 Euro, also noch 109,50 Euro brutto, monatlich zusätzlich zum Lohn geltend gemacht werden.

1.7 Welche Fristen sind bei der Forderung von Lohnansprüchen zu beachten?

- Zum Teil gibt es kurze Fristen für die Forderung von Lohnansprüchen. Prüfen Sie, ob Fristen im Arbeitsvertrag und in einschlägigen Tarifverträgen stehen.

■ Gesetzliche Fristen

Grundsätzlich verjähren Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis drei Jahre nach dem Entstehen, wobei die Verjährung mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist. Hierbei ist egal, ob das Arbeitsverhältnis schriftlich oder mündlich vereinbart wurde.

Beispiel:

Frau A. hat einen Anspruch auf Lohn für August 2010. Der Lohnanspruch wurde zum 15.09.2010 zur Zahlung fällig, das heißt, der Arbeitgeber musste bis dahin gezahlt haben. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem 31.12.2010 und die Verjährung tritt somit mit Ablauf des 31.12.2013 ein. Die Lohnklage muss also spätestens am 31.12.2013 beim zuständigen Arbeitsgericht eingehen.

Die gesetzliche Verjährungsbestimmung hat nur Bedeutung, wenn keine Ausschlussfristen im Arbeitsvertrag oder in anwendbaren Tarifverträgen existieren.

■ Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen

In schriftlichen Arbeitsverträgen gibt es oft Ausschlussklauseln, die bestimmen, dass Ansprüche innerhalb einer bestimmten Frist geltend gemacht werden müssen. Der Arbeitnehmer macht seine Ansprüche geltend, indem er den Arbeitgeber auffordert, zu zahlen. Macht er das nicht innerhalb der Frist, verfallen die Ansprüche.

Nicht jede vertragliche Ausschlussklausel ist wirksam. Ist diese kürzer als drei Monate, ist die Wirksamkeit der Aus-

schlussklausel zweifelhaft oder wenn die Ausschlussfrist nur für den Arbeitnehmer gelten soll und nicht für den Arbeitgeber. Ausschlussfristen im Arbeitsvertrag sind auch nicht wirksam, wenn in anwendbaren Tarifverträgen kürzere Fristen stehen. Sicherheitshalber sollte die Frist aber möglichst eingehalten werden und auch die Form der Geltendmachung. Es wird nämlich meist die schriftliche Geltendmachung verlangt.

Beispiel für eine Ausschlussfrist aus einem Arbeitsvertrag:

Überstunden, die Frau F. im März 2011 als Kellnerin gemacht hat, werden am 15.04.2011 fällig, da es in ihrem Arbeitsvertrag heißt, dass Lohnansprüche zum 15. des Folgemonats zur Zahlung fällig werden.

Im Arbeitsvertrag wurde auch folgende Ausschlussklausel vereinbart:

"§ 18 Ausschlussfrist

Beiderseitige Ansprüche aller Art aus dem Arbeitsverhältnis sind innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten seit Fälligkeit des Anspruchs geltend zu machen, andernfalls erlöschen sie."

Deshalb muss Frau B. die Überstunden spätestens bis zum 15.07.2011 schriftlich und der Höhe nach beziffert gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht haben. Oder sie muss eine Klage beim Arbeitsgericht sicherheitshalber so rechtzeitig eingereicht haben, dass diese dem Arbeitgeber vor Ablauf des 15.07.2011 zugeht, also am besten zwei Wochen vor dem Fristablauf. Tut sie das nicht, können die Ansprüche verfallen.

■ Ausschlussfristen in Tarifverträgen

Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Ansprüchen können auch in Tarifverträgen stehen. Eine tarifliche Ausschlussfrist eines anwendbaren Tarifvertrages gilt, auch wenn die Vertragsparteien diese nicht kennen (siehe unter C 1.2.2). Werden in den Tarifverträgen Fristen für die Geltendmachung angegeben und sind diese Tarif-

verträge allgemeinverbindlich oder in den Arbeitsvertrag mit einbezogen, muss die Frist unbedingt gewahrt werden.

Einige Tarifverträge sehen sogar eine doppelte Ausschlussfrist vor. Hier ist jeweils auf eine Frist zur außergerichtlichen Geltendmachung und zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche zu achten. So gibt es zum Beispiel in den Branchen Gebäudereinigung und Bau über den Rahmentarifvertrag eine solche doppelte Ausschlussfrist von jeweils zwei Monaten.

Beispiel für doppelte Ausschlussfristen in Tarifverträgen¹⁵:

§ 15 Ausschlussfristen

1. Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden; besteht bei Ausscheiden des Arbeitnehmers ein Arbeitszeitguthaben, beträgt die Frist für dieses Arbeitszeitguthaben jedoch sechs Monate.

2. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.

1.8 Was tun, wenn die tarifvertragliche Frist zur Geltendmachung des Anspruchs bereits verstrichen ist?

Gibt es im mündlichen oder schriftlichen Vertrag keine Hinweise auf den Tarifvertrag oder verzögert der Arbeitgeber die Lohnzahlung gezielt und hindert den Arbeitnehmer dadurch an der Geltendmachung, dann kann der Lohn als Schadensersatz eingeklagt werden.

Hat der Arbeitnehmer es versäumt, innerhalb der tariflichen Ausschlussfrist seine Ansprüche geltend zu machen, hat er noch die Möglichkeit, eine Lohnzahlung als Schadensersatzforderung vom Arbeitgeber einzufordern. Das kann er dann tun, wenn der Arbeitgeber in keiner Weise darauf hingewiesen hat, dass es einen Tarifvertrag gibt. Dies ist dann der Fall, wenn im schriftlichen Arbeitsvertrag kein Hinweis auf das Bestehen des Tarifvertrages enthalten ist und sich der Arbeitsvertrag so liest, als existiere kein Tarifvertrag. Das ist auch dann der Fall, wenn der Arbeitsvertrag nur mündlich abgeschlossen wurde und der Arbeitgeber nicht auf den Tarifvertrag hingewiesen hat.

Schadensersatz kann auch eingefordert werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gezielt davon abhält, seine Ansprüche geltend zu machen. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer immer wieder nach seinem Geld fragt und der Arbeitgeber ihn hinnimmt, indem er erklärt, dass er seinerseits noch auf die Zahlung seiner Auftraggeber warte, dann aber sofort zahlen werde.

Hat der Arbeitgeber Lohnabrechnungen erteilt, aber den Lohn nicht oder nicht vollständig gezahlt, gelten diese Lohnabrechnungen als Anerkennung des Arbeitgebers über den abgerechneten Betrag. Dann spielt es keine Rolle mehr, ob die Lohnansprüche innerhalb der vertraglichen oder tariflichen Fristen geltend gemacht wurden. Für nicht in der Abrechnung aufgeführte Ansprüche gelten die Ausschlussfristen aber wiederum.

¹⁵ Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) vom 04.07. 2002 in der Fassung vom 17.12. 2003, 14. 12. 2004, 29.07. 2005, 19.05. 2006 und 20.08. 2007.

1.9 Gegen wen richtet sich der Anspruch auf Lohn?

Für Arbeitnehmer in prekären Beschäftigungsverhältnissen oder in Bereichen, in denen typischerweise Subunternehmerketten tätig sind, ist es häufig unklar, wer den Lohn zu zahlen hat und wer Klagegegner ist.

■ Anspruch auf Lohn vom Arbeitgeber

Der Anspruch auf Lohn richtet sich grundsätzlich gegen den Arbeitgeber. Gibt es einen schriftlichen Arbeitsvertrag, dann kann der Anspruch gegen die Person, die den Vertrag unterschrieben hat, geltend gemacht werden. Gibt es nur einen mündlichen Arbeitsvertrag, dann muss die Person, von der der Arbeitnehmer seine Anweisungen für die Arbeit bekommen hat, identifiziert werden. Dies wird in überschaubaren Arbeitsverhältnissen wie privaten Haushalten in der Regel unproblematisch sein. In Arbeitsverhältnissen, in denen es mehrere Hierarchieebenen gibt oder mehrere Firmen tätig sind, ist das häufig schwierig. Hier kann der Anspruch gegenüber der Person oder Firma geltend gemacht werden, die die grundlegenden Entscheidungen für die auszuführende Arbeit trifft.

Ist das Arbeitsverhältnis noch nicht beendet, sollte der Arbeitnehmer nachfragen, wer für die Arbeitsstelle letztverantwortlich ist. Ist der Arbeitnehmer auf einer Baustelle beschäftigt, empfiehlt es sich, sich an die regional zuständige Gewerkschaft zu wenden. Diese haben häufig Informationen über die Organisation von Baustellen.

■ Anspruch auf Lohn vom Generalunternehmer

Ist der direkte Arbeitgeber insolvent oder nicht zahlungsbereit, kann der Arbeitnehmer in bestimmten Branchen auf die sogenannte Generalunternehmerhaftung zurückgreifen. Sie ist im Arbeitnehmerentsendegesetz geregelt. Das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) ist ein Gesetz, auf dessen Grundlage in Deutschland in bestimmten Branchen Mindeststandards für Arbeitsbedingungen festgelegt werden können. Dies gilt für alle Arbeitnehmer, die in diesen Branchen tätig sind. Aus dem Arbeitnehmerentsendegesetz ergibt sich, dass ein Unternehmer, der andere Unternehmer mit Werk- oder Dienstleistungen beauftragt hat, für die Ansprüche der Arbeitnehmer auf

den Mindestlohn mithaftet. Die Haftung bezieht sich nur auf das Nettoentgelt für tatsächlich geleistete Arbeit und gilt nur für einige Branchen, beispielsweise Baugewerbe, Gebäudereinigung, Wäschereidienstleistungen oder Sicherheitsdienstleistungen. Wenn also davon auszugehen ist, dass der eigentliche Arbeitgeber als Subunternehmer tätig war und nicht zahlungsfähig oder -willig ist, dann kann auch der Generalunternehmer in Anspruch genommen werden.

Für die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die entweder ohne Aufenthaltstitel/Duldung oder die ohne den zur Arbeitsaufnahme erforderlichen Aufenthaltstitel beschäftigt waren, ist diese Generalunternehmerhaftung auf alle Branchen erweitert worden (§ 98a Abs. 3, 4 Aufenthaltsgesetz). Das betrifft bestimmte EU-Bürger sowie Drittstaaten (siehe hierzu ausführlich unter C 1.2.3). Diese Haftung entfällt nur, wenn der Unternehmer nachweisen kann, dass er auf Grund sorgfältiger Prüfung davon ausgehen konnte, dass dem Arbeitgeber die nach § 284 Absatz 1 SGB III für Bulgaren und Rumänen erforderliche Genehmigung oder die nach § 4 Absatz 3 Aufenthaltsgesetz erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme für Drittstaaten vorlag.

2. Insolvenzgeld von der Agentur für Arbeit

Ist ein Arbeitgeber zahlungsunfähig und haben Arbeitnehmer deshalb ihre Löhne gar nicht oder nur teilweise bekommen, zahlt die Agentur für Arbeit unter bestimmten Voraussetzungen die ausstehenden Ansprüche an die betroffenen Arbeitnehmer in Form von Insolvenzgeld (§§ 116 Nr. 5, 183 Abs. 1, 3 SGB III).

Für Arbeitnehmer, die in einem regulären Beschäftigungsverhältnis ausgebeutet wurden, sollte also immer die Möglichkeit des Insolvenzgeldantrags bei der Arbeitsagentur mitbedacht werden, wenn der Lohn ausgeblieben ist. Ist das Arbeitsverhältnis noch nicht beendet und zeigen sich Anhaltspunkte für eine Insolvenz (Lohnrückstände, Rechnungen nicht bezahlt) sollte schnelle anwaltliche Beratung in Anspruch genommen werden. Der Anwalt hat dann noch Spielraum, strategisch zu beraten, ob der Arbeitnehmer von seinem Zurückbehaltungsrecht in Bezug

auf seine Arbeitskraft Gebrauch machen sollte oder ob und wann das Arbeitsverhältnis gegebenenfalls gekündigt werden sollte.

Anspruch auf Insolvenzgeld besteht, wenn ein sogenanntes Insolvenzereignis vorliegt für die davor liegenden letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses. Die Möglichkeit besteht auch bei einer geringfügigen Beschäftigung.

Ein Insolvenzereignis liegt vor, wenn:

- das Amtsgericht ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet hat,
- der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse vom Amtsgericht abgelehnt wird,
- wenn die Betriebstätigkeit beendet ist, ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt.

Die Frist für den Antrag beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit dem Tag nach dem Insolvenzereignis. Wusste der Arbeitnehmer nichts von dem Insolvenzereignis, läuft die Frist ab Kenntnis. War der Arbeitnehmer zum Beispiel aus Krankheitsgründen gehindert, den Antrag in der Zweimonatsfrist zu stellen, so kann der Antrag in einer Nachfrist von zwei Monaten ab Kenntnis nachgeholt werden.

Insolvenzgeld gibt es höchstens für die letzten drei Monate, in denen kein oder zu wenig Lohn gezahlt wurde. Das bezieht sich entweder auf die letzten drei Monate vor dem Insolvenzereignis oder, wenn das Arbeitsverhältnis vorher beendet wurde, auf die letzten drei Monate vor der Beendigung. Wenn das Arbeitsverhältnis erst nach dem Insolvenzereignis beendet wird und der Arbeitnehmer wusste nichts von dem Insolvenzereignis, kann er für die letzten drei Monate vor der Kenntnis Insolvenzgeld beantragen.

3. Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche

Zusammen mit dem Anspruch auf Lohn können auch Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche vor dem Arbeitsgericht geltend gemacht werden.

3.1 Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung

Wenn es beispielsweise im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu Sachbeschädigungen oder Persönlichkeitsverletzungen, etwa Beleidigungen oder Körperverletzungen der Arbeitnehmer durch die Arbeitgeberseite gekommen ist, können Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche vor dem Arbeitsgericht geltend gemacht werden. Der Arbeitnehmer ist darlegungs- und beweispflichtig für die Schädigung und für die Schadenshöhe. Es müssen also möglichst Zeugen vorhanden und aussagebereit sein oder ärztliche Atteste vorliegen. Die Ausschlussfristen in den Arbeits- oder Tarifverträgen können auch bei Schadensersatzforderungen Relevanz haben. Es besteht zudem die Möglichkeit, Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche in einem laufenden Strafverfahren (Adhäsionsverfahren) mit geltend zu machen. Das sollte dann mit der Nebenklagevertretung¹⁶ im Strafverfahren abgesprochen werden.

Beispiel:

Frau R. arbeitet über einen längeren Zeitraum im Haushalt der Familie A. Ihre Aufenthaltserlaubnis ist abgelaufen und der Arbeitgeber hat ihre Ausweispapiere einbehalten. Sie arbeitet zum Teil bis zu 16 Stunden am Tag, sieben Tage die Woche und bekommt hierfür nur unregelmäßig ein geringes Entgelt. Frau R. darf das Haus nur in Begleitung einer Aufsichtsperson verlassen. Sie wird von ihrem Arbeit-

¹⁶ Opfer von bestimmten Straftaten haben die Möglichkeit, in einem Strafverfahren gegen die Täter als Nebenkläger aufzutreten und sich hierbei von einem Rechtsanwalt, dem sogenannten Nebenklagevertreter, vertreten zu lassen.

geber als Schwein beschimpft und für den Fall, dass sie das Haus verlassen oder Kontakt zu ihrer Familie aufnehmen sollte, wird ihr mit Schlägen gedroht. Zusätzlich zu den Lohnansprüchen könnte hier Schadensersatz wegen Nötigung (§ 240 StGB), wegen Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) und Beleidigung (§ 185 StGB) geltend gemacht werden. Hierbei ist wichtig, immer die fehlende Aufenthaltserlaubnis mitzudenken (siehe dazu unter G Arbeitnehmer mit prekärem Aufenthaltsstatus).

3.2 Schadensersatz wegen Diskriminierung

- Zusammen mit dem Anspruch auf Lohn können auch Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche vor dem Arbeitsgericht geltend gemacht werden.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) soll Diskriminierungen von Arbeitnehmern aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität sanktionieren. Ein diskriminierter Arbeitnehmer kann Entschädigungsansprüche gegen den Arbeitgeber geltend machen. Der Schutz des AGG greift bereits im Einstellungsverfahren.

Beispiel:

In einer Zeitungsanzeige heißt es: „Privater Pflegedienst sucht deutsche Muttersprachler unter 30 Jahre für Vollzeittätigkeit“. Die 41-jährige Klientin, die nicht-deutsche Muttersprachlerin ist, stellt sich am 04.04.2011 vor und wird dann ohne weitere Begründung vom Arbeitgeber abgelehnt. Hier besteht der Verdacht, dass die Klientin wegen ihres Lebensalters und ihrer ethnischen Herkunft eine weniger günstige Behandlung erfahren hat als andere Be-

werber. Durch den Inhalt der Zeitungsanzeige wurde bereits ein starkes Indiz für eine mögliche Diskriminierung gesetzt, so dass nunmehr der Arbeitgeber beweisen muss, dass die Klientin nicht diskriminiert wurde. Die Klientin sollte zunächst durch ein Anschreiben einen Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG geltend machen. Dieses Schreiben muss spätestens zwei Monate nach Kenntnis der Klientin von der möglichen Diskriminierung dem Arbeitgeber zugegangen sein, also im vorliegenden Fall nach Erhalten des Ablehnungsschreibens spätestens am 04.06.2011. Im Anschreiben sollte auch die Höhe der Entschädigung angegeben werden. Diese darf nach § 15 Abs. 2 AGG bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der Klient auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Der voraussichtliche Bruttolohn hätte bei einer Vollzeitstelle und 8,50 Euro brutto Mindestlohn ca. 1.473 Euro brutto betragen. Die Entschädigungsforderung könnte also 4.419 Euro betragen. Wenn die Ansprüche der Klientin vom Arbeitgeber nicht erfüllt werden, dann muss drei Monate nach dem Aufforderungsschreiben eine Klage beim zuständigen Arbeitsgericht eingereicht werden, im Beispiel also Klageeinreichung spätestens am 04.09.2011.

Wichtig ist die Frist des § 15 Absatz 4 AGG: Die Entschädigungsansprüche müssen innerhalb von zwei Monaten nach Kenntnis des Verstoßes schriftlich geltend gemacht werden. Zu beachten ist weiter die Frist des § 61 b Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG): Die Entschädigungsklage muss innerhalb von drei Monaten nach Geltendmachung der Ansprüche nach § 15 AGG erfolgen.

Bei sexuellen und rassistischen Belästigungen und Beleidigungen in einem laufenden Arbeitsverhältnis durch andere Arbeitnehmer, ist der Arbeitgeber verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um Abhilfe zu schaffen. Tut er das nicht, so können sich aus diesem Unterlassen auch Entschädigungsansprüche gegen den Arbeitgeber ergeben.

Das AGG greift auch, wenn ein Arbeitsverhältnis bereits beendet ist. Es können auch dann noch Entschädigungsan-

sprüche geltend gemacht werden. Hierbei ist allerdings die kurze Frist von zwei Monaten für die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen zu beachten.

Wenn es Anhaltspunkte für die Diskriminierung eines Arbeitnehmers wegen der in § 1 AGG genannten Merkmale gibt, sollte eine Beratungsstelle eingeschaltet werden, die sich mit Diskriminierungsfällen beschäftigt und unterstützen kann. Bundesweit gibt es verschiedene Beratungsstellen, die auf die Antidiskriminierungsberatung spezialisiert sind. Die Beratung ist in der Regel kostenlos. Auf der Seite der Antidiskriminierungsstelle des Bundes wird eine Beratungsstellensuche angeboten, über welche die passende regionale Beratungsstelle gefunden werden kann. Auch der ADVD-Antidiskriminierungsverband Deutschland hat ein Verzeichnis mit regionalen Beratungsstellen.

4. Sozialversicherung (Kranken- und Rentenversicherung etc.)

Arbeitnehmer, die monatlich mehr als 400 Euro verdienen, sind in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert. Solange das Beschäftigungsverhältnis besteht, sind sie damit krankenversichert. Das gilt auch, wenn der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis nicht bei der Renten- und Krankenversicherung angemeldet hat. Die Anmeldung ist keine Voraussetzung für den Versicherungsschutz. Der Arbeitnehmer kann über den sogenannten nachgehenden Leistungsanspruch noch innerhalb eines Monats nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses Leistungen der Krankenversicherung in Anspruch nehmen. Nach diesem Monat endet der Versicherungsschutz.

Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht bei der Kranken- und Rentenversicherung angemeldet, kann es sein, dass der Arbeitnehmer erst mal keinen Versicherungsschutz bekommt, da die Krankenversicherung keine Kenntnis von ihm hat. Der Arbeitnehmer kann aber in diesem Fall – auch noch in dem einem Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses – einklagen, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmeranteile an die Sozialversicherung abführt. Er kann auch von der Einzugsstelle der Krankenkasse verlan-

gen, dass diese tätig wird und ggfs. vor dem Sozialgericht die Einziehung einklagen. So lässt sich im Nachhinein im Falle des Obsiegens der Versicherungsschutz herstellen, was sinnvoll ist, wenn Krankenbehandlungen stattgefunden haben oder ein Schaden in der Rentenversicherung vermieden werden soll.

Grundsätzlich gelten die deutschen Vorschriften über die Versicherungspflicht für alle Beschäftigungsverhältnisse in Deutschland. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nicht in Deutschland wohnt, aber hier arbeitet. Ausnahmen von diesem sogenannten Territorialitätsprinzip gelten für Personen, die im Rahmen eines im Ausland bestehenden Beschäftigungsverhältnisses vorübergehend nach Deutschland entsandt werden (siehe dazu unter, K 1.3 Entsendearbeit und K 1.6 Saisonarbeit).

In der Beratung sollte frühzeitig geklärt werden, ob ein Krankenversicherungsschutz besteht. Ist dies nicht der Fall, sollte gegebenenfalls durch einen Rechtsanwalt geprüft werden, welche Möglichkeiten im Einzelfall bestehen, den Krankenversicherungsschutz zu erreichen. Ist das Arbeitsverhältnis noch nicht beendet und ist die Weiterarbeit für eine bestimmte Zeit zumutbar, sollte versucht werden, den Arbeitgeber zu drängen, das Arbeitsverhältnis bei der Krankversicherung anzumelden. Kommt das nicht in Betracht, muss geprüft werden, ob Ansprüche auf ALG II oder nach dem Asylbewerberleistungsgesetz bestehen. Bei EU-Bürgern, die Freizügigkeit genießen, kann eine Krankenversicherung im Ausland bestehen.¹⁷ Dies kann der Fall sein, wenn im Herkunftswohnsitzland ein Arbeitsverhältnis besteht, wenn über einen Ehepartner eine Versicherung dort besteht oder wenn eine private oder freiwillige Krankenversicherung abgeschlossen wurde.

¹⁷ Auf den Anspruch von Unionsbürgern auf Sozialleistungen kann in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden. Siehe hierzu Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche Deutschland e.V. (2011).

5. Ansprüche gegen die Unfallversicherung bei einem Arbeitsunfall

Arbeitnehmer haben bei einem Arbeitsunfall Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung, unabhängig davon, ob es sich um sogenannte „Schwarzarbeit“ handelt, die Arbeitnehmer keine Arbeitserlaubnis oder keinen rechtmäßigen Aufenthaltsstatus haben

Wenn den Arbeitnehmern auf dem Weg zur Arbeit, während der Tätigkeit oder auf dem Weg von der Arbeit nach Hause ein Unfall passiert oder sich aufgrund der Arbeit eine Krankheit entwickelt hat, haben Arbeitnehmer Ansprüche auf Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII).¹⁸ Die Unfallversicherung ist eine gesetzliche Pflichtversicherung zum Schutz aller Beschäftigten. Dies gilt unabhängig von der Lohnhöhe auch für die Minijobber und in befristeten Beschäftigungsverhältnissen. Arbeitnehmer haben auch dann einen Anspruch gegen die Unfallversicherung, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht der Berufsgenossenschaft gemeldet hat, es sich um sogenannte „Schwarzarbeit“ handelt oder sie keine Arbeitserlaubnis oder keinen rechtmäßigen Aufenthaltsstatus haben. Wenn der Arbeitnehmer keinen rechtmäßigen Aufenthaltsstatus beziehungsweise keine Duldung hat, ist unbedingt zu beachten, dass eine Meldung an die Ausländerbehörde erfolgen kann (siehe hierzu unter G 3.)

Unfälle sind zeitlich begrenzte, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse, die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen (§ 8 SGB VII). Als Berufskrankheiten gelten Krankheiten, die in der sogenannten Berufskrankheiten-Verordnung (BKV) festgelegt sind (§ 9 SGB VII). Darin findet man eine lange Liste an Beschreibungen von Gesundheitsstörungen, die anhand der Oberbegriffe „durch chemische Einwirkungen, durch physikalische Einwirkungen oder durch Infektionserreger verursachte Krankhei-

ten“ gruppiert oder als Hautkrankheiten, Erkrankungen der Atemwege, Lungen et cetera oder sonstige Krankheiten zusammengefasst sind.

Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung sind beispielsweise Heilbehandlungskosten oder die Zahlung eines Verletztengeldes. Es kommen auch medizinische Rehabilitationsmaßnahmen und bei einer Einschränkung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 20 Prozent über die 26. Woche nach dem Unfall hinaus, eine Rentenzahlung in Betracht. Die Leistungen werden auch erbracht, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr in Deutschland ist.

Der Anspruch richtet sich gegen die Berufsgenossenschaften. Um herauszufinden, welche Berufsgenossenschaft zuständig ist, muss der Schwerpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers ermittelt werden. Informationen über die verschiedenen Berufsgenossenschaften findet man hier: <http://www.dguv.de/inhalt/BGuUK/bgen/index.jsp>.

Wenn sich ein Arbeitsunfall ereignet hat, muss der Arbeitgeber eine Unfallanzeige bei der zuständigen Berufsgenossenschaft machen. Tut er das nicht, sollte der Arbeitnehmer dies so schnell wie möglich nachholen. Die Leistungen der Unfallversicherung werden grundsätzlich von Amts wegen festgestellt, der Arbeitnehmer muss keinen formalen Antrag stellen. Die Berufsgenossenschaft prüft die Ansprüche und erlässt einen Bescheid. Gegen den Bescheid kann innerhalb eines Monats Widerspruch erhoben werden.

Ansprüche auf Sozialleistungen verjähren innerhalb von vier Jahren, beginnend mit dem Ende des Jahres, in dem die Ansprüche entstanden sind. Es können also bei sehr später Antragstellung auch deshalb Ansprüche für frühere Zeiträume verloren gehen.

Beispiel:

Frau M. aus der Ukraine arbeitet ohne Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis zwei Jahre lang von 2005 bis 2007 in einem Privathaushalt in Deutschland. Wäh-

¹⁸ Umfassende praktische Informationen zur gesetzlichen Unfallversicherung findet man unter: http://www.bmas.de/DE/Themen/Soziale-Sicherung/Gesetzliche-Unfallversicherung/Fragen-und-Antworten/inhalt.html?cms_gtp=53872_list%253D1 (Stand April 2012).

rend der Arbeit stürzt sie von der Leiter und ist für mehrere Wochen arbeitsunfähig. Die Arbeitgeberin „entlässt“ Frau M. und fordert sie mit Hinweis auf die Ausländerbehörde auf, in die Ukraine zurückzukehren. Dort entwickelt sich 2008 aus dem Unfall ein dauerhafter Gesundheitsschaden. Frau M. wendet sich an eine Beratungsstelle in Deutschland. Auch wenn der Arbeitsunfall schon ein paar Jahre zurückliegt, kann sie bei der Berufsgenossenschaft ein Antrag auf Leistungen stellen. Der Anspruch verjährt vier Jahre nach Auftreten des Schadens. Der Antrag müsste also bis Ende 2012 gestellt werden. Je länger der Unfall aber zurückliegt, desto schwieriger wird es, die Kausalität zwischen dem Arbeitsunfall und dem eingetretenen Gesundheitsschaden zu beweisen. Es empfiehlt sich daher immer, wenn möglich, den Unfall unverzüglich der Berufsgenossenschaft zu melden.

Wurde im Arbeitsvertrag eine kürzere Urlaubsdauer vereinbart, ist das unzulässig, und es gilt der gesetzliche Mindesturlaub. Eine längere Dauer des Urlaubs kann vereinbart werden. Während des Urlaubs ist der Arbeitnehmer weiter zu vergüten. Wird der Arbeitnehmer während des Urlaubs krank und ist arbeitsunfähig, wird der Urlaub nicht verbraucht. Es muss aber der Nachweis über die Arbeitsunfähigkeit (Krankenschein) geführt werden. Der Arbeitnehmer muss den Urlaub beantragen, am besten schriftlich.

Der Urlaub des Vorjahres verfällt, wenn er nicht im Vorjahr genommen wird beziehungsweise spätestens nach der gesetzlichen Bestimmung am 31.03. des Folgejahres, wenn er aus persönlichen oder betrieblichen Gründen nicht im Vorjahr vom Arbeitnehmer genommen werden konnte. Endet das Arbeitsverhältnis und der Arbeitgeber hat seinen Urlaub noch nicht verbraucht oder er wurde ihm bisher verweigert, dann ist der noch nicht verbrauchte Urlaubsanspruch von der Arbeitgeberseite abzugelten und kann zusammen mit dem Lohnanspruch geltend gemacht werden.

6. Lohnabrechnungen

Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf die Erteilung von Lohnabrechnungen. Diese sind nach Ablauf des jeweiligen Beschäftigungsmonats fällig und einklagbar. Vor einem Arbeitsgerichtsverfahren kann der Arbeitgeber außergerichtlich aufgefordert werden, die Lohnabrechnungen zu erteilen.

7. Urlaubsanspruch

Den Arbeitnehmern steht ein gesetzlicher Urlaubsanspruch zu (§ 3 Bundesurlaubsgesetz). Der gesetzliche Mindesturlaub beträgt im Jahr 20 Arbeitstage (Montag bis Freitag) beziehungsweise 24 Werkstage (Montag bis Samstag) bei einer Vollzeitbeschäftigung. Diese Anzahl an Urlaubstagen ist das Minimum und darf nicht unterschritten werden. Bei einer Teilzeitbeschäftigung ist die Zahl der Urlaubstage entsprechend anzupassen. Wird zum Beispiel nur an drei Tagen in der Woche gearbeitet, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf insgesamt zwölf Urlaubstage: $3 \text{ (Zahl der Arbeitstage pro Woche)} / 6 \text{ (Zahl der Werkstage pro Woche)} \times 24 \text{ (Anspruch auf freie Werkstage bei Vollzeitbeschäftigung)}$. Dies ergibt zwölf freie Tage in vier Wochen.

8. Entgeltfortzahlungsanspruch bei Krankheit

Arbeitnehmer haben im Krankheitsfall, der durch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgewiesen wird, einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (§ 3 EntgFZG). Voraussetzung ist allerdings, dass das Arbeitsverhältnis mindestens vier Wochen besteht. Der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung für dieselbe Erkrankung besteht für sechs Wochen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als sechs Wochen, so besteht ein Anspruch gegen die Krankenkasse auf Zahlung von Krankengeld für weitere 72 Wochen (insgesamt also 78 Wochen Zahlung bei Krankheit). Zahlt die Arbeitgeberseite die Entgeltfortzahlung in den ersten sechs Wochen nicht, kann die Krankenkasse aufgefordert werden, in Vorleistung zu gehen.

9. Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung

Kurze Fristen beachten!
Innerhalb von drei Wochen muss der Arbeitnehmer gegen die Kündigung klagen.

Zum Teil werden Betroffene von Arbeitsausbeutung und Menschenhandel kurzfristig „entlassen“. Ihnen wird entweder eine schriftliche Kündigung gegeben oder sie werden zum Beispiel aus einem Haushalt oder von einer Baustelle von heute auf morgen weggeschickt.

■ Mündliche Kündigung ist nicht wirksam

Eine Kündigung ist nur wirksam, wenn sie schriftlich vorliegt. Solange den Betroffenen „nur“ gesagt wird, sie sollen nicht mehr zur Arbeit kommen, liegt keine rechtmäßige Kündigung vor. Das Arbeitsverhältnis läuft weiter. Der Lohn kann auch für diese Zeit, in der sie nicht arbeiten durften, geltend gemacht werden. In diesem Fall sollte der Arbeitnehmer am besten mit einem Zeugen die Arbeitskraft am Arbeitsplatz persönlich anbieten und dokumentieren, dass er bereit war, zu arbeiten.

■ Kündigungsschutzgesetz verlangt Grund für die Kündigung

Liegt eine schriftliche Kündigung vor und gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Kündigung unwirksam war oder der Arbeitgeber die Kündigungsfristen nicht eingehalten hat, sollte über eine Kündigungsschutzklage nachgedacht werden. Ob die Kündigung wirksam war, hängt entscheidend davon ab, ob das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet. Das Kündigungsschutzgesetz ist anwendbar, wenn mehr als zehn Arbeitnehmer regelmäßig Vollzeit beschäftigt sind und der Arbeitnehmer länger als sechs Monate im Betrieb beschäftigt war. Mehrere Teilzeitstellen können dabei zu Vollzeitstellen zusammengerechnet werden. So ergeben zum Beispiel zwei Teilzeitstellen mit einer Arbeitszeit von 20 Stunden oder vier Teilzeitstellen mit einer Arbeitszeit von zehn Wochenstunden jeweils eine Vollzeitstelle. Liegen diese Voraussetzungen vor, muss der

Arbeitgeber den Kündigungsgrund im Arbeitsgerichtsverfahren darlegen und beweisen. Ein Kündigungsgrund kann unter anderem in der Person des Arbeitnehmers (zum Beispiel eine lange Krankheit) oder in seinem Verhalten liegen (zum Beispiel der Vorwurf des Diebstahls).

Handelt es sich um einen kleineren Betrieb und ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar, dann braucht der Arbeitgeber keinen Kündigungsgrund. Er muss aber zumindest die richtige Kündigungsfrist einhalten und die Kündigung darf nicht treuwidrig sein. Bei der Treuwidrigkeit geht es vor allem darum, Arbeitnehmer vor einer willkürlichen, sachfremden oder diskriminierenden Ausübung des Kündigungsrechts zu schützen. Über eine Klage gegen eine möglicherweise sittenwidrige oder treuwidrige Kündigung sollte also auch dann nachgedacht werden, wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist.

■ Arbeitgeber muss in jedem Fall Kündigungsfristen einhalten

Je nach Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsdauer gibt es unterschiedliche Kündigungsfristen. Die Frist ergibt sich entweder aus dem Vertrag, dem Gesetz oder einem Tarifvertrag. Die gesetzliche Kündigungsfrist (§ 622 BGB) der Arbeitgeberseite beträgt zwischen zwei Wochen und mehreren Monaten bei langjähriger Betriebszugehörigkeit. Sind die vertraglichen Fristen kürzer als die gesetzlichen, dann gilt die längere gesetzliche Frist. Liegt ein einschlägiger und anwendbarer Tarifvertrag vor, beispielsweise ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag, und sind dort längere Fristen als im Arbeitsvertrag vorgesehen, dann gilt die tarifliche Frist. Im Grundsatz muss der Arbeitgeber die für den Arbeitnehmer günstigste, das heißt längste Frist beachten.

■ Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht – kurze Klagefrist von drei Wochen beachten

Innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung muss eine Klage vor dem zuständigen Arbeitsgericht eingereicht worden sein, ansonsten wird die Kündigung wirksam.

Wenn das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist und eine Kündigungsschutzklage erhoben wird, muss der Arbeitgeber einen Grund für die Kündigung im Verfahren darlegen

und auch beweisen. Kann er das nicht und befindet das Gericht die Kündigung für unwirksam, besteht das Arbeitsverhältnis weiterhin. War die Aufenthaltserlaubnis des Arbeitnehmers an die Arbeitsstelle gekoppelt, sind die Voraussetzungen für die Aufenthaltserlaubnis nicht entfallen, solange das Arbeitsgerichtsverfahren läuft. Der Ausgang des Verfahrens bleibt abzuwarten. Es ist aber zu beachten, dass kein Anspruch auf Arbeitslosengeld (ALG I) für die Zeit des gerichtlichen Verfahrens besteht, da der Arbeitnehmer auf Grund der Auflage für einen bestimmten Arbeitgeber tätig zu sein, dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung steht.

Ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar, kann eine Klage nur darauf abzielen, dass das Gericht feststellt, dass der Arbeitgeber die Kündigungsfrist nicht eingehalten hat und das Arbeitsverhältnis bis zum Anlauf der ordentlichen Kündigungsfrist bestanden hat.

■ Weiterarbeit bei ausbeuterischen Arbeitsbedingungen ist nicht zumutbar

Solange das Gericht nicht entschieden hat, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz Kündigungsschutzklage zur Weiterarbeit auffordern. Die Weiterbeschäftigung muss dann aber auch für den Arbeitnehmer zumutbar sein. Dies ist zum Beispiel bei einem Arbeitsverhältnis, bei dem es zu Körperverletzungen, Beleidigungen oder Eigentumsverletzungen zu Lasten des Arbeitnehmers gekommen ist, nicht der Fall. Auch bei ausbeuterischen Arbeitsverhältnissen oder Lohnwucher ist die Weiterarbeit nicht zumutbar. Der Arbeitnehmer darf dann die Weiterarbeit verweigern. Gewinnt er das Verfahren gegen die Kündigung, steht ihm auch die Vergütung für diese Zeit zu. Die Rechtsvertretung sollte gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich darauf hinweisen, dass die Weiterarbeit nicht zumutbar ist.

■ Meldung bei der Arbeitsagentur / beim Jobcenter

Wenn der Arbeitnehmer grundsätzlich berechtigt ist, in Deutschland zu arbeiten, sollte er sich im Fall der Kündigung schnellstmöglich beim zuständigen Jobcenter als arbeitssuchend melden. Der Arbeitnehmer dokumentiert hierüber seinen Status als arbeitssuchend. Das ist für EU-Bürger unter Umständen wichtig für die mögliche Prüfung des Freizügigkeitsgrundes durch die Ausländerbehörde und den Bezug von Sozialleistungen.

D Checkliste rund um den Lohnanspruch

A. Das Arbeitsverhältnis besteht noch

Grundsätzlich: Solange das Arbeitsverhältnis noch besteht – auch wenn der Arbeitnehmer sich noch nicht sicher ist, ob er das Arbeitsverhältnis verlassen kann oder will – ist es wichtig, die Perspektive des Arbeitnehmers zu klären und Beweise für ein mögliches Arbeitsgerichtsverfahren zu sammeln.

1. Prüfen des (Aufenthalts-) Status

- Prüfen Sie den Aufenthaltsstatus des Arbeitnehmers (anhand von Aufenthaltstitel, Duldung, Aufenthaltsgestattung, Grenzübertrittsbescheinigung). Ist der Arbeitnehmer vollziehbar ausreisepflichtig, muss bei allen weiteren Schritten die Übermittlungspflicht von Gerichten und Behörden an die Ausländerbehörde beachtet werden. Es besteht die Gefahr der Abschiebung (siehe G). Hier empfiehlt es sich, die Beratungsstellen von ver.di für „undokumentierte Arbeit“ hinzuzuziehen.

- Prüfen Sie die Arbeitsmöglichkeiten von assoziationsberechtigten türkischen Arbeitnehmern: Nach einem Jahr Beschäftigung hat er Anspruch auf Erneuerung der Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber. Nach drei Jahren hat er das Recht sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl auf ein unter normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedstaats eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben. Nach vier Jahren hat er freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung.

- Prüfen Sie, ob mit Ende des Arbeitsverhältnisses auch der Aufenthaltstitel erlischt. Wenn ja, prüfen Sie, ob ein Arbeitsplatzwechsel von der Ausländerbehörde genehmigt werden kann. So gibt es zum Beispiel im Bereich der Saisonarbeit, bei Spezialitätenköchen oder Au-pairs die Möglichkeit, in „begründeten Einzelfällen“ den Arbeitgeber zu wechseln (siehe K).

- Prüfen Sie, ob die Verlängerung des Aufenthaltstitels oder der Duldung von der Sicherung des Lebensunterhalts abhängt. Wenn ja, ist wahrscheinlich nur die Unterstützung bei der Suche nach einer neuen Verdienstmöglichkeit hilfreich. Ist die Sicherung des Lebensunterhalts anderweitig nicht zu leisten, kann geprüft werden, ob je nach Fall ein Strafverfahren gegen den Arbeitgeber wegen Menschenhandels oder schwerer Arbeitsausbeutung eine Möglichkeit darstellt. Zeugen können eine befristete Aufenthaltserlaubnis und Unterstützung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz erhalten (siehe unter L). In diesem Fall sollte eine Fachberatungsstelle gegen Menschenhandel hinzugezogen werden.

2. Unterlagen und Beweise sammeln

- Der Arbeitnehmer kann die Vorlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages verlangen: Wenn möglich, unterstützen Sie den Arbeitnehmer darin, einen Vertrag zu verlangen

- Fordern Sie den Arbeitnehmer auf, Aufzeichnungen anzufertigen über:
 - Art der Tätigkeiten, die er verrichten muss,
 - Stundenzahl, die pro Tag gearbeitet wurde, möglichst genau welche Tätigkeit von – bis, pro Tag inklusive abends, nachts, Wochenende,
 - Informationen zum Arbeitgeber: vollständiger Name, Adresse, Erreichbarkeit, Firma, Visitenkarte, Zettel mit Telefonnummern oder andere Hinweise auf Erreichbarkeit; fordern Sie den Arbeitnehmer gegebenenfalls auf, nachzufragen,

- Zeugen für die Arbeitsleistung, zum Beispiel Arbeitskollegen, Nachbarn, Besuch des Arbeitgebers: vollständiger Name, Adresse oder sonstige Erreichbarkeit; grundsätzliche Bereitschaft der Zeugen zur Aussage und was sie gesehen haben.
-

Fordern Sie den Arbeitnehmer auf, Unterlagen und Dokumente zu sammeln:

- Arbeitsvertrag,
 - Stundenzettel,
 - Quittungen,
 - SMS vom Arbeitgeber oder von Kollegen, die im Zusammenhang mit der Arbeit stehen.
-

Fordern Sie den Arbeitnehmer auf, Fotos von schlechten Arbeitsbedingungen zu machen, zum Beispiel von der Unterkunft.

Fordern Sie den Arbeitnehmer auf, herauszufinden, wer sein Arbeitgeber und damit sein Klagegegner ist (siehe dazu C 1.7). In Branchen, in denen Gewerkschaften tätig sind, können Sie diese um Unterstützung bitten.

Prüfen Sie, ob das Beschäftigungsverhältnis bei der Renten- und Krankenversicherung angemeldet ist. Wenn nicht, unterstützen Sie den Arbeitnehmer, den Arbeitgeber zu drängen, die Tätigkeit anzumelden.

B. Das Arbeitsverhältnis ist beendet

1. Prüfen des (Aufenthalts-) Status

EU-Bürger: Prüfen Sie, wie lange der Arbeitnehmer vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland beschäftigt war. War er länger als ein Jahr tätig, dann gilt er nicht als arbeitssuchend, sondern weiterhin als Arbeitnehmer, was den SGB II-Bezug erleichtert.

Drittstaater: Ist der Arbeitnehmer vollziehbar ausreisepflichtig, müssen Sie bei allen weiteren Schritten an die Übermittlungspflicht von Gerichten und Behörden denken. Es besteht die Gefahr der Abschiebung. Grundlage für die Feststellung des Aufenthaltsstatus ist immer die vollständige amtliche Bezeichnung im Pass oder Ersatzpapier. Prüfen Sie, ob und wenn ja, welche Berechtigung zum Aufenthalt und zur Arbeitsaufnahme darin steht. Prüfen Sie, ob der Aufenthaltstitel an den Arbeitsplatz gebunden ist. Wenn ja, muss für alle weiteren Schritte beachtet werden, dass der Arbeitnehmer vollziehbar ausreisepflichtig wird.

2. Meldung bei der Arbeitsagentur / beim Jobcenter

Prüfen Sie: Haben sich insbesondere EU-Bürger bei der Arbeitsagentur / beim Jobcenter arbeitssuchend gemeldet, um im Fall einer Prüfung durch die Ausländerbehörde den Freizügigkeitsgrund „Arbeitssuche“ dokumentieren zu können?

3. Leistungen im Krankheitsfall

Beachten Sie: Der Arbeitnehmer kann über den sogenannten nachgehenden Leistungsanspruch noch innerhalb eines Monats nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses Leistungen der Krankenversicherung in Anspruch nehmen.

4. Fristen beachten

Grundsätzlich: Lohnansprüche verjähren grundsätzlich nach drei Jahren. Es gibt aber häufig in Arbeitsverträgen oder Tarifverträgen sehr kurze Fristen, um den Lohnanspruch geltend zu machen!

- Prüfen Sie: Wie lange liegt das Arbeitsverhältnis zurück?

- Prüfen Sie: Müssen Ausschlussfristen aus dem Arbeitsvertrag oder aus einem anwendbaren Tarifvertrag beachtet werden? Sollte es unterschiedlich lange Fristen im Arbeits- und Tarifvertrag geben, gilt die längere Frist (siehe C 1.7).

- Prüfen Sie: Wurden Lohnabrechnungen erteilt? Dann gelten die Ausschlussfristen für die abgerechneten Beträge nicht.

- Frist läuft noch: Fordern Sie den Arbeitnehmer auf, Beweismittel für ein mögliches Arbeitsgerichtsverfahren zu sammeln (siehe oben unter A.).

- Frist ist abgelaufen: Prüfen Sie, ob es möglich ist, Lohn als Schadensersatz geltend zu machen (C 1.8):
 - Schriftlicher Arbeitsvertrag: Schadensersatzanspruch ist möglich, wenn im schriftlichen Arbeitsvertrag kein Hinweis auf den einschlägigen Tarifvertrag mit kurzer Frist enthalten ist.
 - Mündlicher Arbeitsvertrag: Schadensersatz ist möglich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht auf den einschlägigen Tarifvertrag mit kurzer Frist hingewiesen hat.
 - Schadensersatz ist möglich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer davon abgehalten hat, Lohn einzufordern und daher die Frist abgelaufen ist.

5. Lohnanspruch berechnen

Grundsätzlich: Der Lohnanspruch besteht für geleistete Arbeit, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Arbeitserlaubnis hatte!

- Prüfen Sie: War der Klient als Arbeitnehmer oder als Selbstständiger tätig?
Allein entscheidend für die Bewertung ist, wie die Arbeit organisiert war: Hat er selbst über Arbeitszeit und Inhalt entschieden (Selbstständiger) oder hat er Anweisungen erhalten (Arbeitnehmer)?

- Schriftlicher Arbeitsvertrag: Prüfen Sie, welche Lohnzahlung und welche Tätigkeit vereinbart wurde.

- Mündlicher Arbeitsvertrag: Klären Sie, was zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart wurde, beziehungsweise, welche Tätigkeit der Arbeitgeber verlangt und was er dafür gezahlt hat.

- Für die Berechnung der Lohnansprüche ist das relevant, was der Arbeitnehmer tatsächlich leisten musste, nicht das, was vereinbart wurde: Prüfen Sie, ob der Vertrag dem entspricht, was der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet hat. Wenn nicht, legen Sie die tatsächliche Stundenzahl und Art der Arbeit zugrunde.

- Prüfen Sie: Gibt es einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag oder einen Mindestlohn-Tarifvertrag, der eventuell anwendbar sein könnte? (<http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Tarifvertraege/inhalt.html>). Wenn ja, dann legen Sie die im Tarifvertrag vorgesehene Lohnhöhe zugrunde (siehe unter C 1.2.2).

- Bei auffallend niedrigem Stundenlohn: Prüfen Sie, ob Lohnwucher vorliegt (siehe unter C 1.2.4). Das ist der Fall, wenn weniger als zwei Drittel des Tariflohns gezahlt wurden. Wenn ja:
 - Die vertragliche Vereinbarung gilt nicht. Legen Sie die Lohnhöhe aus dem einschlägigen Tarifvertrag zugrunde; wenn kein Tarifvertrag anwendbar ist, legen Sie die ortsübliche Vergütung zugrunde.
 - Lohnwucher ist ein Straftatbestand (§ 291 StGB): Prüfen Sie, ob eine Anzeige gegen den Arbeitgeber hilfreich für das Arbeitsgerichtsverfahren des Arbeitnehmers ist.

- Prüfen Sie, ob „Schwarzarbeit“ vorliegt (siehe unter C 1.3). Wenn ja:
 - Der Arbeitnehmer kann Lohn verlangen, der als Zahlung „auf die Hand“ vereinbart wurde.
 - Wusste der Arbeitnehmer davon, müssen Sie das Risiko der Strafverfolgung des Arbeitnehmers berücksichtigen.

- Prüfen Sie: Wie sind die Sachleistungen (Kosten für Unterkunft und Verpflegung) vom Arbeitgeber berechnet? Der Arbeitgeber kann Unterkunft und Verpflegung nach vorgegebenen Sätzen (siehe Sozialversicherungsentgeltverordnung) als Bestandteil des Lohnanspruches des Arbeitnehmers gewähren (siehe unter C 1.6).
 - Gewährt der Arbeitgeber die Sachleistungen trotz Vereinbarung nicht, dann rechnen Sie die Kosten dafür als Teil des zu zahlenden Lohns mit.
 - Entsprechen Unterkunft und Verpflegung nicht den üblichen Standards, dann kann der Arbeitgeber sie nicht in vollem Umfang berechnen; rechnen Sie sie dann als Teil des zu zahlenden Lohns mit.

E Wie können die Arbeitnehmer ihre Rechte geltend machen?



Betroffene von Menschenhandel oder schwerer Arbeitsausbeutung können ihre Lohn- und Schadensersatzansprüche außergerichtlich oder im Rahmen eines Arbeitsgerichtsverfahrens durchsetzen.

1. Ohne das Arbeitsgericht

■ Prüfen Sie, ob es eine Ausschlussfrist für die Geltendmachung des Lohnanspruchs gibt. Die Frist muss mit dem außergerichtlichen Aufforderungsschreiben gewahrt werden.

Arbeitnehmer können in einem ersten Schritt versuchen, ihre Ansprüche außergerichtlich beim Arbeitgeber einzufordern. Dies sollte aus Dokumentations- und Beweisgründen schriftlich erfolgen. Es besteht keine Verpflichtung. Eine schriftliche Zahlungsaufforderung vor einer Klage oder einem Mahnbescheidsverfahren ist daher nicht erforderlich. Für den Arbeitnehmer hat die außergerichtliche Zahlung aber verschiedene Vorteile. Es besteht die Möglichkeit, dass er sein Geld oder zumindest einen Teil seines Geldes schnell bekommt. Es werden kaum Kosten verursacht und es bestehen nicht die hohen Beweisanforderungen wie in einem Gerichtsverfahren. Darüber hinaus kann der Arbeitnehmer anhand der möglichen Reaktion des Arbeitgebers auf ein Aufforderungsschreiben erkennen, wie sich dieser zu den Forderungen positioniert.

In einer schriftlichen Zahlungsaufforderung sollten die monatlich zu zahlenden fälligen Lohnansprüche inklusive aller geleisteten Überstunden und die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall der Höhe nach aufgelistet werden. Mit

einem solchen Aufforderungsschreiben sollten auch die möglicherweise eingreifenden Ausschlussfristen aus dem Arbeitsvertrag oder aus dem Tarifvertrag gewahrt werden. Auch aus diesem Grund sollten vorsorglich alle Ansprüche eingefordert werden. Wenn es dann zu einer Klage kommt, kann der Arbeitnehmer neu entscheiden, welche Ansprüche er einklagen will. Die Beratungsstelle kann die Arbeitnehmer dabei unterstützen, den Arbeitgeber zur Zahlung aufzufordern. Bei komplizierteren Zahlungsansprüchen sollte ein Rechtsanwalt hinzugezogen werden. Zu den Kosten der Rechtsberatung und außergerichtlichen Vertretung durch einen Rechtsanwalt siehe unter F 1.

Beispiel für ein einfaches außergerichtliches Aufforderungsschreiben:

10.10.2011

Sehr geehrter Herr X.,

ich wende mich im Auftrag von Frau Z. an Sie, um diese bei der Geltendmachung der gegen Sie bestehenden finanziellen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis als Hausangestellte zu unterstützen.

In dem zwischen Ihnen geschlossenen Arbeitsvertrag wurde ein Lohn in Höhe von 800 Euro brutto monatlich vereinbart. (Kopie des Arbeitsvertrags beifügen) Sie haben für die Monate Juni, Juli und August aber nur insgesamt 400 Euro an Frau Z. gezahlt und auch keine Lohnabrechnungen erteilt. Sie werden aufgefordert, Frau Z. den vertraglich vereinbarten Lohn in Höhe von 800 Euro brutto monatlich für die Monate Juni, Juli und August 2011 abzüglich bereits gezahlter 400 Euro netto, eingehend auf der Ihnen bekannten Kontoverbindung von Frau Z.

bis zum 24.10.2011

zu zahlen. Lassen Sie bitte Frau Z. auch die Lohnabrechnungen in der gesetzten Frist zukommen. Sollten Sie die Frist verstreichen lassen, so wird Frau Z. ihre Lohnansprüche gerichtlich geltend machen.

Mit freundlichen Grüßen,

2. Der Weg über das Arbeitsgericht

2.1 Klageeinreichung

Wenn der Arbeitnehmer die Klage nicht selbst formuliert oder durch einen Rechtsanwalt erstellen lässt, kann er die Klage auch direkt beim Arbeitsgericht bei der Rechtsantragstelle einreichen. Die Klage wird dann dort mit Hilfe der Rechtsantragsstelle formuliert. Die Arbeitnehmer müssen alle Anlagen mitbringen, also den Arbeitsvertrag, die Abrechnungen et cetera. Es muss eine ladungsfähige Anschrift des Arbeitnehmers angegeben werden – dies kann auch eine c/o-Anschrift sein – sowie die ladungsfähige Anschrift des Arbeitgebers. Ist dies alles nicht vorhanden, gibt es keinen Arbeitsvertrag, keine Abrechnungen et cetera, ist es besser, einen Rechtsanwalt aufzusuchen und die Klageaussichten prüfen zu lassen.

Der Arbeitnehmer kann Ansprüche, die bereits fällig sind, ohne Aufforderungsschreiben einklagen. Das sind beispielsweise die monatlich zu zahlenden Lohnansprüche und die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die Fälligkeit des Lohnanspruchs ist in einigen Branchen tariflich geregelt, so etwa für den Bau- oder die Gebäudereinigung, dort besteht Fälligkeit zum 15. des Folgemonats. Gibt es keine vertragliche oder tarifvertragliche Regelung, ist bei monatlicher Lohnzahlung von einer Fälligkeit des Lohns mit dem Monatsletzten auszugehen. Siehe zu den Kosten einer Klage unter F 2.

2.2 Mahnbescheidsverfahren

Will der Arbeitnehmer nicht gleich eine Klage einreichen, kann er auch ein sogenanntes Mahnbescheidsverfahren vor dem Arbeitsgericht einleiten. Der Arbeitnehmer kann ein spezielles Antragsformular ausfüllen und an das Mahngericht¹⁹ schicken. Das Formular ist in jedem Schreibwarenhandel für 2,50 Euro erhältlich. Der Mahnbescheid wird dem Arbeitgeber dann per Post zugestellt. Ist der Arbeitgeber mit der Forderung nicht einverstanden, kann er schriftlich Widerspruch dagegen einlegen. Tut er das, wird ein Gerichtstermin anberaumt. Sollte ein Widerspruch des Arbeitgebers nicht erfolgen, so kann der Arbeitnehmer einen Vollstreckungsbescheid gegen den Arbeitgeber beantragen. Gegen diesen kann der Arbeitgeber wiederum Einspruch einlegen, und es kommt dann zu einer Gerichtsverhandlung vor dem Arbeitsgericht. Tut er das nicht, hat der Arbeitnehmer einen vollstreckbaren Titel erlangt.

Ein Mahnbescheidsverfahren empfiehlt sich eigentlich nur, wenn der Arbeitgeber den Anspruch der Arbeitnehmer voraussichtlich akzeptieren wird. Ansonsten ist das Mahnbescheidsverfahren im Falle des Widerspruchs oder Einspruchs nur vergeudete Zeit.

2.3 Unterstützung im Gerichtsverfahren durch Beratungsstellen

Die Arbeitnehmer können als Kläger in die Verhandlung sogenannte Beistände (§ 11 Abs. 6 Arbeitsgerichtsgesetz) zur Unterstützung mitbringen. Es kann sich dabei um einen Arbeitskollegen, Freund, Bekannten oder auch die Mitarbeiter einer Beratungsstelle handeln. Allerdings ist eine Zulassung des Beistands durch das Arbeitsgericht erforderlich. Insbesondere, wenn eine Partei (Kläger oder Beklagter) nicht anwaltlich vertreten und unerfahren ist, kommt die Zulassung als Beistand in Betracht. Der Beistand kann dann für die Partei Erklärungen abgeben, die als Parteierklärung gelten. Dies ist in der Praxis zum Beispiel dann sinnvoll, wenn der Klient verunsichert ist und sich ein Auftreten vor Gericht allein oder „nur“ mit dem Anwalt nicht zutraut.

¹⁹ Eine Auflistung aller Mahngerichte in Deutschland ist unter <http://www.mahngerichte.de/index.htm> (Stand: 13.02.2012) zu finden.

2.4 Welche Möglichkeiten bestehen, wenn Arbeitnehmer nicht selbst vor Gericht als Kläger auftreten wollen?

Wenn Betroffene nicht selbst vor Gericht auftreten wollen oder können, gibt es die rechtliche Möglichkeit, die Ansprüche der Arbeitnehmer auf Lohn und Schadensersatz abzutreten (§§ 398 ff BGB). Ein Arbeitnehmer kann also seinen Lohnanspruch an eine andere Person weitergeben, die den Arbeitgeber dann verklagt. Dies kann eine Privatperson sein oder eine Person, die eine Beratungseinrichtung oder einen Verband vertritt. Dabei ist zu beachten, dass die Person, die die Ansprüche übernimmt und klagt, auch maßgeblich ist für die mögliche Bewilligung von Prozesskostenhilfe und dass sie auch die Kosten trägt.

In Situationen mit einem großen Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann diese Konstruktion für den Einzelfall sinnvoll sein. Sie bietet einer Beratungseinrichtung oder einem Dachverband aber auch die Möglichkeit, einen strategischen Prozess zu führen und über die Klärung des Einzelfalls eine Verbesserung der Situation vieler Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage zu erreichen.

■ Lohnansprüche

In Bezug auf Lohnansprüche ist folgende Besonderheit zu berücksichtigen: Lohnansprüche können nur unter engen Voraussetzungen abgetreten werden. Bei Lohnansprüchen ist eine Abtretung nur für den pfändbaren Teil des Lohnanspruchs möglich. Pfändbar ist der Lohnanspruch eines Arbeitnehmers erst ab 1.030 Euro netto monatlich (§ 850c der Zivilprozessordnung (ZPO)). Diese Beschränkung greift nicht ein, wenn dem Arbeitnehmer der Lohnanspruch zuvor „abgekauft“ wird, er also für die Ansprüche einen entsprechenden Geldbetrag bekommt.

Bei der Abtretung der Lohnansprüche wegen der Ausreise eines Arbeitnehmers oder wegen des irregulären Aufenthaltes sind deshalb verschiedene Aspekte zu beachten: Gibt es eine Person oder Organisation, die dem betroffenen Arbeitnehmer die Lohnansprüche abkauft? Ist die gerichtliche Verfolgung der Ansprüche erfolgversprechend? Ist die Arbeitgeberseite auch wirtschaftlich solvent, so dass eine möglicherweise erforderliche Vollstreckung auch zum Erfolg führt? Eine Abtretung von Lohnansprüchen wird in

der Regel nur bei strategischen Prozessen sinnvoll sein oder wenn der Arbeitgeber solvent ist und die Beweislage eindeutig.

■ Schadensersatzansprüche

Schadensersatzansprüche wegen einer Rechtsgutverletzung, also zum Beispiel wegen Körperverletzungen, können ohne eine Gegenleistung abgetreten werden. Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer zum Beispiel seinen Schadensersatzanspruch an eine Person aus einer Beratungsstelle abtreten kann. Diese klagt vor Gericht und kann dann die erstrittene Summe an den Arbeitnehmer weitergeben. Aber auch hier ist zu beachten, dass die klagende Person das Kostenrisiko trägt.

3. Beweismöglichkeiten und Beweisschwierigkeiten

Fordern Sie den Arbeitnehmer so früh wie möglich auf, Beweise zu sammeln.

Betroffene von Arbeitsausbeutung und Menschenhandel verfügen häufig nicht über geeignete Nachweise für ihre Arbeit. Insbesondere in Branchen, die nicht kontrolliert werden, wie die Hausarbeit, häusliche Pflege oder in kleineren, privaten Arbeitsverhältnissen, bekommen sie zum Teil keine schriftlichen Verträge, keine ordnungsgemäßen Lohnabrechnungen et cetera. In stark regulierten und häufig kontrollierten Branchen haben sie das gegenteilige Problem. Arbeitgeber können in der Regel alle erforderlichen Belege wie Arbeitsverträge, Quittungen, Abrechnungen vorlegen. Diese weisen dann entgegen der Realität ordnungsgemäße Arbeitsbedingungen aus. Arbeitnehmer sind daher in einem Arbeitsgerichtsprozess häufig im Nachteil gegenüber den Arbeitgebern.

Im Prozessrecht besteht der Grundsatz, dass die Partei, die etwas erhalten möchte, den Anspruch und die Anspruchshöhe darlegen und beweisen muss, falls die Gegenpartei dies bestreitet. Es ist deshalb wichtig, darauf zu achten, dass die Arbeitnehmer auch über ausreichende

Beweismittel verfügen und diese schon im Vorfeld eines Prozesses gesammelt werden. Es gibt fünf zugelassene Beweismittel im Prozessrecht: Sachverständige, Augenscheineinnahme durch das Gericht, Parteivernehmung, Urkunden und Zeugen.

■ Urkunden kopieren

Im Arbeitsgerichtsprozess sind Zeugen und Urkunden die häufigsten Beweismittel. Urkunden sind zum Beispiel der Arbeitsvertrag, Quittungen, unterschriebene Erklärungen, Anordnungen und Mitteilungen vom Arbeitgeber. Soweit diese existieren, sollten Kopien gemacht werden und diese gesammelt werden. Arbeitnehmer bekommen Arbeitsauforderungen zum Teil nur per SMS. Auch die können vorgelegt werden als Indiz für das Bestehen des Arbeitsverhältnisses, für Arbeitszeiten und für die Frage, wer der Arbeitgeber ist. Die SMS sollte gespeichert werden und kann in einem Gerichtsverfahren als Beweis dienen, das Gericht kann die SMS in „Augenschein nehmen“. Eigene Aufzeichnungen sind im Arbeitsgerichtsverfahren kein geeignetes Beweismittel, es sei denn, es wurden eigene Stundenaufzeichnungen von einer vorgesetzten Person abgezeichnet. Dennoch sind gerade eigene Stundenaufzeichnungen ganz wichtig für die Rechtsvertretung, damit in einer Klageschrift der Umfang der Tätigkeit angegeben werden kann.

■ Zeugen suchen

Die Beratung sollte auch möglichst früh abfragen, ob es für den Umfang der täglichen Arbeitszeit und für die Vereinbarungen bei einem mündlichen Vertrag Zeugen gibt und ob diese auch bereit sind, vor dem Arbeitsgericht auszusagen. Zeugen können zum Beispiel Kollegen, aber auch Nachbarn sein, die bestätigen können, dass der Arbeitnehmer immer wieder am Arbeitsort war. Für den Bereich der Pflege oder Hausarbeit können potentielle Zeugen regelmäßige Besucher, Eltern anderer Kinder et cetera sein.

Zeugen müssen mit vollständigem Namen und Anschrift im Gerichtsverfahren angegeben werden. Manchmal sind mögliche Zeugen nur mit Vornamen oder gar nicht mit Na-

men bekannt, dann ist es ratsam, noch einmal nachzufragen. Es ist auch gut, wenn die Zeugen frühzeitig aufschreiben, was sie gesehen und gehört haben, zum Beispiel wann und wie oft sie die Betroffenen an der Arbeitsstelle gesehen haben. Wenn es auf den Inhalt eines Gesprächs ankommt, das der Zeuge mit angehört hat, dann sollte auch dieses Gespräch möglichst wortlautgetreu aufgeschrieben werden. Es reicht nicht aus, wenn Zeugen nur sagen können, dass sie von anderen etwas gehört haben. Es reicht also nicht aus, wenn der Zeuge bestätigt, von der Klientin gehört zu haben, dass sie jeden Tag drei Überstunden machen musste.

4. Ablauf des Arbeitsgerichtsverfahren

Nachdem der Arbeitnehmer die Klage eingereicht hat, wird diese an den Arbeitgeber zugestellt, und es wird gleichzeitig ein Gütetermin vor dem Arbeitsgericht bestimmt. In diesem Termin trifft das Gericht keine Entscheidung. Die Verhandlung dient dazu, dass die Parteien Vergleichsgespräche führen. Kommt es dabei nicht zu einer Einigung der Parteien, bestimmt das Gericht einen sogenannten Kammertermin, in dem dann eine gerichtliche Entscheidung getroffen werden kann. Die Parteien können sich in jedem Stadium des Prozesses vergleichen.

Erscheint der Arbeitgeber nicht zum Gütetermin oder zum Kammertermin, kann das Arbeitsgericht ein Versäumnisurteil²⁰ gegen ihn erlassen. Gegen dieses Versäumnisurteil kann der Arbeitgeber dann innerhalb von einer Woche nach Zustellung des Versäumnisurteils Einspruch einlegen, und es kommt dann zu einer erneuten Verhandlung. Wird kein Einspruch eingelegt, ist das Versäumnisurteil ein vollstreckbarer Titel. Der Arbeitnehmer kann dann auf dieser Grundlage zum Beispiel die Zahlung seines Lohnes verlangen.

²⁰ Erscheint der Beklagte (in diesem Fall der Arbeitgeber) zu einer mündlichen Verhandlung nicht, gilt das gesamte Vorbringen des Klägers (in diesem Fall der Arbeitnehmer) als zugestanden (§ 331 Abs. 1 S. 1 ZPO). Das, was der Kläger gesagt hat, ist dann die Grundlage der Entscheidung des Gerichts.

F Welche Kosten können für die Arbeitnehmer entstehen?



Kosten entstehen zunächst für die Beratung durch einen Rechtsanwalt. Entscheiden sich Betroffene zu einer Klage vor dem Arbeitsgericht, fallen Gerichtskosten und weitere Anwaltskosten an. Grundsätzlich gilt in Gerichtsverfahren die Regel, dass die Person, die verliert, auch die Kosten für das Verfahren trägt. Im Arbeitsgerichtsverfahren besteht die Besonderheit, dass in der ersten Instanz in den Urteilsverfahren jede Partei ihre Rechtsanwaltskosten selbst trägt, unabhängig davon wer gewinnt oder verliert. Die Betroffenen müssen also damit rechnen, dass sie ihre Anwaltskosten bezahlen müssen, es sei denn, sie haben einen Anspruch auf staatliche Unterstützung.

1. Was kostet die Rechtsberatung bei einem Anwalt?

Arbeitnehmer können ihre Lohn- und Schadensersatzansprüche außergerichtlich oder im Rahmen eines Arbeitsgerichtsverfahrens durchsetzen.

■ **Arbeitnehmer mit geringem Einkommen können einen Beratungshilfeberechtigungsschein bekommen. Dann kostet die Beratung bei einem Rechtsanwalt zehn Euro. Notwendige Dolmetscherkosten für die Beratung übernimmt die Staatskasse.**

Hat der Arbeitnehmer nur ein geringes oder kein Einkommen, kann er einen sogenannten Beratungshilfeberechtigungsschein beantragen. Anwälte sind unter bestimmten Ausnahmen dazu verpflichtet, Rechtsberatung auf

der Grundlage des Beratungshilfeberechtigungsscheines zu leisten. Dies kostet die Arbeitnehmer zehn Euro. Eine Vereinbarung über höhere Gebühren ist unzulässig. Die Beratung deckt den gesamten Beratungsprozess sowie die außergerichtliche Vertretung zum „Streitgegenstand“ ab, etwa „Lohnforderungen aus dem Arbeitsverhältnis mit der Firma X“. Die Anzahl der durchgeführten Beratungsgespräche oder der Schreiben, die der Anwalt hierfür verschickt, ist nicht entscheidend. Gibt es darüber hinaus zum Beispiel aber noch aufenthaltsrechtliche Probleme oder wird dem Arbeitnehmer zeitversetzt gekündigt, handelt es sich dabei um weitere Streitgegenstände. Hierfür müssen jeweils eigene Beratungshilfeberechtigungsscheine beantragt werden.

Der Arbeitnehmer kann den Beratungshilfeberechtigungsschein direkt bei der Rechtsantragstelle des Amtsgerichts, in dessen Bezirk er gemeldet ist beziehungsweise wohnt, beantragen. Dort muss er Nachweise über die Höhe des Einkommens und ein Ausweisdokument vorlegen. Die Rechtsantragsstelle soll die Identität des Antragstellers überprüfen. Das ist möglich über einen Ausweis, einen Führerschein oder andere amtliche Dokumente, auf denen ein Foto ist. Dies wird in der Praxis sehr unterschiedlich gehandhabt. Sind Schwierigkeiten vorhersehbar, etwa weil der Arbeitnehmer keinen rechtmäßigen Aufenthaltsstatus hat, sollte ein Anwalt den Beratungshilfeberechtigungsschein beantragen.

Wenn es nicht möglich ist, einen Einkommensnachweis oder andere Dokumente über den Bezug von Leistungen vorzulegen, kann der Antragsteller eine eidesstattliche Versicherung über seine wirtschaftlichen Verhältnisse abgeben. Dies wird in der Praxis von den Gerichten unterschiedlich gehandhabt, sollte aber probiert werden, wenn es keine andere Möglichkeit gibt.

Der Arbeitnehmer kann sich mit der Bitte um Rechtshilfe aber auch direkt an den Anwalt wenden. Der Beratungshilfeberechtigungsantrag wird dann vom Rechtsanwalt nachträglich bei dem Amtsgericht gestellt. Auch hier muss der Anwalt die einkommensrelevanten Belege beifügen.

In der Praxis ist es manchmal schwierig, wenn der Antrag auf Beratungshilfe über die Anwälte gestellt wird. Die Gerichte verweisen dann zum Teil erst mal auf eine Beratungsstelle. Daher ist es für die Bewilligung der Beratungshilfe hilfreich, wenn die Beratungsstelle nachdem die Beratung dort abgeschlossen ist, ein Bestätigungsschreiben anfertigt, aus dem konkret hervorgeht, dass der Klient die Beratungsstelle wegen einer bestimmten Angelegenheit aufgesucht hat und darüber hinaus eine weitergehende anwaltliche Beratung erforderlich ist.

Sprechen die Arbeitnehmer nicht ausreichend deutsch, so dass für die Rechtsberatung ein Dolmetscher erforderlich ist, dann können auch notwendige Dolmetscherkosten von der Staatskasse übernommen werden. Das bedeutet, der Anwalt bezahlt den Dolmetscher und kann diese Kosten dann von der Staatskasse als notwendige Auslagen erstattet bekommen. Daher ist es wichtig, dass der Rechtsanwalt den Dolmetscher beauftragt. Der Rechtsanwalt muss prüfen, ob ein Dolmetscher erforderlich ist. Er muss darlegen, wann welcher Dolmetscher wie lange tätig war. Der Dolmetscher braucht keine gerichtliche Zulassung. Er muss „nur“ in der Lage sein, das Gesprochene zu übersetzen.²¹

2. Was kostet ein Gerichtsverfahren vor dem Arbeitsgericht?

Bei geringem oder keinem Einkommen kann der Arbeitnehmer für das Klageverfahren und auch für das Mahnbescheidsverfahren Prozesskostenhilfe (PKH) beantragen. Für den Prozesskostenhilfeantrag gibt es Formulare, die ausgefüllt und mit den Einkommensunterlagen und der Klage oder später – aber vor Abschluss des Verfahrens – beim Arbeitsgericht eingereicht werden müssen. Dies übernimmt in der Regel der Rechtsanwalt.

Der Arbeitnehmer bekommt Prozesskostenhilfe, wenn er finanziell bedürftig ist und wenn die Klage Aussicht auf Erfolg hat. Die Gerichtskosten fallen dann nicht an und der eigene Rechtsanwalt macht seine Kosten bei der Staatskasse geltend, er hat keinen Zahlungsanspruch gegen den Mandanten.

Es besteht auch die Möglichkeit, dass das Gericht PKH bewilligt, aber eine monatliche Ratenzahlung anordnet, da das Einkommen für eine ratenfreie Gewährung der PKH zu hoch ist. Dann muss der Arbeitnehmer monatlich Raten an die Staatskasse zahlen, bis die von der Staatskasse erstatteten Beträge an den Rechtsanwalt und gegebenenfalls die Gerichtskosten getilgt sind.

Ist nicht abzusehen, wie das Gericht die Erfolgsaussichten einer Klage beurteilen wird, hat der Anwalt die Möglichkeit, vor Einreichung einer Klage einen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) zu stellen (sogenanntes Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren). Die beabsichtigte Klage muss dann nur im Entwurf beigefügt werden. Hierfür kann der Rechtsanwalt eine Gebühr verlangen. Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem, was eingeklagt werden soll. Der Rechtsanwalt muss den Arbeitnehmer über die Höhe informieren. Lehnt dann das Gericht die Prozesskostenhilfe ab und wird die Sache nicht weiterverfolgt, bleibt es bei dieser Rechtsanwaltsgebühr. Bewilligt das Gericht die Prozesskostenhilfe und wird die Klage eingereicht, so entsteht die Gebühr nicht gesondert, sondern geht in der Gebühr für das Klageverfahren auf. Die ist dann über die Prozesskostenhilfe abgedeckt.

Wird Prozesskostenhilfe bewilligt, kann die Klage im Umfang der gewährten Prozesskostenhilfe eingereicht werden. Sollen zum Beispiel neben Lohnansprüchen auch Sachbezüge wie die vereinbarte Verpflegung oder eine Unterkunft eingeklagt werden, könnte vorab ein Prozesskostenhilfeantrag gestellt werden, wenn die Höhe der Sachbezüge nicht eindeutig ist und damit ein Prozesskostenrisiko besteht. Gewährt das Arbeitsgericht PKH in einem geringeren Umfang als im Klageentwurf begehrt wurde, sollte die Klage entsprechend angepasst eingereicht werden, um eine Kostenlast für den Klienten zu vermeiden. Dieser Weg sollte

²¹ Von dem Anwalt ausgelegte Dolmetscherkosten sind grundsätzlich erstattungsfähig, siehe beispielsweise Landgericht Bochum, Beschluss vom 25.10.2001-7 a T 317/01.

nicht gewählt werden, wenn der Arbeitnehmer für die Klage nur eine kurze Frist, beispielsweise von drei Wochen, für eine Klage nach Erhalt einer Kündigung hat. In diesem Fall sollte zeitgleich mit der Klage der Antrag auf PKH beim Arbeitsgericht eingereicht werden.

Hat der Arbeitgeber einen Anwalt, kann der Arbeitnehmer nach § 11 a Abs. 1 Arbeitsgerichtsgesetz einen Rechtsanwalt bekommen, der von der Staatskasse bezahlt wird. Diese Regelung soll gewährleisten, dass zwischen den Parteien die sogenannte Waffengleichheit herrscht. In diesem Fall prüft das Gericht nur noch, ob der Arbeitnehmer finanziell bedürftig und ob die Rechtsverfolgung offensichtlich mutwillig ist. Ob die Klage Aussicht auf Erfolg hat, wird nicht mehr geprüft.

Wurde Prozesskostenhilfe gewährt, fragt das Arbeitsgericht nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens vier Jahre lang regelmäßig bei den Antragstellern nach, ob sich das Einkommen erhöht hat. Wenn dem so ist, muss die Prozesskostenhilfe gegebenenfalls an die Justizkasse zurückgezahlt werden. Das ist insbesondere dann zu berücksichtigen, wenn eine hohe Summe eingeklagt wird.

Beispiel:

Ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe auf Grund eines geringen Einkommens hat, muss im Einzelfall überprüft werden. Bezieht er ALG II oder Leistungen nach dem SGB XII, besteht in der Regel ein Anspruch. Erwerbstätige Antragsteller erhalten einen Freibetrag für minderjährige Kinder, wenn Unterhaltspflichten bestehen. Bestehende finanzielle Belastungen wie Miete oder Darlehenszahlungen werden berücksichtigt. Zum Beispiel ist eine erwerbstätige Antragstellerin mit einem Nettoeinkommen von 700 Euro und einer Mietbelastung von 480 Euro berechtigt, Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung zu bekommen.

G Was ist bei der Beratung von Arbeitnehmern ohne Papiere zu beachten?



Menschen ohne Papiere, das heißt Migranten ohne Aufenthaltstitel oder ohne Duldung, sind aufgrund der rechtlichen Situation besonders verletzlich für wirtschaftliche Ausbeutung und Rechtsverletzungen.²² Arbeitgeber können sie leichter unter Druck setzen. Aufgrund ihres Aufenthaltsstatus' und des fehlenden Zugangs zum Arbeitsmarkt sind sie häufig gezwungen, Arbeitsbedingungen zu „akzeptieren“, die zum Teil weit unter arbeitsrechtlichen Mindestnormen liegen.²³

1. Welche Ansprüche haben die Betroffenen?

■ Menschen ohne Papiere haben dieselben Rechtsansprüche aus einem Arbeitsverhältnis wie reguläre Arbeitnehmer.

■ Lohn- und Schadensersatz

Menschen ohne Papiere haben dieselben Rechtsansprüche aus einem Arbeitsverhältnis wie reguläre Arbeitnehmer: Ansprüche auf Lohn- und Schadensersatz, Urlaub, Entgeltfortzahlung bei Krankheit. Sie können diese Ansprüche vor dem Arbeitsgericht einklagen (siehe dazu unter C und E).

In irregulären Arbeitsverhältnissen ist es häufig schwierig, die Dauer des Arbeitsverhältnisses nachzuweisen, und dies

geht in gerichtlichen Auseinandersetzungen in der Regel zu Lasten der Arbeitnehmer. Daher gilt im Arbeitsgerichtsverfahren zugunsten der irregulären Arbeitnehmer die Vermutung, dass das Arbeitsverhältnis drei Monate lang bestanden hat (§ 98a Abs.1 Aufenthaltsgesetz). Das bedeutet, der Arbeitgeber muss nachweisen, dass das nicht der Fall war. Kann er das nicht, gelten die drei Monate als bewiesen. Arbeitszeiten über die drei Monate hinaus müssen dann wieder vom Arbeitnehmer bewiesen werden.

Bei der Berechnung der Höhe des Lohns ist grundsätzlich die übliche Vergütung für die Tätigkeit zugrunde zu legen. Sie orientiert sich an einschlägigen Tarifverträgen oder – wenn es diese nicht gibt –, am Lohn, der in der Region durchschnittlich für die Arbeit bezahlt wird. Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zulässigerweise eine geringere oder eine höhere Vergütung vereinbart haben (§ 98a Abs. 2 AufenthG). Eine niedrigere Vergütung ist nur zulässig, solange sie nicht sittenwidrig ist (siehe dazu unter C 1.2.4 Lohnwucher).

■ Unfallversicherung

Wenn den Arbeitnehmern auf dem Weg zur Arbeit, während der Tätigkeit oder auf dem Weg von der Arbeit nach Hause ein Unfall passiert oder sich aufgrund der Arbeit eine Krankheit entwickelt hat, haben Arbeitnehmer Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung (siehe dazu unter C 5.).

²² Das Deutsche Rote Kreuz und der Caritasverband haben ein umfassendes Handbuch zum Thema aufenthaltsrechtliche Illegalität für die Beratungsarbeit erstellt, siehe Deutsches Rotes Kreuz e.V. / Deutscher Caritasverband e.V. (Hg.) (2010).

²³ Für weitere Informationsmaterialien zur Durchsetzung der Arbeitsrechte für Arbeitnehmer und Beratung siehe Caritasverband für die Diözese Osnabrück e.V. – EQUAL-Projekt SAGA (2009): <http://www.equal-saga.info/docs/Flyer/Flyer5/Flyer5b-DE.pdf> (Stand: 18.04.2012).

■ Prozesskostenhilfe / Beratungshilfe

Wenn sie nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, können Menschen ohne Papiere einen Beratungshilfeberechtigungsschein und Prozesskostenhilfe beantragen (siehe dazu unter F 1., 2.). Auch insoweit besteht kein Unterschied zu Betroffenen von Arbeitsausbeutung, die über einen rechtmäßigen Aufenthaltsstatus verfügen. Rechtsanwälte unterliegen der Schweigepflicht. Sie dürfen das, was ihnen im Rahmen der Beratung erzählt wird, nicht an andere Stellen weitergeben. Zu beachten ist allerdings, dass nicht sicher ist, ob andere Stellen wie die Rechtsantragsgstelle beim Amtsgericht Daten an die Ausländerbehörde übermitteln (siehe dazu unter G 3.).

2. Gegen wen richtet sich der Anspruch auf die Zahlung von Lohn?

- Arbeitnehmer ohne rechtmäßigen Aufenthaltsstatus beziehungsweise Duldung können ihre Lohnansprüche nicht nur gegen ihre direkten Arbeitgeber, sondern gegen die gesamte Subunternehmerkette bis hin zum Generalunternehmer geltend machen.

■ Arbeitgeber

Der Anspruch richtet sich grundsätzlich gegen die Arbeitgeber. Teilweise ist es schwer für die Arbeitnehmer, diese zu identifizieren, zum Teil sind die direkten Auftraggeber insolvent.

■ Generalunternehmer

Ist der direkte Arbeitgeber insolvent oder nicht zahlungsbereit, kann in bestimmten Branchen grundsätzlich auf die sogenannte Generalunternehmerhaftung zurückgegriffen werden. Sie ist im Arbeitnehmerentsendegesetz geregelt. Das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) ist ein Gesetz, auf dessen Grundlage in Deutschland in bestimmten Bran-

chen Mindeststandards für Arbeitsbedingungen, zum Beispiel der Mindestlohn, festgelegt werden können.

Für die Beschäftigung von Drittstaatlern ohne Beschäftigungserlaubnis (§ 98a Abs. 1 Aufenthaltsgesetz) und EU-Bürgern ohne die erforderliche EU-Arbeitsgenehmigung (Bulgaren und Rumänen) ist diese Generalunternehmerhaftung auf alle Branchen erweitert worden (§ 98a Abs. 3,4 Aufenthaltsgesetz). Das bedeutet, dass die Lohnansprüche auch von allen Unternehmen in einer Auftragskette bis hin zum Generalunternehmen verlangt werden können. Diese Möglichkeit entfällt nur, wenn die Unternehmen nachweisen können, dass sie aufgrund sorgfältiger Prüfung davon ausgehen konnten, dass die erforderliche Beschäftigungserlaubnis beziehungsweise Arbeitsgenehmigung-EU vorlag.

3. Welche Risiken bestehen bei der Durchsetzung von Lohnansprüchen?

- Wenn der Arbeitsrichter erfährt, dass der Betroffene keine Aufenthaltserlaubnis beziehungsweise keine Duldung hat, kann es passieren, dass er diese Information an die Ausländerbehörde weitergibt.

Besondere Schwierigkeiten können sich bei der Durchsetzung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen vor den Gerichten ergeben. Dies betrifft Menschen, die ohne die erforderliche Aufenthaltserlaubnis gearbeitet haben. Es betrifft aber auch Arbeitnehmer, deren Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis an einen bestimmten Arbeitsplatz gebunden sind. Wenn diese Arbeitnehmer zum Beispiel aus dem Bereich der Entsendearbeit ihren Arbeitsplatz verlieren, weil ihnen auf einmal gekündigt wird oder sie aufgrund der Ausbeutung den Arbeitgeber verlassen, erlischt ihre Aufenthaltserlaubnis.

Es besteht eine große Unwägbarkeit bei der gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche von Menschen ohne Papiere. § 87 Absatz 2 Aufenthaltsgesetz sieht vor, dass sogenannte öffentliche Stellen, wenn sie vom fehlenden Aufenthalts-

titel oder der fehlenden Duldung einer Person erfahren, diese Daten an die Ausländerbehörden weiterleiten müssen. Das kann zur Folge haben, dass Arbeitnehmer den Behörden bekannt und abgeschoben werden. Es gibt unterschiedliche Rechtsauffassungen darüber, ob auch Richter eine solche Pflicht zur Übermittlung haben. In jedem Fall besteht aber die Möglichkeit, dass die Informationen weitergegeben werden. Bisher gibt es wenig Praxis in der gerichtlichen Durchsetzung von Lohnansprüchen irregulärer Migranten. Hier müssen noch weitere Erfahrungen gesammelt und auch verbreitet werden. Es ist unbedingt darauf zu achten, dass die Adresse des Arbeitnehmers nicht bekannt wird und dass er nicht im Gericht erscheint. Wird das berücksichtigt, kann schlimmstenfalls eine Klage als unzulässig abgewiesen oder ein Ordnungsgeld gegen den Arbeitnehmer verhängt werden.

Die Übermittlungspflicht kann Auswirkungen an folgenden Punkten haben und muss in der Beratung mitbedacht werden:

■ Die Anträge auf Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe müssen jeweils die Meldeadresse der antragstellenden Person enthalten. Hierfür kann eine c/o-Anschrift angegeben werden. Das kann zum Beispiel die Adresse einer Beratungsstelle sein.

■ Der Beratungshilfeberechtigungsschein kann grundsätzlich entweder bei der Rechtsantragsstelle des Amtsgerichts beantragt werden oder der Arbeitnehmer kann zu einem Rechtsanwalt gehen und dort direkt um Rechtshilfe bitten (siehe dazu F 1.). Menschen ohne Papiere sollten direkt zu einem Anwalt gehen.

■ Die Anträge auf Beratungshilfe und Prozesskostenhilfe müssen Informationen über die wirtschaftliche Lage der antragstellenden Person enthalten. Das sind beispielsweise Lohnabrechnungen, Bescheide über den ALG I- oder ALG II-Bezug et cetera. Das können Menschen ohne Papiere nicht vorlegen. Sie können ihre Einkommenslage glaubhaft machen, indem sie eine eigene eidesstattliche Versicherung abgeben. Das Prozesskostenhilfeformular sieht für eine solche Erklärung auch eine Spalte vor.

■ Die Klageschrift muss den Namen und eine ladungsfähige Anschrift des Klägers enthalten (§ 253 ZPO). Bei

Privatpersonen ist das in der Regel die Wohnanschrift. Um zu vermeiden, dass die Wohnanschrift bekannt wird, sollte eine Anschrift angegeben werden, unter der der Arbeitnehmer zu erreichen ist und über die ihm alle Schriftstücke vom Gericht zugestellt werden können. Dies kann die Anschrift der Beratungsstelle oder des Anwalts sein. Eine solche Vorgehensweise haben Gerichte in der Vergangenheit vereinzelt als nicht ausreichend angesehen und den Kläger aufgefordert, die Wohnanschrift anzugeben. Dies kann verweigert werden. Schlimmstenfalls wird die Klage dann als unzulässig abgewiesen. Die Adresse des Arbeitnehmers wird nicht bekannt.

■ Das Gericht kann anordnen, dass die Parteien persönlich am Güetermin und/oder an einem Verhandlungstermin teilnehmen sollen, um den Sachverhalt aufzuklären. Haben die Arbeitnehmer einen Anwalt, müssen sie nicht persönlich beim Arbeitsgericht erscheinen, wenn sie vorher dem Anwalt oder einer anderen Person eine spezielle Vollmacht nach § 141 Abs. 3 der Zivilprozessordnung (ZPO) (siehe Beispiel) erteilt haben. Diese Personen können dann vor Gericht Erklärungen über Tatsachen abgeben und haben die Berechtigung, einen Vergleich abzuschließen. Die bevollmächtigte Person muss allerdings dem Gericht zur Aufklärung des Sachverhalts auch wirklich Auskunft geben können. Ist sie dazu nicht in der Lage, dann gilt die Partei als nicht erschienen, was auch ein Ordnungsgeld nach sich ziehen kann.

War die Beweisaufnahme nicht ausreichend, dann kann darüber hinaus das Gericht noch eine sogenannte Parteivernehmung anordnen, um zu einer Entscheidung zu gelangen (§ 448 ZPO). In diesem Fall kann sich der Kläger nicht vertreten lassen und muss persönlich erscheinen. Auch das kann der Kläger aber verweigern. Kommt er nicht zu dem Termin, kann sein Verhalten von dem Gericht als Aussageverweigerung bewertet werden. Das fließt in die Entscheidung über die Sache mit ein und unter Umständen kann das Gericht dann einzelne Punkte zu Lasten des Klägers als nicht bewiesen ansehen. Schlimmstenfalls verliert der Arbeitnehmer das Verfahren.

■ Menschen ohne Papiere haben häufig kein Konto. Wenn sie über ein Arbeitsgerichtsverfahren ihren Lohn einklagen konnten, können sie die erstrittene Summe auf das Konto der Rechtsvertretung überweisen lassen. Wird das Konto des Rechtsanwalts in Anspruch genommen, kann aber eine

5.1 Wie ist die Rechtslage?

Personen, die sich ohne Aufenthaltspapiere in Deutschland aufhalten, erfüllen den Straftatbestand nach § 95 Aufenthaltsgesetz (u.a. illegaler Aufenthalt). Berater, die sie dabei unterstützen, können sich daher grundsätzlich auch wegen Beihilfe zum illegalen Aufenthalt strafbar machen. Strafbare Beihilfe liegt dann vor, wenn der Person vorsätzlich Hilfe beim irregulären Aufenthalt geleistet wird. Dabei muss die Unterstützungshandlung geeignet sein, den irregulären Aufenthalt zu fördern oder zu erleichtern. Ob die Person unabhängig von der Unterstützungsleistung schon fest entschlossen war, der Ausreisepflicht nicht nachzukommen und weiterhin im Land zu bleiben, ist dabei nicht entscheidend.²⁴ Eine strafbare Beihilfe liegt aus Sicht der Gerichte zum Beispiel eindeutig dann vor, wenn man eine Scheinehe eingeht, ausschließlich um den Aufenthalt der Person ohne Papiere zu sichern, wenn man gefälschte Papiere besorgt oder sie versteckt. Für diese Unterstützungshandlungen ist charakteristisch, dass die Helfer als Privatpersonen handeln und ihr Motiv ausschließlich die Aufenthaltssicherung irregulärer Personen ist.

Dies ist im professionellen Beratungskontext anders. Hierzu gibt es soweit ersichtlich bisher zwar keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu Beihilfefällen. In der Abgrenzung zu den oben genannten Fallkonstellationen haben sich aber Schlagworte herausgebildet, wie „humanitär motivierte Handlungen“, Abwenden einer „menschenunwürdigen Situation“, „berufstypisch neutrale Handlungen“, die anzeigen, dass in diesem Zusammenhang eher keine strafbare Beihilfe vorliegt. Man geht davon aus, dass soziale Beratung humanitär orientiert ist. Wenn Berater in diesem Rahmen Hilfe leisten, tun sie das nicht mit dem Ziel, den irregulären Aufenthalt zu verlängern, sondern menschenunwürdige Situationen zu verhindern. Dies spiegelt sich auch in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009 wider, in der ausgeführt wird, dass „Handlungen von Personen, die im Rahmen ihres Berufes oder ihres sozial anerkannten Ehrenamtes tätig werden (insbesondere Sozialarbeiter oder Rechtsanwälte), regelmäßig keine Beteiligung leisten werden, soweit die

Handlungen sich objektiv auf die Erfüllung ihrer rechtlich festgelegten beziehungsweise anerkannten berufs-/ehrenamtsspezifischen Pflichten beschränken. Zum Rahmen dieser Aufgaben kann auch die soziale Betreuung und Beratung aus humanitären Gründen gehören, mit dem Ziel Hilfen zu einem menschenwürdigen Leben und somit zur Milderung von Not und Hilflosigkeit der betroffenen Ausländer zu leisten“. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift ist kein Gesetz und damit nicht verpflichtend. Sie dient aber der Auslegung der Gesetze und kann somit als Orientierung für eine Einschätzung der Behörden genutzt werden.

5.2 Worauf ist bei der Beratung von Menschen ohne Papiere zu achten?

Bei der Beratungsarbeit ist also darauf zu achten, dass sich die Unterstützungsleistung klar im Rahmen des Beratungsstellenmandates bewegt und die Beratung oder Unterstützungshandlung nicht darauf abzielt, den irregulären Aufenthalt zu ermöglichen oder zu erleichtern. So würde zum Beispiel im Rahmen einer ausländerrechtlichen Beratung die Grenze zur Strafbarkeit überschritten, wenn die Beratung ausdrücklich oder implizit zum illegalen Aufenthalt rät. Dasselbe gilt, wenn der Berater den Klienten dabei unterstützt, Ausweisdokumente zu beantragen, wohlwissend, dass hierbei falsche Angaben gemacht werden. Die Erstberatung über arbeitsrechtliche Ansprüche und die Weitervermittlung an einen Rechtsanwalt sind in der Regel unproblematisch.

Gewährt die Beratung kurzfristig Nahrung, Kleidung oder Unterkunft, wird das dem Ziel der Unterstützung eines menschenwürdigen Lebens dienen und ist in der Beratung in der Regel nicht strafbar. Ist eine längerfristige Unterstützung mit Geld, Lebensmitteln oder durch eine Unterkunft geplant, sollte im Einzelfall vorher eine Rechtsauskunft eingeholt werden. In diesen Fällen ist es dann schwer nachzuweisen, dass es dabei nicht auch um die Unterstützung des irregulären Aufenthalts geht.²⁵

²⁴ Bundesgerichtshof Beschluss vom 02.09.2009, Aktenzeichen: 5 StR 266/09.

²⁵ So hat zum Beispiel das Oberlandesgericht Hamm (Beschluss vom 01.06.2010, Aktenzeichen: III 3 Rvs 310/09) Beihilfe zum illegalen Aufenthalt für eine zweimonatige Unterkunftsgewährung im Zusammenhang mit einem Kirchenasyl angenommen.

6. Welche aufenthaltsrechtlichen Möglichkeiten gibt es für die Durchsetzung von Ansprüchen?

Überprüfen Sie vor der Ausreise verschiedene Möglichkeiten, um noch Ansprüche durchzusetzen.

Es gibt wenige Möglichkeiten für vollziehbar ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige, die wirtschaftlich ausgebeutet wurden, eine befristete Aufenthaltserlaubnis beziehungsweise Duldung zu erhalten.²⁶ Sie hängen überwiegend mit einem Strafverfahren gegen die Täter von Menschenhandel oder schwerer Arbeitsausbeutung zusammen. Erteilt die Ausländerbehörde eine befristete Aufenthaltserlaubnis oder eine Duldung in diesem Zusammenhang, haben die Arbeitnehmer für diese Zeit Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (§ 1 Abs. 1, Nr. 3 Asylbewerberleistungsgesetz).

6.1 Dreimonatige Ausreisefrist, um Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden abzuwägen

Vollziehbar ausreisepflichtige Personen haben nach §§ 59 Abs. 7 AufenthG einen Anspruch auf eine Ausreisefrist von mindestens drei Monaten,

■ wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass sie Opfer von Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung (§ 232 StGB) oder zur Arbeitsausbeutung (§ 233 StGB) sind

■ oder wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass sie Opfer einer Straftat nach § 10 Absatz 1 oder § 11 Absatz 1 Nummer 3 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) oder nach § 15a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) sind. §§ 10, 11 SchwarzArbG beziehen sich auf Situationen, in denen Arbeitnehmer aus Drittstaaten ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel nach

§ 4 Abs. 3 AufenthG oder Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten ohne die erforderliche EU-Arbeitslaubnis in Deutschland beschäftigt werden. Zusätzlich sind sie Arbeitsbedingungen ausgesetzt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen stehen. § 15a AÜG setzt dieselbe Situation im Rahmen der Leiharbeit voraus (siehe hierzu ausführlicher unter B 2.).

Liegen solche Anhaltspunkte vor, muss die Ausländerbehörde eine Ausreisefrist erteilen. Die dreimonatige Frist dient dazu, dass sich die Betroffenen darüber klar werden können, ob sie in einem Strafverfahren gegen die Täter aussagen wollen. In dieser Zeit sollen sie die Möglichkeit bekommen, sich bei einer Fachberatungsstelle über ihre Rechte zu informieren, um so eine informierte Entscheidung über den weiteren Verlauf treffen zu können.

Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009 sieht vor, dass es in jedem Fall ausreichend ist, wenn Polizei oder Staatsanwaltschaft konkrete Anhaltspunkte für Menschenhandel äußern. Es können auch Anhaltspunkte berücksichtigt werden, die durch eine Fachberatungsstelle für Opfer von Menschenhandel benannt werden.

Die Regelung besteht seit längerem für Opfer von Menschenhandel und ist erst im November 2011 auf die Gruppe der Betroffenen von schwerer Arbeitsausbeutung erweitert worden. Es liegen aktuell noch keine Erfahrungen aus der Praxis damit vor. In Bezug auf Betroffene von Menschenhandel wird die Vorschrift bisher nur selten und restriktiv angewandt. Betroffene erhalten die Ausreisefrist in der Regel überhaupt nur, wenn die Polizei Anhaltspunkte für Menschenhandel gegenüber der Ausländerbehörde bestätigt. Angaben von Beratungsstellen sind hierfür in der Regel nicht ausreichend. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Regelung in der Praxis entwickelt wird. Um den Aufenthalt des Arbeitnehmers nicht zu gefährden, sollte in jedem Fall auf die Erfahrung der Beratungsstellen gegen Menschenhandel zurückgegriffen werden.

²⁶ Auf die einzelnen Aufenthaltstitel nach § 25 Absätze 1-5 Aufenthaltsgesetz (Aufenthalt aus humanitären Gründen) kann hier nicht näher eingegangen werden.

6.2 Aufenthaltserlaubnis bei Aussage gegen die Täter im Strafverfahren

Entscheiden sich die Betroffenen von Menschenhandel oder schwerer Arbeitsausbeutung für eine Aussage in einem Strafverfahren gegen die Täter und sind die Informationen, die sie den Strafverfolgungsbehörden geben können hilfreich für eine Verurteilung der Täter, bekommen sie eine befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a, 4b Aufenthaltsgesetz. Diese Aufenthaltserlaubnis wird in der Regel für jeweils sechs Monate erteilt (§ 26 Abs. 1, S. 3 AufenthG) und dann – je nach Verlauf und Zustimmung der Staatsanwaltschaft – regelmäßig bis zum Ende des Strafverfahrens verlängert.

6.3 Aufenthaltserlaubnis bei Durchsetzung von Lohnansprüchen

Betroffene von schwerer Arbeitsausbeutung, die eine Aufenthaltserlaubnis für die Dauer des Strafverfahrens gegen die Täter haben, können nach Abschluss des Verfahrens eine befristete Aufenthaltserlaubnis zur Durchsetzung ihrer Lohnansprüche erhalten (§ 25 Abs. 4b, S. 3 AufenthG). Dies kommt nur in Betracht, wenn es eine besondere Härte darstellen würde, den Lohnanspruch aus dem Herkunftsland einzuklagen. Die Regelung besteht erst seit November 2011. Es liegen aktuell noch keine Erfahrungen damit vor. Wie diese Möglichkeit in der Praxis von den Ausländerbehörden gehandhabt werden wird, bleibt abzuwarten. Sie sollte aber in jedem Fall durch Anträge bei den Ausländerbehörden bekannt gemacht werden.

6.4 Verlängerung der Ausreisefrist

Muss die betroffene Person ausreisen, kann versucht werden, eine Duldung bei der Ausländerbehörde zu erwirken. Nach § 60a Abs. 2, S. 3 Aufenthaltsgesetz kann die Ausländerbehörde eine Duldung erteilen, unter anderem wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe die vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Es handelt sich dabei um eine Ermessensvorschrift, das heißt, die Behörde ist nicht verpflichtet, eine Duldung zu gewähren. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu 60a sieht vor, dass eine Duldung möglich ist für die „Regelung

gewichtiger persönlicher Angelegenheiten“. Wird eine Duldung erteilt, kann ein Verfahren beim Arbeitsgericht angestrengt werden. Vereinzelt hat diese Vorgehensweise in der Praxis Erfolg gehabt. Die Betroffenen konnten ihren Lohn einklagen und sind nach Abschluss des Verfahrens ausgereist.

Beispiel:

Frau B. ist philippinische Staatsbürgerin und auf Grund der Zusage einer zweijährigen Anstellung als Kinderbetreuerin in einem Privathaushalt nach Deutschland gereist. Nach eigenen Angaben musste sie bis zu 16 Stunden, sechs Tage die Woche arbeiten. Um ihre Lohnansprüche in Deutschland durchsetzen zu können, hat sie Klage beim Arbeitsgericht erhoben. Die Ausländerbehörde hat eine ihr erteilte Duldung für die Dauer des Verfahrens wiederholt um insgesamt zehn Monate verlängert, da sie der Auffassung war, dass Frau B. an den Verhandlungen teilnehmen können sollte. Die Rechtsvertretung hat das persönliche Erscheinen der Klägerin zu den Gerichtsterminen für notwendig erachtet und das Gericht hat das persönliche Erscheinen auch angeordnet.

6.5 Kündigungsschutzklage

Zum Teil werden Betroffene von Arbeitsausbeutung und Menschenhandel kurzfristig „entlassen“. Wenn sie sich in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität befinden, ist eine Kündigungsschutzklage in der Regel nicht sinnvoll beziehungsweise muss abgewogen werden, ob die Betroffenen das Risiko, entdeckt zu werden, eingehen wollen. Wenn die Aufenthaltserlaubnis an das spezifische Arbeitsverhältnis gebunden ist, stehen die Betroffenen unmittelbar vor dem Problem, dass sie ausreisen müssen, wenn das Arbeitsverhältnis endet. Je nach Herkunftsland wird es dann deutlich schwerer für sie, ein Arbeitsgerichtsverfahren in Deutschland zu führen. Hier kann eine Kündigungsschutzklage hilfreich sein. Mit der Kündigungsschutzklage kann auch gleich ein Verfahren auf Lohnzahlung verbunden werden.

Bei der Kündigungsschutzklage sind einige Dinge zu beachten, die ausführlicher unter C 1.8 dargestellt sind:

■ Die mündliche Kündigung ist nicht wirksam

Eine Kündigung ist nur wirksam, wenn sie schriftlich vorliegt. Solange den Betroffenen „nur“ gesagt wird, sie sollen nicht mehr zur Arbeit kommen, liegt keine rechtmäßige Kündigung vor.

■ Das Kündigungsschutzgesetz verlangt einen Grund für die Kündigung

Ob die Kündigung wirksam war, hängt entscheidend davon ab, ob das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet. Das Kündigungsschutzgesetz ist anwendbar, wenn mehr als zehn Arbeitnehmer regelmäßig Vollzeit beschäftigt sind und der Arbeitnehmer länger als sechs Monate in dem Betrieb beschäftigt war. Liegen diese Bedingungen vor, muss der Arbeitnehmer einen Kündigungsgrund nennen. Handelt es sich um einen kleineren Betrieb und ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar, dann braucht der Arbeitgeber keinen Kündigungsgrund anzugeben.

■ Kündigungsfrist

Der Arbeitgeber muss aber in jedem Fall die richtige Kündigungsfrist einhalten. Je nach Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsdauer gibt es unterschiedliche Kündigungsfristen. Die Frist ergibt sich entweder aus dem Vertrag, dem Gesetz oder einem Tarifvertrag. Im Grundsatz muss der Arbeitgeber die für den Arbeitnehmer günstigste, das heißt längste Frist beachten.

■ Kurze Klagefrist von drei Wochen beachten

Innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung muss eine Klage vor dem zuständigen Arbeitsgericht eingereicht worden sein, sonst wird die Kündigung wirksam.

■ Weiterarbeit ist bei ausbeuterischen Arbeitsbedingungen nicht zumutbar

Solange das Gericht nicht entschieden hat, kann die Arbeitgeberseite die Arbeitnehmer trotz Kündigungsschutzklage

zur Weiterarbeit auffordern. Die Weiterbeschäftigung muss dann aber auch für die Arbeitnehmer zumutbar sein. Dies ist zum Beispiel bei ausbeuterischen Arbeitsverhältnissen oder bei Lohnwucher nicht der Fall. Der Arbeitnehmer darf dann die Weiterarbeit verweigern.

H Checkliste für die (außer)-gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen

- Mögliche Fristen beachten (siehe unter C 1.7)! Prüfen Sie:
 - Wann wurde das Arbeitsverhältnis beendet?
 - Gibt es Fristen im Arbeitsvertrag oder einem anwendbaren Tarifvertrag für die Geltendmachung der Lohnansprüche gegenüber dem Arbeitgeber?
 - Gibt es Fristen im Arbeitsvertrag oder einem anwendbaren Tarifvertrag für die Klageeinreichung beim Arbeitsgericht?

- Wenn die Frist abgelaufen ist: Prüfen Sie, ob der Lohnanspruch als Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden kann, weil der Arbeitnehmer nicht auf den Tarifvertrag hingewiesen wurde, oder weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer davon abgehalten hat, seine Ansprüche geltend zu machen (siehe C 1.8).

- Wenn Unklarheit wegen der Fristen besteht, kontaktieren Sie frühzeitig einen Anwalt, da Sie bei fehlerhafter Auskunft unter Umständen haften müssen (siehe unter J 2).

- Prüfen Sie, welchen Aufenthaltsstatus der Arbeitnehmer hat. Bei aufenthaltsrechtlicher Illegalität beachten Sie die Übermittlungspflicht der Arbeitsgerichte / Unfallversicherung / Behörden an die Ausländerbehörde! Es besteht die Gefahr der Abschiebung (siehe unter G 3).

- Es bestehen folgende Besonderheiten, wenn Menschen ohne Papiere ihre Rechte durchsetzen wollen:
 - Es besteht die Gefahr der Ausweisung im Arbeitsgerichtsverfahren. Das muss im gesamten Verlauf des Verfahrens berücksichtigt werden (siehe dazu G 3.).
 - Es bestehen rechtliche Erleichterungen für die Durchsetzung der Lohnansprüche: Generalunternehmerhaftung, Vermutung zugunsten des Arbeitnehmers, dass das Arbeitsverhältnis drei Monate bestanden hat (siehe dazu G 1., 2.).
 - Gibt es Anzeichen von Menschenhandel oder schwerer Arbeitsausbeutung haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine dreimonatige Ausreisefrist.
 - Ist der Arbeitnehmer bereit, in einem Verfahren wegen Menschenhandel (§§ 232, 233 Strafgesetzbuch) oder schwerer Arbeitsausbeutung (§ 10 Absatz 1 oder § 11 Absatz 1 Nummer 3 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, § 15a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) auszusagen, kann er eine befristete Aufenthaltserlaubnis für die Dauer des Strafverfahrens bekommen (siehe dazu unter G 6.2, 6.3).

- Fordern Sie den Arbeitnehmer so früh wie möglich auf, Unterlagen und Beweise zu sammeln (siehe dazu D Checkliste für den Lohnanspruch).

- Unterstützen Sie den Arbeitnehmer dabei, einen Beratungshilfeberechtigungsschein für die anwaltliche Beratung zu beantragen (zehn Euro Eigenanteil, die der Arbeitnehmer an den Anwalt zahlen muss):
 - Das ist möglich bei der Rechtsantragstelle des Amtsgerichtes im Wohnortbezirk des Arbeitnehmers. Mitzubringen sind Nachweise über Höhe des Einkommens sowie ein Nachweis über die Identität (Dokument mit Bild).
 - Das ist auch möglich direkt bei einem Anwalt mit der Bitte um Rechtshilfe. Der Anwalt wird dann nachträglich den Antrag bei dem Amtsgericht stellen. Wenn der Arbeitnehmer in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität ist, dann sollte der Antrag über den Rechtsanwalt gestellt werden.

- Errechnen Sie die Ansprüche für geleistete Arbeit oder erlittene Verletzungen in voller Höhe (siehe dazu D Checkliste für den Lohnanspruch). Besteht Unklarheit wegen der Höhe, kontaktieren Sie einen Anwalt.

- ✓ Mögliche Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber:
 - nicht gezahlter Lohn für Arbeit
 - nicht geleisteter Schadensersatz für Verletzungen im Zusammenhang mit der Arbeit
 - nicht gewährte oder mangelhafte Unterkunft/Verpflegung
 - nicht geleistete Entgeltfortzahlung bei Krankheit
 - nicht gewährter Urlaub

- ✓ Mögliche Ansprüche gegenüber dem Staat:
 - Unfallversicherung: Heilbehandlungskosten, Rehabilitationskosten, Verletztengeld, Rente für einen Arbeitsunfall

- ✓ Prüfen Sie, ob es sinnvoll ist, dem Arbeitgeber eine außergerichtliche schriftliche Zahlungsaufforderung zu schicken (siehe dazu Vorlage E 1.). Das kann Vorteile für den Arbeitnehmer haben:
 - wenn er dringend und schnell auf Zahlung des Lohnes angewiesen ist,
 - wenn der Arbeitnehmer kaum Beweise für seine Ansprüche hat,
 - wenn für den Arbeitnehmer aus aufenthaltsrechtlichen Gründen eine Klage nicht in Betracht kommt.

- ✓ Prüfen Sie, ob eine Klage vor dem Arbeitsgericht in Betracht kommt. Kontaktieren Sie spätestens jetzt einen Anwalt.

- ✓ Prüfen Sie mit einem Anwalt, ob es sinnvoll ist, eine Anzeige wegen strafrechtlicher Verstöße, zum Beispiel Lohnwucher oder Menschenhandel zur Arbeitsausbeutung, zu erstatten.

- ✓ Mögliche Vorteile eines Ermittlungs-/Strafverfahren sind:
 - Im Strafverfahren werden Tatsachen von Amts wegen festgestellt. Das kann dem Arbeitnehmer bei der Beweisführung im Arbeitsgerichtsverfahren helfen.
 - Im Rahmen von Ermittlungsverfahren werden zum Teil Vermögenswerte des Arbeitgebers gesichert. Wenn der Arbeitnehmer im Arbeitsgerichtsverfahren gewinnt, kann er in diese Vermögenswerte vollstrecken.
 - Im Fall der Zeugenaussage in einem Strafverfahren bei Menschenhandel (§§ 232, 233 Strafgesetzbuch) und schweren Formen der Arbeitsausbeutung (§ 10 Absatz 1 oder § 11 Absatz 1 Nummer 3 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, § 15a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) kann der Arbeitnehmer eine befristete Aufenthaltserlaubnis für die Dauer des Strafverfahrens erhalten. In dieser Zeit kann der Arbeitnehmer in Deutschland seine arbeitsrechtlichen Ansprüche geltend machen (siehe dazu unter G 6.2, 6.3).
 - Für die Dauer der Aufenthaltserlaubnis besteht ein Anspruch auf Unterstützung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz oder SGB II.

- ✓ Mögliche Nachteile eines Ermittlungs-/Strafverfahrens sind:
 - Es ist wahrscheinlich, dass das Arbeitsgericht mit seiner Entscheidung auf den Ausgang des Strafverfahrens wartet. Dadurch verzögert sich die Dauer des Verfahrens.
 - Ein Strafverfahren kann die Verhandlungsbereitschaft des Arbeitgebers verringern.

- ✓ Stellen Sie sicher, dass alle involvierten Einrichtungen, zum Beispiel eine Gewerkschaft oder verschiedene Rechtsanwälte über den Stand der Verfahren informiert sind.

Wie können die Ansprüche trotz Ausreise durchgesetzt werden?



Arbeitnehmer können ihre Ansprüche auf Lohn und Schadensersatz auch geltend machen, wenn sie nicht mehr in Deutschland sind.

1. Grundsätzliches

Migranten, die von Arbeitsausbeutung oder Menschenhandel betroffen sind, wollen zum Teil nach Aufgabe des Arbeitsverhältnisses in ihr Herkunftsland zurückkehren oder in anderen Ländern Arbeit aufnehmen. Andere müssen zurückkehren, da ihre Aufenthaltserlaubnis mit Ende des Arbeitsverhältnisses erlischt oder da sie keine weiteren Möglichkeiten haben, in Deutschland zu arbeiten und ihren Lebensunterhalt zu sichern.

Zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf Lohn und / oder Schadensersatz müssen sich die Arbeitnehmer nicht in Deutschland aufhalten. In einem Arbeitsgerichtsverfahren ist der klagende Arbeitnehmer Partei des Verfahrens und muss nicht notwendigerweise in dem Gerichtsverfahren erscheinen. Zwar kann das Arbeitsgericht anordnen, dass die Parteien persönlich am Gütetermin und/oder an einem Verhandlungstermin teilnehmen sollen, um den Sachverhalt aufzuklären. Hierfür können die Arbeitnehmer aber ihrem Anwalt oder einer anderen Person eine spezielle Vollmacht nach § 141 Abs. 3 der Zivilprozessordnung erteilen (siehe hierzu die Vorlage unter G 3.). Diese Personen können dann vor Gericht Erklärungen über Tatsachen abgeben und haben die Berechtigung, einen Vergleich abzuschließen. Die bevollmächtigte Person muss allerdings dem Gericht zur

Aufklärung des Sachverhalts auch wirklich Auskunft geben können. Ist die Person dazu nicht in der Lage, dann gilt die Partei als nicht erschienen, was etwa ein Ordnungsgeld nach sich ziehen kann.

Darüber hinaus gibt es noch den in der Praxis seltenen Fall, dass das Gericht eine sogenannte Parteivernehmung anordnet. Dann muss der Kläger im Gerichtsverfahren erscheinen. Bekommt er Prozesskostenhilfe, kann auch die Übernahme der Reisekosten des Klägers durch die Staatskasse sowie ein Vorschuss beantragt werden. Verliert der Arbeitnehmer, werden seine Kosten von der Staatskasse übernommen. Gewinnt er, muss die Gegenseite, der Arbeitgeber die Reisekosten übernehmen.

2. Checkliste für die Geltendmachung von Ansprüchen bei Ausreise

Grundsätzlich: Wenn der Arbeitnehmer seine Ansprüche durchsetzen will, ist es wichtig, das Verfahren in Deutschland soweit wie möglich vorzubereiten, solange der Arbeitnehmer noch in Deutschland ist.

Im Idealfall sind die folgenden Punkte erfüllt, bevor der Arbeitnehmer ausreist:

-
- Der Arbeitnehmer hatte ein Beratungsgespräch mit einem Rechtsanwalt mit dem Arbeitsschwerpunkt Arbeits- und Sozialrecht.

 - Der Arbeitnehmer hat – soweit vorhanden –, Beweise und Unterlagen zusammengestellt (siehe dazu Checkliste D für den Lohnanspruch).

 - Der Arbeitnehmer hat einen Prozesskostenhilfeantrag ausgefüllt. Diese gibt es offiziell nur auf Deutsch, so dass es für Arbeitnehmer ohne Deutschkenntnisse schwieriger wird, ihn ohne Unterstützung des Rechtsanwalts oder der Beratungsstelle nach Ausreise auszufüllen.

 - Der Arbeitnehmer hat den Rechtsanwalt von seiner Schweigepflicht gegenüber der Beratungsstelle entbunden.

 - Der Arbeitnehmer hat behandelnde Ärzte von ihrer Schweigepflicht gegenüber dem Rechtsanwalt und dem Gericht entbunden.

 - Der Arbeitnehmer hat dem Rechtsanwalt Vollmachten für die Rechtsvertretung erteilt. Über die Anzahl und Verwendung der Vollmachten sowie die entstehenden Kosten wird dann der Rechtsanwalt aufklären.

 - Der Arbeitnehmer hat vor seiner Ausreise eine Kontaktadresse (beispielsweise E-Mail-Adresse) hinterlassen, damit er zu erreichen ist, wenn dringend weitere Informationen benötigt werden. Dies kann während des gesamten außergerichtlichen oder arbeitsgerichtlichen Verfahrens der Fall sein, wenn zum Beispiel der Arbeitgeber Dinge behauptet, die nicht vorhersehbar waren und auf die der Rechtsanwalt dann im Verfahren reagieren muss.

 - Der Arbeitnehmer und die Beratungsstelle haben regelmäßigen Kontakt vereinbart.

J Kooperation zwischen Beratungsstelle und Rechtsanwalt



1. Rechtsberatung durch Beratungsstellen?

Bei der rechtlichen Beratung durch Fachkräfte, die keine Juristen sind, stellt sich zunächst die Frage nach den Grenzen der Rechtsberatung und damit auch nach der Haftung bei der Überschreitung der Grenzen in der Beratung. Dies ist im Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) geregelt.

Das Rechtsdienstleistungsgesetz umfasst die gesamte außergerichtliche Tätigkeit. Das geht von der beratenden Tätigkeit bis zur außergerichtlichen Rechtsverfolgung. Es bezieht sich also auf den gesamten möglichen Prozess von einem Erstberatungskontakt bis hin zur Zahlungsaufforderung an den Arbeitgeber. Das Rechtsdienstleistungsgesetz umfasst damit jede Tätigkeit, solange nicht mit einem Gericht kommuniziert wird. Das Gesetz enthält zunächst das allgemeine und für jede Person geltende Verbot, außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zu erbringen. Es regelt allerdings auch folgende Ausnahmen von diesem Verbot:

■ Rechtsberatung durch Beratungsstellen als Nebentätigkeit

Für Beratungsstellen im sozialen Bereich ist vor allem § 5 RDG wichtig. Dort ist geregelt, dass Rechtsdienstleistungen dann erlaubt sind, wenn sie als Nebentätigkeit im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, also der eigentlichen Haupttätigkeit, erbracht werden. Eine solche Nebenleistung ist dann nicht mehr erlaubt, wenn schwierige Rechtsfragen behandelt werden beziehungsweise solche, die in dem Tätigkeitsfeld selten sind, oder wenn statt einer ganzheitlichen Fallbetreuung nur noch Rechtsfragen bearbeitet werden. Es dürfen also nur die für die jeweilige Zielgruppe typischen Rechtsfragen bearbeitet werden, die Gesamtsituation des

Klienten muss im Vordergrund stehen und behandelt werden und nicht die rechtlichen Fragen.

■ Rechtsberatung durch Beratungsstellen unter Anleitung einer „qualifizierten“ Person

Darüber hinaus erlaubt § 6 RDG die unentgeltliche Beratung, wenn die beratende Person unter Anleitung einer qualifizierten Person tätig wird. Qualifiziert bedeutet, dass die Person das zweite juristische Staatsexamen haben muss. Anleitung heißt Fortbildung und Einweisung, orientiert am Umfang und Inhalt der zu erbringenden Rechtsberatung. Es wird als ausreichend angesehen, wenn eine Organisationsform besteht, bei der juristisch qualifizierte Personen in einer übergeordneten Dachorganisation die Betreuung der örtlichen Beratungsstellen übernehmen. Es muss also die Möglichkeit geben, die juristische Einschätzung der qualifizierten Person aus der Dachorganisation einzuholen oder diese in den Beratungsprozess einzubeziehen. Ein loser Kontakt zum Beispiel zu befreundeten Rechtsanwälten reicht für eine Anleitung im Sinne der Vorschrift nicht aus.

■ Was bedeutet das konkret für Beratungsstellen?

Beratungsstellen, die beispielsweise auf die Betreuung von Betroffenen von Menschenhandel ausgerichtet sind und in deren Organisation keine Volljuristen im Sinne des § 6 RDG eingebunden sind, beschäftigen sich im Schwerpunkt mit der psychischen und der sozialen Stabilisierung der Betroffenen. Hinweise auf arbeitsrechtliche, sozialrechtliche Ansprüche, gegebenenfalls ausländerrechtliche Aspekte gehören dann auch zu einer umfassenden Beratung und sind somit als Nebentätigkeit erlaubt. Schwierige Fälle sollten aber an Rechtsanwälte abgegeben werden. Fälle müssen dann als schwierig eingestuft werden, wenn zum Beispiel die Rechtslage komplex ist, weil verschiedene Rechtsge-

biete zusammenwirken oder wenn für die Beratungsstelle seltene Rechtsfragen auftreten oder wenn klar ist, dass ein gerichtliches Verfahren eingeleitet werden soll.

Bei außergerichtlichen Schreiben zum Beispiel an die Arbeitgeberseite sollte darauf geachtet werden, dass die Klienten nur bei der Durchsetzung einfacher Ansprüche unterstützt werden, bei denen keine vertieften Rechtskenntnisse erforderlich sind. Eine Unterstützung des Klienten etwa beim Ausfüllen eines Mahnbescheidantrages für einfache Ansprüche wie Lohn oder Urlaubsabgeltung dürfte im Rahmen einer ansonsten umfassenden Betreuung in sozialer Hinsicht zulässig sein. Geht das Mahnverfahren in ein gerichtliches Verfahren über, weil ein Widerspruch des Arbeitgebers erfolgt ist, dann kann die gerichtliche Vertretung nur durch Rechtsanwälte erfolgen.

2. Haftung für Falschberatung

Wenn Mitarbeiter aus Beratungsstellen in der Beratung einen Einzelfall bewerten, ist das rechtlich als Auftrag zu qualifizieren und nicht als Gefälligkeitsverhältnis. So wurde beispielsweise gerichtlich entschieden, dass die Hilfestellung bei einem Rentenanspruch als Vertragsverhältnis zu qualifizieren ist. Daraus ergibt sich, dass die Mitarbeiter für eine fehlerhafte Beratung auch haftbar sein können, wenn den Klienten daraus ein Schaden entsteht. Die Haftung entsteht aber nicht für jede Art von Fehler, sondern nur, wenn die Berater vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Vorsätzlich bedeutet, ihnen war die Fehlerhaftigkeit ihrer Beratung bewusst. Fahrlässigkeit bedeutet, dass er die im Rechtsverkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Fahrlässig wäre es, wenn die Beratung davon ausgeht, dass die von ihr erteilte Auskunft zutreffend ist und sie es nicht besser weiß, aber besser wissen müsste, weil es sich um in dem Beratungsgebiet typische Rechtsfragen handelt.

Beispiel:

Frau A. kommt in eine allgemeine Migrationsberatungsstelle. Sie legt dort die fristlose Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses vor, die sie am Tag zuvor erhalten hat. Die Beraterin teilt mit, dass sie sich

nicht so gut im Arbeitsrecht auskenne und sie empfiehlt der Klientin schnell eine spezialisierte Beratung in Anspruch zu nehmen. Die Klientin kümmert sich dann erst vier Wochen später um eine weitere Beratung. Die dreiwöchige Klagefrist ist mittlerweile verstrichen. Die Beraterin würde hier nicht haften, da sie den deutlichen Hinweis gegeben hat, dass sie sich nicht ausreichend auskennt und ein Beratungsauftrag nicht zustande gekommen ist.

Hätte die Beraterin in dem Fall der Klientin geraten, noch einmal mit dem Arbeitgeber zu sprechen und dann einen Widerspruch gegen die Kündigung zu schreiben, ohne einen Hinweis auf die Frist für die Klage gegen die Kündigung zu geben, könnte mit dieser Auskunft Fahrlässigkeit angenommen werden. Je nach Mandat der Beratungsstelle, hat die Beraterin bereits ihre Kompetenzen überschritten, da die Auskunft zur Klagefrist von zentraler Bedeutung ist. Hier könnte aber vielleicht noch geholfen werden, wenn Frau A. sofort nachdem sie vom „Fehler“ der Beratungsstelle erfährt, einen Antrag auf nachträgliche Klagezulassung stellt. Das Verschulden der Beratungsstelle wird nicht der Klientin zugerechnet, wenn sie die Frist für die Klage deshalb versäumt.

3. Koordination verschiedener Verfahren

In Fällen von Menschenhandel und schwerer Arbeitsausbeutung ist es durchaus möglich, dass verschiedene rechtliche Verfahren laufen und auch mehrere Anwälte beauftragt werden. So kann es zum Beispiel sein, dass es ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen Menschenhandel (§ 232 oder § 233 StGB) gibt, ein arbeitsgerichtliches Verfahren angestrengt wird und ein aufenthaltsrechtliches Problem vorliegt. In solchen Fällen ist es hilfreich, wenn die Beratungsstelle die Kontakte zwischen den Rechtsanwälten herstellt und für den Verlauf der Verfahren die Schnittstelle ist.

K Neue Arbeit finden – Arbeitsmarktzugang in Deutschland



Die Entscheidung, gegen Arbeitgeber vorzugehen, hängt häufig auch davon ab, ob es für Betroffene von Arbeitsausbeutung und Menschenhandel die Möglichkeit gibt, eine andere Beschäftigung zu finden und weiterarbeiten zu können. Der Arbeitsmarktzugang für Migranten in Deutschland ist komplex geregelt und hängt entscheidend vom jeweiligen Aufenthaltsstatus ab. Die maßgeblichen Vorschriften zur Regelung des Arbeitsmarktzugangs sind neben dem Aufenthaltsgesetz die Beschäftigungsverordnung (BeschV) und die Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschVerfV). Hierin sind die Details, Ausnahmen und Besonderheiten zu finden, die die im Folgenden aufgelisteten Grundzüge des Arbeitsmarktzugangs ergänzen. Bei der Beurteilung des Einzelfalls sind diese unbedingt zu berücksichtigen.

1. Begriffsklärungen

Kommen Migranten zur Arbeitsaufnahme aus den neuen EU-Ländern und aus anderen Ländern nach Deutschland, ergeben sich zum Teil Abweichungen zu den Rechten deutscher Arbeitnehmer. Insbesondere im Rahmen der Diskussion um die vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit der Staatsangehörigen aus den neuen EU-Ländern, sind verschiedene Begriffe immer wieder aufgetaucht, die im Folgenden kurz erläutert werden. Sie haben zum Teil Auswirkungen auf die Rechtsansprüche der Migranten.

1.1 Was bedeutet Arbeitnehmerfreizügigkeit?

Arbeitnehmerfreizügigkeit bedeutet, dass Staatsangehörige aus den EU-Mitgliedstaaten ihren Arbeitsplatz innerhalb

der EU grundsätzlich frei wählen können. Sie benötigen dafür keine Arbeitserlaubnis. Dies gilt unabhängig von der Art und Dauer der Arbeit sowie unabhängig von der Qualifikation der Arbeitnehmer. Diese vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt seit dem 1. Mai 2011 für Staatsangehörige aller EU-Länder außer für Bulgarien und Rumänien. Für diese beiden Länder gelten noch Übergangsregelungen längstens bis zum 31. Dezember 2013. Bis dahin benötigen Staatsangehörige dieser Staaten weiterhin eine sogenannte Arbeitserlaubnis-EU für eine Beschäftigung in Deutschland. Zuständig für die Erteilung der Arbeitserlaubnis-EU ist die Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (ZAV) der Bundesagentur für Arbeit.

1.2 Was bedeutet Dienstleistungsfreiheit?

Dienstleistungsfreiheit bedeutet, dass Unternehmen in EU-Ländern in jedem EU-Mitgliedsland ihre Dienstleistungen anbieten dürfen, wobei der Geschäftssitz des Unternehmens im Herkunfts-Mitgliedstaat bleibt. Dienstleistungen sind beispielsweise gewerbliche, handwerkliche oder kaufmännische Tätigkeiten. Zum Schutz einzelner Branchen gab es bisher Übergangsbestimmungen, die die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in diesen Branchen (Baugewerbe, Gebäudereinigung, Tätigkeit von Innendekorateuren) beschränkt haben. Das bedeutete zum Beispiel, dass Firmen aus EU-Ländern ihre Mitarbeiter nicht in bestimmte Regionen mit hoher Arbeitslosigkeit auf Baustellen schicken durften. Diese Übergangsregelung ist zum 1. Mai 2011 für die meisten EU-Länder ausgelaufen. Sie gilt längstens bis zum 31. Dezember 2013 nur noch für Bulgarien und Rumänien. Unternehmen aus diesen beiden Staaten dürfen Dienstleistungen nur in Ausnahmen im Rahmen von zwischenstaatlichen Werkvertragsvereinbarungen anbieten.

Die Dienstleistungsfreiheit bezieht sich auch auf selbständig arbeitende Einzelpersonen. So können beispielsweise Handwerker aus Rumänien ihre Dienstleistung in Deutschland anbieten. Dies gilt mit dem Eintritt in die EU uneingeschränkt für Staatsangehörige aller Mitgliedstaaten.

1.3 Was bedeutet Entsendearbeit?

Arbeitnehmer aus EU-Ländern sowie aus einzelnen Drittstaaten können im Rahmen von Werkverträgen oder Leiharbeit nach Deutschland zur Arbeit entsandt werden. Hier gilt nur zum Teil deutsches Recht. Es empfiehlt sich, die Unterstützung von Gewerkschaften einzuholen.

Firmen aus den EU-Mitgliedstaaten können aufgrund der Dienstleistungsfreiheit in Deutschland Aufträge übernehmen und dafür eigene Beschäftigte nach Deutschland entsenden. So kann zum Beispiel eine polnische Firma auf einer Baustelle in Deutschland ein Firmengebäude errichten. Sie schickt dafür Mitarbeiter, die für die gesamte Zeit des Baus in der polnischen Firma angestellt sind. Die Mitarbeiter benötigen keine Arbeitserlaubnis der Bundesagentur für Arbeit.

Arbeitnehmer aus Bulgarien und Rumänien brauchen nur dann eine Arbeitserlaubnis EU, wenn sie im Rahmen von Werkverträgen (siehe unter K 1.4) von einer Firma nach Deutschland entsandt werden, die im Bereich des Baugewerbes, der Gebäudereinigung oder der Innendekoration tätig ist. Auch Arbeitnehmer von Firmen aus Drittstaaten können im Rahmen von Werkverträgen (siehe unter K 1.4) für eine Beschäftigung nach Deutschland entsandt werden.

Darüber hinaus gibt es noch die Möglichkeit, Arbeitnehmer aus Bulgarien und Rumänien sowie aus Drittstaaten kurz (bis zu drei Monaten) und längerfristig (bis zu drei Jahren) nach Deutschland zu entsenden (§§ 11 und 36 Beschäftigungsverordnung). Dabei handelt es sich um spezielle Arbeitsverhältnisse im Bereich der Montage und Demontage von Maschinen, Anlagen, Software et cetera.

■ Welche Arbeits- und Sozialrechte gelten?

Für die entsandten Beschäftigten gelten weitgehend die Arbeitsbedingungen des EU-Landes, in dem der Arbeitgeber den Sitz hat. Daneben sind aber nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) auch die in Deutschland geltenden Mindestarbeitsbedingungen einzuhalten. Das Gesetz gilt für Arbeitgeber aller Branchen, soweit es sich um Arbeitsbedingungen handelt, die in Gesetzen geregelt sind (zum Beispiel Arbeitsplatzschutz, Mindesturlaub, Höchstarbeitszeiten). Sind die Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen geregelt, ist die Anwendung des AEntG derzeit beschränkt auf Arbeit in bestimmten Branchen. Dies ist insbesondere auch für die Einhaltung des Mindestlohns interessant. Über das Arbeitnehmerentsendegesetz müssen Mindestlöhne für alle Arbeitnehmer folgender Branchen gezahlt werden, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seinen Sitz im In- oder Ausland hat:

- Bau-Haupt- und Bau-Nebengewerbe,
- Gebäudereinigung,
- Briefdienstleistungen,
- Sicherheitsdienstleistungen,
- Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken,
- Wäschereidienstleistungen,
- Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst,
- Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Sozialgesetzbuch,
- Pflegebranche (Altenpflege, ambulante Krankenpflege),
- Leiharbeit.

Wenn die Entsendung zeitlich begrenzt ist, muss der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, die Sozialversicherungsbeiträge abführen.

■ Welche Gerichte sind zuständig?

Für die Lohnansprüche sind die deutschen Arbeitsgerichte zuständig. Nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge sind in dem Land einzuklagen, in dem der Arbeitgeber seinen Geschäftssitz hat.

1.4 Was bedeutet Werkvertragsarbeit?

Deutschland hat mit verschiedenen mittel- und osteuropäischen Staaten (Nicht-EU-Länder: Bosnien und Herzegowina, Kroatien, Mazedonien, Serbien, Türkei; EU-Länder: Bulgarien, Rumänien) sowie der Türkei sogenannte Werkvertragsvereinbarungen getroffen. Das sind bilaterale Regierungsvereinbarungen, die regeln, wie viele Arbeitnehmer aus Unternehmen dieser Staaten in welchen Unternehmen in Deutschland beschäftigt werden können. Dies ist derzeit nur in folgenden Branchen möglich: Baugewerbe, Bergbau, Fleischverarbeitung und Schornsteinbau. Für einzelne Branchen gibt es jeweils individuelle Zulassungsvoraussetzungen.

Die Arbeitnehmer bleiben bei den Unternehmen in den jeweiligen Ländern angestellt. Sie werden nach Deutschland in einen Betrieb oder auf eine Arbeitsstätte entsandt. Dort arbeiten sie nach den Anweisungen ihres Arbeitgebers. Der ist gegenüber seinem Auftraggeber, zum Beispiel einem deutschen fleischverarbeitenden Betrieb, verantwortlich.

■ Welche Arbeits- und Sozialrechte gelten?

Im Rahmen von Werkvertragsverhältnissen muss der Lohn gezahlt werden, der in einschlägigen deutschen Tarifverträgen für eine vergleichbare Tätigkeit vorgesehen ist.

Betriebe aus Bulgarien und Rumänien sowie aus Drittstaaten, die nur im Rahmen der bilateralen Regierungsvereinbarungen Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden dürfen, müssen eine Auslösung zahlen. Mit der Auslösung ist der Mehraufwand des entsandten Arbeitnehmers für Verpflegung und Unterkunft auszugleichen. Diese Verpflichtung besteht zusätzlich zum Lohn. Sie darf dem Arbeitnehmer nicht vom Lohn abgezogen oder anderweitig in Rechnung gestellt werden.

Arbeitnehmer aus Drittstaaten wird ein Aufenthaltstitel zum Zweck der Beschäftigung im Rahmen von Werkverträgen nur bei demselben Arbeitgeber für grundsätzlich zwei Jahre erteilt. Sie haben kein Recht auf einen Arbeitgeberwechsel innerhalb dieser Zeit.

Wenn die Arbeit in Deutschland zeitlich begrenzt ist, muss der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, die Sozialversicherungsbeiträge abführen.

■ Kosten

Die Bundesagentur für Arbeit erhebt für jeden Arbeitnehmer eine Gebühr von 75 Euro pro Monat. Die Gebühr muss der Arbeitgeber zahlen. Sie darf dem Arbeitnehmer nicht in Rechnung gestellt werden.

1.5 Was bedeutet Leiharbeit?

Bei der Leiharbeit, auch Zeitarbeit oder Arbeitnehmerüberlassung genannt, stellt ein Unternehmen Arbeitnehmer zum Zweck der Verleihung von Arbeitskräften ein. Dafür benötigt das Unternehmen eine Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit. Die Arbeitnehmer bleiben beim „Verleiher“ angestellt, sie unterliegen aber den Arbeitsanweisungen des „Entleihers“ und sind für die Zeit der Entleihung in dessen Betrieb eingegliedert. Leiharbeit gibt es innerhalb von Deutschland und innerhalb der EU. Werden Arbeitnehmer grenzüberschreitend „verliehen“ liegt eine Form der Entsendearbeit vor. Seit dem 1. Mai 2011 ist die Verleihung von Arbeitnehmern nach Deutschland unbeschränkt möglich.

■ Welche Arbeits- und Sozialrechte gelten?

Für die Beschäftigung von Leiharbeitern gelten die Bestimmungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes (siehe unter K 1.3). Hierin ist ein Mindestlohn für Leiharbeiter geregelt. Leiharbeiter haben darüber im Westen einen Anspruch auf Mindestlohn in Höhe von 7,89 Euro Brutto Stundenlohn, im Osten auf 7,01 Euro Brutto Stundenlohn.

Daneben gilt für entlehene Arbeitnehmer auch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, das einen umfassenden Gleichstellungsgrundsatz enthält. Danach sind Leiharbeiter die gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern des Unternehmens in Deutschland (sog. Equal Pay-Grundsatz). Für Leiharbeitsunternehmen besteht aber auch die Möglichkeit, die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorgesehene Tariföffnungsklausel zu nutzen und über einen Tarifvertrag vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen. Das kann zum Beispiel bedeuten, dass innerhalb eines Betriebes entlehene Arbeitnehmer aus einem EU-Land nicht dieselbe Anzahl von Urlaubstagen hat wie die Stammbeslegschaft des Betriebes.

Wenn die Leiharbeit zeitlich begrenzt ist, muss der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, die Sozialversicherungsbeiträge abführen.

■ Welche Gerichte sind zuständig?

Für die Lohnansprüche sind die deutschen Arbeitsgerichte zuständig. Nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge sind in dem Land einzuklagen, in dem der Arbeitgeber seinen Geschäftssitz hat.

1.6 Was bedeutet Saisonarbeit?

Um saisonal aufkommendem Bedarf an Arbeitskräften zu begegnen, hat Deutschland mit Bulgarien, Rumänien und Kroatien Abkommen getroffen. Sie sehen vor, dass ein bestimmtes Kontingent an Arbeitnehmern aus diesen Ländern jährlich bis zu sechs Monaten im Kalenderjahr in Deutschland beschäftigt werden kann. Dies gilt nur für ausgewählte Branchen: Land- und Forstwirtschaft, Hotel- und Gaststättengewerbe, Obst- und Gemüseverarbeitung und Sägewerke.²⁷

■ Arbeitserlaubnis

Im Rahmen des Saisonverfahrens ist für Rumänen und Bulgaren die Arbeitserlaubnispflicht für die Beschäftigung Ende 2011 entfallen. Sie können in den oben aufgeführten Branchen für sechs Monate pro Jahr ohne die bisher erforderliche Arbeitserlaubnis-EU beschäftigt sein.

Kroatische Staatsangehörige müssen weiterhin eine Arbeitserlaubnis-EU und eine Aufenthaltserlaubnis beantragen. Im Rahmen eines bundesweiten Kontingentes können sie im beim Saisonverfahren ohne die sogenannte Vorrangprüfung eine zeitlich befristete Saisonarbeit aufnehmen. Bei der Vorrangprüfung wird geprüft, ob deutsche Arbeitnehmer, Unionsbürger oder Drittstaatsangehörige, die ohne rechtliche Einschränkungen beschäftigt werden dürfen, zur Verfügung stehen und welche Auswirkung die Beschäftigung von Migranten auf den Arbeitsmarkt hat. Das Arbeitserlaubnisverfahren wird über regionale Stellen der Zentralen Auslands- und Fachvermittlung (ZAV) in Bonn,

Duisburg, Frankfurt am Main und München durchgeführt. Die ZAV ist eine besondere Dienststelle der Bundesagentur für Arbeit. Die EU-Arbeitserlaubnis gilt nur für den jeweiligen Arbeitsplatz.

Die Arbeitgeber müssen für jeden Saisonarbeitnehmer eine Gebühr in Höhe von 60 Euro bezahlen. Sie darf nicht vom Lohn des Arbeitnehmers abgezogen werden.

■ Anwendung von deutschem Arbeits- und Sozialrecht

Saisonarbeitskräfte haben die gleichen arbeitsrechtlichen Ansprüche wie deutsche Arbeitnehmer. Der Lohn darf nicht geringer sein als die tariflichen Löhne beziehungsweise – soweit kein Tarif vorhanden ist – die ortsüblichen Löhne. Bei Akkordarbeit sind die Akkordsätze so zu bemessen, dass ein vollwertiger Arbeitnehmer bei normalem Können und durchschnittlicher Leistung mindestens 20 Prozent über dem jeweiligen tariflichen Zeitlohn verdienen kann.

Saisonarbeiter aus EU-Mitgliedstaaten sind grundsätzlich im Rahmen ihrer Arbeit in Deutschland auch hier sozialversicherungspflichtig. Etwas anderes gilt nur, wenn die Saisonarbeit pro Jahr weniger als zwei Monate oder 50 Arbeitstage und nicht berufsmäßig ausgeübt wird. Dann muss der Arbeitgeber in Deutschland nur eine Unfallversicherung abschließen.

■ Arbeitsplatzwechsel

Die ZAV kann die Zustimmung zur Änderung des Aufenthaltstitels erteilen, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz wechseln will. Dies erfolgt nur in einem besonders begründeten Einzelfall.

■ Unterbringung und Verpflegung

Die Arbeitgeber sind verpflichtet, Saisonarbeitskräften eine angemessene Unterkunft zu stellen oder für ihre Unterkunft zu sorgen. Angemessen bezieht sich sowohl auf die Art und Beschaffenheit der Unterkunft als auch auf den Preis. Die Kosten für Unterkunft und Verpflegung dürfen die sogenannten Sachbezugswerte nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung nicht überschreiten. In der Verordnung

²⁷ Siehe http://www.arbeitsagentur.de/nn_25398/Navigation/zentral/Buerger/Arbeit/Saisonarbeit/Saisonarbeit-Nav.html (Stand: 13.02.2012).

wird festgelegt, welche Kosten Arbeitgeber beispielsweise für Unterkunft und Verpflegung berechnen dürfen (siehe hierzu unter C 1.6). Ist mit der Saisonkraft vereinbart, dass Kost und/oder Logis frei sind, so wird der Wert der Sachbezüge dem Bruttolohn zugeschlagen und vom Nettolohn abgezogen. Muss die Saisonkraft dagegen das Essen vom Arbeitgeber kaufen oder die Unterkunft mieten, so sind die Sachbezüge nur vom Nettolohn abzuziehen.

2. Arbeitsmarktzugang für Personen ohne rechtmäßigen Aufenthalt oder ohne Duldung

Personen in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität haben in Deutschland keine Möglichkeit, legal eine Beschäftigung aufzunehmen. Eine rechtmäßige Arbeitsaufnahme hängt von einer Aufenthaltserlaubnis (§ 4 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz), Duldung oder Gestattung (§ 10 Beschäftigungsverfahrensordnung) ab.

3. Arbeitsmarktzugang für Migranten mit einer Duldung oder Aufenthaltsgestattung

Migranten mit einer Duldung oder Aufenthaltsgestattung, also dem Bleiberecht für die Dauer des Asylverfahrens, haben unter bestimmten Voraussetzungen, die Möglichkeit in Deutschland zu arbeiten.²⁸

Beratung zum Thema Arbeitsmarktzugang bieten bundesweit unter anderem die im Bundesprogramm des Europäischen Sozialfonds geförderten Projekte an.²⁹ Darüber hinaus gibt es in vielen Bundesländern Projekte, Informationen et cetera zum Thema Arbeitsmarktzugang über die Landesflüchtlingsräte.

■ Was sind die Voraussetzungen für die Beschäftigungserlaubnis?

Ein Jahr Wartezeit

Migranten mit einer Duldung oder Aufenthaltsgestattung haben zunächst einen beschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt. Sie können nach Ablauf von einem Jahr ununterbrochenem Aufenthalt in Deutschland mit einer Aufenthaltsgestattung oder einer Duldung einen Antrag auf Erlaubnis zur Beschäftigung bei der für sie zuständigen Ausländerbehörde stellen. Ein Wechsel zwischen Duldung und Aufenthaltsgestattung in diesem Jahr Wartezeit ist dabei unerheblich. Die Zeiten werden zusammengerechnet.

Prüfung durch die Bundesagentur für Arbeit

Hat der Arbeitnehmer einen Antrag bei der Ausländerbehörde gestellt, muss die wiederum die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit einholen. Die Agentur nimmt dann eine umfassende Vorrangprüfung und Prüfung der Arbeitsbedingungen vor (§ 39 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz). Das heißt, sie erteilt die Zustimmung nur:

- wenn sich durch die Beschäftigung von Ausländern keine nachteiligen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt ergeben. Hierbei wird geprüft, in welcher Region, welche Art der Beschäftigung in welcher Branche aufgenommen werden soll. Ob die angestrebte Beschäftigung in der Region zustimmungsfähig ist, muss bei der Agentur erfragt werden.
- wenn deutsche Arbeitnehmer oder Migranten, die ihnen rechtlich gleichgestellt sind, für die Beschäftigung nicht zur Verfügung stehen. Der Arbeitgeber muss nachweisen, dass er über eine bestimmte Zeit einen solchen bevorrechtigten Arbeitnehmer ohne Erfolg gesucht hat.
- wenn die Arbeitsbedingungen wie Lohn, Arbeitszeit und Aufgaben nicht schlechter sind als bei deutschen Arbeitnehmern. Diese Angaben muss der potentielle Arbeitgeber bei der Arbeitsagentur vorlegen.
- wenn keine Leiharbeit vorliegt (§ 40 AufenthG).

²⁸ Informationen enthalten unter anderem folgende Veröffentlichungen: Leitfaden Arbeiterlaubnisrecht für Flüchtlinge und MigrantInnen des ESF-Projekts AZF. <http://azf2.de/infomaterial/leitfaden-arbeiterlaubnisrecht/> (Stand: 13.02.2012). Mehrsprachiges Informationsmaterial zur Beschäftigungserlaubnis ist unter anderem zu finden auf der Internetseite des ESF-Projekts Netzwerk Integration: <http://esf-netwin.de/startseite/rechtliche-informationsstelle-zum-arbeitsmarktzugang/infomaterial/> (Stand: 13.02.2012).

²⁹ Hier ist eine nach Bundesländern sortierte umfangreiche Liste mit den jeweiligen Einrichtungen zu finden: „Arbeitsmarktliche Unterstützung für Bleibeberechtigte und Flüchtlinge II“: http://www.esf.de/portal/generator/13382/property=data/2010_08_18_projektliste.pdf (Stand: 13.02.2012).

Erteilt die Bundesagentur die Zustimmung zu einer Arbeitserlaubnis, dann gilt dies nur für eine ganz bestimmte Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb. Arbeitssuchende müssen also erst einen Arbeitsplatz finden und können erst dann den Antrag auf Arbeitserlaubnis dafür stellen.

■ Welche Ausnahmen von den Voraussetzungen gibt es?

Insbesondere in vier Konstellationen gibt es eine Ausnahme von der Vorrangprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit:

Ein Jahr Beschäftigung

War der Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber zwölf Monate beschäftigt, dann kann die Erlaubnis ohne erneute Vorrangprüfung verlängert werden (§ 6 Beschäftigungsverfahrensverordnung). Die Agentur für Arbeit nimmt aber erneut eine Arbeitsbedingungsprüfung vor. Für die Verlängerung muss rechtzeitig ein Antrag bei der Ausländerbehörde gestellt werden.

Härtefall

Nach einem Jahr Wartezeit kann die Agentur für Arbeit eine Zustimmung auch ohne Vorrangprüfung erteilen, wenn ein Härtefall vorliegt (§ 7 Beschäftigungsverfahrensverordnung). Wann ein Härtefall vorliegt, muss immer auf der Grundlage der Gesamtumstände des Einzelfalls beurteilt werden. Die Vorschrift ist eine Ausnahmeregel und soll eher restriktiv ausgelegt werden. Ein Härtefall kann zum Beispiel bei einer geminderten Erwerbsfähigkeit vorliegen oder wenn die Nichterteilung der Zustimmung besondere wirtschaftliche und soziale Auswirkungen auf die Familie hat. Bei traumatisierten Personen wird auf eine Vorrangprüfung verzichtet, wenn die angestrebte Beschäftigung vom behandelnden Facharzt oder psychologischen Psychotherapeuten als Bestandteil der Therapie bestätigt wird (Erläuterungen zu § 7 der Beschäftigungsverfahrensverordnung Nr. 3.7.119).

Ausbildung

Migranten mit einer Duldung können nach einem Jahr Wartezeit eine Ausbildung machen (§ 10 Abs. 2 Nr. 1 Beschäftigungsverfahrensverordnung). Sie bekommen die Zustimmung der Arbeitsagentur ohne Vorrangprüfung und ohne Prüfung der Arbeitsbedingungen. Die Zustimmung gilt für alle anerkannten Ausbildungsberufe und vergleichbar

geregelten Ausbildungen. Das Bundesinstitut für Aus- und Weiterbildungsberufe führt eine Liste mit den anerkannten Ausbildungsberufen:

<http://www2.bibb.de/tools/aab/aabberufeliste.php>.

Vier Jahre Aufenthalt

Migranten mit einer Duldung, die sich seit vier Jahren ununterbrochen erlaubt, geduldet oder mit Aufenthaltsgestattung in Deutschland aufgehalten haben, haben einen unbeschränkten Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 Beschäftigungsverfahrensverordnung). Wenn sie eine Beschäftigung finden, müssen sie nach wie vor eine Arbeitserlaubnis beantragen, aber die Agentur für Arbeit stimmt ohne Vorrangprüfung und ohne Prüfung der Arbeitsbedingungen zu. Die Zustimmung wird ohne Beschränkung erteilt. Sie kann nicht mehr auf eine bestimmte Tätigkeit, einen bestimmten Arbeitgeber oder Ort reduziert werden. Die Arbeitserlaubnis kann bis zu drei Jahren erteilt werden. In diesen Fällen ist Leiharbeit möglich. Der Arbeitnehmer kann in dieser Zeit auch ohne weitere Erlaubnis die Arbeitsstelle wechseln.

■ Wann wird keine Arbeitserlaubnis erteilt?

Migranten mit einer Duldung, die die oben genannten Voraussetzungen erfüllen, bekommen keine Arbeitserlaubnis, wenn die Ausländerbehörde feststellt, dass sie nach Deutschland eingereist sind, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu bekommen oder wenn sie ihre Abschiebung verhindert haben. Das ist insbesondere der Fall, wenn sie über das „Abschiebehindernis durch Täuschung über die Identität oder die Staatsangehörigkeit oder durch falsche Angaben herbeigeführt haben“. Andere Abschiebegründe, die sie nicht zu verantworten haben, wie zum Beispiel der Schutz der Familie, sind kein Grund, eine Beschäftigungserlaubnis zu verweigern.

4. Arbeitsmarktzugang für Migranten mit einer Aufenthaltserlaubnis

Die Möglichkeiten für Migranten, in Deutschland eine Arbeit aufzunehmen, hängen von der Art ihrer Aufenthaltserlaubnis ab. Es muss also als erstes geprüft werden, auf

welcher gesetzlichen Grundlage die Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde. Es gibt eine Reihe von Aufenthaltserlaubnissen, die einen unbeschränkten rechtlichen Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt gewähren. Das bedeutet, dass die Inhaber dieser Aufenthaltserlaubnisse keine Arbeitserlaubnis beantragen müssen. Das ist überwiegend im Zusammenhang mit Ehepartnern³⁰ und Kindern sowie bei Inhabern von Aufenthaltstiteln aufgrund humanitärer³¹ oder politischer Gründe³² der Fall. Auf diesen Aufenthaltserlaubnissen ist vermerkt, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist.

■ **Unter welchen Voraussetzungen erhält man eine Arbeitserlaubnis?**

Ist auf der Aufenthaltserlaubnis keine Möglichkeit zur Erwerbstätigkeit vermerkt, muss eine Beschäftigungserlaubnis bei der Ausländerbehörde beantragt werden. Die wiederum muss die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit einholen. Die Agentur nimmt dann eine umfassende Vorrangprüfung und Prüfung der Arbeitsbedingungen vor (siehe dazu unter K 3. Prüfung durch die Bundesagentur für Arbeit).

■ **Welche Ausnahmen gibt es von den Voraussetzungen?**

Es gibt verschiedene Ausnahmefälle, in denen bei Migranten mit einer Aufenthaltserlaubnis keine Vorrangprüfung durchgeführt werden muss. Dies ist der Fall:

- wenn die Versagung der Zustimmung eine besondere Härte darstellen würde, § 7 Beschäftigungsverfahrensverordnung (siehe unter K 3. zu den Voraussetzungen des Härtefalls),
- wenn Betroffene von Menschenhandel aufgrund ihrer Kooperationsbereitschaft in einem Strafverfahren gegen die Täter eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a Aufenthaltsgesetz haben (siehe dazu unter L),

- oder wenn das Arbeitsverhältnis mindestens ein Jahr bestanden hat. Dann kann die Beschäftigung bei einem Arbeitgeber weitergeführt werden (§ 6 Beschäftigungsverfahrensverordnung).

Die Bundesagentur für Arbeit prüft aber in diesen drei Fällen erneut die Arbeitsbedingungen. Darüber hinaus können Migranten mit einer Aufenthaltserlaubnis ohne Vorrangprüfung und ohne Prüfung der Arbeitsbedingungen eine Arbeit aufnehmen, wenn sie insgesamt zwei Jahre lang versicherungspflichtig beschäftigt waren.

5. Besonderheiten für bestimmte Branchen und bestimmte Länder

Aufgrund des Arbeitskräftemangels in Deutschland gibt es trotz der eingeschränkten Arbeitnehmerfreizügigkeit für Bulgaren und Rumänen sowie des grundsätzlichen Arbeitsverbotes für nicht im Inland lebende Drittstaatsangehörige, die Möglichkeit, in ausgewählten Branchen zu arbeiten. Eine vollständige Übersicht über diese Möglichkeiten findet man auf der Internetseite der Bundesagentur für Arbeit. In den nachfolgend erwähnten Branchen sind Fälle von Menschenhandel und schwerer Arbeitsausbeutung in Deutschland bereits bekannt geworden.

5.1 Staatsangehörige aus Bulgarien und Rumänien

Für rumänische und bulgarische Staatsangehörige gibt es einige Ausnahmen von der aktuell noch beschränkten Arbeitnehmerfreizügigkeit. Sie können in bestimmten Branchen oder mit einer Fachqualifikation eine abhängige Beschäftigung in Deutschland aufnehmen.

³⁰ § 30 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz besagt, dass der nachziehende Ehegatte eines Ausländers die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit hat, wenn sein bereits hier lebender Ehegatte ebenfalls aufgrund seines Aufenthaltstitels besitzt oder die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens zwei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet besteht; nach § 31 Abs. 1 besteht ehegattunenabhängiges Aufenthaltsrecht nach drei Jahren Ehedauer; § 28 Abs.1 i.V.m. § 5 regelt den Familiennachzug zu Deutschen.

³¹ § 25 Abs. 1 bezieht sich auf unanfechtbarer Asylberechtigte, Abs. 2 auf anerkannte Flüchtlinge.

³² Siehe dazu § 23 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz, Aufnahme bei besonders gelagerten politischen Interessen. Dabei handelt es sich vor allem um Jüdinnen und Juden aus Osteuropa. Eine zweite große Gruppe stellen die Flüchtlinge dar, die im Resettlement aufgenommen wurden. Zum Beispiel hat sich Deutschland im Dezember 2008 auf ein Kontingent von 2.500 irakischen Flüchtlingen festgelegt. Diese erhalten eine auf drei Jahre befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 2 AufenthG.

■ Haushaltshilfen in Haushalten mit Pflegebedürftigen

Haushaltshilfen aus Bulgarien und Rumänien können nach einer Vorrangprüfung (siehe dazu unter K 3.) zur Ausübung einer versicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigung bis zu drei Jahren für hauswirtschaftliche Arbeiten und notwendige pflegerische Alltagshilfen in Haushalten mit Pflegebedürftigen zugelassen werden (§ 21 Beschäftigungsverordnung).³³ Dies gilt nur für Haushalte mit einer pflegebedürftigen Person im Sinne des § 45a SGB XI. Die zu Betreuenden beziehungsweise deren Angehörige müssen den Nachweis der Pflegebedürftigkeit erbringen.

Die persönlichen Voraussetzungen für die Arbeitsaufnahme sind gering, so dass die Tätigkeit eine Beschäftigungsmöglichkeit für Geringqualifizierte bietet. Der Arbeitnehmer muss mindestens 18 Jahre alt sein. Berufliche, sprachliche und sonstige Qualifikationen werden nicht vorausgesetzt, können aber vom Arbeitgeber gewünscht werden.

Der Arbeitnehmer benötigt eine EU-Arbeitserlaubnis. Für ihr Arbeitsverhältnis gilt deutsches Arbeits- und Sozialrecht. Der mindestens zu zahlende Lohn ist einer Entgelttabelle für Haushaltshilfen zu entnehmen.³⁴ Der Arbeitgeber hat für eine angemessene Unterkunft Sorge zu tragen und muss angeben, ob er die Kosten für Unterkunft und Verpflegung übernimmt. Lebt der Arbeitnehmer im Haushalt des Arbeitgebers werden die Kosten für die freie Gewährung von Unterkunft und Verpflegung in Höhe der Sachbezugswerte nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung (siehe unter C 1.6) als geldwerter Vorteil zum Bruttoeinkommen hinzugerechnet. Die Vermittlung der Arbeitskräfte ist kostenlos.

■ Fachkräfte

Seit dem 1. Januar 2012 können Unionsbürger aus Rumänien und Bulgarien, die Fachkräfte mit Hochschulabschluss sind, ohne eine EU-Arbeitsgenehmigung eine entsprechend qualifizierte Beschäftigung in den anderen EU-Ländern

aufnehmen (§ 12b Abs. 1 ArGV). Staatsangehörige aus Rumänien und Bulgarien können seit dem 1. Januar 2012 ohne Vorrangprüfung eine qualifizierte Beschäftigung, die eine Berufsausbildung in einem Ausbildungsberuf voraussetzt, aufnehmen. Hierfür ist weiterhin eine Arbeitserlaubnis nötig, aber es wird nicht mehr geprüft, ob es für eine Stelle einen inländischen Arbeitsuchenden gibt.

5.2 Pflegepersonal aus Kroatien

Aufgrund von Arbeitskräftemangel hat Deutschland eine Absprache mit der Arbeitsverwaltung Kroatiens getroffen, nach der Pflegepersonal aus Kroatien für mindestens ein Jahr in Deutschland beschäftigt werden kann (§ 39 Aufenthaltsgesetz in Verbindung mit § 30 Beschäftigungsverordnung).³⁵ Dies gilt für Gesundheits- und Krankenpfleger, Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger sowie Altenpfleger, die eine abgeschlossene Ausbildung haben. Darüber hinaus brauchen sie gute Kenntnisse der deutschen Sprache.

■ Kosten

Arbeitgeber müssen eine Gebühr von 250 Euro für die Vermittlung von Pflegekräften bezahlen. Für die Arbeitnehmer ist die Vermittlung kostenlos. Die Gebühren darf der Arbeitgeber ihnen nicht vom Lohn abziehen.

■ Aufenthalts- und Beschäftigungserlaubnis

Arbeitnehmer aus Kroatien brauchen einen Aufenthaltstitel, der die Ausübung der Beschäftigung im Bundesgebiet ausdrücklich erlaubt (Visum/Aufenthaltserlaubnis). Für die Erteilung des Aufenthaltstitels ist eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich. Die prüft die im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen, die deutschem Arbeitsrecht entsprechen müssen, sowie die vereinbarte Unterkunft. Darüber hinaus wird geprüft, ob es bevorrechtigte Pflegekräfte auf dem deutschen Arbeitsmarkt gibt (Vorrangprüfung).

³³ Siehe ausführlich zu den Voraussetzungen, dem Arbeitserlaubnisverfahren und Anforderungen an Arbeitsbedingungen: Bundesagentur für Arbeit (2011b).

³⁴ http://www.arbeitsagentur.de/nn_25294/zentraler-Content/A04-Vermittlung/A044-Vermittlungshilfen/Allgemein/Entgelttabelle-Haushaltshilfen.html (Stand 09.02.2012).

³⁵ Vgl. dazu Bundesagentur für Arbeit (2011e).

■ Anwendung von deutschem Arbeits- und Sozialrecht

Pflegekräfte aus Kroatien haben die gleichen arbeitsrechtlichen Ansprüche wie deutsche Arbeitnehmer. Der Lohn darf nicht geringer sein als die tariflichen Löhne beziehungsweise – soweit kein Tarif vorhanden ist – die ortsüblichen Löhne. Für das Arbeitsverhältnis muss ein standardisierter, zweisprachiger Arbeitsvertrag benutzt werden. Individuell gestaltete Verträge werden nicht akzeptiert.

5.3 Spezialitätenköche aus Drittstaaten

Für Staatsangehörige aus Nicht-EU-Ländern gibt es die Möglichkeit, als sogenannte Spezialitätenköche zunächst für vier Jahre in Deutschland zu arbeiten (§ 26 Abs. 2 der Beschäftigungsverordnung).³⁶ Köche können in Restaurants, die eine einem Land zuordenbare Nationalitätenküche anbieten, beschäftigt werden. Spezialitätenköche müssen eine erfolgreich abgeschlossene Kochausbildung an einer Berufsfachschule (Ausbildungsdauer mindestens zwei Jahre) und eine praktische Tätigkeit von mindestens zwei Jahren in qualifizierten Betrieben nachweisen. Sie müssen Staatsangehörige des Landes sein, auf dessen Küche das Restaurant spezialisiert ist.

■ Arbeitserlaubnis

Der Arbeitnehmer muss einen Arbeitsvertrag mit einem Restaurant in Deutschland haben. Mit dem kann er aus dem Herkunftsland einen Antrag auf Einreisevisum bei der jeweiligen Auslandsvertretung stellen. Dann läuft das Verfahren innerhalb Deutschlands ohne weiteres Zutun des Arbeitnehmers über das Bundesverwaltungsamt zur zuständigen Ausländerbehörde.

Die Arbeitserlaubnis wird zusammen mit der Aufenthaltserlaubnis durch die zuständige Ausländerbehörde erteilt. Die Zustimmung zur Erteilung der Arbeitserlaubnis erfolgt durch das für den Betriebssitz des Restaurants zuständige Arbeitserlaubnis-Team der ZAV. Diese prüft unter anderem die vorgesehenen Arbeitsbedingungen, die deutschem Arbeitsrecht entsprechen müssen, den Arbeitsvertrag, die

Qualifikation des Koches und prüft, ob es bevorrechtigte Köche auf dem deutschen Arbeitsmarkt gibt (Vorrangprüfung).

■ Kosten

Die ZAV erhebt keine Gebühren für das Arbeitserlaubnisverfahren. Eine Gebühr dürfen nur anerkannte Bildungsträger erheben. Dies ist relevant für China, Indien und Thailand. Köche aus diesen Ländern können ihre Qualifikation nur durch bestimmte anerkannte Bildungsträger nachweisen. Die Gebühr deckt die Aufwendungen für Trainingsmaßnahmen, eventuell Sprachkurse und Vermittlungsaufwendungen der Köche in ihrem Heimatland.

Reisekosten des Spezialitätenkochs sowie möglicherweise anfallende Prüfungsgebühren muss der Arbeitgeber bezahlen.

■ Arbeitsplatzwechsel

Die ZAV kann die Zustimmung zur Änderung des Aufenthaltstitels erteilen, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz wechseln will. Dies erfolgt nur in einem besonders begründeten Einzelfall. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Betrieb schließt oder der Arbeitgeber sich nachweislich schuldhaft verhalten hat. Dies wird in Fällen schwerer Arbeitsausbeutung regelmäßig der Fall sein.

■ Anwendung von deutschem Arbeits- und Sozialrecht

Spezialitätenköche unterliegen im Rahmen des Arbeitsvertrages den gleichen Rechten und Pflichten wie deutsche Arbeitnehmer. Sie müssen mit Arbeitsaufnahme bei der Sozialversicherung angemeldet werden.

Der Arbeitsvertrag muss den tariflichen Bedingungen entsprechen. Der Einsatz eines Spezialitätenkoches ist vergleichbar mit der Tarifposition „Chef de partie / Alleinkoch“ in Deutschland. Die Gehaltsvereinbarung im Arbeitsvertrag muss als Bruttoentgelt ausgewiesen sein. Eine Klausel der Barauszahlung ist nicht erlaubt. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, für eine angemessene Unterkunft des Arbeitneh-

³⁶ Siehe ausführlich zu den Voraussetzungen, dem Arbeitserlaubnisverfahren und Anforderungen an Arbeitsbedingungen: Bundesagentur für Arbeit, Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (2011c).

mers zu sorgen (siehe hierzu die Ausführungen zur Saisonarbeit unter K 1.6).

5.4 Au-pair-Kräfte aus den EU-Ländern und Drittstaaten

Staatsangehörige aus den EU-Ländern und aus Drittstaaten können von sechs Monaten bis zu einem Jahr als Au-pair-Kräfte in Familien in Deutschland beschäftigt werden (§ 20 Beschäftigungsverordnung)³⁷. Die Durchführungsanweisungen zu § 20 der Beschäftigungsverordnung geben detaillierte Leitlinien über den Familienbegriff, Arbeitsbedingungen et cetera vor.

■ Arbeits- und Sozialrechte

Au-pairs sollen leichte Hausarbeiten und Kinderbetreuung leisten. Die Kranken- und Altenpflege gehört nicht zu ihren Aufgaben. Au-pairs dürfen dafür nicht mehr als sechs Stunden täglich und 30 Stunden die Woche beschäftigt werden. Überstunden müssen zeitlich ausgeglichen werden. Ihnen steht vier Wochen bezahlter Erholungsurlaub zu. Unterkunft und Verpflegung werden von der Familie unentgeltlich gestellt. Sie haben Anspruch auf ein eigenes Zimmer. Au-pairs erhalten keinen Arbeitslohn, sondern ein Taschengeld in Höhe von 260 Euro pro Monat unabhängig von der Dauer der Hausarbeitszeit. Die Familie schließt auf eigene Kosten für Au-pair-Kräfte eine Versicherung für Krankheit, Schwangerschaft und Geburt sowie für den Fall eines Unfalls ab.

Gibt es Schwierigkeiten können Au-pairs die Familie wechseln. Stellt sich heraus, dass unter dem Deckmantel eines Au-Pair-Verhältnisses Pflege- oder volle Haushaltsarbeit geleistet werden musste, wird das deutsche Arbeitsrecht angewendet.

■ Arbeitserlaubnis

Au-pairs aus Drittstaaten benötigen einen Aufenthaltstitel, den sie bekommen, wenn die Ausländerbehörde und die ZAV zustimmen. Die ZAV prüft hierfür die Vorausset-

zungen in Bezug auf die Familie, die Arbeitsbedingungen sowie auf die Au-pair-Kraft selbst. Diese muss mindestens 18 Jahre alt sein und Grundkenntnisse in der deutschen Sprache nachweisen. Staatsangehörige aus Bulgarien und Rumänien benötigen eine EU-Arbeitserlaubnis. Auch sie müssen Grundkenntnisse der deutschen Sprache nachweisen.

■ Kosten

Au-pairs müssen die Kosten für die An- und Rückreise selber tragen.

³⁷ Siehe ausführlich zu den Voraussetzungen, dem Arbeitserlaubnisverfahren und Anforderungen an Arbeitsbedingungen: Bundesagentur für Arbeit, Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (2011d).

Rechtliche Besonderheiten für Betroffene von Menschenhandel/Arbeitsausbeutung



In den letzten Jahren sind für die Betroffenen von Menschenhandel und schweren Formen von Arbeitsausbeutung im Vergleich zu anderen Gruppen von Migranten rechtliche Sonderregelungen eingeführt worden, die mit den Strafverfahren gegen die Täter zusammenhängen und an die Bereitschaft der Betroffenen zur Zeugenaussage gekoppelt sind.

Diese Vorschriften sind in den vorangegangenen thematischen Kapiteln zum Teil bereits aufgeführt worden und werden im Folgenden noch einmal kurz dargestellt. Für die Gruppe der Arbeitnehmer, die gegen die Täter aussagen können und wollen oder sich das zumindest überlegen möchten, können sie zumindest zeitweise Vorteile bieten, die auch für die Durchsetzung von Lohn- und Schadensersatzansprüchen genutzt werden können.

1. Aufenthaltsrecht

1.1 Erteilung einer Ausreisefrist von drei Monaten

Vollziehbar ausreisepflichtige Personen haben nach § 59 Abs. 7 AufenthG einen Anspruch auf eine Ausreisefrist von mindestens drei Monaten, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass sie Opfer von Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung (§ 232 StGB), zur Arbeitsausbeutung (§ 233 StGB) oder von schwerer Arbeitsausbeutung sind (siehe dazu unter G 6.1).

1.2 Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis als Zeugen in Strafverfahren

Entscheiden sich die Betroffenen von Menschenhandel oder schwerer Arbeitsausbeutung für eine Aussage in einem

Strafverfahren gegen die Täter, können sie nach § 25 Abs. 4a und 4b, S. 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für die Dauer des Strafverfahrens bekommen (siehe dazu unter G 6.2). Dies gilt für Drittstaater und EU-Bürger.

1.3 Aufenthalt aus Gefährdungsgründen

Nach Abschluss des Strafverfahrens sind Betroffene von Menschenhandel grundsätzlich ausreisepflichtig. Nach § 60 Abs. 7 in Verbindung mit § 25 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz kann die Gefährdung der Betroffenen bei ihrer Rückkehr in ihr Herkunftsland durch die Täter des Menschenhandels ein Abschiebehindernis und damit eine Aufenthaltserlaubnis begründen. Hierfür muss eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit im Herkunftsland bestehen. Die Gefährdungslage wird mehrere Jahre lang regelmäßig überprüft.

2. Beschränkter Zugang zum Arbeitsmarkt

Für Zeugen in Menschenhandelsverfahren, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a AufenthG haben, besteht die Möglichkeit, während der Dauer des Strafverfahrens in Deutschland zu arbeiten. § 6a Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschVerfV) sieht vor, dass die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung ohne die ansonsten erforderliche Vorrangprüfung erteilt werden kann, wenn die Betroffenen eine Aufenthaltserlaubnis aufgrund des Strafverfahrens haben. Dies gestaltet sich in der Praxis aber als schwierig, da die Aufenthaltserlaubnis in der Regel jeweils nur für sechs Monate erteilt und dann verlängert wird. Diese Unsicherheit kann für Arbeitgeber unattraktiv sein.

3. Versorgung von Drittstaaten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz

Drittstaatsangehörige, die Betroffene von Menschenhandel oder schwerer Arbeitsausbeutung (siehe B 1., B 2.) sind und denen eine dreimonatige Ausreisefrist gemäß § 57 Abs. 7 AufenthG oder eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a, 4b AufenthG erteilt wurde, haben einen Anspruch auf staatliche Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (§ 1 Abs. 1, Nr. 3).

Die über das Asylbewerberleistungsgesetz grundsätzlich vorgesehene Unterbringung in Sammelunterkünften oder Asylbewerberheimen soll bei Betroffenen von Menschenhandel vermieden werden. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz sieht dazu unter 15a.1.5.2 vor, dass Betroffene von Menschenhandel, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 4a AufenthG als Zeugen haben oder bei denen zumindest Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie Opfer von Menschenhandel sind (vgl. § 59 Absatz 7), nicht in Sammelunterkünften untergebracht werden sollen. Um dem Schutzbedürfnis dieser Personen ausreichend Rechnung zu tragen und ihre Bereitschaft zur Kooperation mit den Behörden zu fördern, soll vielmehr die zuständige Leistungsbehörde in Abstimmung mit der Strafverfolgungsbehörde und der betreuenden Fachberatungsstelle für einen geeigneten und sicheren Unterbringungsort, etwa eine Schutzwohnung oder eine von einer Fachberatungsstelle betriebene oder betreute Unterbringungseinrichtung, sorgen.

Dolmetscher- und Übersetzungskosten, die insbesondere auch für die Durchsetzung von Rechten notwendig sind, werden nach § 6 AsylbLG nur unter sehr strengen Voraussetzungen und in Ausnahmefällen als „sonstige Leistung“ anerkannt. Über die Fachberatungsstellen gegen Menschenhandel werden Dolmetscher in die Beratung eingebunden, deren Leistung für die Betroffenen kostenlos ist.

4. Versorgung von EU-Bürgern nach dem Sozialgesetzbuch II

EU-Bürger, die Betroffene von Menschenhandel oder Arbeitsausbeutung sind, (siehe die genaue Definition unter B 1., B 2.) können einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben. Wenn sie Zeugen in einem Strafverfahren gegen die Täter sind, bekommen sie staatliche Unterstützung. Dies wird in der Behördenpraxis bisher sehr uneinheitlich gehandhabt: Zum Teil bekommen EU-Bürger eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 4a oder 4b AufenthG und erhalten auf dieser Grundlage Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, SGB II oder SGB XII. Andere erhalten auf der Grundlage einer Freizügigkeitsbescheinigung (§ 5 Abs. 1 FreizügG/ EU) Leistungen nach dem SGB II oder XII.

Gesetzesänderungen im SGB II sowie eine Auslegungshilfe der Bundesagentur für Arbeit in 2011 haben zumindest für die Gruppe der Zeugen eine rechtliche Klärung der Situation herbeigeführt. Für alle EU-Bürger, die Zeugen in den oben genannten Verfahren sind, sollten daher in jedem Fall Leistungen nach dem SGB II beantragt werden.

Aus dem fachlichen Hinweis der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II in der Fassung vom 20.11.2011³⁸ geht klar hervor:

- Betroffene EU-Bürger von Menschenhandel, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a haben, sind grundsätzlich anspruchsberechtigt nach dem SGB II. In diesem Zusammenhang wird nochmal klargestellt, dass für EU-Bürger, die Opfer von Menschenhandel sind, keine Leistungsberechtigung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz besteht.
- Liegen die Voraussetzungen vor, besteht der Anspruch sofort, da für sie gemäß § 7 Abs. 1, S. 3 SGB II der Leistungsausschluss für die ersten drei Monate ihres Aufenthaltes nicht gilt.
- Nach Ablauf der ersten drei Monate des Aufenthaltes besteht weiterhin der Anspruch auf Leistungsbezug. Der Ausschlussgrund „Arbeitssuche“ nach § 7 Abs. 1, S. 2,

³⁸ Vgl. dazu http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Allgemein/IW-SGB-II-Fachliche-Hinweise.html (Stand: 13.02.2012).

Nr. 2 SGB II greift für diese Gruppe ebenfalls nicht, da Zweck des Aufenthaltes primär die Mitwirkung am Strafverfahren ist.

- Die Rechte gelten in demselben Umfang für EU-Bürger, die als Zeugen aussagen und keine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 4a AufenthG haben.
- Die Rechte gelten in demselben Umfang für Betroffene von schwerer Arbeitsausbeutung, die bereit sind, als Zeugen in Verfahren nach den §§ 10 Absatz 1 oder § 11 Absatz 1 Nummer 3 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes oder nach § 15a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (siehe dazu B 2.) auszusagen.

Unklar ist die Situation für die Betroffenen von Menschenhandel und schwerer Arbeitsausbeutung aus den EU-Ländern, die nicht als Zeugen aussagen können oder wollen. Der fachliche Hinweis der Bundesagentur für Arbeit macht diesbezüglich keinen Unterschied. Die Weisung spricht von „EU-Bürgern aus Mitgliedstaaten, die Opfer (...) geworden sind“. Daher sollte in jedem Fall ein Antrag auf Leistung nach dem SGB II gestellt werden.

Informationsmaterial

Bundesagentur für Arbeit (2011a): Fachliche Hinweise SGB II. http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Allgemein/IW-SGB-II-Fachliche-Hinweise.html (Stand: 29.01.2012).

Bundesagentur für Arbeit - Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (2011b): Merkblatt „Vermittlung von Haushaltshilfen in Haushalte mit Pflegebedürftigen nach Deutschland“. <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/Merkblatt-Sammlung/Merkblatt-zur-Vermittlung-in-Haushalte-mit-Pflegebeduerftigen.pdf> (Stand: 29.01.2012).

Bundesagentur für Arbeit, Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (2011c): Merkblatt „Spezialitätenköche – Informationen für Arbeitgeber“. <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/Merkblatt-Sammlung/Merkblatt-AG-Spezialitaetenkoeche.pdf> (Stand: 30.01.2012).

Bundesagentur für Arbeit, Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (2011d): Merkblatt „Au-pair' bei deutschen Familien“. <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/Merkblatt-Sammlung/MB-ZAV-Au-pair-bei-dt-Gastfamilien.pdf> (Stand: 30.01.2012).

Bundesagentur für Arbeit, Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (2011e): Merkblatt „Vermittlung von Pflegepersonal aus Kroatien nach Deutschland“. http://www.arbeitsagentur.de/nn_565936/Dienststellen/besondere-Dst/ZAV/Arbeitsmarktzulassung/arbeitgeber/amz-kroatische-pflegekraefte.html (Stand: 30.01.2012).

Bundesagentur für Arbeit, Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (2012): „Merkblatt für Arbeitgeber zur Vermittlung und Beschäftigung ausländischer Saisonarbeitnehmer und Schaustellergehilfen“. http://www.arbeitsagentur.de/nn_25398/Navigation/zentral/Buerger/Arbeit/Saisonarbeit/Saisonarbeit-Nav.html (Stand: 30.01.2012).

Bundesministerium für Arbeit und Soziales: Allgemeinverbindliche Tarifverträge und Mindestlohntarifverträge. <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Tarifvertraege/inhalt.html> (Stand: 19.01.2012).

Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2012): Xenos Projektliste „Arbeitsmarktliche Unterstützung für Bleibeberechtigte und Flüchtlinge II“. http://www.esf.de/portal/generator/13382/property=data/2010_08_18_projektliste.pdf (Stand: 17.01.2012).

Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hg.) (2011): Entwicklung tragfähiger Unterstützungsstrukturen für die Betroffenen von Menschenhandel zur Arbeitsausbeutung. Berlin. http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/studie-menschenhandel.pdf?_blob=publicationFile (Stand: 25.01.2012).

Caritasverband für die Diözese Osnabrück e.V., EQUAL-Projekt SAGA (2009): Informationsmaterialien zur Durchsetzung von Arbeitsrechten für Arbeitnehmer und Beratung „Rechte ausländischer ArbeitnehmerInnen, ohne Papiere: für ArbeitnehmerInnen“, verfügbar in den Sprachen Deutsch, Englisch, Französisch, Russisch, Bulgarisch und Rumänisch. <http://www.equal-saga.info/pu.html> (Stand: 30.01.2012).

Deutsches Rotes Kreuz e.V. / Deutscher Caritasverband e.V. (Hg.) (2010): Aufenthaltsrechtliche Illegalität – Beratungshandbuch 2010. Berlin/Freiburg. http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/Illegalitaet/DRK_CARITAS_Handbuch_Online_2010.pdf (Stand: 30.01.2012).

Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland e. V. (2011): Sozialleistungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Deutschland – Eine Handreichung für die Beratung. Stuttgart. http://www.diakonie.de/Texte_12_2011_Sozialleistungen_fuer_Unionsbuerger.pdf (Stand: 30.01.2012).

Flüchtlingsrat Niedersachsen e.V. (Hg.) (2011): Leitfaden Arbeitserlaubnisrecht für Flüchtlinge und MigrantInnen. Hildesheim. <http://azf2.de/wp-content/uploads/2009/02/Leitfaden-Arbeitserlaubnisrecht-2.pdf> (Stand: 30.01.2012).

Follmar-Otto, Petra; Rabe, Heike (2009): Menschenhandel in Deutschland. Die Menschenrechte der Betroffenen stärken. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte/Stiftung Erinnerung, Verantwortung und Zukunft. http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/studie_menschenhandel_in_deutschland_01.pdf (Stand: 30.01.2012).

Hans-Böckler-Stiftung (2011): Informationen zu Tarifverträgen: http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_4874.htm; oder nach Branchen geordnet: http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_4136.htm; Richtwerte für die jeweilige Tätigkeit findet man unter: <http://www.lohnspiegel.de/main> (Stand: 30.01.2012).

Informationsverbund Asyl und Migration e. V. (2012): Informationen zu Flüchtlingsberatungsstellen über die Landesflüchtlingsräte. <http://www.asyl.net/index.php?id=65>. (Stand: 16.01.2012).



Deutsches Institut für Menschenrechte

Zimmerstr. 26/27

10969 Berlin

Tel.: 030 25 93 59 - 0

Fax: 030 25 93 59 - 59

info@institut-fuer-menschenrechte.de