

# QUO VADIS ARBEITSMIGRATION?

Licht und Schatten in den Anfang März 2020 zu erwartenden Neuerungen



Andreas Dippe

Im internationalen Wettbewerb um Fachkräfte ist das Arbeitsmigrationsrecht einem steten Wandel unterworfen. Nahezu im Jahresrhythmus wurde das AufenthG seit seiner Einführung 2005 reformiert. Mit dem zum 1. März 2020 in Kraft tretenden Fachkräfteeinwanderungsgesetz (FEG, BT-Drs. 19/8285, 19/10714, BGBl. I 2019, 1307) wird das AufenthG nun weiter grundlegend liberalisiert. Diese Änderungen werden ergänzt durch den Anfang November 2019 vorgelegten Regierungsentwurf (BR-Drs. 572/19) zur Änderung der BeschV und der AufenthV. Das zunächst noch angestrebte neue „Einwanderungsgesetzbuch aus einem Guss“ ist nicht zu Stande gekommen. Die Erwerbsmigration bleibt grundsätzlich bedarfsorientiert mit einigen potentialorientierten Elementen.

Die Gesetzesbegründung konstatiert, dass die Zahl der offenen Stellen aktuell auf rund 1,2 Mio. angestiegen ist und sich der Fachkräftemangel zu einem Risiko für die deutsche Wirtschaft entwickelt hat, dies vor allem in der Gesundheits-/Pflegebranche, Handwerksberufen, IT- sowie naturwissenschaftlichen und Ingenieurberufen. In arbeitsmigrationsrechtlichen Fällen gilt es daher, sachgerechte Lösungen zu finden, jeweils in Abstimmung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie mit der deutschen Auslandsvertretung, örtlichen Ausländerbehörde, Bundesagentur für Arbeit (BfA) und ggf. Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen (ZAB), Industrie- und Handelskammer (IHK), Handwerkskammer (HWK) und regionalen Wirtschaftsförderungsagentur.

Gerichtliche Auseinandersetzungen sollten dabei – wie in der Kautelarpraxis – vorsorglich verhütet werden. Ein Gang zum Verwaltungsgericht ist – im Unterschied zur Situation bei Migration aus humanitären Gründen – meist nicht zielführend und schon aus Zeitgründen in den wenigsten Fällen vermittelbar. Stattdessen ist stets im Vorfeld anwaltlich zu prüfen, ob die Unterlagen und Strukturen den Anforderungen des Migrationsrechts gerecht werden. Erfreulicherweise ist die Verwaltung in diesem Bereich relativ offen für Korrekturen, wenn bei Neuanträgen, in Widerspruchs-/Remonstrationsverfahren oder auch über die Fachaufsicht vernünftige Argumente vorgetragen werden.

## POSITIVE ZEICHEN

Dafür setzt das FEG weitere positive Zeichen: Anstelle des bisherigen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt sieht § 4a Abs. 1 AufenthG nF vor, dass ein jeder Aufenthaltstitel grundsätzlich zur Erwerbstätigkeit berechtigt. Mit diesem Paradigmenwechsel zur Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt können einerseits klassische Erlaubnisklauseln, wie für die Niederlassungserlaubnis oder im Familiennachzug, zum 1. März 2020 gestrichen werden. Andererseits mussten zusätzliche Verbote formuliert werden, z. B. „Schengen-Visa berechtigen nicht zur Erwerbstätigkeit“ in § 6 Abs. 2a AufenthG nF.

Einen ähnlichen Paradigmenwechsel erfährt die sog. Vorrangprüfung, die bisher noch grundsätzlich vorgeschrieben war, jedoch u. a. schon durch die Blaue Karte EU und für inländische Bildungsabschlüsse weitreichende Ausnahmen erfahren hatte. Zum 1. März 2020 wird die Vorrangprüfung für „Fachkräfte“ (d. h. mit akademischer Ausbildung oder Berufsausbildung, vgl. § 18 Abs. 3 und § 2 Abs. 12a AufenthG nF) nun vollständig abgeschafft. Bei der Ausübung einer Beschäftigung unabhängig von einer Qualifikation als Fachkraft wird die Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG nF nur noch vorgenommen, wenn dies gesetzlich oder in der BeschV ausdrücklich vorgesehen ist. Dies wurde z. B. für die betriebliche Aus- und Weiterbildung in § 8 Abs. 1 sowie in §§ 11 Abs. 2, 15a–c, 25–28, 29 Abs. 4, 32 Abs. 1 BeschV nF umgesetzt.

Die Arbeitsmigration wurde in Abschnitt 4 des Kapitels zu Einreise und Aufenthalt vollständig neu strukturiert, ebenso wie die Regelung zur Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit in § 39 AufenthG nF. Trotz des beklagenswerten Umfangs einiger Normen erscheint vieles lesbarer und systematischer.

## ERWEITERTES VERSTÄNDNIS DER QUALIFIKATION

Das Erfordernis der qualifikationsangemessenen bzw. entsprechenden Beschäftigung führt häufig zu Diskussionen mit der Behörde, wenn ausländische Fachkräfte eine Beschäftigung „unter ihren Möglichkeiten“ annehmen wollten, um dann ggf. später im Unternehmen aufzusteigen. Die Beschäftigung wird dann vielfach als „unangemessen“ abgelehnt. Dem hat der Gesetzgeber nun mit dem Begriff der Befähigung in §§ 18a Abs. 1, 18b Abs. 1 AufenthG nF abgeholfen. Die erworbene Qualifikation „befähigt“ schließlich auch zu Tätigkeiten, die nach der Stellenausschreibung weniger fordern, als der Bewerber mitbringt. Gleiches dürfte für die Niederlassungserlaubnis mit dem Verweis in § 18c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG nF gelten.

Wenn Fachkenntnisse (insbesondere im IT-Bereich) nur durch Berufserfahrung, aber ohne förmlichen Abschluss erworben wurden, waren bislang – außerhalb der

„best friends“ und Westbalkanstaaten gem. § 26 BeschV – nur spezielle Lösungen „im begründeten Einzelfall“ oder mittels einer Flucht in die Selbständigkeit möglich. Schon seit 2012 sollte „eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung“ für die Blaue Karte EU gem. § 19a Abs. 1 Nr. 1b) AufenthG ausreichen, wenn diese Erfahrung mit einem Hochschulabschluss vergleichbar war. Leider wurde diese von der Hochqualifiziertenrichtlinie (2009/50/EG) vorgesehene Variante in Deutschland nie angewendet, da das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die dafür notwendige Verordnung nicht erlassen hat.

Nunmehr soll § 19c Abs. 2 AufenthG nF mit § 6 BeschV nF für das Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnologie Erleichterung schaffen. Der ausländische Arbeitnehmer muss dafür eine mindestens dreijährige Berufserfahrung in den letzten sieben Jahren nachweisen, die mit einer förmlichen Qualifikation als Fachkraft vergleichbar ist. Die nötige Dauer der Berufserfahrung wurde mit der letzten Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses für Inneres vom 5. Juni 2019 (BT-Drs 19/10714) noch von fünf auf drei Jahre herabgesetzt, „um den Bedürfnissen der Praxis speziell im IT-Bereich besser gerecht zu werden“.

Dabei erscheint die grundsätzliche Forderung nach ausreichenden deutschen Sprachkenntnissen (B1) für diese meist englischsprachige Branche völlig überzogen. Es bleibt nur zu hoffen, dass die Verwaltung „nach Abwägung aller Umstände im begründeten Einzelfall“ großzügig auf derartige Sprachkenntnisse verzichtet, um die Neuregelung nicht leerlaufen zu lassen. Auch die Forderung der Gesetzesbegründung nach „einschlägigen theoretischen Schulungen und einschlägigen Prüfungen“ ist in diesem Bereich nicht praxismäßig. Leider konnte der Bundesrat noch nicht mit seinem Vorschlag durchdringen, auch für andere ausgewählte Engpassberufe eine solche Beschäftigung ohne förmlichen Abschluss zuzulassen.

Soweit ein Defizitbescheid über die ausländische und nicht reglementierte Berufsausbildung feststellt, dass schwerpunktmäßig nur noch Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten in der betrieblichen Praxis fehlen, kann der Arbeitnehmer nach § 16d Abs. 3 AufenthG nF die Beschäftigung schon für zwei Jahre ausüben. In der Regel werden dafür hinreichende Deutschkenntnisse (A2) des Arbeitnehmers verlangt. Der Arbeitgeber muss seinerseits zusichern, dass er dem Arbeitnehmer ermöglicht, die festgestellten Defizite auf Grundlage eines Weiterbildungsplans innerhalb dieser zwei Jahre auszugleichen.

Gehört wurden die Rufe aus der Praxis nach einer Neuregelung für eSportler, soweit sie den eSport in Form eines Wettkampfes berufsmäßig ausüben (§ 22 Nr. 5 BeschV-E), und für Berufskraftfahrer (§ 24a BeschV-E), um den festgestellten Engpässen im Logistiksektor zu begegnen.

Bei komplexen Exportgeschäften sollen nunmehr die Mitarbeiter des ausländischen Käuferunternehmens gem. § 19 Abs. 2 Nr. 2 BeschV-E für mehr als 90 Tage bis zu drei Jahre nach Deutschland entsandt werden können, um erworbene Maschinen, Anlagen o. a. abzunehmen oder in ihre Bedienung eingewiesen zu werden. Die

Regelung ergänzt insofern die bisherige, auf 90 Tage beschränkte Entsendung nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 BeschV.

Die Arbeitsplatzsuche wird nicht mehr nur mit Hochschulabschluss, sondern auch mit Berufsausbildung (zeitlich beschränkt bis 1. März 2025) möglich sein, wenngleich die nur maximal zehn Wochenstunden zulässige „Probearbeit“ leider in vielen Fällen nicht ausreichen dürfte, um den Lebensunterhalt zu sichern (§ 20 Abs. 1, 2 AufenthG nF). Zudem ist der Familiennachzug in dieser Phase noch nicht möglich, so dass die Nachfrage nach einem solchen Arbeitstitel auch künftig eher mäßig bleiben wird.

Zu begrüßen ist die Klarstellung in § 4a Abs. 3 S. 5 AufenthG nF, wonach bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB der bisherige, formell auf den vorigen Arbeitgeber bezogene Aufenthaltstitel nebst Beschäftigungserlaubnis weiterhin gültig ist. Insofern ist wohl gemeint, dass § 4a Abs. 3 S. 4 AufenthG nF für Betriebsübergänge nicht gelte. Dabei sollte unstrittig sein, dass Transaktionen wie Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung ebenfalls erfasst sind, wofür § 324 UmwG die Anwendung von § 613a Abs. 1, 4 bis 6 BGB klarstellt.

## BESCHLEUNIGUNGSPOTENTIAL

Insbesondere für Herkunftsländer mit relativ langen Wartezeiten bei den deutschen Auslandsvertretungen eröffnet das beschleunigte Fachkräfteverfahren nach § 81a AufenthG nF die Möglichkeit, das Visumsverfahren wesentlich zu verkürzen: auf eine Terminvergabe binnen drei Wochen ab Vorabzustimmung der zuständigen („zentralen“) Ausländerbehörde und eine Bescheidung des Visumsantrags in der Regel binnen drei Wochen ab Stellung des vollständigen Visumsantrags (vgl. § 31a AufenthV nF).

Paradox: Während zuvor in § 31 Abs. 1 AufenthV die *obligatorische* Zustimmung der Ausländerbehörde abgeschafft wurde, um die Visumsverfahren zu beschleunigen, soll die *fakultative* Vorabzustimmung der (ggf. gem. § 71 Abs. 1 S. 5 AufenthG nF „zentralen“) Ausländerbehörde nunmehr beschleunigend wirken. Im Rahmen der dafür in jedem Einzelfall zwischen dem Arbeitgeber und der Ausländerbehörde gegen eine Gebühr von 411,00 EUR (§ 47 Abs. 1 Nr. 15 AufenthV nF) abzuschließenden Vereinbarung wird die Ausländerbehörde zu einem bemerkenswerten zusätzlichen Aufgabenkatalog gem. § 81a Abs. 3 AufenthG nF verpflichtet. Ob, wie und in welcher Anzahl dafür zentrale Ausländerbehörden als „überregionale Kompetenzzentren“ (BT-Drs. 19/8285, S. 107) geschaffen werden, obliegt den Bundesländern.

## NEUE HERAUSFORDERUNGEN

Mit dem FEG stellen sich jedoch neue Herausforderungen bei Gehältern und Mitteilungspflichten: Während bislang bei inländischem Hochschul- oder Ausbildungsabschluss keine Zustimmung der BfA und damit auch keine Prüfung des angemessenen Gehalts vorgeschrieben war, wird dies künftig wieder grundsätzlich nötig sein (Ausnahme z. B. die „große“ Blaue Karte EU nach § 18b Abs. 2 S. 1 AufenthG nF). Offenbar wird den aus-

ländischen Absolventen deutscher Bildungseinrichtungen nicht mehr zugetraut, selbst ein angemessenes, d. h. vergleichbares Gehalt auszuhandeln.

Nicht recht nachvollziehbar ist die in § 3 BeschV-E geplante Zustimmungspflicht für leitende Angestellte und Organe juristischer Personen. Mit dieser neuen BfA-Zustimmung wird das Visumsverfahren für Vorstände, Geschäftsführer und Prokuristen unnötig verkompliziert. Nach der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 572/19, S. 22) soll dadurch der Abgrenzungsproblematik zwischen selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung begegnet werden, da die BfA als sachlich nähere Behörde das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung prüfen werde. Dem ist entgegenzuhalten, dass in Zweifelsfällen schon jeher die BfA fakultativ beteiligt werden konnte und die DRV im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens die eigentlich sachnähere Behörde wäre. Die schon bisher von den Auslandsvertretungen und Ausländerbehörden vorgenommene Prüfung der Plausibilität der Organvergütung erscheint ausreichend.

Nunmehr soll – nach der Verordnungsbegründung – in einer Gesamtbetrachtung die Freiheit des Unternehmensinhabers, selbst die Führungskraft und ihre Entlohnungsbedingungen zu bestimmen, abzuwägen sein mit der Marktstellung und dem Alter des Unternehmens, der Seniorität und den Erfahrungen der Führungskraft und den in der jeweiligen Branche im jeweiligen Agenturbezirk gezahlten Gehältern vergleichbarer Führungskräfte. Jedenfalls könne – so die Verordnungsbegründung – bei einem monatlichen Gehalt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung [in 2020 – West: 6.900,00 EUR, – Ost: 6.450,00 EUR] regelmäßig davon ausgegangen werden, dass die Führungskraft ein vergleichbares Arbeitsentgelt erhält. Diese Größenordnungen liegen deutlich über der bisherigen Verwaltungspraxis. Die Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin (VAB) verlangen beispielsweise für „Führungskräfte gewerblicher Betriebe“ (d. h. sowohl Fremd- als auch Gesellschafter-Geschäftsführer) ein „Minimum von 24.000 Euro/Jahr an Netto-Gehalt“. Die BfA sollte berücksichtigen, dass deutlich höhere Gehälter für eine Vielzahl kleinerer und mittelständischer Unternehmen nicht realistisch sind.

Zudem werden an mehreren Stellen – neben der Blauen Karte EU – weitere *gesetzliche* Mindestgehälter eingeführt, etwa für die benannten IT-Kräfte mit entsprechender Berufserfahrung ohne formalen Abschluss (60 Prozent der o. g. Beitragsbemessungsgrenze) sowie bei erstmaliger Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen für Fachkräfte über 45 Jahre gem. § 18 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG nF und für Arbeitskräfte aus den Westbalkanstaaten über 45 Jahre gem. § 1 Abs. 2 BeschV nF (jeweils 55 Prozent der o. g. Beitragsbemessungsgrenze). Mit diesen Mindestgehältern für über 45-jährige Arbeitnehmer solle eine „Einwanderung in die Sozialsysteme“ verhindert werden. Daher muss die Gehaltsgrenze nicht erreicht werden, wenn eine angemessene Altersvorsorge etwa durch entsprechende Rentenanwartschaften oder Finanzmittel nachgewiesen ist. Hier wird an die Praxis zu den über 45-jährigen selbstständigen Unternehmern gem. § 21 Abs. 3 AufenthG angeknüpft.

Bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen gelten ab 1. März 2020 neue bußgeldbewehrte Mitteilungspflichten gegenüber der Ausländerbehörde für den Arbeitgeber „innerhalb von vier Wochen ab Kenntnis, dass die Beschäftigung vorzeitig beendet wurde“ und für den Arbeitnehmer „innerhalb zwei Wochen“ ab diesem Zeitpunkt, vgl. §§ 82 Abs. 6 S. 1 und 4a Abs. 5 S. 3 Nr. 3 AufenthG nF). Die Mitteilungsfrist für Arbeitgeber wurde erst mit der letzten Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses für Inneres vom 5. Juni 2019 (BT-Drs 19/10714) von zwei auf vier Wochen erhöht, da es nicht auszuschließen sei, „dass eine Zwei-Wochen-Frist für einige Arbeitgeber, die nur über wenig Personal für administrative Tätigkeiten verfügen, sehr kurz bemessen sein könnte“.

Die angedrohten Bußgelder betragen für den Arbeitgeber bis zu 30.000,00 EUR und für den Arbeitnehmer bis zu 1.000,00 EUR (§ 98 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 2a Nr. 1a AufenthG nF). Dabei ist noch unklar, wann eine Kenntnis in diesem Sinne vorliegen soll, mit Zugang der Kündigung, Ablauf der Kündigungsfrist bzw. Wirksamkeit eines Aufhebungsvertrages oder erst mit Abschluss eines eventuellen Kündigungsschutzprozesses. Jedenfalls ist zu erwarten, dass die bußgeldbewehrten Mitteilungspflichten zu einem erhöhten Arbeitsaufwand auch für die Ausländerbehörden führen. Bislang konnten gekündigte Arbeitnehmer – ggf. unter Verletzung der insoweit nicht sanktionierten Mitteilungspflicht nach § 82 Abs. 6 AufenthG – sich zunächst eine neue Stelle suchen und danach bei der Ausländerbehörde den Aufenthaltstitel umschreiben lassen. Nach neuem Recht kommt nun eine meist unnötige Spannung in die Phase des Jobwechsels mit drohender Fristverkürzung nach § 7 Abs. 2 S. 2 AufenthG und ggf. Wechsel in einen Arbeitssuchetitel nach § 20 Abs. 1, 2 AufenthG nF.

Erschwerend kommt hinzu, dass die bisherige Ausnahme von der Mitteilungspflicht in § 82 Abs. 6 S. 2 AufenthG gestrichen wird. Bislang musste ein Ausländer das vorzeitige Beschäftigungsende nicht mitteilen, wenn er eine Beschäftigung aufnehmen durfte, ohne dass es auf die Zustimmung der BfA nach § 39 Abs. 2 AufenthG ankam. Nunmehr besteht die Mitteilungspflicht mithin wohl auch für derartige zustimmungsfreie Fälle, etwa gem. § 9 BeschV.

In der Gesamtschau überwiegen jedoch die Liberalisierungstendenzen gegenüber den aufgezeigten Einschränkungen. Letztlich wird es auch darauf ankommen, wie professionell und wohlwollend die Auslegungs- und Beurteilungsspielräume verstanden und das Ermessen in den neuen Regelungen ausgeübt werden. Gerade an den Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten wie Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht entscheidet sich häufig der Erfolg (oder Misserfolg) der Erwerbsmigration.

Andreas Dippe, LL. M. (Moskau), Rechtsanwalt,  
Derra, Meyer & Partner, Berlin, [www.derra.eu](http://www.derra.eu)