

Russische Leitungspersonen in deutschen Unternehmen

Erlaubnis zu Aufenthalt und Arbeit im Lichte von Gesellschaftsrecht, Fachkräfteeinwanderungsgesetz, Nichterwerbstädtigkeitsfiktion und Coronaschutzmaßnahmen

ANDREAS DIPPE

Russian managers in German companies

Abstract: In Russian-German legal relations under company law or in investment relations the question under what conditions and in what time frame managers from Russia, including as managing directors of limited liability companies, can work in Germany are of significant importance. The author describes typical interactions between residence and company laws, as well as current developments in residence law with regard to the entry of Russian executives for short and long-term stays. These recent amendments of German residence law have brought some relief but also some tightening according to the authors' analysis. The complex situation is also affected by the Covid-19 pandemic with frequently changing entry regulations.

Keywords: Permission to reside, Work permit, skilled labour immigration, company foundation with Russian Managing Directors, temporary entry restrictions due to COVID-19 pandemic

I. Einleitung

Im russisch-deutschen Rechtsverkehr sind vertragliche Beziehungen, gesellschaftsrechtliche Verbindungen und Investitionen häufig mit der Frage verbunden, unter welchen Voraussetzungen und in welchem zeitlichen Rahmen Leitungspersonen aus Russland,¹ u. a. als GmbH-Geschäftsführer, in Deutschland tätig sein können.

Die Antworten auf diese Frage werden seit Frühjahr 2020 maßgeblich beeinflusst durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz (FEG)² und die damit zusammenhängende Mantelverordnung³ zur Änderung der Aufenthaltsverordnung und Beschäftigungsverordnung,⁴ sowie vielfältige und sich ständig ändernde Einreisebeschränkungen, um die Ausbreitung von COVID-19 einzudämmen. Im Folgenden werden typische Wechselwirkungen zwischen Aufenthalts- und Gesellschaftsrecht, sowie aktuelle aufenthaltsrechtliche Entwicklungen bei der Einreise russischer Leitungspersonen für kurz- und langfristige Aufenthalte beleuchtet. Abschließend werden Besonderheiten bei Bestellungshindernissen von russischen Geschäftsführern und bei der güterrechtlichen Einordnung von Anteilen russischer Gesellschafter aufgezeigt.

Mit dem FEG wurde zwar das bisher geltende Prinzip des grundsätzlichen Arbeitsverbots mit Erlaubnisvorbehalt für Drittstaatsangehörige,⁵ also auch russische Staatsangehörige umgekehrt. So berechtigt seit März 2020 jeder Aufenthaltstitel grundsätzlich zur Erwerbstätigkeit (§ 4a Abs. 1 S. 1 AufenthG). Allerdings war dieser Paradigmenwechsel zur Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt rein kosmetischer Natur ohne wesentliche inhaltliche Änderungen.⁶ Schon in Anbetracht der drohenden Bußgeld- bzw. Strafsanktionen⁷ ist eine Erwerbstätigkeit in Deutschland auch weiterhin stets an den aufenthaltsrechtlichen Vorgaben zu messen.

1 Die Ausführungen lassen sich weitgehend auch auf sonstige Drittstaatsangehörige übertragen.

2 Fachkräfteeinwanderungsgesetz vom 15.8.2019, BGBl. 2019 I S. 1307, BT-Drs 19/8285 und 19/10714; Überblick bei *Klaus/Mävers/Offer*, Das neue Fachkräfteeinwanderungsrecht, 1. Aufl. 2020, Rn. 89 ff.; *Langenfeld/Lehner ZAR* 2020, 215; *Dippe*, Asylmagazin 2020, 55; Huber/Mantel-Dippe, *AufenthG/AsylG*, 3. Aufl. 2021, Vorb §§ 18–21 Rn. 4; Überblick auf Russisch: Майер/Горский, Новый закон о миграции квалифицированных специалистов, DRJV-Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache, Сборник статей о праве Германии, юбилейный выпуск № 4 (декабрь 2020 г.), стр. 51–73.

3 Verordnung vom 23.3.2020 zur Änderung der BeschV und AufenthV, BGBl. I 2020, 655, BR-Drs. 572/19 = 110/20.

4 Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (BeschV).

5 Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines der Mitgliedstaaten der EU, des EWR oder der Schweiz besitzen.

6 Der bloße Vorzeichenwechsel wird daran deutlich, dass klassische Erlaubnisklauseln, wie für die Niederlassungserlaubnis oder im Familiennachzug, gestrichen und stattdessen zusätzliche Verbote formuliert wurden, z. B. für Schengen-Visa in § 6 Abs. 2a AufenthG.

7 § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG (selbständige Tätigkeit), § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III (Beschäftigung), § 95 Abs. 1a AufenthG (Erwerbstätigkeit bei Aufenthalt mit Schengen-Visum), § 98 Abs. 2a AufenthG (Auftraggeber), § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III (Arbeitgeber), §§ 10, 11 SchwarzArbG (Strafschärfungen).

II. Gesellschaftsgründungen mit russischem Geschäftsführer ohne langfristiges Aufenthaltsrecht

1. Keine gesellschaftsrechtliche Residenzpflicht in Deutschland

Allein nach gesellschaftsrechtlichen Maßstäben ist es nicht mehr notwendig, dass ein russischer Geschäftsführer eine aufenthaltsrechtliche Erlaubnis zur permanenten Tätigkeit und Präsenz in Deutschland hat. Eine Residenzpflicht der Geschäftsführung, wie sie im Gesellschaftsrecht mancher Länder vorkommt (*residency obligation*), wird von den deutschen Registergerichten seit Inkrafttreten des MoMiG⁸ im November 2008 nicht mehr angenommen. Aus Sicht des deutschen Gesellschaftsrechts ist es nunmehr ohne weiteres zulässig, dass Drittstaatsangehörige, somit auch russische Staatsangehörige zum Geschäftsführer einer deutschen GmbH bestellt werden. In der älteren Rechtsprechung der Oberlandesgerichte⁹ wurde teils noch gefordert, dass dem Geschäftsführer die jederzeitige Einreise in das Bundesgebiet möglich sein muss. Eine jederzeitige Einreise ist mit Schengen-Visum jedoch unmöglich, da dieses auf eine maximale Aufenthaltsdauer von bis zu 90 Tagen je 180-Tage-Zeitraum beschränkt ist. Daher verweigerten manche Registergerichte die GmbH-Eintragung, wenn nur Drittstaatsangehörige ohne deutsche Aufenthaltserlaubnis als Geschäftsführer bestellt wurden. Wegen der Unwägbarkeiten des Visumverfahrens wurde eine Analogie zum Berufs- bzw. Gewerbeverbot nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GmbHG gezogen. Für eine Residenzpflicht wurde zudem angeführt, dass gerade in Krisenzeiten der deutschen Gesellschaft die Anwesenheit eines russischen Geschäftsführers für längere Zeit als drei Monate erforderlich sein könnte.¹⁰ Erstaunlicherweise wurden sog. „Positivstaater“, etwa Staatsangehörige der USA, welche ebenfalls nur für eine Dauer von bis 90 Tagen je 180-Tage-Zeitraum – jedoch ohne Schengen-Visum – einreisen dürfen,¹¹ dabei seit jeher auch ohne längerfristige Aufenthaltserlaubnis als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen.¹² In der neueren gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung seit dem MoMiG wird das Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis für sog. „Negativstaater“ aus visumpflichtigen Drittländern,¹³ etwa russische Staatsangehörige, nicht mehr aufrechterhalten.¹⁴ Daher ist ein Geschäftsführer auch dann vom zuständigen Registergericht im Handelsregister einzutragen, wenn eine jederzeitige Einreise nicht möglich ist, da die mit einem Schengen-Visum maximal mögliche Aufenthaltszeit je 180-Tage-Zeitraum ggf. schon ausgeschöpft sein kann. Dies wird insbesondere damit begründet, dass die GmbH nach neuem Gesellschaftsrecht (seit MoMiG) ihren Verwaltungssitz nunmehr unstreitig auch ins Ausland verlegen kann. Damit sei dem Argument der Boden entzogen, der im

8 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. 2008 I S. 2026.

9 OLG Celle, Beschl. v. 2.5.2007 – 9 W 26/07, NJW-RR 2007, 1679; OLG Zweibrücken, Beschl. vom 13.3.2001 – 3 W 15/01, NZG 2001, 857; OLG Köln, Beschl. v. 26.10.1998 – 2 Wx 29/98, NJW-RR 1999, 1637; OLG Hamm, Beschl. v. 9.8.1999 – 15 W 181/99, NJW-RR 2000, 37.

10 So noch OLG Celle, Beschl. v. 2.5.2007 – 9 W 26/07, NJW-RR 2007, 1679, 1680.

11 Art. 4 Abs. 1 mit Anhang II Verordnung (EU) 2018/1806 [EU-Visum-VO].

12 OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.2.2001, 20 W 376/00, NZG 2001, 757 = NJW-RR 2001, 1616.

13 Art. 3 Abs. 1 mit Anhang I Verordnung (EU) 2018/1806 [EU-Visum-VO].

14 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.4.2009 – I-3Wx85/09, NZG 2009, 678 und OLG München, Beschl. v. 17.12.2009, 31Wx142/09, NZG 2010, 157; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 9.9.2010 – 3 W 70/10, BeckRS 2010, 24704.

Ausland ansässige Geschäftsführer könne nur unter erheblichen Schwierigkeiten Einsicht in Bücher und Unterlagen der Gesellschaft nehmen und Kontakt zu Mitarbeitern und Geschäftspartnern – namentlich Gläubigern – halten. Auch die vom Geschäftsführer höchstpersönlich wahrzunehmenden Aufgaben erfordern nicht zwingend die Einreise nach Deutschland, sondern können – zumindest teilweise – über moderne Kommunikationswege vom Ausland aus erledigt werden. Eine weitergehende aufenthaltsrechtliche Prüfung ist zudem nicht Aufgabe der Registergerichte. Diese neuen gerichtlichen Entscheidungen haben in der gesellschaftsrechtlichen Literatur weitgehend Zustimmung gefunden. Hätte der Gesetzgeber eine jederzeitige Möglichkeit, im Inland die Geschäftsführungsaufgaben wahrzunehmen, anordnen wollen, hätte er dies in den Katalog der Eignungsvoraussetzungen (§ 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG) oder der Ausschlussstatbestände (§ 6 Abs. 2 S. 2 und 3 GmbHG) aufnehmen müssen. Um dem sog. Bestattungsunwesen zu begegnen, wäre dies durchaus erwägenswert gewesen.¹⁵

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass aus gesellschaftsrechtlicher Sicht keine Anforderungen an Staatsangehörigkeit, Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthaltsort oder deutsche Sprachkenntnisse gestellt werden.¹⁶ In tatsächlicher Hinsicht ist jedoch zu beobachten, dass Banken häufig leider nur dann bereit sind, das Geschäftskonto einer GmbH i.G. zu eröffnen, wenn zumindest ein Geschäftsführer in Deutschland ansässig ist, etwa wegen bankinterner Complianceregeln zur Einhaltung geldwäscherechtlicher Vorgaben.

2. Angaben zum Aufenthaltsrecht bei der Gewerbebeanmeldung

Im Gewerbe-Anmeldungsformular werden derzeit folgende Informationen abgefragt: *„Falls der Betriebsinhaber [...] Ausländer ist, der einen Aufenthaltstitel benötigt: „Liegt ein Aufenthaltstitel vor? Ja/Nein. Wenn Ja, Ausstellungsdatum und erteilende Behörde: ... Enthält der Aufenthaltstitel eine die Erwerbstätigkeit betreffende Auflage und/oder Beschränkung? Ja/Nein. Wenn Ja, Angabe der Auflage und/oder Beschränkung: ...“*. Nach Empfang der Gewerbeanzeige hat die Behörde dies gem. § 15 Abs. 1 GewO innerhalb dreier Tage zu bescheinigen. Teilweise kommt es jedoch vor, dass ein Gewerbeamt nicht nur auf einen (vermeintlichen) Aufenthaltsrechtsverstoß hinweist, sondern die Gewerbebeanmeldung „zurückweist“, wenn die Frage nach dem Aufenthaltstitel verneint wird. Damit dürfte ein Gewerbeamt seine Kompetenzen in diesem Verfahrensstadium überschreiten, denn eine Gewerbebeanmeldung kann grundsätzlich nicht zurückgewiesen werden. Der Empfang der Gewerbeanzeige ist auch dann zu bescheinigen, wenn Voraussetzungen für die rechtmäßige Ausübung des Gewerbes fehlen.¹⁷ Die Bescheinigung sagt nicht aus, dass Gewerbetreibende zur Ausübung des Gewerbes berechtigt sind und ersetzt nicht die ggf. erforderliche Erlaubnis.¹⁸ Gem. § 76 AufenthV sind die Gewerbeämter jedoch verpflichtet, jegliche Gewerbeanzeigen ausländischer Personen der zuständigen Ausländerbehörde mitzuteilen. Auf diesem Wege wird die Ausländerbehörde regelmäßig von eventuellen aufenthaltsrechtlichen Verstößen Kenntnis erlangen und ggf. entsprechende weitere Ermittlungen einleiten. Wenn etwa die Nichtbeschäftigungsfiktion bzw. Nichterwerbstätigkeitsfiktion nach § 30 Nr. 1 BeschV

15 MüKoGmbHG/W. Goette, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 6 Rn. 21.

16 Altmeyden, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 6 Rn. 41; dazu schon Erdmann, NZG 2002, 503 (auch zur aufenthaltsrechtlichen Lage vor dem Zuwanderungsgesetz).

17 Ennuschat/Wank/Winkler/Winkler, 9. Aufl. 2020, GewO § 15 Rn. 12.

18 Landmann/Rohmer GewO/Marcks, 85. EL September 2020, GewO § 15 Rn. 2.

einschlägig ist (dazu unten IV. 1 und 2), empfiehlt es sich daher, der Gewerbebeanmeldung ein entsprechendes anwaltliches Erläuterungsschreiben beizufügen.

III. Sozial- und aufenthaltsrechtliche Weichenstellung: Beschäftigung oder Selbständigkeit

Um russische Leitungspersonen aufenthaltsrechtlich richtig einzuordnen, kommt es zunächst auf deren sozialrechtliche Einstufung an – wie etwa beim Dauerthema Sozialversicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern – denn damit stellt sich zugleich die aufenthaltsrechtlich entscheidende Weiche zwischen einer abhängigen Beschäftigung nach § 2 Abs. 2 Alt. 2, §§ 18a ff AufenthG bzw. einer selbständigen Tätigkeit nach § 2 Abs. 2 Alt. 1, § 21 AufenthG. Da der Begriff der Selbständigkeit gesetzlich nicht definiert ist, bestimmt er sich im Umkehrschluss aus den Merkmalen einer abhängigen Beschäftigung gem. § 7 SGB IV.¹⁹ Im Zweifel und zum Ausschluss von „Scheinselbständigkeit“ sollte bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund ein Anfrageverfahren durchgeführt werden.²⁰

Wesentliches Kriterium für eine Selbständigkeit ist eine Kapitalbeteiligung von mind. 50%, womit die Leitungsperson über die Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung einen maßgeblichen originären Einfluss auf die Gesellschaft erlangt. Bei einer geringeren Beteiligung ist daher stets zu prüfen, ob ggf. eine umfassende, unkündbare Sperrminorität, die freie Einteilung der Tätigkeit hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort, ein erfolgsabhängiges Gehalt, Befreiung von Selbstkontrahierungsverbot, die Übernahme einer Bürgschaft für Verbindlichkeiten des Unternehmens sowie die Gewährung von Darlehen an das Unternehmen in der Gesamtschau zu einem Maß an Einflussmöglichkeiten und unternehmerischem Risiko von typischerweise selbständig Tätigen führen.²¹

Eine überlegene Fachkompetenz des Leitungsorgans (sog. „Herz und Seele“ des Betriebs) reicht entgegen der früheren sozialgerichtlichen Rechtsprechung für sich genommen nicht mehr für eine Selbständigkeit,²² ebenso wenig wie enge familiäre Beziehungen zum Mehrheitseigner.²³ Nach den Verwaltungsvorschriften des Berliner Landesamts für Einwanderung, den sog. Verfahrenshinweisen zum Aufenthalt in Berlin (VAB)²⁴ soll auch bei einer Unternehmensbeteiligung von weniger als 50% die für eine Selbständigkeit nötige unternehmerische Verantwortung bestehen, „wenn kein Miteigner eine höhere Beteiligung als der Betroffene am Unternehmen hält.“²⁵ Diese Position ist eher zweifelhaft, da eine Unternehmensbeteiligung von z. B. nur 20% regelmäßig nicht zur Selbständigkeit führen kann, selbst wenn die anderen Mitgesellschafter über jeweils weniger als 20% der Anteile verfügen.

19 KassKomm-Zieglmeier, 112. EL Dezember 2020, SGB IV Rn. 117 ff.

20 Optionales Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV. Zum obligatorischen Anfrageverfahren, wenn geschäftsführende Gesellschafter als Beschäftigte gemeldet werden, vgl. § 7a Abs. 1 S. 2 SGB IV.

21 Lau, NZS 2019, 452; BSG Urt. v. 14.3.20181 – B 12 R 5/16 R, BeckRS 2018, 5025, dazu Anm. Stäbler, NZS 2018, 670; BSG, Urt. v. 4.6.2019 – B 12 R 11/18 R, NZS 2020, 223.

22 LSG München, Urt. v. 16.7.2015 – L 7 R 181/15.

23 BSG Urteile v. 11.11.2015 – B 12 KR 10/14 R, GmbHR 2016, 533; B 12 KR 13/14 R, GmbHR 2016, 528 und B 12 R 2/14 R; Überblick zu dieser Konkretisierung der Rechtsprechung, um eine sog. „Schönwetter-Selbständigkeit“ in Familien-GmbHs auszuschließen: Fabritius/Markgraf, NZS 2019, 808.

24 Zum Download unter <https://www.berlin.de/einwanderung/service/downloads/artikel.875097.php>.

25 VAB Nr. 21.0, Stand 18.12.2020, S. 215.

Wenn in Fällen der 2-Personen-GmbH (50/50) beide Gesellschafter als Geschäftsführer bestellt sind, werden regelmäßig beide als selbständig eingestuft. Wenn jedoch der zweite Gesellschafter „nur“ als Prokurist oder sonstige Leitungsperson in „seiner“ GmbH tätig ist, dann wird dieser als abhängig beschäftigt eingestuft. Die arbeitsvertraglich begründete Weisungsgebundenheit des Gesellschafter-Prokuristen gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer im Tagesgeschäft wird dann durch die gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten nicht hinreichend überlagert.²⁶ Etwas anderes kann ggf. gelten, wenn der Gesellschafter-Prokurist den Gesellschafter-Geschäftsführer maßgeblich beeinflussen kann, etwa über einen Anteil von mehr als 50 % oder über weitgehende Zustimmungserfordernisse in der Satzung. Ein mitarbeitender Gesellschafter ist nur dann nicht abhängig beschäftigt, wenn er aufgrund seiner im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Rechtsmacht in der Lage ist, nicht genehme Weisungen des Geschäftsführers zu verhindern.²⁷

IV. Kurzfristige Aufenthalte (bis zu 90 Tage innerhalb von 180 Tagen)

Bei migrationsrechtlich kurzfristigen Aufenthalten, d. h. bis zu 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen auf Grundlage eines Schengen-Visums ist eine Erwerbstätigkeit in Deutschland regelmäßig nicht erlaubt.²⁸

1. Nichtbeschäftigungsfiktion nach § 30 BeschV

Wenn russische Staatsangehörige während derartiger Kurzaufenthalte Leitungsaufgaben in deutschen Unternehmen ausüben, liegt mithin grundsätzlich eine unerlaubte Erwerbstätigkeit vor. Zur Erleichterung des internationalen Wirtschaftsverkehrs wird daher in § 30 BeschV für in bestimmten zeitlichen Rahmen ausgeübte Tätigkeiten fingiert, dass es sich *nicht* um Erwerbstätigkeiten handelt.²⁹ Für Leitungspersonen besonders relevant sind dabei die Fiktionen in § 30 Nr. 1 iVm §§ 3, 16 BeschV, welche sich in zeitlicher Hinsicht („bis zu 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen“) mit der Gesamtaufenthaltsdauer auf Grundlage eines Schengen-Visums decken.³⁰

- leitende Angestellte gem. § 3 Nr. 1 BeschV nach Maßgabe von § 5 Abs. 3 BetrVG³¹

26 So z. B. LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 7.1.2016 – L 9 KR 84/13 und LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 8.8.2019 – L 7 R 715/17.

27 BSG, Urt. v. 12.5.2020 – B 12 KR 30/19 R, BeckRS 2020, 25851

28 § 6 Abs. 2a AufenthG: „Schengen-Visa berechtigen nicht zur Erwerbstätigkeit, es sei denn sie wurden zum Zweck der Erwerbstätigkeit erteilt.“ Die entsprechende Nebenbestimmung zum Schengen-Visum lautet: „Erwerbstätigkeit nicht erlaubt.“

29 Zur praktischen Bedeutung vgl. *Klaus/Mävers/Offer*, Das neue Fachkräfteeinwanderungsrecht, 1. Aufl. 2020, Rn. 350 ff.; Harbou von/Weizsäcker-Ponert/Tollenaere, Einwanderungsrecht, 2. Aufl. 2020, B. Rn. 15 ff.

30 In § 30 Nr. 1 BeschV bestand für Führungskräfte bis 2013 und für Geschäftsreisende bis 2015 – wie jetzt noch in § 30 Nr. 2 und 3 BeschV – eine den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht werdende und ohnehin kaum zu überprüfende Diskrepanz zum Schengenrecht, da die Nichtbeschäftigungsfiktion nur maximal drei Monate innerhalb von zwölf Monaten abdeckte. Die dann vorgenommene Auflösung des Wertungswiderspruchs „erleichtert die Geschäftsbeziehungen mit dem Ausland und führt zu Vorteilen für die deutsche Wirtschaft“, so BR-Drs. 642/14, 71.

31 So ausdrücklich BR-Drs. 110/20, 22.

- Mitglieder des Organs einer juristischen Person, die zur gesetzlichen Vertretung berechtigt sind, gem. § 3 Nr. 2 BeschV, d.h. insbesondere Geschäftsführer gem. §§ 5a, 35 GmbHG und Vorstände gem. §§ 26, 86 BGB, § 76 AktG bzw. § 24 GenG
- vertragsbezogene Geschäftsreisen gem. § 16 Nr. 2 BeschV, um Besprechungen oder Verhandlungen in Deutschland zu führen, Vertragsangebote zu erstellen, Verträge zu schließen oder die Durchführung eines Vertrages zu überwachen
- unternehmensbezogene Geschäftsreisen gem. § 16 Nr. 3 BeschV, um für einen russischen Arbeitgeber einen deutschen Unternehmensteil zu gründen, zu überwachen oder zu steuern.

Im Rahmen dieser Tätigkeiten kann insofern nicht gegen ein aufenthaltsrechtliches Beschäftigungsverbot verstoßen werden.

2. Nichterwerbstädtigkeitsfiktion (Analogie zu § 30 BeschV für Selbständige)

In systematischer Hinsicht ist dabei problematisch, dass sich § 30 BeschV ausdrücklich nur auf abhängige „Beschäftigungen“, d.h. nichtselbständige Arbeiten nach § 7 SGB IV bezieht.³² Denn das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) ist in § 42 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nur ermächtigt, in der BeschV Tätigkeiten zu bestimmen, die „nicht als Beschäftigung“ gelten. Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) ist hingegen in § 99 Abs. 1 Nr. 3b AufenthG ermächtigt, auch „selbständige Tätigkeiten zu bestimmen, für deren Ausübung stets oder unter bestimmten Voraussetzungen kein Aufenthaltstitel nach § 4a Abs. 1 S. 1 AufenthG erforderlich ist“. Leider hat das BMI auf dieser Grundlage bislang keine belastbare Nichterwerbstädtigkeitsfiktion für Selbständige geschaffen. Lediglich in § 17 Abs. 2 AufenthV wird klargestellt, dass die Befreiung von der Visumpflicht für sog. „Positivstaater“³³ und Inhaber von Aufenthaltstiteln anderer Schengen-Staaten³⁴ nicht gem. § 17 Abs. 1 AufenthV wegfällt, wenn die betroffenen Personen bestimmte Tätigkeiten ausüben, die von der Fiktion des § 30 BeschV erfasst werden, „oder diesen entsprechende selbständige Tätigkeiten“. Diese Regelung ist in Standort und Reichweite unbefriedigend, zumal sie russische Staatsangehörige sowie sonstige visumpflichtige sog. „Negativstaater“³⁵ außen vor lässt.³⁶

Diese Lücke führt zu dem abwegigen Ergebnis, dass sich in einer von russischen Staatsangehörigen gegründeten 2-Personen-GmbH bei einer Anteilsverteilung von z.B. 40/60

32 Im Unterschied zur vorherigen Regelung in § 12 Abs. 2 bis 4 DVAuslG 1990, welche die Nichterwerbstädtigkeitsfiktion noch ausdrücklich auf Selbständige erstreckte.

33 Personen mit Visumsbefreiung bei kurzfristigem Aufenthalt nach Art. 4 Abs. 1 mit Anhang II Verordnung (EU) 2018/1806 [EU-Visum-VO].

34 Deren Visumsfreiheit bei kurzfristigen Aufenthalten im sonstigen Schengen-Raum ergibt sich aus Art. 21 Schengener Durchführungsübereinkommen – SDÜ.

35 Art. 3 Abs. 1 mit Anhang I Verordnung (EU) 2018/1806 [EU-Visum-VO].

36 Es sei denn, § 17 Abs. 2 S. 4 AufenthV soll über S. 1 und ggf. S. 3 i. V.m. § 30 Nr. 1 BeschV sämtliche, d.h. nicht nur die von § 17 Abs. 1 AufenthV erfassten, Drittstaatsangehörigen von der Erlaubnispflicht für derartige, zeitlich begrenzte selbständige Tätigkeiten ausnehmen; in diesem Sinne wohl BT-Drs. 16/5065, 200, 237 zur Einführung von § 99 Abs. 1 Nr. 3b AufenthG und § 17 Abs. 2 S. 3 (jetzt S. 4) A die Antwort des BMI vom 8.12.2015 auf die schriftliche Frage des Abgeordneten Volker Beck in BT-Drs. 18/6997, 25 (Nr. 36)

der russische Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer auf die Nichtbeschäftigungsfiktion nach § 30 Nr. 1, § 3 Nr. 2 BeschV berufen könnte, während der russische Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer davon nicht erfasst wäre. Bei kurzfristigen Aufenthalten in Deutschland mit einem Schengen-Visum, welches die Erwerbstätigkeit nicht erlaubt,³⁷ wäre letzterer von den oben in Fußnote 7 benannten Bußgeld- bzw. Strafsanktionen bedroht. Unklar ist zudem, nach welchen Maßstäben eine selbständige Tätigkeit mit einem Schengen-Visum erlaubt werden sollte. Die Zulassungskriterien des § 21 AufenthG (dazu unten V. 4.) beziehen sich nicht auf kurzfristige Aufenthalte sondern nur auf längerfristige Aufenthaltserlaubnisse mit ggf. vorgeschalteten nationalen Visa gem. § 6 Abs. 3 AufenthG. Die Beteiligung einer fachkundigen Körperschaft nach § 21 Abs. 1 S. 3 AufenthG, etwa die regionale IHK, wäre für das ansonsten europarechtlich geregelte Schengen-Visum schon in teleologischer Sicht gänzlich unangemessen.

Die insofern gebotene analoge Anwendung des § 30 BeschV auf entsprechende selbständige Tätigkeiten ergibt sich des Weiteren aus der Systematik des § 37 AufenthV, wonach die Zustimmung der Ausländerbehörde im Visumverfahren entbehrlich ist, wenn Tätigkeiten nach § 30 Nr. 1 bis 3 BeschV „oder diesen entsprechende selbständige Tätigkeiten“ ausgeübt werden sollen.³⁸ Im Übrigen bezieht sich das mit einer Nebenbestimmung im Aufenthaltstitel³⁹ ausgesprochene Verbot der Erwerbstätigkeit nach § 59 Abs. 5 AufenthV „nicht auf die in § 17 Abs. 2 AufenthV genannten Tätigkeiten“, welche ausdrücklich auch „entsprechende selbständige Tätigkeiten“ umfassen (s. o.). Die Fiktion des § 30 BeschV ist daher nicht nur als Nichtbeschäftigungsfiktion, sondern in Analogie auch als Nichterwerbstätigkeitsfiktion bei entsprechenden selbständigen Tätigkeiten zu verstehen.⁴⁰

3. Pandemiebedingte Einschränkungen der Einreise zu kurzfristigen Aufenthalten⁴¹

So kann es auch bei Geschäftsreisen nach Deutschland (§ 16 BeschV) keinen Unterschied machen, ob die russischen Geschäftsreisenden selbständig oder angestellt sind. In diesem Sinne hat das BMI auf seiner Webseite die FAQ zu pandemiebedingten Reisebeschränkungen

37 Vgl. § 6 Abs. 2a AufenthG.

38 Vgl. HTK-AuslR-Fehrenbacher, Stand 4.4.2020, § 4a zu Abs. 4 Rn. 16.

39 Vgl. die Enumeration von Aufenthaltstiteln in § 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG (u. a. Schengen-Visum).

40 Huber/Mantel-Dippe, AufenthG/AsylG, 3. Auflage 2021, § 4a Rn. 14; so im Ergebnis auch in HTK-AuslR-Fehrenbacher, Stand 4.4.2020, § 4a zu Abs. 4 Rn. 18 mit einer Analogie zu § 17 Abs. 2 AufenthV und Oberhäuser-von Planta, Migrationsrecht in der Beratungspraxis, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 37; in diesem Sinne wohl schon Nr. 6.1.7. der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift des BMI zum AufenthG vom 26.10.2009; gegen diese Analogie nur BeckOK-AuslR/Klaus, 28. Ed. 1.1.2021, BeschV § 30 Rn. 8, welcher es in Rn. 8.1 gleichwohl für rechtspolitisch wünschenswert hält, dass „insbesondere Eigengeschäftsführer in den Anwendungsbereich des arbeitserlaubnisfreien Aufenthalts fallen würden.“

41 Ausführlich zu den Einreisebeschränkungen und anderen ausländerrechtlichen Maßnahmen infolge der COVID-19-Pandemie: Klaus, NVwZ 2020, 994 (Kurzfassung) und NVwZ-Extra 14–2020, 1 (Langfassung zum Abruf unter https://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/NVwZ-Extra_2020_14_.pdf); ders., InfAuslR 2021, 1.

gen⁴² mittlerweile⁴³ so formuliert, dass die hier befürwortete Analogie zu § 30 BeschV anerkannt wird: „*Selbständige und angestellte Geschäftsreisende, die Tätigkeiten nach § 30 Nr. 1 iVm § 16 Nr. 2 BeschV oder nach § 30 Nr. 1 iVm § 3 Nr. 1 und Nr. 2 BeschV ausführen*“,⁴⁴ können demnach ausnahmsweise nach Deutschland einreisen, wenn hinreichend glaubhaft gemacht wird, dass die Einreise auch unter Berücksichtigung der Pandemiesituation unbedingt erforderlich ist. Zur Glaubhaftmachung stellt das BMI an dieser Stelle ein durch den Geschäftspartner oder Arbeitgeber in Deutschland auszufüllendes Formblatt „*Erklärung zur unbedingten Erforderlichkeit einer kurzfristigen Geschäftsreise*“⁴⁵ zum Download zur Verfügung, welches während der Reise mitgeführt und bei der befördernden Fluggesellschaft und bei der Grenzkontrolle vorzulegen ist. Eine alleinige Erklärung durch einen Geschäftspartner oder Arbeitgeber des Entsendestaates (Drittstaat), z. B. Russland, soll demnach nicht ausreichend sein.

V. Langfristige Aufenthalte (mehr als 90 Tage innerhalb von 180 Tagen)

Bei migrationsrechtlich langfristigen Aufenthalten, d. h. mehr als 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen, wird meist ein Aufenthaltstitel zum Zweck der Erwerbstätigkeit nach Kapitel 2 Abschnitt 4 AufenthG notwendig. Wenn der Aufenthalt in Deutschland auf bis zu 12 Monate beschränkt ist, genügt insofern ein nationales Visum⁴⁶ gem. § 6 Abs. 3 AufenthG nach diesen Vorschriften, ohne dass die örtliche Ausländerbehörde nach der Einreise in Deutschland noch einen anschließenden Aufenthaltstitel erteilen müsste. Bei Aufenthalten über 12 Monaten stellt das Visumverfahren bei einer der fünf deutschen Auslandsvertretungen in Russland⁴⁷ jedoch nur den ersten Schritt zum nachfolgenden Verfahren bei der örtlichen Ausländerbehörde dar.

1. Leitungspersonen mit Hochschulabschluss als angestellte Fachkräfte (§ 18b AufenthG)

Soweit die russische Leitungsperson über einen Hochschulabschluss verfügt, ist zunächst festzustellen, ob dieser Abschluss mit einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbar ist (§ 18 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 Nr. 2 AufenthG). Anhand der Einträge in der Datenbank anabin,⁴⁸ welche die Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen (ZAB) in Bonn eingerichtet hat, ist dabei zu prüfen, ob die abgeschlossene russische Hochschule mit der Stufe „H+“ (d. h. auch in Deutschland als Hochschule anerkannt) und der erlangte Hochschulabschluss mit den sog. Äquivalenzklassen „entspricht“ oder „gleichwertig“ bewertet wird. Wenn die Angaben in anabin da-

42 www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/bevoelkerungsschutz/coronavirus/coronavirus-faqs.html

43 Stand 21.3.2021.

44 Hintergrund dieser Klarstellung war wohl eine Nachfrage beim BMI durch RA *Sebastian Klaus*, vgl. BeckOK-AuslR/*Klaus*, 28. Ed. 1.1.2021, BeschV § 30 Rn. 8.2.

45 auf Englisch: „*Declaration of the absolute necessity of business travel of short duration*“

46 Gem. Art. 18 Abs. 2 S. 1 SDÜ haben Visa für den längerfristigen Aufenthalt, d. h. nationale Visa, eine Gültigkeitsdauer von höchstens einem Jahr.

47 Deutsche Botschaft Moskau bzw. Generalkonsulate Jekaterinburg, Kaliningrad, Nowosibirsk, Sankt Petersburg.

48 <https://anabin.kmk.org>

hinter zurückbleiben, kann bei der ZAB eine individuelle Zeugnisbewertung der ausländischen Hochschulqualifikation eingeholt werden, um die Vergleichbarkeit festzustellen.⁴⁹

Sodann kommt es für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18b Abs. 1 AufenthG darauf an, dass der russische Hochschulabschluss für die Tätigkeit als Leitungsperson in Deutschland befähigt⁵⁰ bzw. – für die Blaue Karte EU gem. § 18b Abs. 2 AufenthG – dass die angestrebte Beschäftigung als Leitungsperson der erlangten Qualifikation angemessen ist.⁵¹

Für die Blaue Karte EU nach § 18b Abs. 2 AufenthG⁵² ist zudem ein Brutto-Gehalt in Höhe von mindestens zwei Dritteln der jährlichen Bemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (für das Jahr 2021: 56.800 EUR) nötig, damit die Bundesagentur für Arbeit nicht zustimmen muss. Bei einem niedrigeren Jahresgehalt, welches jedoch mindestens 52 Prozent der jährlichen Bemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (für das Jahr 2021: 44.304 EUR) betragen muss, kann die Blaue Karte EU nach § 18b Abs. 2 S. 2 AufenthG nur nach Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit gem. § 39 Abs. 2 AufenthG und nur in Mangelberufen in den Bereichen Naturwissenschaften, Mathematik, Ingenieurwissenschaften, Humanmedizin sowie Informations- und Kommunikationstechnologie erteilt werden.

Für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18b Abs. 1 AufenthG ist es ebenfalls erforderlich, dass die Bundesagentur für Arbeit zustimmt und dafür u. a. prüft, ob die russische Fachkraft nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare inländische Arbeitskräfte (etwa zu einem Dumpinglohn) beschäftigt wird.⁵³ Seit März 2020 wird – wie schon zuvor bei der Blauen Karte EU – auf die Prüfung verzichtet, ob die offene Stelle mit vorrangig verfügbaren Arbeitskräften auf dem deutschen Arbeitsmarkt besetzt werden könnte (sog. Vorrangprüfung).⁵⁴

Außerhalb der Blauen Karte EU wurden für Fachkräfte über 45 Jahre ab März 2020 zudem gesetzliche Mindestgehälter gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG in Höhe von jeweils 55 Prozent der jährlichen Bemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (für das Jahr 2021: 46.860 EUR) eingeführt, welche nur unterschritten werden dürfen, wenn eine angemessene Altersvorsorge etwa durch entsprechende Rentenanwartschaften oder privates Vermögen unter Berücksichtigung der bis zum Renteneintrittsalter voraussichtlich noch zu erwerbenden Rentenansprüche nachgewiesen ist.

49 www.kmk.org/zab/zentralstelle-fuer-auslaendisches-bildungswesen/zeugnisbewertung-fuer-auslaendische-hochschulqualifikationen.html

50 Zum erweiterten Verständnis der befähigenden Qualifikation vgl. Huber/Mantel-Dippe, *AufenthG/AsylG*, 3. Aufl. 2021, § 18a Rn. 3, § 18b Rn. 3.

51 Zum erweiterten Verständnis der qualifikationsangemessenen Beschäftigung vgl. OVG Berlin-Brandenburg, *Beschl. v. 12.1.2018 – OVG 2 S 47.17*, Oberhäuser-von *Planta*, *Migrationsrecht in der Beratungspraxis*, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 89; Huber/Mantel-Dippe, *AufenthG/AsylG*, 3. Aufl. 2021, § 18b Rn. 7.

52 Zu den Privilegien der Blauen Karte EU gegenüber anderen Aufenthaltstiteln: Huber/Mantel-Dippe, *AufenthG/AsylG*, 3. Aufl. 2021, § 18b Rn. 6.

53 § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG.

54 Vgl. § 39 Abs. 2 S. 2 AufenthG; Legaldefinition der Vorrangprüfung: § 39 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG.

2. Leitungspersonen ohne Qualifikation als Fachkraft

Selbst wenn russische Leitungspersonen über keinen förmlichen Bildungsabschluss nach Maßgabe von § 18 Abs. 3 AufenthG verfügen, können ihnen entweder als leitende Angestellte nach Maßgabe von § 5 Abs. 3 BetrVG oder als vertretungsberechtigte Mitglieder des Organs einer juristischen Person⁵⁵ Aufenthaltserlaubnisse gem. § 19c Abs. 1 AufenthG iVm § 3 Nr. 1 bzw. 2 BeschV erteilt werden. Im Gegensatz zu den Aufenthaltstiteln für Fachkräfte nach §§ 18a, 18b werden diese Aufenthaltserlaubnisse nicht nur bei lokalen Beschäftigungen in Deutschland, sondern auch bei Entsendungen⁵⁶ aus Russland nach Deutschland bei fortbestehendem russischem Arbeitsvertrag nach fortgeltendem russischem Arbeitsrecht⁵⁷ (ggf. nebst Entsendevereinbarung) zuerkannt.⁵⁸

Zum April 2020 wurden diese Verfahren jedoch dadurch verkompliziert, dass nunmehr die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach § 39 Abs. 3 AufenthG notwendig ist.⁵⁹ Dadurch soll zum einen der Abgrenzungsproblematik zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung begegnet werden, da die Bundesagentur für Arbeit als sachlich nähere Behörde (im Vergleich zur Auslandsvertretung bzw. Ausländerbehörde) das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung prüfen werde. Zum anderen soll bei Prüfung der Arbeitsbedingungen nach § 39 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG 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*“.⁶⁰ Eine Vorrangprüfung (s. o.) findet auch hier nicht statt.⁶¹ Im Übrigen sind die deutschen Auslandsvertretungen jedoch bei Zweifeln an der Plausibilität der tatsächlichen Führungsrolle dazu angewiesen, anhand des betriebswirtschaftlichen Verständnisses, der Fremdsprachenkennt-

55 Geschäftsführer gem. §§ 5a, 35 GmbHG und Vorstände gem. §§ 26, 86 BGB, § 76 AktG bzw. § 24 GenG.

56 Weitere aufenthaltsrechtliche Entsendungskonstellationen neben der ICT-Karte (s. u.) sind z. B. Dienstleistungen nach internationalen Abkommen, wie GATS, gem. § 29 BeschV, Internationaler Personalaustausch gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 BeschV, Vorbereitung von Auslandsprojekten gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BeschV, Direktentsendungen zur Erfüllung von Werklieferungsverträgen gem. § 19 BeschV und Vander-Elst-Konstellationen gem. § 21 BeschV.

57 Vgl. Art. 8 Abs. 2 S. 2 ROM I – VO.

58 Übersicht zu den möglichen arbeitsvertraglichen Gestaltungen bei verschiedenen Aufenthaltstiteln: *Klaus/Mävers/Offer*, Das neue Fachkräfteeinwanderungsrecht, 1. Aufl. 2020, Rn. 16.

59 Missverständlich insofern *Telke*, WiRO 2020, 4, welcher aus § 3 BeschV aF (bis 31.3.2020) ableitet, dass die Bestellung zum Geschäftsführer nach damaliger Rechtslage „keine Arbeitserlaubnis“ erforderte. Auch nach altem Recht war eine mit der Aufenthaltserlaubnis zugleich erteilte Arbeitserlaubnis nötig, welche jedoch von der zuständigen Ausländerbehörde erteilt wurde, ohne dass die Bundesagentur für Arbeit zustimmen musste.

60 So die Verordnungsbegründung in BR-Drs. 110/20, 22; krit. *Dippe*, Asylmagazin 2020, 55, 61.

61 Zur teleologischen Reduktion der insofern gesetzgeberisch missglückten Neufassung von § 38b Abs. 3 AufenthG mit dem FEG für die in anderen EU-Staaten langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, welche nach Deutschland weiterwandern, vgl. *Huber/Mantel-Dippe*, AufenthG/AsylG, 3. Aufl. 2021, § 39 Rn. 18, 52 und § 19f. Rn. 6.

nisse, der Schul- und weiterführenden Bildung „Fälle offensichtlicher Ungeeignetheit zu identifizieren“.⁶²

3. Unternehmensintern transferierte Führungskräfte

In den Fällen unternehmensinterner Personaltransfers, d. h. Abordnung aus einem russischen Unternehmen in dessen deutsche Niederlassung oder konzerninterne Abordnung, d. h. in eine deutsche Niederlassung eines „anderen Unternehmens der Unternehmensgruppe“,⁶³ kann einer russischen Führungskraft nach der Legaldefinition des § 19 Abs. 2 S. 2 und 3 AufenthG⁶⁴ eine ICT-Karte erteilt werden. Ein deutsches und ein russisches Unternehmen sind derart in einer Unternehmensgruppe verbunden, wenn wenigstens eine der folgenden vier Konstellationen gegeben ist: 1. Ein Unternehmen besitzt in Bezug auf das andere Unternehmen – direkt/indirekt – die Mehrheit des gezeichneten Kapitals, 2. Ein Unternehmen verfügt über die Mehrheit der mit den Anteilen an dem anderen Unternehmen verbundenen Stimmrechte, 3. Ein Unternehmen ist befugt, mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des anderen Unternehmens zu bestellen, oder 4. Die Unternehmen stehen unter einheitlicher Leitung eines Mutterunternehmens.⁶⁵ Ein vergleichbarer förmlicher Bildungsabschluss nach Maßgabe von § 18 Abs. 3 AufenthG ist auch hier nicht erforderlich. Die Bundesagentur für Arbeit prüft im Rahmen ihrer Zustimmung insbesondere die Angemessenheit des Arbeitsentgelts im Vergleich zu inländischen Arbeitskräften.⁶⁶

4. Leitungspersonen als selbständige Unternehmer

Die aufenthaltsrechtlichen Regelungen für selbständige Unternehmer nach § 21 Abs. 1 AufenthG wurden mit dem FEG im Wesentlichen nicht geändert. Dreh- und Angelpunkt der Einreiseverfahren bleibt demnach ein überzeugender Businessplan, in welchem die Tragfähigkeit der Geschäftsidee, die unternehmerischen Erfahrungen, die Höhe des Kapitaleinsatzes, die Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und Ausbildungssituation und ggf. der Beitrag des Vorhabens für Innovation und Forschung nachvollziehbar dargestellt werden. Insbesondere anhand dieser Kriterien ist sodann zu prüfen, ob ein wirtschaftliches Interesse bzw. regionales Bedürfnis an dem Vorhaben besteht, die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt und die Finanzierung gesichert ist. Freiberufler sind gem. § 21 Abs. 5 AufenthG privilegiert. Über 45-Jährige Unternehmer haben zudem eine angemessene Altersversorgung nach § 21 Abs. 3 AufenthG nachzuweisen. Davon ist auszugehen, wenn eine seriöse versicherungsrechtliche Absicherung vorliegt, die erwarten lässt, dass die

62 Visumhandbuch des Auswärtigen Amts, 72. Ergänzungslieferung; Stand 08/2020, Stichwort „Selbständige Erwerbstätigkeit“ S. 6.

63 § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 AufenthG, Huber/Mantel-Dippe, AufenthG/AsylG, 3. Aufl. 2021, § 19 Rn. 11 ff.

64 Daneben ist die ICT-Karte für „Spezialisten“ (§ 19 Abs. 2 S. 4 AufenthG) und „Trainees“ (§ 19 Abs. 3 S. 3 AufenthG) vorgesehen.

65 Art. 3 lit. 1 Richtlinie 2014/66/EU über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers (ICT-RL).

66 § 18 Abs. 2 Nr. 2, § 39 Abs. 3 AufenthG, § 10a BeschV, Art. 5 Abs. 4 lit. b ICT-RL, Fachliche Weisungen der BA zu AufenthG und BeschV, Stand 07/2020, Nr. 19.10a.11; zum migrationsrechtlichen Entgeltbegriff bei Entsendungen vgl. *Offer* ZAR 2019, 147.

Person mit Vollendung des 67. Lebensjahres über einen monatlichen Betrag von 1.351,60 EUR über 12 Jahre verfügen wird.⁶⁷ Alternativ dazu wird ein dementsprechendes Vermögen von 194.630 EUR für ausreichend betrachtet,⁶⁸ welches sich aus persönlichem Vermögen in jeglicher Form zusammensetzen kann (damit auch Betriebsvermögen, soweit sich dadurch der Wert der eigenen Unternehmensbeteiligung erhöht).⁶⁹

5. Pandemiebedingte Einschränkungen der Einreise zu langfristigen Aufenthalten

Im Zuge der Covid-19-Pandemie wurde die Migration zu Erwerbszwecken nach der Mitteilung der EU-Kommission [COM (2020) 115 final] vom 16.3.2020 weitgehend eingeschränkt. Die Empfehlung (EU) 2020/912 des Rates vom 30.6.2020 erlaubte sodann Einreisen aus bestimmten epidemiologisch sicheren Drittstaaten (Positivliste in Anhang I) sowie aus sonstigen Drittstaaten die Einreisen von hoch qualifizierten Arbeitskräften, deren Einsatz aus wirtschaftlicher Sicht notwendig ist und deren Arbeit nicht aufgeschoben oder im Ausland ausgeführt werden kann (Nr. 5 Abs. 3 mit Anhang II). Der Umsetzungsbeschluss der Bundesregierung vom 1.7.2020 umfasste u. a. bereits die hier besprochenen Fachkräfte mit Hochschulabschluss nach § 18 Abs. 3 Nr. 2, § 18b AufenthG, sowie Führungskräfte nach § 19c Abs. 1 AufenthG iVm § 3 Nr. 1, 2 BeschV bzw. nach § 19 Abs. 2 S. 2, 3 AufenthG (ICT-Karte).⁷⁰ Selbständige nach § 21 AufenthG wurden jedoch erst Anfang Oktober 2020 in diese Ausnahmekategorien mit aufgenommen.⁷¹ Voraussetzung für die Erteilung des nationalen Visums und die spätere Einreise von Russland nach Deutschland ist jeweils ein Nachweis der Präsenzpflcht in Deutschland und die Glaubhaftmachung, dass die Tätigkeit aus wirtschaftlicher Sicht notwendig ist und die Arbeit nicht zeitlich verschoben oder aus dem Ausland verrichtet werden kann. Die wirtschaftliche Notwendigkeit soll sich dabei auf die Wirtschaftsbeziehungen und/oder die Wirtschaft Deutschlands oder des EU-Binnenmarkts beziehen.

Da die Visastellen der deutschen Auslandsvertretungen in Russland im Frühjahr 2020 pandemiebedingt vorübergehend keine Visumsanträge annahmen, kam es danach zu deutlich verlängerten Bearbeitungszeiten, welche sich jedoch mittlerweile wieder normalisiert

67 Verwaltungsvorschriften des Berliner Landesamts für Einwanderung, sog. Verfahrenshinweise zum Aufenthalt in Berlin (VAB) Nr. 21.3, Stand 18.12.2020, S. 221 zum sog. Standardrentner mit der zum Stichtag 1.7.2020 durchschnittlich verfügbaren „Eckrente“, vgl. S. 27 und Übersicht 12 des Rentenversicherungsberichts der Bundesregierung nach § 154 SGB VI vom 25.11.2020.

68 VAB aaO; weitere Prognoserechnungen bei HTK-AusIR-Fehrenbacher, § 21 AufenthG zu Abs. 3, Stand 4.4.2020, Rn. 4–9; Bergmann/Dienelt/Sußmann/J. Nusser, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 21 Rn. 16: Bedarfssatz für die Grundsicherung im Alter nach § 42 SGB XII.

69 Nr. 21.3 AufenthG-AVwV; Huber/Mantel-Dippe, AufenthG/AsylG, 3. Aufl. 2021, § 21 Rn. 10.

70 Eine ständig aktualisierte Übersicht dazu ist in den FAQ des BMI zu pandemiebedingten Reisebeschränkungen unter „*Welche Fachkräfte und hoch qualifizierten Arbeitnehmer dürfen aus dem außereuropäischen Ausland einreisen?*“ einsehbar: www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/bevoelkerungsschutz/coronavirus/coronavirus-faqs.html; zur Entwicklung: Huber/Mantel-Dippe, AufenthG/AsylG, 3. Aufl. 2021, Vorb. §§ 18–21, Rn. 12.

71 So konnte die Deutsche Botschaft Moskau einem vom Verfasser anwaltlich betreuten russischen Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer Anfang Oktober 2020 das nationale Visum nach §§ 6 Abs. 3, 21 Abs. 1 AufenthG erteilen, nachdem dieses in den Wochen zuvor unter Verweis auf die Corona-Einreiseperrre noch verweigert worden war.

haben. Das im März 2020 eingeführte beschleunigte Fachkräfteverfahren nach § 81a AufenthG⁷² wird im russisch-deutschen Verhältnis daher voraussichtlich relativ selten zum Einsatz kommen, jedenfalls soweit die Zielvorgaben des § 31a AufenthV, d. h. Terminvergabe binnen drei Wochen und Bescheidung des vollständigen Visumsantrags in der Regel binnen drei weiterer Wochen auch ohne die Vorarbeit der Ausländerbehörde nach § 81a Abs. 3 AufenthG erreicht werden und zuvor kein Verfahren zur Feststellung der Gleichwertigkeit einer in Russland erworbenen Berufsqualifikation⁷³ erforderlich ist.

VI. Gesellschaftsrechtliche Folgen von Verstößen gegen Aufenthaltsrecht

Von den eingangs untersuchten Fragen der gesellschaftsrechtlichen Residenzpflicht (II. 1.) und der Prüfung des Aufenthaltstitels bei der Gewerbeanmeldung (II. 2.) ist die Frage abzugrenzen, ob ein Verstoß gegen aufenthaltsrechtliche Erwerbstätigkeitsverbote auf die Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Verträge und Beststellungsakte – etwa über § 134 BGB – überhaupt durchschlagen soll. Dies wird nicht einhellig beantwortet.

Einerseits soll ein Gesellschaftsvertrag wegen der Umgehung eines gesetzlichen Verbotes nach § 134 BGB nichtig sein, wenn dem ausländischen Gesellschafter-Geschäftsführer eine selbständige Erwerbstätigkeit untersagt ist.⁷⁴ Die Handelsregistereintragung der GmbH sei dann gem. § 9c GmbHG unzulässig, da die Gesellschaft nicht zu einem gesetzlich zulässigen Zweck (§ 1 GmbHG) errichtet worden sei.

Andererseits soll die Eintragung einer GmbH *nicht* schon deshalb versagt werden können, weil das Unternehmen wegen Verstoßes gegen ausländerrechtliche Bestimmungen vorschriftswidrig betrieben wird.⁷⁵ Dafür wird vorgebracht, dass der bloße organschaftliche Akt der Geschäftsführerbestellung noch nicht als Erwerbstätigkeit, somit die Beschlussfassung von der Gesellschafterversammlung als „*rechtlich neutral*“ zu bewerten ist.⁷⁶ Ein Verbot gegen die Ausübung der Erwerbstätigkeit im Inland mache auch den Gesellschaftsvertrag damit nicht nichtig.⁷⁷ Wenn durch die aktive Tätigkeit deutscher Unternehmen ausländerrechtliche Vorschriften verletzt oder umgangen werden, sollen sich die Folgen allein nach spezifischen Sanktionen des Aufenthaltsrechts richten, ohne dass ein an sich erlaubter Gesellschaftszweck unzulässig werden würde.⁷⁸ Das gesellschaftsrechtliche Bestandsinteresses hat demnach ebenso Vorrang wie die Wertung, dass die Beteiligung von Ausländern an

72 Übersichten bei *Mastmann/Offer* BB 2019, 2937; *Tonn*, ZAR 2020, 69; Resümee unter Berücksichtigung der Pandemiesituation bei *Tonn*, ZAR 2021, 14.

73 Dieses Verfahren ist insbesondere relevant für Fachkräfte mit Berufsausbildung gem. §§ 18 Abs. 3 Nr. 1, 18a AufenthG bzw. im Vorfeld von Maßnahmen zur Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen gem. § 16d AufenthG. Nach § 14a Abs. 2, 3 BQFG bestätigt die zur Feststellung der Gleichwertigkeit zuständige Stelle innerhalb von zwei Wochen den Antragseingang und soll innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der vollständigen Unterlagen über die Gleichwertigkeit entscheiden.

74 KG, Beschl. v. 24.9.1996 – 1 W 4534/95, NJW-RR 1997, 794 unter Berufung auf OLG Celle, Beschl. v. 1.10.1976 – 9 Wx 5/76, DB 1977, 993 und OLG Stuttgart, Beschl. vom 20.1.1984 – 8 W 243/83, BB 1984, 690.

75 LG Ulm, Beschl. v. 14.1.1982 – T 6/81–01, RPflegler 1982, 228.

76 *Bohlscheid*, RNotZ 2005, 505, 517, *Wachter* ZIP 1999, 1577, 1578.

77 *EBJS/Schaub*, 4. Aufl. 2020, HGB § 8 Rn. 162.

78 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 1 Rn. 15 mwN.

inländischen Gesellschaften grundsätzlich keinen besonderen Hürden unterliegt.⁷⁹ Lediglich bei offensichtlich gesetzwidrigen Handlungen soll demnach der befassende Notar – zur Vermeidung des Vorwurfs strafbarer Beihilfe – verpflichtet sein, mit den Beteiligten die Rechtslage zu erörtern, und ggf. eine Auskunft von der zuständigen Ausländerbehörde einzuholen.⁸⁰ Teils wird den ausländerrechtlichen Regeln generell die Eigenschaft eines Verbotsgesetzes iSd § 134 BGB abgesprochen, zumindest soweit sich das Erwerbsverbot nicht unmittelbar aus dem Gesetz sondern aus einer behördlich angeordneten Auflage ergibt.⁸¹ Letztlich wird gegen eine Nichtigkeit des bei der Gründung geschlossenen Gesellschaftsvertrages bzw. des GmbH-Anteilskaufvertrages eingewandt, dass sich das Aufenthaltsrecht nicht unmittelbar gegen den Abschluss dieser Rechtsgeschäfte sondern erst gegen das gewerbliche Tätigwerden „unter deren Deckmantel“ richtet.⁸²

Für eine Nichtigkeit des Dienstvertrags zwischen einer deutschen GmbH und einem russischen Geschäftsführer ohne entsprechende Beschäftigungserlaubnis, lässt sich vorbringen, dass nicht schon der Vertragsabschluss selbst notwendigerweise gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB verstoßen muss, sondern es genügt, dass durch die Erfüllung des Dienstvertrags ggf. die oben in Fußnote 7 benannten Verbotsgesetze verwirklicht werden. Gegen eine solche Nichtigkeit spricht indes § 98a Abs. 1 Satz 1 AufenthG, wonach die beschäftigende deutsche GmbH verpflichtet ist, dem russischen Fremd-Geschäftsführer die vereinbarte Vergütung zu zahlen, auch wenn keine Berechtigung zur Erwerbstätigkeit vorliegt. Die Gesetzesbegründung zu § 98a Abs. 1 AufenthG weist ausdrücklich darauf hin, „dass die Beschäftigung eines Ausländers in diesen Fällen trotz Verbots nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages (§ 134 des Bürgerlichen Gesetzbuches) führt.“⁸³ Der Vertrag ist demnach als wirksam zu betrachten, selbst wenn die „Beschäftigung“ iSv § 7 SGB IV als solche rechtswidrig ist.⁸⁴

Etwas anderes gilt, wenn der aufenthaltsrechtswidrig tätige, russische Geschäftsführer – etwa mit einer Mehrheitsbeteiligung an der deutschen GmbH – als selbständig erwerbstätig einzustufen ist. In Ermangelung einer entsprechenden Regelung zu § 98a Abs. 1 AufenthG wird dann eine Nichtigkeit des Dienstvertrags angenommen, jedenfalls soweit die beauftragende GmbH um die Illegalität der Erwerbstätigkeit weiß (Kollusion) und/oder ihre entsprechende Prüfpflicht nach § 4a Abs. 5 S. 4 AufenthG verletzt hat.⁸⁵ Davon ist im Verhältnis eines russischen Gesellschafter-Geschäftsführers zu „seiner“ deutschen GmbH auszugehen.

VII. Bestellungsverbote nach § 6 Abs. 3 S. 2 Nr. 3, S. 3 GmbHG

Unabhängig vom Aufenthaltsrecht dürfen wegen bestimmter wirtschaftlich relevanter, vorsätzlich begangener Straftaten Verurteilte gem. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG für die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils kein Geschäftsführeramt in Deutschland

79 MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, BGB § 134 Rn. 77.

80 *Bohlscheid* RNotZ 2005, 505, 517.

81 *Wachter* ZIP 1999, 1577, 1584.

82 So z.B. *Bohlscheid*, RNotZ 2005, 505, 511 mwN.

83 BT-Drs. 17/6053, 32.

84 *Husemann*, NJ 2016, 1, 3.

85 Zur entsprechenden Prüfpflicht nach § 4 Abs. 3 S. 4 AufenthG aF (vor dem FEG) im Einzelnen: *Husemann*, NJ 2016, 1, 4 ff.

antreten. Früher war umstritten, ob auch eine von einem ausländischen Gericht verhängte Strafe wegen derartiger Straftaten dieselbe Wirkung haben sollte.⁸⁶ Nunmehr regelt § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG ausdrücklich, dass Verurteilungen im Ausland wegen vergleichbarer Straftaten ebenfalls der Bestellung zum Geschäftsführer entgegenstehen. Daraus ergeben sich teils erhebliche rechtliche Unsicherheiten und Abwägungsspielräume, wenn über die Vergleichbarkeit von russischen zu den deutschen Straftatbeständen entschieden ist.⁸⁷ Im Zweifel wird das Registergericht die Vergleichbarkeit der Taten mit Hilfe eines rechtsvergleichenden Rechtsgutachtens prüfen müssen. Im russisch-deutschen Rechtsverkehr ist besonders problematisch, dass in Verfahren vor den russischen Strafgerichten bislang nicht ohne weiteres von vergleichbaren rechtsstaatlichen Standards ausgegangen werden kann. Leider fehlt es hier an einem klaren gesetzlichen Korrektiv wie in § 12a Abs. 2 S. 1 StAG, wonach bei Einbürgerungen in Deutschland ausländische Verurteilungen nur dann zu berücksichtigen sind, wenn die Verurteilung in einem rechtsstaatlichen Verfahren ausgesprochen worden ist und das Strafmaß verhältnismäßig ist. Vor dem Hintergrund von Art. 12 GG wird daher gefordert, dass § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG verfassungskonform dahin auszulegen ist, dass eine ausländische Verurteilung in einem Verfahren ausgesprochen wurde, das den deutschen strafprozessualen Garantien vergleichbar ist⁸⁸ bzw. den Mindeststandards rechtsstaatlicher Strafprozesse gerecht wird.⁸⁹

VIII. Güterrechtliche Einordnung der GmbH-Anteile bei russischen Gesellschafter-Geschäftsführern

Ein weiteres Feld praktischer Rechtsvergleichung – das hier nur gestreift werden kann – eröffnet sich typischerweise bei selbständigen Leitungspersonen, etwa Gesellschafter-Geschäftsführern, wenn deren Anteile an deutschen Unternehmen in Lichte russischen Familien- oder Erbrechts richtig zuzuordnen sind. Wenn russische Staatsangehörige in Deutschland eine Gesellschaft gründen (oder Gesellschaftsanteile erwerben), kann die sog. Errungenschaftsgemeinschaft nach dem ggf. maßgeblichen russischen Ehegüterstatut überraschende Folgen für die tatsächliche Verteilung der Gesellschaftsanteile haben. Nach § 18 Abs. 1 GmbHG können die Rechte an einem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausübt werden, wenn der Anteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zusteht. Im Falle der Gütergemeinschaft steht ein von einem Ehegatten durch Gründung oder Anteilskauf erworbener GmbH-Anteil beiden Ehegatten als Mitberechtigten ungeteilt zu. Die vom Notar gem. § 40 GmbHG einzureichende Gesellschafterliste hat diese Mitberechtigung nach dem russischen Güterstatut entsprechend auszudrücken. Diese Mitberechtigung beider Ehegatten hat insbesondere Folgen für die Verwaltungs- und Vermögens-, sowie die Mitgliedschaftsrechte (etwa Stimmrechte) als Grundlage von Gesellschafterbeschlüssen. Wenn der mitberechtigte Ehegatte dann bei der Stimmabgabe fehlt, so hat dies ggf. die Anfechtbarkeit oder gar Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse zur Folge. Weitere Probleme können sich bei Kapitalerhöhungen oder einem Weiterverkauf der Anteile ergeben. Soll nur einer der Ehepartner alleiniger Gesellschafter werden, so konnten die Ehegatten nach der bis 29.1.2019 gelten-

86 Verneinend z. B. *Bohlscheid*, RNotZ 2005, 503, 520.

87 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 6 Rn. 22.

88 *MüKoGmbHG/W. Goette*, 3. Aufl. 2018, GmbHG § 6 Rn. 30.

89 *Altmeppen*, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 6 Rn. 22.

den Rechtslage punktuell für diesen GmbH-Anteil ein passenderes Güterrecht, etwa nach deutschem Familienrecht wählen. Zum 29.1.2019 ist jedoch die Ehegüterrechtsverordnung (EuGüVO)⁹⁰ in Kraft getreten, wonach das Güterstatut einheitlich für das gesamte Vermögen ungeachtet seiner Belegenheit zur Anwendung kommt. Dies gilt auch im Falle einer Rechtswahl (Art. 21, 22 EuGüVO). Eine gespaltene Anknüpfung oder beschränkte Rechtswahl wie sie das EGBGB aF noch zuließ, dürfte damit nunmehr ausgeschlossen sein.⁹¹ Jedoch kann eine Gütertrennung nach russischem Familienrecht auch punktuell, d. h. gegenstandsbezogen vereinbart werden (Art. 41 Abs. 1 russisches Familiengesetzbuch), wobei die Errungenschaftsgemeinschaft ansonsten beibehalten wird.

IX. Zusammenfassung

Wenn russische Leitungspersonen in Deutschland tätig werden, bestehen vielfältige Wechselwirkungen zwischen Aufenthalts- und Gesellschaftsrecht. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist es mittlerweile unproblematisch, wenn russische Geschäftsführer einer deutschen GmbH nicht berechtigt sind, dauerhaft in Deutschland zu leben und zu arbeiten, sondern ihr Amt weitgehend von Russland aus und nur mit gelegentlichen Einreisen auf Grundlage eines Schengen-Visums ausüben. Da jedoch ein Schengen-Visum regelmäßig keine Erwerbstätigkeit in Deutschland erlaubt, werden diese Tätigkeiten von Leitungspersonen in begrenztem zeitlichem Umfang als „Nichterwerbstätigkeit“ fingiert und damit legalisiert. Für die nach sozialrechtlichen Maßstäben selbständig Tätigen lässt sich dieses Ergebnis in Ermangelung einer klaren Regelung nur durch eine gebotene Analogie erzielen. Die Wahl des richtigen Aufenthaltstitels für längerfristige Aufenthalte hängt zum einen davon ab, ob russische Leitungspersonen in Deutschland angestellt, von Russland nach Deutschland entsendet oder auf Grund beherrschender Geschäftsanteile selbständig in Deutschland unternehmerisch tätig werden. Zum anderen sind die erlangten Qualifikationen, die erzielbaren Einkommen und das persönliche Alter zu berücksichtigen. Im Zuge des FEG wurden die Einreiseverfahren seit Frühjahr 2020 in vielerlei Hinsicht vereinfacht, jedoch teils auch verschärft. Ebenfalls seit Frühjahr 2020 sind pandemiebedingte Beschränkungen der Einreiseverfahren zu beachten, welche sich stetig ändern. Die Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Verträge und Beststellungsakte soll jedoch von Verstößen gegen das Aufenthaltsrecht überwiegend nicht tangiert werden. Wenn strafrechtliche Verurteilungen in Russland für ein Bestellungshindernis als Geschäftsführer in Deutschland herangezogen werden, ist stets zu hinterfragen, ob ein vergleichbarer Straftatbestand vorliegt, strafprozessuale Mindestgarantien eingehalten wurden und das Strafmaß nach hiesigen Maßstäben verhältnismäßig ist. Bei der güterrechtlichen Einordnung von Unternehmensanteilen russischer Gesellschafter sollten zudem die Gestaltungsmöglichkeiten im russischen Familienrecht geprüft werden.

90 Verordnung (EU) 2016/1103 v. 24.6.2016.

91 DNotI-Report 2019, 1; Weber, DNotZ 2016, 659, 676 f.; Erbarth, NZFam 2018, 249, 251.