



OFFER & MASTMANN
Immigration Made in Germany

OFFER & MASTMANN Rechtsanwälte Kobbachstr. 3a D-60433 Frankfurt

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat
Ministerialrat Dr. Heynckes
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Bettina Offer, LL.M.

Rechtsanwältin Partner

Gabriele Mastmann

Rechtsanwältin Partner

Kobbachstr 3a 60433 Frankfurt

fon +49 (0) 69 9515313- 0

fax +49 (0) 69 9515313-66

www.germany-immigration.com

Frankfurt am Main, 29.05.19

Stellungnahme Fachkräfteeinwanderungsgesetz

Sehr geehrter Herr Dr. Heynckes,
Sehr geehrte Mitglieder des Deutschen Bundestages,

ich bedanke mich herzlich für die Einladung, als Sachverständige zu dem Entwurf des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes Stellung nehmen zu dürfen:

Meine Kollegen und ich freuen uns über die Initiative der Bundesregierung, die gesetzlichen Grundlagen zur Fachkräfteeinwanderung in einem Artikelgesetz neu zu regeln und zusätzlich zu den bereits vorhandenen guten Vorschriften für die Migration akademisch qualifizierter Fachkräfte weitere Möglichkeiten für die Zuwanderung von Fachkräften mit beruflicher Qualifizierung zu schaffen. Wenngleich wir durchaus längerfristig die Erarbeitung eines Einwanderungsgesetzbuches für sinnvoll erachten, um eine Verzahnung der für das Migrationsgeschehen relevanten Rechtsgebiete (Ausländerrecht, Ausländerbeschäftigungsrecht, Asylrecht, Grenzregime, Integrationskursverordnung, Melderecht, Sozialversicherungsrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, internationales Steuerrecht, Strafrecht, Verwaltungsverfahrenrecht und Visarecht) zu erreichen, sehen wir aufgrund des materiell-rechtlichen Umfangs eines solchen Einwanderungsgesetzbuches das vorgelegte Artikelgesetz als zeitnahe Lösung der dringendsten Probleme.

Insbesondere begrüßen wir die vorgesehenen Verbesserungen und Änderungen im Bereich der Verfahrensregelungen, so vor allem die beabsichtigte administrative Trennung der Fachkräftezuwanderung von den übrigen Migrationswegen durch Schaffung von zentralisierten Ausländerbehörden und die Einrichtung eines beschleunigten Fachkräftezuwanderungsverfahrens.

OFFER & MASTMANN Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft

IBAN DE98 5004 0000 0700 7065 00 – BIC COBADEFFXXX

Ust-ID DE250043102

Aus unseren Erfahrungen mit jährlich bundesweit mehreren tausend Anträgen auf Zuwanderung hochqualifizierter Fachkräfte in den Kategorien Personalaustausch (§ 10 BeschV), ICT (§ 19b AufenthG), Blaue Karte EU (§ 19a AufenthG); Hochschulabsolventen (§ 2 Abs. 3 BeschV), Spezialisten (§ 4 BeschV), Führungskräften (§ 3 BeschV), innerbetrieblichen Fortbildungen (§ 17 AufenthG, § 15 BeschV Studenten) und Angehörigen besonderer Staaten (§ 26 Abs. 1 BeschV) ergeben sich folgende Anmerkungen im Detail (geordnet anhand der Abfolge im Gesetz):

1. § 4 a III Satz 5: Betriebsübergang

Der Hinweis, dass Aufenthaltstitel im Falle eines Betriebsübergangs bzw. eines Formwechsels auch zur Beschäftigung bei der neuen juristischen Person gelten, ist eine wichtige Klarstellung. Ergänzend regen wir an, die betroffenen Aufenthaltstitel auf den neuen Arbeitgeber nur befristet zu erstrecken, so dass innerhalb eines sinnvollen Zeitraums (6-12 Monate) eine Verlängerung beantragt werden muss. Durch die Fiktionswirkung bei rechtzeitiger Antragstellung wäre gewährleistet, dass es keine Unterbrechungen in der Beschäftigung gibt, die Behörden hätten aber die Möglichkeit, die Zuverlässigkeit des neuen Arbeitgebers zu überprüfen, um beim Vorliegen von Versagungsgründen in der Person des neuen Arbeitgebers die Weiterbeschäftigung zu verhindern.

2. § 4 a IV Nr. 3: Ausdehnung der Haftung / Meldepflichten

Die Einführung der Meldepflichten bei vorzeitiger Beendigung der Beschäftigung in § 4a IV Nr. 3 AufenthG sehen wir kritisch. Zum einen wird dies zu weiterem Verwaltungsaufwand und Kosten sowohl bei den Arbeitgebern als auch bei den zuständigen Behörden führen. Angesichts des bereits jetzt bestehenden Personalmangels sowohl bei den Ausländerbehörden als auch bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit/Zoll, ist zudem nicht ersichtlich, dass diese zusätzliche Auskunftspflichtung den gewünschten Effekt der Vermeidung von Missbrauch haben wird.

3. § 18 Abs. 5: Erteilungsdauer von Aufenthaltstiteln

Grundsätzlich begrüßen wir den Ansatz, Aufenthaltstitel für 4 Jahre bzw. den gesamten Zeitraum der geplanten Beschäftigung zu erteilen. Dies ist für alle Beteiligten kostensparend und führt ggf. direkt von der Aufenthaltserlaubnis in die Niederlassungserlaubnis. Wir weisen allerdings darauf hin, dass derzeit nur im Falle der Verlängerung eines Aufenthaltstitels eine behördliche Prüfung darüber stattfindet, ob die im Verfahren ursprünglich gemachten Angaben zu den Beschäftigungsbedingungen (insbesondere zum Arbeitslohn) korrekt waren. Bereits jetzt kann man „schwarze Schafe“ daran erkennen, dass Einsätze, insbesondere Entsendungen (die oftmals nicht der Sozialversicherungspflicht im Inland unterliegen und daher auch von Sozialversicherungsprüfungen nicht erfasst werden), nicht verlängert werden. Hier könnte ein Datenaustausch zwischen Sozialversicherungsbehörden und der Agentur für Arbeit/Ausländerbehörde effektiv helfen, den Missbrauch von Aufenthaltstiteln wirksam zu begegnen. Auch könnte durch einen

entsprechenden Datenabgleich ohne Belastung der Arbeitgeber festgestellt werden, ob eine Beschäftigung vorzeitig beendet wurde.

4. § 71 Abs. 1 Ziffer 3: Zentralisierung des Verfahrens

Für die von uns vertretenen Arbeitgeber ist die Zentralisierung der Zuwanderungsverfahren in der Erwerbsmigration bei den ZAB's (ein anderes Akronym wäre sinnvoll, da es die ZAB als Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen bereits gibt) ein zentrales Element des neuen Fachkräfteeinwanderungsgesetzes!

Tatsächlich erleben wir in der Praxis häufig, dass die lokalen Ausländerbehörden bei den Kommunen u.a. durch die hohe Anzahl an Flüchtlingen und Anträgen auf Familienzusammenführungen und die ebenfalls stetig steigenden Zahlen von Erwerbsmigranten überfordert sind. Ausländerbehörden sind vielfach personell schlecht ausgestattet und für die Beschäftigten – u.a. häufig auch aufgrund niedriger Tarifeingruppierung innerhalb der Kommune – als Arbeitsplatz unattraktiv. Vielfach sind Planstellen unbesetzt und die Krankenstände hoch. Lange Wartezeiten und häufig auftretende Fehler bei der Erteilung sind die Folge. In vielen Kommunen sind die Sachbearbeiter der Ausländerbehörden nicht telefonisch für Arbeitgeber zu erreichen. An manchen Orten sind Ausländerbehörden gar nicht oder nur mit wochenlangender Verzögerung reaktionsfähig, wenn Arbeitgeber sie anschreiben. Nach unseren Erfahrungen als deutschlandweit aktive Kanzlei mit einem Portfolio von ca. 3.000 Beantragungen im Jahr sind alle und insbesondere die großen und wirtschaftsstarken Flächenländer von dieser Problematik betroffen.

Insgesamt leidet das Image Deutschlands als Zuwanderungsland für Fachkräfte unter dem oftmals schlechten Erscheinungsbild der kommunalen Ausländerbehörden. Eine administrative Trennung von zuwandernden Fachkräften und Fluchtmigration durch Schaffung von Zentralen Ausländerbehörden ist hier nach unserer Ansicht ein essentieller Schritt in die richtige Richtung. Das Erfordernis, die Kompetenzen in der Erwerbsmigration an einigen Standorten zu bündeln und zu zentralisieren hat die Bundesagentur für Arbeit bereits vor einigen Jahren erkannt und erfolgreich umgesetzt. Hieran könnte sich auch für die Ausländerbehörden ein Beispiel genommen werden. Es ist ausländischen Zuwanderern nicht zu vermitteln, warum – bei allem Sinn für Föderalismus – es in Deutschland mehr als 570 Ausländerbehörden mit jeweils eigenen Formularen, Zuständigkeiten (Kreis & Stadt), Regelungen (Bspw: Englisch ist Amtssprache in Düsseldorf vs. beglaubigte Übersetzungen ins Deutsche sind immer erforderlich in Frankfurt) und auch Rechtsansichten gibt. Auch stellt sich gerade bei kleineren Behörden das Problem, dass diese mit den Vorschriften zur Erwerbsmigration oft nicht ausreichend vertraut sind. Da es im Ausländerrecht kein Widerspruchsrecht gibt, sind in vielen Ausländerbehörden keine Juristen beschäftigt und auch die internen Wege zu den kommunalen Rechtsämtern weit.

Einer Zentralisierung steht auch nicht entgegen, dass die zuständige Ausländerbehörde sich nicht direkt vor Ort befinden wird. Sowohl die ausländischen Fachkräfte als auch deren Arbeitgeber sind heutzutage ausreichend mobil und in der Lage, im Verfahren durch Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel räumliche Distanzen zu überbrücken.

Auf S. 78 des Entwurfs in Ziffer 4.3.6 wird erklärt, dass die Zusatzbelastung der ZAB's durch ausführliche Beratung derzeit nicht kalkulierbar ist. Hier weisen wir darauf hin, dass nach unserer Erfahrung und den Berichten von Sachbearbeitern mehrerer Ausländerbehörden die – nach § 14 Abs. 5 VwVfG nicht zulässige (vgl. Krenzler, BB 2018, 3023-3027; Wolf/Klaus, ANA-ZAR 2-2019, 16f) – Beratung von externen Dienstleistern aus dem Relocationbereich einen überwiegenden Anteil des derzeitigen Beratungsaufwands der Behörden ausmacht. Eine bundesweite Beendigung dieses Missstandes unter Einbeziehung der Anwaltschaft im Rechtsgebiet der Erwerbsmigration wird aller Voraussicht nach den Beratungsaufwand bei den zu schaffenden zentralisierten Behörden erheblich minimieren. Wir empfehlen daher, den Zugang zu den zentralisierten Ausländerbehörden konsequent nur Arbeitgebern und ihren zur Rechtsanwaltschaft zugelassenen Vertretern zu erlauben, damit überflüssige und zudem wettbewerbswidrige Beratungsanfragen unbeteiligter Dritter vermieden werden, und der Aufwand für die neu zu schaffenden Behörden damit entsprechend gering gehalten wird.

5. § 81 a: Beschleunigtes Fachkräfteverfahren / Rechtsschutz für Arbeitgeber

Für die Arbeitgeber ist die Einführung eines beschleunigten Fachkräfteverfahrens sehr wertvoll. Allerdings bleiben in dem sehr guten Ansatz unseres Erachtens Fragen offen:

- a) Welche Rechtsnatur soll die Rahmenvereinbarung haben, welche Rechte können Arbeitgeber daraus herleiten und welche Pflichten werden seitens der Behörden auferlegt?
- b) Insbesondere angesichts § 81 a Abs. 2 Ziffer 7 stellt sich die Frage, ob die Folgen bei Nichteinhaltung die beantragende ausländische Fachkraft (durch den Arbeitgeber vertreten) oder den Arbeitgeber treffen sollte (der ja eigentlich an dem Verfahren nicht in eigener Person sondern nur als Vertreter teilnehmen soll.)

In der Begründung zu Nummer 64 steht, dass es sich bei der Vorabzustimmung der ZAB zur Visumerteilung um einen internen Mitwirkungsakt und nicht um einen Verwaltungsakt handeln soll – eine Konstruktion, ähnlich der Vorabzustimmung nach § 36 BeschV, die trotz Vorliegens aller Merkmale eines Verwaltungsaktes nach Ansicht der Exekutive ebenfalls nur eine interne Mitwirkungshandlung darstellt (vgl. Offer / Mävers – Offer, Kommentar BeschV § 36 Rn. 9ff).

Diese Form der Ausgestaltung ist aus mehreren Gründen nachteilig:

Zum einen haben Arbeitgeber keinen eigenständigen, von der Fachkraft abgelösten Rechtsschutz, was u.E. nicht mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar ist. Bereits jetzt leidet das Rechtsgebiet darunter, dass die eigentlich betroffenen Arbeitgeber der Willkür der Exekutive schutzlos ausgeliefert sind. Bei einer – ggf. rechtsgrundlos – ablehnenden Entscheidung sind sie darauf angewiesen, dass die ausländische Fachkraft (die mangels Visum/Aufenthaltstitel nicht für den deutschen Arbeitgeber tätig werden wird) für sie den Rechtsweg beschreitet – ein in der Praxis nicht realistisches Szenario. Keine Fachkraft erklagt sich angesichts der attraktiven Zuwanderungsangebote konkurrierender Staaten einen Aufenthaltstitel für Deutschland. Demgegenüber sind deutsche Arbeitgeber durchaus daran interessiert, grundsätzliche Fragen oder auch einzelne Fehlentscheidungen der Exekutive durch ein rechtsstaatliches Verfahren überprüfen zu lassen. Derzeit besteht diese Möglichkeit nicht und sie ist auch in dem Gesetzentwurf nicht vorgesehen: Arbeitgeber, die eine ausländische Fachkraft einstellen wollen, sollen zwar „in Vertretung der Fachkraft“ den Antrag stellen, die Vereinbarung schließen und eine erhöhte Gebühr bezahlen, aber selbst nicht im Verfahren mit eigenen Rechten erscheinen. Entsprechend wird das deutsche Fachkräfteeinwanderungsgesetz auch weiterhin faktisch der Kontrolle durch die Justiz entzogen bleiben und sich nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickeln können. Im Ergebnis werden deutsche Arbeitgeber leider auch weiterhin und zu Recht das eigentlich gute deutsche Erwerbsmigrationsrecht als unberechenbar und damit in der Praxis als disfunktional und schlecht erleben.

Dies ist nach unserer Auffassung ein gravierender struktureller Fehler bereits des bestehenden und angesichts des Entwurfes auch des neu geplanten Fachkräfteeinwanderungsrechts.

Zudem können sich Arbeitgeber derzeit darauf berufen, dass für sie nur die Nebenbestimmung im Aufenthaltstitel verbindlich ist. Zwar dürfen keine Falschangaben bei der Beantragung gemacht werden (sonst droht § 95 II Nr. 2 AufenthG), derzeit können sich aber bei veränderten Gegebenheiten im Laufe eines Einsatzes durchaus die sonstigen Arbeitsbedingungen ändern, weil für Arbeitgeber ausschließlich die Angaben in der Nebenbestimmung relevant sind, die sich zumeist ausschließlich auf die Person des Arbeitgebers beziehen. Die Vorabzustimmung, die auch auf die übrigen Arbeitsbedingungen abstellt, bleibt als interner Mitwirkungsakt zwischen zwei Behörden ohne Außenwirkung für den Arbeitgeber – und damit ohne haftungsauslösendes Potential. Gerade bei einer Ausweitung der Aufenthaltstitel auf einen verlängerten Gültigkeitszeitraum entsteht hier ein beachtliches Missbrauchspotential bei nachträglichen Änderungen der Beschäftigungsbedingungen!

Wir finden es daher essentiell, den Rechtscharakter der zu treffenden Vereinbarung von Anfang an zu klären, und insbesondere einen Rechtsweg für Arbeitgeber in das Gesetz aufzunehmen, damit in Zukunft in diesem Rechtsgebiet sowohl den rechtsstaatlichen Anforderungen nach Gewaltenteilung und Rechtsschutz genüge getan ist als auch die richterliche Rechtsfortbildung stattfinden kann.

Zusätzliche Anregungen

1. Definition Entsendung

Darüber hinaus würden wir es begrüßen, wenn der aufenthaltsrechtliche Entsendetatbestand in dem neuen Gesetz definiert werden würde. Derzeit behelfen sich die Behörden mit Rückgriffen auf das sozialversicherungsrechtliche, arbeitsrechtliche, europarechtliche oder steuerrechtliche Verständnis von Entsendung (oder den allgemeinen Empfängerhorizont...). Eine aufenthaltsrechtliche Klarstellung wäre zu begrüßen.

2. Aufenthaltstitel für kurzfristige Projektarbeiten in Deutschland

Schließlich regen wir an, es ausländischen Fachkräften zu ermöglichen, unter Nutzung des nationalen Langfristvisa (max. 12 Monate) mehrfach und flexibel für kurzzeitige Projektarbeiten nach Deutschland einzureisen, wenn die Bundesagentur für Arbeit einer solchen Beschäftigung zugestimmt hat. In der Praxis erleben wir einen deutlichen Bedarf der Industrie für derartige Einsätze ausländischer Fachkräfte, der zur Zeit durch die wiederholte Beantragung von mehrfachen Schengenvisa mit Beschäftigungserlaubnis abgedeckt wird, was zu einer unnötigen Belastung sowohl der Auslandsvertretungen als auch der Arbeitgeber und der ausländischen Fachkräfte führt.

Ich freue mich auf das Gespräch und den Austausch und bedanke mich nochmals für die Gelegenheit, zu dem Gesetzentwurf als Sachverständige Stellung nehmen zu dürfen.

Mit freundlichen Grüßen

Bettina Offer, LL.M.

Rechtsanwältin / Partner

