

Stellungnahme des RAV

zum Referentenentwurf v. 26.11.2018 für ein Fachkräfteeinwanderungsgesetz (FKEG)

Verfasser/in: Dr. Frederik von Harbou, Rechtsanwalt

Vorbemerkung

Der Republikanische Anwältinnen- und Anwälteverein e.V. (RAV) begrüßt grundsätzlich die Reform des Aufenthaltsrechts durch Ausarbeitung eines Einwanderungsgesetzes. Dieses sollte jedoch nicht auf Fachkräfte beschränkt sein, sondern eine Öffnung und Liberalisierung auch für nicht formal qualifizierte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und auch für Personen, die zu anderen Aufenthaltszwecken als der Arbeits- und Ausbildungsmigration in das Bundesgebiet einzureisen beabsichtigen, vorsehen. Folglich sollte nach Ansicht des RAV auch das bisherige Aufenthaltsgesetz insgesamt in „Einwanderungs- und Aufenthaltsgesetz“ umbenannt werden. Nur durch einen solchen Schritt würde tatsächlich ein Signal im Sinne eines Anerkennens des Wandels der deutschen Gesellschaft zu einer Einwanderungsgesellschaft sowie eines Bekenntnisses für eine weltoffene und chancengerechte deutsche Migrationspolitik gesetzt.

Dem müsste allerdings auch im Gesetzestext selbst durch die Berücksichtigung der Grund- und Menschenrechte sowie der Interessen Migrationswilliger – gegenüber der einseitigen Benennung volkswirtschaftlich-utilitaristischer Ziele aus einer rein nationalstaatlichen Perspektive – entsprochen werden. Zudem wird mit der Reform nach gegenwärtigem Entwurfsstand die Chance verpasst, die im geltenden Migrationsrecht ausgeübten Ermessenstatbestände einzuhegen. Sowohl MigrantInnen als auch z.B. ArbeitgeberInnen bleiben damit trotz Erfüllung sämtlicher Erteilungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel den häufig unvorhersehbaren und nicht selten von sachwidrigen Erwägungen geleiteten Einzelfallentscheidungen der Auslandsvertretungen und Ausländerbehörden ausgesetzt, was verfassungsrechtliche Bedenken begründet und auch zweckwidrig erscheint, insofern dies die Attraktivität Deutschlands für ausländische Fachkräfte nicht erhöhen dürfte.

Programmsätze der Grundnormen für Ausbildungs- und Arbeitsmigration (Art. 1 Nr. 10, Nr. 19 FKEG)

Die beiden Programmsätze in den Entwurfsfassungen der §§ 16 Abs. 1 und 18 Abs. 1 AufenthG (E) benennen zahlreiche öffentliche Interessen, die insbesondere im Rahmen der Ermessensausübung durch die beteiligten Behörden berücksichtigt werden sollen:

- „Bedarf des deutschen Arbeitsmarktes an Fachkräften“,

- „Stärkung des Wissensstandortes Deutschland“,
- „Berücksichtigung bestehender Ausbildungskapazitäten“
- „Interessen der öffentlichen Sicherheit“,
- „Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt“,
- „Sicherung der Fachkräftebasis“,
- „Integration“,
- „Stärkung der sozialen Sicherungssysteme“.

Vollständig unberücksichtigt bleiben nach dem Entwurf hingegen die Individualinteressen von MigrantInnen. Zwar ist im Bereich der Ausbildungs- und Erwerbsmigration die grund- und menschenrechtliche Bindung der Bundesrepublik schwächer ausgeprägt als z.B. im Bereich des humanitären Aufenthalts oder des Familiennachzugs. Doch wird eine derart einseitige Berücksichtigung wirtschaftlicher und sozialer Interessen der Bundesrepublik und eine damit implizierte Konzeption von MigrantInnen als „Humankapital“ oder ökonomisch verwertbarer Rohstoff unter Ausblendung ihrer subjektiven Rechte und Interessen dem Anspruch des Grundgesetzes zum Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und Wahrung der – gemäß der Judikatur des Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 132, 134) migrationspolitisch nicht zu relativierenden – Menschenwürde nicht gerecht.

Mitteilungspflichten bei vorzeitiger Beendigung einer Ausbildung oder Beschäftigung (Art. 1 Nr. 4, Nr. 10, Nr. 56, Nr. 65, Nr. 71)

Nach dem Entwurf sollen ArbeitgeberInnen und Bildungsträger künftig verpflichtet sein, die Ausländerbehörde innerhalb einer bzw. zwei Wochen zu informieren, wenn die den Aufenthalt begründende Ausbildung oder Beschäftigung vorzeitig beendet wird. Gleichzeitig sollen die entsprechenden Mitteilungspflichten der MigrantInnen selbst ausgeweitet werden. Beide Änderungen sollen eine vorzeitige Beendigung des Aufenthaltsrechts von Ausbildungs- und ArbeitsmigrantInnen ermöglichen. Auch diese geplanten Regelungen lassen individuelle Rechte und Interessen von Arbeits- und AusbildungsmigrantInnen außer Acht. Insbesondere ist zu befürchten, dass MigrantInnen an der Wahrnehmung und Durchsetzung ihrer Rechte gegenüber ArbeitgeberInnen gehindert werden, weil ihr Aufenthaltsrecht vorzeitig beendet wird oder sie aufenthaltsrechtliche Maßnahmen befürchten müssen. Darüber hinaus ist eine Instrumentalisierung von ArbeitgeberInnen und Bildungseinrichtungen zu ordnungspolitischen Zwecken mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar.

Einführung eines Visums zur Ausbildungsplatzsuche (Art. 1 Nr. 17 FKEG)

Während die Einfügung einer Rechtsgrundlage für die Erteilung eines Visums zur Ausbildungsplatzsuche grundsätzlich – als längst überfälliger Reformschritt – zu begrüßen ist, enttäuscht deren Ausgestaltung.

Die Altersgrenze von 25 Jahren für die Erteilung eines solchen Visums erscheint beliebig gesetzt und entspricht nicht einer Viel- bis Mehrzahl heutiger Erwerbsbiographien. Gerade in den Berufsfeldern, für die durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz die Deckung der z.T. hohen Auszubildendennachfrage erwartet wird (z.B. Krankenpflege), besteht ein hoher Anteil Ausbildungsinteressierter, die eine Zweitqualifikation anstreben und folglich oft die Altersgrenze nicht mehr wahren können.

Auch führt die Einführung einer solchen Regelung zur Diskriminierung von Eltern und in besonderem Maße Frauen, deren Eintritt in das Berufsleben sich häufig aufgrund von Schwangerschafts- und Kinderbetreuungszeiten gegenüber (insbesondere kinderlosen) Männern verzögert. Der RAV fordert deshalb hilfsweise (insoweit die Altersgrenze nicht gänzlich aufgehoben wird), die genannte Frist um einen pauschalierten Aufschlag für Eltern zu verlängern und zwar pro Kind von zwei Jahren für Frauen und einem Jahr für Männer.

Neben der Altersgrenze dürfte auch die Voraussetzung „guter“ Kenntnisse der deutschen Sprache zu einer erheblichen Reduzierung der Attraktivität des neuen Aufenthaltstitels führen. Der RAV gibt zu bedenken, dass sich nur Personen, die aus wohlhabenden Verhältnissen stammen, die Ressourcen für die häufig äußerst kosten- und zeitintensive Vorbereitung auf die Prüfungen zum Beleg entsprechender Deutschkenntnisse leisten können werden. Dies führt zu einer erheblichen Beeinträchtigung beim Zugang zu diesen Aufenthaltstiteln gerade von Personen, für die eine Ausbildung in Deutschland eine besondere Chance zur Verbesserung ihrer prekären ökonomischen Verhältnisse darstellen könnte.

Schließlich erscheint auch die Dauer der Befristung des Titels auf sechs Monate im Vergleich zu demjenigen zur Studienplatzsuche (neun Monate gem. § 16 Abs. 7 AufenthG) nicht nachvollziehbar und für eine erfolgreiche Ausbildungsplatzsuche häufig als unrealistisch kurz angesetzt. Dies gilt, zumal von Seiten des BMI verlautete, dass der Fachkräftemangel aktuell im Bereich der Ausbildungsberufe stärker ausgeprägt sei als bei akademischen Berufen.

Neuregelung des Aufenthaltstitels zur Arbeitsplatzsuche für Fachkräfte (Art. 1 Nr. 31 FKEG)

Auch wenn die Einführung eines Aufenthaltstitels zur Arbeitsplatzsuche für Fachkräfte aus Ausbildungsberufen (§ 20 Abs. 1 AufenthG (E)) zu begrüßen ist, erscheint die Forderung des Nachweises deutscher Sprachkenntnisse – regelmäßig auf dem Niveau B1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens (vgl. S. 102 des Entwurfs) – als für das Arbeitsmigrationsrecht systemwidrig und zudem als sachwidrige Schlechterstellung dieser Personengruppe gegenüber Fachkräften mit akademischem Abschluss, die zur Arbeitsplatzsuche einreisen (§ 20 Abs. 2 AufenthG (E)). Problematisch erscheint zudem die Beschränkung der Nebenerwerbstätigkeit (als Probearbeit) während der Arbeitsplatzsuche auf nur 10 Stunden pro Woche (§ 20 Abs. 1 S. 4 AufenthG (E)), da dies dazu führt, dass die Lebensunterhaltssicherung in diesem Zeitraum unnötig erschwert wird.

Wegfall der Vorrangprüfung bei der Beschäftigung von Fachkräften (Art. 1 Nr. 46 FKEG)

Der im Entwurf nach § 39 AufenthG (E) vorgesehene Wegfall der Vorrangprüfung für Fachkräfte ist zwar zu begrüßen, jedoch geht er nicht weit genug. Es fragt sich, warum das Institut, das ausländische ArbeitnehmerInnen gegenüber inländischen bei der Aufnahme einer Beschäftigung diskriminiert und integrationshemmend wirkt, nur für Fachkräfte abgeschafft wurde. Die wenigen verbliebenen Anwendungsbereiche der Vorrangprüfung (nachdem diese auch bereits für die meisten Asylsuchenden nach der geltenden Fassung der BeschV ausgesetzt wurde), rechtfertigen kein Festhalten an diesem Institut. Der RAV spricht sich folglich für eine Abschaffung der Vorrangprüfung und damit eine Gleichbehandlung in- und ausländischer ArbeitnehmerInnen aus.

Einführung eines staatlichen Bildungsverbots (Art. 1 Nr. 55 FKEG)

Äußerst kritisch zu beurteilen ist die weitere Ausgrenzung von bestimmten Personengruppen – insbesondere solchen aus sog. sicheren Herkunftsstaaten. Mit der Einführung eines generellen Verbots auch der Absolvierung von schulischen Ausbildungen (§ 60a Abs. 6 S. 1 AufenthG (E)) soll gesetzgeberisches Neuland betreten und ohne erkennbaren Grund – und gegen die mit dem Gesetz verfolgten Interessen der Bundesrepublik – der Besuch von Berufsschulen staatlich untersagt werden.

Änderung der Regelung über die Erteilung einer Ausbildungsduldung (Art. 1 Nr. 56 FKEG)

Der RAV bedauert, dass mit der Reform nach gegenwärtigem Entwurfsstand die Chance verpasst wird, die im geltenden Migrationsrecht spärlich vorhandenen Möglichkeiten zu einem „Spurwechsel“ aus einem gescheiterten Asylverfahren in einen geregelten Aufenthalt substantiell zu erweitern. Hierzu wäre zuvörderst die systemwidrige Zuordnung der Legalisierung eines Aufenthalts über den Weg einer Ausbildung zum Duldungsregime („Ausbildungsduldung“) aufzuheben und in solchen Fällen vielmehr ein (befristeter und ggf. auflösend bedingter) Aufenthaltstitel zu erteilen. Eine rechtliche Zuordnung zum Duldungsregime bei gleichzeitiger wirtschaftlicher Nutzbarmachung der Arbeitskraft von MigrantInnen im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses erscheint als Ausnutzung der juristisch und häufig auch ökonomisch prekären Lage Geflüchteter. Zu bedauern und angesichts des beklagten Fachkräftemangels kaum nachzuvollziehen ist zudem, dass kein Pendant zur (betrieblichen) Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung für den Fall des Studiums oder der rein schulischen Ausbildung geschaffen wurde.

Trotz punktueller Klarstellungen und Verbesserungen (insbesondere die Ausweitung auf Helferausbildungen gem. § 60 b Abs. 1 Nr. 1 b) AufenthG (E)), bleibt der Entwurf zur Neuregelung der Ausbildungsduldung weit hinter den Erwartungen des RAV zurück und beinhaltet sogar substantielle Verschlechterungen.

Während nach aktueller Rechtslage bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Ausbildungsduldung besteht, soll nach dem Entwurf die Erteilung in Ausnahmefällen verweigert werden können (§ 60 b Abs. 1 S. 2 AufenthG (E)), was den Ausländerbehörden neue Spielräume eröffnet und damit dem Ziel der bundesweiten Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis in diesem Bereich zuwiderläuft. Es wird mit dem Erfordernis einer Aufnahme der Ausbildung bereits während des Asylverfahrens bzw. des Erfordernisses einer vorangegangenen Duldung (aus anderem Grund als der Ausbildung) nach § 60a AufenthG zudem eine deutliche Reduzierung des Personenkreises vorgenommen, der für die Erteilung einer Ausbildungsduldung infrage kommt (§ 60 b Abs. 1 S. 1 AufenthG (E)) – dies zumal im Zusammenspiel mit den neu eingeführten Normen zur Identitätsklärung. Denn die Identitätsklärung wird – anders als nach geltender Rechtslage – zur zwingenden Voraussetzung für die Erteilung einer Ausbildungsduldung gemacht (§ 60 b Abs. 2 Nr. 3 AufenthG (E)). Für die Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes muss nach dem Entwurf spätestens sechs Monate nach der Einreise in das Bundesgebiet die Identität geklärt worden sein, damit eine Person eine Ausbildungsduldung erhalten kann. Da diese Norm unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Betroffenen gelten soll, setzt sie sehr starke Anreize für Asylsuchende, noch während eines laufenden Asylverfahrens, insbesondere angesichts dessen

ungewissen Ausgangs, zur Beschaffung von Dokumenten Kontakt zur heimischen Botschaft – auch bei tatsächlicher erheblicher Aussetzung einer Verfolgungsgefahr – aufzunehmen, was wiederum mit völker- und europarechtlichen Vorgaben unvereinbar ist.

Problematisch erscheint auch die extensive Konkretisierung des bereits aus der bisherigen Regelung der Ausbildungsduldung bekannten Begriffs des Vorliegens „konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“ als Ausschlussstatbestand für die Erteilung einer Ausbildungsduldung (§ 60 b Abs. 2 Nr. 3 AufenthG (E)).

Nach § 60 b Abs. 2 Nr. 3 d) AufenthG (E) soll hierfür sogar ausreichen, wenn „vergleichbar konkrete Vorbereitungsmaßnahmen zur Abschiebung des Ausländers eingeleitet wurden, es sei denn, es ist von vornherein absehbar, dass diese nicht zum Erfolg führen“. Hiermit wird entgegen der deklarierten Intention des Ministeriums keine Rechtssicherheit und -klarheit geschaffen, sondern den Ausländerbehörden ein nahezu beliebig weiter Spielraum zur Verhinderung der Erteilung einer Ausbildungsduldung im Einzelfall eingeräumt (verdeckter faktischer weiterer Ermessensspielraum).

Die Ausgestaltung der Norm zur Ausbildungsduldung als Anspruchsnorm erscheint nach alledem als irreführend.

Einführung einer Beschäftigungsduldung (Art. 1 Nr. 56 FKEG)

Ogleich die Einführung einer Beschäftigungsduldung (§ 60c AufenthG (E)) im Grundsatz zu begrüßen ist, erscheint die im Entwurf vorgesehene Ausgestaltung dieses Instituts durch überzogene Voraussetzungen an den Realitäten vorbeizugehen, womit die Neuregelung weitgehend leerzulaufen droht. So werden Betroffene kaum sogleich seit mindestens 18 Monaten eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von mindestens 35 Stunden pro Woche ausüben (§ 60c Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (E)), eine ausreichende Lebensunterhaltssicherung nicht nur für die Gegenwart, sondern auch die vergangenen 12 Monate (§ 60c Abs. 1 Nr. 2-3 AufenthG (E)) und kumulativ noch ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache (§ 60c Abs. 1 Nr. 4 AufenthG (E)) nachweisen können. Die Regelung ist damit allenfalls geeignet, den Anschein der Eröffnung einer Möglichkeit zu einem „Spurwechsel“ zu schaffen.

Beschleunigtes Fachkräfteverfahren und Zentralisierung der Ausländerbehörden (Art. 1 Nr. 58 a, Nr. 64 FKEG)

Die Bündelung von Fachkompetenzen ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Denn in der Tat sind Entscheidungen in der bisherigen Verwaltungspraxis – wie es im aktuellen Referentenentwurf treffend heißt – häufig „intransparent und willkürlich“ (S. 115). Es steht aber durch die Einführung gesonderter Verfahren und Institutionen für migrationswillige Fachkräfte im Gegensatz zu sonstigen MigrantInnen die Etablierung eines Zwei-Klassen-Aufenthaltsrechts zu befürchten. Zügige Verfahren und gebündelte Fachkompetenzen sollten nicht nur Fachkräften, sondern allen MigrantInnen zugutekommen. Es ist nicht einsichtig, warum der Fachkräftezugang gegenüber humanitären Aufenthalten oder solchen zum Zweck des Familiennachzugs priorisiert werden sollten. Insofern diese Priorisierung auf sozio-ökonomischen Nützlichkeitsabwägungen basiert, gibt der RAV zu bedenken, dass auch der kompetente und zügige Abschluss anderer aufenthaltsrechtlicher Verfahren sowohl im individuellen als auch im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegt. So ist etwa mit nachhaltigen Integrationsbemühungen von Seiten Geflüchteter häufig erst

mit Klärung des sie selbst und ggf. auch ihre Familienangehörigen betreffenden Aufenthaltsstatus zu rechnen. Durch die genannte Priorisierung bei weiterhin knappen personellen Ressourcen der Auslandsvertretungen und Ausländerbehörden steht demgegenüber zu befürchten, dass das Problem ohnehin schon überlanger Verfahrensdauern insbesondere im Rahmen des Familiennachzugs weiterhin verschärft wird.

Beschäftigungserlaubnis für Fachkräfte ohne formale Berufsqualifikation (Art. 35 Nr. 6 FKEG)

Die im Entwurf vorgesehene neue Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis für Personen mit nicht-formaler Berufsqualifikation ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings erscheint die zunächst vorgenommene Begrenzung auf IT-Fachkräfte als zu eng und es ist nicht nachvollziehbar, wieso für diese Gruppe zudem „ausreichende deutsche Sprachkenntnisse“ verlangt werden sollen (§ 6 Abs. 1 Beschäftigungsverordnung (E)). Der RAV bedauert zudem, dass von der nach § 6 Abs. 2 Beschäftigungsverordnung (E) neu einzuführenden Möglichkeit der Ausweisung weiterer Berufsgruppen jenseits der Informations- und Kommunikationstechnologie nach Verlautbarung des BMI zunächst kein Gebrauch gemacht werden soll.

Reform der Regelungen über das Erlöschen von Aufenthaltstiteln (bislang nicht im FKEG vorgesehen)

Einer von vielen weiteren problematischen Aspekten des aktuellen deutschen Migrationsrechts, der im vorliegenden Entwurf nicht berücksichtigt wurde, ist das strenge Regime über das Erlöschen von Aufenthaltstiteln (§ 51 AufenthG). Dieses macht Deutschland in Zeiten zirkulärer Migration als Aufenthalts- und Einwanderungsland unattraktiv und wäre dringend in Richtung einer großzügigeren Handhabung zu reformieren.

Berlin, 06.12.2018