

aktuelle stellungnahme 2/19

Überblick zu neuen Regelungen im Bereich der Fachkräfteeinwanderung

von Prof. Dr. Winfried Kluth

Der Bundesgesetzgeber hat in Umsetzung des Koalitionsvertrags und auf Druck der Wirtschaft den rechtlichen Rahmen für die Fachkräfteeinwanderung sowie einen sog. Spurwechsels neu geregelt. Dazu wird nachstehend ein Überblick zu den wichtigsten Neuerungen gegeben.

Der Überblick bezieht sich auf:

- das Fachkräfteeinwanderungsgesetz¹
- das Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz² und
- das Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung³

I. Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz

1. Vorgeschichte und begrenzte Reichweite der Regelungen

Die deutsche Wirtschaft drängt die Bundesregierung schon seit Jahren, die Rahmenbedingungen für die Gewinnung von Fachkräften aus Drittstaaten zu verbessern. Vor diesem Hintergrund wurde zunächst für Hochqualifizierte und dann auch

schrittweise für nicht akademisch qualifizierte Personen der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt durch mehrfache Änderungen in den §§ 16 ff. AufenthG sowie bei der Mitwirkung der Bundesagentur für Arbeit (§ 39 AufenthG) erleichtert. Der Sachverständigenrat der deutschen Stiftungen für Integration und Migration attestierte Deutschland vor diesem Hintergrund eines der liberalsten Rechtsregime im internationalen Vergleich.⁴ Es bleibt aber die Kritik, dass die bestehenden Regelungen zu unübersichtlich und schwer handhabbar sind. Vor diesem Hintergrund wurde im Koalitionsvertrag eine Neuregelung mit dem Ziel der weiteren Öffnung und der Vereinfachung der Regelungen beschlossen. Zudem sollte durch die erstmalige Verwendung des Terminus „Einwanderung“⁵ im Titel des Artikelgesetzes eine Botschaft des Willkommens und der Öffnung für Fachkräfte aus Drittstaaten ausgesandt werden.

Der Gesetzgeber war sich aber auch darüber im Klaren, dass die Öffnung bei den Aufenthaltstiteln nur eine notwendige aber keine hinreichende Erfolgsbedingung ist. Die entscheidenden „Hürden“ für die Gewinnung von Fachkräften liegen vielmehr bei dem Vorhandensein und der Anerkennung beruflicher Qualifikationen⁶ sowie der Überwindung kultureller Hürden. Die in diesem Bereich notwendigen gesetzlichen Regelungen und praktischen Maßnahmen hat die Bundesregierung schon seit vielen Jahren im Blick, teilweise bereits umgesetzt.⁷ Zudem gibt es dazu neben Modellprojekten zur Erfassung von nicht formalisierten Qualifikationen⁸ und Berufsbildungsmaßnahmen im Ausland⁹ auch weitergehende Vorschläge zur besseren Strukturierung und Förderung dieser Vorhaben.¹⁰

2. Die strukturelle Neuausrichtung und ihre geringen Folgen für die Praxis

Neben der erstmaligen Verwendung des Begriffs „Einwanderung“ im vergänglichen Gesetzestitel des Änderungsartikelgesetzes wird die Neuausrichtung im Bereich der Beschäftigung durch einen neuen § 4a AufenthG zum Ausdruck gebracht, der Teile des bisherigen § 4 AufenthG enthält und das dort normierte Regel-Ausnahme-

Verhältnis umkehrt. Ab dem 1. März 2020, den Tag des Inkrafttretens des Gesetzes, ist mit jedem Aufenthaltstitel das Recht auf Zugang zur Beschäftigung verbunden, es sei denn, es ist gesetzlich oder im Einzelfall ausgeschlossen. Weiterhin muss aber jeder Aufenthaltstitel explizit erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist (Absatz 3) und ggf. Beschränkungen unterliegt (Absatz 2). In der Sache ist damit zunächst keine Änderung verbunden, weshalb trotz der vielen Detailänderungen, die zur Umsetzung notwendig sind, mit diesem nur weniger Erweiterungen verbunden sind, auf die anschließend eingegangen wird. Zu beachten ist aber auch, dass vor allem durch das Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht mit dem neuen § 60b AufenthG zahlreichen geduldeten Personen der Zugang zur Beschäftigung im Vergleich zur aktuellen Rechtslage entzogen wird. Die Erleichterungen beziehen sich vor allem auf regulär einreisende Fachkräfte.

3. Erweiterung und Erleichterung des Zugangs zu Ausbildung und Beschäftigung

Die Änderungen beginnen bei § 2 Abs. 3 AufenthG, bei dem die Möglichkeit eröffnet wird, auf im Bereich

des Aufenthalts zum Zweck der Ausbildung den zu sichernden Lebensunterhalt pauschalierend mit Hilfe von Richtwerten (BAföG-Sätze) zu bestimmen. Damit sind Arbeitserleichterungen für die Behörden aber auch die Antragsteller verbunden. Zudem wird in § 2 Abs. 11 AufenthG eine Legaldefinition für gute deutsche Sprachkenntnisse eingefügt, indem auf das Niveau B2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen Bezug genommen wird. Diese Anforderung wird von der Praxis als zu anspruchsvoll kritisiert.¹¹

Das mit dem Gesetz verfolgte Anliegen einer besseren Übersichtlichkeit und Verständlichkeit der Regelungen¹² hat der Gesetzgeber durch eine Neuordnung der Abschnitte 3 und 4 zu Ausbildung und Beschäftigung umgesetzt. Zu Beginn der Abschnitte finden sich in § 16 und § 18 jetzt Grundsatzaussagen die verdeutlichen, welche Zielgruppen zu welchen Zwecken angesprochen werden.

Für den Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung wird in § 16 (neu) betont, dass die Regelungen sowohl einen Beitrag zur internationalen Entwicklung leisten als auch der Sicherung des deutschen Arbeitsmarktes an Fachkräften dienen sollen, wobei dem zweiten Zweck seit Jahren eine wach-

sende Bedeutung zukommt.¹³ Die anschließenden Regelungen wurden unter weitgehender Verwendung der bisherigen Regelungen¹⁴ neu geordnet. Die Reihe beginnt nun mit dem Zweck der Berufsausbildung und beruflichen Weiterbildung (§ 16a). Der für die Regelung schon bislang in § 17 (alt) wichtige Begriff der qualifizierten Berufsausbildung wird nunmehr in § 2 Abs. 12a (neu) zusammen mit dem Begriff der qualifizierten Beschäftigung in Absatz 12b legal definiert. Dadurch wird die Rechtsklarheit verbessert.

Die anschließenden Regelungen zum Studium und zur Mobilität (§§ 16b, c) wurden nur moderat verändert. Unter anderem wurde in § 16b Abs. 4 die Regelung zum Zweckwechsel neu gefasst.

Der bisherige § 17a wird zum neuen § 16d und ermöglicht einen Aufenthalt zum Zweck der Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen, insbesondere zum Zweck des Erwerbs von ergänzenden Qualifikationen, um die im Anerkennungsverfahren festgestellten Lücken zu schließen. Damit ist die Regelung für die Praxis besonders wichtig, weil in vielen Fällen entsprechende Lücken festgestellt werden.¹⁵

Um die Finanzierung eines solchen Aufenthalts zu erleichtern, wurde die

bisherige restriktive Regelung zur Ausübung einer Beschäftigung in § 17a Abs. 3 (alt) durch eine offenere Regelung in § 16d Abs. 3 (neu) ersetzt, so dass auch eine gleichzeitige Erwerbstätigkeit in nicht reglementierten Berufen möglich ist. Allerdings ist auch dafür die Feststellung einer genau geregelten Mindestqualifikation erforderlich. Der Gesetzgeber nimmt auch in diesem Bereich eine genaue bürokratieintensive Steuerung vor.

Während die Regelung in § 16e (neu) weitgehend unverändert den bisherigen § 17b (alt) übernimmt, finden sich in § 16f (neu), der den bisherigen § 16b (alt) ablöst, abgesehen von der Beschränkung der Regelung auf Sprachkurse und Schulbesuche einige Veränderungen. Dies betrifft vor allem den Besuch allgemeinbildender Schulen, der bislang im Detail nur in den Verwaltungsvorschriften geregelt war.¹⁶ Die Regelung ist aber in der Sache eng begrenzt, da es sich um öffentliche oder staatlich anerkannte Schulen mit internationaler Ausrichtung oder Ergänzungsschulen handeln muss.¹⁷

§ 17 (neu) führt die neue Regelung zur Suche eines Ausbildungsplatzes mit der bereits bestehenden Regelung zur Suche eines Studienplatzes zusammen und vereinheitlicht sie. Die in

Absatz 1 normierte Ausbildungsplatzsuche reagiert zwar vordergründig auf den Umstand, dass wegen der besonders hohen Anforderungen an die berufliche Bildung in Deutschland bereits die Durchführung einer Ausbildung in Deutschland besonders vorteilhaft ist. Die Vorschrift ist aber zugleich ein Beispiel dafür, dass die eigentlichen Herausforderungen in anderen Bereichen liegen. So muss bei minderjährigen Interessenten deren Betreuung gesichert werden, es muss ein Kontakt zu einem Ausbildungsbetrieb hergestellt werden und der Lebensunterhalt gesichert sein. Während große Unternehmen eine Kontaktierung leichter organisieren können, ist dies für kleine und mittlere Betriebe sehr schwierig wenn nicht unmöglich. Deshalb müssen in diesem Bereich unterstützende Strukturen aufgebaut werden, damit die Regelung vor allem denjenigen Betrieben hilft, die in besonderer Weise auf Fachkräfte angewiesen sind.¹⁸ Bislang gibt es in diesem Bereich nur einige Projekte, die eher punktuellen Charakter besitzen.¹⁹

Der vierte Abschnitt wird in Zukunft ebenfalls mit § 18 (neu) durch eine programmatische Norm eröffnet, die in Absatz 1 den Grundsatz der Fachkräfteeinwanderung konkretisiert und in

den drei Folgeabsätzen allgemeine Regelungen in Gestalt allgemeiner Erteilungsvoraussetzungen trifft.

Bei der Grundsatzregelung ist lediglich hervorzuheben, dass nun ausdrücklich auch die Stärkung der sozialen Sicherungssysteme als Zweck genannt wird. Damit wird nun auch gesetzlich sichtbar gemacht, dass das zukünftige Rentenniveau auch von einer erfolgreichen Migrationspolitik abhängig ist. Die anschließenden allgemeinen Bestimmungen machen deutlich, dass weiter in erster Linie an ein konkretes Arbeitsplatzangebot angeknüpft wird, der Gesetzgeber also weder zu einem Punktesystem²⁰ noch zu dem von SVR vorgeschlagenen „Nimm 2 +“ Modell²¹ übergehen wollte. Zudem wird an der Regelung noch ein weiteres Charakteristikum deutlich. Obwohl das Handwerksrecht eine qualifizierte Berufsausbildung nur für die Betriebsleiter vorschreibt (§ 7 Abs. 1 HwO), so dass Handwerksbetriebe bei der Stellenbesetzung nicht an die formalen Berufsqualifikationen gebunden sind, folgt der Gesetzgeber der Verbandspolitik²² und überwiegenden Praxis, entsprechende Qualifikationen de facto als Einstellungsvoraussetzung zu handhaben. Diese den Zugang verengende Bedingung wird auch damit begründet, dass nur für

die entsprechend qualifizierten Fachkräfte ein Bedarf besteht und dass bei nachlassendem Wirtschaftswachstum die nicht formal qualifizierten Arbeitskräfte den sozialen Sicherungssystem zur Last fallen. Das ist sicher richtig. Diese Ausrichtung setzt aber zugleich voraus, dass die Anstrengungen im In- und Ausland im Bereich der Vermittlung einer entsprechenden beruflichen Qualifikation vermehrt werden müssen. Interessanterweise ist bei den akademischen Fachkräften, für die es nun in § 18b (neu) eine eigene Regelung gibt, das Problem der Niveauunterschiede nicht so gravierend wie bei der strukturierten beruflichen Bildung, weil das deutsche Berufsbildungssystem vor allem auf dieser Ebene stark vom Rest der Welt unterscheidet.²³

Die Funktion einer Auffangregelung für sonstige Beschäftigungszwecke sowie in Bezug auf Besamte übernimmt der § 19c (neu). Absatz 1 überlässt die Steuerung insoweit maßgeblich der Beschäftigungsverordnung. Absatz 2 schafft neu die Möglichkeit, Fachkräften mit ausgeprägten berufspraktischen Kenntnissen auch unabhängig von einer formalen Qualifikation als Fachkraft eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Eröffnet wird dies zunächst in Berufen im Bereich der

Informations- und Kommunikationstechnologie (§ 6 BeschV). Dies soll in diesem Beschäftigungsbereich helfen, den hohen Bedarf an qualifizierten Beschäftigten zu decken.²⁴ Die Regelung kann aber in Zukunft ohne weiteres auch für andere Bereiche genutzt werden, in denen ein Fachkräftemangel nicht durch formal qualifizierte Kräfte gedeckt werden kann. Es handelt sich deshalb systematisch um eine bedeutsame Öffnungsklausel, die durch den Ordnungsgeber genutzt werden kann.

Die bislang im Zusammenhang mit den einzelnen Aufenthaltswegen geregelten Ablehnungsgründe zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Ausbildung oder Beschäftigung, die in vielen Einzelheiten durch EU-Richtlinien determiniert sind, wurden in § 19f (neu) gebündelt. Eine weitergehende Vereinheitlichung wurde durch die unterschiedlichen Vorgaben der Richtlinien verhindert.

In § 20 (neu) werden die bislang im AufenthG an verschiedenen Stellen geregelten Sachverhalte für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Suche nach einem Arbeitsplatz zusammengefasst. Sein Absatz 1 eröffnet erstmals nichtakademischen Fachkräften mit Berufsausbildung die Suche nach einem Arbeitsplatz. Vo-

raussetzung für die spätere Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 18a in einem Beruf, zu dessen Ausübung die Qualifikation der Fachkraft sie befähigt, ist dabei, dass es sich um eine qualifizierte Beschäftigung handelt. Wenn die nach den Regelungen des Bundes oder der Länder für die berufliche Anerkennung zuständige Stelle die Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung festgestellt hat²⁵, ist von der Befähigung des Ausländers auszugehen.²⁶ Als Voraussetzung werden zusätzlich deutsche Sprachkenntnisse gefordert, die der angestrebten Tätigkeit entsprechen. In der Regel werden hier deutsche Sprachkenntnisse mindestens auf dem Niveau B1 erforderlich sein; insbesondere in medizinischen Berufen können auch höhere Anforderungen gegeben sein. Dies wird in der Regel im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Berufsausübungserlaubnis überprüft. Durch die BeschV kann für bestimmte Berufe aus konjunkturellen oder arbeitsmarktlichen Gründen die Arbeitsplatzsuche ausgeschlossen werden. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt im Grundsatz nicht zur Erwerbstätigkeit, ermöglicht jedoch dem Aufenthaltswegen entsprechend die Ausübung von Probebeschäftigungen

für bis zu zehn Stunden je Woche, zu deren Ausübung die Qualifikation befähigt. Durch die Probebeschäftigung soll Arbeitgebern die Besetzung einer Stelle mit einer ausländischen Fachkraft erleichtert werden. Nach der bisherigen Rechtslage war dies nicht möglich, da der bisherige § 18c a. F. jede Erwerbstätigkeit während des Suchaufenthalts verboten hat. Die weiteren Absätze entsprechen weitgehend den bisherigen Regelungen. Zu erwähnen ist schließlich, dass die Regelungen zur Anerkennung von Qualifikationen sowie zur Ausbildungsplatz- und Arbeitsplatzsuche gem. Art. 54 Abs. 2 des Gesetzes auf fünf Jahre befristet sind.

4. *Fast-track-Verfahren für Fachkräfte*

Aus der Perspektive der Wirtschaft ist die Dauer der Verfahren zur Visaerteilung für Fachkräfte seit Jahren ein Anlass für Kritik.²⁷ Die Ursachen dafür sind vielfältig und zu einem nicht unerheblichen Teil in der Personalausstattung der Botschaften und Konsulate zu suchen. Die Bereitschaft, in diesem Bereich größere Veränderungen vorzunehmen, scheint begrenzt zu sein. Der Gesetzgeber hat sich deshalb, wie bereits beim Familiennachzug nach § 36a AufenthG²⁸, auf die innerstaatlichen Verfahrensteile kon-

zentriert. Ähnlich wie dort werden verfahrensbezogene Regelung mit besonderen Zuständigkeitsbestimmungen verbunden.

Das beschleunigte Fachkräfteverfahren ist in § 81a (neu) geregelt und in Antragsverfahren, die auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach §§ 16a, 16d, 18a, 18b sowie 18c Abs. 3 (neu) abzielen. In Verbindung mit der ebenfalls neuen Zuständigkeitskonzentration bei zentralen Ausländerbehörden (§ 71 Abs. 1 S. 3 neu) und Bearbeitungsfristen für Ausländerbehörden (§ 81a Abs. 3 Nrn. 3 und 6 neu), für die für berufliche Anerkennung zuständigen Stellen (z. B. § 14a BQFG), für die BA (§ 36 Abs. 2 S. 2 BeschV) und für Auslandsvertretungen (§ 31a AufenthV) wird ein Angebot für ein Verfahren eingerichtet, das nicht nur zu einer schnelleren Besetzung freier Stellen führen kann, sondern überdies durch die zwischen der Ausländerbehörde und dem Arbeitgeber zu schließende Vereinbarung auch mehr Verfahrenstransparenz schafft. Es soll die Auslandsvertretungen entlasten, Reibungsverluste zwischen den beteiligten Behörden vermindern und ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleisten.²⁹ Das Verfahren umfasst auch den Familiennachzug bei zeitgleicher Einreise und soll auch für sonstige

qualifizierte Beschäftigte (insbesondere IT-Spezialisten, Forscher und Führungskräfte; nicht jedoch niedrig Qualifizierte) gelten.³⁰

Was sich gut anhört und sicher auch als Fortschritt zu bezeichnen ist, hat aber auch eine Schattenseite. Denn durch die Zentralisierung der Verfahren und den mit zusätzlichem Verfahrensaufwand verbundenen Abschluss von Vereinbarungen werden vor allem, die größeren Unternehmen begünstigt, die sich ohnehin bei der Suche von Fachkräften durch Beratungsgesellschaften unterstützen lassen. Für kleinere und mittlere Unternehmen bleibt abzuwarten, ob die positiven Effekte bei ihnen ankommen.³¹

5. *Zwischenergebnis*

Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz setzt deutliche Akzente, um die Anwerbung von Fachkräften bereits ab dem Stadium der Ausbildung zu erleichtern, begrenzt die Öffnung aber zugleich auf diesen Bereich. Der Gesetzgeber war sich dabei darüber im Klaren, dass die aufenthaltsrechtlichen Regelungen nur eine von mehreren notwendigen Schritten für eine erfolgreiche Beteiligung am internationalen Wettbewerb um Fachkräfte darstellt.

II. **Das Ausbildungs- und Beschäftigungsduldungsgesetz**

1. *Zielsetzungen der Neuregelung und konzeptionelle Kritik*

Die Regelungen zur Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung waren ursprünglich Bestandteil des Referentenentwurfs zum Fachkräfteeinwanderungsgesetz, wurden dann aber durch den Regierungsentwurf in ein eigenes Gesetz ausgelagert. Mit dem Anliegen der Gewinnung von Fachkräften besteht insoweit ein Zusammenhang, als es um die Umsetzung des Postulats geht, zur Deckung des Fachkräftebedarfs zunächst die „inländischen Potenziale“ auszuschöpfen.³² Darunter verstanden und verstanden einige Akteure auch die geduldeten Drittstaatsangehörigen, denen ein „Spurwechsel“³³ erleichtert werden soll.³⁴

Aus einer rechtssystematischen Perspektive richtet sich gegen der bereits gegenüber der bestehenden Regelung in § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG³⁵ erhobene Einwand, dass die auf kurze Zeiträume ausgerichtete und jederzeit aufhebbare Duldung für die auf längere Zeiträume geltenden neuen Regelungen nicht passt.³⁶ Da aber politisch nur eine Mehrheit für dieses ambivalente Modell bestand, musste diese Kritik zurückstehen. Hinzu kommt,

dass der Anwendungsbereich der neuen Regelungen durch die Einführung des neuen § 60b des Geordnete-Rückkehr-Gesetzes, der in Absatz 5 Satz 2 ein Beschäftigungsverbot enthält, erheblich beschnitten wird. Hinzu kommen die Ausschlussstatbestände des § 60b Abs. 6 (neu), auf die § 60c Abs. 2 Nr. 1 (neu) Bezug nimmt. Da durch eine Duldung eine Abschiebung nicht ausgeschlossen wird, werden in Absatz 2 Nr. 5 die „konkreten Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“, die der Erteilung entgegenstehen, genauer als bisher geregelt. Unter anderem wird auf die Buchung von Transportmitteln abgestellt, wobei Buchstabe d) mit der Bezugnahme auf vergleichbar konkrete Vorbereitungsmaßnahmen wiederum erhebliche Interpretationsspielräume belässt.

Die beiden neuen Duldungstatbestände in §§ 60c, d AufenthG gestalten den Übergang in einen regulären Aufenthalt über den Weg der Ausbildung und Beschäftigung genauer aus. Sie stellen in der Sache eine gesetzgeberische Konkretisierung der an anderen Stellen ebenfalls verwendeten sog. guten Bleibeperspektive³⁷ dar. Dass dabei aus dem bisherigen einem Satz zur Ausbildungsduldung zwei lange Paragraphen wurden, in denen alle bisherigen Streitfragen möglichst klar

beantwortet und die Steuerung verfeinert wurde, hängt eng mit der angestrebten Unterscheidung zwischen den Fallgruppen des erwünschten und unerwünschten Übergangs in einen regulären Daueraufenthalt zusammen. Hinzu kommt der Anspruch des Bundesgesetzgebers, eine einheitliche Gesetzesanwendung in den Ländern sicherzustellen, an der es in Bezug auf die bisherige Regelung völlig fehlte.³⁸

Während die Ausbildungsduldung nach § 60c (neu) vor allem auf Fälle einer qualifizierten Berufsausbildung anwendbar ist und damit dem Bereich der Fachkräftegewinnung, in Buchstabe b um Engpassberufe im Bereich der Assistenz- und Helferberufe erweitert, zugeordnet werden kann bezieht sich die Beschäftigungsduldung des § 60d (neu) auch auf Beschäftigungen unterhalb des Fachkräfteniveaus.³⁹ Neben der geklärten Identität sind zentrale Voraussetzungen für die Erteilung eine zwölfmonatige Duldung, eine 18-monatige sozialversicherungspflichtige Beschäftigung (mindestens 35 h/Woche), eine 12-monatige Lebensunterhaltssicherung, hinreichende Deutschkenntnisse, keine gewichtigen Straftaten oder Gefahren (Nrn. 7 bis 10) sowie eine Teilnahme am Integrationskurs. Es fehlt

damit an jeglichen qualifikationsbezogenen Anforderungen an die Beschäftigung mit der Folge, dass es sich um eine allgemeine Bleiberechtsregelung handelt, die ihrerseits den Übergang in einen regulären Aufenthalt erleichtert. Wie sich an Absatz 3 zeigt, der eine Widerrufspflicht⁴⁰ bei Wegfall einer der Voraussetzungen des Absatzes 1 Nrn. 1 bis 10 vorschreibt, ist der Status unsicher. Zudem wird den zuständigen Behörden durch das weit gefasste Widerrufsrecht eine erhebliche Macht über das Schicksal der betroffenen Personen eingeräumt. Es bleibt abzuwarten, ob die Verwaltungsgerichte wegen der erheblichen Grundrechtsrelevanz nicht doch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung einfordern.

2. *Kritische Würdigung*

Die Neuregelung der Ausbildungsduldung und die Einführung der Beschäftigungsduldung können nur in der Zusammenschau mit der Einführung des neuen Duldungstatbestandes nach § 60b sowie dem um einen neuen Absatz 6 ergänzten § 25b⁴¹ angemessen gewürdigt werden. Dabei wird deutlich, dass der Gesetzgeber gleichzeitig den Übergang in einen regulären Aufenthalt anknüpfend an eine berufliche Ausbildung bzw. Beschäftigung erleichtert und für die von § 60b (neu)

erfassten Tatbestände erschwert hat. Was auf den ersten Blick widersprüchlich anmutet erweist sich bei genauer Betrachtung als Ergebnis einer klaren Wertentscheidung: Nur wer sich zu seiner Identität bekennt bzw. an der rechtssicheren Klärung mitwirkt, soll den privilegierten Zugang zu einem regulären Aufenthalt nutzen können. Soweit das nicht der Fall ist und damit die berechtigten Erwartungen an ein rechtstreues Verhalten enttäuscht werden, stellt der Gesetzgeber auch die Interessen der Wirtschaft an Fachkräften zurück. Man mag das aus dem Blickwinkel der Belange von Migranten und Betrieben kritisieren. Aus der übergeordneten Perspektive einer auf geklärten Identitäten basierenden Migrationssteuerung, der auch der 18.12.2018 in Marrakesch verabschiedete „Globale Pakt über sichere, geordnete und reguläre Migration“⁴² in seinem Ziel 4 (Rz. 20 ff.) eine große Bedeutung zuweist⁴³, ist eine solche Grenzziehung aber folgerichtig und legitim.

Kritisch zu beurteilen ist die Entscheidung des Gesetzgebers für den prekären Status der Duldung aus unionsrechtlicher Perspektive, weil damit kein regulärer Aufenthalt begründet wird und die unionsrechtliche Pflicht

zur Rückführung nicht regulär aufhältiger Personen⁴⁴ missachtet wird.⁴⁵

III. Das Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz

Dem integrationspolitischen Postulat, gesetzliche Sonderregelungen für Migranten auf ein Mindestmaß zu beschränken und ihre Bedarfe so weit wie möglich in die allgemeinen Förderinstrumente zu integrieren⁴⁶ folgen die Regelungen des Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetzes, durch das die bisherigen Sonderregelungen der §§ 131, 132 SGB III aufgehoben werden. Durch einen neuen § 39a wird eine frühzeitige Förderung von Ausländerinnen und Ausländern mit Aufenthaltsgestattung ermöglicht. Durch weitere Änderungen werden in weiteren Leistungsbereichen (u.a. §§ 40, 41, 45, 52, 56, 60, 75 SGB III) Personen mit einer Aufenthaltsgestattung in den Kreis der Leistungsberechtigten einbezogen.

¹ G. v. 15.8.2019, BGBl. I S. 1307 – in Kraft ab 1.3.2020. Gesetzesentwurf: BT-Drs. 19/8285. Dazu *Hammer/Klaus*, ZAR 2019, 137 ff.

² G. v. 8.7.2019, BGBl. I S. 1029 – in Kraft ab 1.8.2019. Gesetzesentwurf: BT-Drs. 19/10053.

³ G. v. 8.7.2019, BGBl. I S. 1021 – in Kraft ab 1.1.2020. Gesetzesentwurf: Dazu *Dietz*, NVwZ 2019, 1080 ff.

⁴ *Sachverständigenrat der deutschen Stiftungen für Integration und Migration*, Steuern, was zu steuern ist. Was können Einwanderungs- und Integrationsgesetze leisten?, Jahresgutachten 2018. Siehe auch *Kluth*, NVwZ 2018, 1437 f.

⁵ Bei der Reform 2005 sollte mit dem Begriff Zuwanderung noch das Konzept der zirkulären Migration sprachlich zum Ausdruck gebracht werden, während mit dem Begriff Einwanderung die Einladung zum dauerhaften Verbleib verbunden sein soll.

⁶ Dazu auch *Kolb*, ZAR 2019, 169 ff. In diesem Bereich wurden zuletzt deutliche Fortschritte bei den Anerkennungszahlen gemeldet. Demnach meldeten die zuständigen Stellen 29.202 neue Anträge auf Anerkennung einer im Ausland erworbenen Berufsqualifikation. Dies entspricht einem Anstieg von 16,8 Prozent im Vergleich zum Vorjahr. Damit sind die Antragszahlen auch im siebten Jahr des Gesetzes erneut gestiegen: im Bereich der reglementierten Berufe um ein Plus von 3.348 Anträgen (plus 17,4 Prozent) im Vergleich zum Vorjahr, im Bereich der nicht reglementierten Berufe um ein Plus von 870 Anträgen (plus 15,1 Prozent). Siehe zu Informationen über aktuelle Aktivitäten die Website des Bundesinstituts für Berufsbildung: <https://www.bibb.de/de/719.php> sowie <https://www.erkennung-in-deutschland.de/html/de/index.php>.

⁷ Das gilt für die gesetzlichen Regelungen zur Anerkennung von Berufsqualifikationen des Bundes und der Länder.

⁸ Dazu <https://www.validierungsverfahren.de/startseite/>.

⁹ U.a. <https://www.triple-winpflgekraefte.de>.

¹⁰ *Kluth*, Mittelstandsorientierte Weiterentwicklung des Einwanderungsrechts mit Blick auf das Handwerk, 2019; *ders.*, ZAR 2019, 125 ff.

¹¹ Der DIHK hatte z.B. in seiner Stellungnahme ein B1 Niveau als ausreichend erachtet und kritisiert, dass die Anforderungen bei der Ausbildungsplatzsuche (B2) höher sind als bei der Beschäftigung (B1).

¹² BT-Drs. 19/8285, S. 67.

¹³ Siehe dazu auch *Kluth*, ZAR 2019, 125 ff.

¹⁴ Was auch damit zusammenhängt, dass durch die Vorschriften die REST-Richtlinie (EU) 2016/801 umgesetzt wird. Dazu *von Diest*, ZAR 2017, 251 ff.

¹⁵ Dazu *Neundorf*, in: v. Harbou/Weizsäcker (Hrsg.), Einwanderungsrecht, 2018, S. 90 ff.; *Kolb*, ZAR 2019, 169 (171 f.).

¹⁶ Dazu Einzelheiten in BT-Drs. 19/8285, S. 90 f.

¹⁷ Zur Rechtslage in diesem Bereich *Kluth*, RdJB 2018, 222 ff.

¹⁸ Dazu Vorschläge bei *Kluth*, Mittelstandsorientierte Weiterentwicklung des

Einwanderungsrechts mit Blick auf das Handwerk, 2019, S. 96 ff.

¹⁹ Siehe etwa <https://www.triple-win-pflegekraefte.de>.

²⁰ Dazu und zu weiteren Modellen *Thym*, ZAR 2018, 297 ff., 361 ff.

²¹ *Sachverständigenrat der deutschen Stiftungen für Integration und Migration*, Steuern, was zu steuern ist. Was können Einwanderungs- und Integrationsgesetze leisten?, Jahresgutachten 2018, S. 55 ff. Zu ähnlichen Ansätzen bereits *Weizsäcker/Neundorf*, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Faire Fachkräftezuwanderung nach Deutschland*, 2017, S. 231 ff.

²² Siehe das Positionspapier des ZDH: https://www.zdh.de/fileadmin/user_upload/Positionspapier/Arbeitsmarkt_Tarifpolitik/Positionspapier_Einwanderungsgesetz-Internet.pdf.

²³ Wobei hier dahinstehen muss, ob damit in jedem Fall ein höheres Qualitätsniveau verbunden ist. Die EU-Kommission stellt dies seit Jahren immer wieder in Frage.

²⁴ BT-Drs. 19/8285, S. 102.

²⁵ Woran erneut die große Bedeutung des Anerkennungsverfahrens deutlich wird.

²⁶ So BT-Drs. 19/8285, S. 103.

²⁷ Siehe dazu bereits die beiden Studien: BMWi, *Wirkungsanalyse des rechtlichen Rahmens für ausländische Fachkräfte*, 2014. Die Studie ist abrufbar unter: <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Publikationen/Ausbildung-und-Beruf/wirkungsanalyse-des-rechtlichen-rahmens-auslaendische-fachkraefte.html>; Statistisches Bundesamt, *Einfacher Beschäftigten – Beschäftigung ausländischer Fachkräfte/Optimierung der Einreise zur Arbeitsaufnahme*, 2018.

²⁸ Dazu näher *Kluth*, ZAR 2018, 375 ff.

²⁹ BT-Drs. 19/8285, S. 113.

³⁰ So BT-Drs. 19/8285, S. 113.

³¹ Zu einer alternativen Gestaltungsoption siehe *Kluth*, *Mittelstandsorientierte Weiterentwicklung des Einwanderungsrechts mit Blick auf das Handwerk*, 2019, S. 36 ff.

³² Exemplarisch das Positionspapier des ZDH zum Einwanderungsgesetz vom Mai 2017: https://www.zdh.de/fileadmin/user_upload/Positionspapier/Arbeitsmarkt_Tarifpolitik/Positionspapier_Einwanderungsgesetz-Internet.pdf. Siehe auch *Kluth*, ZAR 2019, 125 (128).

³³ Hier weit verstanden als Übergang von der Duldung in einen regulären Aufenthalt. Die neuen Regelungen stellen insoweit einen Zwischenschritt zum eigentlichen Spurwechsel nach § 25b AufenthG dar. Die größte praktische Bedeutung kommt allerdings § 25 Abs. 5 AufenthG zu.

³⁴ In diese Richtung ging auch der Beschluss Nr. N 8 des 72. DJT 2018, wobei unter a) die Ausgestaltung als regulärer Aufenthaltstitel gefordert wurde. Die ebenfalls vorgeschlagene Beschränkung des Anwendungsbereichs durch eine Stichtagsregelung wurde abgelehnt.

³⁵ Dazu eingehend *Fleuß*, *VerwArch* 2018, 261 ff.

³⁶ Dazu Stellungnahme des DAV, Internet: https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-59-18-referentenentwurf-fachkraefteeinwanderungsgesetz?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2018/dav-sn_59-18_fachkraefteeinwanderungsgesetz.pdf, Stand: 27.1.2019, S. 7.

³⁷ Zur Verwendung dieser Orientierung *Thym*, ZAR 2018, 297 (299).

³⁸ Die Gesetzesbegründung stellt die Vereinfachung der Anwendung in den Vordergrund, mein damit aber auch die Einheitlichkeit der Anwendung: siehe BT-Drs. 19/8286, S. 11 ff. Es verwundert deshalb nicht, dass der Normtext einer Verwaltungsvorschrift ähnelt.

³⁹ Zu Einzelheiten *Rosenstein/Koehler*, ZAR 2019, 222 ff.

⁴⁰ Die Gesetzesbegründung formuliert zurückhaltend, dass „die Möglichkeit des Widerrufs“ eröffnet wird, BT-Drs. 19/8286, S. 11. Das ist entgegen *Rosenstein/Koehler*, ZAR 2019, 222 (227) nicht so zu verstehen, dass von einer Ermessensnorm ausgegangen wird.

⁴¹ Der neue Absatz 6 verkürzt für Geduldete nach §§ 60d (neu) den Zeitraum für den Übergang in einen regulären Aufenthalt auf 30 Monate, so dass bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen nach fünf Jahren der Übergang von der Duldung in den regulären Aufenthalt ermöglicht wird.

⁴² Abrufbar unter: <http://www.un.org/depts/german/migration/A.CON-F.231.3.pdf>.

⁴³ Zu den weiteren Aussagen des Migrationspakts zur Fachkräfteeinwanderung siehe *Kluth*, ZAR 2019, 125 ff.

⁴⁴ Dazu EuGH, Rs. C-61/11 PPU, Rn. 59 El Dridi – ECLI:EU:C:2011:268; EuGH, Rs. C-181/16, Rn. 48 Gnandi – ECLI:EU:C:2018:465. Dazu *Wittkopp*, ZAR 2018, 325 ff.; *Wittmann*, ZAR 2019, 45 ff.

⁴⁵ Darauf weist zutreffend *Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 3.6.2019, Ausschussdrucksache 19(4)287 E, S. 22 ff. hin. Dem Unionsrecht würde demnach entsprochen, wenn die Rückkehrpflicht mit der

Erteilung der Duldung nach §§ 60c, d (neu)
förmlich beendet wird.

⁴⁶ Dazu näher *Kluth*, in: ders./Giesen,
Migration und ihre Folgen – Wie kann das
Recht Zuwanderung und Integration in
Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung
steuern?, 2018, S. D 19 ff., 50 ff.
