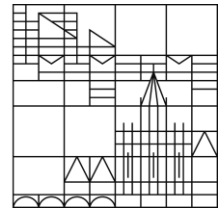


FZAA

Forschungszentrum
Ausländer- & Asylrecht

Universität
Konstanz



Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)482 C

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europa- und Völkerrecht

Kodirektor des Forschungszentrums
Ausländer- und Asylrecht (FZAA)

Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 23. April 2012 zum

Geszentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Hochqualifizierten- Richtlinie der Europäischen Union (BT-Drs. 17/8682 v. 15. 02. 2012)

nebst der Anträge von Abgeordneten der Fraktionen der SPD (BT-Drs. 17/9029 v. 20. 03. 2012), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 17/3862 v. 23. 11. 2010) sowie der CDU/CSU und FDP (Ausschuss-Drs. 17(4)471 v. 28. 03. 2012).

I. Vorbemerkung

Seit dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes im Jahr 2005 wurden die deutschen Regeln für die Wirtschaftsmigration mehrfach geändert. Gemeinsames Ziel dieser Änderungen ist die erleichterte Zulassung von (hoch-)qualifizierten Arbeitnehmern und Selbständigen. Eine Umsetzung des Regierungsentwurfs in der Fassung des Änderungsvorschlags der Koalitionsfraktionen würde den **Umbau des deutschen Arbeitsmigrationsrechts** für Hochqualifizierte erheblich voranbringen: vom tradierten Modell einer Arbeitsmarktöffnung für ausgewählte Berufsgruppen aufgrund einer individuellen Vorrangprüfung bliebe wenig übrig. Arbeitnehmer mit Hochschulabschluss besäßen einen nahezu unbeschränkten Arbeitsmarktzugang. Zugleich finden durch die Neufassung auch Elemente eines „Humankapitalmodells“ Einzug in das deutsche Aufenthaltsrecht.

1. Vereinfachung des Aufenthaltsrechts

Aufgrund der mehrfachen Gesetzesänderungen in den vergangenen Jahren besitzen die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 16 bis 21 AufenthG eine beachtliche Komplexität. Bei Umsetzung der Vorschläge der Regierungsmehrheit erfolgt eine **Verdoppelung der gesetzlich geregelten Zugangswege** von fünf (im Jahr 2005) auf zehn (im Jahr 2012). Ein Grund

hierfür sind EU-Vorgaben, weil speziell die Hochqualifizierten- und die Forscher-Richtlinie die Einführung spezieller Rechtsgrundlagen erfordern. Doch auch unabhängig vom EU-Recht hat die Komplexität ein kritisches Niveau erreicht.

Vor diesem Hintergrund kann nur begrüßt werden, wenn die Gesetzesvorlage in der Fassung des Änderungsvorschlags eine teilweise **Vereinfachung des Aufenthaltsrechts** bewirkt. Dies gilt für die Konzentration der gehaltsbasierten Zuwanderung auf die Blaue Karte (durch Streichung von Art. 19 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG), die ersatzlose Abschaffung der Regelvoraussetzung einer Investitionssumme von 250.000 € für Selbständige (§ 21 Abs. 1 AufenthG) und die erleichterten Einsatzmöglichkeiten von Forschern (§ 20 Abs. 6 S. 1 AufenthG). Zugleich garantiert die neu vorgeschlagene Zustimmungsfiktion nach § 14a BeschVerfV ein schnelles Entscheidungsverfahren in denjenigen Fällen, wo zukünftig eine Vorrang- und/oder Gleichwertigkeitsprüfung überhaupt noch stattfindet. Mittelfristig sollte dennoch eine weitere Vereinfachung der §§ 16-21 AufenthG überlegt werden.

2. Einführung von Elementen eines Humankapitalmodells

In der wissenschaftlichen Literatur zur Wirtschaftsmigration ist die Unterscheidung zwischen einem nachfrageorientierten und einem angebotsorientierten Modell verbreitet. Nachfrageorientierung meint hierbei die Verknüpfung der Arbeitsmarktzulassung mit den Interessen des Ziellandes, was aufenthaltsrechtlich zumeist durch das Erfordernis eines konkreten Arbeitsplatzangebots sowie einer Vorrangprüfung umgesetzt wird. Dagegen ermöglicht das angebotsorientierte „Humankapitalmodell“ speziell Hochqualifizierten die Zuwanderung auch ohne Jobangebot. Deutschland verfolgte im **Zuwanderungsgesetz noch das nachfrageorientierte Modell** nahezu in Reinform. Hiervon kann nach der Umsetzung des Regierungsentwurfs in der Fassung des Änderungsvorschlags nicht mehr die Rede sein. Durch die erweiterte Arbeitsmarktöffnung, die Einschränkung der Vorrangprüfung nebst Zustimmungsfiktion sowie die Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitssuche werden **Elemente des Humankapitalmodells eingeführt**.

Wenn in Zukunft gleichwohl weniger Hochqualifizierte einen Arbeitsplatz in Deutschland wählen als in den Vereinigten Staaten, Kanada oder Australien, liegt dies nicht nur an den rechtlichen Rahmenbedingungen. Rechtliche Zugangsmöglichkeiten sind eine notwendige, nicht jedoch eine hinreichende Bedingung für die Anwerbung Hochqualifizierter. Vielmehr kommt es darauf an, jenseits des Aufenthaltsrechts die ökonomischen, sozialpolitischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen für die Zuwanderung von Hochqualifizierten zu verbessern (statt vieler *Borjas*, Economic Research on the Determinants of Immigration, 1999). Zudem sollten der deutsche Staat und Wirtschaftsverbände **öffentlichkeitswirksam Werbung für die Zuwanderungsmöglichkeiten** betreiben. Selbst auf internationalen, wissenschaftlichen Konferenzen zeigt sich, dass viele Kollegen zu Unrecht davon ausgehen, Deutschland regle die Wirtschaftsmigration restriktiv.

II. Art. 1 Nr. 6, 8, 11a (§§ 16, 18b, 21 AufenthG: Absolventen deutscher Hochschulen)

Alle Stellungnahmen zur Wirtschaftsmigration betonen die empirische Bedeutung der Studentenmigration. Im Wintersemester 2010/11 waren an deutschen Hochschulen insgesamt 252.032 Studierende mit ausländischer Staatsangehörigkeit eingeschrieben, darunter 184.960 Bildungsausländer ohne deutsche Hochschulzugangsberechtigung (Migrationsbericht 2010, S. 58 ff.). Damit begründen Hochschulabsolventen für die zukünftige Wirtschaftsmigration ein **beträchtliches Potenzial, das heute bereits genutzt wird**. Von den ca. 20 Tausend Aufenthaltserlaubnissen zum Zweck der Wirtschaftsmigration, die derzeit pro Jahr neu vergeben werden, geht gut ein Viertel an Hochschulabsolventen (vgl. *Ette* u.a., Die Entwicklung der Zuwanderung hochqualifizierter Drittstaatsangehöriger nach Deutschland, ZAR 2012, 14/19). Nach einer Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Hochschulabsolventen wurden im Vereinigten Königreich allein im Jahr 2009 ca. 38 Tausend Aufenthaltserlaubnisse in einer Kategorie vergeben, die ungefähr dem § 16 Abs. 4 AufenthG entspricht (UK Border Agency, The Student Immigration System – A Consultation, 2011). Wer Wirtschaftsmigration befürwortet, kommt an einer Erhöhung der Bleibequote von inländischen Hochschulabsolventen nicht vorbei.

Im Vergleich zu anderen Zuwanderergruppen **bieten Hochschulabsolventen eine Reihe von Vorzügen**: Studierende deutscher Hochschulen entwickeln eine Bindung an die deutsche Gesellschaft, lernen die Sprache kennen und erwerben ein Qualifikationsprofil, das den Anforderungen des deutschen Arbeitsmarkts entspricht. Rechtsvergleichende Studien zeigen, dass die Studentenmigration auch in klassischen Einwanderungsländern wie den Vereinigten Staaten oder Kanada ein zentrales Zugangstor für Hochqualifizierte darstellt (vgl. *Dreher/Poutvaara*, Student Flows and Migration, 2005). Hinzu kommt, dass der deutsche Arbeitsmarkt speziell für Hochqualifizierte im Vergleich zu angelsächsischen Staaten wegen der hohen Steuer- und Abgabenquote, der komplizierten Landessprache sowie „weichen“ Faktoren wie offenen Gesellschaftsstrukturen eine geringe Attraktivität besitzt (siehe *Geis* u.a., Why Go to France or Germany, if You Could as Well Go to the UK or the US?, JCMSt. 49 (2011), 767). Insoweit eröffnet die Studentenmigration mit Bleibeperspektive für Deutschland eine Alternativlösung, die in Zukunft genutzt werden sollte – auch anstatt im globalen Wettstreit um Neuzuwanderer zu unterliegen.

Vor diesem Hintergrund überzeugt die Erleichterung der Wirtschaftsmigration für deutsche Hochschulabsolventen. Dies gilt für die erweiterte Erwerbstätigkeit neben dem Studium (Art. 1 Nr. 6 des Gesetzentwurfs; **§ 16 Abs. 3 AufenthG**), die verlängerte Suchphase nach dem Studium mit unbeschränkter Erwerbstätigkeit (ebd. sowie der Änderungsvorschlag; **§ 16 Abs. 4 AufenthG**), die Niederlassungserlaubnis nach zwei Jahren (Art. 1 Nr. 8 des Änderungsvorschlags; **§ 18b neu AufenthG**), die erleichterte Niederlassung Selbständiger (Art. 1 Nr. 11a in der Fassung des Änderungsvorschlags; **§ 21 Abs. 2a AufenthG**) sowie die Abschaffung der Gleichwertigkeitsprüfung (Art. 5 Abs. 3 Nr. 3 des Gesetzentwurfs; **§ 3b neu BeschV**). Wenn diese Erleichterungen eingeführt werden, sind die *rechtlichen* Rahmenbedingungen für die Nutzung des inländischen Potenzials gegeben. Es kommt dann darauf an,

diese Zugangsmöglichkeiten öffentlichkeitswirksam zu bewerben und die ökonomischen und gesellschaftlichen Voraussetzungen zu schaffen.

Das **Kriterium der „Angemessenheit“** (§ 16 Abs. 4 AufenthG) besitzt als unbestimmter Rechtsbegriff eine hinreichende Flexibilität, sodass kein direkter gesetzlicher Änderungsbedarf besteht. Wenn in der Praxis gleichwohl Probleme auftreten sollten, kann diesen ggfls. durch eine Veränderung der Weisungslage begegnet werden. Meines Erachtens ist jedoch zu erwarten, dass durch die Verlängerung der Suchphase auf 18 Monate mit unbeschränkter Erwerbstätigkeit den Behördenmitarbeitern verdeutlicht wird, dass der Gesetzgeber die „Angemessenheit“ in Zukunft eher großzügig handhaben möchte. Die vorgeschlagenen Änderungen dürften daher ausreichen.

Ohnehin ist zu beachten, dass die Diskussion um inländische Hochschulabsolventen nicht ausblenden sollte, dass der Studierendenmigration ein **begrenzt Missbrauchspotenzial** innewohnt. Dies gilt zum einen für die Beschäftigung neben dem Studium, weil eine Erwerbstätigkeit von zukünftig 120 Tagen pro Jahr bereits den Umfang einer regulären Halbtagsbeschäftigung aufweist. Hinzu tritt, dass nicht jeder Hochschulzugangsberechtigte, der mit einer mittelprächtigen Leistung einen Bachelor-Abschluss erwirbt, sich erfolgreich in den Arbeitsmarkt integrieren wird. Dies bestätigt ein Blick in das Vereinigte Königreich, wo die erweiterten Beschäftigungsmöglichkeiten *vor und nach* dem Studium teils dazu führten, dass Studentenvisa in der Praxis als Erwerbsvisa genutzt wurden (vgl. House of Commons Home Affairs Committee, Bogus colleges, 11th report of Session 2008-09). Dies ist kein Argument gegen die vorgeschlagenen Neuerungen, sondern besagt nur, dass **verbleibende Einschränkungen durchaus sinnvolle Grenzen der Studentenmigration** darstellen, wenn man davon ausgeht, dass die Regelung der Wirtschaftsmigration „sich an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt (orientiert)“ (§ 18 Abs. 1 AufenthG).

Wenn in der Zukunft eine weitere Erleichterung für Studierende gewünscht sein sollte, empfiehlt es sich, aus den genannten Gründen die Anforderungen der §§ 16 Abs. 3 f. AufenthG nicht weiter herabzusetzen. Stattdessen könnte erwogen werden, die Regelung des **§ 16 Abs. 4 AufenthG teilweise auf Drittstaater mit EU- bzw. OECD-Hochschulabschluss** auszuweiten (etwa hinsichtlich bestimmter Studienabschlüsse etwa aus dem MINT-Bereich). Hiernach würde z.B. einem argentinischem Staatsangehörigen, der an einer spanischen Hochschule ein Ingenieurstudium absolvierte und als Nicht-EU-Bürger nicht von der Arbeitnehmerfreizügigkeit profitiert, die Möglichkeit gegeben, während eines befristeten Zeitraums in Deutschland nach Maßgabe des § 16 Abs. 4 AufenthG nach einer angemessenen Beschäftigung zu suchen. Der Unterschied zur neuen Aufenthaltserlaubnis für die Arbeitsplatzsuche nach § 18c – neu - AufenthG bestünde darin, dass der Aufenthalt nach § 16 Abs. 4 AufenthG zur Erwerbstätigkeit während der Suchphase ermächtigt.

III. Art. 1 Nr. 8 (§ 18c AufenthG: Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche)

In Übereinstimmung mit den Forderungen des Bundesrats schlagen die Koalitionsfraktionen die Einführung einer Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche für Hochschulabsolventen vor. Diese soll für einen 6-Monats-Zeitraum gelten und setzt eine Sicherung des Lebensunterhalts voraus (eine Erwerbstätigkeit ist ausgeschlossen). Die konzeptionelle Bedeutung dieser Änderung sollte nicht unterschätzt werden, weil mit § 18c AufenthG ein zentrales **Element eines angebotsorientierten „Humankapitalmodells“** Einzug in das deutsche Aufenthaltsrecht nimmt. Speziell für Absolventen ausländischer Hochschulen besitzt diese Möglichkeit eine große Attraktivität, weil sie auf diesem Wege ganz offiziell Kontakt zu deutschen Arbeitgebern aufnehmen können (bisher konnte der Kontakt nur telefonisch oder über das Internet erfolgen bzw. unter Missachtung der rechtlichen Zielsetzung im Rahmen eines Touristenaufenthalts mit einem Schengen-Visum).

Für die Zielsetzung einer persönlichen Kontaktaufnahme erscheint die **Befristung auf sechs Monate angemessen**, zumal die meisten Schulabsolventen kaum die finanziellen Mittel besitzen dürften, um sich für einen längeren Zeitraum ohne Erwerbstätigkeit zu finanzieren. Wenn man auch im Rahmen des § 18c AufenthG die Erwerbstätigkeit in Anlehnung an den aktuellen oder künftigen § 16 Abs. 3 f. AufenthG gestatten wollte, wäre der Arbeitsmarkt de facto geöffnet. Einen solchen Schritt sollte man wegen der unklaren Auswirkungen auf den inländischen Arbeitsmarkt allenfalls für vereinzelte Absolventengruppen erwägen (etwa für die vielgerühmten MINT-Berufe mit EU- bzw. OECD-Hochschulabschluss). Jedenfalls sollten die rechtspraktischen Auswirkungen der neuen Aufenthaltserlaubnis sorgsam evaluiert werden, um bei einer evtl. **Verlängerung oder Modifikation des § 18c AufenthG** in vier Jahren die Vorzüge und Nachteile genau zu kennen.

Soweit sich herausstellt, dass die Option des § 18c AufenthG nur von wenigen ausländischen Schulabsolventen genutzt wird und/oder nur wenige während des Aufenthalts einen angemessenen Arbeitsplatz in Deutschland finden, könnte man die **Einführung begleitender Programme nach dem Modell der Canadian Experience Class** erwägen (siehe <http://www.cic.gc.ca/english/immigrate/cec/index.asp>). Diese wurde eingeführt, nachdem Kanada feststellte, dass sein angebotsorientiertes Punktesystem zu unbefriedigenden Ergebnissen führte, weil kanadische Arbeitgeber ausländische Qualifikationen als unzureichend einstufen und – so eine verbreitete Anekdote – vermeintliche Ärzte als Taxifahrer arbeiteten (etwa ein Viertel der zugelassenen Hochschulabsolventen arbeitete auch einige Jahre nach der Zulassung noch unter dem Qualifikationsprofil; vgl. *Hawthorne*, Labour Market Outcomes for Migrant Professionals (2006), S. 4 f.). Derartige Unterstützungsprogramme für Hochschulabsolventen mit einem bestimmten Qualifikationsprofil könnten während des 6-Monats-Zeitraums nach § 18a AufenthG angeboten und aus einer Kombination von Sprach- und Orientierungskursen, Unternehmensbesichtigungen oder Kurzpraktika sowie Jobbörsen bestehen. Sie würden von Unternehmen bzw. Unternehmensverbänden, evtl. gemeinsam mit dem BAMF, angeboten.

IV. Art. 1 Nr. 10, Art. 5 Abs. 3 Nr. 3, 8 (§ 19a AufenthG: Hochqualifizierten-Richtlinie)

Der Regierungsentwurf optiert für eine „migrantenfreundliche“ Richtlinienumsetzung, indem **verschiedene Umsetzungsspielräume großzügig gehandhabt** werden. Dies gilt speziell für den Verzicht auf die Vorrangprüfung für die meisten Inhaber einer Blauen Karte (Art. 5 Abs. 3 Nr. 3 des Gesetzentwurfs; § 3a BeschV; Art. 8 Abs. 2 RL 2009/50/EG), die Gehaltsschwellen nur knapp oberhalb der EU-Mindestvorgabe (Art. 5 Abs. 3 Nr. 8 in der Fassung des Änderungsvorschlags; § 41a BeschV; Art. 3 Abs. 5 RL 2009/50/EG) sowie für den unbegrenzten Arbeitsmarktzugang von Familienangehörigen (Art. 1 Nr. 13 sowie Art. 5 Abs. 4 Nr. 3 des Gesetzentwurfs; § 29 AufenthG i.V.m. 3 BeschVerfV; Art. 15 RL 2009/50/EG).

Im Übrigen besitzt der Bundesgesetzgeber wegen der Rechtsverbindlichkeit der Hochqualifizierten-RL 2009/50/EG keine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des „Ob“ der Einführung der Blauen Karte EU. Speziell die Notwendigkeit eines Arbeitsplatzangebotes als zentraler Unterschied zwischen einem nachfrage- und einem angebotsorientierten Zulassungsmodell ist dem Bundesgesetzgeber in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie zwingend vorgegeben. Demgemäß ist ein Punktesystem kein Ersatz für die Richtlinienumsetzung; ein **Punktesystem könnte allenfalls als zusätzlicher Zugangstor** zum deutschen Arbeitsmarkt eingeführt werden (vgl. Art. 3 Abs. 4 RL 2009/50/EG).

1. Gehaltsschwelle

Durchaus typisch für die EU-Gesetzgebung wird für die Gehaltsschwelle eine abstrakte Mindestvorgabe normiert. Eine Blaue Karte EU darf nur erteilt werden, wenn der Arbeitnehmer ein Bruttojahresgehalt erzielt, dass *mindestens* das 1,5-fache (bzw. 1,2-fache für Mangelberufe) des durchschnittlichen Bruttojahresgehalts in dem betreffenden Mitgliedstaat darstellt (Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 RL 2009/50/EG). Die entsprechenden Gehaltsschwellen sind unter Rückgriff auf Daten von Eurostat sowie ggfls. einzelstaatlichen Daten zu ermitteln (Art. 20 Abs. 3 RL 2009/50/EG). Hiernach gilt: Solange die Mitgliedstaaten im Ergebnis die Mindestgehaltsschwellen der Richtlinie einhalten, unterliegen sie keinen **europarechtlichen Vorgaben zur Festlegung der nationalen Gehaltsschwellen** (vgl. zur Richtlinienumsetzung allgemein Art. 288 UAbs. 3 AEUV).

Aus den genannten Gründen begegnet die deutsche **Berechnungsmethode des § 41a BeschV** unter Rückgriff auf die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung keinen europarechtlichen Bedenken (vgl. Art. 5 Abs. 3 Nr. 8 des Gesetzgebungsvorschlags; § 41a BeschV; hieraus ergeben sich derzeit Schwellenwerte von 44 Tausend bzw. 34,32 Tausend Euro). Das gleiche gilt für die jährliche Veröffentlichung im Bundesanzeiger (ebd. in der Fassung des Änderungsvorschlags), weil durch diese Veröffentlichung die von der Richtlinie geforderte Transparenz garantiert wird (vgl. Art. 5 Abs. 3 RL 2009/50/EG). Da die Höhe der Gehaltsschwelle sich aus den Festlegungen in § 41a BeschV mathematisch zwingend ergibt, bestehen auch an der Rechtsverbindlichkeit der Festlegung

keine Zweifel, weil die Beschäftigungsverordnung (anders als die Veröffentlichung im Bundesanzeiger) Rechtssatzcharakter besitzt.

Freilich muss **jedes Jahr geprüft** werden, ob die unter Rückgriff auf die Beitragsbemessungsgrenze für die allgemeine Rentenversicherung ermittelten Gehaltsschwellen im Ergebnis mit der Richtlinie übereinstimmen, weil sie mindestens das 1,5- bzw. 1,2-fache des durchschnittlichen Bruttojahresgehalts erreichen (genaue Vorgaben zur Berechnungsmethode [Berufsgruppen?] sind Art. 20 Abs. 3 RL 2009/50/EG nicht zu entnehmen). Wenn beide Werte auseinanderfallen (weil das durchschnittliche Bruttojahresgehalt stärker steigt als die Beitragsbemessungsgrenze), muss § 41a BeschV geändert werden. Wichtig ist nur, dass am Ende keine zu niedrige Schwelle angesetzt wird.

2. Aufenthaltsverfestigung

Der Gesetzesentwurf geht von einer abgestuften Aufenthaltsverfestigung aus. Bei der erstmaligen Erteilung einer Blauen Karte EU wird diese auf höchstens vier Jahre befristet erteilt (Art. 1 Nr. 10 des Gesetzesentwurfs; § 19a Abs. 3 AufenthG). Dies bedeutet aber nicht, dass der Inhaber einer Blauen Karte EU nach vier Jahren ausreisen müsste. Vielmehr entspricht es der Regulationsstruktur des Aufenthaltsgesetzes, dass im Anschluss eine Verlängerung erfolgt, die sich nach denselben Kriterien richtet wie die erstmalige Erteilung (vgl. Art. 8 Abs. 1 AufenthG). Im Konfliktfall kann der Inhaber einer Blauen Karte EU die Verlängerung vor den Verwaltungsgerichten einklagen, zumal § 19a Abs. 1 AufenthG einen **subjektiven Rechtsanspruch auf Erteilung/Verlängerung** der Blauen Karte EU vorsieht („wird ... erteilt“), d.h. die Ausländerbehörden besitzen kein Ermessen. Hiernach besitzt der Inhaber einer Blauen Karte die notwendige Rechtssicherheit.

Diese abgestufte Aufenthaltsverfestigung **entspricht den Vorgaben des EU-Rechts**, das gleichfalls eine befristete Erteilung von zuerst ein bis vier Jahren vorsieht, die später verlängert werden kann (Art. 7 Abs. 2 RL 2009/50/EG). Erst in einem zweiten bzw. dritten Schritt nach der Erteilung und Verlängerung erlangt der Inhaber einer Blauen Karte **nach fünf Jahren einen unbefristeten Aufenthaltstitel aufgrund der Daueraufenthalts-Richtlinie 2003/109/EG** (vgl. Art. 16 RL 2009/50/EG). Diese Vorgabe kraft EU-Rechts ist zwingend, d.h. die Mitgliedstaaten sind nicht befugt, dem Inhaber einer Blauen Karte EU eine Daueraufenthaltserteilung vor Ablauf der Fünfjahresfrist zu gewähren. Eine derartige abgestufte Aufenthaltsverfestigung durchzieht das EU-Primär- und Sekundärrecht ebenso wie das deutsche Aufenthaltsrecht als roter Faden und ist ein wichtiges Steuerungsinstrument für die staatliche Regelung des Gebiets- und Arbeitsmarktzugangs (allgemein hierzu *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 18-24).

Wenn der Bundesgesetzgeber dem Inhaber einer Blauen Karte bereits **nach 33 Monaten** (bzw. nach 21 Monaten beim Nachweis deutscher Sprachkenntnisse der Stufe B1) **eine Niederlassungserlaubnis** nach § 9 AufenthG (nicht jedoch eine Daueraufenthaltserteilung nach §§ 9a f. AufenthG) erteilen möchte (Art. 1 Nr. 10 in der Fassung des Änderungs-

vorschlags; § 19a Abs. 6 AufenthG), unterstreicht dies den politischen Wunsch nach der privilegierten Behandlung von Hochqualifizierten. **Europarechtlich dürfte diese privilegierte Aufenthaltsverfestigung kraft nationalen Rechts entgegen dem Konzept der Hochqualifizierten-Richtlinie**, die einen unbefristeten Aufenthalt erst nach fünf Jahren vorsieht (siehe oben), **gerade noch zulässig sein** (auch wenn man argumentieren könnte, dass Deutschland insoweit die praktische Wirksamkeit des unionsrechtlichen Aufenthaltskonzepts untergräbt, weil es Inhaber einer Blauen Karte zur Beantragung einer nationalen Niederlassungserlaubnis ermuntert und damit die Daueraufenthaltserlaubnis-EG entwertet, was der EuGH mit Blick auf das Nebeneinander von Asyl- und Flüchtlingsschutz im Ur. v. 9. 11. 2010, [Rs. C-57/09 & 101/09 \(B.\)](#), Rn. 113-120 bezweifelte).

3. Unmittelbare Erteilung einer Niederlassungserlaubnis?

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt zugleich, dass die *unmittelbare* Erteilung eines unbefristeten Aufenthaltstitels an die Inhaber einer Blauen Karte EU nicht europarechtskonform wäre, weil jedenfalls für die erstmalige Erteilung der EU-Gesetzgeber eine Standard-Gültigkeitsdauer zwischen ein und vier Jahren zwingend vorschreibt (vgl. erneut Art. 7 Abs. 2 RL 2009/50/EG). Dass der Bundesgesetzgeber bei **§ 19 AufenthG mit der direkten Erteilung einer Niederlassungserlaubnis eine andere Regelung vorsieht**, ist seine freie Entscheidung. Freilich bewirkt der Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen die Streichung der sofortigen Erteilung einer Niederlassungserlaubnis aufgrund einer Gehaltsschwelle nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG, weil zukünftig nur eine Gehaltsschwelle für die Blaue Karte bestehen soll (Art. 1 Nr. 9 in der Fassung des Änderungsvorschlags).

Die **Begründung für die Streichung überzeugt**: da zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie die Einführung einer separaten Gehaltsschwelle ohne direkten Zugang zur Niederlassungserlaubnis zwingend war (vgl. erneut Art. 5 Abs. 3, 5 RL 2009/50/EG), hätte die Beibehaltung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG das Nebeneinander von zwei Gehaltsschwellen bedeutet, unter Umständen sogar mit unterschiedlicher Höhe (so noch der Regierungsentwurf). Ein solches Nebeneinander zweier Gehaltsschwellen für vergleichbare Berufsgruppen wäre dem Verständnis des ohnehin bereits komplexen deutschen Aufenthaltsrechts abträglich gewesen (vgl. hierzu bereits Abschnitt I.1). Von daher kann der Beitrag zur Vereinfachung nur begrüßt werden. Hinzu kommt, dass die Streichung des unmittelbaren Zugangs zur Niederlassungserlaubnis nach Maßgabe des § 19 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG **aus Sicht der Betroffenen keine nennenswerte Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen** darstellt. Dies belegen die nachfolgenden Erwägungen:

- In der Sache erfolgt eine durchaus erhebliche **Absenkung der Gehaltsschwelle**, weil in Zukunft nur noch zwei Drittel bzw. 52 % der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung erforderlich sind (anstelle von bisher 100 %).
- Im Regierungsentwurf war ein **Erlöschen** einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG beim **Bezug von Sozialleistungen** vorgesehen (Art. 1 Nr. 20 des Gesetz-

entwurfs; § 51 Abs. 1a AufenthG), was der Systematik des AufenthG nicht entsprochen und zu Rechtsstreitigkeiten geführt hätte. Der Verzicht auf diese Vorschrift kann nur begrüßt werden. Das Modell einer gestuften Verfestigung überzeugt (eine Blaue Karte EU wird nach Art. 9 Abs. 3 Buchst. b, d RL 2009/50/EG sowie § 8 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG von den Mitgliedstaaten nicht verlängert, wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist bzw. Sozialhilfeleistungen beantragt werden).

- Die Erfahrung der vergangenen Jahre lehrt, dass die sofortige Erteilung einer Niederlassungserlaubnis für die betroffenen Hochqualifizierten **kein entscheidender Faktor bei der Entscheidung für/wider Deutschland** darstellt. Dies zeigt bereits die geringe Anzahl an Niederlassungserlaubnissen nach § 19 AufenthG (ca. 150-200 pro Jahr im Vergleich zu 25-30.000 Aufenthaltserlaubnissen nach § 18 AufenthG, vgl. ebd. S. 77 f., 98). Offenbar reicht die im Streitfall gerichtlich einklagbare Verlängerungsoption aus.

- Viel wichtiger ist den meisten Hochqualifizierten der **Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige** (vgl. die Studie von Heß, Zuwanderung von Hochqualifizierten aus Drittstaaten nach Deutschland, Working Paper 28 der Forschungsgruppe des BAMF, 2009). Eben diese Möglichkeit sieht der Gesetzesentwurf vor (siehe oben).

- Speziell bei einer Gehaltsschwelle, die für bestimmte Mangelberufe nur knapp über dem Durchschnittseinkommen liegt, muss zudem bedacht werden, dass die abgestufte Aufenthaltsverfestigung der Migrationsverwaltung die **Möglichkeit gibt, auf Fehlentwicklungen im Einzelfall zu reagieren**, wenn etwa nach zwei Jahren keine Beschäftigung auf (hoch-) qualifiziertem Niveau mehr vorliegt und/oder die sprachliche Integration scheitert. Dies wird nicht häufig der Fall sein, nach der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis sind die Reaktionsmöglichkeiten jedoch sehr beschränkt.

- Hinzu kommt, dass die schrittweise Aufenthaltsverfestigung **im internationalen Vergleich keine Besonderheit** darstellt. Speziell in den **Vereinigten Staaten** (die entgegen einem verbreiteten Vorurteil *kein* Punktesystem besitzen) erlangen Hochqualifizierte einen Arbeitsmarktzugang in der Regel über eine befristetes H-1B-Visum, das von einem Arbeitsplatzangebot abhängt und erst später in eine unbefristete Greencard überführt wird. Das gleiche gilt für **Kanada**, wo aufgrund von Negativerfahrungen eine unbefristete Arbeitserlaubnis heute nur noch für ausgewählte Mangelberufe erteilt wird (leicht zugänglich <http://www.cic.gc.ca/english/immigrate/skilled/apply-who.asp>).

- **Auch in Zukunft besteht die Möglichkeit, außerhalb der Green Card direkt eine Niederlassungserlaubnis zu erlangen.** Bei § 19 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG handelte es sich um ein Regelbeispiel, dessen Streichung die Ausländerbehörden nicht hindert, im Einzelfall auch andere Personen als die in Absatz 2 speziell Genannten unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 AufenthG zu subsumieren. Grundsätzlich kann ein hohes Gehalt auch in Zukunft als Indiz für eine Hochqualifikation nach § 19 Abs. 1 AufenthG gewertet werden.

V. Alternative: Punktesystem?

Zum Gegenstand der Anhörung gehört die Forderung der Fraktion der SPD (BT-Drs. 17/9029 v. 20. 03. 2012), sowie der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 17/3862 v. 23. 11. 2010) zur Einführung eines Punktesystems, das sich an die Regelung des § 20 in der vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärten Erstfassung des Aufenthaltsgesetzes orientieren könnte (vgl. BGBl. 2002 I 1946). Ein Punktemodell, das Zuwanderer aufgrund abstrakter Kriterien auswählt, basiert auf der Annahme, dass die ausgewählten Kandidaten aufgrund ihrer Eigenschaften auch ohne konkretes Arbeitsplatzangebot einen Gewinn für die Volkswirtschaft darstellen. Ein **Punktesystem in Reinform verwirklicht ein angebotsorientiertes „Humankapitalmodell“** (siehe *Hailbronner/Koslowski, Models for Immigration Management Schemes*, 2008).

Die Attraktivität des Punktesystems in der rechtspolitischen Diskussion erklärt sich aus der **intuitiven Transparenz und Einfachheit** einer Regelung, die komplexe Paragraphen durch mathematische Punkteformeln ersetzt. Zudem wird ein Punktesystem von den meisten Befürwortern als **Symbol für eine großzügige Regelung** der Wirtschaftsmigration betrachtet, während das geltende Recht als restriktiv eingestuft wird. Speziell der zweite Aspekt überzeugt nach der Umsetzung des Regierungsentwurfs in der Fassung des Änderungsvorschlags nicht mehr: mit der Senkung der Gehaltsschwelle für eine Blaue Karte bis an die Grenzen der EU-Vorgaben, der Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für inländische Hochschulabsolventen sowie der Einführung einer Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitssuche **kennzeichnet das künftige Aufenthaltsgesetz ein flexibler Arbeitsmarktzugang**. Durch die Zurückdrängung der Vorrangprüfung und die Einführung einer Zustimmungsfiktion wird zudem das Verfahren bürokratisch entlastet. Kurzum: mit der Annahme des aktuellen Gesetzesvorhabens werden Elemente eines angebotsorientierten Humankapitalmodells in das deutsche Aufenthaltsrecht integriert (siehe bereits Abschnitt I.2).

Ob ein Punktemodell großzügiger wäre und/oder als Signalwirkung mehr Hochqualifizierte zur Übersiedlung nach Deutschland anregte, hinge ganz wesentlich von der Umsetzung ab. **Aufgrund der Erfahrungen anderer Länder muss vor überzogenen Erwartungen gewarnt werden** (hierzu bereits *Thym, Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, S. 184-192). In der gebotenen Kürze sei auf folgende Aspekte hingewiesen:

- Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass aufgrund der EU-Vorgaben ein deutsches Punktesystem **nur zusätzlich zur Blauen Karte EU** sowie der Forscher-Migration nach § 20 AufenthG eingeführt werden könnte (siehe Abschnitt IV). Das Punktesystem wäre daher nicht das einzige Regelungssystem; das Recht der Wirtschaftsmigration besäße weiterhin eine beachtliche Komplexität.
- Der **zentrale Vorteil eines Punktesystems ist die Symbolwirkung**, weil potentiellen Zuwanderern intuitiv die Möglichkeit einer Arbeitsplatzsuche in Deutschland vermittelt wird, ohne dass sie sich sofort mit komplexen Gesetzeskategorien beschäftigen müssen (derselbe Effekt wird freilich erreicht, wenn es gelingt, öffentlichkeitswirksam für die erweiterten Zugangsmöglichkeiten zu werben).

- Trotz der äußeren Transparenz wäre ein Punktesystem in der Durchführung **nicht notwendig unbürokratischer**. Das liegt daran, dass auch die Punktevergabe eine Subsumtion unter gesetzliche Tatbestandsmerkmale verlangt, die von Konsulat- bzw. Ausländerbehörden durchzuführen wäre. So berichtet das britische House of Lords von den Schwierigkeiten bei der komplexen Berechnung früherer Einkommen nach länderbezogenen Kaufkraftschlüsseln (vgl. House of Lords Economic Affairs Committee: The Economic Impact of Immigration, 1st Report of Session 2007/08).

- Ein näherer Blick in die Ausgestaltung der Punktesysteme in Australien, Großbritannien und Kanada zeigt, dass sich dort genau dieselben Fragen stellen, die innerdeutsch in Bezug auf §§ 16-21 AufenthG diskutiert werden. Bei der Entscheidung, für welche Qualifikation/Gehaltsschwelle/Sprachkenntnisse es wie viele Punkte gibt, sind genau dieselben Entscheidungen zu treffen wie bei der aktuellen Diskussion. Hiernach **verlagerte sich die Debatte von der Redaktion der §§ 16-21 AufenthG auf die Ausgestaltung des Punktesystems**; die dahinter stehenden Fragen während jedoch dieselben.

- Australien und Kanada machten in den vergangenen Jahren die Erfahrung, dass ein angebotsorientiertes Humankapitalmodell in Reinform **vielfache Steuerungsfehleistungen** erbringt (zur Beschäftigung unter Qualifikationsniveau bereits Abschnitt III sowie O'Shea, Missing the Points, Transatlantic Academy Paper Series, April 2009). Aus diesem Grund **übernahmen Australien und Kanada zuletzt Elemente des nachfrageorientierten Modells**, indem ein Arbeitsplatzangebot gefordert, nach dem Modell der BeschV die Arbeitsmarktzulassung für bestimmte Mangelberufe erleichtert oder eine gestufte Aufenthaltsverfestigung vorgesehen wird. In der Praxis besteht hiernach kein kategorialer Unterschied zwischen der künftigen deutschen und der aktuellen kanadischen oder australischen Gesetzeslage. Die Systeme treffen sich in der Mitte.

- Der Vorschlag eines Punktesystems in der Erstfassung des Zuwanderungsgesetzes setzte auf **staatlichen und wissenschaftlichen Sachverstand** bei der Festsetzung einer jährlichen Zuwanderungsquote und der Punktevergabe (vgl. BGBl. 2002 I 1946). Dies sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass staatliche Behörden und auch die Wissenschaft richtige Rahmenbedingungen für die Wirtschaftsmigration nur begrenzt prognostizieren können. Man sollte keine zu hohen Erwartungen an die staatliche Lenkung der Wirtschaftsmigration haben und stattdessen auch hier auf den **Ableich von Angebot und Nachfrage innerhalb der gesetzlichen Vorgaben** vertrauen. Eine Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche sowie der erweiterte Arbeitsmarktzugang für inländische Hochschulabsolventen sind daher genau die richtigen Instrumente.

- Zu guter Letzt sei daran erinnert, dass das Recht eine notwendige, nicht jedoch eine hinreichende Bedingung für die künftige Zuwanderung von Hochqualifizierten darstellt. Neben den gesetzlichen müssen die weiteren **ökonomischen, sozialpolitischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen** stimmen (hierzu bereits Abschnitt I.2). Diese kann ein Punktemodell für sich genommen nicht verändern.