



# Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Migrationsrecht

**zum**

## **Referentenentwurf eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes (Stand: 26.11.2018, 10:17 Uhr)**

Stellungnahme Nr.: 59/2018

Berlin, im Dezember 2018

### **Mitglieder des Ausschusses**

- Rechtsanwältin Gisela Seidler, München (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/Main (stellvertretender Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Maria Kalin, Passau
- Rechtsanwalt Tim W. Kliebe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln
- Rechtsanwalt Berthold Münch, Heidelberg
- Rechtsanwalt Thomas Oberhäuser, Ulm
- Rechtsanwältin Eva Reichert, Köln
- Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin
- Rechtsanwältin Eva Steffen, Köln

### **Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

## **Verteiler**

---

- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Inneres der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Arbeit und Soziales der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Menschenrechte und humanitäre Hilfe der im Bundestag vertretenen Parteien
- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Diakonisches Werk der EKD
- Deutscher Caritasverband
- Deutsches Rotes Kreuz
- AWO Bundesverband e.V.
- Flüchtlingsrat Berlin
- Jesuitenflüchtlingsdienst Deutschland
- Deutsches Institut für Menschenrechte
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Der Paritätische
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZdH)
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Vorstand des DAV
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse

- Landesverbände des DAV
- Ausschuss Migrationsrecht
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Migrationsrecht
- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 64.500 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

## **I. Vorbemerkung**

Der Deutsche Anwaltverein äußert sich wegen der kurzen Stellungnahmefrist in seiner Stellungnahme nur zu einigen ausgewählten Vorschriften. Eine umfassende Stellungnahme war den Mitgliedern des Gesetzgebungsausschusses Migrationsrecht des Deutschen Anwaltvereins, die alle ehrenamtlich tätig sind, nicht möglich.

## **II. Zusammenfassung**

Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz wurde geschaffen, um bestehende Regelungen zur Einwanderung zu vereinfachen und gleichzeitig zu verbessern.

In dieser Hinsicht ist positiv festzuhalten, dass der jetzige Gesetzentwurf gesetzessystematische Vereinfachungen vorsieht. Ebenso ist erfreulich, dass bei einer Aufenthaltserlaubnis zukünftig vom Grundsatz her eine Beschäftigung erlaubt sein soll.

Allerdings zeigt sich, dass der Gesetzgeber bestehende Vorschriften verschärft und den Zugang in den Arbeitsmarkt weiter erschwert. Dies gilt insbesondere für Menschen mit einem „schwachen“ Aufenthaltsstatus, insbesondere der Duldung. Hierbei verdeutlicht der Ausbau der Versagungstatbestände zur Erteilung einer Ausbildungsduldung, dass der „Spurwechsel“ für Menschen mit Duldung in Zukunft wieder schwieriger werden wird.

Die neu eingeführte Beschäftigungsduldung ist im Grundsatz zu begrüßen. Allerdings ist wegen der hohen gesetzlichen Hürden nicht damit zu rechnen, dass hierdurch ein praxistauglicher Weg in den Arbeitsmarkt geschaffen wird.

Vor diesem Hintergrund nimmt der Deutsche Anwaltverein durch den Ausschuss Migrationsrecht wie folgt Stellung:

### **III. Neue Systematik des Arbeitsmarktzugangs von Aufenthaltserlaubnis-Inhabern**

§ 4a Abs. 1 S. 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) n.F. ist die neue zentrale Vorschrift für den Arbeitsmarktzugang. Durch die neu eingebrachte Formulierung „*Ausländer, die einen Aufenthaltstitel besitzen, dürfen eine Erwerbstätigkeit ausüben (...)*“ findet eine Abkehr vom bisher gültigen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt statt. Nun ist nach Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Ausübung einer Tätigkeit grundsätzlich erlaubt, kann jedoch verboten oder eingeschränkt werden (Verbotsvorbehalt).

Hieraus folgt, dass bei allen Formen derjenigen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz, bei denen laut Aufenthaltsgesetz keine Einschränkung zum Arbeitsmarktzugang vorhanden ist (z.B. bei § 25 Abs. 3 oder 5), dieser nach § 4a Abs. 1 S. 1 AufenthG n.F. automatisch besteht. Bei Aufenthaltstiteln mit einem Verbot sowie einem Erlaubnisvorbehalt, wie z.B. in § 25 Abs. 4 AufenthG, kann gemäß § 4a Abs. 1 AufenthG n.F. die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Ermessenswege erlaubt werden.

Hinsichtlich des Ermessensspielraums der neuen Vorschrift dürften sich zum jetzigen Status quo keine wesentlichen Veränderungen ergeben. Hinzu kommt, dass nach § 31 Beschäftigungsverordnung (BeschV) bei einem Aufenthalt aus humanitären Gründen eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit ohnehin nicht erforderlich ist.

#### **Fazit:**

Die neue Regelung in § 4a Abs. 1 S. 1 AufenthG n.F. zum Arbeitsmarktzugang von Ausländern, die im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis sind, bewirkt einen Paradigmenwechsel vom – präventiven – Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hin zur Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt.

#### **IV. Neuordnung und -fassung der Vorschriften in den Abschnitten 3 und 4 des Kapitels 2**

Die systematische Neuordnung bzw. -fassung der Vorschriften zu den Aufenthaltswegen Ausbildung und Erwerbstätigkeit ist zu begrüßen. Sie macht die Anwendung der Vorschriften übersichtlicher und einfacher. Das gilt grundsätzlich auch für das „Herauslösen“ der Vorschriften zur Ausbildungsduldung aus § 60a AufenthG in den neuen § 60 b AufenthG. Neu und zu begrüßen ist die Wechselmöglichkeit aus dem Studium in eine Fachkrafttätigkeit (§ 16b Abs. 4 AufenthG n.F.)

#### **V. Gesetzgeberisches Ziel erreicht?**

Die Frage, ob mit den neuen Regelungen insbesondere in den §§ 18 ff. AufenthG n.F. das gesetzgeberische Ziel der Stärkung der Zuwanderung von qualifizierten Fachkräften aus Drittstaaten erreicht wird, kann – noch – nicht beantwortet werden. Ob sich die neuen Regelungen ohne eine Verbesserung der Verfahrensvorschriften (insbesondere zu den Zuständigkeiten, *Klaus/Mävers/Offer*, ZRP 2018, 197 – fordern die Schaffung einer Zentralbehörde) als praxistauglich im Sinne einer Beschleunigung der Verfahren erweisen werden, bleibt abzuwarten.

#### **VI. Rückschritt beim Spurwechsel**

Neben der Neuregelung der Fachkräftezuwanderung sieht der Entwurf auch eine Überarbeitung der Vorschriften zur Ausbildungsduldung (neuer § 60b AufenthG), eine Ausweitung der Versagungsgründe bzw. Beschäftigungsverbote in § 60a Abs. 6 AufenthG n.F. sowie die Einführung einer Beschäftigungsduldung (neuer § 60c AufenthG) vor.

##### **1. Unverändert – Aufenthaltserlaubnis im „Duldungsgewand“**

Schon vor Inkrafttreten der Regelungen zur Ausbildungsduldung im Sinne einer Anspruchsduldung im Jahre 2016 ist vielfach gefordert worden, dass Rechtssicherheit für alle Beteiligten, insbesondere aber auch für die

Ausbildungsbetriebe nur erreicht werden kann, wenn der Gesetzgeber eine Aufenthaltserlaubnis für die Berufsausbildung schafft (so insbesondere von den Arbeitgeberverbänden und den Kammern, aber auch vom Deutschen Anwaltverein (siehe hierzu nur die [DAV-Stellungnahme 31/16](#)). Der Gesetzgeber hat sich allerdings nicht zur Schaffung eines Aufenthaltstitels für eine Ausbildung für bereits im Bundesgebiet lebende ausreisepflichtige Ausländer entschließen können. Zuletzt hatte auch der 72. Deutsche Juristentag im September 2018 mit großer Mehrheit gefordert, dass die Ausbildungsduldung bei grundsätzlicher Beibehaltung der Voraussetzungen in einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels umgewandelt werden sollte (so der Beschluss I. 8. a in der Abteilung Öffentliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht). Zu dieser Aufwertung der Ausbildungsduldung kann oder will sich der Gesetzgeber jedoch weiter nicht durchringen.

Die zahlreichen, bereits in der Vergangenheit angesprochenen Probleme in der praktischen Umsetzung der Vorschriften zur Ausbildungsduldung werden daher bleiben. Jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen des § 60a Abs. 6 AufenthG n.F. offensichtlich nicht vorliegen, sollte der Übergang in eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 16a AufenthG n.F. ermöglicht werden, z.B. dadurch, dass § 16a AufenthG n.F. regelt, dass die Aufenthaltserlaubnis abweichend von § 10 AufenthG erteilt werden kann.

## **2. Verschärfung der Versagungsgründe bzw. Beschäftigungsverbote in § 60a Abs. 6 AufenthG n.F.**

Nach dem Gesetzentwurf sollen weitere Personengruppen einem kategorischen Beschäftigungsverbot unterliegen. So regelt der in § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 3 AufenthG n.F. enthaltene Versagungsstatbestand, dass eine Ausbildungsduldung nicht erteilt werden darf, wenn der Asylantrag zurückgenommen wurde oder gar kein Asylantrag gestellt wurde. In diesem Fall wäre dann die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis wie auch die Erteilung einer Ausbildungsduldung nicht möglich.

Der Deutsche Anwaltverein hatte bereits in seiner Initiativstellungnahme im April 2018 ([DAV-Stellungnahme 13/2018](#)) darauf hingewiesen, dass der Verzicht auf die Stellung eines Asylantrages nicht als Anhaltspunkt für eine (gesetzlich nicht geregelte) Missbrauchsvermutung taugt. Die Regelung würde zudem auch Personen betreffen, die sich im Anschluss an einen rechtmäßigen Aufenthalt zum Zweck des Studiums, der Beschäftigung oder aus familiären Gründen geduldet im Bundesgebiet aufhalten und nie Anlass hatten, einen Asylantrag zu stellen, da sie keine Furcht vor Verfolgung haben. Das Stellen unbegründeter Asylanträge liegt nicht im öffentlichen Interesse. Es wäre deshalb widersprüchlich, sowohl das Stellen eines Asylantrages als auch das Unterlassen eines Asylantrages als rechtsmissbräuchlich dazustellen und durch ein absolutes Beschäftigungsverbot zu sanktionieren. Während die Gesetzesbegründung noch an die „illegale Einreise“ anknüpft, enthält der Gesetzentwurf diese Einschränkung nicht, sondern knüpft allein an die Staatsangehörigkeit an.

Die Rücknahme eines unbegründeten Asylantrages entlastet Behörden und Verwaltungsgerichte. Sie ist damit grundsätzlich zu begrüßen. Ein Verdacht des Rechtsmissbrauchs durch Rücknahme eines Asylantrages erscheint abwegig. Die im Entwurf enthaltene Ausweitung dieses Versagungsstatbestandes ist daher abzulehnen und sollte keinen Eingang in das Gesetz finden.

Hinsichtlich der Rücknahme des Asylantrags ist darauf hinzuweisen, dass diese häufig gerade im Hinblick auf die zugesicherte Erteilung einer Ausbildungsduldung erfolgt. Die Rücknahme des Asylantrags führt in den Fällen, in denen Asylsuchende sich im Klageverfahren bei den Verwaltungsgerichten befinden, aber einen Ausbildungsplatz nachweisen können und deswegen eine Ausbildungsduldung erstreben, auch zur Entlastung der Verwaltungsgerichte.

Auch die Ausweitung der Verhängung eines Beschäftigungsverbots hinsichtlich der „Aufnahme oder Fortführung“ einer schulischen Ausbildung ist im Sinne einer Integration dieser Personen in Arbeitsmarkt und Gesellschaft fragwürdig. Sie ist auch insoweit systemwidrig, als dass die Beschäftigungsverbote ursprünglich in der Beschäftigungsverordnung (§ 33 BeschV a.F.) enthalten waren und



ausdrücklich nur Beschäftigungen im sozialversicherungsrechtlichen Sinne betrafen und eben nicht schulische Ausbildungen.

### **3. Differenzierung zwischen Aufenthaltsgestattung und Duldung**

Die in der neuen Regelung des § 60b Abs. 1 AufenthG enthaltene Differenzierung zwischen Asylbewerbern, die bereits eine Berufsausbildung oder eine vergleichbare Ausbildung aufgenommen haben, und solchen Personen, die im Besitz einer „normalen“ Duldung sind, ist im Grundsatz zu begrüßen. Durch die Aufnahme der Asylbewerber in diesen Tatbestand wird die derzeit noch bestehende Rechtsunsicherheit beim Übergang von einer Aufenthaltsgestattung in eine Ausbildungsduldung geklärt, die insbesondere die Personen betrifft, die kurz vor Ende der Ausbildung stehen.

Offensichtlich hat der Gesetzgeber auch die Aufnahme einer Berufsausbildung bereits während des Asylverfahrens als den favorisierten Weg angesehen, da in dieser Konstellation die Beschäftigungsverbote des § 60a Abs. 6 AufenthG und insbesondere auch die Versagung einer Ausbildungsduldung aufgrund der Einleitung von konkreten Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung (nach § 60b Abs. 2 Nr. 5 AufenthG n.F.) nicht zur Anwendung kommen können bzw. nicht erfüllt sein können. Der Versagungsgrund der Rücknahme des Asylantrags ist dann allerdings inkonsequent (s. o. unter VI. Nr. 2)

#### **4. Ausbildungsduldung auch für Assistenz- oder Helferausbildung**

Die Aufnahme einer Assistenz- oder Helferausbildung im Sinne des § 60b Abs. 1 S. 1 Nr. 1b AufenthG n.F. ist ebenfalls grundsätzlich zu begrüßen. Hierzu soll allerdings eine Arbeitsplatzzusage für eine anschließende qualifizierte Ausbildung erforderlich sein. Dies ist realitätsfremd, denn ein Ausbildungsbetrieb wird sich in der Regel nicht auf einen Ausbildungsbewerber festlegen, der die Helferausbildung noch nicht absolviert hat. Es sind im Gegenteil die Pflegeschulen, die auf die Ausbildung vorbereiten und die Bewerber bei der Suche nach Ausbildungsplätzen unterstützen. Zu kritisieren ist an diesem Punkt zudem, dass das Arbeitsförderungsinstrument der Einstiegsqualifizierung nicht mit in den Tatbestand aufgenommen worden ist. Hierzu hätte bereits deshalb Veranlassung bestanden, da in zahlreichen Ländererlassen zur Ausbildungsduldung die Bedeutung der Einstiegsqualifizierung als Vorbereitung für eine sich hieran anschließende Berufsausbildung schon dadurch unterstrichen worden ist, dass hierfür in aller Regel eine Ermessensduldung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG erteilt werden soll.

#### **5. Möglichkeit der Verweigerung der Ausbildungsduldung in „besonderen Ausnahmefällen“**

Weder nachvollzieh- noch hinnehmbar ist die Aufnahme eines neuen Versagungstatbestands in besonderen Ausnahmefällen (§ 60b Abs. 1 S. 2 AufenthG n.F.). Die Gesetzesbegründung führt hierzu die „missbräuchliche Beantragung der Ausbildungsduldung, beispielsweise bei Scheinausbildungsverhältnissen oder wenn von vornherein aufgrund konkreter Anhaltspunkte ausgeschlossen erscheint, dass die Ausbildung zum Erfolg geführt werden kann.“ an.

Diese zusätzliche Versagungsmöglichkeit ist aus mehreren Gründen nicht hinzunehmen. Zum einen hätte damit die Ausländerbehörde noch eine „Notbremse“ zur Hand, um die beantragte Ausbildungsduldung abzulehnen, obwohl ansonsten alle Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Dies

widerspricht bereits dem im Gesetz geregelten Anspruch auf eine Ausbildungsduldung.

Darüber hinaus vermögen auch die in der Gesetzesbegründung genannten Tatbestände nicht zu überzeugen. Mögliche Scheinausbildungsverhältnisse können und werden von den hierzu berufenen öffentlichen Stellen, den Handwerkskammern oder den Industrie- und Handelskammern, geprüft und auch entlarvt. In diesen Fällen werden die betroffenen Kammern dann auch einschreiten. Im Übrigen kann bei begründeten Verdachtsmomenten gemäß § 12 AufenthG eine Erlöschensauflage für den Fall der Aufhebung des Ausbildungsverhältnisses verfügt werden.

Darüber hinaus fehlt es auch der Ausländerbehörde an der erforderlichen Sachkunde, um eine Prognoseentscheidung dahingehend treffen zu können, ob die beabsichtigte Ausbildung auch tatsächlich mit Erfolg zum Ende geführt werden kann. Zudem fehlt es an jeglichen Maßstäben für eine solche Entscheidung. Bei begründeten Zweifeln an der Aussicht, die Ausbildung erfolgreiche abzuschließen, wäre eine Auflage, über den Fortgang der Ausbildung regelmäßig zu berichten, milderes Mittel.

Dieser Ansatz widerspricht der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, mit der Schaffung der Vorschriften zur Ausbildungsduldung dem Mangel an ausbildungswilligen und -fähigen Bewerbern entgegenzutreten.

## **6. Identitätsklärung als Erteilungsvoraussetzung**

Die nunmehr geforderte Identitätsklärung als Erteilungsvoraussetzung ist eine deutliche Verschärfung gegenüber der jetzigen Rechtslage. Die Klärung der Identität ist zwar auch in der aktuellen Praxis der Ausländerbehörden – stillschweigende – Voraussetzung für die Erteilung einer Ausbildungsduldung. Solange diese noch nicht geklärt ist, wird in zahlreichen Fällen die Ausbildungsduldung nur für einen bestimmten Zeitraum (6 oder 12 Monate) oder aber auch mit einer auflösenden Bedingung erteilt. Diese Praxis hat der Gesetzgeber offensichtlich nunmehr aufgegriffen. Hierfür spricht auch der Verweis

in der Gesetzesbegründung auf die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel. Dies ist jedoch dogmatisch äußerst zweifelhaft, da die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG unstreitig die Erteilung eines Aufenthaltstitels betreffen, der Gesetzgeber jedoch – derzeit – noch nicht gewillt ist, für die Dauer der Berufsausbildung auch eine Aufenthaltserlaubnis zu gewähren. Die Vorschrift des § 60b Abs. 2 Nr. 3. AufenthG n.F. enthält nunmehr ein kompliziertes Abstufungssystem je nach Einreisedatum. Durch das Erfordernis der Identitätsklärung binnen sechs Monaten nach Einreise werden selbst Personen, die politische Verfolgung geltend machen, gezwungen, mit ihren Heimatbehörden in Kontakt zu treten, obwohl ihnen dies nach den Grundsätzen des Asylrechts nicht zugemutet werden darf. Ferner übersieht der Gesetzgeber, dass es Personen gibt, die schon wegen des mangelhaften Urkundenwesens in ihren Heimatländern keine Möglichkeit des Nachweises ihrer Identität haben. Es ist zudem zu beachten, dass gerade junge Flüchtlinge oft keine Identitätsnachweise besitzen, weil in ihren Herkunftsländern Kindern keine Personalausweise oder Pässe ausgestellt werden und sie sich zur Erstaussstellung im Heimatland aufhalten müssen. Zwar ist der Wunsch des Gesetzgebers anzuerkennen, möglichst frühzeitig die Identität der in Deutschland befindlichen Personen festzustellen. Die vorgeschlagene Regelung berücksichtigt aber nicht, dass dies nicht immer möglich ist, ohne dass dies den Betroffenen angelastet werden kann.

Zumindest ist im Falle minderjährig eingereister Ausländer die Einschränkung der Fristenregelung dahingehend erforderlich, dass die Frist nicht mit der Einreise beginnt, sondern mit der Volljährigkeit. Anderenfalls müssten Minderjährige und junge Volljährige die Versäumnisse ihrer Eltern oder Vormünder verantworten, obwohl sie mangels Handlungsfähigkeit oft keine Möglichkeit hatten, an der Identitätsklärung mitzuwirken.

Praxistauglich ist diese Regelung in jedem Fall nicht. Hier hätte sich der Gesetzgeber auch an der bislang schon geübten Praxis der Ausländerbehörden orientieren können, die Ausbildungsduldung zunächst nur für einen bestimmten Zeitraum oder aber auch mit einer auflösenden Bedingung zu erteilen, bis die Identität geklärt ist bzw. ein Nationalpass vorgelegt werden kann.

## **7. Ausweitung des Ausschlussgrundes, wenn „konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung bevorstehen“**

Der bereits jetzt schon bestehende Ausschlussgrund bleibt – nicht nur – bestehen, sondern wird noch um mehrere Tatbestände erweitert und damit stark ausgeweitet. Dies ist bereits schon deshalb bedenklich, weil dieser Tatbestand in der Vergangenheit äußerst unterschiedlich in der Behördenpraxis gehandhabt und auch in der Rechtsprechung nicht einheitlich behandelt worden ist. Darüber hinaus wurde von verschiedenen Seiten die ersatzlose Streichung dieser – negativen – Tatbestandsvoraussetzung gefordert, zuletzt noch aufgrund eines mit großer Mehrheit angenommenen Beschlusses des 72. Deutschen Juristentages (Beschluss Nr. I.8.b) in der Abteilung Öffentliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, was mit „konkreten Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“ gemeint ist, da das Tatbestandsmerkmal in fast allen bisherigen Fällen zu Meinungsverschiedenheiten geführt hat. Der Deutsche Anwaltverein plädiert dafür, den Zeitpunkt, wann „konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“ vorliegen, zum effektiven Abbau des Fachkräftemangels auf einen möglichst späten Zeitpunkt festzulegen. In der Regel sollte dies nur der Fall sein, wenn eine Abschiebung tatsächlich möglich ist und von der zuständigen Ausländerbehörde eingeleitet wurde, z.B. durch Buchung eines Abschiebungsfluges (vgl. § 60b Abs. 2 Nr. 4c AufenthG n.F.).

Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, dass eine Einleitung einer ärztlichen Untersuchung zur Reisefähigkeit als Ausschlussgrund gelten soll. Gerade wegen einer solchen Untersuchung ist überhaupt nicht absehbar, ob eine Abschiebung überhaupt erfolgen kann.

Im Unterschied zu der jetzigen Regelung heißt es in § 60b Abs. 2 Nr. 5 AufenthG n.F. nunmehr auch „insbesondere“, so dass die dann im Folgenden unter a) bis e) genannten Tatbestände nicht als abschließend zu bezeichnen sind. Dies und auch die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes „vergleichbar konkrete Vorbereitungsmaßnahmen zur Abschiebung des Ausländers“ in § 60b Abs. 2 Nr. 5d AufenthG n.F. werden dazu führen, dass dieser

Versagungstatbestand bzw. diese negative Tatbestandsvoraussetzung in der ausländerbehördlichen Praxis weiterhin eine ausschlaggebende Rolle spielen wird.

Neben der bereits oben geschilderten Ausweitung der Versagungstatbestände in § 60a Abs. 6 AufenthG n.F. wird diese Gesetzesverschärfung dazu führen, dass weit weniger Anspruchsuldungen in der Zukunft erteilt werden können, als dies noch nach der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers im Jahre 2016 beabsichtigt war.

Die Ausweitung bzw. Verschärfung dieses Versagungstatbestands sollte daher nicht Realität werden.

## **8. Anspruch auf Beschäftigungserlaubnis**

Positiv ist hervorzuheben, dass das derzeit noch bestehende – intendierte – Ermessen bei der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis im Bereich der Ausbildungsduldung nunmehr gestrichen werden soll. Hiermit sind dann auch die bislang noch verbliebenen Rechtsfragen geklärt (vgl. hierzu auch die [DAV-Stellungnahme 31/16](#)).

## **9. Aufenthaltserlaubnis nach erfolgreicher Ausbildung**

Die Überführung bzw. die Vollendung des Spurwechsels in eine Aufenthaltserlaubnis zu Erwerbszwecken ist im Wesentlichen beibehalten worden. Sie ist nunmehr in der neuen Vorschrift des § 19d AufenthG geregelt, welche jedoch im Wesentlichen dem – bisherigen – § 18a AufenthG entspricht. Darüber hinaus enthält die neue Vorschrift klarstellende Regelungen im Hinblick auf die nicht – mehr – eingreifende Sperrwirkung von ausländerrechtlichem „Fehlverhalten“ in der Vergangenheit (§§ 19d Abs. 1a und c AufenthG n.F.).

## **10. Zur neuen Beschäftigungsduldung (§ 60c AufenthG n.F.)**

Mit der Vorschrift zu einer „neuen“ Beschäftigungsduldung hat der Gesetzgeber den – untauglichen – Versuch unternommen, die in den letzten Monaten immer

wieder erhobene Forderung umzusetzen, Ausländer vor einer Abschiebung zu schützen, die bereits in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen. Dieser Versuch darf jedoch schon nach näherer Lektüre der Vorschrift des § 60c AufenthG n.F. wie auch der hierzu gegebenen Gesetzesbegründung als gescheitert betrachtet werden.

Die Hürden, die in dieser Vorschrift vorgesehen sind, sind bei Kenntnis der derzeitigen Praxis der Ausländerbehörden nicht bzw. kaum zu nehmen. Hierbei ist insbesondere die Voraussetzung zu nennen, dass der betroffene ausreisepflichtige Ausländer bereits seit 12 Monaten im Besitz einer Duldung sein und seit mindestens 18 Monaten eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von mindestens 35 Stunden/Woche ausgeübt haben muss, um überhaupt einen entsprechenden Antrag stellen zu können (§ 60c Abs. 1 Nr. 2 AufenthG n.F.). Darüber hinaus muss sein Lebensunterhalt innerhalb der letzten 12 Monate vor Beantragung der Beschäftigungsduldung vollständig gesichert gewesen sein. Bereits diese beiden Tatbestandsvoraussetzungen bzw. deren – mangelnde – Erfüllung werden dazu führen, dass die „Beschäftigungsduldung“ nach dem Entwurf in der Praxis keine Rolle spielen wird.

Darüber hinaus ist zu kritisieren, dass die Erteilung der Beschäftigungsduldung bei einer Verurteilung zu insgesamt 50/90 Tagessätzen ausgeschlossen sein soll. Die Vorschrift übernimmt insoweit die Grenzen des § 18a AufenthG, der sich wiederum an die aus dem Jahr 2006 eingeführte Vorschrift des § 104a AufenthG anlehnt. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass inzwischen der Strafrahmen für verschiedene Delikte erhöht wurde. Zudem war schon bei der erstmaligen Definition des Ausschlussgrundes nicht bedacht worden, dass Geldstrafen in der Regel Freiheitsstrafen nachbilden und in der strafrechtlichen Praxis in „30er-Schritten“ verhängt werden. Daher sollte der Ausschlussgrund erst bei einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen bzw. 90 Tagessätzen bei ausländerrechtlichen Delikten greifen.

Der Gesetzgeber hätte sich hier besser an den Erfahrungen bzw. Evaluierungen orientieren sollen, die nach Einführung des § 18a AufenthG durch das

1. Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz vom 20. Dezember 2008 gemacht worden sind. Nach Einfügung dieser Vorschrift, die ebenfalls hohe Hürden im Hinblick auf die Ausübung einer vorangegangenen Beschäftigung wie auch zur erforderlichen Lebensunterhaltssicherung enthält, ist in den Folgejahren (von 2009 bis 2011) nur insgesamt 316 Personen eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis erteilt worden (vgl. hierzu bereits die [DAV-Stellungnahme SN 61/12](#)). Selbst diese geringe Zahl dürfte mit der neuen Regelung nicht erreicht werden, so dass man sich die Einführung einer Vorschrift zur „Beschäftigungsduldung“ in der jetzigen Fassung sparen kann.

## VII. Fazit

Sollten die neuen Vorschriften zum Spurwechsel, wie sie der Entwurf für ein Fachkräfteeinwanderungsgesetz enthält, in Kraft treten, so hätte der Gesetzgeber das „zarte Pflänzchen“ des Spurwechsels, welches er selbst im Jahre 2016 mit der Einführung der Vorschriften zur Ausbildungsduldung im Sinne einer Anspruchsduldung gesetzt hat, wieder zertreten. Wenn ein „kleiner“ Spurwechsel, das heißt ein Spurwechsel im Sinne der jetzt bestehenden „3+2 Regelung“ – immer noch – politisch gewollt sein sollte, so müssen die zuvor angesprochenen neuen Vorschriften zur Ausbildungsduldung wie auch zur Beschäftigungsduldung noch einer gravierenden Änderung unterzogen werden. Die wenigen positiven Entwicklungen bzw. Klarstellungen werden bei weitem durch die Verschärfungen und die den Ausländerbehörden gegebenen Möglichkeiten, einen zumindest in den Ansätzen vom Gesetzgeber gewollten Spurwechsel durch die Aufnahme einer Berufsausbildung doch noch zu unterbinden, überlagert.