

Nele Allenberg,  
Senatsverwaltung Berlin

Prof. Dr. Jürgen Bast,  
Universität Gießen

Prof. Dr. Jan Bergmann, LL.M.eur.,  
Vorsitzender Richter am  
VGH, Mannheim

Prof. Dr. Uwe Berlit,  
Vorsitzender Richter am  
Bundesverwaltungsgericht,  
Leipzig

Dr. Katharina Berner,  
Evangelische Kirche in Deutsch-  
land, Berlin

Dr. Wolfgang Breidenbach,  
Rechtsanwalt, Halle

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano,  
Universität Bremen

Katrin Gerdsmeier,  
Deutscher Caritasverband e.V.,  
Berlin

Dr. Michael Griesbeck,  
Ministerialdirigent,  
Bundesministerium des Innern,  
Berlin

Prof. Dr. Winfried Kluth,  
Universität Halle

RiBVerfG Prof. Dr. Christine  
Langenfeld,  
Karlsruhe/Göttingen

Katrin Lehmann,  
Richterin am Hessischen Ver-  
waltungsgerichtshof Kassel

Prof. Dr. Anna Lübke,  
Hochschule Fulda

Thomas Oberhäuser,  
Rechtsanwalt, Ulm

Andreas Pfersich,  
Vorsitzender Richter am Ver-  
waltungsgericht Halle

Norbert Seitz, Ministerialdirektor,  
Bundesministerium des Innern,  
Berlin

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.,  
Universität Konstanz

### Schriftleitung:

Prof. Dr. Winfried Kluth  
(V.i.S.d.P.)  
Universitätsplatz 10a  
06099 Halle  
E-Mail:  
winfried.kluth@jura.uni-halle.de

Prof. Dr. Jürgen Bast,  
Justus-Liebig-Universität Gießen  
Licher Str. 64  
35394 Gießen

E-Mail:  
jurgen.bast@recht.uni-giessen.de

Prof. Dr. Jan Bergmann,  
Verwaltungsgerichtshof  
Baden-Württemberg  
Schubertstraße 11  
68165 Mannheim

E-Mail:  
Jan.Bergmann@VGHMannheim.  
justiz.bwl.de

Jürgen Haberland,  
Ministerialrat a. D., Bonn

VRiVG Andreas Pfersich,  
Verwaltungsgericht Halle  
Thüringer Str. 16  
06112 Halle

E-Mail:  
an.pfersich@googlemail.com

## ABHANDLUNGEN

Prof. Dr. Daniel Thym, Konstanz\*

### Einwanderungsgesetzgebung: Chancen und Illusionen (Teil 1)

Seit einiger Zeit gehört die Diskussion um ein „Einwanderungsgesetz“ zu den Ritualen der deutschen Migrationspolitik.<sup>1</sup> Parteien positionieren sich für oder gegen ein solches Gesetz. In der Sache geht es hierbei um die Fachkräftezuwanderung ebenso wie um eine grundsätzliche Positionierung, weil die politischen Akteure und die breitere Öffentlichkeit von einem Einwanderungsgesetz zugleich eine Antwort auf das sonstige Migrationsgeschehen erwarten, unter Einschluss der Asylpolitik. Der erste Teil nimmt diese erweiterte Stoßrichtung in den Blick, indem er rechtliche und konzeptuelle Untiefen aufzeigt, die zu Missverständnissen in der breiteren Debatte führen können. Dadurch wird sichtbar, was ein Einwanderungsgesetz (nicht) leisten kann. Der zweite Teil im folgenden Heft wird sodann am Beispiel der Wirtschaftsmigration konkrete Reformpotentiale vermessen.

#### 1. Rechtspolitischer Kontext

Begrifflich meint „Einwanderung“ die dauerhafte Niederlassung von Ausländern, ohne dass der Begriff auf einen bestimmten Aufenthaltswort beschränkt bliebe. So haben etwa die USA und

Kanada ein „Einwanderungsrecht“ (*immigration law*) in einem umfassenderen Sinn und auch in Deutschland wird der Einwanderungsbegriff nicht auf die Wirtschaft reduziert. So möchte die SPD ein künftiges „Einwanderungsgesetz“ in Form eines Punktesystems zwar auf Fachkräfte beschränken, hierdurch jedoch zugleich das Asylsystem entlasten<sup>2</sup> – ebenso wie die CDU/CSU mit einem „Fachkräfte-Zuwanderungsgesetz“.<sup>3</sup> Andere folgen von vornherein einem umfassenderen Ansatz, wenn die FDP ein „Einwanderungsgesetzbuch“ fordert,<sup>4</sup> DIE GRÜNEN das Aufenthaltsgesetz kurzerhand zum Einwanderungsgesetz

\* Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. (London) ist Inhaber des Lehrstuhls für Europa- und Völkerrecht, Direktor des Forschungszentrums Ausländer- & Asylrecht und Mitglied des Exzellenzclusters „Kulturelle Grundlagen von Integration“ an der Universität Konstanz.

1 Im FAZ-Archiv ergibt der Begriff „Einwanderungsgesetz“ insg. 397 Treffer seit 1.1.2015 (von 459 Treffern seit 2010) für die Formate FAZ, FAS und FAZ.net; das SZ-Archiv zeitigt 213 Treffer seit 2015 (von 269 Treffern seit 2010); Suchergebnisse vom 1.7.2017.

2 In diesem Sinn SPD, Entwurf eines Einwanderungsgesetzes, 7.11.2016, S. 2; sowie SPD, Es ist Zeit für mehr Gerechtigkeit. Regierungsprogramm 2017 bis 2021, Juni 2017, S. 58-60.

3 Vgl. CDU/CSU, Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne leben. Regierungsprogramm 2017-2021, Juli 2017, S. 11 f.

4 FDP, Schauen wir nicht länger zu. Wahlprogramm 2017, Mai 2017, S. 34.

umbenennen möchten,<sup>5</sup> die AfD von einer gesteuerten Zuwanderung im nationalen Interesse anstelle der irregulären Asylzuwanderung träumt<sup>6</sup> und DIE LINKE ausreisepflichtigen Personen umgekehrt eine schnelle und unkomplizierte Legalisierung verspricht.<sup>7</sup> Es geht in all diesen Fällen darum, die Migration generell zu steuern.

Eine jede Diskussion um eine Einwanderungsgesetzgebung sollte daher neben den rechtlichen Details der Fachkräftezuwanderung zugleich die Wechselwirkung zum sonstigen Migrationsgeschehen betrachten, auch weil Einwanderung ausweislich der Statistiken derzeit nur am Rande über die Wirtschaftsmigration stattfindet: Im Jahr 2015 kamen nur knapp 40.000 Personen für wirtschaftliche Zwecke über §§ 18-21 AufenthG nach Deutschland, weitaus weniger als aus anderen Gründen.<sup>8</sup> Dieser Beitrag nimmt in seinem ersten Teil den erweiterten Regelungskontext in den Blick, um sodann am Beispiel der Erwerbsmigration konkrete Handlungsspielräume auszuloten, weil hier wegen der geringen Zugangszahlen ein spezieller Reformbedarf besteht. Der erweiterte rechtspolitische Blickwinkel stellt sicher, dass keine übersteigerte Erwartungshaltung an die Fachkräftezuwanderung entsteht, die in der Praxis enttäuscht würde.

Dies gilt für die verbreitete Hoffnung auf eine bessere Steuerung des Migrationsgeschehens durch ein neues Gesetz (hierzu 1.1.) ebenso wie für die Erwartung, dass großzügigere Regeln zur Arbeitsmigration das Asylsystem entlasten könnten (1.2.). Eine nachhaltige Vereinfachung ist in den rechtlichen Details nur begrenzt möglich (1.3.). Allerdings könnte ein neuer Gesetzesname als Werbemaßnahme gegenüber potentiellen Zuwanderern genutzt werden (1.4.) und vor allem dazu beitragen, dass die Gesellschaft ein entspanntes Verhältnis zur künftigen Migration entwickelt (1.5.).

## 1.1. Der politische Wunsch nach Migrationssteuerung

In Deutschland besteht ein funktionierender Staat, der mittels Gesetzen bestimmte Ziele verfolgt und durchsetzt. Insofern drückt die Forderung nach einem Einwanderungsgesetz auch den Wunsch aus, dass der Staat die Zuwanderung zu regeln in der Lage ist.<sup>9</sup> Eine symbolische Zuspitzung erfährt der Steuerungswunsch in der Forderung nach einem Punktesystem, das die Zuwanderung mit mathematischer Präzision durch eine Kombination klarer Kriterien und einer Gesamtquote zu steuern verspricht (strukturell vergleichbar mit der CSU-Forderung nach einer „Obergrenze“<sup>10</sup>). Deutschland würde gleichsam ein neues Kanada, wo das Parlament jährlich die Gesamtzuwandererzahl festgelegt – im Gegensatz zum vielfach als urwüchsig empfundenen aktuellen Migrationsgeschehen.<sup>11</sup> Insofern überrascht es nicht, dass auch die AfD das kanadische Modell befürwortet,<sup>12</sup> das DIE LINKE umgekehrt als selektive „Verwertungslogik des Kapitals“ ablehnt.<sup>13</sup> Ein Punktesystem verspricht Klarheit und staatliche Kontrolle, die sich an den Interessen der inländischen Bevölkerung ausrichtet.

Nun beinhaltet der Wunsch nach einer gesteuerten Zuwanderung noch keine Aussage darüber, wer kommen soll und wer bleiben darf. In der Tat kann ein eventuelles Einwanderungsgesetz verschiedene Inhalte haben. Seine Annahme bewirkte für sich ge-

nommen keinen politischen Konsens, der die Streitpunkte der Gegenwart beseitigte – nicht anders als in den Vereinigten Staaten, wo der Inhalt der Einwanderungspolitik umstritten bleibt (und es auch zur Hochzeit der Einwanderung war<sup>14</sup>). Einwanderungsgesetzgebung bleibt auch in einem Einwanderungsland ein Ort für politische Kontroversen – unabhängig vom Gesetzesnamen.

## 1.2. Entlastung des Asylsystems

Ein Grund dafür, dass trotz der inhaltlichen Offenheit ein Einwanderungsgesetz gefordert wird, ist der Wunsch, indirekt die Fluchtmigration zu steuern. Besonders ausgeprägt ist der Zusammenhang bei den Forderungen der SPD, wenn einige SPD-geführte Länder im Bundesrat dafür werben, dass „[e]ine Reduzierung irregulärer [...] Migration nur möglich [ist], wenn [...] legale Zuwanderungsmöglichkeiten geschaffen werden.“<sup>15</sup> Ausdrücklich dient das von der SPD vorgeschlagene Punktesystem dazu, das Asylsystem entlasten<sup>16</sup> – eine Forderung, die im Grundansatz von anderen Parteien geteilt wird.<sup>17</sup> Als Vorbild für die Entlastungswirkung legaler Zugangswege werden häufig die Beschäftigungsmöglichkeiten für Arbeitnehmer aus den Westbalkanstaaten genannt,<sup>18</sup> die parallel zu deren Einstufung als sichere Herkunftsstaaten eingeführt wurden und sich einer regen Nachfrage erfreuen.<sup>19</sup> Hier scheint ein „Tausch von Arbeit gegen Asyl“<sup>20</sup> gelungen zu sein.

5 Vgl. BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/11854 v. 4.4.2017.

6 AfD, Programm für Deutschland. Grundsatzprogramm, Mai 2016, Kap. 9.

7 DIE LINKE, Sozial. Gerecht. Frieden. Für alle, Juni 2017, S. 69, 124.

8 Für eine aktuelle Übersicht siehe BMI/BAMF, Migrationsbericht 2015, S. 62; die geringen Zahlen für die Erwerbsmigration im engeren Sinn dürften auch daran liegen, dass die Wirtschaftsmigration derzeit vorrangig über die Unionsbürgerfreizügigkeit stattfindet, die zuletzt einen Wanderungssaldo von rund 300.000 Personen erreichte.

9 Es ist dies gleichsam die semantische Umkehrung der (unberechtigten) Kritik *Seehofers* an der Flüchtlingspolitik als „Herrschaft des Unrechts“ im Winter 2015/16; vgl. *ders.*, Interview mit den Passauer Neuen Nachrichten v. 9.2.2016.

10 Vgl. CSU, Die Ordnung. Grundsatzprogramm der Christlich-Sozialen Union, 5.11.2016, S. 6 für die Flucht und die legale Migration.

11 Man kann die deutsche und europäische Migrationspolitik als Abfolge von Steuerungsversagen und nicht-intendierten Konsequenzen beschreiben, weil die Gastarbeiter blieben (und andernorts sich die Zuwanderung aus den Kolonialgebieten verstetigte), der Anwerbestopp den Familiennachzug nicht verhinderte, das Asylsystem in den frühen 1990er-Jahren und 2015/16 beinahe kollabierte und die Ausreisepflicht nicht immer konsequent durchgesetzt wird; vgl. *Hollifield*, IM Rev. 38/2006, 885 (894-899).

12 Siehe AfD (o. Fn. 6), Kap. 9.3, ohne dass die Forderung im Wahlprogramm wiederholt wurde, wo stattdessen die Grenzschließung und Minuszuwanderung ins Zentrum rückt; vgl. AfD, Programm für Deutschland, April 2017, Kap. 5.2.

13 DIE LINKE (o. Fn. 7), S. 69.

14 Seinerzeit wandten sich viele Inländer gegen die Zuwanderung von katholischen Italienern oder osteuropäischen Juden; instruktiv *Zolberg*, *A Nation by Design*, 2006, Kap. 6-8.

15 So die Initiative der SPD-regierten Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Thüringen und Brandenburg für eine Entschließung des Bundesrates für ein Einwanderungsgesetz, BRat-Drs. 508/1/16 v. 27.2.2017.

16 SPD (o. Fn. 2), S. 2.

17 Hierzu die Verweise o. Fn. 3 bis 7.

18 § 26 II BeschV i.d.F. d. VO v. 27.10.2015 (BGBl. 2015 I 1789).

19 Näher *Burkert/Haase*, Westbalkanregelung: Ein Neues Modell für die Migrationssteuerung?, Friedrich Ebert Stiftung WISO Direkt 02/2017.

20 SVR, Chancen in der Krise, Jahresgutachten 2017, S. 77.

Bei einer näheren Betrachtung betrifft der „Tausch“ vorrangig den politischen Kompromisscharakter legaler Zugangswege, die eine Kompensation für eine strengere Asylpraxis darstellen. Zwar fehlen bisher belastbare Hinweise, ob dieselben Personen, die zuvor über das Asylsystem einreisten, nunmehr als Facharbeiter zurückkehren.<sup>21</sup> Aufgrund der vorhandenen Daten erscheint ein direkter Zusammenhang aber unwahrscheinlich, weil das erwähnte Programm einen Arbeitsvertrag mit Vorrangprüfung voraussetzt,<sup>22</sup> den viele Asylbewerber und anerkannte Flüchtlinge auch dann nicht erhalten, wenn sie sich bereits in Deutschland aufhalten, einen Integrationskurs besuchten und von der Bundesagentur unterstützt werden.<sup>23</sup> Von legalen Zugangswegen dürften mithin nur wenige Personen profitieren, die aktuell als Asylbewerber ohne Bleibeperspektive nach Deutschland kommen. Eine nachhaltige Entlastung des Asylsystems durch Wirtschaftsmigration steht nicht zu erwarten.<sup>24</sup>

In Kanada und Australien ist die Situation nicht anders, weil dort strikt zwischen Asyl- und Wirtschaftsmigration unterschieden wird – und für beide Regelungsbereiche der staatliche Steuerungsanspruch im Vordergrund steht. So werden Flüchtlinge im Wege des Resettlement über Quoten ins Land geholt,<sup>25</sup> während die direkte Einreise von Flüchtlingen drastisch erschwert wird, wenn Australien diese auf extraterritoriale Lager verweist<sup>26</sup> und Kanada viele Asylantragsteller an der Grenze in den sicheren Drittstaat USA zurückschickt.<sup>27</sup> Eine großzügige Fachkräftezuwanderung und restriktive Asylregeln müssen sich also nicht widersprechen, zumal die Wirtschaftsmigration in Kanada und Australien weder empirisch als Entlastung für das Asylsystem wirkt noch politisch als solche präsentiert wird.<sup>28</sup> Vielmehr wird offen das nationale Interesse akzentuiert und zwischen (un)erwünschter Zuwanderung unterschieden.<sup>29</sup>

Doch selbst wenn die deutsche Politik das kanadisch-australische Modell kopieren wollte, wären die Wirkungen aus geographischen Gründen wohl andere. Geographisch ist die EU eher mit den USA zu vergleichen, wo – anders als in Kanada und Australien – viele Personen über die mexikanische Grenze irregulär ins Land kommen (weshalb auch der Wunsch von *Donald Trump* enttäuscht werden wird, Kanada und Australien nachzueifern<sup>30</sup>). Eine direkte Entlastung des Asylsystems könnte allenfalls erreicht werden, wenn man im größeren Umfang geringqualifizierte Beschäftigungsmöglichkeiten bereitstellte und deren Anreizwirkung durch eine zeitliche Befristung multiplizierte – ebenso wie es die USA nach dem Zweiten Weltkrieg mit dem *Bracero*-Programm für Mexikaner<sup>31</sup> oder die Bundesrepublik in den 1990er-Jahren mit Kontingenten für Saison- und Werkvertragsarbeitnehmer aus Osteuropa,<sup>32</sup> die seinerzeit eine restriktivere Asylpolitik sowie Rückführungsabkommen mit den östlichen Nachbarn flankierten.<sup>33</sup>

Entsprechende Programme könnte man auch mit den Herkunftsstaaten derjenigen Personen auflegen, die derzeit über die zentrale Mittelmeerroute ohne Bleibeperspektive nach Europa kommen – und im Gegenzug die Zuwanderung über Libyen einschränken und die Rücknahme abgelehnter Asylbewerber verbessern.<sup>34</sup> So könnte die Bundesrepublik in Nigeria oder Gambia deutsche Sprach- und Vorbereitungskurse für Jugendliche organisieren, die sodann nach einem Auswahlverfahren

für die Ausbildung mit dem Flugzeug nach Deutschland einreisen.<sup>35</sup> Für alle Beteiligten wäre dies deutlich besser, als wenn unbegleitete Jugendliche oder junge Erwachsene irregulär über das Mittelmeer einreisen und dann in Italien oder Deutschland häufig zuerst einmal arbeitslos sind. Man mag mit solchen Programmen nicht dieselben Personen erreichen, aber als Teil eines migrationspolitischen Gesamtansatzes kann es sinnvoll sein, Restriktionen für die irreguläre Einreise mit legalen Zugangswegen zu verbinden.

21 Der statistische Rückgang der Antragszahlen aus den betroffenen Ländern muss nicht kausal auf den legalen Zugangswegen gründen, sondern kann alternativ durch die strengere Asyl- und Abschiebungspraxis erklärt werden, die Werbemaßnahmen der Bundesregierung in den Westbalkanstaaten einschloss.

22 Vgl. § 18 II, IV i. V. m. § 39 I 2 AufenthG, § 26 II BeschV.

23 Vgl. *Brücker u. a.*, IAB-BAMF-SOEP-Befragung von Geflüchteten, IAB-Forschungsbericht 14/2016, S. 63-75; und *Worbs/Bund*, Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge in Deutschland. Qualifikationsstruktur, Arbeitsmarktbeiträge und Zukunftsorientierungen, BAMF-Kurzanalyse 1/2016.

24 Sinngemäß aufgrund ökonomischer Migrationstheorien *Steineck*, ZAR 1994, 177 (180 f.); siehe auch *Hailbronner*, Recht und Politik 52/2016, 68 (75 f.).

25 2016 betrug die Quote für Kanada und Australien rund 20.000 bzw. 5.000 Personen, was umgerechnet auf die Bevölkerungsgröße für Deutschland einer jährlichen Resettlement-Quote von knapp 50.000 bzw. unter 20.000 Personen entspräche.

26 Siehe *Taylor*, IJRL 18/2006, 283-312; und *Hailbronner*, Neues Recht für Einwanderer?, in: Hans-Seidel-Stiftung (Hrsg.), Politische Studien, Heft 462/2015, S. 16 (24).

27 Grundlage ist das Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America regarding Asylum Claims made at Land Borders v. 15.12.2002, das freilich nur für Asylanträge direkt an Grenzübergangsstellen gilt, weshalb es trotzdem noch mehr als 10.000 Asylanträge im Inland gibt, für die sodann freilich strenge Regeln über sichere Herkunftsstaaten gelten.

28 Die Herkunftsstaaten von Personen, die über das kanadische Express Entry System oder das australische Punktesystem zugelassen werden, sind größtenteils andere als bei Asylbewerbern – und selbst wo, wie bei Nigeria oder Pakistan, Überschneidungen bestehen, betrifft diese nicht notwendig dieselben Personengruppen; vgl. für Kanada <http://www.cic.gc.ca/english/resources/reports/ee-year-end-2016.asp> und für Australien <https://www.border.gov.au/about/reports-publications/research-statistics/statistics/live-in-australia/migration-programme> (letzter Zugriff am 1.7.2017).

29 Vgl. *Lavenex*, The Competition State and the Multilateral Liberalization of Skilled Migration, in: Favell (Hrsg.), The Human Face of Global Mobility, 2006, S. 29 (30-36); und *Gabriel*, 'Advantage Canada' and the Contradictions of (Im)migration Control, in: Guild/Mantu (Hrsg.), Constructing and Imagining Labour Migration, 2011, S. 137 (139-142).

30 Vgl. Transcript: Interview with *Donald Trump*, Economist.com vom 11.5.2017.

31 Siehe *Simon*, The Economic Consequences of Immigration, 2. Aufl. 1999, S. 338 f.

32 Näher *Faist u. a.*, Ausland im Inland, 1999.

33 Vgl. *Guiraudon*, Before the EU Border: Remote Control of the "Huddled Masses", in: Groenendijk/Guild/Minderhoud (Hrsg.), In Search of Europe's Borders, 2003, S. 191 (192-196); Anfang der 1990er-Jahren kamen sehr viele Asylbewerber aus den Nachbarstaaten im (Süd-)Osten der damaligen EWG/EG.

34 Eine direkte Übertragung der Westbalkanregelung dürfte hierbei auscheiden, weil fehlende Sprachkenntnisse und unpassende Qualifikationen regelmäßig bewirken, dass die rechtliche Hürde eines konkreten Arbeitsplatzangebots nach § 26 II BeschV selten überwunden werden dürfte.

35 Derartige Programme hat es bislang nicht im größeren Umfang gegeben und auch der fehlende Erfolg des Unterfangens, in Südeuropa für die deutsche duale Ausbildung zu werben, muss kein Gegenargument sein, weil Unionsbürger – anders als die Staatsangehörigen afrikanischer Staaten – anstelle einer langwierigen Ausbildung die Option einer direkten Einreise mit freiem Arbeitsmarktzugang besitzen.

Von der Zugangssteuerung durch legale Beschäftigungssituationen zu unterscheiden ist der Umgang mit Personen, die die Ausreisepflicht missachten und vom Staat nicht abgeschoben werden. Hier besteht – in Deutschland nicht anders als in den Vereinigten Staaten – ein Zielkonflikt zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung, den auch ein Einwanderungsgesetz nicht auflösen könnte.<sup>36</sup> Gewiss könnte man abgelehnten Asylbewerbern mit den GRÜNEN und den LINKEN in einem Einwanderungsgesetz einen leichteren Daueraufenthalt ermöglichen.<sup>37</sup> Zwingend ist dies jedoch nicht. So verband die *Obama*-Administration diverse Legalisierungskampagnen, die es in Deutschland bereits heute weitaus großzügiger gibt,<sup>38</sup> mit mehr Abschiebungen: In den Jahren 2008-2014 wurden mehr als 2,6 Mio. Menschen abgeschoben<sup>39</sup> – eine Zahl, die relativ rund vier Mal höher liegt als in der Bundesrepublik.<sup>40</sup> Ähnliche Debatten bestünden auch in Deutschland fort. Ein Einwanderungsgesetz wird den Zielkonflikt zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung nicht aufheben.

### 1.3. Einfache Regelungen und transparente Verfahren

Eine wiederkehrende Forderung der Debatte um ein Einwanderungsgesetz ist die Beschwerde über eine komplexe Gesetzeslage, die selbst juristische Fachleute bisweilen nicht mehr überschauen.<sup>41</sup> Dies trifft in vielerlei Hinsicht auch zu, weshalb im zweiten Teil dieses Beitrags konkrete Verbesserungsvorschläge unterbreitet werden, die jedoch aus strukturellen Gründen die Komplexität des deutschen Ausländerrechts nicht aufheben werden können. Diese ist nämlich vielfach europarechtlich vorgegeben<sup>42</sup> und reagiert ansonsten häufig auf rechtspolitische Bedürfnisse.<sup>43</sup> Die Vorstellung eines simplen Migrationsrechts dürfte ebenso eine Illusion bleiben wie die *Kirchhof*'sche Vision einer Steuererklärung auf einem Bierdeckel.<sup>44</sup>

Ein Blick in klassische Einwanderungsländer bestätigt den Befund, dass einfache Gesetzesregeln nur schwer erreichbar sind. So ist das US-amerikanische Migrationsrecht notorisch kompliziert<sup>45</sup> und auch Punktesysteme besitzen eine intuitive Verständlichkeit nur dann, wenn man die Einzelheiten ausblendet. So ist das kanadische Punktesystem durch Detailregelungen gekennzeichnet und wird durch diverse Sonderprogramme ergänzt.<sup>46</sup> Gleiches gilt für Australien, dessen Punktesystem den Zugang von qualifizierten Personen ohne Arbeitsvertrag maßgeblich von einer komplexen Skilled Occupations List (SOL) abhängig macht,<sup>47</sup> die sich nur graduell von den Ausnahmen für Mangelberufe nach § 6 II Nr. 2 BeschV oder den niedrigeren Gehaltsschwellen für bestimmte Berufsgruppen bei der Blauen Karte unterscheidet.<sup>48</sup> Die Umsetzung eines Punktesystems ist nicht viel einfacher als das deutsche Recht, weshalb sich der prominente liberale US-Ökonom *Julian Simon* wegen des bürokratischen Aufwands (und der Korruptionsanfälligkeit) gegen ein Punktesystem aussprach.<sup>49</sup>

Hinzu kommt, dass speziell Kanada durch eine sehr hohe Anzahl an Visaanträgen teils überlastet war, wenn es zwischen durch jahrelange Bearbeitungszeiten gab und aktuell rund 100.000 Inder jährlich auch ohne ein Arbeitsplatzangebot versuchen, über das Punktesystem nach Kanada einzuwandern.<sup>50</sup>

Australien und Kanada mögen leicht verständliche Websites haben, aber einreisewillige Personen nehmen häufig die Dienste von Anwälten und anderen Beratungsforen in Anspruch, um die komplexen Zugangsregeln zu bewältigen.<sup>51</sup> Ein wirkungsvolles Einwanderungsregime benötigt eine funktionsfähige Verwaltung, die in Deutschland derzeit nicht immer existiert: die Visaantragstellen im Ausland sind vielfach überlastet ebenso wie einige Ausländerbehörden,<sup>52</sup> die freilich zunehmend spezielle Willkommenszentren einrichten.<sup>53</sup>

Bei der administrativen Infrastruktur kann die Politik schon heute viel leisten, um die Abläufe einfacher und kundenfreundlicher zu gestalten, ohne hierfür Gesetze ändern zu müssen. Hinzu kommt, dass neue Gesetze für die Verwaltung immer auch einen Mehraufwand bedeuten, wenn die zahlreichen Mitarbeiter für neue Regeln geschult werden müssen. Ganz ähnlich wie das Zuwanderungsgesetz des Jahres 2004 erforderte ein neues Einwanderungsgesetz bei den Behörden zuerst einmal Ressourcen,<sup>54</sup> die nicht anderweitig für eine Dienstleistungskul-

36 Näher am Beispiel der Ausbildungsdundung nach § 60a II S. 4-11 AufenthG *Thym*, ZAR 2016, 241 (242 f.).

37 Vgl. BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (o. Fn. 5), durch Streichung des § 10 AufenthG; sinngemäß (und großzügiger) DIE LINKE (o. Fn. 7), S. 69, 124; offener SPD (o. Fn. 2), S. 60.

38 Siehe insb. § 18a, § 23a, § 25 IV 2, V, §§ 25a f., § 60a II S. 4-11, §§ 104a f. AufenthG sowie die Zahlen gem. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 18/11388 v. 7.3.2017, S. 11-34.

39 Vgl. U.S. Immigration and Customs Enforcement (ICE), Enforcement and Removal Operations Report, Fiscal Year 2015, 22.12.2015, S. 2.

40 Zu Deutschland zuletzt die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 18/11112 v. 9.2.2017.

41 So insb. die SPD (o. Fn. 2), S. 3: „flexibler, effizienter und nachvollziehbar“; und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (o. Fn. 5), S. 2: „liberalisiert, systematisiert und vereinfacht“; offener die CDU, Zusammenhalt stärken – Zukunft der Bürgergesellschaft gestalten, 28. Parteitag der CDU Deutschlands, 14.12.2015: bestehende Regeln sollen „widerspruchsfrei und besser miteinander verknüpft, in einem Gesetz zusammengeführt und im Ausland besser kommuniziert werden“; und die FDP (o. Fn. 4), S. 34: „geordnet [...] zusammengefasst“; siehe auch *Groß*, ZAR 2016, 262 (263).

42 Hierzu Abschnitt 2.1. (in diesem Heft).

43 Näher im zweiten Teil, Abschnitt 3.2. (im nächsten Heft).

44 Zur Diskussion im Bundestagswahlkampf 2005 sowie, danach erneut, 2011 siehe *Kaiser*, Die Rückkehr des Bierdeckels, Spiegel Online am 27.6.2011.

45 Zu den 22 Zugangsoptionen allein für Arbeitnehmer für eine (zuerst einmal) befristete Beschäftigung siehe, leicht zugänglich, <https://www.uscis.gov/working-united-states/temporary-nonimmigrant-workers> (letzter Zugriff am 1.7.2017).

46 Siehe *Ferrer/Picot/Riddell*, IM Rev. 48/2014, 846 (849-859); und *Gabriel* (o. Fn. 29), S. 143 ff.

47 Für die jeweils aktuelle Fassung siehe <http://www.border.gov.au>, deren Anwendung von einem Anerkennungsverfahren ähnlich der deutschen Qualifikationsanerkennung begleitet wird; näher *Hailbronner/Koslowski*, Models for Immigration Management Schemes, German Marshall Fund Paper Series 2008, S. 5 f.; sowie *Gnatzy*, ZAR 2001, 243 (247-249).

48 Vgl. § 19a I Nr. 3 AufenthG i. V. m. § 2 II BeschV.

49 Vgl. *Simon* (o. Fn. 31), S. 349-355.

50 Vgl. *Offer*, ZAR 2017, 29 (32); und *Kolb/Klausmann*, ZAR 2013, 239 (241).

51 Siehe *Martin/Abella/Kuptsch*, Managing Labour Migration in the Twenty-First Century, 2006, S. 68.

52 Aus der Praxis *Offer*, Verbesserungspotenzial der rechtlichen und verwaltungstechnischen Regelungen zur Zuwanderung nach Deutschland, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Faire Fachkräftezuwanderung nach Deutschland, 2017, S. 223 (224 f.).

53 Siehe *Steller/Kuhn*, ZAR 2013, 142-147; und *Griesbeck*, ZAR 2014, 181 (184-186).

54 Zur Unruhe, die die „Erlassflut“ schon heute vielfach in den Ausländerbehörden bewirkt, siehe die ethnografische Studie *Eule*, Inside Immigration Law, 2014, S. 51-56.

tur zur Verfügung stehen. Wer die Praxis reformieren will, muss nicht notwendig die Gesetze ändern.

#### 1.4. (Begrenzte) Werbung nach Außen

Es ist in gewisser Weise typisch deutsch, durch geänderte Gesetze mehr Zuwanderer nach Deutschland lenken zu wollen. Gewiss können symbolträchtige Maßnahmen wie die Verkündung eines „Einwanderungsgesetzes“ (*Immigration Act*) oder die Einführung eines Punktesystems für sich genommen eine Werbemaßnahme sein. Allein deren Wirkung sollte man nicht überschätzen. Dies zeigt auch die „Blaue Karte“, die bewusst der amerikanischen *Green Card* nachempfunden wurde und die bislang nur eine begrenzte Sogwirkung entfaltete.<sup>55</sup> Tatsächlich dürften zuwanderungswillige Hochqualifizierte nur selten den Gesetzeswortlaut lesen und sich stattdessen im Internet oder andernorts informieren. Ebenso wichtig sind daher Maßnahmen eines „Zuwanderungsmarketings“<sup>56</sup>, etwa verständliche Webseiten, die komplexe Gesetze nachvollziehbar erklären, wie der australische „Visa Finder“<sup>57</sup> oder das, kompliziertere, kanadische „Express Entry System.“<sup>58</sup> Bei der Gestaltung kann [www.make-it-in-germany.com](http://www.make-it-in-germany.com) durchaus mithalten, aber der Erfolg bleibt dennoch gering.

Ein Grund hierfür ist, dass die politischen Akteure (ebenso wie Rechtswissenschaftler) die Bedeutung der Gesetze für Migrationsentscheidungen überschätzen. Wer als Kind von einer Auswanderung nach Amerika träumte, dürfte von der Rechtslage nichts geahnt haben, sondern sich kulturell angezogen gefühlt haben. Ebenso wird der Gesetzeslage keine zentrale Rolle beimessen, wer als (hoch-)qualifizierter Migrant die Vorzüge verschiedener Zielländer rational abwägt, solange eine prinzipielle Aufenthaltssicherheit und der Familiennachzug gewährleistet sind.<sup>59</sup> Stattdessen zeigt die ökonomische Forschung,<sup>60</sup> dass größere Verdienstmöglichkeiten in Ländern mit einem flexiblen Arbeitsmarkt, berufliche Karrierechancen und niedrige Abgabenquoten die Wanderungsentscheidung von Fachkräften prägen (und nicht immer für Deutschland sprechen).<sup>61</sup> Hinzu kommen weiche Faktoren wie die schwere Sprache, das mittelmäßige Wetter oder auch die fehlende gesellschaftliche Offenheit im Vergleich zu Kanada oder den USA, deren Selbstverständnis durch Vielfalt geprägt ist.<sup>62</sup>

Eine Werbung um künftige Zuwanderung muss daher immer auch die Vorteile des „Migrationsstandorts Deutschland“ sorgfältig abwägen und entsprechend vermarkten. Hierzu gehört die kostenlose Universitätsbildung für die Studierenden als „Idealzuwanderer“<sup>63</sup> ebenso wie eine Zuwanderung aus den östlichen und südlichen Nachbarregionen der Europäischen Union, wenn die geografische und kulturelle Nähe sowie bestehende migrantische Communities von Spätaussiedlern, Türken und, künftig, auch von Syrern als Pull-Faktor zu Gunsten der Zuwanderung von (hoch)qualifizierten Personen aus diesen Staaten wirken,<sup>64</sup> während IT-Spitzenkräfte dem Silicon Valley im Zweifel den Vorzug gegenüber der Schwäbischen Alb geben. Es kann eine rationale Entscheidung sein, wenn eine Spitzenkraft eine Karriere mit einem höheren Nettoeinkommen in den liberalen Volkswirtschaften der angelsächsischen Welt dem

Standort Deutschland vorzieht. Auch das großzügigste Einwanderungsgesetz kann hieran nichts ändern.

#### 1.5. Symbolwirkung des Gesetzesnamens

Dass die Forderung nach einem Einwanderungsgesetz trotz des potentiell offenen Regelungsinhalts umstritten bleibt, liegt auch daran, dass das Präfix „Einwanderung“ in Deutschland traditionell als politische Positionierung verstanden wird, wenn etwa die viel wiederholte Aussage „Deutschland ist ein Einwanderungsland“ neben dem faktischen Hinweis auf frühere und aktuelle Einwanderungsprozesse immer auch ein normatives Bekenntnis zu Gunsten von mehr Zuwanderung und großzügigen Bleiberegeln enthält.<sup>65</sup> Insofern überrascht es nicht, dass CDU und CSU von einem „Dachgesetz“<sup>66</sup> sprechen oder betonen, dass die Zuwanderung „kontrolliert, gesteuert und begrenzt“<sup>67</sup> werden müsse. Die Bezeichnung als *Einwanderungsgesetz* wird als semantisches Signal für mehr Zuwanderung gedeutet. Zwingend ist dies jedoch nicht, weil man alternativ auch die zweite Worthälfte eines *Einwanderungsgesetzes* betonen kann und damit den staatlichen Steuerungsanspruch unterstreicht. Ein Einwanderungsgesetz kann, wie dargelegt, mit verschiedenen Inhalten gefüllt werden.

Hinzu kommt, dass Deutschland eigentlich schon längst ein solches Gesetz besitzt, das allerdings aus Gründen der politischen Rücksichtnahme den Begriff der „Einwanderung“ umging und stattdessen in einer sprachlichen Neuschöpfung von

55 Soweit ersichtlich folgt die Bezeichnung der EP-Forderung nach einem EU-Ansatz, der dem US-Modell folgt; vgl. EP, Bericht über ein EU-Konzept zur Verwaltung der Wirtschaftsmigration, EP-Dok. A6-0286/2005 v. 7.10.2005, S. 25.

56 Siehe SVR, Unter Einwanderungsländern, Jahresgutachten 2015, S. 43; und *de Maizièrre*, Brauchen wir ein neues Einwanderungsgesetz? Nein!, FAZ vom 9.2.2015, S. 6.

57 Siehe <https://www.border.gov.au/Trav/Visa-1> (letzter Zugriff am 1.3.2017).

58 Siehe <http://www.cic.gc.ca/english/immigrate/skilled/index.asp> (letzter Zugriff am 1.3.2017).

59 Das amerikanische H1B-Visum für Hochqualifizierte ist chronisch überlastet mit teils jahrelangen Wartezeiten und bürokratischen Verfahren, ohne dass dies die Attraktivität von „Silicon Valley“ und anderen Standorten nachhaltig geschwächt hätte.

60 Klassisch die Theorie der Selbstselektion nach *Borjas*, *Journal of Economic Literature* 32/1994, 1667 (1685-1693); auf Deutsch *Steinmann*, ZAR 2007, 222 ff.

61 Diesen Befund bestätigten in empirischen Studien *Brücker u. a.*, *The Determinants of Highly Skilled Migration. Evidence from OECD Countries 1980–2005*, in: ders./Docquier/Rapoport (Hrsg.), *Brain Drain and Brain Gain*, 2012, S. 66-104; *Cohen/Haberfeld/Irena*, *Israel Affairs* 17/2011, 7-20; und *Geis/Uebelmesser/Werding*, *Journal of Common Market Studies* 49/2011, 767 (779-785).

62 Vgl. *Zaletel*, *ELJ* 12/2006, 613 (628 ff.).

63 Vgl. SVR (o. Fn. 56), S. 44-51; und *Thym*, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, S. 192 f.

64 Siehe auch SVR, *Migrationsland* 2011, Jahresgutachten 2011, S. 51-58.

65 Exemplarisch *Bade*, ZAR 2010, 7 ff.; und, allgemein, *Schönwalder*, *Einwanderung und ethnische Pluralität*, 2001.

66 So die CDU, *Orientierung in schwierigen Zeiten – für ein erfolgreiches Deutschland und Europa*, 29. Parteitag der CDU Deutschlands, 6./7.12.2016; hingegen fordert CDU-Generalsekretär *Tauber* ein „Einwanderungsgesetz“; vgl. Interview „Man darf den Islam nicht pauschal verurteilen“, *Die Welt* vom 8.1.2015.

67 Vgl. die CSU (o. Fn. 10), S. 14.

„Zuwanderung“<sup>68</sup> sprach: das „Zuwanderungsgesetz“ des Jahres 2004.<sup>69</sup> Dessen einleitenden Zielbestimmung nach Maßgabe des heutigen § 1 AufenthG könnte man, ungeachtet eventueller Akzeptverschiebungen, unbeschadet in ein künftiges Einwanderungsgesetz übernehmen.

Nun könnte man erwägen, statt von einem Einwanderungsgesetz von einem „Migrationsgesetz“ oder, im Sinn einer Kodifikation, von einem „Migrationsgesetzbuch“ zu sprechen.<sup>70</sup> In gewisser Weise wäre dies die ehrlichere Formulierung, weil der Inhalt des deutschen Gesetzesrechts – ebenso wie in den Vereinigten Staaten oder Kanada – keineswegs jedem Ausländer ein Bleiberecht verspricht. Geregelt wird nicht nur die dauerhafte Niederlassung im Sinne einer Einwanderung, sondern auch der vorübergehende Aufenthalt oder die zwangsweise Abschiebung.<sup>71</sup> Dass gleichwohl der Einwanderungsbegriff so verbreitet ist, liegt auch daran, dass Gesellschaften dazu tendieren, das Migrationsgeschehen als eine einseitige Bewegung wahrzunehmen. Migranten erscheinen als potentielle Einwanderer, die im Zweifel bleiben möchten, obgleich diese Dauerhaftigkeit immer eine Fiktion war, in Amerika vor einem Jahrhundert ebenso wie bei den Gastarbeitern vor fünfzig Jahren.<sup>72</sup> Doch auch wenn die Bezeichnung als „Migrationsgesetz(-buch)“ inhaltlich durchaus passte, würde man damit einen wichtigen Vorteil eines neuen Namens verpassen.

Ein Mehrwert eines Einwanderungsgesetz(buch)s könnte – auch dann, wenn sich inhaltlich nicht viel änderte – die Signalwirkung gegenüber der eigenen Bevölkerung sein. Der Gesetzgeber nutzte insoweit die Sichtbarkeit des Einwanderungsbegriffs, um zu signalisieren, dass das gesellschaftliche Selbstverständnis sich auf Migration einzustellen hat.<sup>73</sup> Tatsächlich ist eine in diesem Sinn „symbolische“ Gesetzgebung nicht nur etwas Negatives, sondern gehört zur politischen Kommunikation, die immer auch von der diskursiven Zuspitzung lebt.<sup>74</sup> Eine Migrationsgesellschaft sollte derartige Debatten nicht scheuen, denn sie dienen als Treibmittel der Selbstvergewisserung.<sup>75</sup> Einwanderungsgesetzgebung sendet immer auch ein Signal, dass die Gesellschaft sich an eine (gesteuerte) Migration zu gewöhnen hat, ohne dass dies bedeutete, dass jeder kommen soll oder bleiben darf. Eine neuer Gesetzesname könnte einen Beitrag dazu leisten, das gesellschaftliche Selbstverständnis anzupassen – gemäß der alten Einsicht, dass aus den neu zugewanderten Arbeitern nicht nur Steuerzahler, sondern Mitbürger werden sollen, die an der Gemeinschaft teilhaben.

## 2. Rahmenbedingungen für eine Neuordnung

Eine zentrale Stellschraube für eine künftige Einwanderungsgesetzgebung ist die verbreitete Forderung nach einem Neuanfang bei der Wirtschaftsmigration. Diese gründet freilich auf einer doppelten Unterschätzung des bestehenden deutschen Erwerbsmigrationsrechts sowie dessen europarechtlicher Überformung. Es sind dies gänzlich andere Rahmenbedingungen als beim Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes. Speziell bei der Wirtschaftsmigration änderte sich seither Grundlegendes: Infolge wiederholter Reformen ist das deutsche Erwerbsmigrationsrecht heute großzügiger als sein Ruf. Eine Vereinfachung und

Liberalisierung lässt sich politisch leicht fordern, ist aber schwer umzusetzen. Ein Neustart würde wegen des Europarechts mehr Komplexität bewirken (hierzu 2.1.) und in den rechtlichen Details einen nur begrenzten Mehrwert entfalten (2.2.).

### 2.1. Europarecht erzwingt Komplexität

Anders als zum Zeitpunkt des Zuwanderungsgesetzes ist der deutsche Gesetzgeber heute nicht mehr frei. Nachdem die Mitgliedstaaten die Kommissionsvorschläge für die Wirtschaftsmigration anfangs noch ausgebremsst hatten, wurden zwischenzeitlich fünf Richtlinien zur Wirtschaftsmigration angenommen (Blaue Karte, Saisonarbeitnehmer, Verfahrens-Richtlinie, unternehmensinterne Transfers, Studierende und Forscher).<sup>76</sup> Diese bewirkten zwar nur selten eine rechtliche Umkehr, wenn speziell die Blaue Karte, auch auf deutschen Druck, dem rechtlichen Status quo ante weitgehend entsprach.<sup>77</sup> Dennoch prägt die Europäisierung das nationale Recht nachhaltig, weil die Richtlinien eine faktische Zementierung zahlreicher Detailvorschriften bewirken, die der nationale Gesetzgeber nicht mehr einseitig ändern kann. Die fünf genannten Richtlinien füllen zusammen nicht weniger als 92 dicht bedruckte Seiten im EU-Amtsblatt. All diese Details könnten durch ein Einwanderungsgesetz nicht mehr aufgehoben werden.

Worum es konkret geht, zeigt ein aktuelles Beispiel: Im Mai 2017 wurde ein Gesetzentwurf zur Umsetzung von drei der aufgeführten Richtlinien zur Arbeitsmigration veröffentlicht, der aufgrund der ausgefeilten EU-Vorgaben nicht weniger als zehn (!) neue Paragraphen einführt, für diverse Spezialkatego-

68 Der Begriff geht zurück auf den Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“, 2001 und besaß davor keine etablierte Bedeutung; so umfasste die Brockhaus-Enzyklopädie, Bd. 24 (19. Aufl. 1994) keinen Eintrag zum Stichwort „Zuwanderung“, das [www.duden.de](http://www.duden.de) heute als Synonym für die Einwanderung und den Zuzug nennt; bezeichnenderweise übersetzte das BMI auf seiner Webseite „Zuwanderungsgesetz“ schon vor über zehn Jahren mit „immigration act/law“.

69 Der offizielle Titel lautet Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Ausländern und Unionsbürgern vom 30.7.2004 (BGBl. 2004 I 1950); es handelte sich um ein Artikelgesetz, das insb. das AufenthG, FreizügG/EU und auch das heutige AsylG teils grundlegend umgestaltete.

70 Hierzu Abschnitt 3.1. (im nächsten Heft).

71 In diesem Sinn bereits zum „Migrationsrecht“ als Prozess des Statuswandels, dessen Verlauf immer auch abhängig von den Umständen des Einzelfalls ist, Thym (o. Fn. 63), S. 8-14, 18-23.

72 Zur jedenfalls vorübergehenden Rückkehr aus den USA siehe Wimmer/Schiller, IM Rev. 37/2003, 576 (590-592); nach dem italienischen Statistikamt kehrten bis 1975 über die Hälfte der Gastarbeiter zurück, vgl. Rieker, Die italienische Einwanderung in die Bundesrepublik, 2003, 106; im Jahr 2015 verließen rund 300.000 Unionsbürger die Bundesrepublik, während zugleich 600.000 zuzogen, vgl. BAMF Freizügigkeitsmonitoring, Jahresbericht 2015, S. 10 f.

73 Näher Thym, VVDStRL 76/2017, 169 (196-202).

74 Vgl. Kindermann, Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung, in: Voigt (Hrsg.), Politik der Symbole, 1989, S. 257-274.

75 Siehe Thym (o. Fn. 73), S. 199-202; und Becker, Der Landkreis 2016, 275 (277).

76 Hochqualifizierten-Richtlinie 2009/50/EG (ABl. 2009 L 155/17); Saisonarbeitnehmer-Richtlinie 2014/36/EU (ABl. 2014 L 94/375); Verfahrens-Richtlinie 2011/98/EU (ABl. 2011 L 343/1); ICT-Richtlinie 2014/66/EU (ABl. 2014 L 157/1); Forscher- und Studierenden-Richtlinie (EU) 2016/801 (ABl. 2016 L 132/21).

77 Exemplarisch die Option (nicht: Pflicht) einer Vorrangprüfung nach Art. 8 II RL 2009/50/EG; sowie Kuczynski/Solka, ZAR 2009, 219-229.

rien wie die Mobilität von Forschern, unternehmensinternen Transfers, Studierenden, Sprachkursteilnehmern, studienbegleitenden Praktikanten und Teilnehmern des Freiwilligendienstes.<sup>78</sup> Das Ergebnis ist für Freunde eines einfachen Gesetzesrechts geradezu verstörend, weil der Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung künftig rund 2.800 Wörter umfassen wird, zehnmal so viel wie im Zuwanderungsgesetz.<sup>79</sup>

Für die Erwerbsmigration gilt mithin dasselbe wie für andere Bereiche des nationalen Rechts: Die Rechtsordnung verstrickt sich in einer zunehmend komplexen Normenflut,<sup>80</sup> wobei es in Zeiten der Europäisierung immer schwieriger wird, der Komplexität durch nationale Kodifikationen zu entgehen.<sup>81</sup> Verstärkt wird dies dadurch, dass die europäischen Vorgaben nicht immer miteinander abgestimmt sind, sodass ein Wildwuchs divergierender supranationaler Vorgaben zu ähnlichen Rechtsproblemen zu einer frustrierenden Unübersichtlichkeit führt,<sup>82</sup> die die Tradition verständlicher Gesetzbücher praktisch unerreichbar werden lässt. Das Zuwanderungsgesetz zimmerte ein umfassendes Gesetz am Vorabend der Europäisierung, als eine nationale Handlungsfreiheit noch bestand, die heute verloren ist.<sup>83</sup> In der Gegenwart zwingt das Europarecht zur Komplexität.

Aufgrund der supranationalen Vorgaben besäßen ein deutsches „Einwanderungsgesetz“ oder ein „Migrationsgesetzbuch“ heute vorrangig eine symbolische Zielrichtung, die die einfachgesetzliche Komplexität infolge der Richtlinien nicht aufheben könnte.<sup>84</sup> Wer das Erwerbsmigrationsrecht nachhaltig vereinfachen wollte, kann nicht länger auf nationale Lösungen setzen, sondern muss eine Vereinfachung auf europäischer Ebene anstreben. Ganz in diesem Sinn verfolgt etwa die Kommission das vage Ziel eines „Einwanderungskodex“ (*Immigration Code*),<sup>85</sup> der als europäisches Rahmenwerk den aktuellen Flickenteppich divergierender Richtlinienbestimmungen in ein (halbwegs) stimmiges Gesamtpaket überführte.<sup>86</sup> Aktuell scheint das Vorhaben jedoch in einen Dornröschenschlaf verfallen zu sein, zumal die jüngsten Richtlinien eine größere Komplexität vorgeben und damit ein einfaches Einwanderungsrecht unerreichbar werden lassen.

## 2.2. Abkehr vom Anwerbestopp

Seit den 1970er-Jahren besaß Deutschland ein restriktives Erwerbsmigrationsrecht, dessen Ausrichtung auch die überarbeitete Endfassung des Zuwanderungsgesetzes nicht änderte. Bei einer analytischen Gesamtschau des positiven Rechts war das deutsche Erwerbsmigrationsrecht durch einen Dreisatz von grundsätzlichem Anwerbestopp, Vorrangprüfung sowie Ermessen der Ausländerbehörden geprägt.<sup>87</sup> Durchaus treffend fasste die Bundesregierung die Situation im November 2007 zusammen, als sie in die vorläufigen Anwendungshinweise zum AufenthG in der Fassung des Zuwanderungsgesetzes formulierte: „§ 18 schreibt den seit 1973 geltenden Anwerbestopp für ausländische Arbeitnehmer fort.“<sup>88</sup> Hiervon kann heute ganz unabhängig vom Europarecht keine Rede mehr sein. Die genannten drei Elemente der früheren Rechtslage wurden in den letzten Jahren schrittweise umgestaltet.

**Arbeitsmarktöffnung:** Bis zum heutigen Zeitpunkt normiert § 18 III f. AufenthG, dass der deutsche Arbeitsmarkt prinzipiell verschlossen bleibt, soweit nicht in zwischenstaatlichen Vereinbarungen oder der Beschäftigungsverordnung (BeschV) eine Öffnung für bestimmte Berufsgruppen normiert wird. Solche Ausnahmen gab es früher nur im beschränkten Umfang, etwa für Spezialitätenköche oder wissenschaftliches Personal.<sup>89</sup> Dies änderte sich freilich 2007, als eine allgemeine Arbeitsmarktöffnung für alle Bildungsinländer erfolgte.<sup>90</sup> Diesem Modell folgte der Gesetzgeber in den Folgejahren wiederholt und durchlöchernte damit den Anwerbestopp durch generalisierte Ausnahmen für immer weitere Personenkreise oder neue gesetzliche Zulassungstatbestände,<sup>91</sup> darunter die Blaue Karte des Jahres 2012, die vor allem für Hochschulabsolventen greift,<sup>92</sup> und die pauschale Öffnung 2013 für Mangelberufe, die kein Studium voraussetzen.<sup>93</sup> Für qualifizierte Beschäftigte hat sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis seither umgekehrt: vom alten Zulassungsstopp ist wenig übrig.

**Vorrangprüfung:** Seit Jahren steht die Vorrangprüfung als eine bürokratische Hürde in der Kritik. Dies mag in Teilbereichen bis heute zutreffen, sollte jedoch nicht verdecken, dass die

78 Vgl. §§ 16a, 16b, 17b, 18d, 19b-d, 20a-c AufenthG i.d.F. G. v. 12.5.2017 (BGBl. 2017 I 1106), das am 1.8.2017 in Kraft trat.

79 §§ 16 f. AufenthG i.d.F. d. G. v. 30.7.2004 (BGBl. 2004 I 1950) umfassten 292 Wörter; die aktuelle Zählung betrifft §§ 16-17b i.d.F. G. v. 12.5.2017 (o. Fn. 78).

80 Instruktiv Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), GVWR I, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 98-102.

81 Unabhängig vom Migrationsrecht Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem u. a. (o. Fn. 80), § 3 Rn. 55.

82 Anschaulich Hecker, ZAR 2011, 46 (48 f.); siehe auch Bergmann, ZAR 2013, 318 (322-324).

83 Siehe auch Bast, DÖV 2013, 214 (220 f.).

84 Entgegen anderslautender Beteuerungen bewirkt der Gesetzentwurf der GRÜNEN (o. Fn. 5) keine strukturelle Vereinfachung, weil das AufenthG nur punktuell geändert wird.

85 So der Vorschlag in der Mitteilung der Kommission, KOM(2009) 262 vom 10.6.2009, S. 28; indirekt aufgegriffen vom Europäischen Rat, Stockholmer Programm (ABl. 2010 C 115/1), Abschn. 6.1.4: „Konsolidierung der gesamten Rechtsvorschriften im Bereich der Einwanderung, beginnend mit der legalen Migration“; bekräftigt in der Mitteilung der Kommission, KOM(2010) 171 v. 20.4.2010, S. 8, ohne dass seither Aktivitäten in die Richtung unternommen worden wären.

86 Für eine mögliche Regelung, deren Änderungsvorschläge rechtspolitisch freilich umstritten sein dürften, siehe Peers, EJML 14/2012, 33-61.

87 Ausführlicher Thym (o. Fn. 63), S. 140-179.

88 Nr. 18.1. von BMI, Vorläufige Anwendungshinweise zum Aufenthaltsgesetz und zum Freizügigkeitsgesetz/EU vom 2.11.2007; dies beschrieb die Logik hinter dem positiven Recht, das sich seit dem Anwerbestopp wiederholt geändert hatte, sodass es keinen förmlichen Rechtsakt gab, der durchgehend galt; instruktiv zur Endfassung des Zuwanderungsgesetzes Feldgen, ZAR 2006, 168 (172-177).

89 Die Erstfassung der BeschV v. 22.11.2004 (BGBl. 2004 I 2937) stimmte weitgehend mit den früheren Regelungen nach §§ 284-286 SGB III a.F. sowie der Anwerbestoppausnahmeverordnung v. 17.9.1998 (BGBl. 1998 I 2893) überein; Einzelheiten bei Renner, Ausländerrecht in Deutschland, 1998, S. 388 ff.

90 Vgl. die Hochschulabsolventen-Zugangsverordnung v. 9.10.2007 (BGBl. 2007 I 2337).

91 Siehe insb. G. v. 30.12.2008 (BGBl. 2008 I 2846), VO v. 23.12.2009 (BGBl. 2009 I 3937), G. v. 1.6.2012 (BGBl. 2012 I 1224), VO v. 6.6.2013 (BGBl. 2013 I 1499) sowie, zuletzt, G. v. 12.5.2017 (o. Fn. 78).

92 Vgl. § 19a AufenthG i.d.F. G. v. 1.6.2012 (o. Fn. 91).

93 Vgl. § 6 II 1 Nr. 2 BeschV i.d.F. VO v. 6.6.2013 (o. Fn. 91).

Vorrangprüfung für immer mehr Konstellationen abgeschafft wurde.<sup>94</sup> Darüber hinaus wurde 2012 eine Zustimmungsfiktion eingeführt, infolge derer die Vorrangprüfung als erfolgreich durchlaufen gilt, wenn die Arbeitsverwaltung nicht binnen 14 Tagen aktiv widerspricht; Schweigen gilt seither als Zustimmung.<sup>95</sup> Auch ohne Vorrangprüfung wird zwar teils weiterhin eine Gleichwertigkeitsprüfung verlangt,<sup>96</sup> doch gibt es hierfür durchaus gute rechtspolitische Gründe. Speziell bei einem geringeren Qualifikationsniveau soll verhindert werden, dass die Anstellung von Ausländern zu einer Abwärtsspirale beim Lohnniveau und den Beschäftigungsbedingungen führt.

*Ermessen im Einzelfall:* Traditionell bekräftigte ein Ermessen im Einzelfall die weite Entscheidungsfreiheit der Ausländerbehörden.<sup>97</sup> Auch hiervon blieb freilich wenig übrig. Zum einen ist die Verwaltung heute aufgrund der geänderten politischen Rahmenbedingungen auch dann großzügiger, wenn formal Ermessen fortbesteht. Zum anderen gibt es inzwischen vielfache Rechtsansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, insbesondere für Hochqualifizierte und die Blaue Karte.<sup>98</sup> Dies bestätigt erneut, dass der Anwerbestopp überwunden ist. Ganz in diesem Sinn schlussfolgerte jüngst auch die OECD, dass die Bundesrepublik „mittlerweile eines der OECD-Länder mit den geringsten Beschränkungen für die beschäftigungsorientierte Zuwanderung hochqualifizierter Fachkräfte [ist].“<sup>99</sup>

Es wird im zweiten Teil dieses Beitrags auszuführen sein, wo trotz dieser vielfachen Änderungen und der europarechtlichen Überformung noch Raum für künftige Reformen verbleibt. Hierbei könnte die rechtlich erfolgte Abkehr vom Anwerbestopp mit den genannten Prüfungsmerkmalen auch offiziell in der Gesetzesstruktur nachgezeichnet werden, ergänzt um weitere Liberalisierungen. Darüber hinaus könnten symbolische Neuerungen die großzügige Grundstruktur öffentlichkeitswirksam vermarkten helfen: etwa in Form eines Punktesystems, eines Migrationsgesetzbuchs oder durch eine „Schwarz-Rot-Gold-Karte“. Entsprechende Überlegungen und Vorschläge werden im Zentrum des zweiten Teils stehen.<sup>100</sup>

94 Sie entfällt insb. für die meisten Situationen einer Blauen Karte, für Bildungsinländer, Forscher und Mangelberufe nach § 2 I Nr. 2 f., § 5, § 6 III BeschV sowie für Asylbewerber und Geduldete in bestimmten Regionen generell und ansonsten nach 15 Monaten nach § 32 V BeschV.

95 Vgl. den heutigen § 36 II BeschV, der auf § 14a BeschVerfV i.d.F. G. v. 1.6.2012 (o. Fn. 91) zurückgeht.

96 Vgl. § 39 II Nr. 1 Buchst. b AufenthG; wenn in der BeschV davon gesprochen wird, dass eine Erwerbstätigkeit „keiner Zustimmung bedarf“, sind Vorrang- und Gleichwertigkeitsprüfung hinfällig, während letztere fort gilt, wenn die „Zustimmung ohne Vorrangprüfung“ zu erteilen ist.

97 Bis heute ist dies normiert in § 18 II AufenthG: „kann [...] erteilt werden“.

98 Siehe § 19a I AufenthG; ebenso § 18b, § 19, § 20 AufenthG.

99 OECD, Zuwanderung ausländischer Arbeitskräfte: Deutschland, 2013.

100 Dieser folgt in Heft 9/2017 der ZAR.

Prof. Dr. Daniel Thym, Konstanz\*

## Einwanderungsgesetzgebung: Chancen und Illusionen (Teil 2)

*Mit der Diskussion um ein „Einwanderungsgesetz“ möchte die deutsche Politik nicht nur die Fachkräftezuwanderung regeln, sondern sucht zugleich eine Antwort auf die Herausforderungen des sonstigen Migrationsgeschehens. Nachdem der erste Teil des vorliegenden Beitrags diesen erweiterten rechtspolitischen Kontext in den Blick nahm,<sup>1</sup> behandelt der nachfolgende Text am Beispiel der Wirtschaftsmigration konkrete Reformoptionen. Es geht darum festzustellen, wo bei der Fachkräftezu-*

*wanderung ein Handlungsbedarf besteht und wie dieser gesetzgeberisch umgesetzt werden kann.*

---

\* Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. (London) ist Inhaber des Lehrstuhls für Europa- und Völkerrecht, Direktor des Forschungszentrums Ausländer- & Asylrecht und Mitglied des Exzellenzclusters „Kulturelle Grundlagen von Integration“ an der Universität Konstanz.

1 Siehe die Veröffentlichung in Heft 8/2017 der ZAR, S. 297.

### 3. Potential für künftige Reformen

Im ersten Teil wurde dargelegt, dass ein gesetzgeberischer Befreiungsschlag bei der Wirtschaftsmigration wegen der wiederholten Reformen der letzten Jahre im rechtlichen Detail nicht notwendig und wegen der zwischenzeitlichen Überlagerung durch fünf EU-Richtlinien auch nicht möglich ist.<sup>2</sup> Daher wird eine Reform, so diese politisch gewünscht ist, inkrementell vorgehen müssen, indem sie die bestehenden Regelungen einfacher und großzügiger gestaltet und, ergänzend, auf symbolische Änderungen setzt, die eine Signalwirkung nach innen und außen entfalten. Handlungsoptionen hierfür werden nachfolgend am Beispiel der Wirtschaftsmigration verdeutlicht, die zu reformieren CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP in ihren Wahlprogrammen übereinstimmend versprochen. Es geht nachfolgend um den Gesetzesnamen (hierzu 3.1.), eine einfachere Gesetzesstruktur (3.2.), großzügigere Zulassungsregeln (3.3.) und flankierende Maßnahmen (3.4.). Zu einem Gesamtpaket kann ein Punktesystem auch dann gehören, wenn es keinen inhaltlichen Mehrwert verspricht (3.5.), zumal die Symbolwirkung ebenso gut durch eine „Schwarz-Rot-Gold-Karte“ erreicht werden könnte (3.6.).

#### 3.1. Einwanderungsgesetz: Spezialregelung, Artikelgesetz oder Kodifikation?

Für ein eventuelles „Einwanderungsgesetz“ sind mindestens drei Modelle einer unterschiedlichen Gesetzeskonstruktion denkbar. Erstens könnte man ein solches Gesetz nach dem SPD-Vorschlag darauf beschränken, die Erwerbsmigration neu zu regeln, etwa mit einem Punktesystem.<sup>3</sup> Rechtlich ist dies möglich, begegnet jedoch dem Einwand, dass der Begriff der „Einwanderung“ im öffentlichen Diskurs weiter verstanden wird und sich auch die Befürworter eines Punktesystems von diesem in der Regel eine indirekte Entlastung des Asylsystems versprechen – eine Erwartung, die allenfalls begrenzt eintreten dürfte, weil ein Punktesystem für Fachkräfte das sonstige Migrationsgeschehens nur partiell beeinflusst.<sup>4</sup> Dies ist wohlgerne kein Plädoyer gegen eine reformierte Erwerbsmigration oder ein Punktesystem, wohl jedoch die Empfehlung, mit einem Einwanderungsgesetz nicht nur die Wirtschaftsmigration zu regeln.

Zweitens könnte ein „Einwanderungsgesetz“ als Artikelgesetz verabschiedet werden, das Reformen in verschiedenen Teilbereichen des Migrationsrechts umfasst, unter Einschluss der Wirtschaftsmigration. Die bisherigen Gesetze bestünden fort, würden jedoch geändert und einfacher gestaltet. Diesem Modell folgte bereits das „Zuwanderungsgesetz“ des Jahres 2004, das als Rahmenordnung verschiedene Einzelgesetze teils grundlegend reformierte, nicht jedoch ein dauerhaftes Gesetzeswerk namens Zuwanderungsgesetz etablierte: In der Praxis angewandt werden seither das AufenthG, das StAG, das FreizügG/EU und das heutige AsylG.<sup>5</sup> Ganz ähnlich verfuhr der Bundesgesetzgeber 2016 mit dem „Integrationsgesetz“, das diverse Gesetze punktuell änderte, im Übrigen aber kein Vorbild für ein Einwanderungsgesetz darstellt, weil der Gesetzesname eine grundlegende Reform suggerierte, die – anders als beim Zuwanderungsgesetz – in der Sache nicht geleistet

wurde.<sup>6</sup> Einen ähnlichen Weg verfolgen die GRÜNEN, die das Aufenthalts- zum Einwanderungsgesetz umbenennen und beim Inhalt, abgesehen von wichtigen Details, alles beim Alten belassen möchten.<sup>7</sup>

Drittens könnte der Bundesgesetzgeber eine Kodifikation des geltenden Rechts im Sinn eines „Migrations-“ oder „Einwanderungsgesetzbuchs“<sup>8</sup> erwägen, das nicht nur punktuell einzelne Regeln änderte, sondern eine neue, leichter verständliche Gesetzesstruktur einführte, die ähnlich wie im Sozialrecht auch verschiedene Bücher oder Teilbereiche umfassen könnte. Ein solches Vorhaben begegnete freilich den aufgeführten Problemen, die jede Vereinfachung erschweren.<sup>9</sup> So etablierte das Zuwanderungsgesetz in der Tradition der klassischen Gesetzeskodifikationen einen „Allgemeinen Teil“ der Aufenthaltstitel mit Visum, Aufenthaltserlaubnis und Niederlassungserlaubnis, der inzwischen durch sieben Titel überlagert wurde.<sup>10</sup> Exemplarisch zeigt das Nebeneinander von unbefristeter Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG) und der vergleichbaren Daueraufenthaltserlaubnis/EU (§§ 9a-c AufenthG), dass eine kodifikatorische Vereinfachung illusorisch bleibt, solange das Unionsrecht eine Fusion der beiden Titel verhindert.<sup>11</sup>

#### 3.2. Vereinfachte Gesetzesstruktur

Dennoch könnte der Gesetzgeber gerade bei der Erwerbsmigration eine strukturelle Vereinfachung erwägen, die die einfachgesetzliche Abkehr vom Anwerbestopp nicht länger versteckt in den Detailvorschriften der Beschäftigungsverordnung regelte,<sup>12</sup> sondern die Struktur der §§ 18-21, 39-42 AufenthG anpasste. So könnte man das Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren,

2 Hierzu Abschnitt 2.1. und 2.2. = Thym, ZAR 2017, 297 (302 ff.).

3 In diesem Sinn die SPD, Entwurf eines Einwanderungsgesetzes, 7.11.2016.

4 Hierzu bereits die Abschnitte 1.1. und 2. = Thym, ZAR 2017, 297 (298, 302 ff.).

5 Zuwanderungsgesetz v. 30.7.2004 (BGBl. 2004 I 1950).

6 Stattdessen normierte das G. v. 31.7.2016 (BGBl. 2016 I 1639) punktuelle und teils zeitlich befristete Reaktionen auf die Flüchtlingskrise im Sinne eines „Asylpakets III“, die rechtspolitisch durchaus Gewicht hatten, aber keine strukturelle Neuausrichtung der Integrationspolitik bewirkten; hierzu bereits Thym, ZAR 2016, 241 (241 ff.).

7 BÜNDNIS/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/11854 v. 4.4.2017 will den Titel, den Gesetzeszweck und einige Regeln zur Erwerbsmigration, abgelehnten Asylbewerbern, zu dem Familiennachzug und der Einbürgerung ändern, die Grundstruktur sowie die allermeisten sonstigen Bestimmungen ansonsten jedoch unverändert lassen.

8 So explizit die der FDP, Schauen wir nicht länger zu, Wahlprogramm 2017, Mai 2017, S. 34, wobei mangels Hinweisen zu konkreten Inhalten unklar bleibt, ob es um ein Artikelgesetz oder eine Neukodifikation geht; sinngemäß der abstrakte Verweis auf ein „Dachgesetz“ bei CDU, Orientierung in schwierigen Zeiten, Leitantrag für den 29. Parteitag, 6./7.12.2016 bzw. ein „Gesetzespaket“ bei de Maizièrre, Interview, RP Online am 10.5.2017.

9 Hierzu bereits Abschnitt 1.3. und 2.1. = Thym, ZAR 2017, 297 (300, 302 f.). Vgl. § 4 I AufenthG.

11 Der Bundesgesetzgeber könnte nicht auf die Niederlassungserlaubnis verzichten und stattdessen alle Ausländer auf die Daueraufenthaltserlaubnis/EU verweisen, weil letztere nach Art. 3 II RL 2003/109/EG bestimmte Personengruppen nicht umfasst und weitergehende nationale Regelungen nach Art. 13 ebd. in gesonderten Titeln niedergelegt werden müssen; vgl. Thym, Long Term Residents Directive 2003/109/EC, in: Hailbronner/ders. (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law. Commentary, 2. Aufl. 2016, Art. 13 Directive 2003/109/EC Rn. 2-4.

12 Hierzu Abschnitt 2.2. = Thym, ZAR 2017, 297 (303 f.).

indem der Arbeitsmarkt als generell geöffnet gilt und auch eine Vorrangprüfung nicht stattfindet, solange im AufenthG bzw. der BeschV nichts anderes niedergelegt ist – ganz ähnlich wie beim Gesetzentwurf der GRÜNEN.<sup>13</sup> Soweit bei einer qualifizierten Beschäftigung an der Gleichwertigkeitsprüfung festgehalten wird, könnte diese nachgelagert erfolgen, sodass der neue Job ohne BA-Beteiligung schnell angetreten werden könnte.<sup>14</sup> Für Hochqualifizierte könnte die Ermessensvorschrift des § 18 II, IV AufenthG durch eine „einladende“ Formulierung ersetzt werden,<sup>15</sup> die man mit der Verleihung einer „Schwarz-Rot-Gold-Karte“ oder einer vergleichbaren neuen Bezeichnung verbinden könnte, die verschiedene Formen der Erwerbsmigration ungeachtet der Unterschiede im Detail unter einem einheitlichen Dach zusammenführte.<sup>16</sup>

### 3.2.1. Abbau unnötiger Komplexität

Darüber hinaus könnte man im Gesetzestext unnötige Komplexität abbauen. Das beginnt damit, dass der Name einer umgesetzten EU-Richtlinie nicht im Gesetzeswortlaut wiedergegeben werden muss.<sup>17</sup> Weitere Vereinfachungen wären denkbar, wenn man die Tatbestandsvoraussetzungen für vergleichbare Situationen anpasste. Ein Beispiel sind die Regeln zur privilegierten Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach 24 Monaten für Bildungsinländer, 21 bzw. 33 Monaten bei einer Blauen Karte sowie 36 Monaten für Beamte und Selbstständige.<sup>18</sup> Dies könnte man problemlos vereinfachen, solange die Politik bereit ist, sich auf einen gemeinsamen Standard zu einigen, etwa 30 Monate.<sup>19</sup>

Wenn man darüber hinaus, auch außerhalb der Wirtschaftsmigration, die Rechtslage entschlacken wollte, müsste der Gesetzgeber sich bereitfinden, auf Sonderregelungen für Personengruppen zu verzichten, die teils auf rechtspolitische Befindlichkeiten reagieren. Dies gilt etwa für die Statusverfestigung von GFK-Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten, die eine Niederlassungserlaubnis nach privilegierten, aber dennoch abgestuften und zudem komplexen Voraussetzungen erhalten.<sup>20</sup> Soweit der politische Wille bestünde, auf derartige Sonderregelungen für bestimmte Gruppen zu verzichten, wäre eine Vereinfachung machbar. Sinnvoll ist dies freilich nur dann, wenn es keine Sachgründe für die Sonderbehandlung gibt, was in vielen Fällen politisch umstritten sein dürfte.<sup>21</sup>

Abbauen könnte man zudem ebenenübergreifende Asymmetrien, wenn innerstaatlich die frühere Gesetzesstruktur fortwirkt, obgleich diese zwischenzeitlich durch EU-Recht überlagert wird. Dies gilt etwa für die Abschiebungshaft, die auf nationale Haftgründe rekurriert, die nur partiell mit den Vorgaben der Rückführungs-Richtlinie übereinstimmen.<sup>22</sup> Eine Neuordnung dieser Bestimmungen auf nationaler Ebene könnte sich am Unionsrecht orientieren und mit der ebenenübergreifenden Konvergenz auch die Gesetzesanwendung in der Praxis erleichtern. Als Vorbild hierfür kann die Reform des Ausweisungsrechts dienen, dessen starres System von Ist-, Regel- und Ermessenausweisung schon seit Jahren infolge unions- und menschenrechtlicher Vorgaben nicht mehr angewandt wurde,<sup>23</sup> bis im Jahr 2015 das einfache Gesetz den Wandel nachvollzog.<sup>24</sup>

### 3.2.2. Grenzen der Vereinfachung

Vielfach stößt das Vereinfachungspotential freilich an die Grenzen des Europarechts. Exemplarisch zeigen dies die Mobilitätsregeln für Studierende und Forscher, die jüngst eine Hyper-Komplexität erreichten, weil dieselbe Richtlinie unterschiedliche Mobilitätsformen normiert,<sup>25</sup> die der Bundesgesetzgeber allenfalls in einer Vorschrift zusammenfassen könnte.<sup>26</sup> Wenn man zudem Nachweis- und Mitteilungspflichten vom Gesetz in die Aufenthaltsverordnung verlagerte,<sup>27</sup> wäre ein wenig Einfachheit zurückgewonnen.<sup>28</sup> Es ist bedauerlich, dass der Gesetzgeber diesen Weg nicht schon im Frühjahr 2017 beschritt, als nur die Saisonarbeit vorrangig im Verordnungswege geregelt wurde.<sup>29</sup> Wenn dies künftig häufiger passierte, könnte die europarechtlich erzwungene Komplexität dennoch mit einer halbwegs einfachen Gesetzeslage kombiniert werden.

13 Vgl. § 18 II-IV EinwG-E-GRÜNE (o. Fn. 7), wenn auch aufgrund einer weitgehenden Liberalisierung auch bei einer mittleren sowie einer nicht vorhandenen Qualifikation.

14 Sinngemäß *Maier-Borst*, ZAR 2008, 126 (129); aktuell fordert § 29 AufenthG eine vorherige Gleichwertigkeitsprüfung auch dann, wenn die Vorrangprüfung nicht gilt.

15 So § 18 III EinwG-E-GRÜNE (o. Fn. 7) aufgrund eines (sehr) weiten Qualifikationsbegriffs; ähnlich für die Bildungsmigration § 15b, wobei nach § 17 ebd. nur für die betriebliche Ausbildung – nicht jedoch für Studierende – eine Ausweitung stattfindet.

16 Hierzu später Abschnitt 3.6.

17 Anders derzeit insb. § 16 I, § 19a I, § 20 I AufenthG, obgleich Art. 23 I RL 2009/50/EG und Art. 40 II RL (EU) 2016/801 die Form der Inbezugnahme freistellen, die mithin auch im BGBl. erfolgen kann.

18 Vgl. § 18 IVa, § 18b, § 19a VI, § 21 IV AufenthG.

19 Gesetzlich verankert werden könnte die einheitliche Regel in *einer* Formulierung in § 9 AufenthG, um die speziellen Vorschriften zu entlasten.

20 Vgl. § 26 III AufenthG i.d.F. G. v. 31.7.2016 (o. Fn. 6).

21 Der Wunsch nach Einzelfallgerechtigkeit ist allgemein ein wichtiger Grund für die zunehmende Komplexität der Rechtslage, vgl. *Reimer* in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), *GVwR I*, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 102.

22 § 62 III Nr. 1a-5 AufenthG lassen sich weitgehend unter die doppelte EU-Vorgabe einer Flucht- bzw. Obstruktionsgefahr nach Art. 15 I RL 2008/115/EG subsumieren, verwenden jedoch eine andere Begrifflichkeit, wobei freilich § 62 II, III Nr. 1 AufenthG nach Art. 2 I, II Buchst. a RL 2008/115/EG nicht dem Unionsrecht unterfällt und daher mit eigenen Begriffen geregelt werden könnte (nicht aber müssen).

23 Siehe insb. BVerwGE 129, 367; und BVerwGE 130, 20; sowie *Thym*, DVBl. 2008, 1346 ff.

24 Vgl. §§ 53 ff. AufenthG i.d.F. G. v. 27.7.2015 (BGBl. 2015 I 1386); zum Hintergrund *Bergmann/Dörig*, Vorschlag zur Änderung des Ausweisungsrechts, 2014.

25 Vgl. Art. 27-32 Richtlinie (EU) 2016/801 abgestuft nach Personengruppen und kurz- bzw. langfristiger Mobilität; ebenso Art. 20-23 Richtlinie 2014/66/EU.

26 Dies gilt etwa für die Nachweisanforderungen in § 16a für Studierende, §§ 19c f. für unternehmensinterne Transfers, §§ 20a f. für Forscher; ein Vorbild bieten die einheitlichen Ablehnungsregeln für mehrere Gruppen nach § 20c AufenthG.

27 Insb. § 16a I 2, II, VI, § 17b I Nr. 2, § 19c I f., § 20a I 2, II AufenthG würden entlastet, wenn man nach dem Modell des § 38c AufenthV die Mitteilungspflichten nicht im Gesetz regelte; die Adressaten, Hochschulen und Unternehmen, orientieren sich bereits heute vielfach an Verordnungen.

28 Europarechtlich genügt Verwaltungsrecht als materielles Gesetzesrecht mit Außenwirkung (anders als Verwaltungsvorschriften) der Umsetzungspflicht; vgl. zur notwendigen Transparenz EuGH, Kommission ./ Deutschland, C-96/95, EU:C:1997:165, Rn. 35; anders zu Verwaltungsvorschriften EuGH, Kommission ./ Deutschland, C-361/88, EU:C:1991:224, Rn. 13-17.

29 Vgl. § 39 VI AufenthG i.V.m. § 15a BeschV i.d.F. VO v. 1.8.2017 (BGBl. 2017 I 3066).

Eine Auslagerung verschiedener Detailvorschriften in Rechtsverordnungen würde nicht nur den Gesetzestext vereinfachen, sondern zugleich eine flexible Anpassung ermöglichen. Dies gilt freilich auch umgekehrt: Aktuell kann eine weitreichende Liberalisierung der Erwerbsmigration vom Verordnungsgeber ohne förmliche Parlamentsbefassung beschlossen werden. So musste der generellen Arbeitsmarktöffnung für Mangelberufe im Jahr 2013 oder den legalen Zugangswegen für Staatsangehörige der Westbalkanstaaten 2015 nur der Bundesrat zustimmen.<sup>30</sup> Eine intransparente Rechtslage, die den Ministerien wichtige Reformen eigenständig überlässt, muss also nicht notwendig zu restriktiven Ergebnissen führen.

Eine weitergehende Vereinfachung in Bereichen, die nicht europarechtlich determiniert sind, müsste – ähnlich wie das AusG 1965<sup>31</sup> – auf pauschale Gesetzesbestimmungen setzen, deren Durchführung sodann den Landesverwaltungen überantwortet würde. Auf diesem Wege könnte man theoretisch ein schlankes Gesetz schreiben, aber der Preis wäre hoch. Allgemeine Rechtsnormen bewirken nämlich immer auch eine größere Handlungsfreiheit der Exekutive, die landesspezifische Verwaltungspraktiken bewirken kann, die bis zum AusG 1990 für viel Streitigkeiten sorgten,<sup>32</sup> vergleichbar mit den aktuellen Unstimmigkeiten über die divergente Abschiebungspraxis der Bundesländer. Wer auf Rechtssicherheit setzt, muss zugleich ein Mindestmaß an Komplexität in Kauf nehmen. Es besteht also Raum für eine Vereinfachung, nicht nur bei der Erwerbsmigration, aber ein kurzes Gesetz dürfte unerreichbar sein.

### 3.3. Großzügigere Zulassungsregeln für Fachkräfte

Aufgrund der Reformen der vergangenen Jahre besteht aktuell nur noch ein begrenzter Raum für großzügigere Zulassungsregeln: das geltende Recht ist besser als sein Ruf.<sup>33</sup> Dies gilt vor allem für die sog. Hochqualifizierten, die über einen Bachelorabschluss verfügen und mit der Blauen Karte einen Zugangsanspruch ohne Vorrangprüfung besitzen, soweit sie die Gehaltsschwelle von derzeit 50.800 Euro bzw. 39.624 Euro für Mangelberufe überwinden.<sup>34</sup> Doch auch mit einem geringeren Gehalt ist eine Zulassung möglich, weil die Zulassungsregeln für Bildungsinländer heute großzügig sind.<sup>35</sup> Hier kann man daher nur noch punktuell nachbessern, etwa anlässlich der Umsetzung einer neugefassten Blue Card-Richtlinie, die derzeit in Brüssel verhandelt wird und für die die Kommission geringere Gehaltsschwellen vorgeschlagen hat.<sup>36</sup> Im Grundsatz sind die Regeln für Hochqualifizierte bereits heute großzügig.

#### 3.3.1. Ausweitung der qualifizierten Beschäftigung

Ein größerer Gestaltungsspielraum besteht bei der sog. qualifizierten Beschäftigung, die eine Qualifikation unterhalb der Schwelle von tertiären Bachelorabschlüssen voraussetzt.<sup>37</sup> Hier gibt es derzeit nur begrenzte Zulassungsoptionen, etwa über Vermittlungsabsprachen mit bestimmten Herkunftsländern oder die vergleichsweise neue Regelung für Mangelberufe, die freilich einen Arbeitsvertrag und eine als gleichwertig anerkannte ausländische Ausbildung voraussetzt.<sup>38</sup>

Damit sind wir bei einem Grunddilemma im Bereich der qualifizierten Fachkräfte, weil das deutsche Erwerbsmigrationsrecht formale Qualifikationen privilegiert – in der Tradition einer Bildungs- und Wirtschaftsordnung, die, durchaus mit Erfolg, auf staatlich zertifizierte Abschlüsse setzt.<sup>39</sup> In anderen Ländern spielt die Berufsausbildung mit formalen Abschlüssen jedoch eine geringere Rolle, sodass deutsche Zulassungsregeln, die eine gleichwertige qualifizierte Ausbildung voraussetzen, für Ausländer häufig nicht greifen können. Exemplarisch zeigt dies ein Vergleich zwischen der schleppenden Nachfrage nach der Mangelberufszulassung, die eine Gleichwertigkeitsanerkennung voraussetzt, und der größeren Attraktivität der Westbalkanregelung, die einzig einen Arbeitsvertrag unabhängig vom Qualifikationsniveau verlangt (allerdings nicht nur für Mangelberufe gilt).

Wenn der Bundesgesetzgeber die Zuwanderung qualifizierter Fachkräfte ausweiten will, wird er darüber nachdenken müssen, wie man in derartigen Konstellationen auch ohne einen förmlichen ausländischen Abschluss eine sinnvolle Steuerung gestalten kann: So könnte man die tatsächliche Berufserfahrung bei der Gleichwertigkeitsprüfung stärker gewichten, wobei sorgsam abzuwägen wäre, in welchen Sektoren eine mehrjährige Berufserfahrung förmliche Abschlüsse ersetzen kann und, wenn ja, zu welchen Modalitäten. Auch könnte man speziell bei nichtreglementierten Berufen eine nachgelagerte Anerkennung erwägen, die mit einer förmlichen Nachqualifikation im Inland verbunden werden könnte.<sup>40</sup>

Einen radikalen Schritt in diese Richtung weist ein Gesetzentwurf der GRÜNEN, der – strukturell vergleichbar mit der Westbalkanregelung – den Arbeitsmarkt generell öffnen und für ein sehr weites Feld der qualifizierten Beschäftigung keine förmlichen Abschlüsse mehr verlangen will.<sup>41</sup> Hierbei verstrickt sich der Entwurf freilich in interne Unklarheiten, wenn der betroffene Personenkreis nicht hinreichend klar definiert wird<sup>42</sup>

30 Vgl. § 6 II Nr. 2, § 26 II BeschV aufgrund von § 42 I Nr. 2 f. AufenthG.

31 Das Ausländergesetz v. 28.4.1965 (BGBl. 1965 I 353) umfasste rund 5.000 Wörter und damit nur rund 10 % des aktuellen AufenthG.

32 Mit seinen vielen Detailvorschriften ersetzte das AusG v. 15.7.1990 (BGBl. 1990 I 1354) die früheren Unterschiede zwischen den Bundesländern; zu letzteren Renner, Politik und Justiz im Ausländerrecht, in: FS Wolfgang Zeidler, Bd. 1 (1987), S. 1003 (1007 ff.); und Hailbronner, ZRP 1980, ff.

33 Hierzu bereits Abschnitt 2.2. = Thym, ZAR 2017, 297 (303 f.).

34 Vgl. § 19a I Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 2 I Nr. 2, II BeschV aufgrund der seit Oktober 2016 für Westdeutschland geltenden Beitragsbemessungsgrenze.

35 Vgl. § 2 I Nr. 3 BeschV ohne Vorrang- und Gleichwertigkeitsprüfung.

36 Während Art. 5 III, 5 RL 2009/50/EG bisher die 1,2- bzw. 1,5-fache Höhe des Durchschnittseinkommens festreibt, schlägt die Kommission eine Absenkung auf 0,8 bzw. 1,0 vor; vgl. Art. 5 II, IV des Änderungsvorschlags, COM(2016) 378 v. 7.6.2016.

37 Vgl. die Analysematrix von Kolb, ZAR 2017, 145 ff.

38 Siehe § 6 II Nr. 1 f. BeschV jeweils ohne Vorrangprüfung; hingegen wurde für die Blaue Karte die Option des § 19a I Nr. 1 Buchst. b AufenthG bisher nicht genutzt.

39 Siehe Däubler, ZRP 2015, 66 (67 f.).

40 Vgl. § 11 EinwG-E-SPD (o. Fn. 3); sowie, bereits heute, § 17a AufenthG.

41 Soweit § 18 II 1 Nr. 2 keine Erlaubnis verlangt, soll nach § 18 III 3 Nr. 3 EinwG-E-GRÜNE (o. Fn. 7) eine großzügig definierte Qualifikation gleich welchen Ursprungs ausreichen.

42 Der Verweis der GRÜNEN, ebd., auf eine EU-Empfehlung v. 23.4.2008 (ABl. 2008 C 111/1) fasst den Qualifikationsbegriff extrem weit, ohne freilich eine Rechtssicherheit zu gewährleisten, weil deren Anhang II praxisuntaugliche Generalklauseln enthält, die nicht klar definieren, wer davon (nicht) umfasst ist.

und zudem weiterhin wohl ein Qualifikationsverfahren notwendig sein soll, aufgrund dessen freilich tatsächliche Erfahrungen stärker gewichtet würden als im aktuellen Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz.<sup>43</sup>

Erschwert wird eine Neuregelung der qualifizierten Erwerbsmigration dadurch, dass nichtreglementierte Berufe, deren Ausübung keine förmliche Ausbildung voraussetzt, in Deutschland häufig dennoch Gegenstand einer dualen Berufsausbildung sind. Inländer unter Einschluss von anerkannten Flüchtlingen müssen also keine Prüfung ablegen, um einen Job auszuüben, was volkswirtschaftlich auch sinnvoll ist, weil ein vorrangiges Interesse besteht, eine Arbeitslosigkeit zu vermeiden. Wenn man dies verallgemeinert und, wie im Vorschlag der GRÜNEN, auch für Ausländer, die neu einreisen, einen Arbeitsvertrag ausreichen lässt, ohne eine als gleichwertig anerkannte Ausbildung einzufordern,<sup>44</sup> öffnete man den Arbeitsmarkt weitgehend. Politisch dürfte eine derart migranten- und arbeitnehmerfreundliche Regelung freilich umstritten sein, weil man damit indirekt die duale Berufsausbildung unterminiert und zudem Gefahr liefe, dass negative Folgen für die Beschäftigungsbedingungen von Inländern eintreten. So kamen US-Ökonomen jüngst zu dem Schluss, dass selbst die Einwanderung von Hochschulabsolventen zwar einen volkswirtschaftlichen Nutzen darstellt, aber dennoch das Lohnniveau drücken und vereinzelt zu Jobkonkurrenz führen kann.<sup>45</sup> Dasselbe gilt erst recht für die qualifizierte Beschäftigung im nichtreglementierten Bereich.

Einen Ausweg aus diesem Dilemma könnte darin bestehen, dass man alternative Modelle entwickelt, wie man die Qualifikation eines Migranten möglichst passend bewertet, ohne hierbei allein auf ein bürokratisches Qualifikationsanerkennungsverfahren zu setzen, das speziell bei der Bewertung der tatsächlichen Berufserfahrung an seine Grenzen stößt. Als alternative Kriterien kämen etwa Sprachkenntnisse, die Gehaltshöhe, formale Bildungsabschlüsse außerhalb der beruflichen Ausbildung oder auch eine erfolgreiche frühere Beschäftigung im Bundesgebiet in Betracht.<sup>46</sup> Alle diese Indikatoren könnte man zusätzlich zu einem Arbeitsvertrag einfordern und damit einige Elemente traditioneller Punktesysteme mit der nachfrageorientierten Erwerbsmigration verbinden.

Darüber hinaus könnte man die Ausbildungszuwanderung weitergehend liberalisieren, die bereits heute großzügig geregelt ist, jedoch einem behördlichen Ermessen unterliegt und darüber hinaus eine Lebensunterhaltssicherung voraussetzt,<sup>47</sup> wobei die Betriebe zusätzliche Verdienstmöglichkeiten bereitstellen können, um ein Einkommen neben der spärlichen Ausbildungsvergütung zu ermöglichen.<sup>48</sup> Für mehr Zuwanderung in die duale Ausbildung dürfte freilich im Ausland eine aktive Werbung erforderlich sein,<sup>49</sup> die die Vorzüge des andernorts unbekanntem deutschen Ausbildungsmodells erklärt und damit Lust zur Einwanderung nach Deutschland macht.<sup>50</sup> Ausbildungsmodelle könnte man auch für die Herkunftsstaaten der irregulären Einwanderung über die zentrale Mittelmeerroute entwickeln und auf diesem Weg den Herkunftsstaaten etwas dafür anbieten, dass sie abgelehnte Asylbewerber künftig leichter zurücknehmen.<sup>51</sup> Eine Zuwanderung im jüngeren Alter hätte zudem den Vorteil, dass die betroffenen Personen sich unkomplizierter in

die deutsche Gesellschaft integrieren dürften und so schneller nicht nur fleißige Arbeitnehmer, sondern auch Bürger würden.

### 3.3.2. Potentialzuwanderung ohne Arbeitsvertrag

Als gemeinsamer Nenner verlangen die bisher genannten Zugangswege einen Arbeits- oder Ausbildungsvertrag. Zwingend ist dies nicht, weil man alternativ eine Zuwanderung auch ohne Jobangebot gestatten kann, wenn das Qualifikationsprofil einer Person einen wirtschaftlichen Mehrwert verspricht. Exemplarisch hierfür steht traditionell das Punktesystem.<sup>52</sup> Doch auch ohne ein solches könnte man künftig die angebotsbezogene Potentialzuwanderung im deutschen Recht stärken, die es bei näherer Betrachtung bereits heute gibt. So werden traditionell Selbstständige zu privilegierten Bedingungen ins Land gelassen, wobei die Mindestinvestitionssumme zwischenzeitlich gestrichen wurde,<sup>53</sup> sodass heute auch Geschäftsführer kleiner Startups zugelassen werden können. Für Selbstständige sind die Zulassungsregeln bereits großzügig.

Vor allem jedoch kennt das deutsche Recht drei weitere Formen einer angebotsorientierten Zulassung ohne Arbeitsvertrag. Am wichtigsten ist die Arbeitsplatzsuche für alle Bildungsinländer, die nach einem Abschluss nicht mehr ins Heimatland zurückkehren müssen, sondern seit 2012 für bis zu 18 Monate einen ausbildungsadäquaten Job suchen und währenddessen im vollen Umfang arbeiten dürfen, was zuletzt auf Forscher erstreckt wurde.<sup>54</sup> Dies ist großzügig und auch richtig, gemäß der

43 Die EU-Empfehlung, ebd., definiert Qualifikation als „das formale Ergebnis eines Beurteilungs- und Validierungsprozesses...“ (Anhang II Buchst. a) und verzichtet damit offenbar nicht ganz auf ein staatliches Prüfverfahren.

44 Näher Kolb/Lehner, ZAR 2017, 270 (272).

45 Instrukтив Bound/Khanna/Morales, Understanding the Economic Impact of the H-1B Program on the U.S., National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper No. 23153, February 2017; streitbar Hira, Outsourcing America, 2005.

46 Ansatzpunkte hierfür bietet das Modellprojekt PUMA für Ausbildungsberufe außerhalb der Mangelliste, das freilich eine anerkannte Berufsausbildung voraussetzt; näher Kolb, ZAR 2016, 136 ff.

47 Vgl. § 17 AufenthG i. V. m. § 8 I BeschV; näher Weizsäcker/Neundorf, Vorschläge zur Neuregelung der Bildungs- und Arbeitsmigration im deutschen Einwanderungsrecht, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Faire Fachkräftenzuwanderung nach Deutschland. Grundlagen und Handlungsbedarf im Kontext eines Einwanderungsgesetzes, 2017, S. 239 (241), die zugleich darauf hinweisen, dass die Privilegierung des § 2 III Nr. 5 AufenthG nicht greift.

48 Bereits heute erlaubt § 17 II AufenthG eine ausbildungsbegleitende Beschäftigung von bis zu zehn Stunden pro Woche.

49 Allgemein bereits Abschnitt 1.4. = Thym, ZAR 2017, 297 (301).

50 Dass eine Werbung der Kammern und Verbände in Spanien, Portugal oder Griechenland während der Finanzkrise wenig Erfolg hatte, muss kein Gegenargument sein, weil Unionsbürger bekanntlich auch ohne Ausbildung jederzeit in Deutschland arbeiten dürfen, gerade auch in nichtreglementierten Bereichen.

51 Zur Interaktion mit dem Asylrecht bereits Abschnitt 1.2. = Thym, ZAR 2017, 297 (298 ff.).

52 Näher Abschnitt 3.5.

53 § 21 I 2 AufenthG verlangte i. d. F. d. ZuwG (o. Fn. 5) als Regelvermutung noch eine Investition i. H. v. 1 Mio. Euro, die in zwei Schritten auf 250.000 Euro abgesenkt und durch G. v. 1.6.2012 (BGBl. 2012 I 1224) gestrichen wurde.

54 Vgl. § 16 V, § 17 III AufenthG i. d. F. d. G. v. 1.6.2012 o. Fn. 53); sinngemäß für die Berufsausbildung und Forscher die heutigen § 16b III (zuvor: § 15 Vb), § 20 VII AufenthG; für Startups zudem § 21 IIa AufenthG.

Einsicht, dass die Studierendenmigration eine „Ideallösung“<sup>55</sup> darstellt, weil die betroffenen Personen eine inländische Qualifikation erworben haben, in der Regel die deutsche Sprache sprechen und mit der deutschen Gesellschaft vertraut sind. Demgemäß wird die Studierendenmigration auch von prominenten klassischen Einwanderungsländern heute intensiv genutzt.<sup>56</sup> Wirtschaftlicher Nutzen und gute Integrationschancen gehen Hand in Hand.

Eine ähnliche Situation besteht seit 2015 für Personen, die für die Berufsqualifikationsanerkennung eine Ergänzungsqualifikation benötigen. Diesen Personen kann die Einreise zur Nachqualifikation ermöglicht werden, die eine Beschäftigung von bis zu zehn Stunden je Woche gestattet, um den Lebensunterhalt zu finanzieren.<sup>57</sup> Dieses Modell könnte man ausweiten, indem man etwa Hochschulabsolventen aus Drittstaaten, die in anderen EU-Staaten einen Abschluss machten, eine zeitlich befristete Jobsuche in Deutschland mit einem großzügigen Arbeitsmarktzugang während der Suchphase ermöglichte.<sup>58</sup> In all diesen Fällen wird bzw. würde ein Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen nur zur Jobsuche ermöglicht.

Generalisiert würde dieser Ansatz, wenn man den aktuellen § 18c AufenthG für Nicht-Akademiker öffnete, um diesen eine aktive Arbeitsplatzsuche zu gestatten.<sup>59</sup> Tatsächlich ermöglicht die Norm seit 2012 eine Einreiseerlaubnis für die Jobsuche und gewährt damit einen Zugang, der ansonsten nur bei Punktesystemen besteht. Radikal zu Ende gedacht könnte man – anders als bisher – während der Suche nach einer angemessenen Beschäftigung eine geringfügige Tätigkeit gestatten.<sup>60</sup> Rechtlich möglich ist dies, allein der volkswirtschaftliche Nutzen und die sozialstaatliche Verträglichkeit wären umstritten, wenn eine Tätigkeit unterhalb des an sich vorhandenen Qualifikationsniveaus dazu führen kann, dass eine Konkurrenz für geringqualifizierte Inländer entsteht, zu denen auch anerkannte Flüchtlinge gehören, die bisher (leider) keinen Job finden.

### 3.4. Begleitrechte bis hin zur Einbürgerung

Es gehört zu den Grundlagen der Erkenntnistheorie, dass man die Antworten auf aktuelle Fragen pfadabhängig dort sucht, wo man sich auskennt.<sup>61</sup> Dementsprechend herrscht bei vielen Beobachtern die Erwartung vor, dass das Migrationsrecht die zentrale Stellschraube zur Steuerung der Erwerbsmigration sei. Speziell bei (hoch-)qualifizierten Wirtschaftsmigranten ist dies jedoch nicht der Fall. Es wurde bereits dargelegt, dass für diese andere Entscheidungsfaktoren, etwa das erwartete Netto-Einkommen, berufliche Karrierechancen und weiche Faktoren wie die Attraktivität des Ziellandes, mindestens ebenso wichtig sind wie die rechtlichen Details.<sup>62</sup> Dies bestätigt mittelbar auch die Unionsbürgerfreizügigkeit, die mit einer Statussicherheit und großzügigem Familiennachzug verbunden ist und durch den Wandel der bevorzugten Zielstaaten zeigt, dass die *relative* Attraktivität eines Landes bei einer Auswahl verschiedener Zielländer vorrangig an der wirtschaftlichen Attraktivität hängt.

Empirische Studien zeigen freilich, dass ein rechtlicher Faktor neben einem prinzipiell gesicherten Aufenthalt bei der Auswahl des Zielstaats besonders wichtig ist: der Nachzug und

die Erwerbstätigkeit von Familienmitgliedern.<sup>63</sup> Eben dieser ist bei Familienmitgliedern von Wirtschaftsmigranten inzwischen freilich großzügig, weil in aller Regel ein Zulassungsanspruch besteht, ohne dass vorab deutsche Sprachkenntnisse gezeigt werden müssten,<sup>64</sup> und, vor allem, seit 2013 für die gesamte Familie der Arbeitsmarktzugang gewährleistet ist.<sup>65</sup> Die von den GRÜNEN geforderte Reform beträfe daher vor allem sonstige Ausländer.<sup>66</sup> Der Erwerbsmigration steht der Familiennachzug schon heute nicht mehr im Weg.

Auch eine prinzipielle Aufenthaltssicherheit besteht, weil ein Rechtsanspruch darauf besteht, dass befristete Titel verlängert werden.<sup>67</sup> Qualifizierte Arbeitnehmer dürften zudem in der Regel bereits nach fünf Jahren die Voraussetzungen für eine unbefristete Niederlassungserlaubnis erfüllen, soweit diese nicht, wie bei der Blauen Karte, schon nach 21 oder 33 Monaten erteilt wird.<sup>68</sup> Dies entspricht dem internationalen Standard, zumal Deutschland mit der reduzierten Frist für die Blaue Karte großzügiger ist als die EU-Vorgabe.<sup>69</sup>

Einzig die Einbürgerung wird in Deutschland standardmäßig erst nach acht Jahren erteilt, kann jedoch bereits früher beantragt werden, wenn jemand dies wünscht.<sup>70</sup> Hier könnte man gemäß einem Vorschlag des Sachverständigenrats mit einer „Turbo-Einbürgerung“ nach vier oder fünf Jahren ein Zeichen setzen,<sup>71</sup> obgleich das damalige Vorbild Kanada in-

55 Kolb, ZAR 2007, 398 (401 f.).

56 Näher SVR, Unter Einwanderungsländern, Jahresgutachten 2015, S. 44 ff.

57 Vgl. § 17a AufenthG; sowie von Harbou, ZAR 2015, 343 ff.

58 So bereits Thym, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags, Ausschuss-Drs. 17(4)482 C v. 23.4.2012, S. 4.

59 So die Forderung bei Langenfeld/Waibel, Von der Begrenzung zur Steuerung, in: Festschrift für Kay Hailbronner, 2013, S. 169 (181 ff.).

60 Angedeutet bei Kolb, An welchen Stellen könnte ein Punktesystem das deutsche Erwerbsmigrationsrecht sinnvoll ergänzen?, in: Bertelsmann Stiftung (o. Fn. 47), S. 255 (261 f.), wobei man ergänzend auch Sprachkenntnisse verlangen könnte, um die Integrationschance zu erhöhen; siehe auch das Punktemodell der GRÜNEN gemäß Abschnitt 3.5.1.

61 Pointiert Maslow, The Psychology of Science, 1966, S. 15 f.: „I suppose it is tempting, if the only tool you have is a hammer, to treat everything as if it were a nail.“

62 Hierzu Abschnitt 1.4. = Thym, ZAR 2017, 297 (301).

63 Siehe Heß, Zuwanderung von Hochqualifizierten aus Drittstaaten nach Deutschland, Working Paper 28 der Forschungsgruppe des BAMF, 2009, S. 58 f.

64 Siehe § 30 I 3 Nr. 5 AufenthG für die Blaue Karte, unternehmensinterne Transfers und Forscher, wobei man die betroffenen Gruppen natürlich ausweiten könnte; sonstige Zulassungsvoraussetzungen wie der Lebensunterhalt oder ausreichender Wohnraum sollten bei Fachkräften keine praktische Hürde darstellen.

65 Vgl. § 27 V AufenthG i. d. F. d. G. v. 29.8.2013 (BGBl. 2013 I 3484).

66 Vgl. § 27 ff. EinwG-E-GRÜNE (o. Fn. 7).

67 Vgl. § 8 I AufenthG i. V. m. dem Erlasstatbestand; bei der Blauen Karte muss ggf. nie eine Verlängerung beantragt werden, weil nach § 19a III AufenthG für bis zu vier Jahre befristet werden kann und danach eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen ist.

68 Vgl. § 19a VI AufenthG.

69 Eine Daueraufenthaltserlaubnis/EU erlangt man nach Art. 4 I RL 2003/109/EG immer erst nach fünf Jahren; in den USA bestehen lange Wartezeiten für den Übergang vom befristeten Visum zur unbefristeten, aber zahlenmäßig kontingierten Green Card.

70 Für eine frühere Einbürgerung besteht nach § 8 I StAG anders als nach § 10 I StAG ein behördliches Ermessen.

71 So der Vorschlag des SVR (o. Fn. 56), S. 131, ohne dass hierbei die sonstigen Voraussetzungen abgesenkt werden müssten/sollten; sinngemäß die 5-Jahres-Forderung nach § 10 I 1 StAG-E-GRÜNE (o. Fn. 7).

zwischen zu einem sechsjährigen Voraufenthalt zurückkehrte.<sup>72</sup> Ob eine solche Turbo-Einbürgerung die Attraktivität des Migrationsstandorts Deutschland maßgeblich erhöhte,<sup>73</sup> ist allerdings fraglich, weil empirische Studien zeigen, dass viele Ausländer trotz Anspruchs sich nicht einbürgern lassen, weil ein Daueraufenthalt hinreichende Sicherheit bietet.<sup>74</sup> Damit wäre die Turbo-Einbürgerung in erster Linie ein Symbol der Öffnung, das anzeigt, dass Migranten normale Inländer werden sollen.

Zudem müssen flankierende Fördermaßnahmen keineswegs auf das Migrationsrecht beschränkt bleiben. So setzen einige europäische Nachbarn, darunter Frankreich, Luxemburg und Schweden, auf Steuernachlässe, die teils genereller Natur sind und sich teils auf Umsiedlungspauschalen beschränken, was politisch besser vermittelbar ist.<sup>75</sup> Dies könnte man auch in Deutschland erwägen und es bekräftigt allgemein, dass das Migrationsrecht nur eine mögliche Stellschraube ist. Andere Faktoren kann der Staat ohnehin nur mittelbar beeinflussen: das Wirtschaftswachstum, attraktive Karrieremöglichkeiten und eine Unternehmenskultur, die internationale Kollegen als Bereicherung empfindet. Gleiches gilt für das gesellschaftliche Selbstverständnis, das Migranten als gleichwertige Mitglieder anerkennt, so wie dies in Kanada der Fall ist. Wenn hier Defizite bestehen, kann auch das großzügigste Migrationsrecht dies nicht ausgleichen.

### 3.5. Begrenzter Mehrwert eines Punktesystems

In der wissenschaftlichen Literatur zur Wirtschaftsmigration ist die Unterscheidung zwischen einem *nachfrageorientierten* und einem *angebotsorientierten* Modell verbreitet. Während eine Nachfrageorientierung ein konkretes Arbeitsplatzangebot verlangt, ermöglicht das angebotsorientierte „Humankapitalmodell“ speziell Hochqualifizierten die Zuwanderung auch ohne Jobangebot. Tatsächlich verfolgte Deutschland bis vor kurzem ein Nachfragemodell nahezu in Reinform, soweit der Arbeitsmarkt überhaupt geöffnet war. Dies ist nicht länger der Fall: für Selbstständige, Bildungsinländer und sonstige Fachkräfte besteht seit einigen (wenigen) Jahren die Möglichkeit, sich auch ohne Arbeitsvertrag einen Job in Deutschland zu suchen.<sup>76</sup> Deutschland hat heute ein Mischsystem.

Damit folgt die Bundesrepublik dem internationalen Trend,<sup>77</sup> weil speziell Kanada und Australien in den letzten Jahren wiederholt nachfrageorientierte Elemente ihres Punktesystems stärken, indem ein Arbeitsvertrag oder eine Beschäftigung in Mangelberufen zusätzliche Punkte bewirkt, die dazu führen, dass die allermeisten Bewerber die notwendige Mindestschwelle in der Praxis nur mit einem Jobangebot überwinden.<sup>78</sup> Grund hierfür sind Steuerdefizite einer Zuwanderung ohne Arbeitsvertrag, nachdem kanadische Begleitstudien festgestellt hatten, dass viele Zuwanderer auch mehrere Jahre nach der Zulassung noch eine Beschäftigung unterhalb ihres Qualifikationsniveaus ausübten.<sup>79</sup> Am Punktesystem wird festgehalten, dieses jedoch inhaltlich so neu justiert, dass nur noch graduelle Unterschiede zum bestehenden deutschen Erwerbsmigrationsrecht verbleiben.

#### 3.5.1. Die Vorschläge von SPD und GRÜNEN

Diesem Modell folgt auch der SPD-Vorschlag für ein Punktesystem, der einen Arbeitsvertrag mit 25 von insgesamt 100 Punkten gewichten möchte, sodass eine Zulassung ohne Arbeitsvertrag nur möglich ist, wenn in allen sonstigen Kategorien eine Topleistung erzielt wird.<sup>80</sup> Bei hoher Arbeitslosigkeit sollen die Bundesländer sogar an der Vorrangprüfung festhalten können.<sup>81</sup> Insofern überrascht es nicht, dass der SPD-Vorschlag bei einer Modellrechnung für viele Personengruppen nicht großzügiger ist als der Status quo (und teils sogar hinter diesen zurückfällt).<sup>82</sup> Ausgeweitet werden die Zulassungsoptionen vorrangig für Personen mit einer abgeschlossenen Berufsausbildung, die über keinen Arbeitsvertrag verfügen oder, mit Jobangebot, nicht in einem Engpassberuf arbeiten.<sup>83</sup> Ohne Berufsausbildung ist eine Zulassung in aller Regel nur mit einem Arbeitsvertrag möglich. Der Mehrwert wäre also begrenzt und die Neuerungen könnten ebenso gut durch eine Fortentwicklung des geltenden Rechts erreicht werden.<sup>84</sup>

In die entgegengesetzte Richtung weist der Vorschlag der GRÜNEN, der die „angebotsorientierte Einwanderung“ über das Punktesystem ganz an Personen ohne Arbeitsplatz ausrichten will.<sup>85</sup> In seiner Radikalität ist der Vorschlag intellektuell reizvoll, verdeutlicht aber zugleich die Fallstricke einer Potenzialzuwanderung ohne Arbeitsplatz: Anders als beim aktuellen § 18a AufenthG muss der Lebensunterhalt nicht gesichert sein (und damit nicht einmal eine Krankenversicherung bestehen); dafür besteht während der Suchphase ein voller Arbeitsmarktzugang auch unterhalb des Qualifikationsniveaus mit einem so-

72 Siehe *Winter*, Report on Citizenship Law: Canada, EUDO Citizenship Observatory, December 2015, S. 19 f.

73 Das liegt auch daran, dass speziell Hochqualifizierte nicht immer dauerhaft zu bleiben beabsichtigen, insb. Bürger anderer westlicher Länder; vgl. *Heß* (o. Fn. 63), S. 70 ff.

74 Siehe *Lämmermann*, ZAR 2009, 289 ff.

75 European Migration Network, Attracting Highly Qualified and Qualified Third-Country Nationals. EMN Synthesis Report, October 2013, S. 19 f.

76 Hierzu Abschnitt 3.3.2.; näher *Kolb/Fellmer*, ZAR 2015, 105 ff.; und die Analysematrix von *Kolb* (o. Fn. 37), S. 145 ff.

77 Ausführlicher *Hailbronner/Koslowski*, Models for Immigration Management Schemes, German Marshall Fund Paper Series 2008; und SVR (o. Fn. 56), S. 32 ff.

78 Zur neuen kanadischen Rechtslage von 2015, die zwischenzeitlich erneut geändert wurde, der SVR, Das kanadische Express-Entry-System, „Kurz und Bündig“ v. 9.9.2015; zur australischen Skilled Occupations List (SOL) bereits in Abschnitt 1.3.

79 Näher *Sweetman*, Canada, in: Niessen/Schibel (Hrsg.), Immigration as a Labour Market Strategy: European and North American Perspectives, 2005, S. 13 ff.; und *O’Shea*, Missing the Points, Transatlantic Academy Paper Series, April 2009, S. 15 ff.

80 Vgl. § 4 VI EinwG-E-SPD (o. Fn. 3) i. V. m. Anlage 1 f.; bekräftigend SPD, Es ist Zeit für mehr Gerechtigkeit. Regierungsprogramm 2017 bis 2021, Juni 2017, S. 60; zudem werden Personen mit einem Arbeitsplatzangebot nach § 6 IV 2 VO-E bei der Endauswahl auch dann prioritär zugelassen, wenn sie weniger Punkte erreichten als andere Bewerber.

81 Vgl. § 10 UAbs. 2 EinwG-E-SPD (o. Fn. 3).

82 Siehe *Kolb/Lehner*, ZRP 2017, 34 (35 f.); und *Offer*, ZAR 2017, 29 (31).

83 Näher *Kolb/Lehner* (o. Fn. 82), 35 f.

84 Hierzu bereits Abschnitt 3.3.2.

85 § 19 IV EinwG-E-GRÜNE (o. Fn. 7) nennt den Arbeitsvertrag nicht als Kriterium; ähnlich wohl das Wahlprogramm der FDP, auch wenn keine weiteren Einzelheiten zum Punktesystem nach Bildungskriterien genannt werden; vgl. FDP (o. Fn. 8), S. 34.

fortigen und privilegierten Familiennachzug.<sup>86</sup> Dieser Zustand kann sich im Sinn einer „Ketten-Suche“ perpetuieren, solange irgendeine Beschäftigung den Lebensunterhalt sichert.<sup>87</sup> Die nahezu sofortige Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach zwölf Monaten bei einer erfolgreichen Jobsuche für ein weites Feld qualifizierter Tätigkeiten bekräftigt,<sup>88</sup> dass hier ein Deluxe-Status geschaffen würde, der noch großzügiger ist als die Unionsbürgerfreizügigkeit.<sup>89</sup>

### 3.5.2. Sozialleistungsausschluss

Vor allem dann, wenn ein Punktesystem nicht auf den vergleichsweise kleinen Kreis der Topkräfte beschränkt bliebe, sondern einen statistisch relevanten Personenkreis mit einem geringeren Qualifikationsniveau erfasste, bestünden die Gefahren, die Kanada und Australien dazu brachten, nachfrageorientierte Kriterien in ihrem Punktesystem zu stärken. Dies gilt gerade auch für Personen ohne formale Berufsqualifikation, für die Australien oder das Vereinigte Königreich eine Zulassungsoption außerhalb des Punktesystems vorsehen, weil dieses auf Hochqualifizierte beschränkt bleibt.<sup>90</sup> Grundlage ist die Einsicht, dass auch im Bereich der Erwerbsmigration „One-size-fits-all“ selten eine angemessene Lösung ist, zumal bei mittel- oder geringqualifizierten Personen die erhofften volkswirtschaftlichen Vorteile keineswegs feststehen.<sup>91</sup>

Die Risiken erkennen auch die SPD und die GRÜNEN und reagieren hierauf mit dem Vorschlag, Personen, die ohne Arbeitsvertrag zugelassen werden sollen, von Hartz IV-Leistungen auszuschließen.<sup>92</sup> Dieser Ansatz überträgt das jüngst reformierte Unionsbürgermodell auf Drittstaatsangehörige<sup>93</sup> – gemäß der Einsicht, dass ein Sozialleistungsausschluss häufig mit großzügigeren Einwanderungsregeln einhergeht, man also Zuwanderung und Sozialstaat trennen kann, frei nach dem Motto: „build a wall around your welfare state, not your country.“<sup>94</sup> Dies mag für die angelsächsische Welt und Schwellenländer sinnvoll sein, dürfte jedoch in einem Sozialstaat wie Deutschland schwer durchzuhalten sein.<sup>95</sup> Dies liegt nicht nur an rechtlichen Bedenken, wenn eine Krankenbehandlung oder Hartz IV-Leistungen verweigert werden.<sup>96</sup> Ein Ausschluss von der elementaren Lebensunterhaltssicherung kann immer auch einen Anreiz zur irregulären Beschäftigung oder der Umgehung von Tariflöhnen setzen. Es mag sinnvoll sein, Zuwanderer von *bestimmten* Sozialleistungen vorerst auszuschließen,<sup>97</sup> allein ein genereller Verzicht auf die Grundversorgung dürfte kaum der richtige Weg sein, wenn der Staat alternativ die Möglichkeit hat, die Einreise von einer Lebensunterhaltssicherung abhängig zu machen.

### 3.5.3. Festlegung durch politikferne Kommissionen

Punktesysteme sind häufig mit einer quotierten Zulassung verbunden, die eine Zuwanderungszahl als Obergrenze festlegt. So schlägt auch die SPD eine Kontingentierung auf vorerst 25.000 Personen pro Jahr vor.<sup>98</sup> Einmal abgesehen davon, dass diese Zahl geringer ist als die aktuelle Erwerbsmigration aufgrund §§ 18 ff. AufenthG,<sup>99</sup> würde eine deutsche Quote nicht verhindern können, dass weitere Arbeitnehmer für wirtschaftliche

Zwecke einwandern, wenn etwa die Erteilung einer Blauen Karte gerichtlich erzwungen werden kann.<sup>100</sup>

Hinzu kommt, dass die Wirkungszusammenhänge von Wirtschaftswachstum, Arbeitsmarkt, Zuwanderung auf nationaler und regionaler Ebene notorisch unbestimmt sind und sich schnell ändern können,<sup>101</sup> sodass die Höhe einer Quote ebenso schwer zu bestimmen wäre wie die Feinjustierung der Kriterien für die Punktevergabe, die sich in Kanada teils als wenig tragfähig erwiesen<sup>102</sup> und bei einer näheren Betrachtung ebenso komplex sind wie die aktuelle deutsche BeschV.<sup>103</sup> Gewiss soll sich die Politik sachverständig beraten lassen, aber es ist demokratietheoretisch problematisch, derartige Entscheidungen einem Zuwanderungsrat zu überantworten, dem die GRÜNEN ein offizielles Vorschlagsrecht zubilligen<sup>104</sup> und den die SPD die Quote sogar unabhängig festlegen lassen wollen.<sup>105</sup> Einwanderungsgesetzgebung fordert – wie die Festlegung von Steuersätzen – politische Entscheidungen, die auch ein Punktesystem nicht ersetzen kann.

Wer die Rolle des Staates bei der Erwerbsmigration zurückfahren will, muss im Übrigen nicht auf Kommissionen setzen, sondern kann die Zulassungsentscheidung der dezentralen Selbstregulation durch den Arbeitsmarkt überlassen, indem man etwa, jedenfalls für bestimmte Qualifikationsniveaus, eine Einreise zur Erwerbsmigration immer dann genehmigt, wenn

86 Vgl. § 19 I ebd.; ausführlicher *Kolb/Lehner* (o. Fn. 44), S. 273 f.  
 87 So im Umkehrschluss § 19 I 3 ebd. sowie die Begründung, ebd., S. 25.  
 88 Vgl. § 19 V ebd.  
 89 Letztere gewährt einen Daueraufenthalt, der etwa durch Arbeitslosigkeit nicht beeinträchtigt wird, nach Art. 16 RL 2004/38/EG erst nach fünf Jahren.  
 90 Näher *Hailbronner/Koslowski* (o. Fn. 77), S. 17 f.; und für Großbritannien *Thym*, ZAR 2006, 184 (185 ff.).  
 91 Siehe *Martin/Abella/Kuptsch*, Managing Labour Migration in the Twenty-First Century, 2006, S. 62 ff.  
 92 Dies ergibt sich aus § 7 I 2 Nr. 2 SGB II.  
 93 Vgl. § 7 SGB II, § 23 SGB XII i.d.F. G. v. 21.12.2016 (BGBl. 2016 I 3155).  
 94 Ausführlich *Ruhs*, The Price of Rights, 2013.  
 95 In einer erstaunlichen Umkehr der sozialpolitischen Grundsätze plädieren SPD und GRÜNE für einen Sozialleistungsausschluss, während die Union im Wahlprogramm bei Fachkräften immer einen Arbeitsvertrag verlangen will, auch um einer „Einwanderung in die Sozialsysteme“ vorzubeugen; vgl. CDU/CSU, Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne leben. Regierungsprogramm 2017-2021, Juli 2017, S. 11.  
 96 Zur GG-Konformität von Sozialleistungsausschlüssen bzw. -absenkungen *Thym*, VVDStRL 2017, 169 (176 ff.).  
 97 Verfassungsrechtlich wird ein solcher Ausschluss – etwa von steuerfinanzierten Familienleistungen oder vom BAföG – als Frage des Art. 3 GG diskutiert; zur zuletzt restriktiveren Praxis *Britz*, ZAR 2014, 56 ff.  
 98 Vgl. § 5 EinwG-E-SPD (o. Fn. 3); ohne konkrete Zahl § 19 III EinwG-E-GRÜNE (o. Fn. 7).  
 99 2015 kamen knapp 40.000 Personen über §§ 18-21 AufenthG nach Deutschland; vgl. BMI/BAMF, Migrationsbericht 2015, S. 63 ff.  
 100 Deutschland könnte höchstens die Quote auf die Blaue Karte erstrecken, was Art. 6 RL 2009/50/EG und Art. 79 V AEUV zulassen; zu dessen Auslegung siehe *Thym*, in: Grabit/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 57. EL 2015, Art. 79 AEUV Rn. 43-45.  
 101 Hierzu *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 136 ff.  
 102 Siehe *Ferrer/Picot/Riddell*, IM Rev. 2014, 846 (866 f.).  
 103 Hierzu bereits Abschnitt 1.3. = *Thym*, ZAR 2017, 297 (300).  
 104 § 19 II f. EinwG-E-GRÜNE (o. Fn. 7) gewährt ein förmliches Vorschlagsrecht und geht damit noch weiter als die Erstfassung des Zuwanderungsgesetzes nach § 20 IV i.V.m. § 76 AufenthG-E gem. BT-Drs. 15/420 v. 7.2.2003; dieser Ansatz entsprach damals einem generellen Ansatz der Regierung *Schröder*, Reformen außerhalb des Bundestags durch Sachverständige (etwa: *Hartz, Rürup*) vorzubereiten; näher zur Macht der Kommission im GRÜNEN-Vorschlag *Kolb/Lehner* (o. Fn. 44), S. 274.  
 105 So das Wahlprogramm der SPD (o. Fn. 80), S. 60.

ein Arbeitgeber zur Anstellung bereit ist. Insoweit hatte Bundesinnenminister *de Maizière* durchaus Recht, als er die Blaue Karte als „2-Punkte-Modell“ bezeichnete, weil diese eine Zulassung ohne Vorrangprüfung gewährt, soweit ein Arbeitsplatzangebot und ein Mindestgehalt vorliegen.<sup>106</sup> Nachfrageorientierte Zugangsregeln können also durchaus schlank sein. Doch auch hier bleiben die politischen Vor- und Nachteile abzuwägen, speziell bei geringeren Qualifikationen oder Gehältern, wenn die Interessen der Arbeitgeber nicht notwendig mit denen der inländischen Arbeitnehmer und sonstigen gesellschaftlichen Zielen übereinstimmen müssen.

### 3.5.4. Pfadabhängigkeit der deutschen Diskussion

Dass das Punktesystem trotz all dieser Vorbehalte dennoch so beliebt ist, dürfte, neben dem erwähnten Steuerungswunsch in Reaktion auf die Fluchtmigration,<sup>107</sup> an den Pfadabhängigkeiten der deutschen Diskussion liegen, weil die Erstfassung des Zuwanderungsgesetzes ein Punktesystem vorgesehen hatte,<sup>108</sup> das seither für eine ausgebremsste Reform steht, die nunmehr nachgeholt werden soll.<sup>109</sup> Allerdings änderten sich seit dem Jahr 2004 die Umstände grundlegend, weil die CDU/CSU-FDP-Koalition der Jahre 2009-13 ihre frühere Opposition gegen eine liberalere Fachkräftezuwanderung aufgab und verschiedene Reformen anstieß.<sup>110</sup> Vor allem jedoch bewirkt die zwischenstaatliche Europäisierung,<sup>111</sup> dass ein Punktesystem die meisten Zulassungsregeln ergänzen, nicht aber ersetzen könnte.<sup>112</sup> Hierauf hat auch der SPD-Vorschlag nur die Antwort einer parallelen Anwendung des Punktesystems neben dem geltenden Recht,<sup>113</sup> während die GRÜNEN ihr Punktesystem konsequent angebotsorientiert ausbauen und damit ein neues Instrument einführen wollen, ohne eine direkte Konkurrenz zur Blauen Karte zu errichten.<sup>114</sup> In beiden Fällen wird ein Punktesystem also kein einfaches Gesetz erreichen. Sein Mehrwert wäre primär symbolischer Natur – ein Ziel, das ebenso auf anderem Wege erreicht werden kann.

### 3.6. Alternative: übergreifende „Schwarz-Rot-Gold-Karte“

Aus dem Vorstehenden folgt, dass ein Punktesystem nur etwas großzügiger als der rechtliche Status quo wäre und gewünschte Reformen ebenso durch eine Fortentwicklung des geltenden Erwerbsmigrationsrechts erreicht werden könnten. Damit stellt sich die Frage nach Alternativen, die die wünschenswerte Symbolwirkung nach außen und innen bewirken, hierbei aber nicht die rechtliche Nebenwirkung einer vergrößerten Komplexität haben. Eine Möglichkeit ist die Einführung einer „Schwarz-Rot-Gold-Karte“ oder eine andere Bezeichnung mit größerer Breitenwirkung, die nach österreichischem Vorbild die bestehenden Zugangswege zusammenfasst.<sup>115</sup> Sie ruhte als übergreifendes Dach auf verschiedenen Säulen, zu denen die Blaue Karte ebenso gehörte wie sonstige Zugangswege. Es gäbe verschiedene Ausprägungen der neuen Karte, aber das öffentlichkeitswirksame Label wäre immer dasselbe.

Eine Säule könnte, so dies politisch gewollt ist, gegebenfalls auch ein Punktesystem sein, das – mit Blick auf europäische Vorgaben – als ein Zugangsmodus von vielen präsentiert

würde. Europarechtlichen Bedenken begegnete ein solches Vorgehen nicht, weil die Blaue Karte als Unterfall der „Schwarz-Rot-Gold-Karte“ weiterhin erteilt würde. Eine solche deutsche Lösung entspräche in vielerlei Hinsicht dem kanadischen und australischen Modell, das bei näherer Betrachtung auch zahlreiche verschiedene Zugangswege kennt, die nur gut vermarktet werden.<sup>116</sup> Es würde also eine sichtbare Hülle für ein inhaltlich vielgestaltiges Erwerbsmigrationsrecht geschaffen, das den EU-Vorgaben genügt.

Selbstverständlich könnte (und sollte) die Einführung mit einer strukturellen Vereinfachung des geltenden Rechts verbunden sein, die die Komplexität freilich nicht gänzlich wird aufheben können.<sup>117</sup> Auf diese Einsicht reagiert der hiesige Vorschlag pragmatisch, indem er vorrangig auf die symbolische Wirkung gegenüber der eigenen Bevölkerung sowie potentiellen Zuwanderern setzt. Verstärkt würde diese Wirkung noch, wenn man sie als Bestandteil eines künftigen Einwanderungsgesetzes verabschiedete, das freilich nicht auf die Erwerbsmigration beschränkt sein sollte.<sup>118</sup> Hierdurch würden die Vorzüge einer reformierten Wirtschaftsmigration mit einer migrationspolitischen Gesamtreform verbunden.

## 4. Ausblick

In Zeiten einer erhöhten Zuwanderung will die Politik die Migration steuern und ordnen. Aus diesem Grund versprechen die Parteien eine Neuregelung der Fachkräftezuwanderung, die den Bedürfnissen der Wirtschaft entspricht und zugleich einen

106 Vgl. *de Maizière*, Brauchen wir ein neues Einwanderungsgesetz? Nein!, FAZ vom 9.2.2015, S. 6.

107 Siehe Abschnitt 1.2. + 3. = *Thym*, ZAR 2017, 297 (298 ff.).

108 Vgl. § 20 AufenthG-E (o. Fn. 104).

109 Seit Jahren fordern vor allem die damaligen Regierungsparteien SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in regelmäßigen Abständen ein Punktesystem; vgl. für die GRÜNEN BT-Drs. 17/13555 v. 15.5.2013 und BT-Drs. 17/3862 v. 23.11.2010; für die SPD BT-Drs. 17/9029 v. 20.3.2012; siehe zudem für die FDP BT-Drs. 15/538 & 16/8492 v. 12.3.2008.

110 Ein Großteil der in Abschnitt 2.2. genannten Änderungen wurde in diesen Jahren verabschiedet.

111 Hierzu Abschnitt 2.2. = *Thym*, ZAR 2017, 297 (303 f.).

112 Allenfalls einzelne Bestimmungen wie § 17a, § 18c, § 19, § 21 AufenthG könnten mangels unionaler Vorprägung abgeschafft werden, so wie man bei der Umsetzung der Blue-Card-Richtlinie durch G. v. 1.6.2012 (o. Fn. 53) den Anwendungsbereich des § 19 AufenthG einschränkte, um eine Doppelung vergleichbarer Zugangswege zu vermeiden.

113 § 1 EinwG-E-SPD (o. Fn. 3) normiert ein paralleles Regime, wobei eine Zusammenführung angedacht ist, aber nicht gesagt wird, wie dies ohne Verletzung des Unionsrechts geschehen soll; die von Art. 3 IV des Kommissionsvorschlags (o. Fn. 36) vorgesehene Exklusivität der Blauen Karte dürfte wegen des bereits formulierten Widerstands der Mitgliedstaaten das Gesetzgebungsverfahren nicht überdauern; vgl. Rats-Dok. 5336/17 v. 18.1.2017.

114 Die Begründung für EinwG-E-GRÜNE (o. Fn. 7), S. 21 kritisiert den SPD-Entwurf, weil er sich nicht in die Systematik des geltenden Rechts einfüge; zudem streichen die GRÜNEN § 18a AufenthG ersatzlos.

115 Leicht zugänglich zur öst. Rot-Weiß-Rot-Karte <http://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-zuwanderung-rot-weiss-rot-karte.html>; siehe auch SVR (o. Fn. 56), S. 36 ff.; und den Vorschlag der Bertelsmann Stiftung *Morehouse*, Mit der „Schwarz-Rot-Gold“-Karte internationale Fachkräfte gewinnen, Diskussionspapier der Bertelsmann Stiftung, Mai 2013, der denselben Begriff verwendet, hierunter aber andere Inhalte fasst.

116 Hierzu bereits Abschnitt 1.3.

117 Siehe die Abschnitte 2.1. und 3.2.

118 Hierzu bereits Abschnitt 1.1. und 2. = *Thym*, ZAR 2017, 297 (298 ff.).

gesellschaftlichen Gewinn darstellt. Hierfür sprechen gute Argumente, solange man sich von der Illusion verabschiedet, mit einem Einwanderungsgesetz alle Probleme magisch lösen zu können. So wird ein einfaches Migrationsrecht schon deshalb nicht erreichbar sein, weil das EU-Recht viele Detailregelungen zwingend vorschreibt, und auch die erhoffte Entlastung des Asylsystems durch legale Zugangswege wird nur eintreten, wenn man parallel neue Instrumente entwickelt, um die Fluchtmigration indirekt zu steuern. Im Detail kann man durchaus unnötige Komplexität abbauen, doch wird man einfache Lösungen nicht allein dadurch erreichen, dass man den Titel eines Einwanderungsgesetzes einführt.

Umgekehrt muss eine liberalisierte Fachkräftezuwanderung nicht dazu führen, dass plötzlich alle nach Deutschland möchten. Speziell für Hochqualifizierte sind andere Faktoren ebenso

wichtig wie das Migrationsrecht, das für Akademiker schon heute sehr viel besser ist als sein Ruf. Aus diesem Grund versprache auch ein Punktesystem allenfalls begrenzten Mehrwert, weil dieselben Effekte durch eine Modifikation der geltenden Regelungen erreicht werden könnten, die wegen des EU-Rechts nicht abgeschafft werden können. Das wohl größte Reformpotential besteht bei qualifizierten Fachkräften ohne tertiären Bildungsabschluss. Hier könnte der Gesetzgeber experimentieren, wie man durch eine Kombination verschiedener Indikatoren sicherstellt, dass eine Person auch ohne förmliche Ausbildung zum deutschen Arbeitsmarkt und zu der hiesigen Gesellschaft passt. Dies gilt auch für die Ausbildungsmigration, die schon heute eine Potentialzuwanderung ermöglicht, um Personen ohne Arbeitsvertrag nach Deutschland zu holen, die Wirtschaft und Gesellschaft langfristig stärken.