

Beiträge zum Zuwanderungsgesetz

Die Regelung der Erwerbstätigkeit im Zuwanderungsgesetz

RA Klaus Peter Stiegeler, Freiburg

Als in der zweiten Hälfte der 1980iger Jahre vereinzelt in der Fachliteratur ein Einwanderungsgesetz gefordert wurde (vgl. Kanein, Kommentar zum Ausländerrecht, 4. Auflage 1988, § 1 Erl. 7), war auch die Regelung der Arbeitsmigration ein Motiv für diese Forderung. Gleiches lässt sich von den parlamentarischen Initiativen und Gesetzentwürfen in den 90iger Jahren sagen (vgl. u. a. Beschluss des FDP-Bundesvorstandes vom 5.2.1996 »Einwanderung kontrollieren – Eingliederung und Einbürgerung erleichtern« und Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechte von Einwanderinnen und Einwanderern (Einwanderungsgesetz) der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 15.4.1997 – BT-Drs. 13/7417 –). Mit der im Frühjahr 2000 aufgenommenen Diskussion über den Fachkräftemangel im IT-Bereich bekam die Debatte plötzlich Schwung. Zum ersten Mal seit sehr langer Zeit wurde in der breiten Öffentlichkeit wahrgenommen, dass Arbeitsmigration auch ökonomisch und demographisch notwendig sein könnte, dass also ein gesellschaftliches Interesse an ihr bestehen könnte (vgl. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Ausländerfragen, September 2002, S. 29). Verstärkt wurde dieser Trend durch die Empfehlungen der unabhängigen Kommission »Zuwanderung«.

Als am 8.11.2002 der Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und von Bündnis 90/Die Grünen vorgelegt wurde (BT-Drs. 14/7387) zeigte sich, dass sich tatsächlich im Bereich der Arbeitsmigration etwas bewegen soll. In der Gesetzesbegründung wurde ausdrücklich die Aufhebung des Anwerbestopps erklärt (BT-Drs. 14/7387, S. 59). Es war vor allem dieser Teil des Gesetzentwurfs, der in der Öffentlichkeit diskutiert wurde. Nur in Fachkreisen wurde bemerkt, dass die Opfer dieser »Modernisierung« Flüchtlinge sein könnten. Dieser Verdacht bestätigte sich, als im September 2002 der Entwurf einer Ausländerbeschäftigungsverordnung vorgelegt wurde (BMA-II a 7 - 24024/10 - Stand: 24. September 2002). Nun zeigte sich, dass offenbar nicht daran gedacht war, geduldete Flüchtlinge oder selbst solche, die nach dem neuen Gesetz eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erhalten sollten, zum Arbeitsmarkt zuzulassen. Diese Diskussion hat sich mit Bezug auf geduldete Ausländer, wiederum praktisch ohne Beteiligung der Öffentlichkeit, im Oktober des vergangenen Jahres wiederholt.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 18.12.2002 (- 2 BvF 1/02 -, 25 S., M2862) das erste Zuwanderungsgesetz aufhob und die unionsregierten Länder am 14.2.2003 120 (andere sagen: 137) Änderungsvorschläge vorgelegt hatten (BR-Drs. 22/1/03), war klar, dass nunmehr auch beim Zugang zum Arbeitsmarkt von Ausländern wieder ein restriktiver Kurs gesteuert würde. Letzt-

lich ist das geltende Gesetz trotz aller plakativen Änderungen wieder faktisch zum Anwerbestopp zurückgekehrt (so auch Dienelt, AuslR-AP - Stand November 2004, Einf. S. 4).

I. Fallbeispiele

Welche Auswirkungen das Gesetz auf die tägliche Praxis hat, lässt sich an folgenden Fällen zeigen:

Fall 1:

Herr S., ein arbeitsloser 44-jähriger irakischer Staatsangehöriger, möchte den dringenden Bedarf seines Heimatlandes an medizinischen Geräten mit dem Export solcher Geräte aus der Bundesrepublik Deutschland geschäftlich nutzen. Er bringt Eigenmittel in Höhe von 5000 € ein und möchte weitere erforderliche Mittel über Kredite finanzieren. Da seine Asylanerkennung widerrufen wurde, hofft er, vom Zuwanderungsgesetz profitieren zu können.

Fall 2:

Frau E. erhält nach vielen Jahren des Wartens ein Visum, um zu ihrem asylberechtigten Mann zu ziehen, der wegen einer psychischen Erkrankung arbeitsunfähig ist und Grundsicherungsleistungen bezieht. Sie möchte gerne arbeiten, weiß aber nicht, ob sie dies darf.

Fall 3:

Herr D. ist vor zwölf Jahren als Asylbewerber aus dem Kosovo gekommen und hat im Asylverfahren keinen Erfolg gehabt. Auch die Voraussetzungen des § 73 AuslG a. F. sind verneint worden. Seitdem wird er geduldet, weil er zu einer ethnischen Minderheit gehört. Er hat gehört, ab 1.1.2005 bestehe die Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis zu bekommen, wenn man Arbeit habe. Diese Voraussetzung ist bei ihm erfüllt. Denn er arbeitet seit längerem an der Verkaufstheke eines Fast-Food-Restaurants.

II. Wichtige Neuerungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt

Die wichtigen Bestimmungen des bisherigen Arbeitserlaubnisrechts sind nunmehr in Kapitel 2 Abschnitt 8 des neuen Aufenthaltsgesetzes enthalten. Die Bestimmungen des Aufenthaltsrechts und des Arbeitserlaubnisrechts sind in einem Gesetz zusammengefasst.

An Stelle des doppelten Genehmigungsverfahrens (Arbeitserlaubnis bzw. Arbeitsberechtigung und Aufenthaltsgenehmigung) ist ein zweistufiges Verfahren getreten, wobei die Arbeitsverwaltung nur noch intern beteiligt wird. Der Antragsteller hat es also nur noch mit einer Behörde, nämlich der Ausländerbehörde, zu tun.

Anders als im Vorgängergesetz ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu Erwerbszwecken nicht mehr in Verordnungen geregelt. Vielmehr sieht das Gesetz nunmehr selbst diese Erteilung im Kapitel 2 Abschnitt 4 (§§ 18–21 AufenthG) vor.

Sofern ein Aufenthaltstitel zu anderen Zwecken erteilt wird (Familienzusammenführung, humanitäre Gründe u. a.), ist vielfach schon im Gesetz geregelt, ob der In-

Beiträge zum Zuwanderungsgesetz

haber dieses Titels auch zur Erwerbstätigkeit berechtigt ist (vgl. z. B. § 16 Abs. 3 oder § 25 Abs. 1 S. 4 AufenthG).

Trotz dieser Veränderungen ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, den Zugang zum Arbeitsmarkt für Ausländer einfacher und transparenter zu regeln. Am bisherigen System ist zu Recht bemängelt worden, dass es vielfach unverständlich und schwer handhabbar sei. Daran hat sich entgegen aller anderslautenden Behauptungen nichts geändert (a. A. dagegen Dienelt in: AusIR-AP, Band 1, 3.1. Rdnr. 26).

III. Aufenthalt zum Zwecke der Erwerbstätigkeit

Kapitel 2 Abschnitt 4 des Gesetzes enthält die Regelungen, die nach der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers von der langjährigen Politik des Anwerbestopps wegführen sollten (vgl. BT-Drs. 14/7387 S. 69). Geblieben ist davon nicht viel. Richtig ist zwar, dass das in § 10 AusIG 1990 enthaltene Verbot der Erwerbstätigkeit mit Erlaubnisvorbehalt nach Maßgabe einer Rechtsverordnung entfallen ist. An dessen Stelle sind Ermessensermächtigungen getreten, deren Anwendung in letzter Konsequenz jedoch auf das selbe Ergebnis hinausläuft. Dies zeigt die Betrachtung der Einzelnormen.

1) Zentral ist die Vorschrift des § 18 AufenthG. Nach dieser Norm besteht die Möglichkeit, einem Ausländer im Ermessenswege eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung zu erteilen. Voraussetzung ist, dass

- ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt (§ 18 Abs. 5 AufenthG) und
- die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder die Zustimmung aufgrund einer Rechtsverordnung oder einer zwischenstaatlichen Vereinbarung entfallen kann.

Soll eine qualifizierte Tätigkeit ausgeübt werden, ist ferner Voraussetzung, dass

- diese einer Berufsgruppe angehört, die durch Rechtsverordnung zugelassen worden ist oder
- (ausnahmsweise) an der Beschäftigung ein öffentliches, insbesondere ein regionales, wirtschaftliches oder arbeitsmarktpolitisches Interesse besteht (§ 18 Abs. 4 AufenthG).

Wer eine Tätigkeit ausüben will, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt – dies dürfte auf die Masse der potenziellen Antragsteller zutreffen –, kann eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Erwerbstätigkeit nur erhalten, wenn

- dies durch zwischenstaatliche Vereinbarungen bestimmt ist oder

- die Bundesagentur für Arbeit aufgrund einer Rechtsverordnung die Zustimmung erteilen darf.

Schon diese kurze Übersicht macht deutlich, dass § 18 AufenthG weder anwendbar noch verständlich ist, ohne dass die Rechtsverordnungen herangezogen werden, die das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit nach § 42 des Gesetzes erlassen darf und erlassen hat. Es handelt sich um die

- Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverordnung – BeschV) vom 22.11.2004 (BGBl. I S. 2937) und um die
- Verordnung über das Verfahren und die Zulassung von im Inland lebenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverfahrensordnung – BeschVerfV) vom 22.11.2004 (BGBl. I S. 2945).

In diesen beiden Verordnungen findet sich, abgesehen von dem in § 39 AufenthG verankerten Vorrangprinzip die eigentliche Regelung des Zugangs zum Arbeitsmarkt.

2) § 19 AufenthG enthält eine Regelung für »Hochqualifizierte«. Ihnen kann in besonderen Fällen eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden. Hochqualifiziert im Sinne dieser Vorschrift sind insbesondere Wissenschaftler mit besonderen fachlichen Kenntnissen, Lehrpersonen in herausgehobener Funktion oder wissenschaftliche Mitarbeiter in herausgehobener Funktion bzw. Spezialisten und leitende Angestellte mit besonderer Berufserfahrung, die ein Gehalt in Höhe von mindestens dem Doppelten der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Krankenversicherung (dies sind derzeit $2 \times 3025 = 7050 \text{ €}$) erhalten.

Ausweislich des Wortlautes der Vorschrift sind weitere Voraussetzungen nicht zu erfüllen. Zwar kann nach § 39 Abs. 5 AufenthG die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG nur zustimmen, wenn sich durch die Beschäftigung des Ausländers nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt nicht ergeben. In § 3 BeschV ist jedoch geregelt, dass es der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit gar nicht bedarf.

3) § 21 AufenthG sieht eine Zuwanderungsmöglichkeit für solche Ausländer vor, die eine selbständige Tätigkeit im Bundesgebiet ausüben wollen. Voraussetzung ist, dass

- ein übergeordnetes wirtschaftliches Interesse oder ein besonderes regionales Bedürfnis besteht und
- die Erwartungen positiver Auswirkungen auf die Wirtschaft sowie
- die Finanzierung der Umsätze durch Eigenkapital (ersetzbar durch gesicherte Kreditzusage)

§ 4 AufenthG Erforderniss eines Aufenthaltstitels (2) Ein Aufenthaltstitel berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sofern es nach diesem Gesetz bestimmt ist oder der Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit ausdrücklich erlaubt. Jeder Aufenthaltstitel muss erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist. Einem Ausländer, der keine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung besitzt, kann die Ausübung einer Beschäftigung nur erlaubt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bun-

desagentur für Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind in den Aufenthaltstitel zu übernehmen.

(3) Ausländer dürfen eine Beschäftigung nur ausüben, wenn der Aufenthaltstitel es erlaubt, und von Arbeitgebern nur beschäftigt werden, wenn sie über einen solchen Aufenthaltstitel verfügen. Dies gilt nicht, wenn dem Ausländer auf Grund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung, eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung die Erwerbstätigkeit ohne den Besitz eines Aufenthaltstitels gestattet ist.

gewährleistet ist. Von einem übergeordneten wirtschaftlichen Interesse bzw. einem besonderen regionalen Bedürfnis und der Erwartung positiver Auswirkungen auf die Wirtschaft ist in der Regel auszugehen, wenn mindestens eine Million Euro investiert und zehn Arbeitsplätze geschaffen werden. Im Übrigen sollen die genannten Voraussetzungen anhand der Tragfähigkeit der zugrundeliegenden Geschäftsidee, der unternehmerischen Erfahrungen des Ausländers, der Höhe des Kapitaleinsatzes, der Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und Ausbildungssituation und des Beitrags für Innovation und Forschung beurteilt und bewertet werden. Wer älter als 45 Jahre ist, soll die Aufenthaltserlaubnis nur erhalten, wenn er über eine angemessene Altersversorgung verfügt (§ 21 Abs. 3 AufenthG).

IV. Zugang zum Arbeitsmarkt bei Aufenthalt zu anderen Zwecken

1) Anders als im AuslG 1990 war der Gesetzgeber im Zuwanderungsgesetz bestrebt, abhängig vom Aufenthaltswort Zweck Rechte und Pflichten möglichst abschließend im Gesetz selbst zu regeln. Deshalb hat er in einer ganzen Reihe von Fällen im Gesetz selbst schon von vornherein den

Zugang zum Arbeitsmarkt geregelt und insoweit für mehr Transparenz gesorgt. Zu erwähnen sind folgende Aufenthaltstatbestände:

- Niederlassungserlaubnis (§ 9 Abs. 1 AufenthG)
- Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken (§ 16 Abs. 3 AufenthG)
- Aufenthaltserlaubnis bei Aufnahme aus dem Ausland (§ 22 S. 3 AufenthG)
- Aufenthaltserlaubnis für Asylberechtigte und Flüchtlinge (§ 25 Abs. 1 und 2 AufenthG)
- Aufenthaltserlaubnis bei Familiennachzug zu Deutschen (§ 28 Abs. 5 AufenthG)
- Aufenthaltserlaubnis bei Familiennachzug zu Ausländern (§ 29 Abs. 5 AufenthG)
- Aufenthaltserlaubnis bei eigenständigem Aufenthaltsrecht von Ehegatten (§ 31 Abs. 1 S. 2 AufenthG)
- Aufenthaltserlaubnis bei Recht auf Wiederkehr (§ 37 Abs. 1 S. 2 AufenthG)
- Aufenthaltstitel für ehemalige Deutsche (§ 38 Abs. 4 AufenthG)
- Aufenthaltstitel für fälschlich als Deutsche angesehene Ausländer (§ 38 Abs. 5 AufenthG)

Abschnitt 4 Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit

§ 18 AufenthG Beschäftigung (1) Die Zulassung ausländischer Beschäftigter orientiert sich an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen. Internationale Verträge bleiben unberührt.

(2) Einem Ausländer kann ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind in den Aufenthaltstitel zu übernehmen.

(3) Eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach Absatz 2, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, darf nur erteilt werden, wenn dies durch zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist oder wenn auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 42 die Erteilung der Zustimmung zu einer Aufenthaltserlaubnis für diese Beschäftigung zulässig ist.

(4) Ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung nach Absatz 2, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, darf nur für eine Beschäftigung in einer Berufsgruppe erteilt werden, die durch Rechtsverordnung nach § 42 zugelassen worden ist. Im begründeten Einzelfall kann eine Aufenthaltserlaubnis für eine Beschäftigung erteilt werden, wenn an der Beschäftigung ein öffentliches, insbesondere ein regionales, wirtschaftliches oder arbeitsmarktpolitisches Interesse besteht.

(5) Ein Aufenthaltstitel nach Absatz 2 und § 19 darf nur erteilt werden, wenn ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt.

§ 19 AufenthG Niederlassungserlaubnis für Hochqualifizierte

(1) Einem hoch qualifizierten Ausländer kann in besonderen Fällen eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Niederlassungserlaubnis ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach § 39 erteilt werden kann und die Annahme gerechtfertigt ist, dass die Integration in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland und die Sicherung des Lebensunterhalts ohne staatliche Hilfe gewährleistet sind. Die Landesregierung kann bestimmen, dass die Erteilung der Niederlas-

sungserlaubnis nach Satz 1 der Zustimmung der obersten Landesbehörde oder einer von ihr bestimmten Stelle bedarf.

(2) Hoch qualifiziert nach Absatz 1 sind insbesondere

1. Wissenschaftler mit besonderen fachlichen Kenntnissen,
2. Lehrpersonen in herausgehobener Funktion oder wissenschaftliche Mitarbeiter in herausgehobener Funktion oder
3. Spezialisten und leitende Angestellte mit besonderer Berufserfahrung, die ein Gehalt in Höhe von mindestens dem Doppelten der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Krankenversicherung erhalten.

§ 21 AufenthG Selbständige Tätigkeit (1) Einem Ausländer kann eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erteilt werden, wenn

1. ein übergeordnetes wirtschaftliches Interesse oder ein besonderes regionales Bedürfnis besteht,
2. die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt und
3. die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder durch eine Kreditzusage gesichert ist.

Die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 1 und 2 sind in der Regel gegeben, wenn mindestens 1 Million Euro investiert und zehn Arbeitsplätze geschaffen werden. Im Übrigen richtet sich die Beurteilung der Voraussetzungen nach Satz 1 insbesondere nach der Tragfähigkeit der zu Grunde liegenden Geschäftsidee, den unternehmerischen Erfahrungen des Ausländers, der Höhe des Kapitaleinsatzes, den Auswirkungen auf die Beschäftigungssituation und dem Beitrag für Innovation und Forschung. Bei der Prüfung sind die für den Ort der geplanten Tätigkeit fachkundigen Körperschaften, die zuständigen Gewerbebehörden, die öffentlichen Berufsvertretungen und die für die Berufszulassung zuständigen Behörden zu beteiligen.

(2) Eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit kann auch erteilt werden, wenn völkerrechtliche Vergünstigungen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit bestehen.

(3) Ausländer, die älter sind als 45 Jahre, sollen die Aufenthaltserlaubnis nur erhalten, wenn sie über eine angemessene Altersversorgung verfügen.

(4) Die Aufenthaltserlaubnis wird auf längstens drei Jahre befristet. Nach drei Jahren kann abweichend von § 9 Abs. 2 eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn der Ausländer die geplante Tätigkeit erfolgreich verwirklicht hat und der Lebensunterhalt gesichert ist.

Beiträge zum Zuwanderungsgesetz

In diesen Fällen ist der Zugang zum Arbeitsmarkt kraft Gesetzes gewährleistet. § 4 Abs. 2 S. 3 AufenthG, der den gegenteiligen Eindruck erwecken könnte, bezieht sich nur auf die zweite Alternative von § 4 Abs. 2 S. 1 AufenthG, also nicht auf die Fälle, in denen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bereits nach dem Gesetz erlaubt ist (s. d. Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/7387, S. 65 u. 79; missverständlich die Begründung zum Entwurf der Beschäftigungsverfahrensverordnung; a. A. Heinhold/Classen, Das Zuwanderungsgesetz, Hinweise für die Flüchtlingssozialarbeit, Bonn, 2004, S. 59).

2) In anderen Fällen hat der Gesetzgeber den Inhabern bestimmter Aufenthaltstitel nur eine begrenzte Integration vermitteln wollen und deshalb die Aufnahme einer Beschäftigung an die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit geknüpft. Betroffen sind hiervon in erster Linie Ausländer, die aus völkerrechtlichen und humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erhielten (§§ 24, 25 Abs. 2, 4 und 5 AufenthG). Für sie gilt § 4 Abs. 2 i. V. m. § 39 Abs. 3 AufenthG, d. h. die Ausübung einer Beschäftigung ist nur erlaubt, wenn

- die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder
- durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist.

Im ersteren Falle hat die Bundesagentur für Arbeit (intern) zu prüfen, ob sich durch die Beschäftigung des Betroffenen nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt ergeben und ob für diese Beschäftigung nicht deutsche Arbeitnehmer, Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind, oder andere Ausländer, die nach dem Recht der EU einen Anspruch auf vor-

rangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, zur Verfügung stehen. Mit anderen Worten: Eine Zustimmung erfolgt nur nach Absolvierung der sog. Vorrangprüfung.

Eingeschränkt gelten die vorstehenden Erläuterungen auch für Studenten sowie für nachgezogene Familienangehörige. Für erstere deshalb, weil sie während des Studiums zwar ohne Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit eine studentische Nebentätigkeit uneingeschränkt und eine andere Beschäftigung zeitlich begrenzt aufnehmen können, sowie nach erfolgreichem Abschluss des Studiums eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nur zur Suche eines Arbeitsplatzes erhalten. Dies aber nur dann, sofern dieser Arbeitsplatz nach den Bestimmungen der §§ 18–21 von Ausländern besetzt werden darf (§ 16 Abs. 4 AufenthG).

Für letztere, weil sie gem. § 29 Abs. 5 AufenthG hinsichtlich der Erwerbstätigkeit zunächst der Bezugsperson, zu der sie nachziehen, gleichgestellt werden. Genießt diese unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt, gilt dies auch für den nachziehenden Familienangehörigen. Setzt die Erwerbstätigkeit der Bezugsperson dagegen die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit voraus, benötigen auch die nachziehenden Familienangehörigen diese Zustimmung gem. § 39 AufenthG. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft mindestens zwei Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden hat. Danach ist der nachgezogene Ehegatte zur Erwerbstätigkeit unabhängig vom Aufenthaltstatus seines Ehegatten berechtigt.

V. Asylbewerber und Geduldete

1) Der Arbeitsmarktzugang von Asylbewerbern war schon bisher teilweise in § 61 AsylVfG gesetzlich geregelt. Absatz 2 dieser Vorschrift wurde durch das Zuwanderungsgesetz ge-

§ 39 AufenthG Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung (1) Ein Aufenthaltstitel, der einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, kann nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden, soweit durch Rechtsverordnung nicht etwas anderes bestimmt ist. Die Zustimmung kann erteilt werden, wenn dies in zwischenstaatlichen Vereinbarungen, durch ein Gesetz oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist.

(2) Die Bundesagentur für Arbeit kann der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 zustimmen, wenn

1. a) sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben und
b) für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen oder
2. sie durch Prüfung nach Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a und b für einzelne Berufsgruppen oder für einzelne Wirtschaftszweige festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist,

und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Für die Beschäftigung stehen deutsche Arbeitnehmer und diesen gleichgestellte Ausländer auch dann zur Verfügung, wenn sie nur mit Förderung der Agentur für Arbeit vermittelt werden können. Der Ar-

beitgeber, bei dem ein Ausländer beschäftigt werden soll, der dafür eine Zustimmung benötigt, hat der Bundesagentur für Arbeit Auskunft über Arbeitsentgelt, Arbeitszeiten und sonstige Arbeitsbedingungen zu erteilen.

(3) Absatz 2 gilt auch, wenn bei Aufhalten zu anderen Zwecken nach den Abschnitten 3, 5, 6 oder 7 eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Ausübung einer Beschäftigung erforderlich ist.

(4) Die Zustimmung kann die Dauer und die berufliche Tätigkeit festlegen sowie die Beschäftigung auf bestimmte Betriebe oder Bezirke beschränken.

(5) Die Bundesagentur für Arbeit kann der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 zustimmen, wenn sich durch die Beschäftigung des Ausländers nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt nicht ergeben.

(6) Staatsangehörigen derjenigen Staaten, die nach dem Vertrag vom 16. April 2003 über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union (BGBl. 2003 II S. 1408) der Europäischen Union beigetreten sind, kann von der Bundesagentur für Arbeit eine Beschäftigung, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 erlaubt werden, soweit nach Maßgabe dieses Vertrages von den Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft abweichende Regelungen Anwendung finden. Ihnen ist Vorrang gegenüber zum Zweck der Beschäftigung einreisenden Staatsangehörigen aus Drittstaaten zu gewähren.

ändert; die bisherigen Erlassregelungen der Bundesanstalt für Arbeit wurden ins Gesetz übernommen. Nunmehr gilt Folgendes:

Für die Dauer, in der der Asylbewerber verpflichtet ist, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, besteht ein Verbot der Erwerbstätigkeit. Aber auch danach gilt ein einjähriges Arbeitsverbot gem. § 61 Abs. 2 AsylVfG n. F. Erst nach einem Jahr gestattetem Aufenthalt im Bundesgebiet kann abweichend von § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt werden; aber nur,

- wenn die Bundesagentur für Arbeit zustimmt oder
- durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Die §§ 39–42 AufenthG gelten entsprechend. Dies bedeutet, dass abgesehen von den wenigen Fällen, in denen eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit entbehrlich ist (§§ 1–4 BeschVerfV), die Arbeitsaufnahme nur nach Durchführung einer Vorrangprüfung möglich ist.

2) Für Geduldete findet sich im Aufenthaltsgesetz nur eine mittelbare Regelung in § 4 Abs. 3 S. 2 AufenthG. Während § 4 Abs. 3 S. 1 AufenthG jede Art der Beschäftigung unter den Genehmigungsvorbehalt durch einen entsprechenden Aufenthaltstitel stellt, gilt dies nach S. 2 der Vorschrift nicht, wenn dem Ausländer

- aufgrund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung,
- eines Gesetzes oder
- einer Rechtsverordnung

die Erwerbstätigkeit ohne den Besitz eines Aufenthaltstitels gestattet ist. Mit der Beschäftigungsverfahrensverordnung vom 22.11.2004 ist eine solche Regelung durch Rechtsverordnung geschaffen worden. Danach gilt Folgendes:

Grundsätzlich kann geduldeten Ausländern gem. § 10 BeschVerfV eine Erwerbstätigkeit erst nach einer Wartezeit erlaubt werden. Sie müssen sich seit einem Jahr erlaubt oder geduldet im Bundesgebiet aufgehalten haben. Die Zeiten eines vorangegangenen Asylverfahrens zählen also mit. Die Erlaubnis ist ferner an die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit geknüpft. Die §§ 39–41 AufenthG gelten entsprechend; d. h., es findet eine Vorrangprüfung statt. Die Ausübung einer Beschäftigung darf gem. § 11 BeschVerfV nicht erlaubt werden, wenn

- sich der Ausländer ins Inland begeben hat, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu erlangen, oder
- wenn bei dem Ausländer aus von ihm zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können.

Gem. § 11 S. 2 BeschVerfV hat ein Ausländer die Gründe insbesondere dann zu vertreten, wenn er das Abschie-

bungshindernis durch Täuschung über seine Identität oder seine Staatsangehörigkeit oder durch falsche Angaben herbeiführt.

Die Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit erfolgt gem. §§ 39 ff. AufenthG (Vorrangprüfung), sofern die BeschVerfV nicht spezielle Erleichterungstatbestände enthält. Davon gibt es zwei Gruppen:

- §§ 1–4 BeschVerfV regelt, wann es einer Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit gar nicht bedarf und
- §§ 5–9 BeschVerfV normiert die Tatbestände, bei deren Vorliegen eine Vorrangprüfung entfallen kann. Die Einzelheiten sollen an dieser Stelle nicht dargestellt werden. In der Praxis werden wohl vor allem die §§ 6 und 7 BeschVerfV von Bedeutung sein. Sie sehen den Wegfall der Vorrangprüfung vor, wenn der Ausländer seine Beschäftigung nach Ablauf der Geltungsdauer einer für mindestens ein Jahr erteilten Zustimmung bei dem selben Arbeitgeber fortsetzt (§ 6 S. 1) bzw. wenn die Versagung der Zustimmung unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles eine besondere Härte bedeuten würde (§ 7).

VI. Verfahrensrecht

Aufenthaltstitel und Regelung der Erwerbstätigkeit gibt es jetzt aus einer Hand: Für beides ist die Ausländerbehörde zuständig (s. o.). Ist für die Erwerbstätigkeit die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich, handelt es sich dabei um einen behördeninternen Akt. Der betroffene Ausländer hat direkt nur mit der Ausländerbehörde zu tun.

Ob und inwieweit ein Ausländer zur Erwerbstätigkeit berechtigt ist, regelt der Aufenthaltstitel. Jeder Aufenthaltstitel muss erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist (§ 4 Abs. 2 S. 2 AufenthG). Das kann sich entweder aus der Zweckbestimmung des Aufenthaltstitels ergeben, wenn nämlich der Aufenthaltstitel zum Zweck der Erwerbstätigkeit erteilt worden ist oder die Erwerbstätigkeit bei Aufenthaltstiteln zu dem genannten Zweck per Gesetz erlaubt ist (s. o.). Es ist deshalb wichtig, dass die Ausländerbehörde alle Aufenthaltsw Zwecke korrekt im Aufenthaltstitel vermerkt.

In den anderen Fällen muss die Ausländerbehörde durch eine Nebenbestimmung die Erwerbstätigkeit regeln. Nötigenfalls kann das gerichtlich erstritten werden. Das Rechtsmittel richtet sich in jedem Fall gegen die Ausländerbehörde, nicht gegen die Bundesagentur für Arbeit, auch wenn die Erlaubnis der Erwerbstätigkeit intern an der fehlenden Zustimmung der Bundesagentur gescheitert ist. Die Nebenbestimmung beinhaltet ggf. auch Beschränkungen der Erwerbstätigkeit, etwa auf eine bestimmte Stelle oder auf eine bestimmte Branche.

§ 61 AsylVfG Erwerbstätigkeit (1) Für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, darf der Ausländer keine Erwerbstätigkeit ausüben.

(2) Im Übrigen kann einem Asylbewerber, der sich seit einem Jahr gestattet im Bundesgebiet aufhält, abweichend von § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt

werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Die §§ 39 bis 42 des Aufenthaltsgesetzes gelten entsprechend.

Beiträge zum Zuwanderungsgesetz

Bei Asylbewerbern und Ausländern mit geduldetem Aufenthalt wird die Erwerbstätigkeit durch eine Nebenbestimmung zur Aufenthaltsgestattung oder Duldung geregelt. Auch diese kann ggf. gerichtlich erstritten werden.

VII. Falllösungen

Fall 1:

Bei Herrn S. kann eine Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG in Betracht kommen. Klar ist, dass an eine Investition von einer Million Euro, wie es das Regelbeispiel von § 21 Abs. 1 S. 2 AufenthG vorsieht, nicht zu denken ist. Er muss also darlegen, dass die Grundvoraussetzungen nach § 21 Abs. 1 S. 1 AufenthG vorliegen: ein übergeordnetes wirtschaftliches Interesse oder ein besonderes regionales Bedürfnis, zu erwartende positive Auswirkungen auf die Wirtschaft und Sicherung der Finanzierung durch Eigenkapital oder eine Kreditzusage.

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist unter Berücksichtigung der in § 4 Abs. 1 S. 3 AufenthG genannten Kriterien zu beurteilen, also nach der Tragfähigkeit der zugrunde liegenden Geschäftsidee, den unternehmerischen Erfahrungen von Herrn S., der Höhe des Kapitaleinsatzes, den Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und Ausbildungssituation und dem Beitrag für Innovation und Forschung.

Daran wird deutlich, dass es Herr S. schwer haben wird, eine Aufenthaltserlaubnis zu erhalten. Viel Kapital kann er nicht investieren. Eine Kreditzusage liegt ihm noch nicht vor. Ein Beitrag für Innovation und Forschung wird nicht geleistet und die Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und Ausbildungssituation sind gering. Beseitigt würde allenfalls seine eigene Arbeitslosigkeit. Man muss deshalb annehmen, dass ein übergeordnetes wirtschaftliches Interesse nur besteht, wenn die nach § 21 Abs. 1 S. 4 AufenthG zu beteiligenden fachkundigen Körperschaften, Gewerbebehörden und öffentlich-rechtlichen Berufsvertretungen positive Auswirkungen auf die Wirtschaft bejahen, weil dem geplanten Export Zukunftschancen eingeräumt werden. Ohne ein Gutachten, das die Tragfähigkeit der Geschäftsidee von Herrn S. bestätigt und positive wirtschaftliche Effekte prognostiziert, wird Herr S. keinen Erfolg haben.

Immerhin muss Herr S. gem. § 21 Abs. 3 AufenthG nicht das Bestehen einer ausreichenden Altersversorgung nach-

weisen. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 21 Abs. 2 AufenthG kommt nicht in Betracht, da zwischenstaatliche Abkommen mit dem Irak mit Erleichterungen für die Aufnahme der Selbständigkeit nicht bestehen.

Fall 2:

Nach § 29 Abs. 5 AufenthG berechtigt die Aufenthaltserlaubnis, die dem nachziehenden Familienangehörigen erteilt wurde, zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, soweit der Ausländer, zu dem der Familiennachzug erfolgt, zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist. Da Herr E. als Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 1 AufenthG die Erwerbstätigkeit erlaubt ist, darf auch Frau E. arbeiten. Sie hat Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis, in der dies vermerkt ist.

Fall 3:

Die Regelung, an die Herr D. denkt, ist in § 18 AufenthG enthalten. Da es um die Ausübung einer Beschäftigung geht, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, wäre die Erteilung grundsätzlich nur möglich, wenn dies durch zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt oder aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG zulässig ist. Weitere Überlegungen müssen jedoch im vorliegenden Fall nicht angestellt werden, da § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG bestimmt, dass einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist oder der seinen Asylantrag zurückgenommen hat, vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnittes 5 erteilt werden darf. In diesem Abschnitt ist der Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen geregelt. Herr D. bleibt deshalb nur die Möglichkeit, nach § 25 Abs. 4 S. 2 oder § 25 Abs. 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen zu beantragen.

Erwerbstätigkeit bei Aufenthaltsgestattung

1. keine Verpflichtung mehr, in Aufnahmeeinrichtung zu wohnen
2. ein Jahr Wartezeit und
3. a) Zustimmung der Bundesagentur entbehrlich (§§ 1–4 BeschVerfV) oder
b) Zustimmung der Bundesagentur erteilt (§ 39 Abs. 2 AufenthG)

Erwerbstätigkeit bei Duldung

1. ein Jahr Wartezeit
2. nicht ins Inland begeben, um Leistungen nach dem AsylbLG zu beziehen
3. Abschiebungshindernis nicht zu vertreten
4. a) Zustimmung der Bundesagentur entbehrlich (§§ 1–4 BeschVerfV) oder
b) Zustimmung der Bundesagentur erteilt (§ 39 Abs. 2 AufenthG)

Zustimmung der Bundesagentur (§ 39 Abs. 2 AufenthG und BeschVerfV)

1. a) keine Vorrangprüfung erforderlich (§§ 5–9 BeschVerfV) oder
b) keine nachteiligen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt oder kein bevorrechtigter Arbeitnehmer zur Verfügung oder
c) Besetzung offener Stellen für Berufsgruppe oder Wirtschaftszweig mit ausländischen Arbeitnehmern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar und
2. keine ungünstigeren Arbeitsbedingungen als deutsche Arbeitnehmer und
3. kein Versagungsgrund (§ 40 AufenthG)