

## Beiträge

## Blaue Karte EU – Eine ernsthafte Option für Fachkräfte?

RA Klaus Peter Stiegeler, Freiburg\*

»Fachkräfte dringend gesucht« melden die Zeitungen seit Monaten. Angeblich sucht die Bundesagentur für Arbeit bereits Ingenieure in Indonesien.

Da erstaunt es umso mehr, dass die Bundesregierung die Umsetzung der Europäischen Hochqualifiziertenrichtlinie<sup>1</sup> verzögert, deren Ziel es ist, die Zuwanderung von – hochqualifizierten – Fachkräften aus Drittstaaten in die EU zu fördern. Der Referentenentwurf eines zweiten Richtlinienumsetzungsgesetzes wurde abgeändert. Die am 6.6.2011 in den Gesetzgebungsprozess gegebene Fassung sieht die Umsetzung der Hochqualifiziertenrichtlinie nicht mehr vor. Sie wäre aber bis zum 19.6.2011 in innerstaatliches Recht umzusetzen gewesen.

An dieser Stelle sollen die politischen Motive für dieses Vorgehen nicht thematisiert werden. Im Fokus dieses Beitrages stehen vielmehr der Regelungsgehalt der Richtlinie und die rechtlichen Konsequenzen des gesetzgeberischen Unterlassens. Dabei ist die Darstellung beschränkt auf einen ersten Überblick. Für eine vertiefte Auseinandersetzung wird auf die vorhandene Literatur verwiesen.<sup>2</sup>

## I. Regelungsgeschichte und Inhalt der Richtlinie

### 1. Entstehungsgeschichte

Seit der Europäische Rat auf seiner Tagung in Lissabon im Jahr 2000 das Ziel ausgab, die EG bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen, gewann die legale Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen, die zur Erreichung dieses Zieles beitragen können, zunehmend an Bedeutung. Um im weltweiten Rennen um die »besten Köpfe« mithalten zu können, wurde u. a. die Hochqualifiziertenrichtlinie verabschiedet.<sup>3</sup> Gemäß Art. 23 der Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um die Richtlinie umzusetzen, bis spätestens 19.6.2011 in Kraft zu setzen.

Die Richtlinie soll zur Bewältigung des (Fach-)Arbeitskräftemangels in der EU beitragen. Erklärtes Ziel ist es, »die Zulassung hochqualifizierter Arbeitskräfte und ihrer Familien durch entsprechende Schnellverfahren zu erleichtern und ihnen in mehreren Bereichen die gleichen sozialen und ökonomischen Rechte wie den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates zu gewähren«.<sup>4</sup>

Dem vergleichsweise optimistischen Grundton der Erwägungsgründe steht eine reservierte bis kritische Resonanz sowohl im politischen Raum als auch in der Fachliteratur gegenüber. Dies nicht nur wegen der vielfach anzutreffenden Aversion gegenüber Regelungen der EU im Bereich der

Arbeitsmigration, sondern auch wegen befürchteter negativer Auswirkungen auf die Entwicklungsländer.<sup>5</sup>

## 2. Regelungsinhalt

Bei der Blauen Karte EU handelt es sich der Sache nach um eine Aufenthaltserlaubnis auf unionsrechtlicher Basis, und zwar zum Zwecke der Beschäftigung. Die genaue Definition findet sich in Art. 2 Bst. c der Richtlinie 2009/50/EG. Danach handelt es sich um die »von einem Mitgliedstaat erteilte Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis mit der Bezeichnung ›Blaue Karte EU‹, die ihren Inhaber berechtigt, sich im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates aufzuhalten und eine Erwerbstätigkeit im Sinne dieser Richtlinie auszuüben.«

### a) Anwendungsbereich

Der Zugang zur Blauen Karte EU ist jedoch stark eingeschränkt.

Zwar gilt die Richtlinie grundsätzlich für alle Drittstaatsangehörige, die einen Antrag auf Zulassung ins Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zum Zweck der Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung im Sinne der Richtlinie stellen.<sup>6</sup>

Art. 3 Abs. 2 schließt jedoch zahlreiche Personengruppen von der Anwendung der Richtlinie aus. Zu ihnen gehören vor allem solche Personen, die zu den Begünstigten anderer Richtlinien gehören, wie z. B. Adressaten der Unionsbürgerrichtlinie, der Forscherrichtlinie, der Daueraufenthaltsrichtlinie usw.<sup>7</sup> Nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen nach Art. 3 Abs. 2 aber auch humanitär Schutzbedürftige und Schutzberechtigte.

### b) Erteilungsvoraussetzungen

Grundvoraussetzung für die Erteilung der Blauen Karte ist gemäß Art. 5 der Richtlinie der Nachweis, dass der Antragsteller

- im Besitz eines gültigen Arbeitsvertrages oder, nach Maßgabe des einzelstaatlichen Rechts, eines verbindlichen Arbeitsplatzangebotes für eine hochqualifizierte Beschäftigung für die Dauer von mindestens einem Jahr ist,
- auf Grund des Arbeitsvertrages oder des verbindlichen Arbeitsplatzangebotes Anspruch auf ein Gehalt hat, das mindestens dem 1 1/2-fachen des durchschnittlichen

\* Klaus Peter Stiegeler ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Freiburg.

<sup>1</sup> Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl. L 155 vom 18.6.2009, S. 17 ff; auch »Blue-Card-Richtlinie« genannt.

<sup>2</sup> Vgl. u. a. Kuczynski/Solka, ZAR 2009, 219 ff; Martin Asensio, ZAR 2010, 175 ff und Nagel, RV aktuell 2010, 371 ff.

<sup>3</sup> S. dazu: Martin Asensio, a. a. O., S. 176, 177.

<sup>4</sup> So Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie.

<sup>5</sup> Dazu ausführlich Martin Asensio, a. a. O., S. 177–182.

<sup>6</sup> Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie.

<sup>7</sup> S. dazu auch Kuczynski/Solka, ZAR 2009, 219, 221.

Bruttojahresgehaltes in dem betreffenden Mitgliedstaat entspricht,

- einen höheren beruflichen Bildungsabschluss für den im Arbeitsvertrag oder dem verbindlichen Angebot genannten Beruf oder die entsprechende Branche hat, für den Fall, dass er einen nicht reglementierten Beruf ausüben will,
- die nach einzelstaatlichem Recht für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines Berufes erfüllt, für den Fall, dass er einen reglementierten Beruf ausüben will,
- ein gültiges Reisedokument besitzt,
- für die Zeiten, in denen er keinen Versicherungsschutz und keinen Anspruch auf die mit einem Arbeitsvertrag einhergehenden Leistungen hat, eine Krankenversicherung abgeschlossen hat und
- nicht als eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit betrachtet werden kann.

### c) Besondere Ablehnungsgründe

Auch wenn die vorgenannten Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sind, folgt daraus nicht in jedem Mitgliedstaat das Recht auf Erteilung der Blauen Karte. Denn Art. 6 und Art. 8 Abs. 2–5 der Richtlinie ermächtigen die Mitgliedstaaten zum Erlass einer Reihe von einschränkenden Regelungen.

So enthält Art. 6 eine Art Quotenermächtigung: Die Mitgliedstaaten haben das Recht festzulegen, wie vielen Drittstaatsangehörigen eine Zulassung für die Einreise in ihr Hoheitsgebiet zum Zweck der hochqualifizierten Beschäftigung erteilt wird. Wird eine solche Quote überschritten, kann nach Art. 8 Abs. 3 ein Antrag auf eine Blaue Karte EU als nicht zulässig erachtet werden.

Ferner ist es den Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 2 freigestellt, die erstmalige Erteilung der Blauen Karte EU von einer Arbeitsmarktprüfung abhängig zu machen. Dabei können sie prüfen, ob die freie Stelle, die der Antragsteller antreten will, mit

- Arbeitskräften des eigenen Landes oder
  - Arbeitskräften der Gemeinschaft oder mit
  - Drittstaatsangehörigen, die ihren rechtmäßigen Wohnsitz im Mitgliedstaat haben und dessen regulären Arbeitsmarkt bereits angehören oder mit
  - in der EG langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, die sich nach Kapitel 4 der Richtlinie 2003/109/EG zum Zweck der Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung in diesen Mitgliedstaat begeben wollen
- besetzt werden kann.

Schließlich können die Mitgliedstaaten einen Antrag auch ablehnen, wenn gegen den Arbeitgeber, bei dem die Beschäftigung erfolgen soll, nach nationalem Recht Sanktionen wegen Schwarzarbeit und/oder illegaler Beschäftigung verhängt wurden.

Zuletzt ist es den Mitgliedstaaten auch freigestellt, einen Antrag deshalb abzulehnen, weil im Herkunftsland ein Mangel an qualifizierten Arbeitnehmern besteht.<sup>8</sup>

### d) Aufenthaltsrecht und Zugang zum Arbeitsmarkt

Mit der Ausstellung der Blauen Karte und während ihrer Gültigkeit erhält der Inhaber ein Aufenthaltsrecht und das Recht zur jederzeitigen Ein- und Ausreise.<sup>9</sup>

Zugleich erhält er gemäß Art. 12 der Richtlinie die Befugnis, eine solche hochqualifizierte Beschäftigung auszuüben, die die in Art. 5 genannten Zulassungsbedingungen erfüllt.<sup>10</sup>

Die Mobilität auf dem Arbeitsmarkt ist allerdings beschränkt. Denn während der ersten zwei Jahre ist vor jedem Arbeitsplatzwechsel die schriftliche Genehmigung der zuständigen Behörde einzuholen. Auch Änderungen, die Auswirkungen auf die Zulassungsbedingungen haben, sind vorab zu melden oder bedürfen sogar einer vorherigen Genehmigung, wenn dies nach einzelstaatlichem Recht vorgesehen ist.<sup>11</sup>

Nach den ersten zwei Jahren kann der Mitgliedsstaat den Inhaber der Blauen Karte hinsichtlich der Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung eigenen Staatsangehörigen gleichstellen, so dass ihm grundsätzlich jede Art hochqualifizierter Beschäftigung zugänglich ist.

Sowohl bei der erstmaligen Erteilung als auch nach Ablauf von zwei Jahren können die Mitgliedstaaten die Bewerber um eine Blaue Karte oder die Inhaber vom Zugang zu solchen Beschäftigungen ausschließen, die nach dem bestehenden nationalen oder dem Gemeinschaftsrecht eigenen Staatsangehörigen vorbehalten sind, wenn diese Erwerbstätigkeit zumindest zeitweise mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und der Verantwortung für die Wahrung der allgemeinen Belange des Mitgliedstaates einhergeht. Ferner können die Mitgliedstaaten Zugangsbeschränkungen zu solchen unselbständigen Erwerbstätigkeiten beibehalten, die nach dem bestehenden nationalen oder gemeinschaftsrechtlichen Recht eigenen Staatsangehörigen und Unionsbürgern oder EWR-Bürgern vorbehalten sind.

### e) Sozialrechtlicher Status

Wer Inhaber einer Blauen Karte EU ist, muss nach Art. 14 der Richtlinie hinsichtlich der sozialen Sicherheit wie ein eigener Staatsangehöriger des jeweiligen Mitgliedstaates behandelt werden. Art. 14 Abs. 1 Bst. e stellt klar, dass dieses Gleichbehandlungsgebot sich auf all die Zweige der sozialen Sicherheit erstreckt, die in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71<sup>12</sup> definiert sind.

<sup>8</sup> Art. 8 Abs. 4. der Richtlinie

<sup>9</sup> Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie.

<sup>10</sup> Siehe oben I, 2 Bst. b.

<sup>11</sup> Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie.

<sup>12</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemein-

Gemeint sind also z.B. Altersversorgungsansprüche, Leistungen bei Invalidität, Leistungen an Hinterbliebene, bei Krankheit und Mutterschaft, bei Arbeitslosigkeit, usw.<sup>13</sup>

Allerdings verweist die Richtlinie einschränkend auch auf die Sonderbestimmungen für Deutschland und Österreich im Anhang der Verordnung (EG) Nr. 859/2003.<sup>14</sup> Dort ist bestimmt, dass die Gewährung von Familienleistungen in Deutschland davon abhängt, dass der Anspruchsteller einen im deutschen Recht vorgesehenen Aufenthaltstitel wie eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung besitzt.

Hinsichtlich der Altersrenten bestimmt Art. 14 Abs. 1 Bst. f ausdrücklich, dass diese, soweit sie im Zusammenhang mit dem Einkommen erworben wurde, auch beim Umzug in einen Drittstaat oder nach Ablauf der Gültigkeit der Blauen Karte zu zahlen ist, und zwar in gleicher Höhe wie sie an einen deutschen Staatsangehörigen zu zahlen wären.<sup>15</sup>

### f) Familienzusammenführung

Die Familienzusammenführung bestimmt sich grundsätzlich nach der Familienzusammenführungsrichtlinie.<sup>16</sup> Das heißt, dass die Mitglieder der Kernfamilie, also Ehegatten und minderjährige Kinder inklusive Adoptivkinder nachzugsberechtigt sind. Dieses Recht besteht vom ersten Tag des Aufenthalts an. Anders als in Art. 3 der Familienzusammenführungsrichtlinie gefordert, muss aber keine begründete Aussicht auf die Erlangung eines dauerhaften Aufenthaltsrechtes bestehen.<sup>17</sup>

Ebenso wenig darf von den Familienmitgliedern die Erfüllung der in Art. 4 und Art. 7 Abs. 2 der Familienzusammenführungsrichtlinie genannten Integrationsvoraussetzungen vor der Einreise verlangt werden.<sup>18</sup> Die nachgezogenen Familienmitglieder haben auch sofort Zugang zum Arbeitsmarkt des jeweiligen Mitgliedstaates.

### g) Verfahren und Rechtsschutz

Die Blaue Karte EU wird nur auf Antrag ausgestellt. Die Mitgliedstaaten haben zu bestimmen, ob der Antrag vom Betroffenen selbst oder vom Arbeitgeber zu stellen ist, oder ob sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber den Antrag stellen können.<sup>19</sup>

Befindet sich der Betroffene bereits mit einem gültigen Aufenthaltstitel oder einem nationalen Visum für einen längerfristigen Aufenthalt im Gebiet des Mitgliedstaates, kann der Antrag im Inland gestellt werden. Das Gleiche gilt, wenn er zwar nicht im Besitz eines gültigen Aufenthaltstitels ist, sich aber rechtmäßig im Mitgliedstaat aufhält, sofern dies mit dem einzelstaatlichen Recht vereinbar ist.

Davon abweichend kann ein Mitgliedstaat aber bestimmen, dass der Antrag nur von außerhalb seines Hoheitsgebietes gestellt werden darf. Dies setzt jedoch voraus, dass derartige Einschränkungen entweder für alle Drittstaatsangehörigen oder für bestimmte Kategorien von ihnen im

Aufenthaltsrecht des Mitgliedstaates bereits existieren.<sup>20</sup>

Hält sich der Antragsteller bei Stellung des Antrages und während seiner Bearbeitung außerhalb des Hoheitsgebietes des Mitgliedstaates auf, muss ihm nach Genehmigung des Antrages und Ausstellung der Blauen Karte EU jede Erleichterung zur Erlangung des notwendigen Einreisevisums gewährt werden.<sup>21</sup> Die Entscheidung über den gestellten Antrag muss gemäß Art. 11 der Richtlinie sobald wie möglich, spätestens jedoch 90 Tage nach Eingang des Antrages, schriftlich getroffen werden.

Wird der Antrag abgelehnt, wird dies dem Betroffenen und gegebenenfalls seinem Arbeitgeber entsprechend dem geltenden einzelstaatlichen Recht schriftlich mitgeteilt. In der Entscheidung sind die Gründe anzugeben sowie die möglichen Rechtsbehelfe und die Fristen für die Einlegung eines Rechtsmittels. Art. 11 Abs. 3 bestimmt ausdrücklich, dass die Entscheidung auch rechtlich überprüfbar sein muss.

## II. Innerstaatliche Umsetzung der Richtlinie

Wie schon eingangs bemerkt, hat die Bundesrepublik Deutschland bisher keine Maßnahmen zur Umsetzung der Hochqualifiziertenrichtlinie ergriffen, obwohl die Umsetzungsfrist schon am 19.6.2011 ablief.

Deshalb stellt sich die Frage, ob die Richtlinie nunmehr unmittelbare Wirkung im Bundesgebiet entfaltet, so dass schon jetzt ein Antrag auf Erteilung einer Blauen Karte EU bei einer deutschen Ausländerbehörde im Inland bzw. einer deutschen Auslandsvertretung gestellt werden kann.

### 1. Direktwirkung der Hochqualifiziertenrichtlinie?

Grundsätzlich sind Richtlinien nur an die Mitgliedstaaten gerichtet und nur für diese verbindlich.<sup>22</sup> Allerdings können sie unter bestimmten Umständen auch Direktwirkung in den einzelnen Mitgliedstaaten haben.<sup>23</sup>

schaft zu- und abwandern, ABl. L 149 vom 5.7.1971, S. 2.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 4 VO (EWG) Nr. 1408/71.

<sup>14</sup> Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14.5.2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, ABl. L 124/1 ff.

<sup>15</sup> S. dazu auch Nagel, RV aktuell 2010, 371, 373.

<sup>16</sup> Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.12.2003, ABl. L vom 3.10.2003, S. 12 ff.

<sup>17</sup> Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie.

<sup>18</sup> Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie.

<sup>19</sup> Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie.

<sup>20</sup> Art. 10 Abs. 2 und 3 der Richtlinie.

<sup>21</sup> Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie.

<sup>22</sup> Art. 288 Abs. 3 AEUV.

<sup>23</sup> Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. u. a. EuGH, Urteil vom 6.10.1970 (Grad ./ FA Traunstein), NJW 1970, 2182, 2184 und Urteil vom 19.01.1982 (Becker), NJW 1982, 499, 500; dazu: Geiger/Khan/Kotzur, Kommentar zum EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 17 ff.

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann sich der Einzelne gegenüber den mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten auf Richtlinienbestimmungen berufen, wenn

- die Richtlinie in der Umsetzungsfrist nicht oder nicht vollständig umgesetzt wurde und
- er sich auf Bestimmungen der Richtlinie beruft, die unbeding und hinreichend genau sind.<sup>24</sup>

Die erste Voraussetzung liegt hier eindeutig vor. Denn die Bundesregierung hat zwar gesetzgeberische Vorbereitungen zur Umsetzung der Hochqualifiziertenrichtlinie eingeleitet,<sup>25</sup> dann aber keine weiteren Schritte zur Umsetzung mehr unternommen.

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die Bestimmungen der Richtlinie unbeding und hinreichend genau sind.

Ersteres wird angenommen, wenn eine Richtlinienbestimmung eine Verpflichtung begründet, die weder an eine Bedingung geknüpft ist noch zu ihrer Erfüllung und Wirksamkeit einer Maßnahme der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf.<sup>26</sup>

Letzteres, wenn die Richtlinienregelung unzweideutig eine Verpflichtung begründet.<sup>27</sup>

In einzelnen Entscheidungen hat der Europäische Gerichtshof diese Prüfung weiter konkretisiert. So ist z. B. in der Entscheidung *Francovich*<sup>28</sup> die Prüfung, ob die Richtlinienbestimmungen unbeding und hinreichend genau sind, auf drei Gesichtspunkte erstreckt worden: Die Bestimmung des Personenkreises, dem die in dieser Richtlinie vorgesehene Garantie zugutekommen soll, den Inhalt dieser Garantie und schließlich die Person des Schuldners der Garantiesprüche.<sup>29</sup>

Gemessen an diesen Vorgaben kann davon ausgegangen werden, dass Art. 7 i. V. m. Art. 5 und Art. 8 der Hochqualifiziertenrichtlinie eine unbedingte und hinreichend genaue Regelung enthält. Die Bestimmung lautet:

»Einem Drittstaatsangehörigen, der einen Antrag gestellt hat und die in Art. 5 genannten Voraussetzungen erfüllt und zu dessen Antrag die zuständigen Behörden nach Art. 8 eine positive Entscheidung getroffen haben, wird eine Blaue Karte EU ausgestellt.«

In Art. 5 sind die »Zulassungskriterien«, also die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen, geregelt; in Art. 8 finden sich besondere Ablehnungsgründe.<sup>30</sup> Ergänzend hierzu ist Art. 3 der Richtlinie heranzuziehen, der den Anwendungsbereich regelt.<sup>31</sup>

Daher lässt sich Folgendes festhalten:

Aus Art. 3 der Richtlinie ergibt sich der Personenkreis, der eine Blaue Karte EU beantragen kann. In Art. 5 sind die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen und in Art. 8 die Ablehnungsgründe geregelt. Art. 7 Abs. 2 bestimmt, für welche Dauer die Karte ausgestellt wird, in welcher Form und von wem.

Damit kann jede Ausländerbehörde oder Ausländervertretung der Bundesrepublik Deutschland bzw. jedes Gericht feststellen, ob eine Blaue Karte EU zu erteilen ist oder nicht. Demzufolge ist jedenfalls Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie hinrei-

chend genau im Sinne der Rechtsprechung des EuGH.

Das allein genügt jedoch nicht. Die Bestimmung muss auch eine unbedingte Verpflichtung enthalten, darf also zu ihrer Erfüllung und Wirksamkeit nicht von einer Maßnahme der Gemeinschaftsorgane oder Mitgliedstaaten abhängen.

Daran könnten hier Zweifel bestehen, weil es nach Art. 10 Abs. 1 den Mitgliedstaaten obliegt, festzulegen, ob der Antrag auf Erteilung einer Blauen Karte EU von dem Drittstaatsangehörigen und/oder seinem Arbeitgeber zu stellen ist.<sup>32</sup> Wörtlich lautet die Bestimmung:

»Die Mitgliedstaaten legen fest, ob der Antrag auf Erteilung einer Blauen Karte EU von den Drittstaatsangehörigen und/oder deren Arbeitgeber zu stellen ist.«

Ein Blick auf die folgenden Absätze der Norm zeigt jedoch, dass es insoweit lediglich um die formale Eröffnung des Antragsverfahrens geht, dass aber materieller Anspruchsinhaber der Drittstaatsangehörige ist. So heißt es in Art. 10 Abs. 2:

»Der Antrag auf eine Blaue Karte EU eines Drittstaatsangehörigen wird bearbeitet und geprüft, wenn (...)«

Auch die Regelung in Art. 10 Abs. 3, wie mit den Anträgen von Drittstaatsangehörigen umzugehen ist, die nicht im Besitz eines gültigen Aufenthaltstitels sind, zeigt, dass Anspruchsinhaber immer der Drittstaatsangehörige ist und der Arbeitgeber auch dann keine eigenen Rechte erwirbt, wenn einzelstaatlich festgelegt ist, dass der Antrag von ihm zu stellen ist.<sup>33</sup> Im Übrigen hat der Europäische Gerichtshof im Zusammenhang mit der Direktwirkung einer Richtlinie Folgendes deutlich gemacht: Die Tatsache, dass der Staat zwischen mehreren möglichen Mitteln zur Erreichung des durch eine Richtlinie vorgeschriebenen Ziels wählen kann, schließt nicht aus, dass der Einzelne vor den nationalen Gerichten die Rechte geltend machen kann, deren Inhalt sich bereits auf Grund der Richtlinie mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt.<sup>34</sup> So ist es hier. Denn aus dem Zusammenhang von Art. 7 und Art. 10 der Hochqualifiziertenrichtlinie kann entnommen werden, dass alleiniger Inhaber des Anspruchs auf eine Blaue Karte EU der Dritt-

<sup>24</sup> Siehe FN 23; ferner EuGH, Urteil vom 19.11.1991 (*Francovich u. a.*), NJW 1992, 165.

<sup>25</sup> Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visa-Kodex vom 15.9.2010.

<sup>26</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 23.2.1992 (*Comitato di coordinamento per la difesa della Cava u. a. / Regione Lombardia u. a.*), NVwZ 1984, 855 = NJW 1995, 123 (LS).

<sup>27</sup> Vgl. EuGH, a. a. O., Fn 26.

<sup>28</sup> Vgl. FN 24.

<sup>29</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 12.

<sup>30</sup> S. o. Ziff. I, 2, Bst. b und c.

<sup>31</sup> S. o. Ziff. I, 2, Bst. a.

<sup>32</sup> Siehe schon oben I, 2, Bst. g.

<sup>33</sup> A. A. Kuczynski/Solka, a. a. O., S. 222.

<sup>34</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 19.11.1991 (*Francovich*), NJW 1992, 165, Rn. 17.

staatsangehörige ist. Wenn die Bundesrepublik Deutschland es versäumt, die in Art. 10 Abs. 1 vorgesehene Regelung zu treffen, kann sie hierdurch nicht die Inanspruchnahme der durch die Richtlinie hinreichend und genau gewährten Rechte verwehren.

Wer derzeit einen solchen Antrag in der Bundesrepublik Deutschland stellt, sollte aber vorsichtshalber auch den Arbeitgeber zur Antragstellung veranlassen.

### 2. Zweckmäßigkeit der Antragstellung

Eine andere Frage ist, ob es sich für Drittstaatsangehörige überhaupt lohnt, auf der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie zu beharren, oder ob sie nicht einen vergleichbaren Status auch nach dem bisher geltenden innerstaatlichen Recht, also nach §§ 18, 19 und 20 des Aufenthaltsgesetzes, erlangen können. Diese Ansicht wird gelegentlich vertreten.<sup>35</sup>

Dabei wird aber regelmäßig nur auf den Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt abgestellt. Tatsächlich sind die in Art. 5 der Richtlinie geregelten Erteilungsvoraussetzungen und die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 27 BeschV<sup>36</sup> auf den ersten Blick vergleichbar. Zwar enthält § 27 BeschV keine Mindestgehaltsgrenze. Sie ergibt sich jedoch der Sache nach aus § 39 Abs. 2 S. 1 AufenthG, wonach Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden dürfen. Sowohl im Unionsrecht als auch im nationalen Recht wird grundsätzlich ein Hochschulabschluss vorausgesetzt. Während aber das Europäische Recht grundsätzlich jeden Hochschulabschluss genügen lässt, sofern er nach Studien von mindestens drei Jahren an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule erworben wurde,<sup>37</sup> ist nach § 27 BeschV ein inländischer Hochschulabschluss,<sup>38</sup> oder ein anerkannter oder einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbarer Abschluss erforderlich.<sup>39</sup> Selbst Fachkräfte auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnologie benötigen einen anerkannten ausländischen Hochschulabschluss. Die europarechtliche Regelung ist also deutlich weniger restriktiv.

Im Übrigen ist der Zugang zum Arbeitsmarkt nur ein Teilaspekt der Angelegenheit. Wer sich als Inhaber eines ausländischen Hochschulabschlusses für einen Umzug nach Deutschland interessiert, wird auch darauf achten, ob er die Möglichkeit hat, Ehegatten und Kinder nachziehen zu lassen.

Insoweit enthält das Gemeinschaftsrecht einen deutlichen Vorteil: Der Nachzug darf nicht von ausreichenden deutschen Sprachkenntnissen abhängig gemacht werden. Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie bestimmt, dass Integrationsanforderungen erst gestellt werden dürfen, nachdem die Familienzusammenführung gewährt wurde.<sup>40</sup> Außerdem muss keine Mindestaufenthaltsdauer nachgewiesen werden.

Demgegenüber richtet sich die Familienzusammenführung zum Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Auf-

enthG (§ 19 AufenthG bleibt außer Betracht, weil die Anforderungen deutlich höher sind als in der Richtlinie) nach §§ 30, 32 AufenthG und unterliegt deshalb allen dort vorgesehenen Einschränkungen wie Wartezeiten oder Sprachanfordernisse.

Einen weiteren Vorteil bietet die unionsrechtliche Regelung in sozialrechtlicher Hinsicht durch die grundsätzliche Gleichstellung des Inhabers einer Blauen Karte EU mit den deutschen Staatsangehörigen.<sup>41</sup> Davon sind Inhaber eines Aufenthaltstitels nach § 18 AufenthG weit entfernt.

Darüber hinaus gewährt die Richtlinie Vorteile beim Erwerb der Rechtstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten sowie hinsichtlich der Mobilität innerhalb der Union.<sup>42</sup>

Eine abschließende Bewertung der Vor- und Nachteile der jeweiligen Regelung setzt eine umfassende Analyse voraus. Diese ist im vorliegenden Rahmen schon aus Platzgründen nicht möglich. Es spricht jedoch einiges dafür, einem Drittstaatsangehörigen mit Hochschulabschluss den europarechtlichen Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt zu empfehlen, wann immer dies mit vertretbarem Aufwand möglich ist.<sup>43</sup>

### III. Fazit

Mit der Richtlinie 2009/50/EG ist ein kompliziertes Regelwerk über den Zugang der viel begehrten hochqualifizierten Fachkräfte zum Arbeitsmarkt der Europäischen Union geschaffen worden. Schon die Tatsache, dass zur Schaffung und Regelung eines einzigen Aufenthaltstitels 25 Einzelnormen für erforderlich gehalten wurden, spricht Bände.

Die Transparenz, die mit der Harmonisierung der Regelungen für 27 Mitgliedstaaten gewonnen werden sollte, wurde mit dem unübersichtlichen Regelwerk schon halb wieder preisgegeben.

Dennoch enthält die Richtlinie klare Vorteile gegenüber der bisherigen Rechtslage, jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland.

<sup>35</sup> Vgl. z. B. Thym, Migrationsverwaltungsrecht, Tübingen 2010, S. 150.

<sup>36</sup> Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung vom 22.11.2004 – BGBl. I S. 2937 i. d. F. vom 18.12.2009 – BGBl. I S. 3937.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Art. 2 Bst. e und h der Richtlinie.

<sup>38</sup> § 27 Nr. 3 BeschV.

<sup>39</sup> § 27 Nr. 1 BeschV.

<sup>40</sup> Siehe schon oben I, 2 Bst. f.

<sup>41</sup> S. o. I, 2, Bst. e.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 16, 17, 18 und 19 der Richtlinie.

<sup>43</sup> So auch Martin Asensio, a. a. O., S. 182.