

Arbeitskreis 1

Aktuelle Fragen der Einwanderungsgesetzgebung

Referent: Prof. Dr. Daniel Thym, LL. M., Universität Konstanz*

Thesen des Referats

Einwanderungsgesetzgebung beschränkt sich nicht auf die Nachbereitung der so genannten Flüchtlingskrise, sondern verlangt von der Rechtsordnung eine zukunfts gewandte Gestaltung, die die widerstreitenden Interessen auszugleichen sucht, die europäischen Vorgaben beachtet und strukturelle Vollzugsprobleme mitdenkt. Der Vortrag in Darmstadt nimmt die aktuellen Gesetzentwürfe (Fachkräfteeinwanderung, Duldung, Geordnete-Rückkehr) zum Anlass, um rechtspolitische Zukunfts themen und rechtskonzeptuelle Strukturfragen anhand konkreter Beispiele aus den laufenden Gesetzgebungsverfahren zu diskutieren. Er setzt damit auf eine Kombination von wissenschaftlicher Abstraktion und rechtspraktischer Anwendung, die gerne im lebhaften Diskurs mit allen Teilnehmenden realisiert werden kann.

Referat

Ich bedanke mich für die Einladung und für das zahlreiche Erscheinen zu einem Thema, das nicht die bisherige Verwaltungsgerichtspraxis betrifft, sondern danach fragt, wie der Gesetzgeber auf aktuelle Herausforderungen reagiert – und was hieraus für das Migrationsrecht und die verwaltungs rechtliche Praxis folgt. Hierbei spielte mir der Zeitplan der Großen Koalition in die Hände. Derzeit befinden sich nicht weniger als sieben Gesetz entwürfe im parlamentarischen Verfahren, von denen ich drei näher behandeln möchte: das Fachkräfteeinwanderungsgesetz, das Duldungsgesetz sowie das Gesetz zur geordneten Rückkehr.¹

Hinzu kommen Gesetzentwürfe zur Entfristung der Wohnsitzauflage, einige Änderungen im Staatsangehörigkeitsrecht (die Ausbürgerung von Terror kämpfern mit Doppelpass und ein Einbürgerungsverbot bei Mehrehe), angepasste Asylbewerberleistungen sowie ein sogenanntes Ausländerbe schäftigungsförderungsgesetz, das parallel zur geordneten Rückkehr ver

* Der Text ist die leicht überarbeitete Manuskriptfassung des mündlichen Vortrags auf dem 19. Deutschen Verwaltungsgerichtstag am 15.5.2019 in Darmstadt, der um einige Fußnoten ergänzt wurde.

schiedenen Gruppen von Ausländern erweiterte Fördermaßnahmen zuspricht – und zwar auch dann, wenn sie eigentlich ausreisen müssten.²

Sie sehen: Es ist viel los – und allein die drei Gesetze, über die ich sprechen möchte, füllen 250 eng bedruckte Seiten von Bundestagsdrucksachen. Wenn ich rund 45 Minuten spreche, müsste ich pro Minute also den Inhalt von ungefähr 6 Seiten kurz vortragen und bewerten. Das geht offensichtlich nicht. Ich werde daher mein Statement so strukturieren, dass ich allgemeine Gedanken als Migrationsforscher, der nicht in der Praxis arbeitet, mit Hinweisen auf konkrete Probleme verbinde, die wir in der Diskussion vertiefen können.

I. Ende einer Illusion

Die sieben vorliegenden Gesetzentwürfe erlauben ein erstes allgemeines Fazit: Einfacher wird es allenfalls in Randaspekten werden, wenn etwa die Vorschriften zur Erwerbsmigration übersichtlich neu strukturiert werden. Die bessere Struktur ändert jedoch nicht den komplexen Inhalt. Allein der Seitenumfang zeigt, dass wir die Hoffnung auf ein schlankes Migrationsrecht auf einem Bierdeckel beerdigen müssen.³ Hierfür gibt es drei Gründe.

Zum einen zwingt das Europarecht zur Komplexität. So regeln die neuen §§ 18 d, 18 e, 18 f, 19, 19 a und 19 b AufenthG auf nicht weniger als sechs eng bedruckten Seiten zwei spezielle Tatbestände, nämlich die Zuwanderung von Forschern und unternehmensintern transferierten Arbeitnehmern. Für diese gibt es jeweils einen Grundtatbestand für die Zulassung aus dem Ausland sowie zwei weitere Paragrafen für die kurzfristige und die langfristige Mobilität von Personen, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat aufgrund der Richtlinie arbeiten.

Das hat alles seinen Sinn und ist dennoch kompliziert – im gesetzlichen Detail ebenso wie in der administrativen Umsetzung. So verzichtet der Gesetzgeber bei der kurzfristigen Mobilität von Forschenden oder unternehmensintern Transferierten, die in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten, auf die vorherige konstitutive Aufenthaltserlaubnis. Die Einreise wird nur noch angezeigt und kann dann repressiv verboten werden. Zuständig hierfür ist das BAMF, das mit dem Fachkräfteeinwanderungsgesetz wegen kurzer Fristen erstmals eine Einzelfallentscheidungsbefugnis bei der legalen Migration erwirbt.⁴

Das Richterkollegium am VG Ansbach muss dennoch keine Klagewelle fürchten, denn in der legalen Migration wird allgemein wenig geklagt und es steht ohnehin nicht zu erwarten, dass Tausende die speziellen Zugangswege nutzen werden, die ich soeben erwähnte. Sie sind – auch wenn sie

sechs eng bedruckte Seiten des Gesetzentwurfs füllen – nur eine hochgradig verästelte Seitenlinie der Fachkräfteeinwanderung, die der Bundestag umsetzen muss, weil zwei Richtlinien dies verlangen.⁵ Das Europarecht erzwingt also rechtstechnische Komplexität, bis hin zur kurz- und langfristigen Mobilität.⁶

Doch es geht nicht nur um lange Vorschriften mit ausgefeilten Sonderregimes. Hinzu kommt eine systematische Erwägung: Wir Deutschen sind traditionell stolz auf die Tradition kodifizierender Gesetzbücher, die allgemeine Gedanken vor die Klammer ziehen. Dies führt nicht nur zu schlanken Gesetzen, sondern verbindet sich mit einer systematisierenden Rechtsdogmatik, die mittels Rechtsinstituten und allgemeiner Lehren die hohe Qualität der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ausmacht. Sie kennen das aus dem Studium und verwenden es tagtäglich in Ihrer Praxis. Deutsche Gerichtsurteile, speziell der Obergerichte, besitzen traditionell eine hohe handwerkliche Qualität, die methodisch auf einer systematisierenden Rechtsdogmatik gründet.

Diese Tradition hat schon innerstaatlich einen immer schwereren Stand, der durch das Europarecht verstärkt wird. Die zunehmende Detailverliebtheit von Richtlinien führt dazu, dass die ursprüngliche Idee einer systemkonformen Einfügung abstrakter Richtlinienvorgaben in das nationale Recht nur noch selten funktioniert.⁷ Nun wäre auch dies kein Problem, wenn der Bundesgesetzgeber sich alternativ an einer europäischen Dogmatik ausrichten könnte. Allein auch diese Idee funktioniert nur begrenzt, wenn die europäische Ebene der deutschen Tradition einer systematisierenden Rechtsdogmatik kaum folgt.

Die Richtlinien sind untereinander kaum abgestimmt und auch die Idee eines kodifizierenden Immigrationskodex gab die Kommission zwischenzeitlich auf. Anstelle von legislativer Systematisierung sind wir mit einem Konvolut hochkomplexer Einzelfallregelungen konfrontiert, die durch die Rechtsprechung des EuGH nur begrenzt systematisiert wird.⁸

Zwar folgt der EuGH durchaus der Tradition einer technischen Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Telos und Entstehungsgeschichte. Allerdings verbinden sich die einzelfallbezogenen Aussagen der EuGH-Urteile allenfalls am Rande zu einer übergreifenden Migrationsrechtsdogmatik. Das zeigten jüngst die Debatten um die asylverfahrensrechtlichen Folgen des *Gnandi*-Urteils oder der Umgang des EuGH mit dem Begriff der öffentlichen Ordnung, den ich kürzlich in einem Beitrag für die Zeitschrift für Ausländerrecht nachzeichnete.⁹

Die Ursachen sind vielfältig und umfassen die abweichende Tradition britischer oder US-amerikanischer Gesetzestexte sowie den angelsächsi-

ischen Umgang mit dem richterlichen „Case law“. Die deutsche Tradition einer systematisierenden Rechtsdogmatik gibt es im angelsächsischen Rechtsraum nicht (und sie wird auch in anderen kontinentaleuropäischen Ländern nicht umfassend geteilt).¹⁰ So stirbt in der europäischen Gesetzgebung und Judikatur schrittweise die Idee eines systematischen Migrationsrechts – obgleich ich selbst durchaus versuche, mit dem englischsprachigen Kommentar zum Sekundärrecht, den ich herausgabe, einen Kontrapunkt zu setzen.¹¹ Ich stelle aber immer wieder fest, wie schwierig dieses Unterfangen im transnationalen Diskurs über das europäische Migrationsrecht ist.

Doch es sind nicht nur die jüngeren Richtlinien zum Migrationsrecht, die eine gesetzgeberische Komplexität erzwingen. Dies veranschaulichen die neuen Bleiberechtsregelungen für abgelehnte Asylbewerber mit einer Duldung, die das Migrationspaket einführen möchte. Die empirisch bis heute wichtigste Legalisierungsoption des § 25 Abs. 5 AufenthG, die mit dem Zuwanderungsgesetz im Jahr 2004 eingeführt wurde, umfasst 96 Wörter.¹² Die Altfallregelung des Jahres 2007 nach § 104 a und § 104 b AufenthG war in der Ursprungsfassung schon deutlich länger und umfasste ungefähr 850 Wörter.¹³ Im Vergleich hierzu ist die stichtagsunabhängige Bleiberechtsregelung nach §§ 25 a, 25 b AufenthG mit gut 800 Wörtern etwas schlanker, während der aktuelle Gesetzentwurf einen neuen Rekord aufstellt. Dieser benötigt für die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung nebst Aufenthaltsverfestigung drei eng bedruckte DIN A4-Seiten mit ziemlich genau 1500 Wörtern.¹⁴ Es ist dies eine Steigerung von 1500 % seit dem Zuwanderungsgesetz und von über 40 % seit dem Jahr 2015.

In der Sache ähneln die aktuellen Gesetzestexte den Verwaltungsvorschriften früherer Prägung, was im Fall des § 25 Abs. 5 AufenthG sogar ziemlich genau zutrifft, weil die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG aus dem Jahr 2009 für diese Norm mit ungefähr 1500 Wörtern einen vergleichbaren Umfang besaß wie der heutige Gesetzestext für die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung. Es dürfte auch an der Detailverliebtheit des Gesetzgebers liegen, dass man das Steuerungsinstrument der Verwaltungsvorschriften auf Bundesebene im Migrationsrecht heutzutage praktisch nicht mehr nutzt. Man schreibt anstelle von Verwaltungsvorschriften neue Gesetze, die immer länger werden.¹⁵

Ein Grund hierfür ist, dass die Politik auf Sonderregelungen drängt, um eine Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten und politische Kompromisse festzuzurren.¹⁶ Ich möchte dies nicht kritisieren, denn Politik ist die Kunst des Kompromisses, der angesichts der aktuellen Salienz des Migrationsthemas beinahe notwendig auch die Feinheiten des Migrationsverwaltungs-

rechts erfasst, die man früher den Experten überließ. Politische Akteure sollten sich nur bewusstmachen, dass sie nicht einerseits nach Vereinfachung rufen können und andererseits den Gesetzestext durch politische Vorgaben immer komplexer gestalten. Eine gewisse Vereinfachung wäre theoretisch zwar möglich, verlangte jedoch von der Politik, dass sie all die Kompromisse wieder aufschnürte, die sie zuvor mühsam vereinbart hatte.

Drittens fehlt die Bereitschaft, den Bundesländern und einzelnen Ausländerbehörden einen Spielraum einzuräumen, wenn diese das Bundesrecht umsetzen, was unter dem Grundgesetz angesichts der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Aufgabe immer auch ein gewisses Maß an landesspezifischen Abweichungen beinhaltet.¹⁷ Das aktuelle Migrationspaket ist hierfür ein perfektes Beispiel, wenn es im Detail vorgeben möchte, wann eine Ausbildungsduldung wegen bevorstehender konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht erteilt werden darf, die aber dennoch einen einzelfallbezogenen Spielraum der Ausländerbehörden nicht ausschließen können.¹⁸ Auch der Wunsch nach einer Feinsteuerung ist rechtspolitisch legitim. Wer auf Rechtssicherheit setzt, muss ein Mindestmaß an legislativer Komplexität in Kauf nehmen, sollte zugleich jedoch akzeptieren, dass wir den Wunsch nach einem schlanken und verständlichen Migrationsrecht damit beerdigen müssen und uns darauf einzustellen haben, dass es einfacher nicht werden wird.

II. Verhältnis von legaler und Fluchtmigration

In der kollektiven Erinnerung besitzt die krisenhafte Zuspitzung des Winters 2015/16 ein Gewicht, das zwar schrittweise schwindet, aber dennoch öffentliche Debatten prägt. Teile von Politik und Öffentlichkeit verloren das Vertrauen, dass der Staat die Migration wirksam steuern kann. Viele meinen intuitiv, dass erhöhte Zuwanderung schädlich sei und Migranten die bestehenden Regeln ausnutzen. Diese Sichtweise ist nicht falsch, wie die massenhaft missachtete Ausreisepflicht nach abgelehnten Asylanträgen zeigt.

Man muss nur aufpassen, dass man sprichwörtlich nicht alles über einen Kamm schert, also Äpfel mit Birnen vergleicht. Empirisch besitzt das Migrationsgeschehen eine große Binnenpluralität, wie der Vergleich der Unionsbürgerschaft mit der Fluchtmigration zeigt. Über letztere wird aus gutem Grund viel diskutiert und die Probleme und Dilemmata der Fluchtmigration dominieren die öffentliche Wahrnehmung. Zugleich zeigen uns jedoch die Statistiken die ungebremste Dynamik der Unionsbürgerfreizügigkeit. Seit dem Jahr 2011 betrug die saldierte Nettozuwanderung

jährlich immer ungefähr 300 Tausend. Insgesamt zogen in den vergangenen acht Jahren beinahe 2,5 Millionen Unionsbürger mehr nach Deutschland als fortzogen.¹⁹ Öffentlich wird dennoch nur über eine kleine Minderheit von Unionsbürgern gesprochen, größere Probleme gibt es kaum – und demgemäß haben auch Sie mit der zahlenmäßig wichtigsten Zuwanderungsgruppe wenig zu tun.

Umfragen zeigen eine breite öffentliche Unterstützung, was auch daran liegt, dass die Unionsbürgerfreiheit privat organisiert wird und dezentral abläuft. Eine staatliche Unterbringung der Unionsbürger gibt es ebenso wenig wie aufwendige Asylverfahren. Unionsbürger suchen sich regelmäßig selbst Wohnung und Arbeitsplatz und sind von Anfang an erwerbstätig. Hinzu kommt die größere kulturelle Nähe. Das zeigt für unsere Zwecke, dass eine legale Wirtschaftsmigration nicht dieselben Problemlagen kennzeichnet, die das Asylrecht umtreiben. Mit einer Abwehrhaltung allein erreicht man wenig, auch wenn bei einzelnen Aufenthaltstiteln wie der Arbeitssuche eine Skepsis durchaus berechtigt sein kann.

III. Rolle des Rechts

Was folgt hieraus für die laufenden Vorhaben? Eine ganze Menge, denn die legale Migration verläuft unter umgekehrten Vorzeichen als die Fluchtmigration. Anstatt einer irregulären Zuwanderung vorzubeugen, muss Deutschland sich im Wettbewerb um die besten Köpfe international attraktiv aufstellen und um Fachkräfte werben. Dafür sind gesetzliche Änderungen eine notwendige Voraussetzung, allein sie reichen nicht.

Dass ein liberalisiertes Einwanderungsrecht nur ein erster Schritt ist, liegt daran, dass dessen Bedeutung für die Zuwanderungsentscheidung speziell bei qualifizierten Fachkräften geringer ist, als man bisweilen denkt. Aus empirischen Studien wissen wir, dass die Details des Migrationsrechts nicht darüber entscheiden, ob jemand nach Deutschland kommt, solange nur eine prinzipielle Aufenthaltssicherheit und der Familiennachzug mit einem Arbeitsmarktzugang für die gesamte Familie gewährleistet ist²⁰ – und beides ist bei akademischen Fachkräften schon heute der Fall, auch wenn die Medien dies beim Familiennachzug in den letzten Wochen bisweilen falsch darstellten.²¹

Anstelle des Rechts entscheiden sich Hochqualifizierte nach anderen Faktoren, etwa den Verdienstmöglichkeiten (*nach* Steuern), den Karriereoptionen oder dem gesellschaftlichen Klima.²² Wenn wenig Hochqualifizierte kommen, muss dies also nicht am Migrationsrecht liegen, das für akademische Fachkräfte im Übrigen bereits seit einigen Jahren durchaus

liberal ist. Stattdessen geht es immer auch darum, die Attraktivität des Migrationsstandorts Deutschland insgesamt zu erhöhen. Hierzu gehört eine einladende Unternehmenskultur ebenso wie eine leistungsfähige Verwaltung, die etwa Fachkräftevisa – anders als derzeit – binnen weniger Wochen ausstellt und Erwerbsmigranten nicht gemeinsam mit Asylbewerbern anstellen lässt.

Das klingt abstrakt, bedeutet jedoch ganz konkret, dass man die Migrationsgesetzgebung im politischen Diskurs nicht mit überhöhten Erwartungen überfrachten darf. Anders formuliert: Einwanderungspolitik fordert eine Anpassung nicht nur vom *Migrationsrecht*. Wer dessen Anforderungen immer weiter absenkt, bewirkt nicht notwendig, dass am Ende auch die „Richtigen“ kommen. Es gibt andere Stellschrauben, die ebenso wichtig sind.

IV. Fluchtmigration

Ein Grund, warum im öffentlichen Diskurs immer wieder ein Einwanderungsgesetz gefordert wird, dürfte der Wunsch sein, das als urwüchsig empfundene Fluchtgeschehen in geordnete Bahnen zu lenken. Besonders ausgeprägt ist dieser Wunsch bei der SPD, die legale Zugangswege zur Wirtschaftsmigration explizit fordert, um eine restriktivere Asylpolitik abzustützen.²³ Es geht hierbei wohlgerne nicht um den nachgelagerten Spurwechsel von Personen, die bereits hier leben (hierzu sogleich), sondern um zukunftsgewandte Zugangswege für Personen mit einem mittleren oder geringen Qualifikationsniveau, die künftig anstelle von Asylbewerbern mit einer geringen Anerkennungschance kommen sollen.

Es geht, in den Worten des Jahresgutachtens des Sachverständigenrats für Integration und Migration, dem ich angehöre, um einen „Tausch: Asyl gegen Arbeit“²⁴ nach dem Modell der Westbalkanländer, für die der deutsche Arbeitsmarkt parallel zur Einstufung als sichere Herkunftsstaaten auch für Jobsuchende mit einem geringen Qualifikationsniveau geöffnet wurde, was auch sehr gut angenommen wird, weil zehntausende Arbeitsvisa ausgestellt wurden.²⁵

Nun dürfte ein solcher Tausch empirisch allenfalls in Einzelfällen genau dieselben Personen erreichen, auch wenn uns hierzu noch keine gesicherten Erkenntnisse vorliegen.²⁶ Stattdessen geht es wie bei der Westbalkanregelung darum, eine generell restriktivere Asyl- und Abschiebungspolitik dadurch zu stützen und politisch zu legitimieren, dass man legale Zugangsoptionen im niedrig- oder geringqualifizierten Bereich eröffnet, die dann anderen Personen aus den betroffenen Ländern offenstehen und fleißig genutzt werden.²⁷

Ich halte diesen Politikansatz für überzeugend, allein man muss sich bewusst machen, dass die Wechselwirkung nicht so einfach ist, dass legale Beschäftigungsmöglichkeiten dazu führen, dass es keine Asylbewerber aus den betroffenen Ländern mehr geben wird. Erleichterte Zugangswege für Fachkräfte erübrigen nicht eine mittelbare Steuerung der Fluchtmigration durch die Kooperation mit den Herkunfts- und Transitstaaten. Auf diesem Wege könnte man die Westbalkanregelung modifiziert forschreiben: Es ist doch besser, wenn eine 18-jährige Nigerianerin zu Hause einen Sprachkurs macht und für eine duale Ausbildung mit dem Flieger nach Deutschland kommt, als wenn ein anderer Nigerianer irregulär über Libyen und Italien nach Deutschland reist – und dann auch wegen der gebrochenen Ausbildungsbioografie und fehlender Deutschkenntnisse zuerst einmal arbeitslos ist.

V. Fachkräfteeinwanderung

Ich muss bei einem fachkundigen Publikum nicht lange daran erinnern, dass das deutsche Erwerbsmigrationsrecht heute sehr viel besser ist als sein Ruf – und zwar speziell für die sogenannten Hochqualifizierten, also alle Personen mit einem tertiären Bildungsabschluss, auf die sich das viel zitierte Lob der OECD vom geringen Ausmaß der deutschen Beschränkungen bezieht.²⁸ Als vor bald 13 Jahren das Zuwanderungsgesetz in Kraft trat, war die Situation noch eine gänzlich andere. Doch änderte sich zwischenzeitlich sehr viel: In einer Reihe von mindestens acht kleineren Gesetzesänderungen wurden die Anforderungen schrittweise abgesenkt und das Gesetz liberalisiert.²⁹ Speziell bei Hochqualifizierten mit einem Hochschulabschluss kann man heute nicht mehr viel liberalisieren.

Ein Grund, warum die Rechtspolitik dennoch so intensiv über die Fachkräftezuwanderung diskutiert, dürfte sein, dass die Reformen gleichsam im rechtlichen Hinterzimmer stattfanden. Häufig ging es um eine Änderung der sogenannten Beschäftigungsverordnung, während die §§ 18 und 39 ff. AufenthG weiterhin von Zulassungsstopp und Vorrangprüfung als Normalfall ausgehen. Von daher ist das Fachkräfteeinwanderungsgesetz auch ein Akt der politischen Kosmetik, der das Regel-Ausnahme-Verhältnis des geltenden Rechts umkehrt und durch einladende Formulierungen ergänzt, die das Ausmaß der Liberalisierung für Hochqualifizierte sichtbar machen. So gilt künftig, anders als bisher, die Erwerbstätigkeit als erlaubt, soweit im Einzelfall nichts Anderes niedergelegt ist.³⁰ Gleches gilt für die Vorrangprüfung.³¹

1. Qualifizierte Fachkräfte

Doch es geht nicht nur um Kosmetik. Zugleich besteht ein inhaltliches Liberalisierungspotenzial, eben weil die bisherigen Reformen sich auf Hochqualifizierte mit einem Hochschulabschluss konzentrierten (der Sachverständigenrat spricht von der „akademischen Arroganz“³² des deutschen Erwerbsmigrationsrechts). Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass man die Regeln für Fachkräfte mit Berufsausbildung, die keinen Hochschulabschluss besitzen, vereinfachen kann. Eben dies ist der Schwerpunkt des Gesetzentwurfs, der die bereits heute liberalen Regeln für Akademiker auf Personen mit Berufsausbildung erstreckt.

Die Erfahrungen mit den bestehenden Zugangswegen, die in der Praxis selten nachgefragt sind, zeigen jedoch, dass es nicht einfach sein wird. Das liegt daran, dass das Fachkräfteeinwanderungsgesetz daran festhält, dass potenzielle Einwanderer neben einem Arbeitsvertrag eine als gleichwertig anerkannte Berufsausbildung im Ausland erworben haben müssen. Damit sind wir bei einem Grunddilemma der Gesetzgebung im Bereich der beruflichen Fachkräfte angelangt, weil die deutsche Bildungs- und Wirtschaftsordnung, durchaus mit Erfolg, auf staatlich zertifizierte Abschlüsse setzt, die in anderen Ländern eine deutlich geringere Rolle spielen.³³ Für viele Berufe, die in Deutschland ein Ausbildungsberuf sind, besteht im Ausland keine formale Ausbildung. Viele Einwanderungskandidaten haben daher schlicht keine formale Qualifikation, deren Gleichwertigkeit sie anerkennen lassen könnten.

In diesen Fällen läuft also die generelle Öffnung des Arbeitsmarkts für beruflich Qualifizierte gemäß dem neugefassten § 18a AufenthG praktisch ins Leere. Die alternative Möglichkeit, auf eine formale Qualifikation zu verzichten, wurde nur für IT-Fachkräfte genutzt.³⁴ Hier hätten ich – und der Sachverständigenrat – sich mehr Mut gewünscht, mit neuen Regelungsinstrumenten zu experimentieren. Das gilt insbesondere für die nichtreglementierten Berufe, deren Ausübung nicht zwingend einen Abschluss voraussetzt, der in der dualen Ausbildung aber dennoch angeboten wird. Inländer unter Einschluss von anerkannten Flüchtlingen müssen also keine Prüfung ablegen, um einen nichtreglementierten Beruf etwa als Lackierer oder Maler auszuüben, was volkswirtschaftlich auch Sinn macht, weil man Arbeitslosigkeit vermeiden will. Neuzuwanderer müssen aber dennoch eine gleichwertige Ausbildung vorweisen, ohne die sie nicht als Fachkraft mit Berufsausbildung im Sinn des Gesetzentwurfs gelten.

Konkret hätte es drei Optionen gegeben, wie man es anders hätte machen können (oder künftig anders machen könnte). Zum einen könnte man die

Anerkennungsverfahren liberalisieren, was der vorliegende Gesetzentwurf nicht macht (einmal abgesehen von einem Expressverfahren für zahlungskräftige Kunden³⁵). Er ändert nicht die bestehenden Vorgaben zur Berufsanerkennung nach Landes- oder Berufsrecht. Nur die Nachqualifikation erleichtert der Gesetzgeber im künftigen § 16 d AufenthG, der eine Einreise erlaubt, um eine bestehende Teilqualifikation zu komplettieren, soweit ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt.

Zum anderen hätte der Gesetzgeber nach dem Modell der Westbalkanregelung auf eine gleichwertige Qualifikation ganz verzichten können. Zuwanderung wäre dann – und hier wird es politisch sensibel – immer auch ein Instrument, um das starre (aber erfolgreiche) deutsche Berufsausbildungsrecht indirekt zu flexibilisieren. Auch gefährdete man die hohe Produktqualität von Waren und Dienstleistungen „Made in Germany“ und liefe Gefahr, dass die positiven Folgen für die Volkswirtschaft geringer sind als erhofft, weil das Arbeitsplatzangebot eines einzelnen Unternehmers nicht notwendig einen volkswirtschaftlichen Gesamtnutzen indiziert.³⁶

Deshalb hatte der Sachverständigenrat, dem ich angehöre, einen Mittelweg mit dem schönen Namen „Nimm 2+“ vorgeschlagen, der es ermöglicht hätte, die als gleichwertig anerkannte Qualifikation durch eine Kombination mehrerer Kriterien zu ersetzen, von denen zwei oder drei erfüllt sein müssten. So hätte man die fehlende formale Qualifikation durch Sprachkenntnisse, ein Jobangebot in einem Mangelberuf oder ein finanzielles Kriterium ersetzen können, etwa in Form eines Mindestgehalts oder einer Arbeitgeberabgabe.³⁷ Im Referentenentwurf war dies noch angelegt, findet sich im finalen Entwurf aber nur noch abgeschwächt bei der Arbeitsplatzsuche sowie Titeln, die Personen, die noch nicht qualifiziert sind, die Einreise zum Zweck der Qualifikation gestatten, wenn sie Kriterien wie Deutschkenntnisse erfüllen.

Stattdessen geht der Gesetzgeber einen anderen Weg: Er setzt auf die „Eigenproduktion“³⁸ von beruflichen Fachkräften, indem er Personen mit einem gewissen Potenzial nach Deutschland einreisen lässt, um sie vor Ort auszubilden, damit sie später in den regulären Arbeitsmarkt wechseln können. Erfahrungen mit entsprechenden Programmen für Unionsbürger sowie Flüchtlinge, die bereits in Deutschland sind, zeigen, dass dies nicht einfach wird, gerade weil die deutsche Ausbildungskultur andernorts unbekannt ist. Doch wenn es uns nicht gelingt, einwanderungswillige Personen von Sinn und Zweck der dualen Ausbildung (oder jedenfalls einer Nachqualifikation) zu überzeugen, dann hat diese im Erwerbsmigrationsrecht wohl keine große Zukunft. Derartige Ausbildungsprogramme könnten sodann auch Kontingente für Nigerianer und für andere Herkunftsstaaten abgelehnt werden.