



Sachstand

Einzelfragen zum Fachkräfteeinwanderungsgesetz

Einzelfragen zum Fachkräfteeinwanderungsgesetz

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 164/20
Abschluss der Arbeit: 8. Juli 2020
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

1. Fragestellung

Der Sachstand befasst sich mit Regelungen im Aufenthaltsgesetz (AufenthG), die die Zuwanderung von Fachkräften betreffen. Änderungen in diesem Bereich erfolgten durch das zum 1. März 2020 in Kraft getretene **Fachkräfteeinwanderungsgesetz (FachKrEG)**¹. Der Sachstand erläutert zunächst das Verfahren zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Fachkräfte. Anschließend werden die Verfahrenserleichterungen dargestellt, die durch das FachKrEG eingeführt wurden.

2. Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Fachkräfte

Zuständig für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sind nach § 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG die **Ausländerbehörden** der Länder. Andere Stellen sind gegebenenfalls zu beteiligen. Zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis müssen zunächst die **allgemeinen Voraussetzungen** nach § 5 AufenthG erfüllt sein, die für jeden Aufenthaltstitel gelten. Dies umfasst beispielsweise das Nichtbestehen eines Ausweisungsinteresses nach § 53 f. AufenthG und die Erfüllung der Passpflicht nach § 3 AufenthG.

Abgesehen von den in § 19c AufenthG genannten Ausnahmefällen wird eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nur Fachkräften erteilt.² Nach der Legaldefinition in § 18 Abs. 3 AufenthG ist eine Fachkraft im Sinne des AufenthG ein Ausländer, der entweder eine inländische qualifizierte Berufsausbildung oder eine mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung gleichwertige ausländische Berufsqualifikation besitzt (**Fachkraft mit Berufsausbildung**, § 18a AufenthG) oder ein Ausländer, der einen deutschen, einen anerkannten ausländischen oder einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss besitzt (**Fachkraft mit akademischer Ausbildung**, § 18b AufenthG).

Die Voraussetzungen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung sind in § 18 Abs. 2 AufenthG aufgeführt. Danach setzt die Erteilung voraus, dass

- ein konkretes **Arbeitsplatzangebot** vorliegt,
 - die **Bundesagentur für Arbeit** nach § 39 AufenthG **zugestimmt** hat, wenn eine Zustimmung erforderlich ist,
 - eine **Berufsausübungserlaubnis** erteilt oder zugesagt wurde, wenn diese erforderlich ist
- und
- die **Gleichwertigkeit der Qualifikation** festgestellt wurde oder ein anerkannter ausländischer oder ein einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbarer ausländischer Hochschulabschluss vorliegt.

1 Vom 15. August 2019 (BGBl. I S. 1307).

2 Ein Zugang zum Arbeitsmarkt ist allerdings grundsätzlich auch mit einem zu anderen Zwecken erteilten Aufenthaltstitel möglich, sofern dies nicht gesetzlich verboten ist, vgl. § 4a Abs. 1 AufenthG.

Besondere Voraussetzungen zum Schutz vor Altersarmut und zur Entlastung der Sozialsysteme³ gelten zudem nach § 18 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG für Personen, denen nach Vollendung des 45. Lebensjahrs erstmalig ein Aufenthaltstitel als Fachkraft nach § 18a oder § 18b Abs. 1 AufenthG erteilt wird. In diesen Fällen muss grundsätzlich die Höhe des Gehalts mindestens 55 Prozent der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung entsprechen, es sei denn, der Ausländer kann den Nachweis über eine angemessene Altersversorgung erbringen.

2.1. Konkretes Arbeitsplatzangebot

Voraussetzung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung ist nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, dass ein **konkretes Arbeitsplatzangebot** vorliegt. Dies setzt voraus, dass der Antragsteller nachweisen kann, dass der potentielle Arbeitgeber eine bestimmte Stelle mit ihm besetzen will. Das ist der Fall, wenn der Abschluss des Arbeitsvertrags nur noch von der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis abhängt.⁴

Das deutsche Recht sieht somit eine Zuwanderung von Arbeitskräften vor, die sich am konkreten Bedarf des Arbeitsmarktes orientiert (sog. **Bedarfszuwanderung**). Es unterscheidet sich dadurch vom Einwanderungsrecht von Staaten wie Kanada, USA und Australien, die eher auf das Prinzip der Potentialzuwanderung setzen.⁵

2.2. Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit

Die **Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit** ist nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erforderlich, wenn nicht durch Gesetz, zwischenstaatliche Vereinbarung oder durch die Beschäftigungsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung zulässig ist. Das Erfordernis besteht zum Beispiel nicht bei Fachkräften mit akademischer Ausbildung, die die in § 18b Abs. 2 AufenthG genannten Voraussetzungen der sog. Blauen Karte EU erfüllen, sowie bei Niederlassungserlaubnissen nach § 18c Abs. 1 und 3 AufenthG.

Die Zustimmung für eine Aufenthaltserlaubnis für Fachkräfte richtet sich nach der privilegierenden Regelung in § 39 Abs. 2 AufenthG. Die Privilegierung besteht darin, dass die nach § 39 Abs. 3 Nr. 3 AufenthG vorgesehene Vorrangprüfung bei Fachkräften entfällt. Die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit setzt unter anderem voraus, dass die Person nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als ein vergleichbarer inländischer Arbeitnehmer beschäftigt wird und dass die Person eine Beschäftigung ausüben soll, zu der ihre Qualifikation sie befähigt. In § 40 AufenthG sind zudem Gründe aufgeführt, aus denen die Bundesagentur für Arbeit die Zustimmung abzulehnen hat oder ablehnen kann. So ist die Zustimmung etwa zu versagen, wenn der Ausländer als Leiharbeitnehmer tätig

3 Vgl. Nusser, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 18 AufenthG Rn. 17.

4 Nusser, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 18 AufenthG Rn. 7.

5 Dörig, Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz, in: jM 2020, 108 (108); ähnlich auch Neundorf, Aktuelle Entwicklungen im Beschäftigungserlaubnisrecht für Drittstaatsangehörige, in: ZESAR 2019, 373 (373). So hat etwa Kanada ein Punktesystem, anhand dessen beurteilt wird, ob eine Person zukünftig von Nutzen für den kanadischen Arbeitsmarkt sein könnte. Allerdings hat in den letzten Jahren eine immer stärkere Abkehr vom Prinzip der Potentialzuwanderung eingesetzt. Siehe dazu Dörig, Fachkräftegewinnung mit Blue Card oder Punktesystem, in: NVwZ 2016, 1033 (1036 f.).

werden will. Ist keine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich, so hat gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG die Ausländerbehörde die Versagensgründe des § 40 AufenthG zu prüfen.

Die Zustimmung gilt nach § 36 Abs. 2 S. 1 Beschäftigungsverordnung als erteilt, wenn die Bundesagentur für Arbeit nicht innerhalb von zwei Wochen nach Übermittlung der Zustimmungsanfrage mitteilt, dass die übermittelten Informationen für die Entscheidung über die Zustimmung nicht ausreichen oder dass der Arbeitgeber die erforderlichen Auskünfte nicht oder nicht rechtzeitig erteilt hat.

2.3. Berufsausübungserlaubnis

Soweit erforderlich, muss nach § 18 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG dem Ausländer eine **Berufsausübungserlaubnis** erteilt oder zugesagt worden sein. Mit dem Begriff der Berufsausübungserlaubnis sind die berufsrechtliche Befugnis zur Berufsausübung sowie die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung gemeint.⁶ Beispiele sind etwa die medizinische oder pharmazeutische Approbation oder die Zulassung für Rechtsanwälte.⁷

2.4. Feststellung der Gleichwertigkeit

Voraussetzung für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist nach § 18 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG des Weiteren, dass die **Gleichwertigkeit** der beruflichen Qualifikation festgestellt wurde oder ein anerkannter ausländischer oder ein einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbarer ausländischer Hochschulabschluss vorliegt.

Maßgeblich für die Prüfung der Gleichwertigkeit der Berufsausbildung ist bei Berufen, die durch Bundesrecht geregelt sind, ist das Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz (BQFG)⁸; bei Berufen, die durch Landesrecht geregelt sind, sind es entsprechende Landesgesetze.⁹ Nach dem Bundesrecht unterscheidet sich die Prüfung danach, ob es sich um einen reglementierten oder einen nicht reglementierten Beruf handelt.¹⁰ Bei reglementierten Berufen wird die zuständige Stelle nach § 13 Abs. 5 BQFG durch das jeweilige Fachrecht bestimmt. Bei nicht reglementierten Berufen sind grundsätzlich die in § 8 Abs. 1 BQFG genannten Kammern oder die durch das Landesrecht bestimmten Stellen zuständig. Die Voraussetzungen der Gleichwertigkeit sind bei reglementierten Berufen in § 9 BQFG, bei nicht reglementierten Berufen in § 4 BQFG aufgeführt. Übereinstimmend setzt die Feststellung der Gleichwertigkeit bei reglementierten und nicht reglementierten Berufen

6 Nusser, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 18 AufenthG Rn. 13.

7 Stiegeler, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 18 AufenthG Rn. 22.

8 Gesetz über die Feststellung der Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen (Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz – BQFG) vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2515), zuletzt geändert durch Artikel 114 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1626).

9 Siehe zur Unterscheidung <https://www.erkennung-in-deutschland.de/html/de/ag/rechtliche-grundlagen.php> (Stand: 8. Juli 2020).

10 Für eine Auflistung der reglementierten Berufe siehe Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Reglementierte Berufe in Deutschland, WD 8 - 3000 - 164/19, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/684720/8bc3b06008858a32d0e500882afce792/WD-8-164-19-pdf-data.pdf> (Stand: 8. Juli 2020).

voraus, dass der im Ausland erworbene Ausbildungsnachweis die **Befähigung zu vergleichbaren beruflichen Tätigkeiten** wie der entsprechende deutsche Ausbildungsnachweis belegt und dass zwischen den nachgewiesenen Berufsqualifikationen und der entsprechenden deutschen Berufsbildung **keine wesentlichen Unterschiede** bestehen. Bei reglementierten Berufen kommt als Voraussetzung hinzu, dass der Antragsteller, sofern der Beruf auch im Ausbildungsstaat reglementiert ist, dort zur Ausübung des Berufs berechtigt ist oder die Ausübung des Berufs aus Gründen verwehrt wurde, die der Ausübung in Deutschland nicht entgegenstehen.

Sind für die Feststellung der Gleichwertigkeit weitere Maßnahmen oder Qualifikationen erforderlich, so soll dem Ausländer nach § 16d Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für die Durchführung einer Qualifizierungsmaßnahme erteilt werden, wenn die in der Norm genannten Voraussetzungen (etwa ausreichende deutsche Sprachkenntnisse) erfüllt sind. Hintergrund der Regelung ist die Tatsache, dass ausländische Qualifikationen und deutsche Anforderungen häufig nicht genau übereinstimmen.¹¹

Zum Zweck der Anerkennung bei nicht reglementierten Berufen soll nach § 16d Abs. 3 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für zwei Jahre erteilt werden, wenn die zuständige Stelle festgestellt hat, dass schwerpunktmäßig Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten in der betrieblichen Praxis fehlen. § 16d Abs. 4 AufenthG ermöglicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Anerkennung von im Ausland erworbenen Berufsqualifikationen im Rahmen von Vermittlungsabsprachen zwischen der Bundesagentur für Arbeit und der Arbeitsverwaltung des Herkunftslandes. Diese Möglichkeit besteht unter anderem bei reglementierten Berufen im Gesundheits- und Pflegebereich (§ 16d Abs. 4 Nr. 1 AufenthG). Ziel ist „das Heranführen ausländischer Arbeitskräfte an die hiesige Arbeitswelt bei parallelem Erwerb weiterer beruflicher Qualifikationen zur Feststellung der Gleichwertigkeit mit dem inländischen Referenzberuf“¹².

2.5. Rechtsfolgen

Fachkräften kann nach den §§ 18a, 18b AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer qualifizierten Beschäftigung erteilt werden, zu der ihre erworbene Qualifikation sie **befähigt**. Dies stellt eine Erleichterung zur Altregelung in § 6 Beschäftigungsverordnung a.F. dar, wonach die Beschäftigung genau der beruflichen Qualifikation entsprechen musste.¹³

Aufenthaltstitel für Fachkräfte werden gemäß § 18 Abs. 4 AufenthG grundsätzlich für die Dauer von **vier Jahren** oder, wenn das Arbeitsverhältnis oder die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit auf einen kürzeren Zeitraum befristet sind, für diesen kürzeren Zeitraum erteilt. Unter den Voraussetzungen des § 18c AufenthG ist Fachkräften nach einem bestimmten Zeitraum des Aufenthalts eine **Niederlassungserlaubnis** zu erteilen.

11 Dörig, Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz, in: jM 2020, 108 (112).

12 Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 16d AufenthG Rn. 10.

13 Beispielsweise durfte ein Konditor nach der früheren Regelung nicht als Bäcker arbeiten, was nunmehr erlaubt ist, siehe Dörig, Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz, in: jM 2020, 108 (109).

3. Änderungen zur Erleichterung des Verfahrens

Mit dem FachKrEG wurden verschiedene Regelungen eingeführt, die das Verfahren der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung für Antragsteller und Behörden erleichtern sollen.

Nach dem geänderten § 71 Abs. 1 S. 5 AufenthG sollen die Länder jeweils mindestens eine **zentrale Ausländerbehörde** einrichten, die für Visumanträge zu Erwerbszwecken zuständig ist. Diese Spezialisierung soll „die Verfahren und Entscheidungen bundesweit einheitlicher, vergleichbarer und rechtssicherer“ machen und „die Zuleitung gezielt selektierter, zur Aufgabenerledigung notwendiger Informationen und Rechtsprechung“ sowie die zielgruppenorientierte Schulung von Mitarbeitern vereinfachen.¹⁴ Zudem hat die Bundesagentur für Arbeit gemäß § 421b SGB III im Rahmen eines Modellvorhabens eine **Servicestelle** eingerichtet, die Personen, die sich im Ausland aufhalten, zu den Möglichkeiten der Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse und damit zusammenhängenden aufenthaltsrechtlichen Fragen berät.

Eine wesentliche Änderung liegt in der Einführung des **beschleunigten Verfahrens** nach § 81a AufenthG, durch das Arbeitgeber deutlich schneller als im sonstigen Verfahren die notwendigen Genehmigungen für die Einreise und den Aufenthalt einer Fachkraft erhalten können.¹⁵ Das beschleunigte Verfahren können **Arbeitgeber** in Vollmacht eines Ausländers, der als Fachkraft einreisen will, beantragen. Für das Verfahren schließen der Arbeitgeber und die zuständige Ausländerbehörde eine Verwaltungsvereinbarung, § 81a Abs. 2 AufenthG. Die Ausländerbehörde koordiniert nach § 81a Abs. 3 AufenthG das Verfahren mit den weiteren zuständigen Stellen. Im beschleunigten Verfahren gelten verkürzte Fristen. So ist die Frist für die Entscheidung über die Gleichwertigkeit einer beruflichen Qualifikation nach § 14a Abs. 3 BQFG von drei (§ 6 Abs. 3 BQFG) auf zwei Monate verkürzt. Ist eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich, so verkürzt sich die Frist, nach der eine Zustimmung als erteilt gilt (siehe unter 2.2), nach § 36 Abs. 2 S. 2 Beschäftigungsverordnung auf eine Woche. Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung des Aufenthaltstitels vor, muss die Ausländerbehörde im beschleunigten Verfahren gemäß § 81 Abs. 3 Nr. 6 AufenthG unverzüglich die Vorabzustimmung zur Erteilung des Einreisevisums an die zuständige Auslandsvertretung erteilen. Die Zustimmung erfolgt somit noch bevor der Ausländer selbst den Antrag auf Erteilung des Visums gestellt hat. Nach Erteilung der Vorabzustimmung beträgt im beschleunigten Visumverfahren die Frist für die Terminvergabe zur Antragstellung bei der Auslandsvertretung drei Wochen, § 31a Abs. 1 Aufenthaltsverordnung. In der Regel soll die endgültige Bescheidung des Visumantrags innerhalb von drei Wochen nach der Antragstellung erfolgen, § 31a Abs. 1 Aufenthaltsverordnung.

Das **Asylverfahren** wurde durch das FachKrEG **nicht geändert**. Erleichterungen für abgelehnte, aber geduldete Asylbewerber wurden 2019 durch das Beschäftigungsduldungsgesetz¹⁶ in Form der Ausbildungsduldung nach § 60c AufenthG und der Beschäftigungsduldung nach § 60d AufenthG eingeführt.

14 BT-Drs. 19/8285, S. 111.

15 Dörig, Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz, in: jM 2020, 108 (114).

16 Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung vom 8. Juli 2019 (BGBl. I S. 1021).