

Gutachten zum Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union

Von Dr. Rolf Gutmann, Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Stuttgart

Fragestellung

Stellung genommen werden soll zur geplanten Änderung des FreizügG/EU, zu der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Umsetzung des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei, der Änderung bei der Niederlassungserlaubnis in § 9 AufenthG und zur geplanten Umsetzung der Forscher-Richtlinie. Schließlich werden noch einige Einzelheiten angesprochen.

1. Änderungen des Freizügkeitsgesetz/EU

1.1. Änderung des § 2 Freizügkeitsgesetz/EU

1.1.1. Absatz 4 über die Visumpflicht

Anzuerkennen sind die Änderungen in Absatz 2 und 3 als Anpassung an das Gemeinschaftsrecht. Bedenken begegnet jedoch der Vorschlag für Absatz 3 Satz 2 der Vorschrift. Danach sollen Familienangehörige ohne die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates, die nicht über eine von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellte Aufenthaltskarte verfügen, der Visumpflicht unterliegen.

Das entspricht nicht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Dieser hat entschieden, „*dass ein Mitgliedstaat einem mit einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats verheirateten Staatsangehörigen eines Drittstaats, der legal in sein Hoheitsgebiet eingereist ist, weder die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis verweigern noch ihm gegenüber eine Maßnahme zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet ergreifen darf, nur weil sein Visum vor Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis abgelaufen ist*“.

EuGH, U. v. 25.7.2002 – Rs. C/459/99 -, InfAuslR 2002, 417 (MRAX)

Unter Hinweis auf diese Entscheidung wurde Spanien im Vertragsverletzungsverfahren verurteilt, weil unzulässig „insbesondere die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Gemeinschaftsbürgers sind, der von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, von der Einholung eines Aufenthaltsvisums abhängig gemacht“ wurde.

EuGH, U. v. 14.4.2005 – Rs. C-157/03 -, Slg. 2005, I-2911 (Kommission gg. Spanien)

Denselben rechtlichen Fehler enthält nun der Gesetzentwurf für den Familiennachzug zu Unionsbürgern. Deshalb darf die Einhaltung der Visumpflicht nicht verlangt werden, wenn der drittstaatige Familienangehörige die Voraussetzungen seines Freizügigkeitsrechts nachweisen kann.

Satz 3 des vorgeschlagenen Absatz 4 ist aus einem weiteren Grund offensichtlich rechtsfehlerhaft. Denn danach wäre der Besitz der Aufenthaltserlaubnis eines anderen Mitgliedstaats

entgegen dem Schengener Abkommen unzureichend. Visumspflichtig wären z. B. die Familienangehörigen von Unionsbürgern, die vor Zuwanderung ins Bundesgebiet noch nie gewandert sind, oder aus einem anderen Mitgliedstaat Zuheiratende.

1.1.2. Absatz 5 über die Dauer des unbeschränkten Aufenthalts

Durch Satz 1 wird die Einreise zur Arbeitssuche auf die Dauer von drei Monaten beschränkt. Damit wird die Regelung in Art. 8 RL 2004/38/EG wiederholt.

Diese Regelung ist sowohl in der Richtlinie wie im Gesetzentwurf missverständlich, da arbeitslose Arbeitnehmer sich zur Arbeitssuche für einen längeren Zeitraum im Inland aufhalten dürfen. Der Europäische Gerichtshof legte in einer früheren Entscheidung dar, dass eine Frist von drei Monaten für die Arbeitssuche zu kurz sei. Eine Protokoll-Erklärung des Rats könne zur Einschränkung des Rechts zur Arbeitssuche nicht herangezogen werden, denn: „Eine solche Erklärung kann jedoch nicht zur Auslegung abgeleiteten Rechts herangezogen werden, wenn der Inhalt der Erklärung wie im vorliegenden Fall in der fraglichen Bestimmung keinen Ausdruck gefunden und somit keine rechtliche Bedeutung hat.“

EuGH, U. v. 26.2.1991 – Rs. C-292/89 -, Slg. 1991, I-745 [Antonissen]

Mittlerweile hat sich als allgemeine Richtschnur eine zeitliche Obergrenze für die Arbeitssuche von sechs Monaten herausgebildet.

Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, InfAuslR 1997, 192

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat diese zeitliche Obergrenze in Art. 2 Abs. 1 des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz anerkannt. Es wäre absurd, Arbeitssuchende aus der EU schlechter zu stellen als diejenigen aus der Schweiz.

Unverhältnismäßig wäre eine Beschränkung des Aufenthaltsrechts auch, wenn der Arbeitssuchende den Nachweis führen kann, dass er nach Ablauf dem allgemein für die Arbeitssuche eingeräumten Zeitraum weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht.

EuGH, U. v. 23.3.2004 – Rs. C-138/02 -, InfAuslR 2004, 375 [Collins]

Es läge nahe, diese Rechte klarstellend zu bestätigen.

1.1.3. Gemeinschaftswidrige Aufhebung der Freizügigkeit

Es fehlt eine Anordnung des Rechts Freizügigkeitsberechtigter und ihrer Familienangehörigen auf freien Zugang zu jeder Beschäftigung. Sie ist schon deshalb erforderlich, weil das Aufenthaltsgesetz jede Erwerbstätigkeit von einer ausländerrechtlichen Genehmigung abhängig macht.

1.2. Änderung des § 3 Freizügigkeitsgesetz/EU

Die Neufassung des § 3 FreizügG/EU gewährleistet, dass Familienangehörige stets auch die über 18-jährigen Familienangehörigen in aufsteigender und absteigender Linie sind einschließlich der Familienangehörigen der Ehegatten.

Die Neufassung des Absatz 3 will das postmortal abgeleitete Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen verstorbener Unionsbürger neu regeln. Die vorgeschlagene Regelung enthält für

die Familienangehörigen eine Verschlechterung gegenüber § 31 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, der keine Mindestaufenthaltsdauer der Familienangehörigen kennt. Damit verstößt sie gegen Art. 12 EG.

Die Aufenthaltsrechte der Familienangehörigen der Unionsbürger einschließlich ihrer Kinder werden entsprechend der RL 2004/38/EG erweitert. Unter verfassungsrechtlichem Gesichtspunkt fällt in § 4 Abs. 5 Nr. 4 die Beschränkung auf, dass der Umgang „nur“ im Bundesgebiet zugesprochen worden sei. Der Hintergrund für diese Formulierung ist unklar. Immerhin kann zum Umgang auch das Recht auf gemeinsamen Urlaub mit dem Kind im Herkunftsland gehören. Der Wortlaut würde dann entgegen

BVerfG, B. v. 8.12.2005 – 2 BvR 1001/04

ein Umgangsrecht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts von Vater und Kind im Inland ausschließen.

1.3. Änderung des § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU

Gemäß § 5 Abs. 2 soll den drittstaatigen Familienangehörigen eine „Aufenthaltserlaubnis-EU“ ausgestellt werden. Dieser Begriff widerspricht Art. 10 RL 2004/38/EG, der die Ausstellung einer „Aufenthaltskarte“ vorschreibt. Die im Gesetzentwurf gewählte Formulierung lässt die Richtlinie nicht zu. Wichtig ist die Übereinstimmung des Sprachgebrauchs mit gleichsprachigen Ländern, also Österreich und – im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens - Schweiz.

Wegen der vorgeschriebenen Verwendung des Rechtsbegriffs der „Aufenthaltskarte“ ist eine Übergangsregelung erforderlich, wonach erteilte Aufenthaltserlaubnisse/EU als Aufenthaltskarten fortgelten.

Dass bei Erstellung des Gesetzentwurfs ein Abgleich mit den Verpflichtungen nach der Unionsbürger-Richtlinie nicht erfolgte, ist auch daraus ersichtlich, dass die Erteilung einer „Daueraufenthaltskarte“ nicht vorgesehen ist. Ihre Ausstellung und mindestens 10-jährige Gültigkeit wird durch Art. 20 RL 2004/38/EG vorgeschrieben.

1.4. Änderung des § 6 Freizügigkeitsgesetz/EU

Die erheblichen Begünstigungen von Unionsbürgern und ihren drittstaatigen Familienangehörigen sowie nach Art. 14 des Beschlusses Nr. 1/80 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei lassen nach der Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung fragen. Wieso sollen Deutsche leichter als Ausländer durch Ausweisung von ihren drittstaatigen Familienangehörigen getrennt werden dürfen?

Die Familienangehörigen von Deutschen können mit generalpräventiver Begründung sowie unter den Voraussetzungen der §§ 53 f. (zwingende bzw. Regel-Ausweisung) ausgewiesen werden. Ihr Familienleben genießt also geringeren Schutz als dasjenige von Unionsbürgern und Assoziationsbürgern.

Für Änderungsbedarf zu Gunsten der Familienangehörigen Deutscher spricht auch, dass Drittstaatsangehörige, die im Besitz einer „Niederlassungserlaubnis – Daueraufenthalt-EG“ sind, ebenfalls nur unter den Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen ordre public ausgewiesen werden dürfen. Der in Art. 6 RL2003/109/EG verwendete gemeinschaftsrechtliche Begriff schließt die Anwendung der zwingenden oder Regel-Ausweisung aus. So wäre es an der Zeit, das in Europa einzigartige deutsche System,

Gutmann, Das Ende einer Dekade richterlichen Unwissens - Die europarechtliche Korrektur der deutschen Ausweisungspraxis, InfAuslR 2004, 265

das an die vordemokratische Lehre vom kriminologischen Tätertyp erinnert

Beichel-Benedetti, Ausweisungsschutz und Verfassung, 2001 S. 64

und nur mit ihr erklärt werden kann, insgesamt aufzugeben.

Das gilt umso mehr, als das Bundesverfassungsgericht inzwischen die Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung bezweifelt und aus diesem Grund heute eine einschränkende Auslegung des Meisterzwangs gebietet.

BVerfG, B. v. 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02

1.5. Änderung des § 9 Freizügkeitsgesetz/EU

Geschaffen werden soll die Strafbarkeit eines Verstoßes gegen eine vor dem 1.1.2005 verfügte Ausweisung eines Unionsbürgers. In der Tat hat das Oberlandesgericht Hamburg am 21.11.2005 festgestellt, dass ein solcher Verstoß mangels Strafvorschrift nicht strafbar ist. Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht aber auch Bedenken geäußert, ob § 102 Abs. 1 AufenthG auf diese alten Ausweisungen anwendbar ist. Seine Bedenken entsprechen denjenigen des Verwaltungsgerichts Berlin, InfAuslR 2006, 16. Beide Gerichte verweisen darauf, dass § 11 FreizügG/EU nicht auf diese Übergangsvorschrift verweist und schließen sich damit der von mir vertretenen Auffassung an.

Gutmann, Die verborgene Altfallregelung für ausgewiesene Unionsbürger, InfAuslR 2005, 125

Eine nachträgliche Schaffung der Rechtsgrundlage scheidet daran, dass sie eine neue Entziehung des Freizügigkeitsrechts darstellen würde. Sie unterläge damit den Anforderungen gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 31 RL 2004/38/EG.

Sie wäre noch aus einem weiteren Grund unangebracht: Der Schlussantrag von Generalanwältin Stix-Hackl vom 2.6.2005 – Rs. C-441/02 – lässt eine Verurteilung Deutschlands wegen der Anwendung von Ist- und Regelausweisung auf den Status von Unionsbürgern erwarten. Italien hat sich an diesem Vertragsverletzungsverfahren auf Seiten der Europäischen Kommission beteiligt und sich über die große Zahl damit rechtswidrig ausgewiesener italienischer Staatsangehöriger beklagt. Eine gute Verwaltung will von rechtswidrigen Verfügungen keinen Gebrauch machen.

An dieser Stelle soll der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung entsprechend den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Kühne & Heitz und Fantask nicht weiter nachgegangen werden.

Die von den anderen Mitgliedstaaten billigerweise erwartete Herstellung eines rechtmäßigen Zustands setzt die Überprüfung aller früheren bestandskräftigen Ausweisungen von Freizügigkeitsberechtigten auf ihre Rechtmäßigkeit zum gegenwärtigen Zeitpunkt voraus. Sie kann ohnedies gemäß Art. 32 Abs. 1 RL 2004/38/EG von den Betroffenen nach spätestens drei Jahren verlangt werden. Der einfachste Weg hierfür ist die Verneinung der Fortgeltung dieser nach früherem Recht erlassenen, seit 1991 nahezu ausnahmslos auf § 47 Abs. 1 u. 2 AuslG 1990 gestützten Ausweisungen. Damit ist nicht ausgeschlossen, in neuen Verfahren gegen die

Betroffenen, soweit sie im Bundesgebiet angetroffen werden, gemäß § 6 FreizügG/EU nunmehr in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festzustellen.

1.6. Leistungskürzung bei Arbeitslosigkeit

Nicht aufgenommen wurde die Bundesrats-Initiative Bayerns zur Änderung von § 2 Abs. 3 FreizügG/EU (BRDrucks. 550/05). Die Nichtaufnahme erfolgt zurecht. Gemeinschaftsrechtlich unterliegt die Gewährung von Leistungen der Sozialhilfe der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Hierbei handelt es sich um Leistungen gemäß SGB XII. Die Leistungen nach SGB II haben diesen Charakter nicht. Es handelt sich hierbei vielmehr um Leistungen für Arbeitsuchende. Während neu einreisende Arbeitsuchende – ebenso wie Deutsche in einem anderen Mitgliedstaat – auf die Leistungen der Arbeitslosenversicherung des Herkunftsstaats verwiesen werden können, sind im Mitgliedstaat arbeitslos gewordene Unionsbürger grundsätzlich in dessen Sozialsystem eingegliederte Arbeitnehmer.

EuGH, U. v. 23.3.2004 – Rs. C-138/02 -, Rn. 27, InfAuslR 2004, 375 [Collins]

Lediglich Art. 7 Abs. 3 c) RL 2004/38/EG schränkt diese Einordnung ein. Danach bleibt der Aufenthaltsanspruch für die Dauer von mindestens sechs Monaten aufrecht erhalten, wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf des ersten Beschäftigungsjahres unfreiwillig arbeitslos wird. Diese Arbeitsuchenden haben aufgrund Art. 12 EG und Art. 24 RL 2004/38/EG in diesem Zeitraum einen Anspruch auf gleiche soziale Begünstigungen.

EuGH, U. v. 12.5.1998 – Rs. C-85/96 -, InfAuslR 1998, 316 [Sala]

Das gilt umso mehr, also die zahlenmäßig größte Gruppe der Zuwanderer, Spätaussiedler, ebenfalls Anspruch auf Leistungen gemäß SGB II hat, ohne überhaupt eine Beschäftigung aufgenommen zu haben.

2. Umsetzung des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei

In § 4 Abs. 5 Satz 2 soll nach dem Gesetzentwurf das Wort „ausgestellt“ durch das Wort „erteilt“ ersetzt werden. Die Begründung spricht von einer redaktionellen Änderung. Sie ist abzulehnen. Das nach Art. 6 f. des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei entstandene Aufenthaltsrecht besteht unabhängig vom Besitz einer Aufenthaltserlaubnis. Es hat deklaratorischen Charakter. Die bisher verwendete Begrifflichkeit, wonach die Aufenthaltserlaubnis in diesen Fällen „ausgestellt“ wird, bringt diesen deklaratorischen Charakter zum Ausdruck. Das Wort „erteilt“ erweckt demgegenüber den Eindruck, als hätte die Aufenthaltserlaubnis in diesen Fällen gerade keine deklaratorische Wirkung, sondern würde die rechtliche Wirkung erst erzeugen. Dieser Eindruck darf jedoch schon zur Achtung des Europarechts nicht entstehen.

Im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht nach Art. 6 f. ARB 1/80 fehlt die Klarstellung, dass zwingende und Regel-Ausweisung nicht auf den Status nach dem ARB 1/80 angewandt werden darf.

3. Änderung der Regelung über die Niederlassungserlaubnis - § 9 AufenthG

3.1. Fehlende Aufzählung und unzutreffende Bezeichnung

Zunächst fehlt in § 4 Abs. 1 Satz 2 der neu geschaffene Aufenthaltstitel „Niederlassungserlaubnis – Daueraufenthalt-EG“. Diese Bezeichnung entspricht allerdings nicht der Verpflichtung in Art. 8 Abs. 2 RL 2003/109/EG. Der neue Aufenthaltstitel muss vielmehr „langfristige Aufenthaltsberechtigung-EG“ heißen. Die im Gesetzentwurf gewählte Formulierung lässt die Richtlinie nicht zu. Auch hier ist die Übereinstimmung des Sprachgebrauchs mit gleichsprachigen Ländern, also Österreich und – im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens – Schweiz wichtig. Das würde zugleich den Betroffenen die Unterscheidung zwischen der auf nationalem Recht beruhenden Niederlassungserlaubnis der gemeinschaftsrechtlich die Binnenwanderung ermöglichenden Regelung erkennbar und verstehbar machen.

3.2. Verständlichkeit, Umdeutung, Übergangsregelungen

3.2.1. Fehlende Verständlichkeit

Die Neuregelung der Niederlassungserlaubnis ist unnötig kompliziert und verwirrend. Zuerst wird in ein und demselben Paragraphen der Titel von geringerem Gewicht geregelt, für dessen Erteilung höhere Voraussetzungen gelten und danach der wichtigere Titel mit günstigeren Folgen, an dessen Erteilung geringere Anforderungen geknüpft sind. Dies verleitet Ausländerbehörden dazu, dort nur eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wo die Voraussetzungen für die Erteilung einer „Niederlassungserlaubnis – Daueraufenthalt-EG“ vorliegen. Folgt man dem Ziel der Gesetzesbegründung, einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung für den dauerhaft verfestigten humanitären Aufenthalt nicht vorzugreifen, empfiehlt es sich, den neuen Aufenthaltstitel in einem neuen § 9 a zu regeln und die teilweise Anwendung des § 9 AufenthG durch entsprechende Verweise zu regeln.

3.2.2. Fehlende Klarheit

Dass jetzt zwei Aufenthaltstitel in einer Vorschrift geregelt werden sollen, führt zu Verwirrung. Einerseits soll der Ausländer 60 Kalendermonate Pflichtversicherungsbeiträge (Absatz 2 Nr. 3) nachweisen und andererseits nach dem neuen Absatz 5 Nr. 2 Beiträge für eine angemessene Altersversorgung geleistet haben. Beides steht kumulativ nebeneinander. Vermutlich soll aber nicht beides zugleich verlangt werden, sondern die neue Regelung über die gegenwärtig entrichteten Beiträge zur angemessenen Altersversorgung nur den Rahmen des Art. 5 Abs. 1 a) RL 2003/109/EG ausschöpfen und deshalb nur für den neuen Aufenthaltstitel gelten. Rechtlich ist übrigens zweifelhaft, ob die Richtlinie die wünschenswerte Anforderung der fortlaufenden Leistung von Beiträgen zur Altersversorgung überhaupt zulässt. Die beiden Buchstaben des Art. 5 Abs. 1 RL 2003/109/EG unterscheiden sich gerade darin, dass eine Alterssicherung, wie sie in der Regel die eigenen Staatsangehörigen abgeschlossen haben, gerade nicht verlangt wird. Auf keinen Fall verlangt werden darf der Nachweis von 60 Monaten Pflichtbeiträgen zu gesetzlichen Rentenversicherung oder gleichartigen Aufwendungen.

Dieselbe Verwirrung ergibt sich durch die parallelen Regelungen des Krankenversicherungsschutzes in § 2 Abs. 3 und in § 9 Abs. 5 Nr. 3 AufenthG. Letztere Vorschrift verlangt ein mehr an Versicherungsschutz. Hier muss durch Bezugnahme auf die entsprechende Neuregelung in § 2 Abs. 3 klar gestellt werden, dass die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung stets ausreichend ist. Nur so kann den Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 b) RL

2003/109/EG („Risiken, die in der Regel auch für die eigenen Staatsangehörigen abgedeckt sind“) entsprochen werden.

3.2.3. Fehlende Übergangsregelung

Besitzer vor dem 1.1.2005 erteilter Aufenthaltserlaubnisse müssen gemäß § 104 Abs. 2 AufenthG nur entsprechend dem alten Recht nachweisen, dass sie sich auf einfache Art und Weise verständlich machen können. Zur Entlastung der Behörden ist diese Übergangsregelung auf die Voraussetzungen für den neuen Aufenthaltstitel zu erstrecken.

Erforderlich ist eine klarstellende Regelung über die Umdeutung alter Niederlassungserlaubnisse in die „langfristige Aufenthaltsberechtigung-EG“, so dass § 101 AufenthG entsprechend ergänzt werden könnte. Die Umdeutung kann so formuliert werden, dass nur solche Niederlassungserlaubnisse umgedeutet werden, die den Anforderungen des Art. 13 RL 2003/109/EG entsprechen. Der Eintrag des neuen Aufenthaltstitels ist dann problemlos bei Erneuerung des Passes möglich und damit mit geringerem Personalaufwand, als wenn der begünstigte Personenkreis in größerer Zahl mit Verabschiedung des Gesetzes seinen Anspruch geltend macht.

3.2.4. Unverständliche Regelungen

Unverständlich ist der zweite Halbsatz in § 9 Abs. 3 Nr. 2 des Entwurfs. Danach sind Personen von der Erteilung des neuen Aufenthaltstitels ausgeschlossen, die in einem anderen Mitgliedstaat die Rechtsstellung entsprechend Abschnitt 5 besitzen. Soweit diese Personen in Deutschland leben und in einem anderen Mitgliedstaat als Flüchtlinge anerkannt sind, sind sie nach Umzug ins Bundesgebiet weiter als Konventionsflüchtlinge zu behandeln und unterfallen unmittelbar dem Abschnitt 5. Die anderen dem Abschnitt 5 entsprechenden Fallgestaltungen dürfen nicht ins Bundesgebiet zuziehen, ausgenommen durch Familiennachzug. Dann aber ist die Erteilung des neuen Aufenthaltstitels gerade nicht ausgeschlossen.

Gleichfalls unverständlich ist die Regelung in § 9 Abs. 3 Nr. 3. Ein Drittstaatsangehöriger mit einer deutschen Aufenthaltserlaubnis seit fünf Jahren, der in einem anderen Mitgliedstaat zugleich ein Verfahren auf Anerkennung als Flüchtling betreibt, scheint ein wenig praxisrelevanter Sachverhalt zu sein. Mit Art. 3 Abs. 2 d) RL 2003/109/EG kann diese Regelung nicht begründet werden. Der dort gemeinte Personenkreis würde sich im Bundesgebiet aufhalten und wäre im Besitz einer Aufenthaltsgestattung.

3.3. Absatz 2

Die geplante Neuregelung in Absatz 2 enthält verdeckte Verschlechterungen zu Lasten sozial Schwacher. Der bisherige § 9 Abs. 2 Satz 3 enthält für Kranke und Behinderte bei Unmöglichkeit den Verzicht auf die Voraussetzung des Nachweises einer Mindestversicherungszeit. Der Entwurf streicht diese Begünstigung. Sie ist jedoch verfassungsrechtlich geboten. Der Aufenthalt auch körperlich und geistig nicht voll Leistungsfähiger verfestigt sich mit zunehmender Aufenthaltsdauer und gebietet die Anerkennung in Form der Aufenthaltsverfestigung.

Rittstieg, Aktuelle Fragen des Ausländerrechts, NJW 1972, 2153

In der Gesetzesbegründung wird behauptet, diese Verschärfung sei durch die RL 2003/109/EG erzwungen. Das trifft indes nur für die langfristige Aufenthaltsberechtigung-EG zu und nicht für die Niederlassungserlaubnis. Die Gesetzesbegründung widerspricht sich hier selbst. Auf Seite 136 der Gesetzesbegründung wird nämlich entgegengesetzt ausgeführt, die Umsetzung der Richtlinie solle nicht zur Folge haben, dass eine Niederlassungserlaubnis nach

deutschem Recht unter wesentlich anderen Voraussetzungen als bisher erteilt werden solle. Auch hier zeigt sich die Notwendigkeit, die langfristige Aufenthaltserlaubnis-EG getrennt von der Niederlassungserlaubnis zu regeln.

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 7 des Entwurfs soll Voraussetzung für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis die Vollendung des 16. Lebensjahres sein. Die langfristige Aufenthaltsberechtigung-EG kennt eine solche zeitliche Untergrenze nicht. Die Unterscheidung erscheint sachlich als nicht gerechtfertigt.

§ 9 Abs. 2 Nr. 8 nimmt Familienangehörige von der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis aus, wenn die Stammberechtigten zuvor eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 6. Abschnitt hatten. Das stellt eine deutliche Verschlechterung sowohl gegenüber bisherigem Recht als auch gegenüber der Regelung in § 35 AuslG 1990 dar. Es wäre jedoch nicht gerechtfertigt, für diese Familienangehörigen zu behaupten, bei ihnen finde eine Aufenthaltsverfestigung nicht statt. Dies gilt zumal für im Bundesgebiet geborene und aufgewachsene Kinder. Für diesen Personenkreis wird in der Rechtsprechung nach Ausbleiben einer Altfall-Regelung durch die Konferenz der Innenminister ein aus Art. 8 EMRK abgeleitetes Aufenthaltsrecht diskutiert.

vgl. VG Stuttgart, InfAuslR 2006, 14

3.4. Absatz 4

In § 9 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 soll die Anrechnung von Aufenthaltszeiten außerhalb des Bundesgebiets beschränkt werden. Die darin liegende neue Einschränkung wird im Entwurf nicht begründet. Die Regelung belastet nicht zuletzt Arbeitnehmer, die beruflich häufig im Ausland sind. Es kann sich z. B. um Auslandsmontagen und andere vorübergehende Entsendungen handeln, Fahrer im grenzüberschreitenden Verkehr, selbst ins EU-Ausland. Der inländische Wohnsitz und der Lebensmittelpunkt bleibt in diesen Fällen stets im Bundesgebiet. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, diesen Personenkreis von der Aufenthaltsverfestigung auszuschließen.

Für frühere Studenten und Auszubildende, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 16 Abs. 4 AufenthG erhalten haben, enthält der Entwurf in § 9 Abs. 4 Nr. 3 eine wesentliche Verschärfung durch Einschränkung der Anrechenbarkeit der bisherigen Aufenthaltszeiten für die Aufenthaltsverfestigung. Zugleich wird damit klargestellt, dass sich der Ausschluss der Erteilbarkeit einer Niederlassungserlaubnis in § 16 Abs. 4 Satz 2 AufenthG ausschließlich auf die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Aufnahme einer Beschäftigung im Anschluss an ein Studium bezieht.

3.5. Absatz 5

Der Entwurf verlangt in einem neuen § 9 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 den Nachweis der Versicherung gegen Pflegebedürftigkeit. Diese Neuregelung steht scheinbar im Zusammenhang mit der RL 2003/109/EG. Doch ist nach der Richtlinie nur eine ausreichende Krankenversicherung nachzuweisen. Eine Pflegeversicherung, die nicht alle Mitgliedstaaten kennen, darf nicht verlangt werden.

3.6. Absatz 6

Die Regelung in Absatz 6 des Entwurfs wiederholt die Regelung im bisherigen § 9 Abs. 2 Satz 4 – 6. Die Verpflichtung zum Besuch eines Integrationskurses stößt auf verfassungs-

rechtliche Zweifel. Die Bescheinigung eines dauerhaften Aufenthaltsrechts trägt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung.

Rittstieg, a. a. O.

Es dürfen deshalb für die Einräumung eines dauerhaften Aufenthaltsrechts keine unverhältnismäßig hohen Hürden errichtet werden. Gegen die Verpflichtung zu Integrationskursen werden eine Reihe weiterer, auch völkerrechtlicher Bedenken geltend gemacht, die hier nicht wiederholt werden sollen.

näher Gutmann, Integration durch Kurse, InfAuslR 2005, 45

Wünschenswert bleibt natürlich das Ziel, Ausländer zum Erwerb von Sprachkenntnissen und Kenntnissen unserer Rechts- und Sozialordnung zu veranlassen. Doch dürfen Wünschenswertes und zulässige Rechtspflicht nicht verwechselt werden.

4. Die Umsetzung der Forscher-Richtlinie 2005/71/EG

4.1. Neuer § 20 AufenthG

Wie der Gesetzentwurf zutreffend feststellt, bedarf die Forscher-Richtlinie 2005/71/EG der Umsetzung in deutsches Recht. Der dazu gewählte Weg ist indes wenig überzeugend. Rechtssystematisch stellt die Beschäftigung von Forschern einen Unterfall des § 18 AufenthG dar. Die Detail-Regelungen gehören deshalb in ihrer Gesamtheit in eine Rechtsverordnung.

Das gilt umso mehr, als die geplante Neuregelung in § 20 AufenthG sehr detailliert ist. Durch ihre Einfügung verliert das AufenthG ein weiteres Stück an Übersichtlichkeit.

Nach § 20 Abs. 5 Satz 2 des Entwurfs soll die Regelung über die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis in § 9 AufenthG keine Anwendung finden. Soweit damit die Erteilung einer „langfristigen Aufenthaltsberechtigung-EG“ ausgeschlossen werden soll, verstößt dieser Ausschluss gegen die Richtlinie betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen. Art. 3 RL 2003/109/EG erstreckt den Anspruch auf die gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsverfestigung auch auf den von der Forscher-Richtlinie erfassten Personenkreis.

Die in Absatz 7 Nr. 5 enthaltene Regelung ist missverständlich. Gemäß Art. 14 Abs. 1 a) VO 1408/71/EWG ist eine Entsendung längstens für die Dauer eines Jahres, in begründeten Ausnahmefällen für bis zu zwei Jahre, zulässig. Bei Überschreiten dieses zeitlichen Rahmens unterfallen die Betroffenen den inländischen sozialrechtlichen Bestimmungen. Der Ausschluss nach Art. 3 Abs. 2 d) RL 2005/71/EG findet dann keine Anwendung mehr. Es ist deshalb klarzustellen, dass bei einer Fortsetzung der Forschertätigkeit über den zulässigen zeitlichen Rahmen der Entsendung hinaus sich die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach inländischem Recht richtet.

4.2. Verfahren zur Anerkennung von Forschungseinrichtungen und zur Zulassung von Forschern - §§ 38 a Aufenthaltsverordnung

4.2.1. Der fehlende „Mindestbetrag“

Die Tätigkeit als Forscher für eine Einrichtung unterfällt grundsätzlich dem Beschäftigungsrecht und sollte daher in der Beschäftigungsverordnung geregelt werden. Die in der Aufenthaltsverordnung vorgesehene Regelung befindet sich am falschen Platz. Durch die Eingliederung in die Aufenthaltsverordnung wird bei der Zulassung zur Beschäftigung auf den Sachverstand der Bundesagentur für Arbeit verzichtet. Das dürfte den Vorgaben der RL 2005/71/EG widersprechen.

Rechtssystematisch richtig wäre es, unter Streichung von § 20 in Ausführung von § 18 AufenthG in einem gesondert zu schaffenden Abschnitt in der Beschäftigungsverordnung einerseits festzulegen, dass die Tätigkeit als Forscher zustimmungsfrei erfolgt und andererseits zu bestimmen, dass die Bundesagentur für Arbeit an der Anerkennung der Forschungseinrichtungen zu beteiligen ist. Es bedarf dieser Beteiligung, um die Rechtmäßigkeit der nach Art. 6 RL 2005/71/EG abzuschließenden Aufnahmevereinbarung zu überprüfen. In dieser Vereinbarung ist gemäß Art. 6 Abs. 2 b) RL 2005/71/EG ein „Mindestbetrag“ der „monatlich erforderlichen Finanzmittel“ festzulegen. Die Richtlinie will ersichtlich Lohndumping verhindern und angemessene Bedingungen für die Beschäftigung der Forscher sichern.

Der geplante § 38 f Absatz 2 Nr. 3 Aufenthaltsverordnung kann diese Vorschrift schwerlich sein. Danach ist Voraussetzung die Sicherung des Lebensunterhalts. Da die Sicherung des Lebensunterhalts schon allgemeine Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG darstellt, ist diese Bestimmung überflüssig. Würde mit ihr der Mindestbetrag nach Art. 6 Abs. 2 b) RL 2005/71/EG festgelegt, so wäre damit entgegen der Intention der Richtlinie Lohndumping Tür und Tor geöffnet.

4.2.2. Divergenz zwischen Gesetz und Verordnung

Darüber hinaus stimmt der vorgeschlagene § 38 f Abs. 2 Nr. 3 AufenthaltsVO nicht mit § 2 Abs. 3 vorletzter und letzter Satz AufenthG überein. Die dort enthaltene Regelung dient der Bestimmung des Mindestbetrags. Es widerspricht sich, nach der Verordnung die Sicherung des Lebensunterhalts als ausreichend anzusehen und zugleich im Gesetz einen höheren Betrag festzulegen.

Ohnedies ist die bisherige Formulierung in der Verordnung abwäglich. Denn sie würde es ermöglichen, Forscher auf dem – nach der Behauptung des Gesetzgebers den Lebensunterhalt sichernden – Niveau des SGB II zu beschäftigen.

Weiter zeigt die Regelung die Erforderlichkeit, die Ausführung der Forscher-Richtlinie insgesamt in der BeschV zu regeln. Wenn die Tätigkeit der Forscher im allgemeinen zustimmungsfrei ausgestaltet ist, kann es doch in Einzelfällen zweckmäßig sein, nämlich für eine Unterschreitung des Mindestbetrags der Bundesagentur für Arbeit Ausnahmen vorzubehalten.

Naheliegender wäre es, die Festlegung der Mindestsätze wie alle anderen Bestandteile der Forscher-Richtlinie in der BeschV zu regeln.

Schließlich erscheint es als rechtlich geboten, als Mindestbetrag den ortsüblichen Lohn festzulegen. Zielrichtung der RL 2005/71/EG ist nicht die Ermöglichung von Sozialdumping bei Entsendung. Deshalb behalten die Grundsätze der Entsende-Richtlinie Geltung und ist der Mindestbetrag so festzulegen, dass eine Unterschreitung des ortsüblichen Lohns ausscheidet. Zur Ermittlung des ortsüblichen Lohns bedarf es der Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit.

4.2.3. Beirat für Forschungsmigration

Sofern der Mindestbetrag nicht (als abstrakt-generelle Regelung) durch eine allgemeine Verweisung auf die einschlägigen tarifvertraglichen Bestimmungen festgelegt wird, liegt es nahe, die dann erforderliche Ermächtigung zur Bekanntgabe des Mindestbetrags dem geplanten Beirat für Forschungsmigration zu übertragen oder die Festsetzung von dessen Zustimmung abhängig zu machen.

Bedenken begegnet die Zusammensetzung des Beirats für Forschungsmigration. Dieser soll

Empfehlungen für allgemeine Richtlinien zur Anerkennung von Forschungseinrichtungen abgeben

allgemein und im Einzelfall beraten

den Bedarf an ausländischen Forschern feststellen

und etwaige Fehlentwicklungen, Missbrauchsphänomene und Anwerbungshindernisse

feststellen. Die Beteiligung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie soll Sachverstand sichern. Zu denselben Fragen ist auch bei den Arbeitnehmer-Vertretungen Sachverstand vorhanden und erscheint die Beteiligung des Deutschen Gewerkschaftsbunds als geboten.

Es handelt sich weiter teilweise um arbeitsmarktbezogene Fragen, die zugleich kollektivrechtlichen Charakter haben können und damit Art. 9 Grundgesetz berühren. Bei der Beurteilung dieser Fragen darf nicht nur die Arbeitgeberseite in Form des Bundesverbandes der Deutschen Industrie beteiligt sein. Vielmehr bedarf auch unter diesem Gesichtspunkt der Beteiligung der Arbeitnehmerseite durch ein vom Deutschen Gewerkschaftsbund zu benennendes Mitglied.

5. Sonstige Fragen

5.1. Arbeitgeberpflicht nach § 4 Abs. 3 Satz 3

Nur auf den ersten Blick überzeugend ist die vorgesehene Regelung in § 4 Abs. 3 Satz 4 AufenthaltG, wonach Arbeitgeber verpflichtet sind, die Rechtmäßigkeit der Beschäftigung zu überprüfen. Die konkrete Formulierung könnte rechtsunkundige Arbeitgeber verleiten, unzulässigerweise auch von Freizügigkeitsberechtigten einen Aufenthaltstitel zu verlangen. Dies würde die Einstellung dieses Personenkreises erschweren und damit ein praktisches Hindernis für ihre Freizügigkeit darstellen. Der Europäische Gerichtshof lässt zwar Meldepflichten zu Lasten der Freizügigkeitsberechtigten zu, aber nicht Einstellungserschwernisse zu Lasten Privater.

Der geplante letzte Satz nimmt mit dem Begriff der „nachhaltigen“ Beschäftigung auf § 8 Schwarzarbeitsgesetz Bezug. Danach besteht keine Prüfungspflicht bei entgeltlichen Dienst- oder Werkleistungen, die „nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet“ sind. Das entspricht der Gesetzesbegründung, wonach gelegentliche Hilfeleistungen, Beauftragungen im Rahmen von Kontakten in Ladengeschäften oder in ähnlich flüchtigen Situationen, bei Beauftragung gegen kein oder geringes Entgelt oder im Rahmen der Nachbarschaftshilfe keiner Prüfungspflicht unterliegen.

5.2. Umsetzung der Studenten-Richtlinie 2004/114/EG

Es besteht ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung von Doktoranden aus anderen Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat vorübergehend für ihr Forschungsvorhaben

forschen und dabei Entgelt erhalten. Entsprechende Forschungsergebnisse kommen letztlich auch Deutschland zu Gute. Dieser Personenkreis ist von der Forscher-Richtlinie nicht erfasst. § 16 AufenthG lässt eine solche Zulassung bisher nicht zu. Art. 4 Abs. 2 der Studentenrichtlinie 2004/114/EG erlaubt eine temporäre Zulassung zum Arbeitsmarkt und könnte durch Änderung des § 16 Abs. 6 AufenthG ermöglicht werden.

5.3. Arbeitsmarktprüfung für langfristig Aufenthaltsberechtigte

Die Mobilität langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger aus anderen Mitgliedstaaten wird in § 38 a des Entwurfs geregelt. Absatz 3 dieser neuen Vorschrift will die Zuwanderung dieses Personenkreises nur unter dem Vorbehalt der Arbeitsmarktprüfung erlauben. Dieses Kriterium ist nach Art. 14 Abs. 3 RL 2004/109/EG zulässig. Wer jedoch anstrebt, dass im Bundesgebiet lebende Drittstaatsangehörige leichter ins EU-Ausland wechseln können, muss auf die Einhaltung dieses Kriteriums verzichten.

Zu eng ist die Verweisung im Bundesgebiet einer Ausbildung oder einem Studium nachgehender langfristig Aufenthaltsberechtigter auf die §§ 16, 17 AufenthG. Ihnen ist zumindest die Möglichkeit zu belassen, unter dem Vorbehalt der Arbeitsmarktprüfung eine Beschäftigung aufzunehmen.

Stuttgart, den