

Der Bedarf nach einem neuen Einwanderungsrecht

Eine Analyse aus juristischer Perspektive

Nils Imgarten

In Anbetracht des erneuten starken Anstiegs an Zuwanderung nach Deutschland und Europa seit etwa 2012¹ hat das Migrationsrecht wieder zunehmend gesellschaftlich wie auch politisch Beachtung gefunden. Geführt hat dies zu zahlreichen Gesetzesnovellierungen auf europäischer wie nationaler Ebene, insbesondere im Asylrecht.² Begleitet wird dieser Prozess stets von einer teils hitzig geführten Debatte zum Bedarf nach einem neuen Einwanderungsrecht,³ bei welcher regelmäßig Begriffe wie Flucht, Migration oder Einwanderung durcheinander geraten oder synonym verwendet werden.⁴

Dieser Beitrag soll helfen, begrifflich wie inhaltlich Klarheit über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Flucht und Einwanderung und das Verhältnis zueinander zu schaffen und dabei einen Überblick über das Zu-

1 Vgl. *Eurostat*, Aufenthaltstitelstatistik.

2 Vgl. zum Überblick: *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Änderungen des Asyl- und Aufenthaltsrechts seit Januar 2015.

3 In jüngerer Vergangenheit wurde diese erneut angestoßen durch die Bundestagsfraktion von *B90/Die Grünen*, vgl. BT-Drs. 18/3915 und dazu Plenarprotokoll 18/85, S. 8029ff.

4 Exemplarisch aber keinesfalls alleinstehend *Wergin*, in Die WELT vom 5.9.2015.

sammenwirken von Asyl- und Migrationsrecht geben. Zentraler Ausgangspunkt der Betrachtung ist das geltende Recht, insbesondere das Aufenthaltsgesetz⁵ (dazu Kapitel 3.2). Im Weiteren soll jedoch auch *de lege ferenda* der häufig geltend gemachte Reformbedarf⁶ unter Berücksichtigung der jüngeren Gesetzgebungsvorschläge der Bundestagsfraktionen von *SPD* und *B90/Die Grünen*⁷ und des Rates der Europäischen Union⁸ zu einem neuen Einwanderungsrecht beurteilt werden (dazu Kapitel 5.2). Die Ankündigungen eines Gesetzgebungsentwurfs für ein Fachkräfteeinwanderungsgesetz durch die Bundesregierung im Oktober 2018 sollen hierbei punktuell vergleichend in die Analyse einbezogen werden, wobei sich bereits nach dem Stand dieses Beitrags vom November 2018 eine inhaltliche Teilkongruenz mit früheren Gesetzgebungsinitiativen und eigenen Vorschlägen abzeichnet.

1. DIE VERSTRICKUNG ZWISCHEN ASYL- UND EINWANDERUNGSRECHT

Es wurde diskutiert, ob das bestehende Asylsystem bei einer hohen Fallzahl wie etwa im Jahr 2015 an seine Grenzen gerät und dem eigenen Anspruch einer differenzierten Einzelfallprüfung, vgl. § 24 I Asylgesetz (AsylG), nicht gerecht werden kann.⁹ Zugleich zeigt sich, dass sich unter den Asylantragstellenden regelmäßig Personen befinden, für die es in der EU kaum

5 Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet in der Fassung vom 25.2.2008, zuletzt geändert am 12.7.2018 (BGBl. I S. 1147).

6 S. nur *BDA*, Stellungnahme vom 26.4.2017.

7 *SPD-Bundestagsfraktion*, Entwurf eines Einwanderungsgesetzes (EinwG-E) v. 7.11.2016, eingebracht in den Deutschen Bundestag am 8.11.2017, vgl. Bt-Drs. 19/44; *B90/Die Grünen*, EinwG-E, BT-Drs. 18/11854.

8 Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates COM(2016) 378.

9 Zu den Zahlen vgl. *BAMF*, Aktuelle Zahlen zu Asyl 08/2017, S. 12; zum Diskurs vergleiche den Beitrag von Merve Kania in diesem Band.

Aussicht auf Gewährung von internationalem Schutz gibt.¹⁰ Meist ist der Grund hierfür, dass diese Personen aus ökonomischen oder ökologischen Gründen migrieren und somit keinen Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention¹¹ genießen, welche gemäß Art. 1 lit. A. Nr. 2 exklusiv als Migrationsgründe die begründete Furcht vor Verfolgung wegen der „Rasse“, Nationalität, Religion, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe vorsieht. Andere Motive der Migration sollen gerade keine Berücksichtigung finden. Diese Unterscheidung des internationalen Rechts wird in § 3 I Nr. 1 AsylG ins nationale Recht übernommen und um den europarechtlich vorgegebenen Titel des subsidiären Schutzes in § 4 AsylG ergänzt, was jedoch zu keiner geänderten Bewertung führt.

Im Ergebnis leidet die effektive Rechtsanwendung im Asylrecht also darunter, dass die Verfahren häufig für Personen durchgeführt werden, für die das Asylrecht eigentlich gar nicht vorgesehen ist.

Eine Reaktion auf diese ungewollte Migration war die verstärkte Abschottung an den Außengrenzen der Europäischen Union (EU), welche zunächst zu Grenzschließungen und der Errichtung von Zäunen auf dem Landweg der bis dahin von vielen Migranten gewählten sogenannten „Balkan-Route“ führte.¹² In Folge dessen kam es zu einer stärkeren Nutzung der gefährlichen Migrationsroute über das zentrale Mittelmeer. Allein 2016 starben 5143 Menschen bei der Überquerung des Mittelmeers. Zu beobachten ist zudem ein Anstieg der Todesrate von 1,2 % 2016 auf 2,1 % in der ersten Jahreshälfte 2017.¹³ Vom Standpunkt des internationalen Seerechts begegnet die bisherige Strategie der Abschottung an den Außengrenzen bereits erheblichen Bedenken.¹⁴ Darüber hinaus bleibt festzustellen, dass sie auch nur begrenzt Wirkung zeigt.

10 Das ergeben die Ablehnungsquoten. Vgl. exemplarisch *BAMF*, Aktuelle Zahlen zu Asyl 08/2017, S. 10.

11 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951.

12 *Pro Asyl*, Balkanroute: Eine Chronik der Abschottung.

13 Es bestehen Schwierigkeiten bei der exakten Erfassung und Verifikation der Zahlen. Diese Werte basieren auf *IOM*, Fatal Journeys, Vol. 3, S. 6.

14 Siehe den Beitrag von Maximilian Pichl und Timo Tohidipur in diesem Band.

Es gibt weiterhin eine hohe Anzahl an Migrierenden, welche so starke Migrationsgründe (sog. push-factors) haben, ihr Land zu verlassen, dass sie sogar die hohen Risiken einer Mittelmeerüberquerung auf sich nehmen, nur für eine vage Chance, eine Zukunft in Europa zu finden.¹⁵

In konsequenter Fortführung der Abschottungspolitik wird nun über die Vorverlagerung der europäischen Grenzpolitik und Grenzkontrollen in Drittstaaten diskutiert.¹⁶

Unter der Prämisse, dass es Aufgabe und Verantwortung der deutschen und europäischen Entscheidungsträger sei, Lösungen für die prekäre Lage im Mittelmeer zu entwickeln erfolgt die folgende Analyse des Asyl- und Einwanderungsrechts insbesondere mit Bezugnahme auf die Gruppe von Menschen, welche (versuchen) über das Mittelmeer nach Europa zu gelangen.¹⁷ Der Fokus liegt dabei weniger auf dem bisher beschrittenen Weg der Abschottungspolitik, sondern auf der Diskussion von Alternativvorschlägen im Bereich der Schaffung legaler Zugangswege.

2. DIE UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN REGULÄRER UND IRREGULÄRER MIGRATION ALS NORMATIVE LEITFIGUR

Grundlegend für eine Analyse der Migrationskontrolle ist die Unterscheidung zwischen regulärer und irregulärer Migration. Diese soll am Beispiel des deutschen Migrationsrechts veranschaulicht werden, indem dieses für den hypothetischen Fall eines Migranten *M* betrachtet wird, welcher beabsichtigt aus einem EU-Drittstaat aufgrund ökonomischer Perspektivlosigkeit nach Deutschland zu migrieren. Unterstellt wird, dass es sich um eine Person ohne Hochschulabschluss, ohne signifikante finanzielle Mittel und ohne bestehendes Angebot eines Arbeitsplatzes in der EU handelt. Begut-

15 Auch 2017 sind die Zahlen der Todesfälle im Mittelmeer trotz Schwankungen weiterhin hoch, vgl. *IOM*, aaO.

16 Vgl. exemplarisch für Libyen, *Kopp*, Externalisierung der Verantwortung.

17 Bei der Betrachtung einer gesamten Gruppe von Personen ist es selbstverständlich, dass gewisse Pauschalisierungen nicht zu vermeiden sind. Dies wird hingenommen, um die Betrachtung der Gesamtsituation zu ermöglichen.

achtet werden hier die Möglichkeiten dieser Person, einen Aufenthaltstitel in Deutschland zu erlangen. Die systematische Darstellung hat hierbei keinen Anspruch auf Vollständigkeit der Abbildung aller erdenklichen Aufenthaltstitel, sondern konzentriert sich auf die in der Praxis relevantesten Fälle.¹⁸ Ziel der Darstellung ist vielmehr das Herausstellen der grundsätzlichen Herangehensweise des Aufenthaltsgesetzes und der Unterscheidung zwischen regulärer und irregulärer Migration.

Hinsichtlich dieser Kategorisierung bestehen bisher keine gefestigten, anerkannten Definitionen.¹⁹ Das BAMF setzt etwa irreguläre Migration mit illegaler Migration gleich.²⁰ Die OECD wiederum verwendet den Begriff unerlaubter Migration.²¹ Im Folgenden wird eine eigene Begriffsabgrenzung vorgenommen.

2.1 Begriffsklärung

Migration dient als Oberbegriff jeglicher Wanderungsbewegungen. Abgesehen von der hier ausgeklammerten Binnenmigration kann jede Wanderungsform lückenlos kategorisiert werden in reguläre oder irreguläre Migration. Regulär ist die Migration, wenn sie nach staatlich festgelegten Abläufen und Strukturen kontrolliert abläuft. Bereits vor dem Grenzübertritt besteht ein (jedenfalls vorübergehender) Aufenthaltstitel des Zielstaats. Beispiele sind Visa, etwa zur Arbeitsmigration bzw. Arbeitsplatzsuche oder zum Studium.

Irreguläre Migration hingegen beschreibt eine Form von Migration, bei der zum Zeitpunkt des Grenzübergangs noch kein Aufenthaltstitel im Zielstaat vorhanden ist. Man könnte insoweit also auch von Migration ohne vorherige Erlaubnis („unauthorized“, s.o.) sprechen. Beispiel hierfür ist die Migration, welche täglich über das Mittelmeer stattfindet, unabhängig da-

-
- 18 Nicht betrachtet werden dabei Spezialregelungen, welche die Zugehörigkeit zu einer für diesen Vergleich unerheblichen Gruppe voraussetzen wie etwa §§ 19 b-d (Arbeitnehmer internationaler Unternehmen), §§ 20f. (Forscher und Selbständige), §§ 27ff. AufenthG (Familienzug).
 - 19 Vgl. Zum Diskussionsstand *Angenendt*, Irreguläre Migration als Problem, S. 10.
 - 20 So aber der Migrationsbericht der Bundesregierung (2015), S. 151.
 - 21 Diese Formulierung findet sich vereinzelt etwa in Veröffentlichungen der OECD, vgl. *OECD, International Migration Outlook, Annual Report* (2007).

von, ob aus Gründen individueller Verfolgung oder aus ökonomischer Motivation. Der Begriff der illegalen Migration hingegen erscheint nicht adäquat insoweit, dass er an eine rechtliche Bewertung anknüpft, die jedoch nicht zum Zeitpunkt der Migration, sondern erst nach Abschluss eines Verwaltungsverfahrens, beispielsweise eines Asylverfahrens, im Zielland möglich ist.

2.2 Reguläre Migration nach dem Aufenthaltsgesetz

2.2.1 Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung

Ein Aufenthalt für die Dauer eines Ausbildungsabschnitts ist grundsätzlich möglich nach den §§ 16ff. Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Jedoch bestehen zwei wesentliche Gründe, weshalb dieser Aufenthalt für *M* nicht möglich ist. Einerseits wird nach § 16 I 1 AufenthG vorausgesetzt, dass bereits eine Zulassung der Bildungseinrichtung vorliegen muss. Dies setzt regelmäßig eine deutsche Hochschulzugangsberechtigung oder einen vergleichbaren Abschluss und außerdem hinreichende Sprachkenntnisse in der Unterrichtssprache voraus.

Zwar kann grundsätzlich auch nach § 16 VII AufenthG zum Zweck der Studienbewerbung eine Aufenthaltserlaubnis für bis zu neun Monate erteilt werden. Jedoch zeigt dies bereits eine Ausrichtung des § 16 AufenthG auf Länder, welche ein mit der EU vergleichbares Bildungsniveau haben. Dies wird bestätigt durch das Erfordernis der Sicherung des eigenen Lebensunterhalts, vgl. § 5 I Nr. 1 AufenthG, welcher in der Ausbildungsphase mindestens ein Niveau in Höhe des BaFöG-Höchstsatzes fordert²² und daher für Personen aus weniger wohlhabenden Gesellschaften eine weitere Hürde darstellt.

2.2.2 Aufenthalt zum Zweck der Beschäftigung

Im gegebenen häufigen Fall, dass *M* aufgrund ökonomischer Perspektivlosigkeit im Herkunftsstaat migriert kann man annehmen, er suche nach einer Beschäftigung. Grundsätzlich ist es nach §§ 18, 19, 19a AufenthG möglich im Falle einer Beschäftigung einen Aufenthaltstitel zu erteilen.

Gemäß § 18 V Alt. 1 AufenthG ist diese Option jedoch begrenzt auf Fälle, in denen bereits ein konkretes Arbeitsplatzangebot nachgewiesen

22 Christ, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, § 16 Rn. 1.

werden kann.²³ Teils wird sogar der Nachweis nach dem tatsächlichen Bestehen des Beschäftigungsverhältnisses gefordert.²⁴ Jedoch auch der bloße Nachweis eines Angebots wird für Migranten aus ihrem Herkunftsstaat heraus agierend regelmäßig nicht möglich sein, wenn sie nicht gerade zu einer besonders gut wirtschaftlich oder akademisch vernetzten Gruppe gehören, die bereits Kontakte in den Zielstaat pflegt. Für M besteht daher keine Möglichkeit, bereits ein Arbeitsplatzangebot nachzuweisen.

Hinzu kommt das grundsätzliche Erfordernis der Erteilung einer Berufsausübungserlaubnis nach § 18 V Alt. 2 AufenthG. Unabhängig davon, ob diese mit oder ohne Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit²⁵ erteilt werden kann liegt hierin ein weiterer möglicher Versagungsgrund, wenn die entscheidende Behörde dies unter Berücksichtigung von § 18 I AufenthG, also der allgemeinen wirtschaftlichen Lage am Arbeitsmarkt, für angemessen hält. Es entfällt lediglich die Zustimmungsbedürftigkeit, nicht die generelle Erlaubnispflicht nach § 4 III 1 AufenthG, sodass im Zweifel die Ausländerbehörde selbst im Wege einer Ermessensentscheidung nach Orientierung an § 18 I AufenthG zu entscheiden hat.²⁶

Letzterer Einwand kann entkräftet werden für Hochqualifiziertenmigration, die sich nach § 19a AufenthG richtet und bei der an die Stelle der Ermessensausübung der Behörde eine gebundene Entscheidung tritt, was grundsätzlich eine Privilegierung der in § 19a AufenthG geregelten „Blue-Card“-Berechtigten darstellt. Jedoch verlangt § 19a AufenthG neben der allgemeinen Voraussetzung des konkreten Arbeitsplatzangebots ein fixes Mindestgehalt, welches gemäß § 2 I Nr. 2 Beschäftigungsverordnung (BeschV) bei 49.600€/Jahr liegt.²⁷ Hierin liegt ein weiteres Erschwernis für Personen, welche – wie M – aufgrund besonders prekärer Lebensumstände migrieren. Zielgruppe der sog. Hochqualifiziertenmigration sind Staaten wie Indien, China, Russland, Ukraine oder die USA,²⁸ aus denen regelmäßig die Personen migrieren werden, welche in ihrem Herkunftsstaat bereits

23 *Stiegeler*, in: Hofmann, Ausländerrecht, § 18 Rn. 22.

24 *Breidenbach*, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, § 18 Rn. 47.

25 Vgl. im Einzelnen §§ 2ff. BeschV.

26 *Breidenbach*, aaO; *Maor*, ZAR 2005, 333 (338).

27 In Mangelberufen 38.688€, vgl. *Breidenbach*, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, § 19a Rn. 13.

28 Migrationsbericht der Bundesregierung, S. 68.

zur Bildungselite gehören, was schon aus dem Erfordernis der Hochschulbildung des § 19a I Nr. 1 lit. a) AufenthG folgt.

Völlig aus dem Anwendungsbereich heraus fallen hingegen die Personen, welche über das Mittelmeer migrieren, also vornehmlich Personen aus afrikanischen Herkunftsstaaten. Ebendiese werden, wenn sie nicht bereits daran scheitern, ein Arbeitsplatzangebot vor Ankunft in Europa zu finden, regelmäßig spätestens an der Erreichung der Gehaltsschwelle scheitern. Als nicht hochqualifizierte Person bleibt *M* auch der Weg über § 19a AufenthG versperrt.

2.2.3 Aufenthalt zur Arbeitsplatzsuche

Grundsätzlich kann dem dargestellten Problem des generellen Erfordernisses eines bereits bestehenden Arbeitsplatzangebotes nach § 18 V AufenthG entgegnet werden, dass gerade deshalb § 18c AufenthG geschaffen wurde, welcher die Migration zur Arbeitsplatzsuche für eine Dauer von sechs Monaten ermöglicht – ohne, dass bereits ein Arbeitsplatzangebot in Aussicht stehen muss. Jedoch findet diese Öffnung gemäß § 18c I AufenthG nur Anwendung auf Personen mit deutschem oder diesem vergleichbaren Hochschulabschluss, d.h. hier werden vergleichbar zu § 19a AufenthG lediglich Hochqualifizierte erfasst.

Gerade Personen, welche zurzeit die gefährlichen Migrationsrouten über das Mittelmeer nach Europa nutzen, fallen somit regelmäßig aus dem Anwendungsbereich der §§ 18 ff. AufenthG Dies spiegelt sich auch in den statistischen Daten des *BAMF*, dass für den gesamten afrikanischen Kontinent lediglich 1-250 Fälle von Arbeitsmigration pro Herkunftsstaat im Jahr 2015 verzeichnet.²⁹ Im Vergleich zur gesamten Migration über das Mittelmeer in Höhe von geschätzt über 160.000 Personen allein 2015³⁰ ist die Arbeitsmigration also verschwindend gering.

2.3 Irreguläre Migration

Komplementär zur Arbeitsmigration enthält das Aufenthaltsgesetz auch Regelungen zu irregulärer Migration. Darunter fallen insbesondere geflüch-

29 Vgl. *BAMF*, Bundesamt in Zahlen, S. 83; wenngleich exakte Daten hier fehlen, liegen alle afrikanischen Staaten jeweils in der untersten Kategorie von 1-250 Personen pro Jahr.

30 Vgl. *Frontex*, Risk Analysis 2016, S. 16.

tete Menschen. Für sie wird eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 II AufenthG erteilt, soweit die Flüchtlingseigenschaft nach Maßgabe der Genfer Flüchtlingskonvention oder alternativ subsidiärer Schutz zuerkannt wurde (s.o.). Aufgrund der strengen Selektivität bei der Berücksichtigung von Migrationsgründen,³¹ welche ökonomische und ökologische Motive nicht berücksichtigt, bietet § 25 II AufenthG für diejenigen Personen, welche aus anderen Gründen migrieren keine Perspektive. Als weder individuell verfolgte, noch unter subsidiären Schutz fallende Person hat *M* daher keinen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 25 AufenthG.

Das System der sogenannten humanitären Aufenthaltstitel ist insoweit sehr unflexibel. Unberücksichtigt bleibt, wie stark Migrationsgründe im Einzelnen waren und ob für die betroffenen Personen überhaupt die Option bestand, in ihrer Heimat zu bleiben. Vielmehr wird in der Debatte häufig unterstellt, aus ökonomischen oder ökologischen Gründen erfolgende Migration sei *per se* freiwillig.³² Unabhängig davon, ob man dieser Position zustimmt oder nicht, ist festzustellen, dass im derzeitigen System kein Raum für eine Prüfung der Äquivalenz der Migrationsmotive und einer daran angepassten Einzelfallprüfung ist.

Das negiert die Möglichkeit, dass sich seit dem Inkrafttreten der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 die äußeren Umstände und Bedingungen von Migration geändert haben und eine ausschließliche Anwendung dieser Normen die Fluchtursachen des 21. Jahrhunderts nicht mehr vollständig abbildet.

Hinsichtlich irregulärer Migration sind die beiden Kategorien Flüchtlingsstatus und subsidiärer Schutz die einzigen Möglichkeiten zur Erlangung eines Aufenthaltstitels. Somit besteht für *M* endgültig keine Chance auf den Erhalt eines Aufenthaltstitels. Nach § 50 I AufenthG wäre er daher ausreisepflichtig.

Die hier am Beispiel von *M* erfolgte exemplarische und teils vereinfachende Darstellung eines Einzelfalls steht damit stellvertretend für eine Vielzahl von Personen, die weder im Rechtsregime des Asylrechts noch des Einwanderungsrechts Berücksichtigung finden und bildet damit die Grund-

31 Vgl. § 3 I AsylG für Flüchtlingsschutz bzw. § 4 I AsylG für subsidiären Schutz.

32 *Angenendt*, Irreguläre Migration als Konzept, S. 11.

lage für die folgenden Erwägungen zum Reformbedarf des Migrationsrechts.

3. KONSEQUENZEN DER KATEGORISIERUNG

Versucht man die überblicksartig dargestellten Wege zur Erlangung eines legalen Aufenthalts in ein größeres Bild zu fassen, so ergibt sich nicht nur die Unterscheidung zwischen regulärer und irregulärer Migration, sondern zugleich ein Auseinanderfallen von zielstaatsorientierter und individualistischer Betrachtung. Während es sich im Asylrecht verbietet, nach ökonomischem Nutzen für das Zielland der Migrierenden zu unterscheiden, ist dieser bei der regulären Migration zentrales – und nicht selten alleiniges – Kriterium.³³

Selbstverständlich lassen sich auch Aussagen über die Kosten oder den wirtschaftlichen Nutzen von Geflüchteten für eine Volkswirtschaft treffen.³⁴ Diese sind jedoch nach geltendem Recht der Genfer Flüchtlingskonvention in keinem Fall entscheidungserheblich für die Gewährung von internationalem Schutz. Entscheidend ist allein die individuelle Betroffenheit von Verfolgung (s.o.).

Andererseits berücksichtigt das derzeitige System der regulären Migration zum Zweck der Arbeit oder der Ausbildung in keiner Weise humanitäre Gründe. Es lässt sich zwar nicht behaupten, das Individuum werde gänzlich ausgeblendet. Die Auswahl von Personen, denen ein Aufenthaltstitel gewährt wird, erfolgt jedoch stark zielstaatsorientiert insofern, dass in der Regel ein konkretes Arbeitsplatzangebot gefordert wird. Ausnahmen von dieser Regel, wie etwa in § 18c AufenthG, stellen zwar auf persönliche Eigenschaften des Migranten ab, fokussieren sich jedoch weiterhin auf dessen potenziellen wirtschaftlichen Nutzen für den Zielstaat. Unberücksichtigt bleiben stets Migrationsgründe, die allein in der Situation im Herkunftsstaat oder des persönlichen Schicksals der Migranten begründet sind und sich nicht als quantifizierbares Humankapital abbilden lassen.

33 Siehe hierzu den Beitrag von Hochleitner in diesem Band.

34 Zu dieser Unterscheidung aus einer stärker ökonomischen Perspektive, vergleiche auch hier den Beitrag von Hochleitner in diesem Band.

Es stehen sich also zwei komplementäre Systeme im Aufenthaltsgesetz gegenüber, die scheinbar nicht miteinander vereinbar sind. Rechtlich schließt die Durchführung eines Asylverfahrens gem. § 10 I den Übergang in einen anderen Aufenthaltstitel aus. Es ist also kein gleichzeitiger Antrag verschiedener Titel möglich, was verfahrensökonomisch auch richtig ist. Auch ein Übergang nach abgeschlossenem negativ beschiedenem Asylverfahren in die Arbeitsmigration ist jedoch nach § 10 III AufenthG nicht möglich. Eine solche sog. „Spurwechsel“-Option wird dahingegen vielfach als mögliche Reform diskutiert, politisch aber mehrheitlich abgelehnt.³⁵

Im Gegensatz zur rechtlichen Trennung findet in tatsächlicher Hinsicht hingegen eine deutlich stärkere Vermischung von Flucht und Migration statt. Bereits ab dem Aufbruch aus ihrem Heimatstaat nutzen Flüchtlinge und andere irreguläre Migranten vielfach dieselben Netzwerke und Migrationsrouten.³⁶ Es wird von dem Phänomen der „mixed migration“ gesprochen.³⁷ Zudem ist es nicht unwahrscheinlich, dass Asylbewerber während des andauernden Verfahrens eine Arbeitsstelle in Deutschland finden, jedoch wegen § 10 III AufenthG nicht den Aufenthaltszweck wechseln können. Eine klare Trennung in zwei abgrenzbare Gruppen, wie sie das Aufenthaltsgesetz vornimmt, ist an realen Lebenssachverhalten kaum nachvollziehbar.

Betrachtet man zudem die Migrationsgründe von nach Europa kommenden Personen, so ergibt sich ein Motivbündel aus wirtschaftlichem Anreiz, sich eine bessere Zukunft in Europa erarbeiten zu können und Faktoren, die in der Situation des Heimatstaates bedingt sind, wie etwa schlechter Versorgungslage oder (politischer) Verfolgung.³⁸ Eine abschließende Unterscheidung in „Push- und Pull-Faktoren“ erscheint bereits aufgrund dieser Gemengelage an unterschiedlichen Migrationsgründen nicht zielführend. Vielmehr werden diese sich stets gegenseitig überlagern.³⁹ Dieser Umstand

35 *Parusel*, ZAR 2014, 115ff.; *Berlit*, ZAR 2018, 229 (236).

36 *Angenendt*, Irreguläre Migration als internationales Problem, S. 12.

37 Vgl. *UNHCR*, Refugee Protection and Mixed Migration, S. 1f.

38 Empirisch dazu *Crawley/Skleparis*, Journal of Ethnic and Migration Studies, S. 48 (55).

39 *Crawley/Skleparis*, aaO, S. 50.

trägt zu einem weiteren Verschwinden der Grenzen zwischen den einst⁴⁰ klar abgrenzbaren Kategorien regulärer und irregulärer Migration bei.

Diese Komplexität wird jedoch im geltenden Recht nicht abgebildet. Stattdessen wird für den Großteil der irregulär migrerenden Personen ein Asylverfahren durchgeführt, welches aus Gründen der oben dargestellten Selektivität der anerkannten Fluchtursachen regelmäßig negativ endet. Damit kommt es zum Folgeproblem der Illegalisierung des Aufenthalts und ggf. notwendiger Rückführung oder jedenfalls der Ausreise, um überhaupt einen neuen Antrag nach §§ 17, 18ff. AufenthG stellen zu können. Ein fließender Übergang, etwa im Rahmen des sog. Spurwechsels wird dabei durch § 10 III 1 AufenthG verhindert.

Konsequenz aus dem Mangel an gesetzlichen Regelungen zu gemischter Migration ist die generelle Einordnung als irreguläre Migration. Damit wird dem Dogma gefolgt, dass irreguläre Migration grundsätzlich in jedem Rechtssystem und insbesondere in Staaten mit einer hohen Regulierungsdichte eine unwillkommene Restgruppe darstellt, welche es zu reduzieren gilt.⁴¹

Fraglich und umstritten ist indes, auf welchem Weg eine Reduktion der irregulären Migration stattfinden kann. Häufig wird dabei eine Dichotomie zwischen der viel beschworenen Bekämpfung der sogenannten „Fluchtursachen“ und der Abschottung bzw. Erschwerung des Grenzübergangs vorausgesetzt. Ein effektives Mittel zur Bekämpfung der hohen Zahlen irregulärer Migration wäre hingegen auch eine voranschreitende Legalisierung von Migrationsbewegungen nach zuvor festgelegten einheitlichen Kriterien.

40 Auf theoretischer Ebene schließen sich die Begriffe aus. Schwierigkeiten ergeben sich erst in der Anwendung auf reale Sachverhalte, die eine klare Zuordnung von Personen in eine der Kategorien oft unmöglich machen.

41 Dazu *Angenendt*, Irreguläre Migration als internationales Problem, S. 7; zu gesetzgeberischen Trends der Unterbindung Irregulärer Migration, vgl. *de Haas*, Growing Restrictiveness or Changing Selection?, S. 25.

4. LEGALE ZUGANGSWEGE ALS MITTEL ZUR REGULARISIERUNG

Möglicherweise kann also mit geschickter Rechtssetzung selbst ein Beitrag zur Verringerung irregulärer Migration geleistet werden. Auch die Forderung nach mehr legalen Zugangswegen nach Europa ist schließlich nichts anderes als eine Forderung nach einer Verschiebung von irregulärer Migration zu regulärer Migration. Man kann insoweit auch von einer Verrechtlichung oder Regularisierung der irregulären Migration sprechen.

Es ist insofern zu fragen, ob ein möglicher Weg der Regularisierung die Öffnung und Flexibilisierung der derzeit bestehenden Tatbestände regulärer Migration wäre.

4.1 These: Derzeitige Rechtslage bereits ausreichend

Teils wird vertreten, das Aufenthaltsgesetz sei in der aktuellen Fassung mit den Möglichkeiten, welche es zur Migration von Fachkräften biete ausreichend und sollte daher auch abschließend sein.⁴²

Derzeit wird wie gezeigt jedoch lediglich Hochqualifiziertenmigration von den §§ 18ff. AufenthG erfasst. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass sich die deutsche Migrationskontrolle darauf beschränken solle, spricht tatsächlich vieles dafür, das Aufenthaltsgesetz als hinreichende Regelung zu betrachten.⁴³

Zum einen handelt es sich um ein in sich stimmiges und abgeschlossenes Regelungssystem.⁴⁴ Auch die europarechtlichen Vorgaben, insbesondere der Blue-Card-Richtlinie wurden entsprechend umgesetzt.⁴⁵ Aufgrund des wie gezeigt geringen und regional äußerst selektiven Anwendungsbereichs und der weiterhin hohen irregulären Migration, insbesondere über

42 Klaus, ZAR 2017, 60 (65); allein semantische Änderungen hält etwa Thym, ZAR 2018, 193 (199) für sinnvoll.

43 Vgl. so etwa Döring, NVwZ 2016, 1033 (1038).

44 SVR, Jahresgutachten 2014, S. 15.

45 Herzog-Schmidt, Die Blue-Card Richtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland, S. 265ff.

das Mittelmeer, ist jedoch zu fragen, ob nicht darüber hinaus vertretbare Möglichkeiten zur Öffnung des Migrationsrechts bestehen.

4.2 Ausweitung des Anwendungsbereichs der Blue-Card-Richtlinie

Hier setzt auch der europäische Rat mit dem Entwurf einer Novellierung der Blue-Card-Richtlinie an.⁴⁶ Die wesentlichen Änderungen im europäischen Gesetzgebungsvorschlag beziehen sich dabei auf eine Herabsetzung der Mindestgehaltsschwellen und Vereinfachungen im Verwaltungsverfahren.⁴⁷

Unverändert bliebe jedoch die Beschränkung der Blue-Card auf Personen, welche bereits bei der Bewerbung um einen Aufenthaltstitel die konkrete Zusage für einen Arbeitsplatz in der EU erhalten haben.⁴⁸ Trotz gleichzeitiger Erweiterung der Ausschlusstatbestände⁴⁹ ist dadurch zu erwarten, dass die Zahl erteilter „Blue-Cards“ zunehmen wird. Jedoch handelt es sich weiterhin um einen Ansatz, der ausschließlich Personen erfasst, welche bereits Netzwerke in Europa haben oder jedenfalls die Voraussetzungen mitbringen, Kontakte zu zukünftigen Arbeitgebern aus ihrem Heimatland heraus aufzubauen.⁵⁰ Daher ist die Regelung weiterhin selektiv insoweit, dass sie vornehmlich bereits gesellschaftlich privilegierte Gruppen anspricht. Eine maßgebliche Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereichs über die USA und BRICS-Staaten hinaus ist somit unter Berücksichtigung der statistischen Daten⁵¹ nicht zu erwarten.

Aus diesen Gründen ist vom europäischen Gesetzgebungsvorschlag zwar zu erwarten, dass er quantitativ zu einer Erhöhung der Einwanderung von auf dem deutschen und europäischen Arbeitsmarkt nachgefragten Personen führen wird. Qualitativ hingegen ist keine Abkehr vom bisherigen streng arbeitsmarktorientierten Ansatz der Migrationskontrolle erkennbar.

46 *Europäische Kommission*, COM(2016) 378.

47 *Klaus*, ZAR 2017, 60 (67f.)

48 *Klaus*, ZAR 2017, 60 (65).

49 *Klaus*, ZAR 2017, 60 (66).

50 Vgl. dazu oben Fn. 31, 32.

51 Vgl. *BAMF*, Bundesamt in Zahlen, S. 85.

Daher wäre auch bei Umsetzung des Gesetzesvorschlags eine Senkung der irregulären Migration (über das Mittelmeer) nicht zu erwarten.

Wenngleich lediglich Prognosen über wirksame Alternativen möglich sind, kann jedenfalls gesagt werden, dass zur Verringerung der irregulären Migration ein inklusiverer Ansatz notwendig ist, der rechtliche und verwaltungstechnische Aspekte vereint. Diskutiert wird hierzu etwa die vereinfachte Registrierung und Aufnahme migrationswilliger Personen in eine Datenbank, aus der sie sodann direkt von Unternehmen in potenziellen Zielstaaten angeworben werden könnten.⁵² Zudem wären Vereinfachungen auf der unteren Verwaltungsebene denkbar. So haben viele Personen keinen oder nur erschwerten Zugang zum Visaverfahren aufgrund geografischer Faktoren oder mangelnder personeller Ausstattung der zuständigen Botschaften.⁵³

4.3 Nationales Punktesystems

Um jedoch realistisch und unmittelbar Einfluss auf das Phänomen der gemischten Migration zu haben bedarf es eines flexibleren und anpassungsfähigeren Systems der Migrationskontrolle.

Systemisch bietet ein bereits in Gesetzgebungsvorschlägen deutscher Parteien genanntes⁵⁴ Punktesystem zur Migrationskontrolle den benötigten Freiraum zur Implementierung neuer Kriterien zur bewussten Aufnahme bestimmter Personengruppen. Freilich ist damit noch nicht die Frage beantwortet, welche die entscheidenden Kriterien eines solchen Systems sein könnten. Die Einführung eines Punktesystems hat somit keinen Wert für sich und kann stets nur die Grundlage für Veränderungen und eine etwaige Modernisierung des Migrationsrechts darstellen. Insbesondere sind etwaige Vorschläge nicht primär danach zu bewerten, wie sehr sie das Migrationsrecht vereinfachen oder transparenter machen können, sondern zunächst danach, ob sie materiell die sich politisch gesetzten Ziele erreichen können.

52 *Angenendt/Kipp/Meier*, Ansätze zur Bewältigung gemischter Wanderungen, S. 39.

53 *Angenendt/Kipp/Meier*, a.a.O, S. 38f.

54 *SPD-Bundestagsfraktion*, Entwurf eines Einwanderungsgesetzes (EinwG-E) v. 7.11.2016; *B90/Die Grünen*, EinwG-E, BT-Drs. 18/11854; vgl. dazu: *Hörich, ZRP* 2017, 154; *Kolb/Lehner*, ZAR 2017, 270ff.

Schließlich kann die Vereinfachung des Rechts ein politisches Ziel sein. Sie sollte dabei aber nicht unhinterfragt und nicht auf Kosten inhaltlicher Ziele geschehen.⁵⁵

4.3.1 Mögliche Kriterien eines Punktesystems

Bedeutsam bleibt die Frage, nach welchen Kriterien die Beurteilung der Möglichkeit der Erteilung eines Aufenthaltstitels erfolgen soll. Letztlich stellt dies eine Frage dar, die vom parlamentarischen Gesetzgeber oder einer demokratisch legitimierten Kommission⁵⁶ zu beantworten sein würde. Im Folgenden sollen lediglich verschiedene mögliche Ansätze dargestellt und analysiert werden, um Vorteile und Maximen der Punkteregelung herauszuarbeiten.

Ein allen bestehenden Vorschlägen eines Punktesystems gemeinsamer Ansatz ist die Erweiterung der Arbeitsmarktanbindung um humankapitalorientierte Zuwanderung. Dies zeigt sich dadurch, dass auch ohne bestehendes Arbeitsplatzangebot bei Vorliegen von formalen Kriterien wie einem Hochschulabschluss oder einer qualifizierten Berufsausbildung die nötige Punktzahl erreicht werden kann.⁵⁷ Es wird also davon ausgegangen, dass Personen mit einer nachgewiesenen formellen Qualifikation auch einen Arbeitsplatz finden werden, ihnen also Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt werden sollte. Insofern handelt es sich um eine arbeitsmarktpolitische Prognose. Wenngleich keine vollständige Abkehr vom arbeitsmarktorientierten Modell der § 18ff. AufenthG vorliegt, sofern weiterhin Punkte für ein Arbeitsplatzangebot vergeben werden,⁵⁸ so ist es doch möglich durch Qualifikation (ggf. ergänzt durch weitere Faktoren) diesen Mangel auszugleichen.

Ergänzt wird die Gewichtung der Qualifikation durch verschiedene Faktoren, welche sich auf das Potenzial der Einwandernden beziehen, sich im Arbeitsmarkt und Gesellschaft zu integrieren. Insbesondere werden als

55 Offer, ZAR 2017, 29 (30).

56 Eine Einwanderungskommission fordert § 19 II EinwG-E (*Grüne*).

57 Vgl. die Beispielrechnungen bei *Hunger/Krannich*, WISO 05/2017, S. 27, S. 34.

58 Anlage 1 und 2 zu EinwG-E (*SPD*); in der Höhe variierend zu anderen Vorschlägen in der Debatte, vgl. dazu die Gegenüberstellung bei *Hunger/Krannich*, a.a.O.

Indikatoren hierfür niedriges Alter und hohe Deutschkenntnisse genannt.⁵⁹ Teils seien auch in geringem Maß bestehende Bindungen zu Deutschland als positive Integrationsaspekte zu berücksichtigen.⁶⁰ Die hierdurch charakterisierten Gruppen sind insbesondere geeignet, sich in Deutschland aus- und weiterzubilden. Bildungsmigration zu erleichtern ist ein (jedenfalls sekundäres) Ziel der Gesetzgebungsvorschläge.⁶¹

4.3.2 Kritik

Die grundsätzlich begrüßenswerten Ansätze zur Flexibilisierung des Einwanderungsrechts stoßen jedoch auf vielfältige Kritik.

Deutschland war verpflichtet die sogenannte Blue-Card-Richtlinie⁶² umzusetzen, was im Aufenthaltsgesetz, insbesondere durch die Schaffung des Aufenthaltstitels des § 19a geschehen ist. Eine Änderung des Aufenthaltsgesetzes als Umsetzung der europäischen Richtlinie steht nur insoweit zur Disposition des nationalen Gesetzgebers, als dadurch die Umsetzung der Richtlinie nicht gefährdet wird.

Bei der rechtlichen Beurteilung der Implementierung eines Punktesystems sind insoweit zwei Szenarien zu unterscheiden: die Ergänzung des jetzigen Einwanderungsrechts um ein Punktesystem als zusätzlichen Zuwanderungskanal und die Neu-Konzeptionierung des Einwanderungsrechts nach dem Modell eines Punktesystems unter Aufhebung der bisherigen Vorschriften.⁶³

Ein zusätzliches Punktesystem würde die Zuwanderungskontrolle lediglich weiter liberalisieren, indem eine neue Zuwanderungsoption geschaffen würde. Der Zugang über die Blue-Card würde dadurch weder verhindert noch erschwert werden. Ein Exklusivitätserfordernis enthält die Richtlinie 2009/50 gerade nicht. Es wird zwar diskutiert, die Ausgestaltung der Zuwanderungskontrolle auf Grundlage des Art. 79 AEUV noch weitgehender europarechtlich zu fassen.⁶⁴ Etwaige Vorschläge sind jedoch nicht gelten-

59 Hunger/Krannich, WISO 05/2017, S. 27f.

60 So etwa Anlage 1 und 2 zu EinwG-E (SPD).

61 EinwG-E (SPD), S.2; EinwG-E (Grüne), S. 17.

62 Richtlinie 2009/50 (EG).

63 Diese Kategorisierung vollziehen auch Hunger/Krannich, WISO 05/2017, S.24, 30 in Bezug auf aktuelle Gesetzgebungsvorschläge.

64 Vorschlag für eine Neufassung der Richtlinie COM(2016) 378, S. 2f.

des Recht und hindern eine zusätzliche Schaffung eines Punktesystems daher nicht.

Bemerkenswert ist indes, dass von Verfechtern eines Punktesystems gerade auf eine Vereinfachung und Vereinheitlichung der Zuwanderungskontrolle in einem übersichtlicheren, transparenteren System gepocht wird.⁶⁵ Dazu steht ein ergänzendes Punktesystem in klarem Widerspruch, da es statt einer Vereinfachung zu einer weiteren Komplexitätssteigerung im Migrationsrecht führen würde.⁶⁶ Konsequent wäre es daher wohl, eine umfassende Novellierung des Aufenthaltsgesetzes anzustreben.

Für diesen Fall könnte jedoch die Vereinbarkeit mit dem Europarecht in Frage stehen.

Grundsätzlich ist eine Neuregelung des § 19a AufenthG der Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers entzogen.⁶⁷ Möglich wäre es allerdings die Regelung des § 19a AufenthG in einem etwaigen Einwanderungsgesetz zu übernehmen und dort zu integrieren. Es erscheint jedoch nur schwer denkbar, tatsächlich den tendenziell humankapitalorientierten Ansatz eines Punktesystems mit dem starren Kriterium der Arbeitsplatzusage in § 19a AufenthG zu kombinieren.

Nimmt man etwa an, es würden diejenigen Personen mit einem ausreichend hohen Punktwert in einen Bewerberpool aufgenommen, aus dem jährlich ein per Rechtsverordnung durch die Bundesregierung festzusetzende und damit flexibles Kontingent aufzunehmen wäre,⁶⁸ so stünde diese Regelung potenziell in Konflikt mit § 19a AufenthG. Dieser sieht bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, also sofern neben den allgemeinen Voraussetzungen⁶⁹ insbesondere die hohe Qualifikation und eine Arbeitsplatzusage bei entsprechendem Mindestgehalt vorliegen gerade einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vor und ist daher mit einer flexiblen, auf festen Obergrenzen basierenden Kontingentlösung nur schwer vereinbar. Es spricht daher viel dafür, eine Koexistenz von arbeitsmarktorientierten Regelungen nach Modell der Blue-Card in klarer Tren-

65 EinwG-E (SPD), S. 12.

66 *Kolb/Lehner*, ZRP 2017, 34 (36).

67 *Kolb/Lehner*, ZAR 2017, 270 (272); *dies.*, ZRP 2017, 34 (36).

68 So der Vorschlag bei: EinwG-E (Grüne), § 19 III; *Hunger/Krannich*, WISO 05/2017, S. 34.

69 Vgl. dazu § 5 Aufenthaltsgesetz, welcher allgemein für alle Aufenthaltstitel gilt.

nung zu humankapitalorientierten Ansätzen im Punktesystem anzustreben.⁷⁰

Eine Regelung des Punktesystems in Koexistenz zu den europarechtlich vorgegebenen Aufnahmetatbeständen, erscheint also möglich. Dennoch bleibt zu klären, ob das Ziel einer verstärkten humankapitalorientierten Zuwanderung nicht bereits im jetzigen Recht möglich ist oder auf einfacherem Wege ausgehend von einer Novellierung einzelner Normen erreicht werden könnte.

So wird argumentiert, es bestünde bereits abseits der streng arbeitsmarktorientierten Zuwanderung mit §§ 16 IV, 17 III, 18c AufenthG die Möglichkeit zur Migration lediglich aufgrund einer positiven Prognose wie sie auch das Punktesystem anhand bestimmter Kriterien, anknüpfend an Alter, Sprachkenntnisse, Bildungsstand oder sonstiger Qualifikationen vornehmen will.⁷¹ Prognostisch sind diese Ansätze insoweit, da sie mithilfe von objektivierten Kriterien versuchen zu ermitteln, inwieweit sowohl migrationswillige Personen wie auch der Zielstaat in Zukunft von der Migrationsbewegung profitieren werden. Daher lässt sich dieser Ansatz auch als potenzialorientiert, als Unterkategorie humankapitalorientierter Ansätze, bezeichnen.

Der Wirksamkeit der §§ 16 IV, 17 II AufenthG ist jedoch entgegenzuhalten, dass lediglich ein Aufenthaltstitel im Anschluss an einen bereits bestehenden Aufenthalt ermöglicht wird. Die initiale Migration im Sinne der Einwanderung ist hiermit jedoch gerade nicht erfasst.

§ 18c AufenthG hingegen bietet tatsächlich die Möglichkeit der Potenzialzuwanderung. Erforderlich ist für die Erteilung grundsätzlich nur die formelle hohe Qualifikation und gerade nicht ein bestehender Arbeitsplatz. Die Regelung vermag die Gruppe der Personen mit Hochschulabschluss, die auch vom Punktesystem privilegiert werden, zu erfassen. Jedoch sind entgegen des Punktesystems bereits durch Berufsausbildung oder Berufserfahrung gewonnene Qualifikationen von § 18c AufenthG nicht mehr erfasst. Zudem ist die maximale Befristungsdauer von sechs Monaten sehr kurz und auch die Erwerbsmöglichkeit ist währenddessen nicht gegeben. Im Ergebnis wird § 18c AufenthG tatsächlich aufgrund der hohen Hürden

70 So unter Analyse einzelner möglicher Fallgruppen auch *Kolb/Lehner*, ZRP 2017, 34 (37).

71 *Dörig*, NVwZ 2016, 1033 (1035).

nur relativ wenig in Anspruch genommen.⁷² Jedenfalls in der jetzigen Fassung kann in § 18c AufenthG daher keine dem Ansatz des Punktesystems gleichwertige Regelung gesehen werden.

4.3.3 Flexibilisierung und Effektivitätssteigerungen ausgehend von § 18c AufenthG

Vorschnell ist jedoch der daraus gezogene Schluss, es sei eine vollkommene Neufassung und Aufhebung des § 18c AufenthG erforderlich.⁷³

Indes sollte vorrangig erwogen werden, inwiefern nicht das Ziel einer flexibleren und effektiveren Zuwanderungskontrolle mittels oder durch Änderung bestehender Regelungen erreicht werden kann. § 18c AufenthG stellt eine überschießende Umsetzung der Blue-Card Richtlinie (2009) dar.⁷⁴ Der geschaffene Tatbestand eines Aufenthalts zur Arbeitsplatzsuche kann durch den nationalen Gesetzgeber daher auch in einem einfachen Gesetzgebungsverfahren geändert und gegebenenfalls geöffnet werden.

Die derzeitige kurze und zwingende Befristung in § 18c I 1 AufenthG auf maximal sechs Monate könnte erhöht werden etwa auf ein Jahr oder 18 Monate, wobei die Entscheidung dem Ermessen der Ausländerbehörde unterliegen kann, sodass im Einzelfall Gründe, wie eine besondere Härte oder besonders aufwändige Arbeitsplatzsuche berücksichtigt werden können. Die grundsätzliche Existenz einer Befristung ist jedoch essentiell, um eine „Endlossuche“ nach einem Arbeitsplatz und damit eine Verfestigung des stets nur als Übergangsregelung gedachten § 18c zu verhindern.⁷⁵

Durch Änderung des § 18c I 2 AufenthG könnte überdies die Beschäftigung erlaubt werden, um dem Betroffenen zu ermöglichen, neben der Arbeitsplatzsuche (jedenfalls teilweise) seinen Lebensunterhalt zu finanzieren. Denkbar wäre infolgedessen auch eine Berücksichtigung der potenziellen Erwerbstätigkeit im Rahmen der Prüfung nach § 18c I 1 AufenthG, ob der Lebensunterhalt gesichert ist.⁷⁶ Ein Verzicht auf das Erfordernis des Nachweises entsprechender finanzieller Rücklagen erscheint allerdings allein darauf gestützt nicht adäquat, da schließlich aufgrund einer Prognose nicht si-

72 Im Jahr 2015 von etwa 1500 Personen, vgl. BT-DrS 18/11854, S. 18.

73 So aber EinwG-E (*Grüne*), S. 18.

74 Breidenbach, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, § 18c vor Rn. 1.

75 Kolb/Lehner, ZAR 2017, 270 (273).

76 In diese Richtung bereits weist bereits das SVR Jahresgutachten 2014, S. 76.

chergestellt ist, dass tatsächlich eine geringfügige Beschäftigung aufgenommen wird. Eine vollständige Ausnahme ließe sich lediglich rechtfertigen, soweit bereits bei Bewerbung eine Zusage zur finanziellen Unterstützung des Mobilitätsvorhabens vorliegt.⁷⁷

Denkbar wäre eine Öffnung des § 18c AufenthG auch für Personen mit einer abgeschlossenen qualifizierten Berufsausbildung oder auch für Ausbildungssuchende.⁷⁸

Zwar sieht § 17 AufenthG Möglichkeiten zum Aufenthalt zum Zwecke der Berufsausbildung ähnlich wie § 16 AufenthG für ein Studium vor. Jedoch muss auch hier bereits ein Ausbildungsplatz vorliegen, ähnlich wie bei § 18 AufenthG das Arbeitsplatzangebot. Im Fall der Erwerbsmigration wurde auf die daraus resultierenden Schwierigkeiten mit der Einführung des § 18c AufenthG reagiert. Es erscheint daher naheliegend, einen solchen Schritt auch für Ausbildungssuchende zu erwägen. Um die Äquivalenz mit dem Kriterium des Hochschulabschlusses in § 18c I AufenthG hinsichtlich der zu erwartenden positiven Arbeitsmarktintegration zu wahren, könnte der Anwendungsbereich etwa auf Personen mit relevanter Vorbildung beschränkt werden und darüber hinaus wäre es denkbar, Ausbildungssuchende in Branchen der Engpassberufe zu bevorzugen. Es drängt sich jedoch bereits auf, dass die Auswahl gerade auf Verwaltungsebene mangels klar vergleichbarer und bestimmbarer Kriterien problematisch werden könnte.

Es wäre demgegenüber auch möglich, § 18c I AufenthG insoweit zu erweitern, dass statt des Hochschulabschlusses, Personen mit abgeschlossener qualifizierter Berufsausbildung ihre hohe Qualifikation durch eine im Heimatland abgelegte berufsqualifizierende Prüfung und mehrjährige Arbeitserfahrung nachweisen können. Gegebenenfalls kann und sollte auch diese partielle Erweiterung auf Berufsausbildungen in Engpassberufen beschränkt werden.

Letztlich ist kurz auf den Ausschlusstatbestand des § 18c III AufenthG einzugehen. Wenngleich dieser lediglich auf Personen anwendbar ist, welche sich bereits in Deutschland aufhalten und somit keine Auswirkung auf die Migrationsbewegung selbst hat, wäre es doch erwägenswert bei einer Neufassung des § 18c den Absatz III zu streichen. Er läuft dem eigentlichen

77 Denkbar wären Stipendien oder Förderprogramme zur Aus- und Fortbildung.

78 So bereits ein Vorschlag im SVR Jahresgutachten 2014, S. 76; zustimmend *Bünte/Knödler*, ZRP 2018, 102 (105); *Knödler*, NVwZ 2018, 1437 (1441).

Zweck der Norm, der Bindung von Fachkräften an den deutschen Arbeitsmarkt, entgegen, indem er im Fall der plötzlichen Beendigung ohne sofortige Weiterbeschäftigung und damit dem Wegfall des Aufenthalts nach § 18, den Weg zu einem Aufenthaltstitel zur Arbeitsplatzsuche versperrt. Es wird zwar argumentiert, der Wortlaut des § 18c III sei in historischer Auslegung restriktiv zu verstehen.⁷⁹ Konsequent im Sinne einer Attraktivitätssteigerung Deutschlands als Einwanderungsland wäre es jedoch, den Ausschlusstatbestand zu streichen. Dem Gesetzeszweck der Einhaltung etwaiger Höchstarbeitszeiten nach der BeschV⁸⁰ kann schließlich problemlos im Wege der Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde entsprochen werden.

4.3.4 „Westbalkan-Regelung“ als Alternativkonzept

Beachtenswert ist die im Oktober 2015 vorgenommene Öffnung des § 26 I BeschV für niedrigqualifizierte Arbeitnehmer. Fraglich ist, ob dies eine tragfähige Alternative zur Ausweitung des § 18c AufenthG darstellen kann. Für die Länder des Westbalkans wird auf den Nachweis einer besonderen Qualifikation wie sonst etwa in §§ 2ff. BeschV verzichtet. Es handelt sich um eine erhebliche Zuwanderungserleichterung für die entsprechenden Staaten, die jedoch anders als die genannten Vorschläge keinen Bezug auf besondere Qualifikationen oder sonstige Merkmale der Arbeitnehmer nimmt. Lediglich ein konkretes Arbeitsplatzangebot ist weiterhin notwendig, vgl. § 18 V AufenthG.

Die Regelung des § 26 II BeschV ist damit vor allem eine Öffnung für Migration in den Niedriglohnsektor.⁸¹ Eine länderunabhängige Erweiterung der Norm erscheint daher arbeitsmarktpolitisch riskant, wenngleich zu beachten ist, dass weiterhin die Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit notwendig ist, was eine Kontrolle und Feinsteuerung ermöglicht.

Wie die regionale Selektivität in Bezug auf den Westbalkan politisch gerechtfertigt werden soll verbleibt zudem fraglich. § 26 II BeschV wirkt damit wie ein Fremdkörper im ansonsten weitgehend systematisch stimmigen System des Migrationsrechts. Statt einer partiellen Aufhebung der Zu-

79 Strunden/Schubert, ZAR 2012, 270 (272).

80 Vgl. zum Gesetzeszweck Breidenbach, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, § 18c Rn. 5.

81 Kritisch auch Langenfeld, ZRP 2015, 193.

wanderungskontrolle wäre es weitaus konsistenter, § 18c wie ausgeführt zu öffnen und damit Raum für eine kontrollierte und gesteuerte schrittweise Erhöhung der Zuwanderung – ggf. auch in nicht-akademische Berufe – zu ermöglichen.

4.3.5 Punktesystem trotz § 18c AufenthG

Wenngleich viel für die Öffnung des Einwanderungsrechts in Richtung einer stärkeren potenzialorientierten Zuwanderung über § 18c AufenthG spricht, ist zu fragen, ob daneben noch Raum für ein Punktesystem besteht. Von allen Vorschlägen unberücksichtigt bleiben schließlich weiterhin Faktoren wie ökonomische oder ökologische Migrationsgründe.

Durch die Berücksichtigung humanitärer Gründe eine umfassende Antwort auf das Phänomen der gemischten Wanderungen zu bieten, wäre gerade das große Potenzial eines flexiblen Punktesystems.⁸² So wäre es möglich, gemischte Wanderungen adäquat abzubilden, indem eine rechtliche Verstrickung von humanitären und zielstaatsorientierten Kriterien in die Zuwanderungssteuerung einfließen könnte. Etwa könnten bestehende Vorschläge eines Punktesystems um Kategorien wie ökologische oder ökonomische Ursachen ergänzt werden. Diese wären dann im Einzelfall im Wege einer Ermessensentscheidung der erkennenden Behörde zu berücksichtigen. Von vornherein klar ist, dass hierdurch nicht die bestehenden rechtlichen Pflichten zur Gewährleistung von internationalem Schutz ersetzt werden könnten. Vielmehr könnte eine etwaige Regelung eine Lücke im bestehenden Recht schließen, die daraus entsteht, dass die anerkannten Fluchtgründe auf der Genfer Flüchtlingskonvention, einem völkerrechtlichen Übereinkommen aus dem Jahr 1951, basieren, die seitdem in ihrem sachlichen Anwendungsbereich nicht angepasst wurde. Eine Berücksichtigung der heutigen Umstände der Zeit erscheint geboten, sofern man entsprechende Ungleichbehandlungen irregulärer Migranten nicht hinnehmen möchte.

Vor dem Hintergrund, dass jedoch eine originäre Anpassung der Genfer Flüchtlingskonvention in weiter Ferne jedweder Debatte liegt, erscheint die Erweiterung eines Punktesystems um humanitäre Gründe einen vor dem Hintergrund der gemischten Wanderungen und von einem menschenrechts-

82 So im Ansatz auch *Angenendt/Kipp/Meier*, Gemischte Wanderungen, S. 40.

orientierten Standpunkt her wünschenswerten, aber in näherer Zukunft nicht zu erwartenden politischen Kurswechsel darzustellen.

5. FAZIT

Es ist festzustellen, dass im Wege einer Öffnung des deutschen Migrationsrechts für angebotsorientierte Einwanderung die Attraktivität Deutschlands als Einwanderungsland steigen würde. Dies wird unterstützt durch etwaige Erweiterungen des bedarfsorientierten Ansatzes auf europäischer Ebene in der Blue-Card-Richtlinie. Für eine Ausrichtung als modernes Einwanderungsland mit einer Kombination aus angebotsorientiertem und bedarfsorientiertem Einwanderungsrecht ist die Einführung eines Punktesystems nicht notwendig. Vielmehr kann dies mit einer entsprechenden Öffnung des § 18c AufenthG einfacher und kohärenter erreicht werden.

Anders läge der Fall, würde das Punktesystem auch humanitäre Gründe berücksichtigen. Sodann könnte es adäquat in rechtlicher Hinsicht das Phänomen der gemischten Wanderungen abbilden und böte die Chance, derzeit irregulär stattfindende Migration weitgehend zu regularisieren. Nach den derzeit bekannten Entwürfen für Punktesysteme finden humanitäre Gründe jedoch keine Berücksichtigung, sodass ein Mehrwert zu der Regelung über eine Novellierung des § 18c nicht ersichtlich ist.

Zu einer Entflechtung der gemischten Wanderungen kann eine Öffnung des Arbeitsmigrationsrechts nur partiell beitragen. Grundsätzlich wird irreguläre Migration durch eine Regularisierung und die Vereinfachung des Zugangs zu Wegen regulärer Migration verringert. Es kann aber nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden, inwiefern die Zahlen irregulärer Migration tatsächlich zurückgehen würden.

Entscheidend für den Erfolg eines attraktiven Arbeitsmigrationsrechts ist neben der Schaffung rechtlicher Grundlagen vor allem die effektive Kommunikation und Bewerbung Deutschlands als Einwanderungsland. Die Verantwortung hierfür liegt insbesondere bei den deutschen Auslandsvertretungen, wie auch bei entsprechenden Mittler- und Durchführungsorganisationen. Neben einer offensiveren Kommunikation lässt auch eine Vereinfachung der Verwaltungsverfahren Effektivitätssteigerungen erwarten.

LITERATUR

- Angenendt, Steffen, Irreguläre Migration als internationales Problem, SWP-Studie 2007/S 33.
- Angenendt, Steffen/Kipp, David/Meier, Amrei, Gemischte Wanderungen, Bertelsmann Stiftung 2017.
- Berlit, Uwe, Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? (Teil 1), in: ZAR 2018, S. 229-238.
- Bundesamt für Migration für Flüchtlinge (BAMF), Migrationsbericht der Bundesregierung 2015.
- BAMF, Aktuelle Zahlen zu Asyl, Ausgabe 08/2017, abrufbar unter www.bamf.de/downloads.
- BAMF, Das Bundesamt in Zahlen: Asyl, Migration und Integration, 2016.
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), Fachkräftezuwanderung erleichtern – Vier-Punkte-Plan, Stellungnahme vom 26.4.2017, abgerufen unter www.arbeitgeber.de>Beschäftigung.
- Bünte, Rudolf/Knödler, Christoph, Einwanderungsgesetz: Plädoyer für weitere Ausdifferenzierung, in: ZRP 2018, S. 102-106.
- Crawley, Heaven/Sklepari, Dimitris, Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's 'migration crisis', in: Journal of Ethnic and Migration Studies, Vol. 44, S. 48-64.
- de Haas, Hein/Natter, Katharina/Vezzoli, Simona, Growing Restrictiveness or Changing Selection? The Nature and Evolution of Migration Policies, in: International Migration Review 2016.
- Dörig, Harald, Fachkräftegewinnung mit Blue Card oder Punktesystem, in: NVwZ 2016, S. 1033-1039.
- Eurostat, Statistik: „Erstmals erteilte Aufenthaltstitel nach dem Grund für die Erteilung“, unter ec.europa.eu/eurostat, Code tps 00170 abgerufen am 5.3.2018 (zitiert als: Eurostat, Aufenthaltsstatistik).
- Frontex, Risk Analysis for 2016.
- Herzog-Schmidt, Julia, Die Blue-Card Richtlinie 2009/50/EG und ihre Umsetzung in Deutschland, 2014.
- Hofmann, Rainer, Kommentar zum Ausländerrecht, 2. Auflage 2016 (zitiert als: Bearbeiter, in: Hofmann, Ausländerrecht, § Rn.).
- Hörich, Carsten, Einwanderungsgesetzentwurf der Grünen, in ZRP 2017, S. 154.

- Hunger, Uwe/Krannich, Sascha, Einwanderung neu gestalten – Transparent, Attraktiv, Einfach, in: WISO Diskurs, 05/2017.
- International Organization for Migration, Fatal Journeys, Volume 3 Part 1: Improving Data on Missing Migrants, 2017.
- Klaus, Sebastian, Die Hochqualifizierten-Richtlinie 2.0: Geplante Novellierung der europarechtlichen Vorgaben zur Blauen Karte EU, in: ZAR 2017, S. 60-73.
- Kluth, Winfried, Einwanderungsgesetz: Entwürfe – Chancen – Kritik, in: NVwZ 2018, S. 1437-1442.
- Kluth, Winfried / Heusch, Andreas, Kommentar zum Ausländerrecht, 2016 (zitiert als: Bearbeiter, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, § Rn.).
- Kolb, Holger/Lehner, Roman, Radikale Moderne? Zum Entwurf eines Einwanderungsgesetzes (EinwG-E) der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, in: ZAR 2017, S. 270-277.
- Kolb, Holger/Lehner, Roman, Vorschlag zu einem Einwanderungsgesetz – Viel Lärm um wenig, in: ZRP 2017, S.34-37.
- Kopp, Judith, Externalisierung der Verantwortung: Grenz- und Alibi-Flüchtlingschutz außerhalb Europas, abgerufen am 7.3.2018 unter <https://www.proasyl.de/hintergrund>.
- Langenfeld, Christine, Tausche Arbeit gegen Asyl – Ein integrations- und arbeitsmarktpolitisch riskanter Weg, in: ZRP 2015, S. 193.
- Maor, Oliver, Einreise und Aufenthalt von Geschäftsreisenden, konzernintern Versetzten und anderen vorübergehend erwerbstätigen Ausländern – ein (fast) vergessener Teil der Wirtschaftsmigration, in: ZAR 2005, S. 333-340.
- Offer, Bettina, Der Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion für ein Einwanderungsgesetz – Analyse und kritische Stellungnahme, in: ZAR 2017, S. 29-34.
- Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), International Migration Outlook, Annual Report, 2007.
- Pro Asyl, Balkanroute: Eine Chronik der Abschottung, abgerufen am 9.3.2018 unter www.proasyl.de/hintergrund/balkanroute.
- Sachverständigenrat Deutscher Stiftungen für Migration und Integration (SVR), Chancen in der Krise: Zur Zukunft der Flüchtlingspolitik in Deutschland und Europa, Jahrestutachten 2017.
- SVR, Deutschlands Wandel zum modernen Einwanderungsland, Jahrestutachten 2014.

SPD-Bundestagsfraktion, Entwurf eines Einwanderungsgesetzes, Stand 7.11.2016, abrufbar unter www.spdfaktion.de/einwanderungsgesetz (zitiert als: EinwG-E (SPD)).

Strunden, Martin/Schubert, Michaela, Deutschland gibt sich Blue Card „Plus“ – EU-Richtlinie genutzt für Meilenstein der Arbeits-migration, ZAR 2012, S. 270-276.

Thym, Daniel, Einwanderungsgesetzgebung: Chancen und Illusionen (Teil 1), in: ZAR 2017, S. 297-304.

Thym, Daniel, Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten – Anmerkungen zu den migrationspolitischen Diskursen der Gegenwart, in: ZAR 2018, S. 193-200.

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Refugee Protection and Mixed Migration: A 10-Point Plan of Action, 2007.

Wergin, Clemens, „Deutschland hat das dümmste Einwanderungsgesetz überhaupt“, in Die WELT vom 5.9.2015 unter www.welt.de/article/146042330/ abgerufen am 5.3.2018.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Änderungen des Asyl- und Aufenthaltsrechts seit Januar 2015 mit den Schwerpunkten Asylpaket I und II, WD 3, 018/16, 2016.

