

Mehr Mut zur Zuwanderung

**Der arbeitsmarktpolitische Teil des geplanten Zuwanderungsgesetzes
verfehlt sein eigenes Ziel**

Lüder GERKEN, Vorstand des Frankfurter Instituts – Stiftung Marktwirtschaft und Politik, Berlin

Volker RIEBLE, ordentlicher Professor für Arbeitsrecht an der Universität Mannheim

Thomas STRAUBHAAR, Präsident des Hamburgischen Welt-Wirtschafts-Archivs (HWWA)

Unter Mitwirkung von:

Guido RADDATZ, Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik, Berlin

I. VORBEMERKUNGEN

II. GENERALBEWERTUNG

- 1. Deutschland braucht Zuwanderung von Arbeitskräften – im eigenen Interesse**
- 2. Die umfassende Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes für Ausländer entspricht der mittelfristig anzustrebenden Ideallösung**
- 3. Anforderungen an arbeitsmarktorientierte Zuwanderungsregeln**
- 4. Der Gesetzentwurf bezweckt einen Schritt in die richtige Richtung**
- 5. Der Gesetzentwurf wird seinem eigenen Zweck nicht gerecht, insbesondere weil er dem Interventionismus von Verwaltungsorganen Tür und Tor öffnet**

III. EINZELKRITIK DER REGELUNGEN

- 1. Allgemeine Zuwanderungsregelung zum Zweck der Beschäftigung (§ 18)**

These: Der Ermessensspielraum der Ausländerbehörde bei der Prüfung „allgemeiner Migrationsgesichtspunkte“ fördert willkürliche und uneinheitliche Entscheidungen.

- 2. Niederlassungserlaubnis für Hochqualifizierte (§ 19)**

These: Die Regelung zur Anziehung hochqualifizierter Spitzenkräfte ist unnötig restriktiv und willkürlich.

- 3. Zuwanderung im Auswahlverfahren (§ 20)**

These: Die Regelung des Auswahlverfahrens verkennt die Realität, ist zu kompliziert und von der Willkür deutscher Verwaltungsorgane abhängig.

- 4. Zuwanderung ausländischer Selbständiger (§ 21)**

These 1: Die Voraussetzungen für die Aufenthaltserlaubnis ausländischer Selbständiger (§ 21 I 1, 2) lassen willkürliche Verwaltungsentscheidungen erwarten.

These 2: Der „Bock-zum-Gärtner“-Vorbehalt für die Aufenthaltserlaubnis ausländischer Unternehmer (§ 21 3) übersieht die Sonderinteressen deutscher Konkurrenten.

These 3: Die Beschränkung der Aufenthaltserlaubnis für ausländische Selbständige auf drei Jahre (§ 21 IV) wirkt abschreckend und ist zudem nicht erforderlich.

- 5. Allgemeine Bedingungen für die Gewährung eines Aufenthaltstitels mit Erwerbsrecht (§ 39)**

These 1: Die Gesamtintention des § 39 zielt auf eine ökonomisch unsinnige Konservierung der starren Überregulierung des deutschen Arbeitsmarktes.

These 2: Die Arbeitsmarktfolgenprüfung (§ 39 II 1 Nr. 1 lit. a) ist neben der individuellen Vorrangprüfung (lit. b) ökonomisch sinnlos und öffnet lediglich Spielraum für behördliche Interventionen.

These 3: Die individuelle Vorrangprüfung (§ 39 II 1 Nr. 1 lit. b) ist zu bürokratisch und nicht problemgerecht.

These 4: Die Einbeziehung der Verwaltungsausschüsse des Arbeitsamtes (§ 39 II 1 Nr. 2) ist aus politökonomischer Sicht verfehlt.

These 5: Das Unterbietungsverbot für ausländische Beschäftigte (§ 39 II 1, letzter Teilsatz) stützt die Arbeitsmarktkartelle und ist daher arbeitsmarktpolitisch kontraproduktiv.

These 6: Das grundsätzliche Zustimmungsverbot zu Beschäftigungen, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen (§ 39 IV), ist ökonomisch verfehlt und überflüssig.

These 7: Die Möglichkeit der Bundesanstalt für Arbeit, die Zustimmung zur Arbeitserlaubnis auf bestimmte Betriebe zu begrenzen (§ 39 IV), ist verfassungsrechtlich bedenklich.

- 6. Verbot der Beschäftigung ausländischer Leiharbeitnehmer (§ 40 I Nr. 2)**

These: Für das Arbeitsverbot für ausländische Leiharbeitnehmer gibt es keine Rechtfertigung.

- 7. Widerruf (§ 41)**

These: Der Sanktionsmechanismus bei Verstößen gegen das Unterbietungsverbot trifft den Schwächsten und ist schon deshalb verfehlt.

- 8. Verordnungsermächtigung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (§ 42)**

These: Die „Hintertür-Regelungen“ zur Begrenzung des Arbeitsmarktzuganges verstoßen gegen das Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes.

- 9. Förderung der Integration und Integrationskosten (§§ 43-45)**

These: Die Kosten der Integration der ausländischen Erwerbstätigen dürfen nicht dem deutschen Steuerzahler auferlegt werden.

- 10. Sonstige Defizite des Gesetzentwurfs im arbeitsmarktpolitischen Bereich**

These 1: Die Belange multinationaler Unternehmen werden nicht berücksichtigt.

These 2: Den Unternehmen wird die Möglichkeit des Rechtsschutzes vorenthalten.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

I. VORBEMERKUNGEN

Im Sommer haben die im Bundestag vertretenen Parteien ihre Vorstellungen über die Regelung der arbeitsmarktpolitischen, humanitären und familienpolitischen Zuwanderung nach Deutschland veröffentlicht. Außerdem erschien der Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ (Süssmuth-Kommission).¹

Am 3. August hat das Bundesministerium des Innern einen ersten Entwurf für ein Zuwanderungsgesetz vorgelegt. Dieser Entwurf, der anfangs auf breiten Konsens aller Parteien zu treffen schien, war bald heftigst umstritten. Inzwischen haben sich jedoch die Koalitionsparteien auf eine gemeinsame Vorgehensweise geeinigt, so daß die Bundesregierung am 7. November 2001 einen zweiten, modifizierten Gesetzentwurf im Kabinett beschlossen hat. Der parteipolitische Streit konzentrierte sich in den vergangenen Wochen vorrangig auf die humanitären und familienpolitischen Regelungen des Entwurfes sowie seit den Ereignissen vom 11. September auch auf seine sicherheitspolitischen Aspekte.

Um so wichtiger ist es, sich nunmehr vorrangig mit den vorgesehenen arbeitsmarktpolitischen Regelungen zu befassen, denn gerade die Frage der Zuwanderung von Arbeitskräften besitzt für Deutschland eine eminente Relevanz. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf diesen Bereich des Gesetzentwurfs. Sie sollen so auch einen Beitrag dazu leisten, daß in der öffentlichen Diskussion sauberer getrennt wird zwischen der humanitären Zuwanderung mit all ihren integrations- und sozialpolitischen Problemen einerseits und der volkswirtschaftlich gebotenen arbeitsmarktbezogenen Zuwanderung andererseits.

II. GENERALBEWERTUNG

1. Deutschland braucht Zuwanderung von Arbeitskräften – im eigenen Interesse

In vielen Bereichen des deutschen Arbeitsmarktes können trotz hoher Arbeitslosigkeit offene Stellen nicht besetzt werden.² Darüber hinaus besteht in vielen Unternehmen eine Nachfrage nach spezifisch ausländischem Humankapital, etwa in Form von speziellen Markt- oder Sprachkenntnissen, das in Deutschland so nicht vorhanden sein kann.³ Dies hemmt die wirtschaft-

liche Entwicklung mit der Konsequenz, daß andere Arbeitsplätze nicht geschaffen oder gar vernichtet werden. Der Arbeitskräftemangel betrifft nicht nur die Nachfrage nach Menschen mit Spitzen-Qualifikationen, sondern nicht zuletzt auch die Nachfrage nach Arbeitnehmern mit Fachausbildung, etwa im Gastronomiebereich, sowie auch die Nachfrage nach Personen ohne besondere Ausbildung, etwa in der Landwirtschaft nach Erntehelfern. Mittel- bis langfristig wird dieses Problem aufgrund der Alterung der Bevölkerung noch gravierender werden. Eine verstärkte Zuwanderung ist in derartigen Bereichen dringend geboten.

Das deutsche System der gesetzlichen Rentenversicherung steht angesichts der demographischen Entwicklung vor dem Kollaps. Die Zuwanderung ausländischer Erwerbstätiger kann in diesem Bereich zumindest zur Reduzierung des Problems beitragen.⁴

Beide Probleme verlangen die Möglichkeit des Zuzugs ausländischer Arbeitskräfte.

2. Eine umfassende Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes für Ausländer entspricht der mittelfristig anzustrebenden Ideallösung

Im Interesse Deutschlands liegt eine Öffnung der deutschen Arbeitsmärkte für alle Ausländer, die für ihren Unterhalt selber sorgen können – sei es als Arbeitnehmer oder Selbständige – und somit keine über das Versicherungselement hinausgehenden Ansprüche an das deutsche Sozialsystem stellen.⁵ Die Verwirklichung dieser Forderung

entspricht den Anforderungen an eine Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik, wie sie in einer freiheitlich verfaßten Gesellschaft zu stellen sind,

- steigert den Wohlstand in Deutschland,
- führt direkt zur Schaffung komplementärer Arbeitsplätze,
- erhöht die wirtschaftliche Dynamik, weil der Wettbewerb auf den Arbeitsmärkten gestärkt wird, und führt damit auch indirekt zur Schaffung neuer Arbeitsplätze.

lifizierten Beschäftigten: Ergebnisse des IZA International Employer Surveys 2000, Bonn.

¹ Unabhängige Kommission „Zuwanderung“ (2001), Zuwanderung gestalten – Integration fördern, Berlin.

² Vgl. z.B. Hönekopp/Menck/Straubhaar (2001), Fachkräftebedarf bei hoher Arbeitslosigkeit – Vorsicht vor richtigen Antworten auf falsche Fragen, Hamburg, Munz/Ochl (2001), Fachkräftebedarf bei hoher Arbeitslosigkeit, München und Zimmermann/Bauer et al. (2001), Fachkräftebedarf bei hoher Arbeitslosigkeit, Bonn.

³ IZA (2001), Die Nachfrage nach internationalen hochqua-

⁴ Vgl. Unabhängige Kommission „Zuwanderung“ (2001), Zuwanderung gestalten – Integration fördern, Berlin, S. 76-80 sowie Loeffelholz/Köpp (1998), Ökonomische Auswirkungen der Zuwanderung nach Deutschland, Berlin, S. 104-110.

⁵ So auch bei isolierter Betrachtung die Forderung der PDS-Bundestagsfraktion, vgl. PDS-Bundestagsfraktion (2001), Eckpunkte für eine menschenrechtliche Zuwanderungspolitik: Offene Grenzen für Menschen in Not, individuelles Recht auf Einwanderung, Berlin.

- Zwar würde aufgrund der langjährigen Abschottung des deutschen Arbeitsmarktes eine abrupte, umfassende Öffnung zu erheblichen Friktionen in Deutschland führen, so daß mehrjährige Übergangsfristen mit einer schrittweisen Liberalisierung sinnvoll sind. Eine Politik jedoch, die auch auf Dauer eine systematische, umfassende Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes für Ausländer ablehnt, schadet dem Standort Deutschland.

3. Anforderungen an arbeitsmarktorientierte Zuwanderungsregeln

Ein Zuwanderungsgesetz, das die ökonomischen Notwendigkeiten berücksichtigt, sollte

- die Arbeitsmärkte für benötigte ausländische Arbeitskräfte öffnen,
- klare und einfache Regeln für die Zuwanderung aufstellen,
- die Zuwanderungsbereitschaft von benötigten Ausländern nicht behindern, sondern fördern,
- diskretionäre Markteingriffskompetenzen von Behörden oder gar von Verbänden vermeiden und
- die arbeitsplatzvernichtende Vermachtung der Arbeitsmärkte zumindest nicht weiter verstärken, idealerweise sogar zugunsten von mehr Wettbewerb zurückführen.

4. Der Gesetzentwurf bezweckt einen Schritt in die richtige Richtung

Der Gesetzentwurf bezweckt einen ersten Schritt in die richtige Richtung. Ansatzweise nimmt er viele Anregungen und Vorstöße auf, die schon lange Zeit von Wirtschaftswissenschaft und Wirtschaftspolitik gefordert worden sind:

- Er unterscheidet hinsichtlich des Aufenthaltsrechts von Ausländern nach dem jeweiligen Zweck: Ausbildung, Erwerbstätigkeit, humanitäre Gründe und Familiennachzug. Diese relativ klare Trennung in „nicht-kommunizierende Röhren“ ist zweckmäßig. Nur so kann eine eigenständige, arbeitsmarktpolitisch sinnvolle Zuwanderungspolitik ohne Beeinträchtigung durch humanitäre und familienpolitische Verpflichtungen verfolgt werden.
- Er führt neben der befristeten Aufenthaltserlaubnis (§7) auch die unbefristete Niederlassungserlaubnis (§ 9) ein. Die Einführung sowohl eines befristeten als auch eines unbefristeten Aufenthaltstitels ist aus sozialpolitischen Gründen vertretbar. Dies ermöglicht es, differenziert auf arbeitsmarktliche Anforderungen zu reagieren, ohne daß die Sozialkassen durch eine größere Zahl arbeitsloser Personen aus dem Ausland überfordert werden.

- Er ersetzt die Bestimmungen der Arbeitsaufenthaltsverordnung durch die allgemeinere Bestimmung, daß einem Ausländer „eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden kann, wenn die Bundesanstalt für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat ...“ (§ 18).
- Er führt ein unbefristetes Niederlassungsrecht für hochqualifizierte Ausländer neu ein (§ 19), um dem internationalen „Wettbewerb der Staaten um die besten Köpfe“ Rechnung zu tragen.
- Er ermöglicht die bedarfsunabhängige Zuwanderung über ein Auswahlverfahren (§ 20).
- Er räumt Ausländern die Möglichkeit ein, sich in Deutschland als Unternehmer zu betätigen (§ 21).

5. Der Gesetzentwurf wird seinem eigenen Zweck nicht gerecht, insbesondere weil er dem Interventionismus von Verwaltungsorganen Tür und Tor öffnet

Die Bundesregierung hat sich mit dem Gesetzesentwurf und der damit verbundenen Abkehr vom Anwerbestopp ausdrücklich vorgenommen, die Arbeitsmärkte für benötigte ausländische Arbeitskräfte zu öffnen und die Zuwanderung zum Zweck der Erwerbstätigkeit zu vereinfachen. Der Entwurf wird dieser Zielsetzung nicht ausreichend gerecht. Bei der Arbeitsmarktbeurteilung sind keine substantiellen Verbesserungen gegenüber der bisherigen Arbeitserlaubnisregelung nach dem SGB III festzustellen. Der Zugang für ausländische Arbeitnehmer zum deutschen Arbeitsmarkt wird weiterhin durch komplexe und restriktiv anwendbare Bestimmungen behindert. Gleichzeitig wird damit das Ziel, einfache und klare rechtliche Regeln für die arbeitsmarktmotivierte Zuwanderung zu schaffen, verfehlt.

Die auch in der allgemeinen Begründung getroffene Feststellung, daß im Interesse Deutschlands die Zuwanderungsbedingungen für Ausländer attraktiv sein müßten (u.a. Begründung, S. 128) findet im Gesetzentwurf keine angemessene Umsetzung: Attraktive Bedingungen schafft man nicht durch ein Gesetz, welches „ein vielschichtiges Instrumentarium“ (Begründung, S. 128) einführt, welches diverse Behörden, einzeln oder in gegenseitiger Absprache, mehr oder weniger willkürlich einsetzen können. Statt dessen ist der Gesetzentwurf durch eine bürokratische Grundtendenz charakterisiert, die auf potentielle ausländische Arbeitnehmer abschreckend wirken muß. Die vielfältigen diskretionären Markteingriffskompetenzen von Verwaltungsbehörden, teilweise sogar unter Mitwirkung von halbstaatlichen Interessenvertretungen, bergen zudem die Gefahr in sich, daß marktwirtschaftliche Anreizstrukturen systematisch außer Kraft gesetzt werden. Der Gesetzentwurf beinhaltet so gut wie keine Ansätze, die arbeitsplatzvernichtende Kartellierung und Überregulierung der Arbeitsmärkte zu verringern. Statt dessen bleibt er, wie

schon die geltende Rechtslage, von protektionistischen Vorstellungen gekennzeichnet.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung versucht, eine Brücke zwischen den verschiedenen Zuwanderungskonzeptionen der einzelnen Parteien zu schlagen. Er besitzt daher notwendigerweise die Züge eines Kompromisses. Gerade für die wirtschaftlich begründete Zuwanderung jedoch liegen die genannten Konzeptionen überaus nahe beieinander, so daß sich die genannten Schwachpunkte des Gesetzentwurfes nicht mit dem Zwang zum Kompromiß entschuldigen lassen.

III. EINZELKRITIK DER REGELUNGEN

Im einzelnen unterliegt der Gesetzentwurf im Bereich der Zuwanderung zu Erwerbszwecken den folgenden Einwänden.

1. Allgemeine Zuwanderungsregelung zum Zweck der Beschäftigung (§ 18)

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung kann erteilt werden, wenn die Bundesanstalt für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat. Gemäß der Erläuterung zu § 18 (Begründung, S. 156) soll der Zustimmung der Bundesanstalt für Arbeit eine ausländerbehördliche Vorprüfung vorgeschaltet sein, die nicht nur die allgemeinen ausländerrechtlichen Voraussetzungen zu prüfen hat, sondern „gegebenenfalls allgemeine Migrationsgesichtspunkte im Rahmen ihres Ermessens zu bewerten“ hat. Nur wenn „die Ausländerbehörde nach den allgemeinen ausländerrechtlichen Erwägungen bereit [ist], eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, hat sie die erforderliche Zustimmung von der Bundesanstalt für Arbeit einzuholen“.

These:

Der Ermessensspielraum der Ausländerbehörde bei der Prüfung „allgemeiner Migrationsgesichtspunkte“ fördert willkürliche und uneinheitliche Entscheidungen.

Die in der Begründung genannte Vorprüfungsregelung ist bedenklich. Mit der Vorprüfung droht die Gefahr eines relativ willkürlich nutzbaren Ermessensspielraums der Ausländerbehörde, die somit eine Zustimmung der Bundesanstalt für Arbeit gar nicht erst erforderlich machen könnte. Daher ist der Wegfall einer Prüfung und Bewertung „allgemeiner Migrationsgesichtspunkte im Rahmen des Ermessens der Ausländerbehörde“ zu fordern.

Forderung:

→ Auf die Prüfung und Bewertung allgemeiner Migrationsgesichtspunkte sollte verzichtet werden.

2. Niederlassungserlaubnis für Hochqualifizierte (§ 19)

Hochqualifizierte Ausländer können von Beginn an eine Niederlassungserlaubnis erhalten, wenn die Bundesanstalt für Arbeit zugestimmt hat und die Integration in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland ohne staatliche Hilfen erwartet werden kann. Zu letzterem soll die Ausländerbehörde vor Erteilung der Niederlassungserlaubnis eine Prognoseentscheidung über die Integrationsfähigkeit des Ausländers treffen (Begründung, S. 157).

These:

Die Regelung zur Anziehung hochqualifizierter Spitzenkräfte ist unnötig restriktiv und willkürlich.

Die Feststellung im allgemeinen Teil der Begründung zu § 19, daß „[h]ochqualifizierte Spitzenkräfte [...] ohne Arbeitsmarktprüfung zum Arbeitsmarkt zugelassen“ (S. 129) würden, widerspricht dem Gesetzestext, demzufolge auch bei Hochqualifizierten die Bundesanstalt für Arbeit zustimmen muß (§ 19; ebenso Begründung S. 157), es sei denn, daß eine Rechtsverordnung oder eine zwischenstaatliche Vereinbarung dieses Zustimmungserfordernis aufheben. Kriterien für die Prüfung durch die Bundesanstalt für Arbeit nennt weder der Gesetzentwurf noch die Begründung. Der im allgemeinen Teil der Begründung des Gesetzentwurfes enthaltene Auffassung ist zuzustimmen: Nicht zuletzt aufgrund der zu erwartenden positiven arbeitsplatzschaffenden Komplementäreffekte von hochqualifizierten Spitzenkräften kann von einer Arbeitsmarktprüfung abgesehen werden. Das Gesetz sollte entsprechend formuliert werden.

Die Prognoseentscheidung der Ausländerbehörde über die Integrationsfähigkeit dieser Personen ist in der Realität ex-ante nicht sinnvoll durchzuführen. Sie kann von der Ausländerbehörde entweder gar nicht oder nur sehr willkürlich und ohne vertiefte Abklärung erstellt werden. Deshalb und da Hochqualifizierte über ein Bildungsniveau verfügen, das die Integration unproblematisch erscheinen läßt, sollte auf die Prognoseentscheidung verzichtet werden.

Forderungen:

- Bei Hochqualifizierten sollte auf die Zustimmung der Bundesanstalt für Arbeit verzichtet werden.
- Bei Hochqualifizierten sollte auf die Prognoseentscheidung der Ausländerbehörde über die Integrationsfähigkeit verzichtet werden.

3. Zuwanderung im Auswahlverfahren (§ 20)

Erstmals soll in Deutschland Zuwanderung durch ein Auswahlverfahren möglich sein, um eine bestimmte Zahl qualifizierter Erwerbsspersonen unabhängig von einem konkreten Arbeitsplatzangebot und allein ausgerichtet an den wirtschaftlichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland dauerhaft nach Deutschland zu holen (Begründung, S. 159).

Voraussetzung ist, daß die Bundesanstalt für Arbeit und das neu zu schaffende Bundesamt für Migration und Flüchtlinge einvernehmlich ein Kontingent festlegen. Ausländer, die sich für das Auswahlverfahren beworben haben, werden nach einem Punktesystem bewertet. Punkte gibt es für Alter, Ausbildung, Familienstand, Sprachkenntnisse, Beziehungen zur Bundesrepublik Deutschland und Herkunftsland. Diejenigen Bewerber, die die meisten Punkte erlangen, erhalten eine Niederlassungserlaubnis.

These:

Die Regelung des Auswahlverfahrens verkennt die Realität, ist zu kompliziert und von der Willkür deutscher Verwaltungsorgane abhängig.

Der Entwurf geht davon aus, daß Deutschland aus sich heraus ein überaus attraktives Einwanderungsland sei. Das ist jedoch nicht der Fall. Jahr für Jahr wandern sogar etwa 100.000 Deutsche aus Deutschland aus⁶, nicht zuletzt weil ihnen in anderen Ländern bessere berufliche Chancen geboten werden.

Das Verfahren nach § 20 vermag an der fehlenden Attraktivität Deutschlands für qualifizierte Erwerbspersonen nichts zu ändern. Im Gegenteil: Die bestehende Gefahr eines bürokratischen und langwierigen Verfahrens könnte zusätzlich abschreckend wirken. Dadurch kann das Ziel des Entwurfs – eine vermehrte Zuwanderung qualifizierter Erwerbspersonen – nicht wie gewünscht erreicht werden.

Hinzu kommt die Rechtsunsicherheit, ob überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang Niederlassungserlaubnisse erteilt werden: Dies ist von der willkürlichen Ad-hoc-Entscheidung zweier deutscher Behörden abhängig. Zwar ist eine Quotierung der Zuwanderung im Auswahlverfahren rechtfertigbar, da die Zuwanderer keinen konkreten Arbeitsplatz nachweisen müssen. Allerdings sollte die Festlegung nicht auf Behördenebene erfolgen.

Zu beachten ist dabei, daß es nicht im Interesse der deutschen Arbeitslosigkeit verwaltenden Bundesanstalt für Arbeit liegt, daß ausländische Arbeitnehmer über ein Auswahlverfahren ohne Nachweispflicht eines deutschen Arbeitsplatzes zuwandern können. Auch ist keine Auffangregelung für den Fall vorgesehen, daß sich beide Behörden nicht auf eine Quote verständigen. Daher sollte das Gesetz wenigstens eine Mindestquote vorsehen.

Angesichts der ökonomischen Zielrichtung dieser Vorschrift ist die Auswahl der Kriterien fragwürdig. So ist das Kriterium „Familienstand“ ökonomisch nicht nachvollziehbar und sollte daher keinen Einfluß auf das Auswahlverfahren ausüben. Das Kriterium „Herkunftsland“ trägt die Gefahr einer aufgrund der Nationalität erfolgenden Diskriminierung in sich, die ökonomisch ebenfalls nicht zu rechtfertigen ist. Allenfalls im Hinblick auf die anstehende Osterweiterung mag eine sol-

che Ungleichbehandlung – als Vorstufe zur zukünftigen Freizügigkeit – hinnehmbar sein.

Auch muß gefragt werden, welchen Sinn die genannte Zuwanderungsregelung als Bestandteil eines Gesetzes, das am 1. Januar 2003 in Kraft treten soll, hat, wenn gemäß Absichtserklärung des Bundesministeriums des Innern diese Vorschrift frühestens ab 2010 angewandt werden und allenfalls für eine „sehr begrenzte Anzahl von Zuwanderern“ offenstehen soll.⁷

Forderungen:

- ➔ Die Festlegung der Quote für die Zuwanderung im Auswahlverfahren sollte nicht auf Behördenebene erfolgen.
- ➔ Das Gesetz sollte eine Mindestquote für die Zuwanderung im Auswahlverfahren vorsehen.
- ➔ Das Kriterium „Familienstand“ sollte keine Rolle im Auswahlverfahren spielen.
- ➔ Zuwanderung im Auswahlverfahren sollte von Anfang und nicht erst ab dem Jahr 2010 ermöglicht werden.

4. Zuwanderung ausländischer Selbständiger (§ 21)

Der Gesetzentwurf bezweckt neben der Anziehung von hochqualifizierten Ausländern (§§19, 20) auch die Anziehung dynamischer ausländischer Unternehmer, die sich in Deutschland niederlassen sollen (§ 21). Ein solcher erhält dann eine Aufenthaltserlaubnis, wenn ein wirtschaftliches Interesse oder ein besonderes regionales Bedürfnis besteht, positive Auswirkungen auf die Wirtschaft zu erwarten sind und die Finanzierung der Umsetzung gesichert ist (§ 21 I 1). Besonderes Augenmerk ist dabei im Rahmen einer Prognoseentscheidung der Ausländerbehörde u.a. auf die Tragfähigkeit der Geschäftsidee, die unternehmerischen Erfahrungen, die Höhe des Kapitaleinsatzes, die Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und Ausbildungssituation sowie auf die Relevanz für Forschung und Innovation zu lenken (§ 21 I 2).

Bei der Prüfung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, sind die fachkundigen Körperschaften, die Gewerbebehörden, die öffentlich-rechtlichen Berufsvertretungen und die für die Berufszulassung zuständigen Behörden zu beteiligen (§ 21 I 3). Die Aufenthaltserlaubnis wird zunächst auf längstens drei Jahre befristet; sie wird nach drei Jahren in eine Niederlassungserlaubnis umgewandelt, wenn der Ausländer die geplante Tätigkeit erfolgreich verwirklicht hat und der Lebensunterhalt gesichert ist (§ 21 IV).

These 1:

Die Voraussetzungen für die Aufenthaltserlaubnis ausländischer Selbständiger (§ 21 I 1, 2) lassen willkürliche Verwaltungsentscheidungen erwarten.

⁶ Vgl. Lederer/Rau/Rühl (1999), Migrationsbericht 1999, Bamberg, S. 42f.

⁷ Bundesministerium des Innern (2001), Information zum Entwurf des Zuwanderungsgesetzes und Stellungnahme zu einzelnen Kritikpunkten, Pressemitteilung des Bundesministeriums des Innern vom 7. September 2001, Berlin.

Die Anforderungen an die Zuwanderung ausländischer Unternehmer lassen unerwünschte planwirtschaftliche Elemente vermuten. Sie bedeuten einen breiten Spielraum für willkürliche Entscheidungen und führen so zu einer uneinheitlichen Verwaltungspraxis.

Die Mehrzahl der generellen Voraussetzungen einer Aufenthaltserlaubnis nach § 21 I 1 ist überflüssig oder nicht sinnvoll anwendbar. Ökonomisch wie rechtlich belastbar ist allein die Voraussetzung, daß die Finanzierung des Vorhabens gesichert sein muß. Dagegen läßt es sich grundsätzlich nicht vorab sagen, ob die Gründung eines Unternehmens positive Auswirkungen auf die Wirtschaft nach sich zieht - gleichgültig, was auch immer man als positive Auswirkung definieren mag. Und was als wirtschaftliches Interesse oder regionales Bedürfnis angesehen wird, kommt immer auf den Betrachter an (Konsument, Konkurrent, Zulieferer usw.).

Gleiches gilt für die korrespondierenden Beurteilungskriterien, die bei der Prognoseentscheidung der Ausländerbehörde beachtet werden müssen (§ 21 I 2). Beleg dafür, daß eine Geschäftsidee trügfähig zu sein verspricht und nicht nur vorgebracht wird, um sich eine Aufenthaltserlaubnis zu erschleichen, ist bereits der Umstand, daß das Vorhaben von Investoren und Kreditgebern finanziert wird, daß also die Finanzierung gesichert ist. Denn das zeigt, daß der Markt in die Chancen einer Geschäftsidee vertraut. Auch das Kriterium der unternehmerischen Erfahrungen ist angesichts des ohnehin erforderlichen Finanzierungsnachweises überflüssig und behindert zudem neue Existenzgründungen. Die übrigen Kriterien, Höhe des Kapitaleinsatzes, Auswirkungen auf die Beschäftigung sowie Relevanz für Forschung und Innovation, reflektieren den Versuch einer planwirtschaftlichen normativen Wertung, die angesichts komplexer dynamischer Marktmechanismen letztlich zum Scheitern verurteilt ist.⁸

Im übrigen muß bezweifelt werden, daß die Ausländerbehörde, die die Entscheidung nach dem Gesetzentwurf zu treffen hätte, die erforderliche Kompetenz in Wirtschaftsfragen besitzt.

Aus diesen Gründen sollte die Aufenthaltserlaubnis für einen ausländischen Unternehmer allein davon abhängig gemacht werden, daß die Finanzierung gesichert ist (und – natürlich – das Vorhaben nicht gegen deutsche Gesetze verstößt).

These 2:

Der „Bock-zum-Gärtner“-Vorbehalt für die Aufenthaltserlaubnis ausländischer Unternehmer (§ 21 I 3) übersieht die Sonderinteressen deutscher Konkurrenten.

Besonders problematisch ist die Beteiligung von „fachkundigen Körperschaften“ und „öffentlich-rechtlichen Berufsvertretungen“, insbesondere also der Industrie-

und Handelskammern bzw. der Handwerkskammern. Diese Kammern sind Vereinigungen der am Ort bereits ansässigen Unternehmen. Als solche haben sie systematisch ein Interesse daran, zusätzlichen Wettbewerb in ihrer jeweiligen Branche durch in den Markt tretende Unternehmen nicht nur nicht zu fördern, sondern im Gegenteil sogar zu behindern. Die unspezifizierten Formulierungen der Voraussetzungen im Gesetzentwurf geben ihnen dafür einen großen Spielraum. An ihre Stelle sollte daher der bereits vorgeschlagene Finanzierungsnachweis treten.

These 3:

Die Beschränkung der Aufenthaltserlaubnis für ausländische Selbständige auf drei Jahre (§ 21 IV) wirkt abschreckend und ist zudem nicht erforderlich.

Die Befristung der Aufenthaltserlaubnis auf zunächst drei Jahre soll verhindern, daß Ausländer mit ihren neu gegründeten Unternehmen scheitern und sodann als Arbeitnehmer auf den deutschen Arbeitsmarkt drängen oder gar dem Sozialstaat zur Last fallen.

Die vorgesehene Regelung ist nicht sachgerecht. Sie wirkt abschreckend, zumal es in das Ermessen deutscher Verwaltungsbeamter gestellt sein soll, darüber zu entscheiden, wann eine Geschäftsidee als erfolgreich verwirklicht gelten darf. Die Gewinnentwicklung ist jedenfalls keine aussagekräftige Größe, denn in vielen Wirtschaftszweigen – und gerade in den standortpolitisch besonderes attraktiven Zukunftsbranchen – beläuft sich die Anlaufphase im Falle von Unternehmensneugründungen häufig auf mehr als drei Jahre. Willkür bei der Verwaltungsentscheidung ist daher unausweichlich. So schafft man keine Anreize, ausländische Unternehmer nach Deutschland zu holen.

Die Regelung ist allerdings auch nicht nötig. Denn dem mit ihr verfolgten Ziel ließe sich auch dadurch Rechnung tragen, daß der Aufenthalt von vornherein so lange genehmigt wird, wie der Lebensunterhalt *aus der selbständigen Tätigkeit* gesichert ist, also der Ausländer insbesondere der Sozialhilfe nicht zur Last fällt, und daß nach einer Anzahl von Jahren (beispielsweise drei) automatisch eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird, wenn die genannte Bedingung ununterbrochen erfüllt wurde.

Forderungen:

- ➔ Die Aufenthaltserlaubnis ausländischer Selbständiger sollte nur vom gesicherten Finanzierungsnachweis ihres Vorhabens abhängig gemacht werden.
- ➔ Auf die Beteiligung der Industrie- und Handelskammern sollte verzichtet werden.
- ➔ Die Aufenthaltserlaubnis für ausländische Selbständige sollte nicht auf drei Jahre befristet, sondern an die Dauer eines gesicherten Lebensunterhalts aus dieser Tätigkeit gekoppelt werden.

⁸ Hayek (1972), Die Theorie komplexer Phänomene, Tübingen.

5. Allgemeine Bedingungen für die Gewährung eines Aufenthaltstitels mit Erwerbsrecht (§ 39)

§ 39 des Gesetzentwurfs regelt im Bereich der Zuwanderung zu Erwerbszwecken die Zustimmungspflicht der Bundesanstalt für Arbeit zur Ausländerbeschäftigung nach §§ 18, 19, nicht aber nach § 20. (Begründung, S. 129f.). Er bestimmt, daß ein Aufenthaltstitel, der einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, nur mit Zustimmung der Bundesanstalt für Arbeit erteilt werden darf (§ 39 I 1). Für die Gewährung eines Aufenthaltstitels gemäß der Generalvorschrift (§ 18) werden die Anforderungen wie folgt konkretisiert. Nach § 39 II 1 Nr. 1 kann die Zustimmung erteilt werden, wenn

- a) sich durch die Beschäftigung des Ausländers keine nachteiligen Auswirkungen auf den regionalen Arbeitsmarkt ergeben, und
- b) für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind, nicht zur Verfügung stehen.

Als alternative Voraussetzung für die Erteilung der Zustimmung durch die Bundesanstalt für Arbeit sieht der Gesetzentwurf die Möglichkeit vor, daß der Verwaltungsausschuß des Arbeitsamts in Anlehnung an die regionale Arbeitsmarktprüfung (§ 39 II 1 Nr. 1 lit. a) für einzelne Berufsgruppen oder Wirtschaftszweige feststellt, daß die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist (§ 39 II 1 Nr. 2).

Unabhängig von diesen Voraussetzungen muß außerdem gewährleistet sein, daß der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird (§ 39 II 1 letzter Teilsatz).

Voraussetzung für die Zustimmung zu einer Beschäftigung nach § 18, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, ist eine Rechtsverordnung oder eine zwischenstaatliche Vereinbarung (§ 39 IV).

Darüber hinaus kann die Dauer und die berufliche Tätigkeit festgelegt werden sowie eine Beschränkung auf bestimmte Betriebe oder Bezirke erfolgen (§ 39 V).

These 1:

Die Gesamtintention des § 39 zielt auf eine ökonomisch unsinnige Konservierung der starren Überregulierung des deutschen Arbeitsmarktes.

Die Voraussetzungen für den Ausländerzugang zum deutschen Arbeitsmarkt sind wegen ihrer protektionistischen Zielrichtung und ihrer willkürlichen Interpretierbarkeit ordnungspolitisch verfehlt und halten einem ökonomischen Rationalitätstest nicht stand.

Idealtypisch wäre ein weitgehend freier Zugang zum Arbeitsmarkt – also insbesondere auch ein Verzicht auf Arbeitsmarktfolgenprüfung und auf Bedürfnisprüfung – zu fordern. Hält man an einem bedarfsorientierten Steuerungsverfahren für eine Ausländerbeschäftigung fest, so müssen jedoch die Anforderungen hinreichend bestimmt und ökonomisch sinnvoll sein. Dies ist bei keiner der im Gesetzentwurf aufgestellten Teilbedingungen der Fall. Problematisch sind insbesondere die folgenden Punkte.

These 2:

Die Arbeitsmarktfolgenprüfung (§ 39 II 1 Nr. 1 lit. a) ist neben der individuellen Vorrangprüfung (lit. b) ökonomisch sinnlos und öffnet lediglich Spielraum für behördliche Interventionen.

Die Bedingung „keine nachteiligen Auswirkungen auf den regionalen Arbeitsmarkt“ (§ 39 II 1 Nr. 1 lit. a) wird auch im heutigen § 285 I 1 Nr. 1 SGB III aufgestellt. Eine eigenständige Bedeutung dieser Voraussetzung wird bereits zur geltenden Rechtslage bezweifelt.⁹ Wenn ein Arbeitsplatz frei ist und er nicht durch bevorrechtigte Arbeitnehmer i. S. d. § 39 II 1 Nr. 1 lit. b besetzt werden kann, ist nicht nachvollziehbar, wie sich die Beschäftigung von Ausländern nachteilig auf den regionalen Arbeitsmarkt auswirken können soll. Daher ist nicht ersichtlich, mit welchen arbeitsmarktpolitischen Gründen die Bundesanstalt für Arbeit eine Verweigerung ihrer Zustimmung rechtfertigen kann. Eine andere Sichtweise widerspricht dem Vermittlungsgebot des § 35 SGB III und wäre darüber hinaus ökonomisch fragwürdig.

Statt dessen öffnet diese unspezifische Regelung politökonomischer Willkür Tür und Tor und läßt erwarten, daß im Zeitablauf zusätzliche Regulierungen zum Nachteil für den deutschen Arbeitsmarkt geschaffen werden. Sie sollte ersatzlos gestrichen werden.

These 3:

Die individuelle Vorrangprüfung (§ 39 II 1 Nr. 1 lit. b) ist zu bürokratisch und nicht problemgerecht.

Neben der regionalen Arbeitsmarktprüfung hält der Gesetzentwurf an dem individuellen Vorrangprinzip des § 285 I Nr. 2 SGB III fest. Die Bundesanstalt für Arbeit muß danach den Vorrang für deutsche und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer in Bezug auf einen konkreten Arbeitsplatz und seine Besonderheiten prüfen.¹⁰ Das gesamte Verfahren der Arbeitsmarktprüfung wird von Arbeitsvermittlern durchgeführt, die der Arbeitsvermittlung entzogen und statt dessen auf kontraproduktive Weise im Arbeitsamt gebunden werden. Hier sollte es genügen, daß eine freie Stelle dem Arbeitsamt gemeldet war und von diesem nicht innerhalb von sechs Monaten zuverlässig besetzt werden konnte. In die gleiche Richtung geht auch der Vorschlag der Europäischen Kommission.¹¹ Hiernach soll dem Vorrang von EU-Bürgern dadurch Rechnung getragen werden, daß offene Arbeitsstellen innerhalb einer bestimmten Frist über Arbeitsvermittlungsdienste mehrerer Mitgliedstaaten (z.B. das Europäische Elektronische System der Arbeitsvermittlung, kurz:

⁹ Vgl. Düe, in: Niesel, SGB III, § 285, Rn. 3.

¹⁰ Vgl. BSG v. 17.7.1980 – 7 RAr 20/79 – SozR 4210 § 2 Nr. 9; BSG v. 22.7.1982 – 7 RAr /92/81 – SozR 4100 § 19 Nr. 17.

¹¹ Vgl. Europäische Kommission (2000), Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über eine Migrationspolitik der Gemeinschaft vom 22.11.2000, KOM (2000) 757 endg.

Arbeitsvermittlung, kurz: EURES-Netz) angeboten wurden und kein geeigneter EU-Bürger gefunden wurde.

These 4:

Die Einbeziehung der Verwaltungsausschüsse des Arbeitsamtes (§ 39 II 1 Nr. 2) ist aus politökonomischer Sicht verfehlt.

Anstelle der allgemeinen Arbeitsmarkt- und Vorrangprüfung kann nach § 39 II 1 Nr. 2 des Entwurfs auch der Verwaltungsausschuß des Arbeitsamtes (besetzt mit Vertretern der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer und der Kommunalbehörde, §§ 378 ff. SGB III) im Rahmen einer berufsgruppen- oder branchenspezifischen Arbeitsmarktprüfung feststellen, daß die Besetzung offener Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist. Die Kompetenz auf den Verwaltungsausschuß zu übertragen erstaunt. Richtlinien und Maßstäbe für diese allgemeinpolitische Entscheidung sind nicht vorgegeben. Ob eine solche Feststellung durch den Verwaltungsausschuß sachgerecht erfolgen kann, erscheint zweifelhaft, wenn man sich die Zusammensetzung des Verwaltungsausschusses vor Augen führt. Sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite werden die Vertreter von den Tarifpartnern gestellt. Diese könnten die Entscheidung über die Verantwortbarkeit zum Anlaß nehmen, ihre Eigeninteressen ohne Rücksicht auf die tatsächlich bestehende Arbeitsmarktlage durchzusetzen. Zwar stellt diese Regelung prima facie eine Vereinfachung und Erweiterung des Arbeitsmarktzugangs für ausländische Arbeitnehmer für die Fälle dar, in denen der Verwaltungsausschuß zu einem die Zuwanderung befürwortenden Ergebnis kommt, da dann keine individuelle Arbeitsmarkt- und Vorrangprüfung mehr erforderlich ist (Begründung S. 183f.) Ist aber nach Ansicht des Verwaltungsausschusses eine Besetzung offener Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch nicht verantwortbar, so wird die Bundesanstalt für Arbeit diese Entscheidung als einen maßgeblichen Gesichtspunkt bei ihrer Ermessensausübung im Rahmen der Einzelfallprüfungen berücksichtigen. Der Einbezug der Verwaltungsausschüsse des Arbeitsamtes sollte in der Gesamtschau daher ersatzlos gestrichen werden.

These 5:

Das Unterbietungsverbot für ausländische Beschäftigte (§ 39 II 1, letzter Teilsatz) stützt die Arbeitsmarktkartelle und ist daher arbeitsmarktpolitisch kontraproduktiv.

Arbeitsmarktpolitisch besonders problematisch ist die Voraussetzung, daß ausländische Arbeitnehmer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare inländische Arbeitnehmer beschäftigt werden dürfen. Mit dieser Formulierung wird die Zuwanderung unnötigerweise in das Korsett starrer planwirtschaftlicher Arbeitsmarktregulierung gezwängt. Zweck dieser Regelung ist es vor allem, das Lohnniveau deutscher Arbeit-

nehmer vor Unterbietungskonkurrenz aus dem Ausland zu schützen. Die Anforderung ist wirtschaftspolitisch kontraproduktiv und rechtlich nur mit Willkür anwendbar.

Zwar ist der Begriff des Lohndumping, der noch in der Begründung zum ersten Entwurf enthalten war, nunmehr entfallen. Indessen hat sich inhaltlich nichts geändert. Das vorgesehene Unterbietungsverbot verhindert auch weiterhin, daß zum Beispiel die Deutsche Lufthansa AG einen ausländischen Piloten zu demjenigen Lohn einstellen kann, der galt, bevor die Pilotenvereinigung Cockpit im Sommer etwa 30-prozentige Lohnerhöhungen durchsetzte.

Es ist der Wesensgehalt der Marktwirtschaft, daß die Preise, wenn sie sich im Wettbewerb bilden können, Angebot und Nachfrage zum Ausgleich bringen. Was für Gütermärkte und beliebige andere Märkte gilt, gilt auch für den Arbeitsmarkt. Voraussetzung ist freilich, daß der Preis (hier: der Lohn) sich im Wettbewerb bilden kann und nicht durch mächtige Verbände oder gar hoheitlich durch den Staat festgesetzt wird.¹²

Die Arbeitsmarktkartelle von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften verhindern durch ihre Tarifvereinbarungen einen wirksamen Rückgang der Arbeitslosigkeit. Der Staat trägt nicht zur Lösung des Problems bei, wenn er hoheitlich Unterbietungskonkurrenz aus dem Ausland untersagt.

Die Politik sollte im Gegenteil offen zum Ausdruck bringen und in politische Handlung umsetzen, was durch alle Parteien hinter vorgehaltener Hand zugegeben wird: daß die Vermachtung der Arbeitsmärkte wesentliches Hindernis bei der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist.¹³

Daneben ist der Unterbietungsschutz rechtlich nur schwer handhabbar, weil das Gesetz nicht nur auf Entgelte zielt, sondern sich auf „Arbeitsbedingungen“ insgesamt bezieht (vgl. § 39 II 3) – also auch Arbeitszeit und sonstige Arbeitsbedingungen wie etwa die betriebliche Altersversorgung. Für diese können jedenfalls bei befristetem Aufenthalt Sonderbedingungen für Ausländer sinnvoll sein. Nach geltender Rechtslage ist ein vollständiger Katalog, welche Arbeitsbedingungen in den Vergleich einzubeziehen sind, nicht herausgearbeitet.¹⁴ Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Darüber hinaus bleibt unklar, wie diese einzelnen Arbeitsbedingungen zueinander in Beziehung gesetzt werden sollen. In welchem Verhältnis steht eine überdurchschnittliche Entgeltbedingung zu einer unterdurchschnittlichen Kündigungsfrist? Sollen Äpfel mit Birnen

¹² Vgl. Berthold (2000), Mehr Beschäftigung: Sisyphusarbeit gegen Tarifpartner und Staat, Bad Homburg.

¹³ Vgl. Berthold/Fehn (1996), The Positive Economics of Unemployment and Labor Market Inflexibility, *Kyklos* 49 (4), S. 583-613.

¹⁴ Vgl. nur die nicht abschließenden Aufzählungen bei Bieback, in: Gagel, SGB III, § 285, Rn. 37 oder Düe, in: Niesel, SGB III, § 285, Rn. 13.

verglichen werden? Ein rational nachvollziehbares Konzept fehlt.

Auch ist der Bezugspunkt des Vergleiches nicht hinreichend definiert: Sind die tariflichen Arbeitsbedingungen gemeint oder die betriebsüblichen oder die ortsüblichen oder die regionalen? Insofern wird ein Folgeproblem nach dem anderen aufgeworfen.

These 6:

Das grundsätzliche Zustimmungsverbot zu Beschäftigungen, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen (§ 39 IV), ist ökonomisch verfehlt und überflüssig.

Durch die Regelung, daß die Zustimmung zu Beschäftigungen, die keine qualifizierte Berufsausbildung erfordern, nur aufgrund einer Rechtsverordnung oder zwischenstaatlichen Vereinbarung erteilt werden darf, wird der auch in Arbeitsmarktsegmenten mit niedrigen Qualifikationserfordernissen feststellbare Arbeitskräftemangel zusätzlich verschärft. Die planwirtschaftliche Feststellung durch den Staat, ob und wann ein Bedarf an niedrig qualifizierten ausländischen Beschäftigten besteht, beeinträchtigt die eigenverantwortlichen Möglichkeiten von Unternehmen, ihren ausländischen Arbeitskräftebedarf in diesem Qualifikationssegment zu decken, und schädigt so die Volkswirtschaft insgesamt.

Angesichts der restriktiven individuellen Vorrangprüfung nach § 39 II 1 Nr. 1 lit. b ist diese Regelung überdies auch rechtssystematisch nicht nachvollziehbar. Denn bereits die Vorrangprüfung bietet deutschen Arbeitlosen umfassenden Schutz. Die Verschärfung des § 39 IV hilft deshalb niemandem, schädigt aber bestimmte Segmente der Volkswirtschaft. § 39 IV sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

These 7:

Die Möglichkeit der Bundesanstalt für Arbeit, die Zustimmung zur Arbeitserlaubnis auf bestimmte Betriebe zu begrenzen (§ 39 V), ist verfassungsrechtlich bedenklich.

Nach § 39 V des Entwurfes, der dem § 285 V SGB III entspricht, kann die Bundesanstalt für Arbeit die Zustimmung auf einen bestimmten Betrieb begrenzen. Dies stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken. Dem ausländischen Arbeitnehmer wird ein konkreter Arbeitsplatz zugewiesen; ein Arbeitsplatzwechsel scheidet aus. Damit wird der Arbeitnehmer an einen bestimmten Betrieb „gekettet“ und weitgehend dem Arbeitgeber ausgeliefert, was der sozialstaatlichen Verpflichtung zum Schutz abhängig Beschäftigter widerspricht.¹⁵ Die Vorschrift sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

Forderungen:

→ Langfristig anzustreben ist ein für Ausländer mög-

lichst ungehinderter Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt.

- Die Arbeitsmarktfolgenprüfung sollte aufgrund ihres ökonomischen Widersinns ersatzlos gestrichen werden.
- Die individuelle Vorrangprüfung sollte durch ein zeitbezogenes Prüfungsverfahren substituiert werden.
- Auf die Einbeziehung der Verwaltungsausschüsse des Arbeitsamtes sollte verzichtet werden.
- Das Unterbietungsverbot ist aufgrund seiner gesamtwirtschaftlich schädlichen Wirkung und der mit ihm verbundenen Willkür zu streichen.
- Das Regelverbot der Beschäftigung von Ausländern ohne qualifizierte Ausbildung ist zu streichen.
- Die Möglichkeit der Beschränkung der Arbeitserlaubnis auf einzelne Betriebe sollte ersatzlos gestrichen werden.

6. Verbot der Beschäftigung ausländischer Leiharbeitnehmer (§ 40 I Nr. 2)

Die Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung nach § 39 darf nicht erteilt werden, wenn der ausländische Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer (gem. § 1 Abs. 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes) tätig werden will.

These:

Für das Arbeitsverbot für ausländische Leiharbeitnehmer gibt es keine Rechtfertigung.

Ein Sachgrund für das Arbeitsverbot des Ausländers als Leiharbeitnehmer (i.S.d. § 1 I AÜG) ist nicht ersichtlich. Gerade die Leiharbeit ermöglicht einen flexiblen und schnellen Ausgleich bei einem Arbeitskräftemangel. Warum der Arbeitgeber seinen Personalbedarf nur mit deutschen Leiharbeitnehmern decken soll, ist nicht einzusehen. Daß mit diesem Verbot eine Stabilität und Überwachung des Arbeitsmarktes erreicht werden soll¹⁶, ist keine Rechtfertigung für einen Inländervorbehalt. Auch eine größere Schutzbedürftigkeit ausländischer Arbeitnehmer vor illegalen Praktiken bei gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung¹⁷ ist kein hinreichender Grund. Dieser Frage läßt sich nicht dadurch Rechnung tragen, daß man Ausländern die Beschäftigung im Inland ganz versagt. Im übrigen stellt das AÜG mit der Erlaubnispflicht der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 AÜG) und der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Arbeit (§ 17 AÜG) ausreichende Instrumente zum Schutz der Leiharbeitnehmer zur Verfügung.

Ungeachtet dessen wird das schwierige Rechtsproblem der Abgrenzung der Leiharbeit von Werk- und Dienst-

¹⁵ Vgl. hierzu Tomuschat, DÖV 1974, 757, 763; ders., NJW 1980, 1073, 1077.

¹⁶ Hierzu Sandmann/Marschall, AÜG, Art. 1 § 15 Anm. 10.

¹⁷ Hierzu Sandmann/Marschall, AÜG, Art. 1 § 15 Anm. 10.

verträgen auf dem Rücken des ausländischen Arbeitnehmers ausgetragen. Der ausländische Programmierer, der von seinem Arbeitgeber bei einem Drittunternehmen beschäftigt wird, kann nicht beurteilen, ob seine Tätigkeit dort Leiharbeit ist oder nicht. Das Arbeitsverbot für ausländische Leiharbeitnehmer sollte daher gestrichen werden.

Forderung:

- Das Arbeitsverbot für ausländische Leiharbeitnehmer sollte ersatzlos gestrichen werden.

7. Widerruf (§ 41)

Der Aufenthaltstitel kann gegenüber einem Ausländer widerrufen werden, wenn der Arbeitsvertrag gegen das Unterbietungsverbot des § 39 II verstößt, also der Ausländer zu ungünstigeren Bedingungen beschäftigt wird als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer.

These:

Der Sanktionsmechanismus bei Verstößen gegen das Unterbietungsverbot trifft den Schwächsten und ist schon deshalb verfehlt.

Das Folgerisiko eines Verstoßes gegen das Unterbietungsverbot trägt der Ausländer, obwohl er die Unterbietung nicht steuern kann, im Regelfall nicht einmal weiß, welchen Arbeitsbedingungen vergleichbare inländische Arbeitnehmer unterliegen. Auch eröffnet die Möglichkeit zum Widerruf dem Arbeitgeber die Möglichkeit, durch eine unterbliebene Anpassung der Arbeitsbedingungen sich des bei ihm beschäftigten Ausländers elegant zu entledigen. Aus diesen Gründen kann man allenfalls dem Arbeitgeber verbieten, ausländische Arbeitnehmer zu für ihn günstigeren Bedingungen zu beschäftigen. Rechtsfolge eines Verstoßes sollte daher keinesfalls eine Sanktion zu Lasten des Arbeitnehmers, sondern wenn, dann allenfalls eine solche zu Lasten des Arbeitgebers sein.

Insofern stellt sich noch eine Folgefrage: Bei Erteilung der Zustimmung kommt es sicher auf die *vereinbarten* Arbeitsbedingungen an. Offen bleibt, was geschieht, wenn diese nicht eingehalten werden. Führt etwa die konsequent vertragswidrige Mehrarbeit zur Widerruflichkeit des Aufenthaltstitels?

Forderung:

- Der Sanktionsmechanismus bei Verstößen gegen das Unterbietungsverbot sollte sich gegen den Arbeitgeber und nicht gegen den ausländischen Beschäftigten richten.

8. Verordnungsermächtigung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (§ 42)

Gemäß § 42 I Nr. 2, 1. Teilsatz kann das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung durch Rechtsverordnung die Voraussetzungen und das Verfahren für die Erteilung der Zustimmung zum Arbeitsmarktzugang für Ausländer bestimmen. Dabei kann nach § 42 I Nr. 2, 2. Teilsatz das Ministerium durch Rechtsverordnung auch das Regelverfahren zur Vorrangprüfung (§ 39 II 1 Nr. 1 lit. b) durch ein alternatives Verfahren ersetzen.

These:

Die „Hintertür-Regelungen“ zur Begrenzung des Arbeitsmarktzuganges verstoßen gegen das Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes.

Durch die Möglichkeit, per Rechtsverordnung die Voraussetzungen für den Arbeitsmarktzugang zu bestimmen, kann die Erteilung des Aufenthaltstitels nahezu beliebig erschwert werden. Der Inhalt dieser Voraussetzungen ist im Gesetz nicht einmal angedeutet. Auch die Ausgestaltung des Alternativverfahrens zur Vorrangprüfung wird vollständig in die Disposition des Ordnungsgebers gestellt. Ob solche „Blankoermächtigungen“ mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 I GG vereinbar sind, muß bezweifelt werden. Zwar fordert Art. 80 I 2 GG bei sich schnell ändernden Sachverhalten, unter die auch die Arbeitsmarktlage zu fassen ist, einen geringeren Grad an Bestimmtheit.¹⁸ Dies kann aber nicht bedeuten, daß sich der Gesetzgeber im Hinblick auf die Grundrechtsrelevanz jeglicher Verantwortung entzieht. Im Interesse der Rechtssicherheit der von den Rechtsverordnungen Betroffenen (Arbeitgeber und ausländischer Arbeitnehmer) sind als Minimalanforderung die wesentlichen Kriterien durch Gesetz festzulegen.

Forderung:

- Die Voraussetzungen für die Zustimmung der Bundesanstalt für Arbeit sollten ebenso wie die Möglichkeit eines alternativen Verfahrens zur Vorrangprüfung im Gesetz möglichst präzise spezifiziert werden.

9. Förderung der Integration und Integrationskosten (§§ 43-45)

Die Integration von Ausländern soll durch Integrationskurse gefördert werden. Die Kosten für diese Kurse trägt der Staat, also der Steuerzahler.

¹⁸ Vgl. für den wirtschaftlichen Bereich BVerfG Beschl. v. 12. 11. 1958 – 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/ 57 – BVerfGE 8, 274, 326.

These:

Die Kosten der Integration der ausländischen Erwerbstätigen dürfen nicht dem deutschen Steuerzahler auferlegt werden.

Positiv ist zwar festzuhalten, daß erstmals im Aufenthaltsrecht der Grundsatz der Integration verfolgt wird. Die Teilnahme an den vorgesehenen Integrationskursen ist für die Ausländer jedoch, wie sich aus der Gesetzesformulierung ergibt, kostenlos. Somit erfolgt die Finanzierung zu Lasten der Allgemeinheit. Nach Schätzung der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ beziffern sich die Kosten der Integrationsprogramme auf jährlich mindestens 615 Mio. DM.¹⁹ Der Gesetzentwurf kommt bei identischen Pro-Kopf-Kosten, aber aufgrund geringerer unterstellter Zuwanderungszahlen zu einer etwas niedrigeren Schätzung (Begründung, S. 137f.)

Es gibt keine Gründe, die durch Integrationskurse entstehenden Kosten pauschal jenen aufzuerlegen, die nicht integriert werden müssen, nämlich den deutschen Steuerzahlern. Das gilt insbesondere für Ausländer, die zu Erwerbszwecken zuwandern, also in Deutschland – nicht zuletzt dank der Integrationskurse – unter Umständen auf Dauer ihr Einkommen beziehen. Im Gegenteil sollten, im Wege eines Gebührensystems, die Kursteilnehmer grundsätzlich selbst für die Finanzierung aufkommen.

Im übrigen ist zu erwarten, daß deutsche Arbeitgeber, die an der Beschäftigung eines Ausländers interessiert sind, die Kosten für dessen Integrationskurs analog zu den üblichen Umzugskosten-Vergütungen übernehmen werden, wenn der Ausländer diese Kosten selbst zu tragen hat.

Dem Grundsatz, daß derjenige für die Kosten aufzukommen hat, der auch den unmittelbaren Nutzen hat, ist daher hier Rechnung zu tragen. Von der Gebührenregelung ausgenommen werden sollten lediglich Ausländer, die hinsichtlich der Bestreitung ihres Lebensunterhaltes auf staatliche Unterstützung angewiesen sind.

Forderung:

- Ausländer sollten die von ihnen verursachten Kosten für Integrationskurse über ein Gebührensystem selbst tragen, soweit sie finanziell dazu in der Lage sind.

10. Sonstige Defizite des Gesetzentwurfs im arbeitsmarktpolitischen Bereich

These 1:

Die Belange multinationaler Unternehmen werden nicht berücksichtigt.

Die Belange multinationaler Unternehmen und Konzer-

ne mit deutschen Standorten werden vom Gesetzgeber nicht gesehen. Insbesondere erfährt die bei Führungskräften übliche internationale Entsendung innerhalb desselben Unternehmens oder Konzerns – meist für einen von vornherein begrenzten Zeitraum – im Gesetz keine Berücksichtigung. Wird etwa ein leitender Chrysler-Mitarbeiter von Detroit nach Stuttgart versetzt, um dort zwei Jahre in der Entwicklung zu arbeiten, ist das Erfordernis einer Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung abwegig. Richtig wäre es, derartige Aufenthalte für eine Dauer von bis zu fünf Jahren genehmigungsfrei zu stellen, wie es nach geltender Rechtslage § 9 Nr. 2 ArGV vorsieht.

These 2:

Den Unternehmen wird die Möglichkeit des Rechtsschutzes vorenthalten.

Die Rechtsstellung der Arbeitgeber bleibt ungeregt. Wird dem ausländischen Arbeitnehmer, den der Arbeitgeber beschäftigen möchte, der Aufenthaltstitel versagt oder wird die Wiedererteilung eines solchen verweigert, so muß auch dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt werden, dagegen Rechtsmittel einzulegen.

Dies ist wegen Art. 19 IV GG geboten: Derartige staatliche Entscheidungen stellen einen empfindlichen Eingriff in die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit des Unternehmers dar.²⁰ Ohne Rechtsschutzmöglichkeit würde der Arbeitgeber etwa bei der Nichtverlängerung der Erlaubnis, obwohl er in den ausländischen Arbeitnehmer investiert hat und möglicherweise auf ihn angewiesen ist, gezwungen, das Beschäftigungsverhältnis aufzulösen, ohne dagegen vorgehen zu können.

Forderungen:

- Das Gesetz sollte den Aufenthalt von Führungskräften multinationaler Unternehmen für die Dauer von fünf Jahren genehmigungsfrei stellen.
- Die deutschen Arbeitgeber ausländischer Beschäftigter müssen Rechtsmittel gegen die Verweigerung oder Nichtverlängerung der Zustimmung zur Beschäftigung einlegen können.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Der Gesetzesentwurf bedarf im arbeitsmarktpolitischen Teil der grundlegenden Überarbeitung. Er wird seinen hochgesteckten Zielen nicht gerecht. Die Regelungen sind Ausdruck eines anachronistischen Interventionismus und öffnen damit protektionistischen Ansinnen Tür und Tor.

¹⁹ Unabhängige Kommission „Zuwanderung“ (2001), Zuwanderung gestalten – Integration fördern, Berlin, S. 263.

²⁰ Vgl. zum Schutz der arbeitsrechtlichen Vertrags- und Beschäftigungsfreiheit durch Art. 12 GG, Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 12 Rdz. 123 ff., 133 ff.