

# Juris<sup>®</sup> Die Monatszeitschrift

JM 2 | FEBRUAR  
2019

## Topthema:

**Ist der Handel mit Bitcoins ohne Erlaubnis der BaFin strafbar?**

RA Dr. Mansur Pour Rafsendsjani

## Interview:

**„Arbeitsrecht ist sexy!“ – 125 Jahre Deutscher Arbeitsgerichtsverband**

PräsD ArbGV Dr. Helmut Nause

## In dieser Ausgabe:

**Die GmbH-Gesellschafterliste erneut im Fokus – kommt mit der Gesellschafterlistenverordnung nun die lang ersehnte Transparenzsteigerung?**

RA'in Dr. Nadine Fell

**Das Güterichterverfahren im prozessualen Kontext – sinnvolle Ergänzung oder Fremdkörper?**

RiAG Benedikt Windau

**Öffnen, Fördern & Fordern – Der Referentenentwurf zum neuen Fachkräfteeinwanderungsgesetz**

RA'in Bettina Offer, LL.M.

**Gesetzgeber scheitert erneut am EuGH – was wird aus § 50d Abs. 3 EStG?**

Ass. iur. Enrico Farinato, LL.B.

**JM-Leserbefragung – Ihre Meinung ist gefragt**  
Machen Sie mit unter:  
[www.juris.de/leserbefragung](http://www.juris.de/leserbefragung)



## Öffnen, Fördern & Fordern – Der Referentenentwurf zum neuen Fachkräfteeinwanderungsgesetz

RA'in Bettina Offer, LL.M.

Das Bundeskabinett hat am 19.12.2018 einen Vorschlag für ein Fachkräfteeinwanderungsgesetz zur Erschließung von internationalen Fachkräftpotezialen beschlossen.

Zwar ist dieses als Artikelgesetz nicht der von vielen erhoffte große Wurf eines kompletten Einwanderungsgesetzbuches – die Erwerbsmigration nach Deutschland wird aber dennoch konsequent überarbeitet und an den Bedürfnissen der Bundesrepublik neu ausgerichtet. Als Grundtenor kann man das bereits für die Arbeitsmarktpolitik der letzten Jahre bestimmende und erfolgreiche Motto „Fördern & Fordern“ im Zusammenhang mit einer weiteren Öffnung der Zuwanderung für Fachkräfte wiederfinden. Die Bundesregierung reagiert damit vorrangig auf den seitens der Wirtschaft beklagten, stetig zunehmenden Fachkräftemangel aber auch auf die von den Anhängern der linken Parteien wiederholten Forderungen nach einem Spurwechsel, d.h. einer dauerhaften Bleibeperspektive für sehr gut integrierte Drittstaaten mit Ausreiseverpflichtung. Damit hat der Entwurf das Zeug zu einem ausgewogenen Stück Gesetzgebung in einer großen Koalition und erfährt konsequenterweise auch Kritik sowohl von rechts wie von links.

### A. Grundsätzliches

Der Ton macht ja bekanntlich die Musik. Als deutliches Signal für eine andere Fachkräfteeinwanderungspolitik wird das Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt, das bislang kennzeichnend für das deutsche Zuwanderungsrecht war, in eine Beschäftigungserlaubnis mit Verbotsvorbehalt umgewandelt. In Zukunft gilt also im Ausländerbeschäftigungsrecht, dass für Inhaber eines Aufenthaltstitels jede Form der Erwerbstätigkeit erlaubt ist, so sie nicht in dem erteilten Aufenthaltstitel verboten wird. Gerade in der Übergangszeit wird dies sicher für einige Verwirrung sorgen, wenn das Ausstellungsdatum des Aufenthaltstitels in die Bewertung, zu welcher Erwerbstätigkeit der Titel berechtigt, einzubeziehen ist.

### B. Es gibt sie noch, die guten Dinge!

An den bestehenden und bereits heute ausweislich einer Studie der OECD<sup>1</sup> sehr offenen Vorschriften für die Be-

schäftigung von Fachkräften mit akademischer Ausbildung wird ebenso festgehalten wie an dem Erfordernis der vergleichbaren Arbeitsbedingungen mit den im Inland Beschäftigten. Es bleibt also bei dem Grundsatz, dass ausländische Arbeitskräfte nicht als „billige Alternative“ zu deutschen Fachkräften zugelassen werden dürfen. Im Gegenteil: Das auch in der neuen Entsenderichtlinie festgehaltene Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ bleibt weiterhin zentraler Prüfungsmaßstab für die Fachkräfteeinwanderung. Dagegen wird die schon jetzt in der Praxis nur noch in Ausnahmefällen angewandte Vorrangprüfung als Regel abgeschafft und zur Ausnahmenvorschrift umgewandelt. Dies ist zwar inhaltlich keine Veränderung, aber wichtige politische Kosmetik und sinnvolle Klärung der Rechtsdogmatik.

Überhaupt beinhaltet der Entwurf einiges an juristischem Frühjahrsputz: So werden bspw. die Vorschriften zur Blauen Karte von der Beschäftigungsverordnung in das Aufenthaltsgesetz übertragen und die zentrale Norm für die Erwerbsmigration in § 18 AufenthG neu gefasst und um die Definitionen von Fachkräften mit Berufsausbildung bzw. akademischer Ausbildung ergänzt. Versäumt wurde allerdings, den Begriff der „Entsendung“ ausländerrechtlich zu definieren, sodass es hier bei der bekannten Unschärfe und terminologischen Verwirrung bleibt.

### C. Deutschland wird Einwanderungsland

#### I. Fachkräfte mit beruflicher Ausbildung

Fachkräften mit beruflicher Ausbildung soll der Zugang ermöglicht werden, wenn ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt und eine Vergleichbarkeit der Qualifikationen gegeben ist. Da gerade die Vergleichbarkeit der Qualifikationen in einer Welt, in der die wenigsten Staaten über ein duales Ausbildungssystem verfügen, schwierig ist, sieht der Entwurf die Schaffung einer Clearingstelle für die Anerkennung und zusätzliche Verfah-

1 OECD, „Zuwanderung ausländischer Arbeitskräfte: Deutschland“, 2013, S. 15.

renserleichterungen vor. Es steht zu hoffen, dass hiermit die in der föderalen Struktur Deutschlands begründeten Anerkennungsprobleme, die sich in der Vergangenheit als Hemmschuh erwiesen haben, verringert werden. Vor allem aber sollen Drittausländer bei nur teilweise vorliegender Qualifizierung die noch erforderlichen Bestandteile für eine vollständige Qualifizierung im Inland während der Erwerbstätigkeit innerhalb einer befristeten Zeit nachholen können. Dies wird Arbeitgebern die Möglichkeit eröffnen, im Ausland Fachkräfte anzuwerben, um sie im Inland nachzuqualifizieren und dauerhaft in ihren Betrieb einzugliedern. Diese Vorschrift zielt insbesondere auch auf Unternehmen im Gesundheitsbereich ab, wo man in der Vergangenheit gute Erfahrung mit Pilotprojekten gemacht hat, die Bewerbern eine Beschäftigung als Hilfskraft in der Zeit möglich gemacht haben, in der sie ihre Deutschkenntnisse im Inland auf das erforderliche Niveau gebracht haben.

## **II. Fachkräfte mit berufspraktischer Erfahrung, insbesondere IT-Spezialisten**

Ausländern ohne Berufsqualifikation mit besonderer, mindestens fünfjähriger berufspraktischer Erfahrung in den letzten sieben Jahren soll ebenfalls der Zugang in eine Beschäftigung in Deutschland gewährt werden. Dies bezieht sich vorrangig auf Tätigkeiten im IT-Sektor und führt so letztlich die zwischenzeitlich entfallenen Regelungen zur „IT-Greencard“ wieder ein. Aber auch auf weitere ausgewählte Berufe kann bei festgestelltem Fachkräftemangel die Bundesagentur für Arbeit die Anwendung der Vorschrift ausdehnen. Im Regelfall sollen für diese Gruppe Deutschkenntnisse der Stufe B1 nachzuweisen sein, Ausnahmen sind möglich.

## **III. „The Best and the Brightest“: Potenzialzuwanderung**

Der Entwurf erlaubt bei entsprechender Qualifizierung und Erfüllung weiterer Kriterien (Lebensunterhaltssicherung und je nach Kategorie, bspw. Alter, Deutschkenntnisse, Schulabschluss etc.) die Erteilung eines auf sechs Monate befristeten Aufenthaltstitels zur Studienbewerbung, Ausbildungsplatzsuche oder bei vorhandener beruflicher Qualifizierung sowie – dies ist unverändert – bei vorliegender akademischer Qualifikation – auch zur Arbeitsplatzsuche.

## **IV. „Fördern & Fordern“ oder auch: „Leistung lohnt sich wieder“ – Ein Mini-Spurwechsel für Asylbewerber und Geduldete**

Asylbewerber, deren Identität geklärt ist und die sich keine gravierenden Straftaten haben zuschulden kommen lassen,

sollen trotz Ablehnung des Asylantrags und Ausreisepflichtung eine Ausbildungsduldung erhalten, wenn sie erlaubt eine qualifizierte Berufsausbildung bzw. eine dieser vorgeschaltete Assistenz- oder Helferausbildung aufgenommen haben. Damit will die Bundesregierung sicherstellen, dass Abschiebungen von Auszubildenden, die in den Betrieben dringend gebraucht werden, der Vergangenheit angehören. Wer bereit ist, in Deutschland eine Berufsausbildung erfolgreich zu absolvieren, darf im Anschluss daran für die Erwerbstätigkeit bleiben. Entsprechend sollen auch ausreisepflichtige Ausländer mit ihren Familien weiterhin eine Duldung erhalten, wenn sie seit mindestens 12 Monaten eine Duldung haben und seit 18 Monaten oder länger einer sozialversicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigung nachgehen, die den Lebensunterhalt vollständig sichert. Weitere Voraussetzungen für diesen anspruchsvollen Spurwechsel sind u.a. ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache (B1) und ein regelmäßiger Schulbesuch der Kinder.

## **V. „Brücken bauen in das Ausland“: Infrastrukturmaßnahmen**

Ohne funktionierende Einwanderungsbehörden hilft das beste Fachkräftezuwanderungsgesetz nicht. Gerade in den letzten Monaten wurden weltweit und insbesondere auch aus Zuwanderungsländern wie Indien (IT-Fachkräfte), Philippinen (Pflegepersonal), USA (Ingenieure) und dem Westbalkan extrem lange Wartezeiten im Visumantragsverfahren gemeldet. Ähnlich sieht die Situation auch im Inland aus, wo Wartezeiten von bis zu sechs Monaten auf Terminvereinbarung bei Ausländerbehörden und nächtliche Warteschlangen für Notfalltermine nicht unüblich sind. Entsprechend sieht der Entwurf die Einrichtung von Zentralen Ausländerbehörden (ZAB) in den Bundesländern vor, die für die Koordinierung der Ersterteilung der Aufenthaltstitel an Erwerbsmigranten zuständig sein sollen. Darüber hinaus enthält er ein beschleunigtes Verfahren, in dem Arbeitgebern für eine erhöhte Gebühr ein fester zeitlicher Rahmen für die Antragstellung im Ausland und die Bescheidung in Aussicht gestellt ist. Im Rahmen dieses Verfahrens sollen Prüfaufgaben von den Auslandsvertretungen zu den ZAB's verlagert werden, um die Verfahren erheblich zu beschleunigen, sodass eine Zuwanderung innerhalb von ein bis zwei Monaten möglich wird. Für Praktiker, die tagtäglich mit dem Thema Erwerbsmigration umgehen, sind diese Vorschriften die wichtigsten Elemente des Referentenentwurfes. Es steht zu hoffen, dass sie das Gesetzgebungsverfahren möglichst unbeschadet überstehen.

## **VI. Kleingedrucktes**

Für Gesellschaftsrechtler und M&A-Spezialisten von Interesse ist ein Passus, der die Weitergeltung der Beschäfti-

gungserlaubnis bei Betriebsübergängen anordnet. Damit wird eine rechtssystematische Lücke geschlossen: Bei einem Betriebsübergang bzw. einer Ausgliederung geht das Beschäftigungsverhältnis nach § 613a BGB auf den neuen Arbeitgeber über, die Beschäftigungserlaubnis eines Dritt- ausländers ist aber in vielen Fällen an den ersten Arbeitgeber gebunden. Derzeit ungeklärt ist, ob die Beschäftigung bei dem neuen Arbeitgeber ohne rechtzeitige Umschreibung des Aufenthaltstitels illegal ist oder die Problematik durch analoge Anwendung der Systematik des § 613a BGB zu lösen wäre. In Zeiten, in denen Ausländerbehörden für eine zeitnahe Umschreibung des Titels schlicht nicht zur Verfügung stehen, ein durchaus gravierendes Compliancethema! In dem Referentenentwurf wird nun klargestellt, dass der Aufenthaltstitel entsprechend der bestehenden Rechtssystematik des Arbeitsrechts auch für die Tätigkeit bei dem neuen Arbeitgeber gültig sein soll.

#### D. Fazit: Fachkräfteeinwanderung „Made in Germany“ – Solide Handwerksarbeit 2.0

Es ist kein großer Wurf, weder ein Punktesystem noch ein Einwanderungsgesetzbuch. Aber es ist eine durchdachte, gut abgewogene und konsequente Weiterentwicklung des bereits bestehenden, guten Erwerbsmigrationsrechts, das uns seit Jahren (nahezu unbemerkt) steigende Zuwanderungsraten von ausländischen Fachkräften beschert. Es wirbt um qualifizierte Dritttausländer, um dem bestehenden Fachkräftemangel zu begegnen, und öffnet die Türe einen Spalt für Flüchtlinge, die durch Arbeit und sehr gute Integrationsleistungen zur Entwicklung der Bundesrepublik beitragen wollen und können. Insofern ist das Fachkräfteeinwanderungsgesetz als konsensfähiges „Win-Win“-Gesetz im Ausländerrecht angelegt und es steht zu hoffen, dass der Entwurf ohne allzu große Verluste das Gesetzgebungsverfahren übersteht.

### Rechtliches Gehör im einstweiligen Verfügungsverfahren

BVerfG, Beschl. v. 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17 und 1 BvR 2421/17

RA Jens von der Thüsen, LL.M. (Edinburgh)

#### A. Problemstellung

Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dienen der schnellen Sicherung von Rechtspositionen und der kurz-

fristigen (vorläufigen) Regelung von Rechtsverhältnissen. Ihnen kommt speziell im Presse- und Äußerungsrecht, aber auch im gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht, eine große Praxisrelevanz zu. Im Laufe der Zeit haben sich in der forensischen Praxis (teils regionale) Eigenheiten herausgebildet, die in den letzten Jahren zunehmend in die Kritik geraten sind. Nunmehr hatte das BVerfG in zwei presse- bzw. äußerungsrechtlichen Fällen Gelegenheit, seine Sicht der Dinge kundzutun. Hierbei hat die entscheidende 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG deutlich gemacht, dass einige gerichtliche Herangehensweisen nicht verfassungsgemäß sind. Das BVerfG hat grundlegende Klarstellungen zur Verfahrenspraxis vorgenommen, die aller Voraussicht nach auch über das Presse- und Äußerungsrecht hinaus von erheblicher Relevanz sein werden.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die erste Verfassungsbeschwerde (Az. 1 BvR 1783/17) betraf ein einstweiliges Verfügungsverfahren vor dem LG Köln. Das erkennende Gericht hatte der Antragsgegnerin, einem journalistisch-redaktionellen Recherchenetzwerk, im Wege der einstweiligen Verfügung ohne gerichtliche Anhörung untersagt, bestimmte Äußerungen zu veröffentlichen. Dem Verfügungsantrag war jedoch keine vorprozessuale Abmahnung durch die Antragstellerin vorausgegangen, weil diese eine Abmahnung im konkreten Fall für unzumutbar hielt. Nach Erlass und Zustellung der einstweiligen Verfügung wandte sich die Antragsgegnerin nunmehr als Beschwerdeführerin an das BVerfG und machte Verletzungen ihrer Rechte auf rechtliches Gehör, prozessuale Waffengleichheit und ein faires Verfahren geltend.

Die zweite Verfassungsbeschwerde (Az. 1 BvR 2421/17) betraf ein einstweiliges Verfügungsverfahren zum Abdruck einer Gegendarstellung vor den Hamburger Zivilgerichten. In einem insgesamt von Ende Mai bis Anfang Oktober andauernden Zeitraum hatte der Antragsteller, ein deutscher Fernsehmoderator, wiederholt ein einstweiliges Verfügungsverfahren gegen die Antragsgegnerin, einen Presseverlag, eingeleitet, um die begehrte Gegendarstellung durchzusetzen. Hierbei fehlte es zwar, anders als im Kölner Verfahren, nicht an vorgerichtlicher Kontaktaufnahme mit der Antragsgegnerin. Allerdings legte der Antragsteller die vorgerichtlichen Einlassungen der Antragsgegnerin nicht vor und die angerufenen Gerichte (alle drei Verfügungsanträge waren nach abschlägigen Beschlüssen des Landgerichts über sofortige Beschwerden zum OLG Hamburg gelangt – mit dem dritten Antrag hatte der Antragsteller dort endlich Erfolg) bezogen die

**Dr. Nadine Fell**



Rechtsanwältin

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften folgte zwischen 2013 und 2015 eine Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Herrn Michael Martinek sowie im April 2016 die Dissertation zur GmbH-Gesellschafterliste, welche mit dem Friedrich-Feldbausch-Preis für die besten Dissertationen der Universität des Saarlandes im akademischen Jahr 2016 ausgezeichnet wurde. Nach dem Rechtsreferendariat am LG Frankfurt war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin in internationalen Großkanzleien im Bereich Corporate/M&A beschäftigt. Seit 2018 ist sie als Rechtsanwältin im Bereich Corporate / M&A im Frankfurter Büro der Kanzlei Clifford Chance Deutschland LLP tätig.

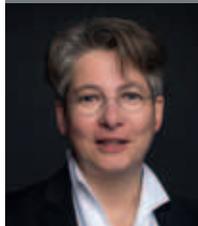
**Benedikt Windau**



Richter am Amtsgericht

Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School und der Cornell University; wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt. Referendariat im Bezirk des OLG Oldenburg. Nach Stationen u.a. bei der Staatsanwaltschaft Oldenburg und dem LG Oldenburg seit 2014 Richter am AG Cloppenburg und dort u.a. mit Zivilsachen, Familiensachen und Güterrichtersachen betraut. Regelmäßige Veröffentlichungen insbesondere zu verfahrensrechtlichen Themen. Betreiber der Seite zpoblog.de.

**Bettina Offer**



Rechtsanwältin

Frau Offer ist Gründungspartnerin der auf Fachkräftezuwanderungsrecht spezialisierten Kanzlei Offer & Mastmann in Frankfurt a.M. und Mitheerausgeberin der derzeit einzigen Kommentierung der Beschäftigungsverordnung. Sie berät mit ihrem Team großvolumige Personaltransferprojekte multinationaler Konzerne ebenso wie mittelständische Unternehmen für die Beschäftigung einzelner ausländischer Fach- und Führungskräfte.

**Enrico Farinato**



Doktorand an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Studium der Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre an der Universität Mannheim; juristischer Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Stuttgart mit Stationen in den Steuerpraxen international tätiger Wirtschaftskanzleien in Stuttgart und München. Seit 2018 Doktorand an der LMU.

**Dr. Mansur Pour Rafsendjani**



Rechtsanwalt

Dr. Mansur Pour Rafsendjani ist Rechtsanwalt und Partner der Noerr LLP in München und seit mehr als 20 Jahren in der internationalen Rechtsberatung tätig. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten gehören die Gestaltung internationaler Verträge sowie die gerichtliche Vertretung in den Bereichen des Handels- und Vertriebsrechts und der Logistik. Seine Expertise umfasst zudem das Business Process Outsourcing und Leasing. Als Mitglied der Digital Business Group befasst er sich auch intensiv mit Rechtsfragen der Digitalisierung der Supply Chain unter Berücksichtigung von Cloud Computing-Konzepten, Online-Vertrieb und Online-Plattform-Verträgen.

**IMPRESSUM**

**Herausgeber:** Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel  
Vors. Richter am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München  
Vizepräsident des LG Holger Radke, Karlsruhe  
Prof. Dr. Stephan Weth, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

**Expertengremium:** Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, St. Ingbert  
Vizepräsident des LAG a.D. Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln  
Richter am BVerwG a.D. Prof. Dr. Harald Dörig, Erfurt  
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viefhues, Oberhausen

**Redaktion:** Ass. iur. Daniel Schumacher

**Medieninhaber und Verlag:** juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, Gutenbergstraße 23, 66117 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jM@juris.de  
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzender: Ministerialdirigent Dr. Matthias Korte

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesendet werden. Mit Annahme der Veröffentlichung erwirbt der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht, insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen sowie das Recht zu deren Vervielfältigung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die Leitsätze der Gerichtsentscheidungen, soweit sie vom Autor bearbeitet wurden. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Eine Reproduktion oder Übertragung in maschinenlesbare Sprache ist – außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes – nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlags gestattet.

**Erscheinungsweise:** 11 Ausgaben jährlich, davon ein Doppelheft (Juli/August), sowie als Beilage zum Anwaltsblatt

**Bezugspreis:** Im Jahresabonnement 180,- € zuzüglich Versandkosten incl. Online-Zugang unter juris.de  
Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht sechs Wochen vor Jahresende gekündigt wird.

**Bestellungen:** Über jede Buchhandlung und beim Verlag

**Satz:** Datagroup Int., Timisoara

**Druck:** L.N. Schaffrath GmbH & Co. KG Druck Medien, Marktweg 42-50, 47608 Geldern

**ISSN:** 2197-5345  
6. Jahrgang