

Sarah Progin-Theuerkauf

Unternehmensinterne Transfers in der EU

Eine neue Form der Mobilität für Drittstaatsangehörige

Im Jahr 2014 hat die Europäische Union (EU) eine neue Richtlinie zur Erleichterung unternehmensinterner Transfers von Arbeitnehmern aus Drittstaaten erlassen. Diese muss bis Ende 2016 von den Mitgliedstaaten in ihr Recht umgesetzt werden. Die Richtlinie richtet eine temporäre, innereuropäische Mobilität für transferierte Drittstaatsangehörige ein und soll die EU international wettbewerbsfähiger machen. Der Beitrag erläutert den Regelungsgehalt und die Tragweite der Richtlinie im Kontext des europäischen Migrationsrechts und stellt die Frage, ob und wie weit sich die Schweiz von diesem Instrument inspirieren lassen könnte.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Ausländer- und Asylrecht; Europarecht und Internationales Recht

Zitiervorschlag: Sarah Progin-Theuerkauf, Unternehmensinterne Transfers in der EU, in: Jusletter 14. März 2016

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Hintergrund
 - 1. Politische Entwicklung
 - 2. Sekundärrechtsakte im Bereich der legalen Migration von Drittstaatsangehörigen
- III. Struktur und Anwendungsbereich der ICT-Richtlinie
- IV. Zulassungsbedingungen und Ablehnungsgründe
- V. Verfahren
- VI. Rechtsstatus und Mobilität unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer
- VII. Mehrwert der Richtlinie
- VIII. Rechtslage in der Schweiz
- IX. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Die fortschreitende Globalisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten führt dazu, dass international tätige Unternehmen von ihren Arbeitskräften eine hohe Mobilität verlangen und sie vermehrt – meist für nur kurze Zeit – konzernintern in verschiedenen Staaten der Welt einsetzen. Nach der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) haben unternehmensinterne Transfers in den OECD-Staaten seit 2007 um 25% zugenommen.¹ Die sechs attraktivsten Länder waren dabei die USA, Grossbritannien, Kanada, Australien, Deutschland und Japan.²

[Rz 2] Unternehmensinterne Transfers werden durch komplexe und oftmals unflexible nationale Einwanderungsregelungen, Bestimmungen über Visa und Arbeitsbewilligungen und Regeln über den Familiennachzug erschwert.³

[Rz 3] Auch die Europäische Union (EU) ist darauf aufmerksam geworden, dass die rechtliche Erleichterung unternehmensinterner Transfers von Arbeitnehmern ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates⁴ innerhalb der Union die internationale Wettbewerbsfähigkeit der EU und ihre Attraktivität für ausländische Investoren steigern könnte.⁵ Vor diesem Hintergrund haben im Mai

¹ OECD International Migration Outlook 2015, online abrufbar unter <http://www.oecd.org/migration/international-migration-outlook-1999124x.htm> (Website zuletzt besucht am 5. Februar 2016), S. 23.

² OECD International Migration Outlook 2015 (Fn. 1), S. 24.

³ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen einer konzerninternen Entsendung, KOM(2010) 378 endgültig, 3.

⁴ Für Unionsbürger gelten die Grundfreiheiten des AEUV sowie die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 158 vom 30. April 2004, S. 77–123. Für Unternehmen mit Sitz in der EU, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, gilt die sogenannte Entsenderichtlinie, vgl. Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 018 vom 21. Januar 1997, S. 1–6; s. auch Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems («IMI-Verordnung»), Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 159, vom 28. Mai 2014, S. 11–31.

⁵ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen einer konzerninternen Entsendung, KOM(2010) 378 endgültig, 2.

2014 Parlament und Rat der Europäischen Union die *Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers* (sogenannte «intra-corporate transferees»)⁶ erlassen.⁷ Diese müssen die Mitgliedstaaten bis November 2016 in innerstaatliches Recht umsetzen.⁸ Die ICT-Richtlinie soll die temporäre Migration unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer aus Drittstaaten in die EU erleichtern und ein neues, intra-europäisches Mobilitätssystem schaffen.⁹

[Rz 4] Rechtsgrundlage der Richtlinie ist Art. 79 Abs. 2 lit. a und b Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).¹⁰ Nach Art. 79 Abs. 1 AEUV entwickelt die EU «eine gemeinsame Einwanderungspolitik, die in allen Phasen eine wirksame Steuerung der Migrationsströme, eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, sowie die Verhütung und verstärkte Bekämpfung von illegaler Einwanderung und Menschenhandel gewährleisten soll».

[Rz 5] Art. 79 Abs. 2 AEUV sieht vor, dass das Parlament und der Rat zu den in Abs. 1 genannten Zwecken gemäss dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (vgl. Art. 294 AEUV) Massnahmen u.a. in den beiden folgenden Bereichen erlassen:

- Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen sowie Normen für die Erteilung von Visa und Aufenthaltstiteln für einen langfristigen Aufenthalt, einschliesslich solcher zur Familienzusammenführung, durch die Mitgliedstaaten; und
- Festlegung der Rechte von Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten, einschliesslich der Bedingungen, unter denen sie sich in den anderen Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten dürfen.

[Rz 6] Die gemeinsame Einwanderungspolitik der EU verfolgt damit drei Ziele: (1.) eine wirksame Steuerung der Migrationsströme, (2.) eine angemessene Behandlung von Drittstaatsangehörigen und (3.) die Bekämpfung illegaler Migration. Dass zwischen diesen Zielen ein gewisses Spannungsverhältnis besteht, ist offensichtlich.¹¹

[Rz 7] Zu beachten ist auch, dass nach Art. 79 Abs. 5 AEUV die Mitgliedstaaten das Recht haben, festzulegen, wie viele Drittstaatsangehörige aus Drittländern in ihr Hoheitsgebiet einreisen dürfen,

⁶ Richtlinie 2014/66/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers, ABl. L 157 vom 27. Mai 2014, S. 1–22 (im Folgenden : ICT-Richtlinie).

⁷ Zur Entwicklung der verschiedenen Textvorschläge vgl. STEVE PEERS / ELSPETH GUILD / DIEGO ACOSTA ARCARAZO / Kees Groenendijk / Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law – Text and Commentary*, 2nd revised edition, Volume 2: *Immigration Law*, 2012, 95 ff. und ALEX LAZAROWICZ, *The Intra-Corporate Transferees Directive: time to break the deadlock*, European Policy Center (EPC) Policy Brief, 8. April 2013. Vgl. auch SAMAH POSSE-OUSMANE / SARAH PROGIN THEUERKAUF, *L'émergence d'une politique européenne de migration choisie*, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), *Die Schweiz und die europäische Integration / La Suisse et l'intégration européenne*, 20 Jahre Institut für Europarecht / 20 ans de l'Institut de droit européen, 2015, S. 141–169, 147 ff.

⁸ Vgl. Art. 27 der ICT-Richtlinie.

⁹ Vgl. SAMAH POSSE-OUSMANE / SARAH PROGIN THEUERKAUF, *L'émergence d'une politique européenne de migration choisie*, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), *Die Schweiz und die europäische Integration / La Suisse et l'intégration européenne*, 20 Jahre Institut für Europarecht / 20 ans de l'Institut de droit européen, 2015, S. 141–169, 147.

¹⁰ Zur Diskussion, ob Art. 79 die richtige Rechtsgrundlage für die Richtlinie ist : Steve Peers / Elspeth Guild / Diego Acosta Arcarazo / Kees Groenendijk / Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law – Text and Commentary*, 2nd revised edition, Volume 2: *Immigration Law*, 2012, 105 f.

¹¹ Vgl. auch KEES GROENENDIJK, *Recent Developments in EU Law on Migration: The Legislative Patchwork and the Court's Approach*, *European Journal of Migration and Law* 16 (2014), 313, 324 ff.

um dort als Arbeitnehmer oder Selbständige Arbeit zu suchen.¹² Als Ausnahmebestimmung ist diese Regelung allerdings eng auszulegen.¹³ Sie beschränkt daher grundsätzlich nicht die Kompetenz der EU, den Arbeitsmarktzugang von Drittstaatsangehörigen zu regeln.¹⁴

[Rz 8] Die ICT-Richtlinie steht schliesslich in einem engen Zusammenhang mit den Verpflichtungen der EU aus dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS).¹⁵

[Rz 9] Im Folgenden sollen Hintergrund, Regelungsgehalt und Bedeutung der Richtlinie näher beleuchtet werden. Nicht zuletzt soll auch ein Vergleich zur Rechtslage in der Schweiz gezogen werden, der eine Antwort auf die Frage erlaubt, ob die Richtlinie möglicherweise als Inspirationsquelle für die Schweiz dienen könnte.

II. Hintergrund

[Rz 10] Um Tragweite und Bedeutung der Richtlinie zu erfassen, ist es wichtig, einen Blick auf die politische Entwicklung sowie die bereits bestehenden Rechtsakte in Bezug auf die Steuerung der legalen Migration von Drittstaatsangehörigen zu werfen.

1. Politische Entwicklung

[Rz 11] Bereits der Europäische Rat 1999 in Tampere¹⁶ hatte es zur Aufgabe der Union erklärt, eine *«gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen»* sicherzustellen, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufhalten: *«Eine energischere Integrationspolitik sollte darauf ausgerichtet sein, ihnen vergleichbare Rechte und Pflichten wie EU-Bürgern zuzuerkennen. Zu den Zielen sollte auch die Förderung der Nichtdiskriminierung im wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben und die Entwicklung von Massnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit gehören. [...] Die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen sollte der Rechtsstellung der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten angenähert werden».*

¹² Vgl. dazu SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Art. 79 AEUV, Rz. 34 ff., in: Von der Groeben / Schwarze / Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015. Vgl. auch Erwägungsgrund 23 und Art. 6 der ICT-Richtlinie.

¹³ KEES GROENENDIJK, Recent Developments in EU Law on Migration: The Legislative Patchwork and the Court's Approach, European Journal of Migration and Law 16 (2014), 313, 325.

¹⁴ Vgl. DANIEL THYM, in: Grabitz / Hilf / Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 57. Auflage, 2015, Band I, Art. 79, Rn. 43; KEES GROENENDIJK, Recent Developments in EU Law on Migration: The Legislative Patchwork and the Court's Approach, European Journal of Migration and Law 16 (2014), 313, 325; SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Art. 79 AEUV, Rz. 35, in: Von der Groeben / Schwarze / Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015.

¹⁵ Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Anhang 1.B zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO), SR 0.632.20, Art. 1 Abs. 2 lit. d (im Allgemeinen bezeichnet als «Mode 4»). Dazu auch Steve Peers / Elspeth Guild / Diego Acosta Arcarazo / Kees Groenendijk / Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law – Text and Commentary, 2nd revised edition, Volume 2: Immigration Law, 2012, 106 ff.

¹⁶ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat von Tampere, SN 200/99, online abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm (Website zuletzt besucht am 5. Februar 2016).

[Rz 12] Das Haager Programm von 2005¹⁷ erkannte erstmals die Notwendigkeit an, auf EU-Ebene ein Konzept zur Steuerung der Migrationsströme auszuarbeiten, das sich sowohl mit der legalen als auch der illegalen Zuwanderung befasst. Im gleichen Atemzug wurde auch eine gemeinsame Einwanderungspolitik gefordert, die Zulassungskriterien und -verfahren regelt und denjenigen, denen die Einwanderung gestattet wird, eine klare Rechtsstellung und eine Reihe garantierter Rechte gewährt, um ihre Integration zu erleichtern.

[Rz 13] Das Stockholmer Programm¹⁸ von Dezember 2009 forderte schliesslich die Erarbeitung einer gemeinsamen Zuwanderungspolitik bis spätestens 2014. Hierzu sollten zunächst die Rechtsvorschriften im Bereich der Einwanderung konsolidiert werden.

[Rz 14] Im März 2010 hat die Kommission zudem ihre Strategie «Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum» veröffentlicht.¹⁹ Diese zielt u.a. auf eine bessere Anpassung des Arbeitskräfteangebots an den Bedarf ab und soll den Verwaltungsaufwand für Unternehmen verringern.

2. Sekundärrechtsakte im Bereich der legalen Migration von Drittstaatsangehörigen

[Rz 15] Im Jahr 2001 legte die Europäische Kommission erstmals einen Vorschlag für eine «Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen Tätigkeit»²⁰ vor, der aber am Widerstand der Mitgliedstaaten scheiterte.

[Rz 16] Seither geht der Rechtsetzungsprozess in Bezug auf die Rechtsstellung Drittstaatsangehöriger nur schleppend voran; die Kommission hat sich für ein utilitaristisches, sektorielles Vorgehen nach bestimmten Kategorien von Personengruppen entschieden, ergänzt durch einige transversale Instrumente.²¹ Es lässt sich eine klare Tendenz dazu erkennen, Auswahlmechanismen zu definieren und nur vom Arbeitsmarkt innerhalb der EU nachgefragten Drittstaatsangehörigen Zugang zu gewähren, alle anderen hingegen auszuschliessen.²²

¹⁷ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre, Die Partnerschaft zur Erneuerung Europas im Bereich der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, KOM (2005) 0184 endg.

¹⁸ Stockholmer Programm, ABl. C 115 vom 4. Mai 2010, S. 1 ff.

¹⁹ KOM (2010) 2020 endg. Vgl. auch bereits Mitteilung der Kommission über einen strategischen Plan zur legalen Zuwanderung, KOM (2005) 669 endg.

²⁰ KOM (2001) 386 endg.

²¹ Vgl. dazu auch THOMAS GROSS / ALEXANDRA TRYJANOWSKI, Der Status von Drittstaatsangehörigen im Migrationsrecht der EU – Eine kritische Analyse, Der Staat, Vol. 48, No. 2, S. 259–277; PIETER BOELES / MAARTEN DEN HELJER, GERRIE LODDER / KEES WOUTERS, European Migration Law, 2nd edition, 2014, 127 ff.; SAMAH POSSE-OUSMANE / SARAH PROGIN THEUERKAUF, L'émergence d'une politique européenne de migration choisie, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration / La Suisse et l'intégration européenne, 20 Jahre Institut für Europarecht / 20 ans de l'Institut de droit européen, 2015, S. 141–169; PIETER BOELES / MAARTEN DEN HELJER, GERRIE LODDER / KEES WOUTERS, European Migration Law, 2nd edition, 2014, 127 ff.

²² THOMAS GROSS / ALEXANDRA TRYJANOWSKI, Der Status von Drittstaatsangehörigen im Migrationsrecht der EU – Eine kritische Analyse, Der Staat, Vol. 48, No. 2, 259, 276.

[Rz 17] In chronologischer Reihenfolge wurden zunächst die Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG²³ und die Familienzusammenführungsrichtlinie 2003/86/EG²⁴ erlassen, gefolgt von der Richtlinie 2004/114/EG über Studenten, Schüler, Praktikanten, etc.²⁵ und der Richtlinie 2005/71/EG über Forscher²⁶. Im Jahr 2009 wurde die Blue Card-Richtlinie 2009/50/EG²⁷ und 2011 die Richtlinie 2011/98/EU über eine kombinierte Erlaubnis²⁸ erlassen. Zuletzt verabschiedeten Rat und Parlament die Saisonarbeitsrichtlinie 2014/36/EU²⁹ sowie die hier im Fokus stehende ICT-Richtlinie 2014/66/EU.

[Rz 18] Im März 2016 will die Kommission Vorschläge für ein neues «Legal Migration Package» vorlegen.³⁰ Diese stehen im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise³¹, mit der die EU seit Spätsommer 2015 zu kämpfen hat und deren genaue Bewältigung aktuell noch unklar ist.³²

²³ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16 vom 23. Januar 2004, S. 44–53; dazu SAMAH POSSE-OUSMANE, *Le statut des résidents de longue durée*, in: Jusletter 18. März 2013.

²⁴ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251 vom 3.10.2003, S. 12–18. Vgl. dazu SAMAH POSSE-OUSMANE / SARAH PROGIN-THEUERKAUF, *Le regroupement familial des ressortissants d'Etats tiers en Europe*, in: Jusletter 16. März 2015.

²⁵ Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst, ABl. L 375 vom 23.12.2004, S. 12–18. Vgl. dazu SAMAH POSSE-OUSMANE, *L'admission des chercheurs, étudiants, élèves, volontaires et stagiaires dans l'UE*, in: Jusletter 17. März 2014. Vgl. auch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einem bezahlten oder unbezahlten Praktikum, einem Freiwilligendienst oder zur Ausübung einer Au-pair-Beschäftigung, KOM (2013) 151 endg.

²⁶ Richtlinie 2005/71/EG des Rates vom 12. Oktober 2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, ABl. L 289 vom 3.11.2005, S. 15–22. Vgl. dazu SAMAH POSSE-OUSMANE, *L'admission des chercheurs, étudiants, élèves, volontaires et stagiaires dans l'UE*, in: Jusletter 17. März 2014. Vgl. auch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einem bezahlten oder unbezahlten Praktikum, einem Freiwilligendienst oder zur Ausübung einer Au-pair-Beschäftigung, KOM (2013) 151 endg.

²⁷ Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25. Mai 2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl. L 155 vom 18. Juni 2009, S. 17–29.

²⁸ Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABl. L 343 vom 23. Dezember 2011, S. 1–9.

²⁹ Richtlinie 2014/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer, ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 375–390.

³⁰ Vgl. etwa die Pressemitteilungen der Europäischen Kommission IP/15/5700 und IP/16/65. Vgl. auch bereits den 5-Punkte-Plan zur Einwanderungspolitik von Jean-Claude Juncker, abrufbar unter <http://juncker.epp.eu/node/151> (Website zuletzt besucht am 5. Februar 2016) sowie die Europäische Agenda für Migration, IP/15/4956.

³¹ So die Terminologie der Europäischen Kommission, die von einer «refugee crisis» spricht; vgl. zuletzt in den Pressemitteilungen IP/16/65 und IP/15/6134. Der Begriff taucht seit Anfang September 2015 gehäuft in Pressemitteilungen der Kommission auf, vgl. z.B. bereits MEMO/15/5597.

³² Vgl. die Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/16/65.

III. Struktur und Anwendungsbereich der ICT-Richtlinie

[Rz 19] Die ICT-Richtlinie ist in fünf Kapitel unterteilt: 1) Allgemeine Bestimmungen; 2) Zulassungsbedingungen; 3) Verfahren und Aufenthaltstitel; 4) Rechte; 5) Mobilität innerhalb der Union und 5) Schlussbestimmungen.

[Rz 20] Nach Art. 1 legt sie zum einen die Bedingungen für die Einreise von Drittstaatsangehörigen und ihren Familienangehörigen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und für den Aufenthalt von mehr als 90 Tagen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers sowie deren Rechte fest, zum anderen aber auch die Bedingungen für die Einreise dieser Personen *in andere Mitgliedstaaten als den ersten Mitgliedstaat*, der den Drittstaatsangehörigen auf der Grundlage dieser Richtlinie einen Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer erteilt hat, sowie ihren Aufenthalt und ihre Rechte.

[Rz 21] Ein «unternehmensinterner Transfer» ist dabei nach Art. 3 lit. b der Richtlinie «die vorübergehende Abstellung – für die Zwecke der beruflichen Tätigkeit oder für Schulungszwecke – eines zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf einen Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer ausserhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten aufhältigen Drittstaatsangehörigen durch ein ausserhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten ansässiges Unternehmen, mit dem der Arbeitnehmer vor dem Transfer und für dessen Dauer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, in eine Niederlassung, die zum gleichen Unternehmen oder zur gleichen Unternehmensgruppe gehört und ihren Sitz im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats hat, und gegebenenfalls die Mobilität in die aufnehmenden Niederlassungen, die in einem oder mehreren zweiten Mitgliedstaaten ansässig sind».

[Rz 22] Der personelle Anwendungsbereich der ICT-Richtlinie umfasst Drittstaatsangehörige, die zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren Aufenthalt ausserhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten haben und im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers als Führungskraft, Spezialist oder Trainee gemäss dieser Richtlinie einen Antrag auf Zulassung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates stellen oder die Zulassung erhalten haben.

[Rz 23] Zu beachten ist in diesem Zusammenhang zum einen die enge Begrenzung auf Führungskräfte, Spezialisten und Trainee³³, zum anderen aber auch die Präzisierung, dass die betroffenen Personen sich zum Zeitpunkt der Antragstellung ausserhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten

³³ Diese werden von Art. 3 lit e bis g ICT-Richtlinie definiert: «Führungskraft» ist eine in einer Schlüsselposition beschäftigte Person, die in erster Linie die aufnehmende Niederlassung leitet und hauptsächlich unter der allgemeinen Aufsicht des Leitungsorgans oder der Anteilseigner oder gleichwertiger Personen steht oder von ihnen allgemeine Weisungen erhält; diese Position schließt Folgendes mit ein: Leitung der aufnehmenden Niederlassung oder einer Abteilung oder Unterabteilung der aufnehmenden Niederlassung, Überwachung und Kontrolle der Arbeit des sonstigen Aufsicht führenden Personals und der Fach- und Führungskräfte, Befugnis zur Empfehlung einer Anstellung, Entlassung oder sonstigen personellen Maßnahme. «Spezialist» ist eine innerhalb der Unternehmensgruppe tätige Person, die über für die Tätigkeitsbereiche, die Verfahren oder die Verwaltung der aufnehmenden Niederlassung unerlässliche Spezialkenntnisse verfügt. Bei der Bewertung dieser Kenntnisse werden nicht nur die auf die aufnehmende Niederlassung abgestimmten Kenntnisse berücksichtigt, sondern es wird auch berücksichtigt, ob die Person über ein hohes Qualifikationsniveau, einschliesslich einer angemessenen Berufserfahrung, für bestimmte Arbeiten oder Tätigkeiten verfügt, die spezifische technische Kenntnisse – einschliesslich der etwaigen Zugehörigkeit zu einem zulassungspflichtigen Beruf – erfordern. «Trainee» ist eine Person mit einem Hochschulabschluss, die in eine aufnehmende Niederlassung transferiert wird, um ihre berufliche Entwicklung zu fördern oder sich branchenspezifisch, technisch oder methodisch fortzubilden, und die während des Transfers entlohnt wird.

befinden müssen. Dies schliesst Personen aus, die sich bereits rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten.³⁴

[Rz 24] Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind nach Art. 2 Abs. 2 Drittstaatsangehörige:

- die beantragen, sich als Forscher im Sinne der Richtlinie 2005/71/EG³⁵ in einem Mitgliedstaat aufzuhalten;
- denen aufgrund von Abkommen Freizügigkeitsrechte gewährt werden, die denen der Unionsbürger entsprechen, oder die in einem Unternehmen mit Sitz in einem dieser Drittstaaten beschäftigt sind;
- die im Rahmen der Richtlinie 96/71/EG³⁶ entsandt wurden;
- die selbständig erwerbstätig sind;
- die von Arbeitsvermittlern, Leiharbeitsunternehmen oder sonstigen Unternehmen abgeordnet werden, die Arbeitnehmer zur Arbeit unter der Aufsicht und Leitung eines anderen Unternehmens zur Verfügung stellen;
- die als Vollzeitstudenten zugelassen werden oder die im Rahmen ihres Studiums eine kurze praktische Ausbildung unter Aufsicht erhalten.

[Rz 25] Die Richtlinie gilt unbeschadet des Rechts der Mitgliedstaaten, andere Aufenthaltstitel als den von dieser Richtlinie erfassten Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer für die Zwecke der Beschäftigung für Drittstaatsangehörige auszustellen, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen (Art. 2 Abs. 3). Die ICT-Richtlinie möchte damit die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, parallele nationale Systeme im Bereich der Zulassung von unternehmensintern transferierten Arbeitnehmern aus Drittstaaten zu unterhalten, ausschliessen.³⁷ Dennoch belässt sie den Mitgliedstaaten eine gewisse Flexibilität, z.B. andere Personen als Führungskräfte, Spezialisten oder Trainer zum nationalen Arbeitsmarkt zuzulassen.³⁸

[Rz 26] In territorialer Hinsicht gilt die Richtlinie nicht für das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark.³⁹

[Rz 27] Von der Richtlinie unberührt bleiben günstigere Bestimmungen, die sich aus dem Unionsrecht oder aus Abkommen ergeben (Art. 4). Die Mitgliedstaaten haben auch das Recht, für in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallende Drittstaatsangehörige günstigere Bestimmungen einzuführen oder beizubehalten, als sich dies aus Art. 3 lit. h, Art. 15, 18 und 19 der Richtlinie ergibt.

³⁴ Vgl. Steve Peers / Elspeth Guild / Diego Acosta Arcarazo / Kees Groenendijk / Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law – Text and Commentary*, 2nd revised edition, Volume 2: Immigration Law, 2012, 95 ff., 108.

³⁵ Vgl. Fn. 26.

³⁶ Vgl. Fn. 4.

³⁷ Vgl. SAMAH POSSE-OUSMANE / SARAH PROGIN THEUERKAUF, *L'émergence d'une politique européenne de migration choisie*, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), *Die Schweiz und die europäische Integration / La Suisse et l'intégration européenne*, 20 Jahre Institut für Europarecht / 20 ans de l'Institut de droit européen, 2015, S. 141–169, 149.

³⁸ ALEX LAZAROWICZ, *The Intra-Corporate Transferees Directive: time to break the deadlock*, European Policy Center (EPC) Policy Brief, 8. April 2013, unter « State of Play – Scope ».

³⁹ Vgl. zu den Details die Protokolle Nr. 21 und 22 zum Vertrag von Lissabon.

IV. Zulassungsbedingungen und Ablehnungsgründe

[Rz 28] Die Zulassungsbedingungen von Drittstaatsangehörigen sind in Kapitel II geregelt, das sich durch eine hohe Komplexität und viele Kann-Bestimmungen⁴⁰ auszeichnet. Grundsätzlich muss ein Drittstaatsangehöriger oder die aufnehmende Niederlassung folgende Bedingungen erfüllen:

1. Es muss der Nachweis erbracht werden, dass die aufnehmende Niederlassung und das Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat zum gleichen Unternehmen oder zur gleichen Unternehmensgruppe gehören;
2. Es muss der Nachweis erbracht werden, dass der Drittstaatsangehörige unmittelbar vor dem Zeitpunkt des unternehmensinternen Transfers mindestens drei bis zwölf Monate ohne Unterbrechung (Führungskräfte und Spezialisten) bzw. mindestens drei bis sechs Monate ohne Unterbrechung (Trainees) in dem gleichen Unternehmen oder der gleichen Unternehmensgruppe beschäftigt war.
3. Es muss ein Arbeitsvertrag und erforderlichenfalls ein Abordnungsschreiben des Arbeitgebers mit Angaben zu folgenden Aspekten vorgelegt werden:
 - (a) Einzelheiten zur Dauer des Transfers und zum Standort der aufnehmenden Niederlassung bzw. Niederlassungen;
 - (b) Nachweis, dass der Drittstaatsangehörige eine Position als Führungskraft, Spezialist oder Trainee in der bzw. den aufnehmenden Niederlassung(en) in dem betreffenden Mitgliedstaat innehat;
 - (c) Höhe des Arbeitsentgelts und sonstige Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die Dauer des unternehmensinternen Transfers;
 - (d) Nachweis, dass der Drittstaatsangehörige nach Beendigung seines unternehmensinternen Transfers in eine Niederlassung zurückkehren kann, die dem gleichen Unternehmen oder der gleichen Unternehmensgruppe angehört und in einem Drittstaat ansässig ist;
4. Es muss der Nachweis erbracht werden, dass der Drittstaatsangehörige als Führungskraft oder Spezialist über die berufliche Qualifikation und Erfahrung und als Trainee über einen Hochschulabschluss verfügt, die bzw. der in der aufnehmenden Niederlassung, in die er transferiert werden soll, erforderlich ist;
5. Gegebenenfalls muss anhand von Dokumenten nachgewiesen werden, dass der Drittstaatsangehörige die nach nationalem Recht des betreffenden Mitgliedstaats für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen für die Ausübung des reglementierten Berufs, auf die sich der Antrag bezieht, erfüllt;
6. Ein nach nationalem Recht gültiges Reisedokument des Drittstaatsangehörigen und – sofern verlangt – ein Visumantrag oder ein Visum müssen vorliegen; die Mitgliedstaaten können verlangen, dass die Gültigkeitsdauer des Reisedokuments mindestens der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer entsprechen muss;
7. Unbeschadet bilateraler Abkommen muss nachgewiesen werden, dass für die Zeiten, in denen kein Krankenversicherungsschutz und kein damit verbundener Leistungsanspruch in Verbindung mit oder aufgrund der in dem betreffenden Mitgliedstaat ausgeübten Beschäftigung besteht, eine Krankenversicherung besteht oder, wenn dies im nationalen Recht vorgesehen ist, dass eine derartige Krankenversicherung beantragt wurde; der Versicherungsschutz muss

⁴⁰ ALEX LAZAROWICZ, *The Intra-Corporate Transferees Directive: time to break the deadlock*, European Policy Center (EPC) Policy Brief, 8. April 2013, unter «State of Play – Conditions».

sich auf alle Risiken erstrecken, die normalerweise für Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats abgedeckt sind.

[Rz 29] Die Mitgliedstaaten verlangen schliesslich nach Art. 5 Abs. 4, dass alle Bedingungen gemäss den Rechts- und Verwaltungsvorschriften und/oder den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, die für entsandte Arbeitnehmer in vergleichbaren Situationen⁴¹ in den entsprechenden Beschäftigungsbranchen gelten, während des unternehmensinternen Transfers hinsichtlich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen mit Ausnahme des Arbeitsentgelts erfüllt sein müssen und dass das während des gesamten unternehmensinternen Transfers dem Drittstaatsangehörigen gewährte Arbeitsentgelt nicht ungünstiger als das Arbeitsentgelt sein darf, das den Staatsangehörigen des betreffenden aufnehmenden Mitgliedstaats in vergleichbaren Positionen gemäß den geltenden Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem Mitgliedstaat, in dem die aufnehmende Niederlassung ihren Sitz hat, gewährt wird. In Bezug auf das Entgelt wird somit eine Gleichbehandlung mit eigenen Staatsangehörigen verlangt – auch und gerade, um Lohndumping zu verhindern.

[Rz 30] Die Mitgliedstaaten können nach Art. 1 Abs. 2, 3, 5 und 6 weitere Nachweise verlangen. Es kann daher verlangt werden:

- dass die o.g. Unterlagen in einer Amtssprache des betreffenden Mitgliedstaates vorgelegt werden;
- dass der Antragsteller spätestens zum Zeitpunkt der Ausstellung des Aufenthaltstitels die Anschrift des betreffenden Drittstaatsangehörigen angibt;
- dass der unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer während seines Aufenthalts über Finanzmittel verfügen muss, die ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfesysteme der Mitgliedstaaten für seinen eigenen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen ausreichen.

[Rz 31] Von Trainees kann nach Art. 5 Abs. 6 verlangt werden, dass sie einen Traineevertrag im Zusammenhang mit der Vorbereitung auf ihre künftige Position in dem Unternehmen oder der Unternehmensgruppe vorlegen, der unter anderem eine Beschreibung des Traineeprogramms umfasst, die zeigt, dass der Zweck des Aufenthalts darin besteht, den Trainee zum Zweck seiner beruflichen Entwicklung oder mit Blick auf Geschäftstechniken oder -methoden fortzubilden, sowie Angaben zu dessen Dauer und zu den Bedingungen, unter denen der Trainee im Rahmen des Programms ausgebildet wird, enthält.

[Rz 32] Alle Änderungen mit Auswirkung auf die Zulassungskriterien muss der Antragsteller den zuständigen Behörden mitteilen (Art. 5 Abs. 7).

[Rz 33] Art. 5 Abs. 7 enthält schliesslich einen Ausschlussgrund: Drittstaatsangehörigen, die als Bedrohung für die öffentliche Ordnung⁴², Sicherheit oder Gesundheit angesehen werden, ist die Zulassung für die Zwecke der ICT-Richtlinie zu verweigern.

⁴¹ Vgl. auch Art. 18 der Richtlinie.

⁴² Vgl. die zur Auslegung der Unionsbürgerrichtlinie ergangenen Urteile des EuGH Land Baden-Württemberg gegen Panagiotis Tsakouridis vom 23. November 2010 und Hristo Byankov gegen Glaven sekretar na Ministerstvo na vatrešnite raboti vom 4. Oktober 2012; das zur Auslegung der Qualifikationsrichtlinie ergangene Urteil des EuGH H. T. gegen Land Baden-Württemberg 24. Juni 2015, sowie das zur Auslegung der Rückführungsrichtlinie ergangene Urteil des EuGH Z. Zh. gegen Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie und Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie gegen I. O. vom 11. Juni 2015. Im Fall T hat der EuGH betont, dass der Umfang des Schutzes, den eine Gesellschaft ihren grundlegenden Interessen gewähren will, nicht je nach der Rechtsstellung der Person, die ihre Interessen beeinträchtigt, unterschiedlich ausfallen könne (Rz. 77). Dies spricht für eine parallele Auslegung der Begriffe der öffentlichen Ordnung in allen migrationsrechtlichen Rechtsakten der Union. So auch CONSTANTIN HRUSCHKA / SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Die Rechtspre-

[Rz 34] Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 6 der Richtlinie das Recht, festzulegen, wie viele Drittstaatsangehörige in ihr Hoheitsgebiet einreisen dürfen. Dementsprechend kann ein Antrag auf einen Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer entweder als unzulässig angesehen oder abgelehnt werden. Art. 6 greift das Grundprinzip des Art. 79 Abs. 5 AEUV auf und könnte zum entscheidenden Hebel dafür werden, ob die Richtlinie funktioniert, oder nicht. Setzen die Mitgliedstaaten ihre Zahlen auf einem geringen Niveau fest, dürfte die Richtlinie nahezu leer laufen.

[Rz 35] Weitere Ablehnungsgründe finden sich in Art. 7. Ein Antrag muss abgelehnt werden bei Nichteinhalten der Kriterien des Art. 5, bei Betrug, Fälschung oder Manipulation der vorgelegten Dokumente, bei Gründung der Niederlassung, um die Einreise unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer zu erleichtern oder bei Erreichen der Höchstdauer nach Art. 12 Abs. 1. In weiteren Fällen kann der Mitgliedstaat einen Antrag ablehnen, etwa, wenn rechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf Sozialversicherung, Steuern, Arbeitnehmerrechte oder Arbeits- oder Beschäftigungsbedingungen nicht eingehalten werden. Jede Entscheidung, einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel abzulehnen, muss die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit einhalten.

[Rz 36] Parallel dazu finden sich in Art. 8 Gründe für den Entzug und die Nichtverlängerung des Aufenthaltstitels für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer. Hinzu kommen Fälle, in denen der Aufenthalt anderen Zwecken diene, als denen, für die der Aufenthaltstitel angegeben wurde. Wenn die Regeln für die Mobilität nach Art. 21 und 22 nicht eingehalten wurden, kann ein Mitgliedstaat ebenfalls den Aufenthaltstitel entziehen oder nicht mehr verlängern. Eine Einzelfallabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist stets vorgesehen.

[Rz 37] Nach Art. 9 können auch Sanktionen gegen die aufnehmende Niederlassung ergehen.

[Rz 38] Insgesamt ist weder bei den Zulassungs-, noch bei den Ablehnungskriterien von einer Harmonisierung auszugehen, da die ICT-Richtlinie den Mitgliedstaaten zu viel Spielraum einräumt.⁴³

V. Verfahren

[Rz 39] Nach Art. 10 der ICT-Richtlinie stellen die Mitgliedstaaten den Antragstellern alle notwendigen Informationen in leicht zugänglicher Weise zur Verfügung. Die Mitgliedstaaten legen fest, ob der Antrag vom Drittstaatsangehörigen, von der aufnehmenden Niederlassung oder von beiden zu stellen ist (Art. 11). Der Antrag muss allerdings gestellt werden, so lange der Drittstaatsangehörige seinen Aufenthalt noch ausserhalb des Hoheitsgebiets des Mitgliedstaates hat, für den eine Zulassung beantragt wird. Im Falle von Mobilität ist der Antrag an Behörden des Mitgliedstaates zu stellen, in dem der insgesamt längste Aufenthalt während des Transfers stattfinden wird. Das Antragsteller hat das Recht, einen Antrag in einem einheitlichen Antragsverfahren zu stellen (Art. 11 Abs. 5). Nach Art. 11 Abs. 6 kann für bestimmte Unternehmen oder Unternehmensgruppen ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen werden. Diese muss aber Minimalerfordernisse (Art. 11 Abs. 7)

chung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2014/2015, Bern 2015, 273, 291.

⁴³ ALEX LAZAROWICZ, The Intra-Corporate Transferees Directive: time to break the deadlock, European Policy Center (EPC) Policy Brief, 8. April 2013, unter «State of Play – Conditions».

einhalten. Änderungen sind unverzüglich, jedenfalls innerhalb von 30 Tagen, zu melden (Art. 11 Abs. 8).

[Rz 40] Art. 12 regelt, dass die Dauer des Transfers für Führungskräfte und Spezialisten drei Jahre und für Trainees ein Jahr beträgt. Danach müssen sie das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verlassen, es sei denn, sie erhalten einen anderen Aufenthaltstitel auf einer anderen Grundlage (Unionsrecht oder nationales Recht). Die Mitgliedstaaten können verlangen, dass zwischen dem Ende eines Transfers und dem Stellen eines neuen Antrags für denselben Drittstaatsangehörigen ein Zeitraum von bis zu 6 Monaten liegen muss.

[Rz 41] Bei den Maximalfristen, die sich im Kapitel über das Verfahren befinden, handelt es sich eigentlich um ein materielles Kriterium. Sie beschränken die Attraktivität der ICT-Richtlinie erheblich. Sie führen zu einer Zementierung des vorübergehenden Charakters des in der Richtlinie errichteten Statuts und sind vor allem auf die Angst der Mitgliedstaaten zurückzuführen, mehr Personen die Möglichkeit zum Erwerb der Rechtsstellung eines langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen nach der Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG⁴⁴ oder gar den Zugang zur eigenen Staatsangehörigkeit zu geben.⁴⁵

[Rz 42] Unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer, die die Zulassungskriterien erfüllen und deren Antrag positiv beschieden wurde, erhalten nach Art. 13 einen Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer. Die Gültigkeitsdauer beträgt – je nachdem, welche Zeitspanne kürzer ist – mindestens ein Jahr oder die Dauer des Transfers und kann auf höchstens drei Jahre bei Führungskräften und Spezialisten oder auf höchstens ein Jahr bei Trainees verlängert werden.

[Rz 43] Erwähnenswert ist hierbei, dass eine Arbeitsmarktprüfung nicht stattfindet.⁴⁶

[Rz 44] Art. 14 wiederholt den Grundsatz, dass jede Änderung, die Auswirkungen auf die in Art. 5 festgelegten Zulassungsbedingungen hat, zu melden ist.⁴⁷

[Rz 45] Art. 15 enthält gewisse Verfahrensgarantien: So muss der Antrag auf einen Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer bzw. der Antrag auf Verlängerung dieses Titels möglichst rasch, jedoch spätestens nach 90 Tagen beschieden werden. Der Antragsteller muss schriftlich über die Entscheidung informiert werden. Bei unvollständigen Angaben oder Unterlagen müssen die Behörden dem Antragsteller dies innerhalb einer angemessenen Frist mitteilen und ihm eine angemessene Frist für deren Vorlage setzen (Art. 15 Abs. 2). Was in diesem Zusammenhang «angemessen» ist, bleibt unklar; aus der 90-Tage-Frist nach Art. 15 Abs. 1, innerhalb derer die Entscheidung ergehen muss, lässt sich aber ableiten, dass die «angemessene» Frist deutlich unterhalb dieser 90 Tage liegen muss. Die Gründe für eine Ablehnung oder Nichtverlängerung werden dem Antragsteller schriftlich mitgeteilt. Die Gründe für einen Entzug des Aufenthaltstitels als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer sind sowohl dem Arbeitnehmer als auch der aufnehmenden Niederlassung schriftlich mitzuteilen. Jede belastende Entscheidung kann mit einem Rechtsbehelf angefochten werden.⁴⁸ Anträge auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis (im Rahmen der Maximalfristen nach Art. 12 Abs. 1) können bereits vor Ablauf des Aufenthaltstitels gestellt werden.

⁴⁴ Vgl. Fn. 23.

⁴⁵ ALEX LAZAROWICZ, *The Intra-Corporate Transferees Directive: time to break the deadlock*, European Policy Center (EPC) Policy Brief, 8. April 2013, unter «State of Play – Reinforcing temporariness».

⁴⁶ Vgl. Erwägungsgrund 21 der ICT-Richtlinie.

⁴⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 7 und Art. 11 Abs. 8.

⁴⁸ Vgl. auch Art. 47 der EU-Grundrechtecharta.

Die Mitgliedstaaten können eine Frist von maximal 90 Tagen vor Ablauf des Aufenthaltstitels für die Einreichung des Verlängerungsantrags festsetzen. Läuft die Gültigkeit des Aufenthaltstitels während des Verlängerungsverfahrens ab, gestatten die Mitgliedstaaten dem unternehmensintern transferierten Arbeitnehmer, sich so lange weiter rechtmässig in ihrem Hoheitsgebiet aufzuhalten, bis über den Antrag entschieden ist. In diesen Fällen können nationale befristete Aufenthaltstitel oder gleichwertige Genehmigungen ausgestellt werden.⁴⁹

[Rz 46] Nicht zuletzt dürfen die Mitgliedstaaten für die Bearbeitung von Anträgen Gebühren erheben, die aber nicht unverhältnismässig oder übermässig hoch sein dürfen. In einem Fall zur Daueraufenthaltsrichtlinie⁵⁰ hat der EuGH bereits entschieden, dass Gebühren zwischen 80 und 200 Euro als unverhältnismässig anzusehen sind.⁵¹

VI. Rechtsstatus und Mobilität unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer

[Rz 47] Während der Gültigkeitsdauer seines Aufenthaltstitels hat der Inhaber des Titels mindestens das Recht auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaates sowie das Recht auf Ausübung der mit dem Aufenthaltstitel genehmigten konkreten Arbeitstätigkeit (Art. 17). Diese Rechte bestehen nach Art. 20 auch in zweiten Mitgliedstaaten.

[Rz 48] Neben der bereits erwähnten begrenzten Aufenthaltsdauer findet sich ein weiterer Schwachpunkt der Richtlinie in Art. 18 Abs. 1, der den unternehmensintern transferierten Arbeitnehmern ein Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen einräumt – allerdings nicht mit den nationalen Arbeitnehmern des aufnehmenden Mitgliedstaates⁵², sondern mit entsandten Arbeitnehmern nach der Entsenderichtlinie 96/71/EG⁵³, die für zwischen EU-Mitgliedstaaten entsandte Arbeitnehmern gilt, gleich welche Nationalität diese haben.⁵⁴ Die Gleichbehandlung mit entsandten Arbeitnehmern stiess in der Literatur auf Kritik, weil die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf (nationale) Schutzstandards zugunsten entsandter Arbeitneh-

⁴⁹ Ansonsten gilt Art. 2 Abs. 3.

⁵⁰ Fn. 23.

⁵¹ Urteil des EuGH *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) Istituto Nazionale Confederale Assistenza (INCA) gegen Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Interno, Ministero dell'Economia e delle Finanze* vom 2. September 2015. Dazu SAMAH POSSE-OUSMANE / SARAH PROGIN-THEUERKAUF, *Droit à payer pour la délivrance et le renouvellement du permis de séjour «résident de longue durée»: L'affaire INCA*, ASYL 4/15, 22 f. S. auch Urteil des EuGH, Europäische Kommission gegen Königreich der Niederlande vom 26. April 2012.

⁵² Vgl. Steve Peers / Elspeth Guild / Diego Acosta Arcarazo / Kees Groenendijk / Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law – Text and Commentary*, 2nd revised edition, Volume 2: Immigration Law, 2012, 95, 110.

⁵³ Vgl. Fn. 4. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 96/71 regelt bereits, dass Unternehmen mit Sitz in einem Nichtmitgliedstaat keine günstigere Behandlung zuteil werden darf, als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat; vgl. auch NICOLAS BUENO, *L'admission des prestataires de services étrangers en Suisse*, in: Jusletter 25. Januar 2010.

⁵⁴ Entandte Arbeitnehmer nach der Richtlinie 96/71 sind nach Art. 2 Abs. 2 der ICT-Richtlinie von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen.

mer⁵⁵ nicht unbedingt über jeden Zweifel erhaben war.⁵⁶ Dies hat auch zum Erlass der Richtlinie 2014/67/EU⁵⁷ geführt, die für die Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus hinsichtlich der Rechte entsandter Arbeitnehmer im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen sorgen soll. Sie berührt den Geltungsbereich der Richtlinie 96/71/EG jedoch nicht. Der Verweis in Art. 18 der ICT-Richtlinie auf die Richtlinie 96/71/EG ist darüber hinaus statisch. [Rz 49] Zwar dürfte bei hoch qualifizierten Arbeitnehmern, wie denjenigen, die unter die ICT-Richtlinie fallen, das Risiko gering sein, dass nationale Sozialstandards ausgehöhlt werden; es ist trotzdem nicht ersichtlich, warum keine Gleichbehandlung mit nationalen Arbeitnehmern erfolgen sollte. Eine Verletzung des Grundsatzes von Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 96/71, wonach Unternehmen mit Sitz in einem Nichtmitgliedstaat keine günstigere Behandlung zuteil werden darf, als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, kann nicht das Argument sein, da es hier um eine günstigere Behandlung von Arbeitnehmern und nicht um eine günstigere Behandlung von Unternehmen geht. Im Zweifel wäre ein besser geschützter Arbeitnehmer für ein Unternehmen sogar teurer, so dass Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten eher schlechter gestellt wären, als Unternehmen mit Sitz in der EU. Es bleibt nun den Mitgliedstaaten überlassen, über den in Art. 18 Abs. 1 geforderten Mindeststandard hinauszugehen.

[Rz 50] Nach Art. 18 Abs. 2 werden unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, in dem die Arbeit ausgeführt wird, in ausgewählten Bereichen gleichgestellt. Dazu gehören etwa die Vereinigungsfreiheit, die Anerkennung von Diplomen, der Zugang zu Waren und Dienstleistungen (ausgenommen Verfahren zur Bereitstellung von Wohnunterkünften) und die in Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004⁵⁸ genannten Zweige der sozialen Sicherheit (Krankheit, Invalidität, Alter)⁵⁹.

[Rz 51] Mitgliedstaaten können beschliessen, dass Familienleistungen nicht an unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer gezahlt werden, die sich weniger als 9 Monate in dem Mitgliedstaat aufhalten dürfen (Art. 18 Abs. 3).

[Rz 52] In Bezug auf den Familiennachzug verweist Art. 19 der ICT-Richtlinie – mit einigen Ausnahmen – auf die Richtlinie 2003/86/EG⁶⁰. Familienangehörige erhalten Aufenthaltstitel, die ebenso lange gültig sind, wie die der unternehmensintern transferierten Arbeitnehmer (Art. 19 Abs. 5). Sie haben Anspruch auf Zugang zu einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit (Art. 19

⁵⁵ Z.B. Urteil des EuGH *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet* vom 18. Dezember 2007; Urteil des EuGH *Dirk Rüffert gegen Land Niedersachsen* vom 3. April 2008; Urteil des EuGH *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Großherzogtum Luxemburg* vom 19. Juni 2008; zur *Viking & Laval*-Rechtsprechung des EuGH vgl. auch CATHERINE BARNARD, *Viking and Laval: An Introduction*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 10, 2008, 463–492; SILVANA SCIARRA, *Viking and Laval: Collective Labour Rights and Market Freedoms in the Enlarged EU*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 10, 2008, 563–580.

⁵⁶ Vgl. Steve Peers / Elspeth Guild / Diego Acosta Arcarazo / Kees Groenendijk / Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law – Text and Commentary*, 2nd revised edition, Volume 2: Immigration Law, 2012, 95, 109.

⁵⁷ Fn. 4.

⁵⁸ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1–123.

⁵⁹ Ausnahmen sind aber da möglich, wo das nationale Recht oder bilaterale Abkommen bestimmen, dass das Recht des Herkunftslandes gilt.

⁶⁰ Fn. 24.

Abs. 6). Besonders attraktive Bedingungen für Familienangehörige sieht die ICT-Richtlinie nicht vor.

[Rz 53] Wenn etwas in der ICT-Richtlinie als «innovativ» bezeichnet werden kann, dann ist es das durch das Kapitel V der Richtlinie errichtete Mobilitätsregime, das ein gewisses Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten voraussetzt.⁶¹ Die Richtlinie unterscheidet hier zwischen einer kurzfristigen und einer langfristigen Mobilität, wobei die Voraussetzungen für die langfristige Mobilität strenger sind.

[Rz 54] Drittstaatsangehörige können auf Grundlage der Art. 21 und 22 mit dem vom ersten Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer in einen oder mehrere zweite Mitgliedstaaten einreisen, sich dort aufhalten und dort arbeiten (Art. 20).

[Rz 55] Art. 21 regelt die genauen Bedingungen für eine Mobilität von bis zu 90 Tagen in einem Zeitraum von 180 Tagen. Art. 22 legt die Bedingungen für eine Mobilität von mehr als 90 Tagen fest.

[Rz 56] Damit erhalten Drittstaatsangehörige, die über einen gültigen von dem ersten Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer verfügen, das Recht, in einem zweiten Mitgliedstaat in einer Niederlassung, die zu dem gleichen Unternehmen oder der gleichen Unternehmensgruppe gehört, zu arbeiten. In administrativer Hinsicht enthält die Richtlinie allerdings etliche Hürden (Mitteilung, Dokumente, etc.). So kann der zweite Mitgliedstaat erneut überprüfen, ob die Voraussetzungen eines unternehmensinternen Transfers erfüllt sind und die Mobilität auch ablehnen (Art. 21 Abs. 6 und Art. 22 Abs. 3). Dies ist der Furcht einiger Mitgliedstaaten geschuldet, Drittstaatsangehörige könnten über EU-Mitgliedstaaten mit weniger strenger Handhabung einreisen und dann über die Mobilität in andere Staaten weiterziehen.⁶²

[Rz 57] Unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer, die eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit oder Gesundheit betrachtet werden, dürfen nicht in den zweiten Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten (Art. 21 Abs. 9).

[Rz 58] Art. 23 regelt Schutzmassnahmen und Sanktionsmöglichkeiten.

VII. Mehrwert der Richtlinie

[Rz 59] In rechtlicher Hinsicht ist die ICT-Richtlinie kein Glanzstück: Von einer Harmonisierung der Einreise- und Aufenthaltsbedingungen für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer in den EU-Mitgliedstaaten kann angesichts der vielen Kann-Bestimmungen der Richtlinie keine Rede sein. Auch die Höchstdauer von drei Jahren (bzw. nur einem Jahr bei Trainees) steigert die Attraktivität des Instruments nicht. Gegenüber hoch qualifizierten Drittstaatsangehörigen, die die EU anwerben möchte, ist es sicherlich das falsche Signal, klarzustellen, dass ihr Aufenthalt in der EU nur von sehr begrenzter Dauer ist. Schliesslich ist auch die Gleichbehandlung mit entsandten Arbeitnehmern in Bezug auf Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht geeignet, den Sta-

⁶¹ SAMAH POSSE-OUSMANE / SARAH PROGIN THEUERKAUF, L'émergence d'une politique européenne de migration choisie, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration / La Suisse et l'intégration européenne, 20 Jahre Institut für Europarecht / 20 ans de l'Institut de droit européen, 2015, S. 141–169, 149.

⁶² ALEX LAZAROWICZ, The Intra-Corporate Transferees Directive: time to break the deadlock, European Policy Center (EPC) Policy Brief, 8. April 2013, unter «State of Play – Mobility».

tus interessanter zu machen. Insofern wird das Ziel der Richtlinie, die EU international für gut ausgebildete Arbeitskräfte attraktiv und wettbewerbsfähig zu machen, klar verfehlt.

[Rz 60] Nach Schätzungen der Kommission sollen auf Grundlage der ICT-Richtlinie jährlich etwa 15.000 bis 20.000 unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer in die EU gelangen.⁶³ Inwieweit diese dann von der ihnen eingeräumten Mobilität Gebrauch machen, ist noch unklar. Die Mitgliedstaaten dürfen zudem selbst festlegen, wie viele Drittstaatsangehörige sie überhaupt einreisen lassen (Art. 6 der Richtlinie, Art. 79 Abs. 5 AEUV). Dies ist die Achillesferse des gesamten Instruments.

[Rz 61] Die praktische Bedeutung der ICT-Richtlinie dürfte aber auch dann gering sein, wenn die Schätzungen der Kommission tatsächlich zutreffen. Ein Blick auf die aktuellen Zahlen in Eurostat⁶⁴ betreffend die Migration von Drittstaatsangehörigen in die EU zeigt, dass 2014 2,3 Millionen Drittstaatsangehörige erstmalig einen Aufenthaltstitel in der EU erhalten haben. Davon gelangten 29% im Rahmen des Familiennachzugs, 21% aus Ausbildungsgründen und 25% zum Zwecke einer vergüteten Erwerbstätigkeit (ca. 572'000 Personen in der EU-28) in die EU. Der Asylbereich wird in den kommenden Monaten bis Jahren deutlich mehr Bedeutung haben, als der Bereich der regulären Arbeitsmigration: Laut Eurostat wurden 2014 563'000 erste Asylanträge in der EU-28 gestellt, im Jahr 2015 waren es ca. eine Million, wobei endgültige Zahlen noch nicht vorliegen.

VIII. Rechtslage in der Schweiz

[Rz 62] In der Schweiz besteht bei der Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern ein duales System:

[Rz 63] EU-Bürger fallen unter das Freizügigkeitsabkommen und geniessen die dort enthaltenen Rechte.⁶⁵ Auch Ehepartner und Kinder von EU-Bürgern haben – ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit – das Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit (Art. 3 Abs. 5 FZA). Der Nachweis besonderer Qualifikationen ist hier nicht erforderlich.

[Rz 64] Für alle anderen Drittstaatsangehörigen gilt das Ausländergesetz (AuG)⁶⁶. Nach Art. 18 AuG (Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit) können Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugelassen werden, wenn dies dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht, das Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt und die Voraussetzungen nach den Artikeln 20 bis 25 AuG erfüllt sind.⁶⁷ Insbesondere können Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden, wenn nachgewiesen wird, dass keine dafür geeigneten inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder Angehörige von Staaten, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, gefunden werden können (Art. 21 AuG). Die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen müssen eingehalten werden (Art. 22).

⁶³ Vgl. Pressemitteilung des Rates 6338/14 vom 13.5.2014.

⁶⁴ <http://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/main-tables> (Website zuletzt besucht am 9. März 2016).

⁶⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681.

⁶⁶ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), SR 142.20.

⁶⁷ Vgl. zu den Zulassungsvoraussetzungen MARTINA CARONI ET AL., Migrationsrecht, 3. Auflage, 2014, 107 ff.

[Rz 65] Art. 23 AuG regelt zusätzlich, dass Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur Führungskräften, Spezialistinnen und Spezialisten und anderen qualifizierten⁶⁸ Arbeitskräften erteilt werden können. Damit wird der Arbeitsmigration eine weitere Hürde gesetzt.⁶⁹ Nach Art. 23 Abs. 2 AuG müssen bei der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen zusätzlich die berufliche Qualifikation, die berufliche und soziale Anpassungsfähigkeit, die Sprachkenntnisse und das Alter eine nachhaltige Integration in den schweizerischen Arbeitsmarkt und das gesellschaftliche Umfeld erwarten lassen. Eine Ausnahme besteht aber u.a. bei Personen im Rahmen des Kadertransfers von international tätigen Unternehmen und Personen, deren Tätigkeit in der Schweiz im Rahmen von wirtschaftlich bedeutenden internationalen Geschäftsbeziehungen unerlässlich ist.

[Rz 66] Nach Art. 30 Abs. 1 lit. h AuG kann von den Zulassungsvoraussetzungen (Art. 18 bis 29 AuG) abgewichen werden, um den betrieblichen Transfer von Angehörigen des höheren Kaderns und unentbehrlichen Spezialistinnen und Spezialisten in international tätigen Unternehmen zu vereinfachen. Die Regelung soll international tätigen Unternehmen die Rekrutierung qualifizierten Personals erleichtern.⁷⁰ Einzelheiten regelt Art. 46 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)⁷¹. Der Inländervorrang ist demnach nicht zu prüfen.⁷²

[Rz 67] Das AuG enthält somit bereits spezifische Regelungen zur Erleichterung von Einreise und Aufenthalt unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer. Eine danach erteilte Aufenthaltsbewilligung bezieht sich allerdings nur auf die Schweiz. Eine europäische Mobilität ist damit – anders als bei der ICT-Richtlinie – nicht verbunden.

IX. Fazit

[Rz 68] Die EU hat mit der ICT-Richtlinie (einmal mehr) ein Instrument geschaffen, das rechtlich komplex ist und in der Praxis wohl keine grosse Bedeutung haben wird. Die Idee, attraktivere Bedingungen für gut ausgebildete Arbeitskräfte aus Drittstaaten zu schaffen, die innerhalb ihres Unternehmens «verschickt» werden, ist zu begrüssen, wird aber nicht konsequent genug umgesetzt. Insbesondere die maximale Aufenthaltsdauer, die Gleichbehandlung mit entsandten Arbeitnehmern und der grosse Spielraum, der den Mitgliedstaaten belassen wird (z.B. bei Familienleistungen nach Art. 18 Abs. 3), schaden der der Richtlinie zu Grunde liegenden Idee der Privilegierung bestimmter Arbeitsmigranten aus Drittstaaten.

[Rz 69] Eine Inspirationsquelle für die Schweiz ist die ICT-Richtlinie somit eher nicht. Ohnehin sieht das AuG bereits die Möglichkeit vor, den «betrieblichen Transfer von Angehörigen des höheren Kaderns und unentbehrlichen Spezialistinnen und Spezialisten in international tätigen Unternehmen» grosszügiger zu handhaben. Die durch die ICT-Richtlinie eingerichtete Mobilität innerhalb der EU könnte allerdings ein Faktor sein, der die Richtlinie im Vergleich zum AuG (und damit die EU im Vergleich zur Schweiz) für qualifizierte Arbeitnehmer und Unternehmen attraktiv macht. In dieser Hinsicht wäre es denkbar, dass die Schweiz ein bi- bzw. multilaterales Abkommen mit der EU und

⁶⁸ MARTINA CARONI ET AL., Migrationsrecht, 3. Auflage, 2014, 109 ff.

⁶⁹ MARC SPESCHA, Art. 23 Rz. 1, in : Spescha et al., Migrationsrecht, Kommentar, 4. Auflage, 2015.

⁷⁰ MARC SPESCHA, Art. 30 Rz. 21, in : Spescha et al., Migrationsrecht, Kommentar, 4. Auflage, 2015.

⁷¹ Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE), SR 141.201.

⁷² MARC SPESCHA, Art. 30 Rz. 21, in : Spescha et al., Migrationsrecht, Kommentar, 4. Auflage, 2015.

den Mitgliedstaaten abschliesst, um sich am Regime der ICT-Richtlinie zu beteiligen und eine Art «Personenfreizügigkeit light» für Drittstaatsangehörige im Rahmen von Unternehmenstransfers einzurichten. Realistisch ist dies in Zeiten angespannter bilateraler Beziehungen und politischer Bestrebungen nach einer Begrenzung der Zuwanderung in die Schweiz aktuell jedoch nicht.

Prof. Dr. SARAH PROGIN-THEUERKAUF ist Professorin für Europarecht und europäisches Migrationsrecht an der Universität Fribourg, Co-Direktorin des Zentrums für Migrationsrecht und Leiterin des Unterprojekts 6 im Rahmen des NCCR-on the move.

Der wissenschaftliche Beitrag basiert auf Forschung im Rahmen des NCCR-on the move, der durch den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF) finanziert wird.