

Thomas Schwab*

Überblick zum US-amerikanischen Visumrecht

Der folgende Beitrag soll einen kurzen Überblick über das US-amerikanische Visumrecht geben und einige der für die Praxis relevantesten Visakategorien – E-1, E-2, L-1A und L-1B, H-1B und H-2B – in ihren Grundzügen darstellen. Von Interesse dürfte der Überblick nicht nur für kleine und mittelständische Unternehmen sein, die auf dem US-Markt vertreten sind oder sich diesen erschließen möchten, sondern auch für Arbeitnehmer, die für einen überschaubaren Zeitraum in den USA leben und arbeiten möchten.

I. Einführung

1. Unterschiede zwischen dem deutschen Aufenthaltsrecht und dem US-amerikanischen Visumrecht

US-Amerikaner genießen, zusammen mit den Staatsangehörigen einiger anderer europäischer und nichteuropäischer Staaten, diverse Vergünstigungen im Hinblick auf die Einreise nach und den Aufenthalt in Deutschland. So ist es ihnen nicht nur erlaubt, zu touristischen Zwecken ohne Visum nach Deutschland einzureisen und sich in Deutschland aufzuhalten (Art. 1 Abs. 2 der *Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von der Visumpflicht befreit sind*). Auch wenn sie beabsichtigen einzureisen, um eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, benötigen sie kein Visum (§ 41 Abs. 1 *AufenthV*). Es genügt, dass sie innerhalb von drei Monaten eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis bei der zuständigen Ausländerbehörde beantragen (§ 41 Abs. 3 *AufenthV*).

Auch die USA gewähren den meisten Mitgliedsstaaten der Europäischen Union die Vergünstigung der visumfreien Einreise, soweit der Aufenthalt nicht 90 Tage überschreiten soll und der Reisende keiner Erwerbstätigkeit nachgehen möchte – die elektronische Einreiseerlaubnis, die im Rahmen des *Visa Waiver Programs* Reisende via Internet vor der Einreise einholen müssen, stellt rechtstechnisch kein Visum dar. Beabsichtigt der Reisende jedoch, in den USA einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, so ist es ihm, im Unterschied zu Regelungen des deutschen Aufenthaltsrechts, nicht möglich, ohne entsprechendes Visum in die USA zu reisen. Er muss vielmehr schon vor der Einreise das für die konkrete Art der Tätigkeit passende Visum bei dem US-Konsulat im Heimatstaat beantragen.

Ausländischen Führungskräften, welche mittels Arbeitsvertrag und/oder Handelsregisterauszug nachweisen, dass sie als Geschäftsführer einer GmbH mit Sitz in Deutschland tätig werden möchten, wird nicht selten an dem Tag, an dem sie bei der zuständigen Ausländerbehörde vorsprechen, eine Aufenthaltserlaubnis erteilt. Zwar kennen auch die USA Visa, die speziell auf Führungskräfte und leitende Angestellte zugeschnitten sind. Allerdings sind die Anforderungen etwas enger gefasst und das Antragsverfahren ist mit etwas mehr Aufwand verbunden.

Auch im Hinblick auf abhängig und nicht in gehobener Position Beschäftigte gibt es Ähnlichkeiten und markante Unterschiede zwischen den US-Bestimmungen und den deutschen Regelungen. Während das deutsche Aufenthaltsgesetz bestimmt, dass eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung grundsätzlich nur im Hinblick auf bestimmte Berufsgruppen, ggf. nur nach Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit, erteilt werden darf (§ 18 Abs. 2 und 3 *AufenthG* i. V. m. §§ 17ff., 25ff. und 32 ff. *BeschV*), gilt für Staatsangehörige der USA wiederum die Ausnahme, dass ihnen jedwede Beschäftigung erlaubt werden kann (§ 34 *BeschV*), wobei die Bundesagentur recht großzügig ist, was die erforderliche Zustimmung anbelangt.

Ausnahmen für Deutsche von den Bestimmungen des US-amerikanischen Einwanderungsrechts bestehen insofern nicht. Es gibt Arbeitsplätze, die von vornherein nicht mit Deutschen oder anderen Ausländern besetzt werden können – ganz abgesehen davon, dass die Anzahl der Visa, die pro Steuerjahr an Personen, die nicht in leitender Position beschäftigt werden sollen, vergeben werden, begrenzt ist und zwar unabhängig von der Art der Tätigkeit und unabhängig davon, wo in den USA der Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

Ein weiterer, nicht ganz unerheblicher Unterschied sei zum Schluss noch genannt. Während wegen der Versagung eines Visums durch eine deutsche Auslandsvertretung Klage zum Verwaltungsgericht Berlin erhoben werden kann – nur die Ablehnung eines Touristenvisums an der Grenze ist unanfechtbar – und der Antragsteller vor Klageerhebung die Möglichkeit hat, nicht-förmliche Gegenvorstellung zu erheben, ist ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung eines Visums durch ein US-Konsulat nicht gegeben.

Erstaunt über die Voraussetzungen, die für die Gewährung eines entsprechenden Visums erfüllt werden müssen, sind deshalb nicht nur viele Deutsche, die in den USA einer Beschäftigung nachgehen möchten. Auch viele US-Arbeitgeber, die Deutsche einstellen möchten, sind sich über die Bedingungen und den Aufwand des Verfahrens oft nicht im Klaren.

Im Folgenden sollen deshalb die wichtigsten Visa, die für Deutsche, die in den USA einer Erwerbstätigkeit nachgehen möchten, in Frage kommen, in ihren Grundzügen vorgestellt werden.

2. Rechtsquellen

Die Bestimmungen zum US-amerikanischen Einwanderungsrecht sind zusammengestellt im achten Buch des *United States Code (Aliens and Nationality)*, insbesondere ab *Section 1101 (Immigration and Nationality)*. In *Section 1101* Absatz 15 findet sich eine negative Definition des Begriffs *immigrant*. Einwanderer, so heißt es dort, seien alle Ausländer mit Ausnahme der folgenden Gruppen von Nichteinwanderern (*classes of nonimmigrant aliens*).

Daneben befasst sich der *Code of Federal Regulations* mit der Materie, insbesondere in den Büchern 8 (*Aliens and Nationality*) und 22 (*Foreign Relations*). Der *Code of Federal Regulations* ist vergleichbar mit Rechtsverordnungen im deutschen Recht und enthält Auslegungen und Konkretisierungen der Exekutive zu den Bestimmungen des *United States Code*.

* Rechtsanwalt für US-Visumrecht und deutsches Aufenthaltsrecht bei WINHELLER Rechtsanwälte, Karlsruhe. Die Kanzlei mit Hauptsitz in Frankfurt sowie Besprechungsräumen in Berlin, Hamburg und München berät vorwiegend mittelständische Unternehmen. (www.winheller.com).

3. Bezeichnung der Visakategorien

Die Buchstaben, unter denen die verschiedenen Gruppen von Nichteinwanderern sodann spezifiziert werden, dienen üblicherweise als Abkürzung für das jeweilige Visum. So finden sich z. B. die Bestimmungen zum Touristen- und Geschäftsvisum (B-1 und B-2 Visum) in *Section 1101(15)(B)*:

„(15) The term ‚immigrant‘ means every alien except an alien who is within one of the following classes of nonimmigrant aliens [...] (B) an alien (other than coming for the purpose of study or of performing skilled or unskilled labor or as a representative of foreign press, radio, film, or other foreign information media coming to engage in such vocation) having a residence in a foreign country which he has no intention of abandoning and who is visiting the United States temporarily for business or temporarily for pleasure [...]“.

Entsprechend gibt es Visa, die mit den Buchstaben A bis V bezeichnet werden, von solchen für Diplomaten und deren Angehörige (A-Visa), über solche für Sportler und Künstler (O-Visa), bis hin zu Visa für Personen, die im Besitz von Informationen sind, die für Bundesbehörden oder Behörden der Einzelstaaten bei der Strafermittlung oder -verfolgung von Nutzen sein können (S-Visa).

Die weitere Untergliederung durch Ziffern ergibt sich, wenn nicht unmittelbar aus dem *United States Code* (z. B. E-1, E-2), aus dem achten Buch des *Code of Federal Regulations*, § 214.1 (z. B. B-1, B-2).

4. Unterscheidung zwischen Visum und Status

Zunächst ist voranzuschicken, dass ein Visum keinen Anspruch darauf gibt, in die USA eingelassen zu werden. Die *officers* der US-Zollbehörde (*U.S. Customs and Border Protection*) entscheiden unabhängig von der Erteilung eines Visums durch ein US-Konsulat darüber, ob jemand in die USA eingelassen oder wieder zurückgeschickt wird.

Die Rechte, die ein Visum gewährt, ist man einmal in den USA, nennt man *status*. Mit einem Touristenvisum (B-2) darf man beispielsweise in den USA reisen, nicht aber eine Schule besuchen oder gar arbeiten, während man mit einem „Studentenvisum“ (F-1 oder M-1) zwar eine Ausbildungseinrichtung besuchen, jedoch nur unter eng umgrenzten Voraussetzungen auch arbeiten darf. Ein Visum ist aber nicht Voraussetzung, um die damit verbundenen Rechte in Anspruch nehmen zu können. Ist man mit einem Touristenvisum eingereist, so ist es unter gewissen Umständen möglich, beispielsweise die Rechte, die ein Studentenvisum gewährt, zu erwerben, indem man einen sog. *change of status* beantragt. Wird dieser gewährt, so kann man legal in den USA studieren. Reist man dann allerdings z. B. in den Semesterferien aus und möchte später zur Fortsetzung des Studiums wieder einreisen, wird es problematisch. Denn man hat nicht das entsprechende Visum und ein solches ist Voraussetzung, um zu Studienzwecken in die USA einreisen zu dürfen. Es bleibt nichts anderes übrig, als das erforderliche Visum bei einem US-Konsulat im Ausland zu beantragen. Dass das Konsulat dabei nicht an die Entscheidung und Einschätzung der US-Einwanderungsbehörde, welches den *change of status* gewährt hat, gebunden ist, sei nur am Rande erwähnt.

Ferner muss zwischen der Gültigkeitsdauer des Visums und der vom Grenzbeamten erlaubten Dauer des Aufenthalts unterschieden werden. Ein Touristenvisum kann, so die Bestimmungen (22 CFR § 41.112(b)(2)), für eine maximale Gültigkeitsdauer von zehn Jahren ausgestellt werden. Das heißt allerdings nicht, dass man sich mit einem solchen Visum zehn Jahre in den USA aufhalten darf, sondern nur, dass man zehn Jahre lang zu entsprechenden Zwecken um Einlass in die USA

nachsuchen darf. Wie lange man im Rahmen einer konkreten Reise bleiben darf, entscheidet wiederum der *officer* der US-Zollbehörde auf Grundlage der konkreten Umstände des Einzelfalls. Mit einem Touristenvisum kann man maximal für einen Aufenthalt von sechs Monaten am Stück in die USA eingelassen werden.

5. Einwanderungsabsichten

Für die USA ist zunächst einmal jeder Antragsteller ein potentieller Einwanderer. Beantragt er ein Nichteinwanderungsvisum, so ist es an ihm, darzulegen, dass er keine Einwanderungsabsichten hegt. Allerdings stellen die unterschiedlichen Visa auch in dieser Hinsicht unterschiedliche Anforderungen. Während die Konsulatsbeamten bei E-Visa gehalten sind, nur bei einem konkreten Verdacht, dass der Antragsteller Einwanderungsabsichten hegt, dieses Thema anzusprechen und vom Antragsteller Nachweise zu verlangen, schadet es bei einem L-Visum nicht einmal, wenn zur Zeit der Antragstellung schon ein Antrag für eine *Greencard* anhängig ist. Auf der anderen Seite muss ein H-2B Aspirant mit seinem Antrag Unterlagen einreichen, welche dem Konsulat zu seiner Zufriedenheit belegen, dass er einen Wohnsitz außerhalb der USA hat und ihn auch beizubehalten gedenkt.

6. Ehegatten und Kinder

Ehegatten und Kinder unter 21 Jahren können ein sog. *derivatives* Visum (E-1, E-2, L-2, H-4) beantragen. Mit Ausnahme des H-4 Visums berechtigt es bei den hier zu besprechenden Visa zumindest den Ehegatten auch zur Aufnahme einer Arbeit in den USA.

II. Die wichtigsten Visakategorien im Einzelnen

1. Das E-1 Handelsvisum

Das E-1 Handelsvisum, wie auch das E-2 Investorenvisum haben zur Grundlage den zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland geschlossenen und am 14.07.1956 in Kraft getretenen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag. Dort heißt es in Art. II, dass Angehörige beider Staaten sich auf dem Gebiet des jeweils anderen insbesondere aufhalten dürfen, „um Handel zwischen den Gebieten der beiden Vertragsteile zu treiben“ oder ein „Unternehmen aufzubauen und zu betreiben, in dem sie beträchtliches Kapital angelegt haben oder tatsächlich anzulegen im Begriff stehen“.

Die grundlegende Bestimmung zum E-1 Visum in 8 USC § 1101(a)(15)(E) lautet:

„(E) an alien entitled to enter the United States [...] (i) solely to carry on substantial trade, including trade in services or trade in technology, principally between the United States and the foreign state of which he is a national [...]“.

Konkretisiert wird dies in 22 CFR § 41.51.

Eine Bedingung des E-1 Visums ist, dass der Antragsteller und die Person, für die, oder das Unternehmen, für das er arbeitet bzw. arbeiten möchte, dieselbe Nationalität haben, wobei sich bei Unternehmen die Nationalität nach den als Eigentümer hinter diesen stehenden, natürlichen Personen bestimmt. Ist der Antragsteller Deutscher, so muss das Unternehmen, für welches er arbeiten möchte, mindestens zu 50% deutschen Staatsbürgern gehören – die insofern allerdings nur dann als Deutsche zählen, wenn sie nicht mit einer *Greencard* als *Permanent Legal Residents* in den USA leben. Obwohl die USA mit diversen Ländern entsprechende Freundschaftsverträge

abgeschlossen haben, so z. B. auch mit der Schweiz, ist es damit nicht möglich, als Deutscher mit einem E-Visum für ein Unternehmen in den USA zu arbeiten, das Schweizer Staatsbürgern gehört.

Der Handel, der weiterhin Voraussetzung ist, muss zu mehr als 50% zwischen den beiden Vertragsstaaten abgewickelt werden. *Treaty Trader* wäre also beispielsweise nicht ein deutsches Unternehmen, das Waren in alle Welt vertreibt, jedoch nur zu 40% in die USA, sehr wohl aber z. B. das US-Tochterunternehmen, das Waren lediglich vom Mutterunternehmen bezieht und vorwiegend in den USA weiterverkauft. Dabei ist zu beachten, dass, soll ein Antragsteller in einer Zweigstelle ohne eigene Rechtspersönlichkeit in den USA beschäftigt werden, es auf den Handel des Unternehmens selbst ankommt, nicht auf die Geschäftstätigkeit der Zweigstelle.

Damit ein Antrag Aussicht auf Erfolg hat, muss der Handel schon im Gange sein. Ein Unternehmen, das erst im Aufbau begriffen ist, qualifiziert sich also auch dann noch nicht als *Treaty Trader*, wenn alle Voraussetzungen „auf dem Papier“ und ausweislich z. B. eines Geschäftsplanes erfüllt sind. Auch der Umfang des Handels spielt eine entscheidende Rolle. Wichtiger als der Umsatz, der dabei getätigt wird, ist, dass ein kontinuierlicher Gütertausch stattfindet bzw. stattfinden soll. Ist dann der Gewinn aus dem Handel derart, dass der Antragsteller und seine Familie davon leben können, so genügt dies – im Unterschied zum E-2 Investorenvisum – im Regelfall.

An die Art der Güter, mit denen Handel betrieben wird, werden keine besonderen Bedingungen gestellt, in Frage kommen sowohl Waren, als auch Dienstleistungen unterschiedlichster Art.

Ist der Antragsteller nicht selbst der *Treaty Trader*, sondern ist dies beispielsweise ein Unternehmen in den USA, so qualifiziert sich der Antragsteller nur dann für ein E-1 Visum, wenn er beim US-Unternehmen in leitender Position (*executive* oder *supervisory*) beschäftigt werden soll oder er spezielle Kenntnisse (*Special Qualifications*) hat, die wesentlich für den Erfolg des Unternehmens sein müssen. Ausschlaggebend ist dafür nicht in erster Linie ein *job title*, sondern die Rechte, Pflichten und Aufgaben des Antragstellers im US-Unternehmen. Um als *executive* oder *supervisory Employee* zu gelten, sollten ihm weitere Arbeitnehmer untergeordnet sein. Ob die Kenntnisse, die der Antragsteller vorweisen kann, ihn als *essential employee* qualifizieren, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Kriterien sind u. a., wie viel Erfahrung im einschlägigen Bereich der Antragsteller vorzuweisen hat und wie hoch das Gehalt ist, das er beanspruchen kann, ferner z. B. auch, ob US-Arbeitnehmer den Arbeitsplatz ebenso gut ausfüllen könnten.

2. Das E-2 Investorenvisum

Wie schon angesprochen, geht auch das Investorenvisum auf den oben genannten, zwischen den USA und Deutschland geschlossenen Vertrag zurück. Zum E-2 Visum heißt es in 8 USC § 1101(a)(15)(E):

„[...] an alien entitled to enter the United States [...] (ii) solely to develop and direct the operations of an enterprise in which he has invested, or of an enterprise in which he is actively in the process of investing, a substantial amount of capital [...].”

Im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit des Antragstellers und die Nationalität des Unternehmens gilt das oben Gesagte.

Ähnlich, wie beim E-1 Visum der Handel schon am Laufen sein muss, muss vor Beantragung eines E-2 Visums schon

investiert worden sein – beispielsweise indem Barvermögen oder Darlehen, für welche der Investor persönlich Sicherheit geleistet hat, zum Kauf eines US-Unternehmens verwandt oder indem einer US-Vertriebsgesellschaft von einem produzierenden, deutschen Mutterunternehmen zum Weiterverkauf bestimmte Waren unentgeltlich zur Verfügung gestellt und in die USA verschifft worden sind. Auch die Überweisung von Geldern auf das Geschäftskonto eines US-Unternehmens gilt als Investition, wenn die Gelder für das Alltagsgeschäft (*routine business operations*) Verwendung finden sollen. Selbst gewerbliche Schutzrechte wie Patente oder Marken können investiert werden. Vielen Investitionswilligen bereitet es Unbehagen, dass auch bei ausreichender vorheriger Investition die Erteilung eines E-2 Investorenvisums nicht garantiert werden kann. Es besteht deshalb die Möglichkeit, Gelder, z. B. für den Kauf eines Unternehmens, auf ein Treuhandkonto in den USA einzuzahlen und ihre Auszahlung an den Verkäufer unter die alleinige Bedingung zu stellen, dass das E-2 Investorenvisum erteilt wird. Dies wird als ausreichend dafür angesehen, dass bereits investiert worden ist.

Das Unternehmen, in das investiert wird, muss allerdings ein *bona fide enterprise*, Unternehmensgegenstand die gewinnorientierte Produktion von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen sein. Weil sie nicht gewinnorientiert arbeiten, kommt ein E-2 Visum für Non-Profit-Unternehmen nicht in Frage. Aber auch der Kauf von Grund und Boden allein in der Erwartung, es werde im Wert steigen, ist kein „*real and active commercial or entrepreneurial undertaking*“, für welches ein E-2 Visum erteilt werden kann. Entscheidend ist, ob das Unternehmen die tägliche Anwesenheit des Investors oder eines Angestellten erfordert.

Wie oben zitiert ist weiterhin Bedingung, dass die Investition ihrer Höhe nach *substantial* ist. Konkrete Zahlenvorgaben macht das Gesetz nicht. Die Investition muss beträchtlich sein im Verhältnis zu den Kosten, welche für den Kauf oder die Errichtung eines vergleichbaren Unternehmens aufgewandt werden müssen – je geringer dabei die Kosten sind, um so höher muss die vorab getätigte Investition sein, um als „beträchtlich“ zu gelten. Ferner soll die Investition von einer Höhe sein, die die Bereitschaft des Investors, sich aktiv um den Erfolg des Unternehmens zu bemühen, gewährleistet und die erwarten lässt, dass ihm dies auch gelingt.

Weiterhin erforderlich ist, dass das Unternehmen gewinnorientiert arbeitet und zumindest innerhalb der nächsten fünf Jahre ein Einkommen erwirtschaften wird, welches zu mehr als zur Sicherung des Lebensunterhaltes des Investors und seiner Familie hinreicht. Die Beschäftigung weiterer Arbeitnehmer macht das Gesetz zwar nicht zur Bedingung, sie wäre jedoch ein Beleg dafür, dass die Einnahmen des Unternehmens nicht *marginal* ist.

Der Investor muss maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens haben, sei es dadurch, dass er Gesellschafter zu mindestens 50% ist, sei es, dass er als Manager die Unternehmenspolitik entscheidend bestimmt. Ist der Antragsteller nicht zugleich der Investor, so muss er als Angestellter des Investors oder des US-Unternehmens mit den Rechten eines leitenden Angestellten (s. o. *executive, supervisory*) ausgestattet sein oder besondere Kenntnisse (s. o. *special qualifications*) aufweisen.

Ein E-Visum kann zunächst für fünf Jahre ausgestellt werden, wenn auch die Praxis zeigt, dass es gerade bei Neugründungen kleiner Unternehmen auf zwei Jahre befristet wird. Dann allerdings kann es beliebig oft verlängert bzw. neu beantragt werden. Theoretisch ist es also möglich, mit einem E-Visum

sein gesamtes Leben als Nichteinwanderer in den USA zu verbringen.

3. L-Visum (*Intracompany Transferee-Visum*)

Zum L-Visum heißt es in 8 USC § 1101(a)(15)(L):

„[...] an alien who, within 3 years preceding the time of his application for admission into the United States, has been employed continuously for one year by a firm or corporation or other legal entity or an affiliate or subsidiary thereof and who seeks to enter the United States temporarily in order to continue to render his services to the same employer or a subsidiary or affiliate thereof in a capacity that is managerial, executive, or involves specialized knowledge [...].“

Anders als bei den besprochenen E-Visa genügt es für ein L-1 Visum nicht, beim US-Konsulat einen entsprechenden Antrag zu stellen. Zunächst einmal muss der potentielle Arbeitgeber des Antragstellers eine Petition bei der Einwanderungsbehörde in den USA einreichen:

„[...] The question of importing any alien as a nonimmigrant under subparagraph [...] (L) [...] of section 1101(a)(15) of this title [...] shall be determined by the Attorney General [...] upon petition of the importing employer.“ (8 USC § 1184(c)(1))

Eine Voraussetzung des L-Visums ist, dass der *Petitioner* und das Unternehmen im Ausland, bei welchem der Antragsteller bislang angestellt war, in einer bestimmten Beziehung zueinander stehen. Der *Petitioner* muss entweder eine Zweigstelle (*branch*) des ausländischen Unternehmens, eine Mutter-, Tochter- (*parent, subsidiary*) oder Schwestergesellschaft (*affiliate*) sein. Eine Mutter-Tochter-Beziehung liegt nur vor, wenn ein Unternehmen das andere kontrolliert, sei es, weil es Mehrheitsgesellschafter ist oder sei es, weil es faktische Herrschaftsmacht ausübt. Eine qualifizierende Schwestergesellschaft ist ein Unternehmen nur dann, wenn beide Unternehmen denselben Eigentümer haben oder, wenn sie beide mehrere Gesellschafter haben, diese bei beiden Unternehmen auch in grundsätzlich derselben Höhe beteiligt sind. Gründet beispielsweise der Alleingesellschafter einer deutschen GmbH eine Vertriebsgesellschaft in den USA, an der er selbst und seine drei Kinder zu je ¼ beteiligt sind, so ist es nicht möglich, auch nur einen der Beteiligten mit einem L-Visum in den USA für die Vertriebsgesellschaft arbeiten zu lassen. An die Nationalität von Unternehmen und Antragsteller werden keine speziellen Anforderungen gestellt.

Weitere Bedingung ist, dass der *Petitioner* und der Antragsteller in einer Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung stehen bzw. stehen sollen. Maßgeblich ist dabei weniger, von wem der Antragsteller bezahlt werden wird, als vielmehr, wer ihm Weisungen erteilen kann. Bleibt der Antragsteller während seiner Tätigkeit in den USA formal Angestellter des ausländischen Unternehmens und unterliegt er nicht in irgendeiner Weise der Kontrolle des US-Unternehmens, so qualifiziert er sich nicht für ein L-Visum.

Der *Petitioner* bzw. eine qualifizierende Organisation (Zweigstelle, Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaft) muss ferner auf kontinuierlicher Basis und über Angestellte Geschäftstätigkeiten in einem weiteren Land als den USA entfalten. Es ist explizit ausgeschlossen, dass sich ein Einzelunternehmer in die USA versetzt und während seines Aufenthalts die Geschäftstätigkeit im Herkunftsland ruht. Im Unterschied allerdings zum E-Visum kommt das L-Visum auch für Non-profit-Unternehmen, für Wohltätigkeitsorganisationen oder religiöse Gemeinschaften in Betracht.

Der Antragsteller seinerseits hat nachzuweisen, dass er während der letzten drei Jahre vor seiner geplanten Reise in die USA für mindestens ein Jahr in Vollzeit und durchgehend beim *Petitioner* oder einem qualifizierenden Unternehmen in einer der geforderten Positionen angestellt war. Dies ist zwingend. Auch mehrere Jahre einer Teilzeitbeschäftigung können das Einjahreserfordernis nicht ersetzen. Möglich ist es allerdings, dass die Vollzeitbeschäftigung auf mehrere qualifizierende Unternehmen oder Organisationen aufgeteilt war. Zeiten, die der Antragsteller in den USA verbracht hat, sei es als Tourist oder auch geschäftlich für eine qualifizierende Organisation, unterbrechen zwar nicht die Anstellung außerhalb der USA, werden aber nicht auf das erforderliche eine Jahr angerechnet. Mit anderen Worten: Ist ein Antragsteller z. B. elf Monate bei einem deutschen Unternehmen angestellt und wird dann auf Grundlage eines Geschäftsvisums für einen Monat in den USA tätig, so „verfallen“ zwar nicht die elf Monate, er erfüllt aber nach seiner Rückkehr trotz einer Beschäftigungszeit von zwölf Monaten noch nicht das Einjahreserfordernis.

Ähnlich wie beim E-Visum kommen für ein L-Visum nur Angestellte in leitender Position (*managerial* oder *executive*, L-1A Visum) oder mit Spezialkenntnissen (*specialized knowledge*, L-1B Visum) in Frage. Es genügt allerdings nicht, dass der Antragsteller eine entsprechende Position in den USA einnehmen soll, er muss auch während seiner Beschäftigung außerhalb der USA eine der drei Positionen innegehabt haben. Unproblematisch ist es dabei, wenn er beispielsweise in den USA als Geschäftsführer tätig werden soll, vorher jedoch nur in untergeordneter Position als Angestellter mit Spezialkenntnissen gearbeitet hat – oder umgekehrt.

4. H-1B Visum

Zum H-Visum heißt es in 8 USC § 1101(a)(15)(H):

“[...] an alien (i) [...], who is coming temporarily to the United States to perform services [...] in a specialty occupation described in section 214(i)(1) or as a fashion model, who meets the requirements for the occupation specified in section 214 (i) (2) or, in the case of a fashion model, is of distinguished merit and ability, and with respect to whom the Secretary of Labor determines and certifies to the Attorney General that the intending employer has filed with the Secretary an application [...].”

Ein hier genanntes Schlüsselkriterium ist *specialty occupation*. Dieser Begriff wird näher definiert in 8 USC § 1184(i)(1):

„Except as provided in paragraph (3), for purposes of section 1101(a)(15)(H)(i)(b) of this title, [...] the term ‘specialty occupation’ means an occupation that requires

(A) theoretical and practical application of a body of highly specialized knowledge, and

(B) attainment of a bachelor’s or higher degree in the specific specialty (or its equivalent)

as a minimum for entry into the occupation in the United States.“

Wie aus dem Gesetzeszitat hervorgeht, kommt das H-1B Visum nur für spezielle Berufsfelder in Frage. Im Unterschied zu den bislang besprochenen Visa werden allerdings keine besonderen Anforderungen an die im Unternehmen einzunehmende Position, an bestimmte Investitionssummen oder an die Unternehmensstruktur gestellt. Das H-1B Visum ist also das Visum für den „einfachen“ Angestellten und Arbeitnehmer, der in einem mehr oder weniger beliebigen US-Unternehmen arbeiten möchte.

Voraussetzung ist allerdings, dass der Antragsteller einen Abschluss hat, der einem US-amerikanischen *Bachelor* zumindest gleichkommt, und der US-Arbeitsplatz, der ihm angeboten wird, diese Ausbildung auch *in concreto* erfordert. Wer sein Studium nicht in den USA absolviert hat, kann die Gleichwertigkeit seiner Ausbildung mittels privater Organisationen, die sich auf diese Tätigkeit spezialisiert haben, überprüfen und ggf. bestätigen lassen. Obwohl die Einwanderungsbehörde an die Entscheidung der Organisationen nicht gebunden ist, muss ein entsprechendes Zertifikat zwingend bei Antragstellung eingereicht werden. Wenn der Antragsteller keinen gleichwertigen Abschluss nachweisen kann, heißt dies allerdings noch nicht, dass ein H-1B Visum für ihn nicht in Frage kommt, da es die Möglichkeit gibt, einen fehlenden Abschluss über Praxiserfahrung „auszugleichen“, soweit diese sich auch darin widerspiegelt, dass dem Antragsteller in der Vergangenheit entsprechende Verantwortung übertragen worden ist (vgl. 8 USC 1184(i) (2)(C)). Für jedes Jahr, das die College-Ausbildung regulär gedauert hätte und der Antragsteller nicht absolviert hat, sind drei oder fünf Jahre Praxiserfahrung im jeweiligen Bereich nachzuweisen, 8 CFR § 214.2(h)(4)(iii)(D)(5):

„For purposes of determining equivalency to a baccalaureate degree in the specialty, three years of specialized training and/or work experience must be demonstrated for each year of college-level training the alien lacks. For equivalence to an advanced (or Masters) degree, the alien must have a baccalaureate degree followed by at least five years of experience in the specialty.“

Wie beim L-Visum ist auch beim H-1B Visum das Verfahren zwei- bzw. dreigeteilt. Der erste Schritt besteht darin, dass der Arbeitgeber beim *U.S. Department of Labor* einen Antrag für eine sog. *Labor Condition Attestation* einreicht. Dafür muss ein Formular ausgefüllt werden, in dem diverse Angaben zu machen sind: U. a. ist der Arbeitsplatz, der mit einem H-1B Antragsteller besetzt werden soll, mittels eines Zahlencodes zu beschreiben und ist die Anzahl von Arbeitnehmern mit H-1B Status, welche der Arbeitgeber beschäftigt, zu nennen. Ferner ist das Gehalt offenzulegen, das dem Antragsteller gezahlt werden soll, und zu versichern, dass es nicht unter dem Durchschnittsgehalt („*Prevailing Wage*“) liegt, welches andere Unternehmen in der Region Arbeitnehmern, die in einer Position arbeiten, die mit der, für die sich der H-1B Antragsteller bewirbt, vergleichbar ist, zahlen. Der Arbeitgeber muss des Weiteren versichern, dass es aktuell keine Streiks oder Aussperrungen gibt. Zu beachten ist, dass er das Formular nicht früher als sechs Monate vor der geplanten Arbeitsaufnahme durch den H-1B Antragsteller einreichen kann.

Akzeptiert das *U.S. Department of Labor* die *Labor Condition Attestation*, so wird der Arbeitgeber hierüber entsprechend informiert, so dass er zum zweiten Schritt übergehen und eine *Petition* bei der Einwanderungsbehörde einreichen kann. Diese benötigt in der Regel mehrere Monate für ihre Entscheidung. Durch Zahlung einer sog. *premium processing* Gebühr, welche zurzeit USD 1.225 beträgt, verpflichtet sich die Einwanderungsbehörde, den Fall innerhalb von 15 Kalendertagen zu bearbeiten. Billigt die Einwanderungsbehörde die *Petition*, so schließt sich in einem dritten Schritt das Verfahren beim US-Konsulat im Heimatland des Antragstellers an.

Ein Nachteil des H-1B Visums ist, dass pro Steuerjahr (*fiscal year*, FY 2012 z. B. vom 1. Oktober 2011 bis zum 30. September 2012) nur eine begrenzte Anzahl von Visa vergeben bzw. *Petitionen* angenommen wird. Zurzeit sind dies 65.000, wobei 20.000 *Petitionen*, die für Antragsteller mit einem *U.S.*

Master-Abschluss eingereicht werden, nicht auf dieses Kontingent angerechnet werden, so dass praktisch 85.000 Visa zur Verfügung stehen. Ebenfalls von der Kontingentierung nicht betroffen sind Antragsteller, die z. B. an einer Universität, einer dieser angeschlossenen Non-Profit-Organisation oder einer von der Regierung getragenen Forschungseinrichtung mitarbeiten möchten.

Vorausgesetzt, der Arbeitsplatz soll solange mit dem Antragsteller besetzt werden, wird das H-1B Visum zunächst für einen Aufenthalt von drei Jahren ausgestellt. Eine Verlängerung für weitere drei Jahre ist möglich, so dass der Maximalaufenthalt, den ein H-1B Visum gewährt, sechs Jahre beträgt. Ist allerdings ein Antrag für eine *Greencard* anhängig, so sind weitere Verlängerungen über die Maximalaufenthaltszeit hinaus möglich. Ist dies nicht der Fall, muss der Antragsteller allerdings, bevor ein neues H-1B Visum ausgestellt werden kann, ein Jahr außerhalb der USA verbracht haben.

5. H-2B Visum

Zum H-2B Visum heißt es in 8 USC § 1101(a)(15)(H)(ii)(b):

“(b) having a residence in a foreign country which he has no intention of abandoning who is coming temporarily to the United States to perform other temporary service or labor if unemployed persons capable of performing such service or labor cannot be found in this country [...]“

Wie beim H-1B gibt es auch für das H-2B Visum ein Kontingent, das nicht überschritten werden kann. Pro Steuerjahr können 66.000 H-2B Visa vergeben bzw. *Petitionen* gebilligt werden.

Aus dem Gesetzestext wird deutlich, dass das H-2B Visum für Arbeitsplätze jedweder Art zur Verfügung steht – sieht man einmal davon ab, dass es für Tätigkeiten im landwirtschaftlichen Bereich ein spezielles Visum gibt. Auch ungelernete Kräfte erhalten somit die Möglichkeit, in den USA zu arbeiten. Voraussetzung ist allerdings, dass der für den Arbeitsplatz vorgesehene Ausländer die Qualifikationen vorweisen kann, welche der Arbeitsplatz erfordert. Voraussetzung ist, wie aus dem Zitat auch hervorgeht, dass US-Arbeitnehmer für den Arbeitsplatz nicht gefunden werden konnten.

Eine weitere Einschränkung liegt darin, dass ein H-2B Visum zwar für praktisch fast jedes Berufsfeld zur Verfügung steht, der Arbeitsplatz, für den sich der Ausländer bewirbt, aber nicht ständig, sondern aufgrund seiner Natur nur zeitlich befristet zur Verfügung stehen und eine Daueranstellung nicht rechtfertigen darf. Die Befristung kann sich z. B. daraus ergeben, dass es gilt, jährlich wiederkehrende Belastungsspitzen, z. B. in der Tourismusbranche während der Urlaubszeit, zu bewältigen oder dass z. B. ein Großauftrag zu bearbeiten ist, wie er nur selten hereinkommt und der entweder zusätzliche Arbeitskräfte, wie sie der Arbeitgeber auch sonst beschäftigt, erfordert, oder der zu seiner Bearbeitung Personal mit Qualifikationen benötigt, wie sie der Arbeitgeber in seinem Betrieb üblicherweise nicht beschäftigt und nach Abschluss des Großauftrages auch nicht zu beschäftigen beabsichtigt.

Der Ablauf des Verfahrens ist vergleichbar mit dem zum H-1B Visum Besprochenen. Zunächst muss der Arbeitgeber eine *Temporary Labor Certification* bei der zuständigen Arbeitsbehörde des Einzelstaates („*Local State Workforce Agency*“) einreichen, wobei die eigentliche Entscheidung allerdings dem *U.S. Department of Labor* obliegt. Der Antrag kann auch hier höchstens sechs Monate vor der geplanten Arbeitsaufnahme durch den Ausländer gestellt werden, wobei ebenfalls zu be-

rücksichtigen ist, dass zwischen dem Einreichen der Unterlagen und der Entscheidung der Behörde mehrere Wochen bis Monate vergehen können. Der Arbeitgeber muss beschreiben, welche Schritte er unternommen hat, um US-Arbeitnehmer für den Arbeitsplatz zu finden. Die staatliche Arbeitsbehörde wird die Stelle dann für einen Zeitraum von zehn Tagen ausschreiben. Innerhalb dieses Zeitraums muss der Arbeitgeber an drei aufeinanderfolgenden Tagen eine Stellenanzeige, die genau vorgeschriebene Mindestangaben enthalten muss, in einer Zeitung oder einem sonstigen, einschlägigen Medium aufgeben. Finden sich keine US-Arbeitnehmer für den Arbeitsplatz, so kann der Arbeitgeber die Petition bei der Einwanderungsbehörde einreichen. Auch hier gibt es die Möglichkeit des *premium processing*.

Billigt die Einwanderungsbehörde den Antrag, so schließt sich in einem dritten Schritt das Verfahren beim US-Konsulat, das für den gewöhnlichen Aufenthalt des Ausländers zuständig ist, an. Das Konsulat ist ermächtigt, das H-Visa für einen Zeitraum auszustellen, der es dem Antragsteller ermöglicht, bis zu zehn Tage vor der geplanten Aufnahme der Arbeit in die USA zu reisen und bis zu zehn Tage nach der regulären Beendigung des Arbeitsverhältnisses in den USA zu bleiben.

Das Visum ist für den Zeitraum gültig, für den der Arbeitsplatz zur Verfügung steht, zunächst jedoch höchstens für ein Jahr. Danach kann der Aufenthalt, soweit die Voraussetzungen, wie z. B. die zeitliche Befristung des Arbeitsplatzes, vorliegen, in Einjahresschritten auf bis zu insgesamt drei Jahre verlängert werden. Auch hier gilt, dass der Antragsteller ein Jahr außerhalb der USA verbracht haben muss, bevor er erneut ein H-Visum beantragen kann.

Meike Bever*

Die Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Internationalen Privatrecht – Die Reform der Rom II-Verordnung und Lehren aus den USA

Bericht zum 4. Hamburg International Media Law Forum

I. Problemaufriss

Bei Streitigkeiten wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien sind grenzüberschreitende Bezüge aufgrund einer zunehmend internationalen Berichterstattung keine Seltenheit mehr. Trotz der fortschreitenden Europäisierung des IPR wird das anwendbare Recht für diese Fälle in der für das Delikt kollisionsrecht maßgeblichen Rom II-Verordnung¹ allerdings nicht bestimmt (Art. 1 II g) der Verordnung). Die mannigfaltigen medialen, individuellen und öffentlichen Interessen, die dieses Rechtsgebiet berührt und die in den Mitgliedstaaten eine ganz unterschiedliche Ausgestaltung erfahren haben, verhinderten 2007 die Einigung auf eine Anknüpfungsregel. Auf Grundlage der Überprüfungs Klausel in Art. 30 II der Verordnung wird nun jedoch erneut über eine europäische

* Die Autorin ist Wiss. Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

¹ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ABl.EU 2007 Nr. L 199, S. 40).

III. Empfehlung

Wie gesagt ist es dem US-Amerikaner in Deutschland möglich, direkt bei der zuständigen Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis zu beantragen. Die Behörden sind dabei in aller Regel sehr kooperativ, die Gebühren relativ gering. Das Antragsformular kann vor Ort und mit Unterstützung des Sachbearbeiters ausgefüllt werden, der dem Antragsteller auch sagt, welche Unterlagen er zur Bearbeitung benötigt.

Im Unterschied dazu ist es dem Antragsteller für ein US-Visum, wenn überhaupt, nur selten möglich, den Sachbearbeiter direkt anzusprechen, um in Erfahrung zu bringen, welches Visum sich für seinen Fall am besten eignet und welche Unterlagen er beizubringen hat. Auch sind die Kosten für ein Arbeitsvisum erheblich höher als für eine deutsche, zur Arbeit berechtigende Aufenthaltserlaubnis. Bei Visa, bei denen der US-Arbeitgeber zunächst eine Petition bei der Einwanderungsbehörde einreichen muss, können die Antrags- und sonstigen behördlichen Gebühren mehrere Hundert US-Dollar betragen. In solchen Fällen kann auch für das Nachreichen von Unterlagen eine Gebühr wiederum im dreistelligen Bereich erhoben werden.

Es empfiehlt sich also, sich ausreichend Zeit für die Vorbereitung eines Antrags für ein US-Visum zu reservieren und spätestens, wenn sich Unklarheiten ergeben, sachkundigen Rat einzuholen. Eine gute Vorbereitung ist auch deshalb nötig, weil die Sachbearbeiter, die über den Antrag entscheiden, ein weites Ermessen haben und es bei US-Visa, wie oben angesprochen, gegen eine ablehnende Entscheidung in aller Regel keine Reklamationsmöglichkeit gibt.

Kollisionsnorm diskutiert². Dabei bietet es sich an, einen Blick auf das Kollisionsrecht in den USA zu werfen, das ebenfalls die Schwierigkeiten bewältigen muss, die sich aus der Geltung verschiedener Einzelrechtsordnungen ergeben.

II. Einführungen

Vor diesem Hintergrund lud die Deutsch-Amerikanische Juristen-Vereinigung am 16. Mai 2011 zum 4. Hamburg International Media Law Forum (IMLF)³ in das Max-Planck-Institut

² Maßgebliche Grundlagen der bisherigen Diskussion sind die rechtsvergleichende *Mainstrat Study* (Study JLS/2007/C4/028), der Bericht der britischen *Libel Working Group* vom 23.3.2010, abrufbar unter <http://www.justice.gov.uk/publications/docs/libel-working-group-report.pdf>, und das von *Diana Wallis*, MEP, erarbeitete *Working Document* vom 23.6.2010, abrufbar unter <http://conflictoflaws.net/2010/rome-ii-and-defamation-diana-wallis-and-the-working-paper>.

³ Zum 1.-3. IMLF *Marinovic*, DAJV-NL 2008, 129; *ders.*, DAJV-NL 2009, 181 = GRUR Int. 2010, 26 sowie *ders.*, DAJV-NL 2010, 182 = AfP 2010, 451.